

ESTUDIOS

Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en el despido objetivo tras la Ley 35/2010
Antonio Costa Reyes

Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés
Lourdes Mella Méndez

Medidas para reforzar la flexibilidad interna negociada y delimitadoras del régimen de extinción del contrato
Julia Muñoz Molina

El impacto de la crisis económica sobre la gestión de los flujos migratorios laborales en España
Carmen Grau Pineda

Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: La pensión de viudedad, "su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados"
Antonio Valenciano Sal

MERCADO DE TRABAJO

El abandono del mercado laboral. Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (cuarto trimestre de 2010)
Santos Ruesga Benito, José Luis Martín Navarro, Laura Pérez Ortiz

INFORMES Y DOCUMENTOS

La Negociación Colectiva en Andalucía en 2010
Francisco Pina Pérez

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Cádiz
El alcance de la información a los representantes de los trabajadores
María del Junco Cachero

Universidad de Sevilla
La controvertida naturaleza jurídica de la fundación sanitaria hospital de Manacor y la modificación del régimen jurídico de su personal
E. Macarena Hernández Bejarano

Universidad de Málaga
Sobre los nuevos requisitos de la pensión de viudedad por enfermedad común: antigüedad del matrimonio y convivencia more uxorio antes del deceso
Juan Carlos Álvarez Cortés

Universidad de Jaén
La afección generalizada: entre la litigiosidad hipotética y la litigiosidad real, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo
José María Moreno Pérez

RECENSIÓN

Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Dirección: Luis Enrique De La Villa Gil
Juan Gorelli Hernández

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
M^a Dolores Rubio de Medina

109

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
109/2011 - Segundo Trimestre

TEMAS LABORALES 2011

109

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



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

109

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

VOCALES

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1º, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico-72 euros. Número suelto: 18 euros
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96
CONSEJERÍA DE EMPLEO I.S.S.N.: 0213-0750
JUNTA DE ANDALUCÍA Imprime: ALP Impresores S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 109/2011
Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en el despido objetivo tras la Ley 35/2010	13
ANTONIO COSTA REYES	
Consultas previas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo: algunas novedades de interés	29
LOURDES MELLA MÉNDEZ	
Medidas para reforzar la flexibilidad interna negociada y delimitadoras del régimen de extinción del contrato	49
JULIA MUÑOZ MOLINA	
El impacto de la crisis económica sobre la gestión de los flujos migratorios laborales en España	73
CARMEN GRAU PINEDA	
Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: La pensión de viudedad, “su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados” ..	111
ANTONIO VALENCIANO SAL	

2. MERCADO DE TRABAJO

El abandono del mercado laboral. Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (cuarto trimestre de 2010) ..	143
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO	
LAURA PÉREZ ORTIZ	

3. INFORMES Y DOCUMENTOS

La Negociación Colectiva en Andalucía en 2010.....	175
FRANCISCO PINA PÉREZ	

4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN COLECTIVA	
Universidad de Cádiz	
El alcance de la información a los representantes de los trabajadores ...	197
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	
RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad de Sevilla	
La controvertida naturaleza jurídica de la fundación sanitaria hospital de Manacor y la modificación del régimen jurídico de su personal	207
E. MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO	

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL	
Universidad de Málaga	
Sobre los nuevos requisitos de la pensión de viudedad por enfermedad común: antigüedad del matrimonio y convivencia more uxorio antes del deceso	225
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	
DERECHO PROCESAL LABORAL	
Universidad de Jaén	
La afección generalizada: entre la litigiosidad hipotética y la litigiosidad real, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo	241
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ	
5. RECENSIÓN	
Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Dirección: Luis Enrique De La Villa Gil	251
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
6. RESEÑA DE LEGISLACIÓN	
Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía ..	257
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	
REAL DECRETO 1365/2010, de 29 de octubre, sobre ampliación de los medios económicos adscritos a los servicios traspasados por el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación (BOJA núm. 236, de 2 de diciembre)	267
DECRETO 382/2010, de 13 de octubre, por el que se modifica el Decreto 334/2009, de 22 de septiembre, por el que se regulan los centros integrados de Formación Profesional en la Comunidad Autónoma de Andalucía, para adecuarlo a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (BOJA núm. 221, de 28 de octubre)	268
ORDEN de 13 de septiembre de 2010, por la que se modifica la Orden de 23 de mayo de 2008, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueban nuevos modelos de solicitudes de inscripción y de renovación, de comunicación de variación de datos, de cancelación de registro y de certificados de inscripción en este Registro (BOJA núm. 195, de 5 de octubre; corrección de errores BOJA núm. 226 de 19 de noviembre) ..	270
ORDEN de 5 de octubre de 2010, por la que se regula la distribución de transferencias a los ayuntamientos andaluces para la nivelación de servicios municipales vinculados a la acogida y la integración de inmigrantes (BOJA núm. 211, de 28 de octubre)	273

- ORDEN de 20 de octubre de 2010, por la que se regula el procedimiento de calificación e inscripción de los Centros Especiales de Empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de incentivos para Centros Especiales de Empleo regulados en el Decreto 149/2005, de 14 de junio (BOJA núm. 223, de 16 de noviembre),..... 277
- ORDEN de 22 de octubre de 2010, por la que se modifica la de 11 de mayo de 2007, por la que se regulan los programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de la calidad en el empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas, en ejecución de la sentencia que se cita (BOJA núm. 227, de 20 de noviembre), 303
- ORDEN de 23 de noviembre de 2010, por la que se suspende la vigencia del Capítulo VII de la Orden de 15 de marzo de 2007, que establece las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, hasta su próxima regulación (BOJA núm. 233, de 29 de noviembre),... 304
- ORDEN de 3 de diciembre de 2010, por la que se modifica la Orden de 26 de diciembre de 2007, por la que se desarrollan los Programas de Orientación Profesional, Itinerarios de Inserción, Acciones Experimentales, Estudios y Difusión sobre el Mercado de Trabajo, Experiencias Profesionales para el Empleo y Acompañamiento a la Inserción, establecidos por Decreto 85/2003, de 1 de abril, y se determinan las bases reguladoras de concesión de ayudas para su ejecución (BOJA núm. 245, de 17 de diciembre),..... 305

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: Análisis Laboral (Perú), Arbeit und Recht (Alemania), Australian Journal of Labour Law (Australia), Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia), Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica), Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá), Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América), Diritti lavoro mercati (Italia), Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania), Giornale di Diritto del Lavoro (Italia), Industrial Law Journal (Sudáfrica), Industrial Law Journal (Reino Unido), International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda), International Labour Review (OIT), Japan Labor Review (Japón), Labour Society and Law (Israel), Lavoro e Diritto (Italia), Relaciones Laborales (España), Revista de Derecho Social (España), Revue de Droit du Travail (Francia) y Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania).

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan su espacio web específico (pinchando sobre el icono de la Revista)- y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es. Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

WEB, HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

La Revista TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social dispone de un espacio web específico en el que junto a las reglas de suscripción y distribución y otras características técnicas, pueden ser consultados todos sus contenidos. Debidamente clasificados por número de edición, autor, título, tipo de artículo y materia, en la base de datos creada al efecto.

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN
REVIEW
N° 109/2011
Second Trimester

INDEX

1. STUDIES

The economic, technical and organisational causes of dismissal for objective reasons after the Law 35/2010	13
ANTONIO COSTA REYES	
Consultation on substantial changes in working condition: some interesting news	29
LOURDES MELLA MÉNDEZ	
Measures to increase internal flexibility agreed and limitations of the termination of contract employment	49
JULIA MUÑOZ MOLINA	
The economic crisis impact on control of labour migration flows in Spain	73
CARMEN GRAU PINEDA	
An essential reform about the retirement system: the widow's pension "a need for a dependency and derivatives"	111
ANTONIO VALENCIANO SAL	

2. LABOUR MARKET

The abandonment of labour market. Report on the labour market situation in Spain and Andalusia (fourth trimester 2010)	143
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO	
LAURA PÉREZ ORTIZ	

3. REPORTS AND DOCUMENTS

Collective Bargaining in Andalusia during 2010	175
FRANCISCO PINA PÉREZ	

4. JUDICIAL COMMENTS

REPRESENTATION AND COLLECTIVE PARTICIPATION	
University of Cadiz	
The information scope of workers' representatives	197
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	

EMPLOYMENT CONTRACT REGIME	
University of Seville	
The controversy judicial nature of the Manacor's Hospital sanitary foundation and the changes in their employers' judicial regime	207
E. MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO	
SOCIAL SECURITY BENEFITS	
University of Malaga	
About the new requirements of the widow's pension for common illness: age of marriage and cohabitation more uxorio before death.....	225
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	
LABOUR LEGAL CASE	
University of Jaen	
The widespread condition: between hypothetical litigation and actual litigation, in light of the jurisprudence of the Supreme Court.....	241
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ	
5. RECENSION	
Comments to the Workers' Statute Law. Direction: Luis Enrique De La Villa Gil	251
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
6. LEGISLATIVE REMARKS	
Legislative comment about the Andalusian Autonomous Community ..	257
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

LAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN EN EL DESPIDO OBJETIVO TRAS LA LEY 35/2010

ANTONIO COSTA REYES

Profesor T. U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido causas objetivas, Reforma 2010

El estudio pretende un primer acercamiento de fondo a las novedades que la Ley 35/2010 ha introducido en materia de extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y ello a través de un análisis de conjunto de los objetivos y pretensiones que, aún sin referenciarse expresamente en la norma, parecen guiar la determinación de la justificación del despido por tales causas.

En este sentido, si bien se subraya en la Exposición de Motivos que la nueva regulación pretende simplemente llevar a la norma las interpretaciones judiciales al respecto, el estudio intenta poner de manifiesto que esa actuación *a priori* neutral no es tal y que el alcance de la reforma en esta materia es sin duda de mayor calado (condicionando incluso a la relación y operatividad de los instrumentos de flexibilidad interna). A tal efecto, además de recoger las resoluciones del TS que han guiado la orientación del legislador, se señalan tanto de modo general como en relación a cada una de las causas, los cambios operados y la repercusión o alcance que los mismos tendrán a la hora de facilitar la decisión extintiva por tales causas, al punto, concluiremos, de hacer de las decisiones basadas en la conveniencia empresarial un criterio admisible.

ABSTRACT

Key words: Objective cause's dismissal, 2010 Reform

The present study aims to understand all news about the 35/2010 Law which has introduced dismissal for economic, technical, organisation and productive reasons. Also we analyse the objectives and intentions that, even without using the Law as a reference, may determine the dismissal under those mentioned causes. In this sense, if we highlight that the reasons exposed in the new regulation only and simply pretend to take the norm to the judicial interpretations, the study tries to explain that this neutral *modus operandi* a priori is not as it seems to be, and that the scope of the reform in this field is without a doubt deeper than it appears, (and it interferes to relation and operation of internal flexibility instruments). Taking this into account, apart for listing the norm that have guide the legislator, we indicate generally speaking and in detail, the relation to each cause, and we conclude that it is totally fair a business criteria while making certain decisions.

ÍNDICE

1. MARCO GENERAL DE LA REFORMA EN MATERIA DE DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES
2. LA CAUSA ECONÓMICA ¿HACIA UNA NUEVA LÓGICA PREVENTIVA?
3. LAS CAUSAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN: ¿DESDE UNA LÓGICA PREVENTIVA A UNA TAMBIÉN OFENSIVA?

1. MARCO GENERAL DE LA REFORMA EN MATERIA DE DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES

De las diferentes reformas operadas en el marco legal laboral, la relativa a las extinciones de contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (en adelante, *despidos por causas empresariales*) ocupa sin duda el lugar principal¹, no sólo por lo que a ello se refiere directamente en la norma, sino por el alcance y repercusión que tiene respecto a otras medidas introducidas u objetivos pretendidos (particularmente, instrumentos de flexibilidad interna, reducción de temporalidad, etc.).

A modo de acercamiento general al tema, comenzamos subrayando el hecho de que la Ley 35/2010, *de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (como ya hiciera el anterior RD-Ley 10/2010), unifica las exigencias causales para los casos de *despidos por causas empresariales*, de manera que ahora sí disponen claramente de una identidad tipológica apoyada en su elemento causal común y su diferenciación conceptual se articula en el actual marco normativo a través de un criterio cuantitativo-temporal. De este modo, las extinciones derivadas de dichas causas hacen referencia a los despidos individuales y plurales del art. 52 c) LET y a los colectivos del art. 51.1 LET (y 64 LC)².

Esa identidad, además de facilitar el entendimiento de la concurrencia de la causa justificativa de la extinción (sea cual fuere el número de trabajadores afectados), abona la necesidad de unificar el orden judicial competente para conocer de estos asuntos, al objeto de dar una mayor congruencia en la jurisprudencia sobre el tema, lo que unido a la ya existente competencia social (en segunda instancia) para el caso de empresas en concurso (art. 64 LC); explica la intención (DA 15ª L. 35/2010) de reformar la compleja y problemática

¹ De la misma opinión, Blasco Pellicer, A., “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010”; AA.VV. La reforma laboral en la Ley 35/2010; Tirant lo Blanch, 2010, pág. 60.

² En todo caso, este procedimiento también es aplicable a los casos de cese de la actividad empresarial por exclusiva voluntad del empresario; *ex* STSJ de 07/09/2006 (TJCE 235), pero no así en los casos en los que las extinciones no derivan de una iniciativa previa del mismo (*v.gr.*, cese definitivo por fallecimiento del empleador), STJ de 10/12/2009 (TJCE 381).

situación existente en el ámbito extraconcursal de dualidad de jurisdicciones competentes: contencioso-administrativo y social, y concluir el proceso iniciado por la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (limitada en su efectividad por la Ley 50/1998) de hacer efectivo el art. 3.2 LPL³.

Entrando en la materia central de este estudio, creemos que pese a los cambios operados, la redacción finalmente dada al art. 51 LET en relación a la justificación de la concurrencia de las causas *empresariales*, mantiene su ordenación sobre una estructura jurídica que podemos diferenciar en dos momentos, si bien, como tendremos oportunidad de señalar, el segundo de ellos tiende a debilitarse en cuanto a su alcance. Así y todo, “en una primera fase (*necesaria pero no suficiente*), la causalidad de los despidos se orienta jurídicamente a la objetivación del interés empresarial (*elemento externo o causal*) (...) Ahora bien, en un segundo momento el interés empresarial y el proyecto de gestión de recursos en que se concreta deben contraponerse a los intereses que giran en torno al empleo” (*elemento interno o finalístico*), imponiendo empresario una *relación causal razonable* entre la motivación, las medidas extintivas y los objetivos a alcanzar⁴.

Confróntese la opción del legislador español de limitar las causas que justifican el sometimiento al procedimiento de despidos colectivos del art. 51 LET con las exigencias comunitarias al respecto (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos). Sobre el particular conviene recordar que el TJ no parece aceptar un concepto restrictivo de despido a los efectos de justificar la apertura del procedimiento de despidos colectivos previsto, hasta el punto de considerar inadecuada la normativa interna que limita el “concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural” o debidos a razones de reducción de la actividad empresarial (por todas, SSTJ, de 12/10/2004, TJCE 376, y de 08/06/1994, TJCE 96 y 97). Esta conclusión nos hace pensar que la misma terminará por alcanzar al regulación española en este punto, más aún como la interpreta la jurisprudencia española, pues llega a afirmar que “para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el 51.1 del LET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción” (SSTS 30/09/2008, JUR 351480; y de 14/05/2008, RJ 4123). De opinión contraria, afirmando la adecuación de nuestro ordenamiento en este aspecto a las exigencias comunitarias, Navarro Nieto, F., Los despidos colectivos; CIVITAS, 1996, págs. 62 y 63.

³ A modo de ejemplo de la problemática que la actual situación implica, *vid.* la SSTS de 23/01/2006 (RJ 2091 y 2294), particularmente el cualificado VOTO PARTICULAR a la misma.

⁴ En extenso, Navarro Nieto, F., Los despidos colectivos; *cit.*, págs. 66 y 67 (la cursiva es nuestra). También, Valdés Dal-Ré; F., “Los despidos por causa económica”; en (AA.VV.) La reforma del mercado laboral. Lex Nova, 1994, pág. 403; y Monereo Pérez/Fernández Avilés, El despido colectivo en el Derecho español; Aranzadi, 1997, particularmente, págs. 93, 102. *Vid.* STS de 29/09/2008 (RJ 5536), en la que recuerda la jurisprudencia al respecto y reitera que también se justifican las extinciones por esta vía cuando la situación económica de la empresa no permite que puedan darse los objetivos legalmente señalados.

La señalada estructura jurídica se contempla, como venimos de indicar, en la nueva redacción que ahora analizamos, como además podemos inferir del importante cambio al respecto en relación a lo previsto en el RD-Ley 10/2010 (que se limitaba a establecer un mero control *mínimo de racionalidad* o de *racionalidad unilateral*)⁵. E igualmente, el tenor literal parecer corroborar además y por otro lado, el objetivo y finalidad a alcanzar con tales extinciones se vincula ahora de manera más clara (y en línea de continuidad reforzada) a la tutela del –mal- llamado interés *objetivo* de la empresa, expresado en el texto legal en términos de *competitividad*⁶.

En definitiva, y a diferencia de la situación originada por el RD-Ley 10/2010 (particularmente, en relación a las causas económicas), se entiende que pese a que en principio la causa se identifica con las *razones* concretas, el texto legal viene reclamando además justificar la razonabilidad de la medida en relación a ciertos *objetivos* que prevé la norma, lo que significa la posibilidad de que el juez entre a valorar el fondo del asunto y la idoneidad de la decisión empresarial⁷.

Ahora bien, creemos que no puede ignorarse que la reforma operada implica un cambio en el alcance del control judicial en el sentido de reducirlo, y consecuentemente, ampliar de discrecionalidad empresarial en este ámbito⁸. Y en este sentido, creemos que la nueva redacción eleva a solución general la conclusión extraída en alguna concreta sentencia respecto a que no incumbe a los Tribunales “tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario”⁹. En definitiva, el control judicial no debe ser *de optimización*, sino de limitarse a constatar que al opción en la decisión empre-

⁵ Vid. al respecto de la *automaticidad* con la que conforme al RD-Ley 10/2010 operaba esta causa, Martín Jiménez/Alzaga Ruíz, “Despido por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo”; en AA. VV. (Sempere Navarro, Dir./ Martín Jiménez, Coord.) La Reforma Laboral de 2010; Aranzadi-Thomsom Reuters, 2010, págs. 391 y 392.

⁶ Al respecto, ya con la situación anterior, Monereo Pérez/Fernández Avilés, El despido colectivo...; cit., págs. 115 y sgs.; y Monereo Pérez, J.L., “Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso”; R.L. 15/2005-II (LA LEY 3898). Reiterando que ya con la anterior regulación existía una interpretación jurisprudencial favorable a esa extensión del interés objetivo de la empresa, Goerlich Peset, J.M., “Contratación laboral, flexibilidad interna y despido: insuficiencias de la regulación y propuestas de reforma”; Papeles de Economía Española; nº 124, 2010, págs. 102 y sgs. Igualmente, en Garate Castro, J., “Racionalidad y medidas empresariales de gestión del trabajo”; en AA. VV. (Camps/Ramírez/Sala, Coords.) Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo; Tirant lo Blacnh, 2010, págs. 220 y 221.

⁷ También, González Biedma, E., “Aspectos clave de la reforma laboral de 2010”; AS 7/2010 (BIB 2010/2178).

⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “El contrato de trabajo en la ley 35/2010”; Diario La Ley 7488/2010 (La Ley 13293); y en “La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo”; R.L., 21/2010 (LA LEY 13879/2010).

⁹ STS, de 02/03/2009 (RJ 1719).

sarial (despido) es *razonable* en términos de gestión empresarial y no absurda o arbitraria¹⁰.

Y junto a lo que venimos de afirmar, añadiremos que de la nueva redacción dada a las causas en el art. 51 LET (y su similitud en algunos casos con la situación reclamada en caso de medidas de flexibilidad interna, particularmente vía art. 41 LET), parece desprenderse la idea de que la extinción no debe considerarse ya como una excepcionalidad en la gestión empresarial, pues la norma ha procedido “a su normalización (...) como instrumento para favorecer la competitividad de la empresa y, con ello, mejorar su situación”¹¹. Consecuentemente, se admite su uso no sólo en situaciones extremas y graves de la empresa que reclamen suprimir el puesto de trabajo, de manera que ahora esa necesidad no precisa ser imperiosa (para salvar la empresa) ni por tanto debe ser considerada como sinónimo de inevitabilidad¹². A esta conclusión parece que también contribuye el cambio legal en el art. 52, c) y art. 51.6, 2º LET porque, en opinión generalizada, implica una menor exigencia en cuanto a la admisión de las medidas, ya que ahora no es preciso que las mismas sean *necesarias* para los fines previstos¹³.

Ciertamente, no debe perderse de vista que la anterior regulación reclamaba para la procedencia de las extinciones que la empresa se encontrara en una situación de deterioro (esto es, o bien que estuviera comprometida su viabilidad futura o del empleo, o bien, al menos, que existieran dificultades que impidieran su buen funcionamiento), lo que a la postre justificaba el rechazo de la medida extintiva cuando la misma respondía no a tales desequilibrios en el proyecto empresarial, sino a otras iniciativas o anticipaciones del empresario de mera *conveniencia*, que si bien podrían justificar el recurso a otras medidas de reorganización o mejora de gestión interna, no admitían una respuesta más

¹⁰ Desdentado Bonete, A., “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”; en AA.VV. (García-Perrote/Mercader, Dir.) La reforma laboral de 2010; Lex Nova, 2010, págs. 95 y 96.

¹¹ Del Rey Guanter, S., “Sobre las causas y su justificación en los despidos empresariales de los nuevos artículos 51 y 52c) del Estatuto de los Trabajadores según la Ley 35/2010”; Diario La Ley 7488/2010 (La Ley 13225).

¹² Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-ley 10/2010”; RL 15/2010 (LA LEY 9228/2010). Sobre la importancia y consecuencias de tales exigencias en la normativa anterior, vid. STS, de 29/05/2001 (RJ 5452). Y en la doctrina judicial, v.gr., STSJ de Extremadura, de 17/10/2005 (AS 3213) y SSTSJ de Murcia, de 25/05/2009 (JUR 2009/291629 y 291630).

¹³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “El contrato de trabajo en la ley 35/2010”; cit., quien además concluye por ello que el despido objetivo “está al servicio de la buena gestión económico-productiva”.

Sobre la relevancia de la necesidad de amortizar; Desdentado Bonete, A., “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”; cit., págs. 90-92.

extrema como la extinción del contrato¹⁴. Frente a tal exigencia anterior, ahora se limita a reclamar que de las causas alegadas se deduzca la razonabilidad de la decisión extintiva al objeto de que con la misma se pueda contribuir a similares o idénticos objetivos que requieren las medidas de flexibilidad interna (lo que plantea su admisión no sólo e incluso ante la mera *previsibilidad* –no actual ni real- de tales desajustes, sino también para mejorar lo que se supone no necesariamente funcionaba mal)¹⁵.

Con todo, y pese a la gran similitud literal que en algunos casos veremos existe en la concurrencia de las causas entre el despido por causas empresariales y algunos de los principales instrumentos de flexibilidad interna, creemos que el principio básico de conservación del negocio, unido a las importantes exigencias constitucionales derivadas del derecho al trabajo (art. 35 CE), deben reclamar por parte de nuestros tribunales un diferente tratamiento¹⁶. Ello llevaría o bien a replantear la doctrina judicial que niega considerar a la medida extintiva como última *ratio*, al concluir que al no reclamarse así legalmente, la misma actúa de manera complementaria e incluso alternativa a otras medidas no extintivas de reestructuración de plantilla (modificación sustancial, movilidad geográfica, etc.), por lo que no corresponde al órgano judicial ejercer control de oportunidad alguno, esto es, arrogarse la función de sustituir el empresario en la elección de la medida empresarial óptima¹⁷. O bien, lo que parece más factible y acertado, a diferenciar la situación de la empresa a efectos de admitir unas (reorganización interna) u otras medidas (extinciones)¹⁸, y

¹⁴ Por todas, SSTS de 10/05/2006 (RJ 7694), y de 21/03/1997 (RJ 2615). Más recientemente, STS, de 23/01/2008 (RJ 2552), y jurisprudencia allí citada. También, STSJ de La Rioja, de 01/03/2005 (AS 650).

¹⁵ De cualquier forma, conviene recordar que ya con tal redacción –menos abierta que la actual-, se llegó a concluir por nuestros tribunales que “la viabilidad puede referirse también a la permanencia en el mercado con igual poder competitivo”; de forma que “hay causa técnica, organizativa o de producción cuando, aun con resultados económicos positivos, la organización de los recursos humanos y materiales puede mejorarse”; en Navarro Nieto, F. “Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo”; A.L., 1996-III (LA LEY 2520/2001)

¹⁶ Sobre la diferencia de intereses presentes en la decisión modificativa (libertad de empresa y defensa de la productividad, art. 38 CE) respecto a la extintiva (libertad de empresa -art. 38 CE- vs derecho al trabajo -art. 35 CE-), y por ello, la justificación de poder imponer un distinto grado de limitación a la decisión empresarial, STS de 17/05/2005 (RJ 9696). No obstante, debe igualmente recordarse que la misma establecía el diferente tratamiento (intensidad) a la hora de considerar concurrentes las causas justificativas precisamente en la comparación de la redacción del art. 41 con el del los arts. 51 y 52 LET, pues en estos últimos se reclamaban objetivos más exigentes.

¹⁷ STS de 02/03/2009 (RJ 1719). En la doctrina judicial, STSJ de Castilla-La Mancha, de 05/12/2000 (JUR 2001/34314). Negando esa consideración de *ultima ratio* (salvo que venga impuesta por la negociación colectiva), STS, de 21/07/2003 (RJ 7165) y jurisprudencia en ella citada. Sin embargo, algún pronunciamiento vino implícitamente a considerar así a las medidas extintivas, *v.gr.*, STSJ de Cataluña, de 09/02/2005 (AS 660).

¹⁸ Del Rey Guanter, S., “Sobre las causas...”; cit.

con ello al menos, a reclamar para los casos de extinción la *suficiencia* de la causa, esto es, que se trate de circunstancias cuyas características (importancia y entidad suficiente) reclaman cambios de orden estructural que “justifican el despido como medida razonable, ponderada y proporcionada”¹⁹, pues las exigencias meramente coyunturales deben encontrar otro encaje normativo en la LET (medidas de flexibilidad *interna*, incluida la suspensión del contrato o reducciones de jornada, art. 47 LET). De otro modo, el objetivo general de hacer de las medidas de flexibilidad *interna* una alternativa (para mantener el empleo durante las situaciones de crisis y evitar así el recurso) a las extinciones quedaría más que cuestionado (*vid.* al respecto E.MM II L. 35/2010)²⁰.

Parece pues correcto concluir, como expresamente se deduce de la Ley 35//2010 (E.MM.), que si bien la reforma operada no eliminará los problemas de seguridad jurídica que se le achacaba a los términos legales anteriores (lo puede ser difícil resolverlo definitivamente cuando en la norma priman términos económicos -no jurídicos-), sí facilitará el despido objetivo, particularmente con la ampliación del alcance y operatividad de las causas empresariales, pues el objetivo de los cambios operados en la delimitación de las causas del despido pretende simplemente racionalizar las extinciones (no minorarlas), o en sus propios términos, canalizar su finalización en función de la causa real que motiva su terminación.

Corroboraba aquella conclusión el hecho de que en la nueva formulación de las causas se ha elevado a general unas resoluciones judiciales minoritarias y para supuestos concretos, que eran difícilmente extrapolables²¹. Ciertamente, no puede desconocerse que la nueva redacción legal supone, pese a la aparente *neutralidad* señalada en la E.MM. II, una lectura interesada o al menos simplificada de la jurisprudencia en esta materia, ya que pese a la clara dificultad de identidad en los supuestos de hecho²², la norma eleva a general situaciones que algunas soluciones jurisprudenciales admitieron como justificativas de la extinción en supuestos concretos con perfiles muy delimitados (donde se valoraban hasta el detalle las peculiari-

¹⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “Control judicial y despido”; RL 10/2010 (LA LEY 4008/2010)

²⁰ De manera ilustrativa, *vid.* a este respecto el art. 82.3 LET, que considerada una medida de flexibilidad interna, reclama la previsible existencia de *daños* en el proyecto empresarial de no adoptarse la medida (que en todo caso parece exigir algún tipo deterioro económico), por lo que no parece lógico admitir extinciones cuando no haya al menos un situación de similar o mayor dificultad en la empresa. Así podemos deducirlo igualmente en, Cruz Villalón, J. “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”; RL 21/2010 (LA LEY 13889/2010). Sobre el particular es de interés el AENC de 2010-2012

²¹ También, Martín Jiménez/Alzaga Ruíz, “Despido por causas objetivas...; cit., págs. 377 y 378.

²² Llompart Bennàssar, M., “El despido objetivo...; cit.

dades de cada caso y especialmente dimensión de la empresa y número de trabajadores, etc.)²³.

Línea de admisión que se ampliará, con mayor razón, si esos cambios deben ser interpretados según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3 CCiv.), y a nadie escapa la mayor admisión por parte de nuestros tribunales de las causas justificativas del despido objetivo en un contexto de crisis como el que vivimos en los últimos años.

En todo caso, esa idea de facilitar el despido como medida de gestión empresarial se ha visto favorecida también porque incluso si ese mayor alcance de las causas “no funcionara satisfactoriamente (o no se quiere exteriorizar la situación económica de la empresa)”, se ha propiciado una reducción sensible del coste del despido objetivo improcedente (no sólo en la cuantía de la indemnización que lleva aparejada)²⁴, tanto en el contrato de fomento de la contratación indefinida y el margen al respecto del art. 56.2 LET –art. 3 L. 35/2010), como también indirectamente y de forma general (aunque provisionalmente), mediante el abono de parte de la indemnización por el FOGASA (DT 3ª L. 35/2010)²⁵. Reducción que no se prevé para los casos de resolución por parte del trabajador ante la adopción de ciertas medidas de flexibilidad interna (art. 40.1, 4º y 41.3 LET), lo que junto con la ya señalada similitud en cuanto a la situación justificativa de la alegación de las causas, sin duda reduce su carácter realmente alternativo frente al despido.

2. LA CAUSA ECONÓMICA ¿HACIA UNA NUEVA LÓGICA PREVENTIVA?

Señala el art. 51.1 LET que dicha causa concurre *cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa*. En definitiva, se trata de una causa que incide sobre la *rentabilidad* de la empresa, de ahí que la misma habrá de ser valorada considerando el conjunto empresarial²⁶.

²³ También, sobre la generalización legal de una jurisprudencia minoritaria, Del Rey Guanter, S., “Sobre las causas y su justificación...”; cit.

²⁴ Sobre los efectos que en esta medida conllevan los cambios en cuanto a la calificación por defectos de forma, vid., Escudero Alonso, J.L., “Nulidad del despido objetivo: jurisprudencia anulada por la Ley 35/2010”; Consell Obert, Nº 255/2010.

²⁵ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “La reforma laboral y el dinamismo...”; cit. *Vid.* igualmente, como señala el autor, el papel del futuro Fondo de Capitalización (D.A. 10ª L. 35/2010). Criticando esta opción legal; Desdentado Bonete, A., “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”; en AA.VV. (García-Perrote/Mercader, Dir.) La reforma laboral de 2010; Lex Nova, 2010, pág. 107.

²⁶ Por todas, STS de 14/05/1998 (AS 4650). Tratándose de un grupo de empresas a efectos laborales (lo cual no se presume ni tan siquiera por expreso reconocimiento formal del grupo, sino que debe acreditarse), la situación económica negativa ha de afectar al conjunto del mismo, no siendo suficiente que afecte a la concreta empresa; STS de 23/01/2007 (RJ 1910).

Como adelantábamos, la estructura del precepto distingue dos elementos a valorar, por un lado, la concurrencia de causa económica, esto es, *cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo*. Y por otro lado, justificar la razonabilidad de la medida al objeto de *preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*.

Consecuentemente, en estos casos se viene reclamando la concurrencia de los siguientes requisitos: En primer lugar, *prueba* sobre los resultados económicos negativos alegados (*objetivación* de la situación)²⁷. Respecto al alcance o intensidad de los mismos, de la redacción del precepto parece colegirse que no se requiere *prueba plena* de la existencia en todo caso de una situación de *crisis* (expresión que tradicionalmente ha venido siendo implícitamente equiparada a situación de pérdidas *real, actual, suficiente y objetiva*), pues concurre la causa aunque la situación económica de la empresa no sea realmente de tal gravedad²⁸. Ciertamente, señala el art. 51 LET que concurre esta causa bien ante una situación patológica o de *crisis* económica en la empresa (entendida como resultados deficitarios o *desequilibrios graves en el balance o en la cuenta de resultados*, si bien no hasta el punto de requerir una situación irreversible)²⁹; O bien, y entre otras circunstancias³⁰, ante una situación de *crisis* no actual, sino tan sólo *potencial* (pérdidas deducidas o previstas *ad futurum* de los resultados económicos alegados) o incluso cuando lo que acontece es una mera disminución –aunque persistente– en el nivel de *ingresos*³¹.

²⁷ La prueba de la causa exige que esta se concrete (en datos particulares), sin que la misma pueda referirse de manera genérica; STS, de 30/03/2010 (RJ 2482). Algunos ejemplos de instrumentos para acreditar esa situación, en Llompарт Bennàssar, M., “El despido objetivo: la acreditación de la situación económica negativa”; AL 7/2010 (LA LEY 1688).TS, Sala Cuarta, de lo Social, 30 Mar. 2010 (

²⁸ Sobre la redacción legal, debe tomarse en cuenta la interpretación que al respecto venía realizando la jurisprudencia, pues ya antes no era exigible en todo caso la existencia de pérdidas; v.gr., STS, de 14/07/2003 (RJ 6260). Algunos ejemplos en la doctrina judicial, en DE La Puebla Pinilla/Gómez Abelleira, Memento Experto. Nueva reforma labora; Ed. Francis Lefebvre, 2010, págs. 125 y 126.

²⁹ Por todas, STS de 24/04/1996 (RJ 5297). Véase también, SSTSJ de Asturias, 03/10/2003 (AS 2004/800), y STSJ de Cataluña 10/10/1995 (AS 3982). De “perdidas importantes en los últimos tiempos” hablaba la STSJ País Vasco 09/09/1997 (AS 2847). No obstante, debe recordarse que se aceptaba la concurrencia de la causa cuando pese a que los ejercicios económicos últimos mejoraran los anteriores, no lo era lo suficiente como para eliminar o superar las pérdidas que se venía arrastrando; STSJ de Cataluña, de 20/12/2004 (AS 2005/237), y STSJ de Aragón, de 31/01/2007 (JUR 219314).

³⁰ Otros ejemplos, Blasco Pellicer, A., “La reforma de la extinción del contrato...”; cit., pág. 65.

³¹ Sobre la complejidad y los problemas de redacción y entendimiento del sentido de la disposición legal; vid., a modo de ejemplo, Valdés Dal-Ré, F. “A vueltas con la estructura formal y los reenvíos reglamentarios de la Ley 35/2010”; R.L. 20/2010 (La Ley 13526/2010).

Ante esta diversidad, el legislador, al objeto de aclarar la intensidad en la situación económica negativa requerida en la empresa para justificar la medida extintiva, indica expresamente que la misma debe ser de tal entidad *que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo*. Por tanto, aunque no es requisito indispensable la *realidad, actualidad y suficiencia* de las pérdidas, sí parece indispensable la seriedad y entidad de la situación económica negativa en la empresa (esto es, de carácter estructural). Y en este sentido, si bien no parece acertado mantener con la nueva redacción algunas de las anteriores posiciones judiciales (que reclamaban acumulación de –importantes– pérdidas en sucesivos ejercicios), tampoco permite abarcar o considerar que la causa acontece (pese a concurrir *v.gr.*, pérdidas o disminución de ingresos) con la mera y “transitoria disminución de beneficios o incluso de pérdidas coyunturales” (cfr., art. 47.1, c LET)³², pues como reclama la norma, es preciso en todo caso que la causa económica pueda comprometer la viabilidad del proyecto empresarial o su capacidad para mantener el volumen de empleo (se entiende que al menos en un volumen superior al que conllevaría no admitir las extinciones propuestas).

Y en segundo lugar, *razonabilidad* de la medida en relación a los objetivos pretendidos. Se añade así un nuevo requisito a la prueba de la *objetivación* de las circunstancias empresariales: justificar que de tales *resultados* se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva *para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*. En definitiva, se reclama del empresario *argumentaciones suficientes o indicios razonables* (que no prueba) de la conexión de la medida extintiva con respecto a sus efectos en la situación de la empresa, en particular que la misma va a tener incidencia sobre la posición competitiva de la empresa.

Adviértase la desconcertante identificación del *elemento interno o finalístico*, ya que si bien en un primer momento se requiere que la situación económica sea de una intensidad tal que afecte a la viabilidad empresarial o mantenimiento del empleo, su justificación como causa extintiva no exige (*finalidad*) que los despidos “*contribuyan*” a superar ese deterioro o dificultad, si no que los mismos sean razonables para mantener o mejorar la posición competitiva de la empresa (concepto económico y no jurídico que sin duda generará nuevos problemas de seguridad)³³.

³² En esta línea, cobraría actualidad la jurisprudencia anterior que entendía insuficiente un año de pérdidas sin más para justificar la extinción por causas económicas; STS, de 28/02/2005 (RJ 4734).

³³ Igualmente, González Biedma, E., “Aspectos clave de la reforma laboral de 2010”; AS 7/2010 (BIB 2010/2178). Sobre la peligrosidad del término competitividad, Beltrán de Heredia Ruiz, I., “ERE y ratio ‘afectados/efectivos’: una nueva propuesta interpretativa para una vieja discusión”; AS 6/2010 (BIB 2010\1244)

Los cambios operados en el delimitación del objetivo al que debe servir la extinción hacen que la conexión requerida entre ambos sea menos rotunda para alcanzar el objetivo, ya que antes se exigía que *contribuyan a superar* la situación negativa (centrando pues el problema interpretativo de esa expresión) y ahora simplemente que se *deduzca la razonabilidad* de la medida para alcanzar el objetivo previsto³⁴. Consecuentemente, creemos que se puede concluir ahora que no se exigirá del empresario -aunque sí sería conveniente³⁵- que aporte otras medidas no laborales para alcanzar tal objetivo (pues dicho despido no precisa ahora concurrir con esas otras actuaciones)³⁶, ni mucho menos un *proyecto* de reordenación de recursos sobre cuyas previsiones de futuro deba ser valorada la justificación de la extinción³⁷.

En esta línea, de la dicción legal parece extraerse que esa conexión medios-fines no precisa que la extinción asegure o que sea la única o mejor alternativa para esa finalidad (algo así como la *ultima ratio*), pues ni antes ni ahora se supedita la legitimidad de la resolución contractual al previo agotamiento de las medidas laborales menos traumáticas (*inevitabilidad* del despido)³⁸, ni tampoco se exige la *suficiencia* de la medida extintiva, es decir que ésta permita por sí alcanzar el objetivo³⁹.

En definitiva, se requiere aportar un mínimo indicio de que la extinción es respuesta precisamente a las dificultades económicas (y no a otra razón o motivo ajeno a dicha circunstancia -*arbitrariedad*-), y que la misma es razonable para la competitividad empresarial, de manera que el control judicial lo será respecto a que la medida sea “plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, (que) se ajusta (...) al estándar de conducta de un *buen comerciante*”⁴⁰. Y para ello, dicho análisis judicial se hará “teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe, no solo como límite sino como parámetro del ejercicio del poder de despido”, lo que debe admitir “un margen de apreciación empresarial en el ejercicio de autonomía contractual privada y de la libertad

³⁴ Recuérdese no obstante que el TS admitió la procedencia de las extinciones aunque con las mismas no se contribuyera a superar las pérdidas o la viabilidad de la empresa, pero únicamente en los casos de irreversibilidad de la situación económica empresarial; por todas, STS de 30/09/2002 (RJ 10679).

³⁵ Monereo Pérez/Fernández Avilés, El despido colectivo...; cit., pág. 114. Algunos ejemplos de su utilidad, en Llompарт Bennassar, M., “El despido objetivo...; cit.

³⁶ Con la situación anterior se llegó a estimar como insuficiente la motivación que sólo alcanzaba a justificar medidas de orden laboral, *vid.* STSJ de Madrid, de 08/11/2005 (AS 3446). *Vid.* Navarro Nieto, F., Los despidos colectivos, cit., págs. 76 y sgs.

³⁷ Tampoco con la regulación anterior se exigía tal *plan*, por todas, STS, de 11/06/2008 (RJ 3468), y jurisprudencia en ella citada.

³⁸ A modo de ejemplo, STS de 21/07/2003 (RJ 7165).

³⁹ Por todas STS, de 11/06/2008 (RJ 3468).

⁴⁰ SSTS de 10/05/2006 (RJ 7694) y de 02/03/2009 (RJ 1719).

de empresa⁴¹.

Ahora bien, sí parece que deba seguir reclamándose, si bien con menor grado de exigencia, rigor o alcance, que la medida extintiva permita razonablemente alcanzar de manera directa y adecuada el objetivo que se persigue, no admitiéndose si la misma lo hace de modo meramente ocasional, tangencial o remoto⁴². Y en este sentido, conviene recordar que, como tuvo oportunidad de señalar el TS, en ciertos casos en los que concurría cualificadamente el *elemento externo*, el *interno* prácticamente se presumía, salvo prueba en contrario, al comportar el despido una disminución automática de los costes (salariales, de Seguridad Social, etc.), que en sí misma permitiría aliviar o al menos a no aumentar la situación de la empresa⁴³. Y por tanto, si bien así se admitía en casos en los que concurrían pérdidas *continuas* y *cuantiosas*, con la nueva redacción, en la que no se reclama contribuir a la viabilidad del proyecto empresarial, sino tan sólo a mejorar o mantener su competitividad, podría plantearse como una solución general extensible también a situaciones menos graves.

3. LAS CAUSAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN: ¿DESDE UNA LÓGICA PREVENTIVA A UNA TAMBIÉN OFENSIVA?

Como venía ocurriendo con la regulación anterior, si bien ahora expresado de manera más clara, estas causas se desconectan formalmente de la situación patológica (de *crisis*/perdidas), siendo posible su caracterización diferenciada como instrumento *preventivo*⁴⁴, pues a diferencia de la causa económica, las ahora estudiadas inciden sobre la *eficiencia* de los factores productivos de la empresa⁴⁵. Consecuentemente, basta con que las causas se acrediten exclusivamente en el espacio en el que éstas concurren o se manifiestan y respecto a los

⁴¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Control judicial y despido”; RL 10/2010 (LA LEY 4008/2010)

⁴² SSTS, de 24/04/1996 (RJ 5297); y de 11/06/2008 (RJ 3468). Adviértase en este sentido que ha desaparecido la referencia a un estándar *mínimo* de razonabilidad; Folguera Crespo, J.A., “El despido objetivo individual en la reforma del mercado de trabajo”; Diario La Ley 7488/2010 (La Ley 13252/2010).

⁴³ V.gr., SSTS, de 14/06/1996 (RJ 5162), y reiterada en las de 11/06/2008 (RJ 3468), y de 29/09/2008 (RJ 5536). En esta se matizaba que la mera existencia de pérdidas continuadas no supone una presunción en el sentido de desplazar sobre el trabajador la acreditación de la falta de conexión, sino que de lo que se exige a la empresa es de tener que probar que tal medida por sí permite superar la crítica situación de la empresa, pero en todo caso debe aportar “indicios y argumentaciones suficientes (...)”.

⁴⁴ Altés Tárrega, J.A., “El despido objetivo individual: El ámbito de aplicación del artículo 52.c ET y su delimitación causal”; R.L., 22/2009 (LA LEY 20312/2009)

⁴⁵ También, aunque denominando competitividad a lo que aquí hemos llamado eficiencia; Albiol Ortuño/Blasco Pellicer; “La reforma de la regulación de los despidos económicos”; en AA.VV. (Camps/Ramírez/Sala, Coords.) Crisis, reforma y futuro...; cit., págs. 357 y 358.

puestos por ella afectados⁴⁶; pero por el mismo hecho su alegación, se venía afirmado, debe venir acompañada por una relación causa/efecto en la identificación de esos puestos para servir de justificación a las extinciones⁴⁷.

Señala el precepto que cuando las alegadas son causas no económicas, se exige por parte de la empresa; primero, *prueba plena* de la concurrencia de las causas alegadas. La actual redacción aclara en qué consisten y por ende, cuando concurren las causas que reclama, mediante una fórmula abierta que concreta en una lista ejemplificativa⁴⁸: Las *causas técnicas* suponen la innovación referida, entre otros, a los medios técnicos de producción, que presuponen una inversión en la renovación de los bienes de capital que utiliza la empresa, y que repercuten en los puestos de trabajo directamente vinculados a tales medios. Por su parte, las *causas organizativas* tendrían como contenido, entre otros, la introducción de nuevos criterios de racionalización (sistemas y métodos) del trabajo dentro de la organización productiva, no requiriendo, a diferencia de las causas tecnológicas, inversión alguna en medios productivos. Finalmente, Las *causas de orden productivo* han sido entendidas, entre otros, como una situación de desequilibrio entre la capacidad productiva y la realidad del mercado donde sus productos o servicios pretenden ser colocados, lo que provoca un sobredimensionamiento de la plantilla de la empresa.

Y segundo, la *razonabilidad* de la medida en relación a los objetivos pretendidos. Al igual que lo señalado para las causas económicas, se reclama ahora justificar (*prueba razonable* o indicio) que de tales causas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva, si bien en este caso, *para contribuir a* los objetivos de mejorar la situación de la empresa o prevenir una evolución negativa de la misma. Obsérvese que la dicción legal no requiere para admitir el despido que el mismo tenga lugar ante el desequilibrio o degradación acreditada, real y actual del tejido empresarial por tales causas (y al objeto de contribuir a superar tal situación)⁴⁹.

Pareciera así que con la nueva redacción del art. 51.1 LET la extinción se justifica no sólo para evitar precisamente que se vea afectada la *rentabilidad* (carácter *preventivo*, lo cual era posible con la regulación anterior –v.gr., ante

⁴⁶ A modo de ejemplo, STS, de 13/02/2002 (RJ 3787).

⁴⁷ Así, STSJ de Cataluña, de 02/06/2005 (AS 1336). De opinión contraria respecto a la nueva regulación (basándose en la actual referencia a la prevención de la evolución negativa); Martín Jiménez/Alzaga Ruíz, “Despido por causas objetivas...”; cit., pág. 394. Con dudas, Desdentado Bonete, A., “La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010”; cit., pág. 89 (nota 28).

⁴⁸ Podría considerarse en buena medida que el legislador se ha limitado en este caso a trasladar a la norma la interpretación judicial en esta materia; a modo de ejemplo, Altés Tárrega, J.A., “El despido objetivo individual...”; cit.; y Martín Jiménez/Alzaga Ruíz, “Despido por causas objetivas...”; cit., págs. 384-386.

⁴⁹ También, Cruz Villalón, J. “La flexibilidad interna...”; cit.

la pérdida de beneficios, cuota de mercado sin efectos económicos, etc.)⁵⁰;- sino que incluso parecen adoptar un carácter *ofensivo* (como parece acontecer en algunas de las medidas de flexibilidad *interna*), esto es, admitir extinciones cuando con ello se mejore lo que puede que incluso ya funcione bien, de forma que una empresa en fase expansiva, con beneficios, podría justificar su utilización⁵¹. Adviértase al respecto que la norma no precisa la finalidad de los cambios, sino de las medidas extintivas, por lo que corresponde al empresario valorar y decidir su incorporación, lo cual puede obedecer tanto a una estrategia de mera conveniencia como a la necesidad de garantizar la viabilidad del proyecto empresarial.

Dicho de otro modo, la nueva regulación abre la posibilidad de que la decisión empresarial de introducir alguna de tales medidas responda no sólo a *necesidades* sino también a *conveniencias* empresariales. Ahora bien dicha conveniencia debe entenderse en términos de eficiencia, esto es, constituyendo una “medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial”⁵². Y con ello admitir como causa justificativa la “mejora organizativa, productiva y de competitividad que lleve a la reducción de personal «sobreabundante» cuando se trate de «una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva» que contribuya al incremento de la productividad y la competitividad”⁵³.

La pregunta que de inmediato puede surgirnos es que si con la nueva regulación cabría admitir extinciones fundándose en la mera reducción de costes que ello comportaría respecto a otras opciones posibles. Así pudiera inferirse del precepto, tanto más, si como ya concluyera el TS interpretando la anterior regulación, la reducción o ajuste de costes “*no es una cuestión de beneficio, rentabilidad o resultado final de la empresa, sino en primer lugar y antes que otra cosa una cuestión de eficiencia en el uso de los medios o recursos de la organización empresarial*”⁵⁴. Y en este sentido, sí parece facilitarse el despido por causas empresariales en el supuesto en el que la empresa tenga la intención de que las funciones del puesto a extinguir sean prestadas por terceros (externalización/descentralización), siempre y cuando concurren las causas y en su caso, los objetivos señalados en el precepto (lo que no siempre acontece

⁵⁰ *Vid.* al respecto SSTS, de 14/06/1996 (RJ 5162), y de 31/06/2006 (RJ 3971). Algunos ejemplos, De La Puebla Pinilla/Gómez Abelleira, Memento Experto; cit., págs. 126 y sgs.

⁵¹ *Vid.* EMM II (Cap. II) L. 35/2010, que expresamente configura estos instrumentos de flexibilidad interna para *permitir a las empresas mejorar su competitividad*.

⁵² Se trata pues de generalizar la posición extraída de pronunciamientos como las SSTS de 21/03/1997 (RJ 2615), 0/09/1998 (RJ 7586), y de 11/10/2006 (RJ 7668).

⁵³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “Control judicial y despido”; RL 10/2010 (LA LEY 4008/2010)

⁵⁴ STS de 31/05/2006 (RJ 3971),

por la mera externalización)⁵⁵, por cuanto que ahora, recordamos, no se exige la necesidad de amortizar el puesto de trabajo, ni que la decisión empresarial responda a dificultades acreditadas en la empresa⁵⁶.

En definitiva, la argumentación debe centrarse en estos casos en torno a criterios de racionalidad técnica, organizativa o de producción eficiente de servicios; y la prueba de un sobredimensionamiento de la plantilla por tales causas que justificará el no mantenimiento de contratos de trabajo ahora innecesarios⁵⁷.

A mayor abundamiento sobre tal conclusión, creemos que sí puede igualmente deducirse de la identidad de la concurrencia de la causa en casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 LET), y de este modo una interpretación literal del mismo podría llevar “a pensar que no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas”⁵⁸. Es más, y salvo una interpretación correctora y gradual de las medidas, podría entenderse incluso ahora menos exigentes los términos del art. 51 LET, ya que a diferencia del art. 41 LET -que reclama que *las medidas contribuyan* a los objetivos previstos-, se precisa meramente que *se deduzca la razonabilidad de la medida* extintiva *para contribuir* a esos mismos objetivos.

⁵⁵ Altés Tárrega, J.A., “El despido objetivo individual...”; cit.

⁵⁶ Sobre la amplitud con la que llegó admitirse el despido por externalización conforme a la situación legal anterior, *vid.* STS, de 31/05/2006 (RJ 3971) y crítica al mismo en el Voto Particular que la acompaña.

Sobre el alcance y límite que en la justificación de la medida empresarial de despido y su control judicial implicaba la necesidad de la amortización (al objeto de excluir situaciones de mera conveniencia o de un control de la actuación como buen comerciante); *vid.* Salinas Molina, F., “Despido objetivo y jurisprudencia social: incidencia de las medidas par la reforma del mercado de trabajo”; TS, 59/2010, pág. 72.

⁵⁷ Adviértase que así llegó a aceptarse con la anterior redacción, si bien y de manera más centrada en los casos en los que la afectada era la Administración pública o en entidades sin afán de lucro, pues a ellas resultaba de difícil prueba los requisitos causales del art. 51.1 LET. Por todas, STSJ de Andalucía, de 16/07/2008 (JUR 2009/30613).

⁵⁸ En relación al referido art. 41 LET, STS, de 17/05/2005 (RJ 9696). No obstante, algunas sentencias venían reclamando en la empresa situaciones de dificultad o problemas de gestión para admitir la concurrencia de las causas; recientemente, STSJ de Galicia, de 30/10/2009 (AS 3014).

CONSULTAS PREVIAS A LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: ALGUNAS NOVEDADES DE INTERÉS*

LOURDES MELLA MÉNDEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social
Universidad de Santiago de Compostela

EXTRACTO

Palabras Clave: Modificaciones sustanciales condiciones de trabajo

Este trabajo analiza algunas de las principales novedades introducidas por la reforma laboral de 2010 en relación con las consultas que deben preceder la toma de ciertas decisiones empresariales, como la de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Así, aquélla aborda un clásico problema en la materia: el de las empresas que carezcan de representantes legales. Para tal caso, se permite a los trabajadores la elección de una comisión representativa, que cabe denominar interna o sindical, según el origen y condición de sus miembros. La elección de tal comisión es facultativa y para un concreto asunto.

La designación de los miembros de la comisión debe hacerse en un plazo de cinco días, aunque nada parece impedir su prórroga hasta agotar los quince que están previstos para las consultas, si bien la ampliación de aquel plazo corre en detrimento de este último. De no designarse los representantes en el plazo inicial, ni existir prórroga del mismo, el empresario debe ofrecer la posibilidad de negociar directamente a los trabajadores. Por último, también se reflexiona sobre el fomento del recurso a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos en esta materia.

ABSTRACT

Key Words: Modifications of substantial working conditions

The present work analyses some news introduced by the 2010 Spanish Labour Reform specifically in relation to the consultation period that shall take place before any business' decision, for example substantial modification of working conditions. Therefore, the reform deals with a classic topic: companies that do not have legal representatives. In such case, workers can elect a representative commission either internal or from a Trade Union, depending on the profile and its members. The election of a commission is usually optional and is done due to a concrete or specific topic or case.

The appointment of commission's members shall be done in a period of maximum 5 days but it can be extended up to 15 days as in the consultation period, but once the consultation period has been open the number of "spent" days counts here. If neither representative nor an extension is granted, the company shall offer the possibility of negotiation directly with workers. Finally, we analyse an alternative situation and other judicial solutions to these types of conflicts.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación "Aspectos laborales y fiscales de las microempresas en Galicia y Norte de Portugal de la Xunta de Galicia (convocatoria de 2010).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA COMISIÓN *AD HOC* PARA NEGOCIAR DURANTE LAS CONSULTAS
 - 2.1. Caracterización general
 - 2.2. Tipos de comisiones
 - 2.3. Plazo y consecuencias de la no designación de la comisión dentro del mismo
3. SUSTITUCIÓN DE LAS CONSULTAS POR EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN O ARBITRAJE
4. NOVEDADES QUE FACILITAN LA DECISIÓN EMPRESARIAL

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo no es el de realizar un examen exhaustivo del régimen jurídico actual de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo reguladas en los artículos 41 y 40.2 ET. Se trata, más bien, de comentar, críticamente, algunas de las novedades más destacables introducidas, en relación con la fase de consultas que debe preceder a la adopción de tales modificaciones de carácter colectivo, por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (y su precedente RD-ley 10/2010, de 16 de junio, homónimo). En general, las novedades que afectan a aquellos preceptos van dirigidas a favorecer “la flexibilidad interna negociada de las empresas” (capítulo II de la citada Ley), pues –como apunta su exposición de motivos– una de las debilidades de nuestro modelo de relaciones laborales ha sido “el escaso desarrollo” por aquéllas de “las posibilidades” de esa flexibilidad interna, lo que ha supuesto “la insostenibilidad económica y social” de dicho modelo, evidenciada en la actual crisis económica.

El período de consultas analizado sigue regulándose en el artículo 41.4 ET, que, tras una primera lectura, destaca más por su nueva fisonomía y novedades que por su respeto al régimen anterior. Con todo, siguen manteniéndose aspectos básicos como, por ejemplo, la obligación de negociar de buena fe; el objeto de la negociación; las exigencias para la consecución del acuerdo o, en fin, la mención de que, pese a acuerdo, los trabajadores afectados siempre pueden optar por la extinción indemnizada del contrato.

Cabe, sin embargo, centrarse ya en las interesantes novedades, muchas de ellas relacionadas con el período de consultas. Así, una primera advertencia importante en relación con éste es la de que la obligación de que la modificación sustancial colectiva vaya precedida del citado período lo es “sin perjuicio de los procedimientos alternativos que puedan establecerse en la negociación colectiva” (artículo 41.4, *ab initio*, ET). Desde luego, cuando tales procedimientos existan, la idea no es la de que se apliquen, acumulativamente, junto con las consultas previstas en la ley, sino que puedan desplazar a éstas. Ello supondría que la regulación legal es dispositiva para las partes sociales, que, a través de los convenios colectivos, pueden prever otros procedimientos di-

ferentes, de aplicación preferente. Sin duda, ello supone abrir la puerta a la máxima flexibilidad posible en relación con las modificaciones sustanciales estudiadas.

Con todo, la mención legal de esta posibilidad no supone una novedad, pues la misma ya había sido aceptada por los Tribunales laborales. En este sentido, el Alto Tribunal había admitido que “la finalidad manifiesta del artículo 41 ET es la de establecer reglas para la modificación de condiciones de trabajo derivadas de convenio colectivo”, pero no “limitaciones a los negociadores de estos convenios”. Por lo tanto, la posibilidad de que, por medio de la negociación colectiva, se prevean procedimientos de modificación distintos de los previstos en el referido precepto está plenamente aceptada por esta Sala¹. Se aceptaba, así, a nivel jurisprudencial, una práctica que ya empezaba a estar presente en los convenios colectivos y que suponía la previsión de mecanismos distintos para dejar de aplicar la regulación legal sobre tiempo de trabajo.

El legislador no aclara cuáles son esos “procedimientos específicos” que pueden pactarse en los convenios, pero parece claro que, lo habitual, será que en ellos intervengan los trabajadores o sus representantes u otros órganos imparciales (v. gr., la comisión paritaria del convenio), con el fin de que la decisión no sea adoptada unilateralmente por el empresario. Ahora bien, si el convenio atribuyese, en determinados casos, tal posibilidad a aquél, nada podría objetarse al respecto, a salvo la impugnación de la norma por los cauces ordinarios².

Por lo demás, parece que lo adecuado es que los procedimientos en cuestión se desarrollen en un primer momento, antes de que la medida sea firme y se comunique a los afectados. En tales casos, parece que lo lógico es que el incumplimiento de estos procedimientos sea el mismo que el del período de consultas (la injustificación de la modificación sustancial), aunque nada impide que se pacte otro efecto.

Veamos, ahora, otras novedades introducidas en el artículo 41.4 ET.

2. LA COMISIÓN *AD HOC* PARA NEGOCIAR DURANTE LAS CONSULTAS

2.1. Caracterización general

Como se apuntó, la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo no puede ser adoptada unilateralmente por el empresario,

¹ STS de 7 marzo 2003 (Ar. 4499). Vid., también, sentencias citadas en la misma.

² Cfr. Llano Sánchez, M.: *La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos*, AL, 2010, núm. 22, p. 4 (según versión de laleydigital.laley.es).

sino que debe ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores (delegados de personal, comité de empresa o delegados sindicales), sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva. Tales representantes son los que tienen la función de defender los intereses de la plantilla durante el referido período, por lo que su ausencia en la empresa supone un problema para los afectados. Otro tanto sucede cuando la decisión a adoptar es un traslado colectivo, un expediente de regulación de empleo (que concluya en despido colectivo o suspensión o reducción de jornada) o un descuelgue salarial.

El legislador reformador de 2010 consciente de la gravedad de tal situación, prevé una solución para estos casos de ausencia de representantes, que se aplica por igual a todas las situaciones mencionadas. Así, la regulación prevista en el artículo 41.4 ET, rige, también, para los artículos 40.2, 51.2 (y, por remisión, 47.1) y 82.3 ET. Se está, con ello, ante una medida transversal, en cuanto se aplica a los diferentes preceptos que regulan negociaciones previas a la toma de decisiones importantes que se relacionan con la flexibilidad interna de la empresa.

Según el mencionado artículo 41.4, párrafo tercero, ET, en las empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a su elección, a una comisión –que podemos llamar *interna*- integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente, o a una comisión –que podemos llamar *sindical*- cuyos componentes sean designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y “que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”.

Tras una primera lectura del referido precepto, cabe destacar que la posibilidad comentada se caracteriza, al menos, por los siguientes rasgos:

a) Titularidad limitada a los trabajadores de determinadas empresas. Ciertamente, esta opción representativa para cuestiones concretas se reserva para “las empresas en las que no exista representación legal” de los trabajadores o, más exactamente, para los casos en los que éstos carezcan de tal vía de representación regulada. El legislador no apunta el motivo de tal carencia, por lo que cabe pensar que la citada opción puede ser utilizada tanto cuando no se cumple el requisito de la plantilla mínima (microempresas de menos de seis trabajadores; artículo 62.1 ET) como cuando, aun observándose aquél, los trabajadores no desean tener unos representantes legales o éstos –una vez elegidos- han desaparecido por diversas causas (v. gr., revocación del cargo).

Ahora bien, dentro del concepto “representantes legales” también cabe entender incluidos a los representantes sindicales previstos en el artículo 10.3

LOLS (secciones y delegados sindicales), tal y como vino entendiéndose la mayoría de los tribunales laborales. Evidentemente, podría alegarse que carecería de sentido el no admitir como representantes a los citados delegados existentes en la empresa y “obligar” (indirectamente, claro) a los trabajadores a elegir una comisión *ad hoc*, que también puede tener origen sindical. Con todo, tal posibilidad tampoco podría darse, pues de no existir la representación estatutaria tampoco puede existir la sindical, en cuanto las secciones sindicales competentes para negociar estos acuerdos son las que cuentan con presencia en los órganos de representación unitaria.

Sea como fuere, el que el legislador permita una opción de representación *ad hoc* para estos casos refleja la importancia de la existencia de los representantes en la empresa, en cuanto defienden la voluntad de la mayoría y agilizan la toma de decisiones empresariales.

b) Carácter facultativo. La designación de tales comisiones no se prevé como una obligación para los trabajadores, sino sólo como una facultad o potestad (“podrán optar por atribuir”), por lo que se está ante un ámbito de decisión libre. Son los propios interesados los que eligen tener o no una comisión representativa³ y, en su caso, cuál es la que más les conviene. Con independencia de su naturaleza, la toma de tal decisión debe efectuarse por medios democráticos –como después se apuntará respecto de la elección de los miembros de la comisión interna-, para que refleje el sentir mayoritario de los afectados. En este sentido, lo mejor será que aquélla se decida en una reunión simple de todos los trabajadores de la empresa o centro afectados por la iniciativa empresarial. Repárese en que se evita, expresamente, el calificativo de “asamblea” para la citada reunión, pues ésta debe ser presidida, siempre, por los representantes legales (artículo 77 ET), aquí inexistentes.

De otro lado, aunque nada indica el legislador, resulta evidente que la responsabilidad de informar a los trabajadores afectados de la intención de adoptar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (u otra medida análoga de las antes mencionadas) y del subsiguiente derecho de aquéllos a elegir una comisión representativa para negociar con el empresario corresponde a éste. Así, es tal sujeto quien debe comunicar tales extremos a los trabajadores e impulsar la apertura de lo que puede ser un procedimiento de negociación con ellos. Tal comunicación puede hacerse oralmente o por escrito, aunque lo último siempre resulta más aconsejable a efectos de prueba. Además, aquélla puede realizarse, bien directamente, bien a través de intermediarios, como puede ser un representante informal de la plantilla o los propios sindicatos representativos o más representativos del sector.

³ En sentido contrario, Llano Sánchez, M., para quien “los trabajadores *pueden* elegir el tipo de comisión, pero *deben* elegir en todo caso, ya que ello formaría parte del deber de negociar de buena fe” (*op. cit.*, p. 5).

Ahora bien, en este segundo caso, el empresario debe asegurarse de que los afectados llegan a tener conocimiento real de sus derechos –únicos titulares de los mismos-, evitando situaciones en las que el intermediario (por ejemplo, el sindicato) se arroga la representación de que se trata. De suceder tal caso, el período de consultas se debería considerar inválido o como no observado.

Sobre las consecuencias de la no elección de la comisión, se abundará en el apartado 3.

c) concreto objetivo. La atribución de la representación de la plantilla a la comisión designada no tiene carácter general ni indeterminado, pues aquélla es para negociar con el empresario sobre un asunto y momento particulares: durante el período de consultas previo a la toma de la decisión empresarial de que se trate (modificación sustancial de las condiciones o, por analogía, traslado y despido colectivos, suspensión y reducción de jornada o descuelgue salarial). En palabras de la mejor doctrina, el legislador no pretende configurar “un nuevo tipo de representación para las microempresas” ni concibe a los representantes designados como “un interlocutor permanente” que pueda actuar para otras o futuras materias que surjan en la empresa⁴. Se insiste en que la tarea asignada es concreta. Cosa diferente puede ser la de que los trabajadores utilicen una misma comisión para este tipo de negociaciones, aunque debe existir un mandato concreto para cada una de ellas.

Cabe advertir que es más exacto aludir a la simple negociación entre las partes, y no a “la negociación del acuerdo” -como prevé el legislador-, pues puede que éste no llegue a producirse. En este sentido, es más preciso el artículo 51.2 ET que el ahora estudiado 41.4 de igual texto legal, que, en relación con el mismo supuesto, prevé que la representación de la comisión será “para el período de consultas y la conclusión de un acuerdo” (en realidad, bastaría con la mención de lo primero, pues –se insiste- el alcanzar el segundo no es preceptivo, ni automático ni seguro).

2.2. Tipos de comisiones

El poder elegir la comisión *interna* es novedad de la Ley 35/2010, pues el RD-ley previo sólo aludía a la otra. En todo caso, no cabe dudar de su fundamentación legal, pues la fórmula representativa que se comenta tiene encaje en los artículos 129.2 Constitución y 4.1.g) y 61 ET; según el primero, los poderes públicos promoverán, eficazmente, las diversas formas de participación en la empresa; de acuerdo con los otros dos, los trabajadores tienen derecho a participar en la vida de la empresa, a través de los representantes legales, aunque “sin perjuicio de otras formas” alternativas, como puede ser la ahora propuesta.

⁴ Cruz Villalón, J.: *La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010*, RL, 2010, núm. 21, p. 9 (según versión de laleydigital.laley.es).

Además, la comisión en cuestión no resulta desconocida, pues su previsión legal parece inspirarse en lo dispuesto en el artículo 4 RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprobó el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos⁵. Dicho precepto establecía que, de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro, éstos podían intervenir en la tramitación del procedimiento de regulación de empleo, si bien a través de una comisión (de hasta cinco miembros), cuando su número fuese igual o superior a diez. Desde luego, toda la experiencia acumulada en la aplicación de este precepto reglamentario –aun salvando sus diferencias- puede servir de pauta a la hora de resolver las dudas de creación y funcionamiento de la nueva comisión (v. gr., método de elección).

Ahora bien, lo fundamental –en cuanto es la única pauta que el legislador marca- es que la comisión en cuestión sea elegida democráticamente por los propios trabajadores y, entre ellos mismos, sin intervención de ningún elemento exterior (por ejemplo, autoridad laboral o similar). Por lo tanto, parece que da igual el sistema que aquéllos sigan, lo importante es que se garanticen las mismas oportunidades a todos los miembros de la plantilla de la empresa, tanto como electores como elegibles. Ello implica el respeto a los principios de participación, igualdad y acatamiento de la voluntad mayoritaria. Sin duda, “la incorporación de este modelo de democracia directa supone una reforzada apuesta por la autonomía negociadora del nivel de empresa” en relación con las decisiones importantes que afectan a la plantilla de la misma (modificaciones sustanciales, suspensiones y despido colectivo y acuerdos de descuelgue salarial)⁶.

En relación con esta última idea, repárese en que la comisión interna tiene las mismas competencias –faltaría más- que la sindical, lo que implica que puede llegar a negociar la modificación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario, ya de empresa, ya de sector (artículo 41.6 ET, por remisión al apartado 4 del mismo). Ello determina una cierta desprofesionalización o “desindicalización” de la negociación colectiva, pues la modificación del convenio estatutario y, en su caso, la negociación de un particular nuevo acuerdo de empresa, se efectúa por trabajadores ordinarios de la misma, aunque –eso sí- vestidos de un poder específico para ello por sus compañeros. La trascendencia de tal posibilidad es clara, así como la de su legalidad,

⁵ Según la disposición final tercera.4 Ley 35/2010, antes del 31 de diciembre de 2010, el Gobierno aprobará un RD de modificación del citado RD 43/1996, para adaptarlo a lo dispuesto en aquélla. En todo caso, el citado artículo 4 debe entenderse derogado por el nuevo artículo 51.2 ET.

⁶ Cfr. Mercader Uguina, J. R.: *Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010*, en el volumen AAVV: “La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre” (Valladolid, 2010), p. 199.

que tiene encaje en la interpretación amplia de la literalidad del artículo 37.1 Constitución, según el que “la Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios”.

En principio, los mismos trabajadores pueden ser electores y elegibles, aunque no parece existir problema en elegir, como comisionados, a los de otro centro de la misma empresa que cuenten con representación legal⁷. Por lo demás, aunque el legislador guarda silencio al respecto, cabe defender la extensión de las garantías típicas de los representantes legales (artículo 68 ET) a los miembros de la comisión interna. En caso contrario, será difícil que trabajadores ordinarios de la empresa quieran involucrarse en actividades de representación del colectivo y negociación con el empresario. Desde luego, tal extensión está justificada objetivamente y, además, ha venido siendo la norma para otros trabajadores que, ocasionalmente, ejercen de representantes *ad hoc*, como sucede, por ejemplo, en materia de prevención de riesgos, y ya estén o no aquéllos integrados en el servicio de prevención (artículo 30.4 Ley 31/1995).

La comisión *sindical* es la otra opción que tienen los trabajadores a la hora de elegir unos representantes específicos para negociar la decisión empresarial. Además, aquélla parece la preferida por el legislador, pues fue la única que ya se reguló en el inicial RD-ley 10/2010. La opción por esta comisión supone un claro reforzamiento del papel del sindicato en un tipo de empresas al que, tradicionalmente, es ajeno o, en otras palabras, implica la extensión de la acción representativa del sindicato a un ámbito que no es el más habitual. Ahora bien, quizás, por ello mismo, esta opción sea la menos preferida por los trabajadores de las microempresas, reacios en confiar su representación a unas organizaciones sindicales que, por muy representativas que sean, les pueden resultar ajenas si no cuentan con implantación real en el centro de trabajo de que se trate. De hecho, es significativo que se haya aprovechado la transformación del RD en Ley para añadir la otra vía de representación, puede ser que por las opiniones emitidas al respecto por los afectados.

El encargo de elegir la comisión no puede hacerse a cualquier tipo de sindicato, sino sólo a aquéllos “más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma” (artículo 41.4 ET). En cuanto a su grado de representatividad, queda claro que se alude a los sindicatos representativos del sector, o sea, los que cuentan con un mínimo del 10 por 100 de representantes unitarios en el ámbito del convenio [artículo 87.2.c) ET], pero también a los que ostentan la condición de más representativos a nivel autonómico y estatal.

En el ámbito estatal, tienen tal condición: a) aquellos sindicatos que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito, del

⁷ Cruz Villalón, J., *op. cit.*, p. 10.

10 por 100 o más del total de delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas; y b) los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa, de acuerdo con lo previsto en la letra a) [artículo 6.2 LOLS].

Por su parte, en el ámbito autonómico, gozan de dicha cualidad: a) los sindicatos que –no estando afiliados a federaciones estatales- acrediten, también, una especial audiencia, equivalente a la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los representantes unitarios en el referido ámbito, con un mínimo de 1.500; y b) aquéllos que hayan obtenido en un determinado ámbito territorial y funcional específico el 10 por 100 o más de los representantes unitarios [artículo 7.1 y 2 LOLS].

Aparte de los requisitos de representatividad mencionados, los sindicatos competentes para designar –entre ellos mismos- a los miembros de la comisión sindical deben observar, acumulativamente, otra condición: estar legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la empresa. Desde este punto de vista, cabe recordar que la referida comisión negociadora quedará válidamente constituida –en cuanto a la parte social- cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones con legitimación inicial representen, como mínimo, a la mayoría absoluta de los miembros de comités de empresa y delegados de personal afectados por el convenio (artículo 88.1 ET). En otras palabras, la denominada legitimación “plena” requiere que los sindicatos con legitimación “inicial” sumen, en su conjunto, la mitad más uno del total de los representantes unitarios existentes en el ámbito territorial y funcional del convenio.

En el caso de la comisión sindical, si hubiese más de tres sindicatos representativos o más representativos que cumpliesen los requisitos exigidos para intervenir en aquélla, la elección de los concretos miembros parece que debe atender al porcentaje de representación obtenido en cada concreto ámbito. Así, la elección de sindicatos y, por ende, de miembros, debe hacerse “según su representatividad”, como indica el legislador.

Como se aprecia, la comisión sindical es elegida por y entre los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa. Con ello, la Ley 35/2010 se aparta del criterio de su precedente RD-ley 10/2010, que separaba, claramente, los electores de los elegibles, en cuanto establecía que éstos fuesen designados por la comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a la empresa.

De otro lado, con el fin de poder negociar en condiciones de máxima igualdad por ambos lados, o sea, dos órganos colectivos similares y con equivalentes poderes, el artículo 41.4 ET prevé que, si la comisión que negocia es la

sindical, el empresario también pueda atribuir su representación a la organización empresarial en la que esté integrado (sectorial o intersectorial), la cual puede tener el carácter de más representativa a nivel autonómico. Con todo, este último requisito de representatividad (al igual que la propia intervención de estas organizaciones) no se impone, sino que es una opción del empresario. Así, de quererlo, éste puede negociar directamente con la referida comisión.

En realidad, puede concluirse que esta previsión legal resulta superflua, pues el empresario siempre puede, en cualquier asunto y momento, atribuir su representación a otro sujeto u órgano colectivo por la vía del mandato civil. Desde tal punto de vista, la previsión legal comentada debe interpretarse en sentido amplio o, en todo caso, como ejemplificativa, en cuanto no impide al empresario el atribuir su representación a otro tipo de asociación empresarial y para otros supuestos, como cuando, por los trabajadores, negocie la comisión interna. En el caso de sentarse a la mesa la asociación empresarial y la comisión sindical, la negociación se profesionaliza y hasta corre el riesgo de desbordar sus efectos y contenidos.

Dado que se está ante un simple derecho, la elección de la vía de la comisión representativa requiere un mandato expreso del empresario, sin que baste la mera afiliación de éste a aquélla para que la misma se sienta autorizada o con competencia para intervenir en la negociación de que se trata. Ciertamente, en relación con los conflictos de empresa o ámbito inferior, el papel de la asociación empresarial es diferente al del sindicato, pues, mientras que éste es cotitular del interés colectivo que subyace en el conflicto, aquélla no, y se limita a correpresentar el del empresario⁸. Por cierto, cualquier discrepancia sobre la extralimitación del mandato dado por aquél a su asociación debe ser resuelto por la jurisdicción civil, no social.

Repárese en que la posibilidad de que, finalmente, la negociación durante el período de consultas previo a la decisión empresarial se celebre entre una comisión sindical y otra empresarial, ambas configuradas como órganos colegiados y de amplia base representativa, supone —en cierto modo— un contrasentido. Se parte de una situación en la que los trabajadores de una empresa, bien por su escasa dimensión, bien por su desinterés o negativa, carecen de representantes legales y, sin embargo, atribuyen su representación a una comisión sindical, después el empresario hace otro tanto (salvando las distancias) y, finalmente, dos órganos ajenos a la empresa terminan debatiendo y, quizás, resolviendo un problema interno de la misma.

Sea una u otra la comisión elegida, el número máximo de integrantes es de tres, con clara intención de hacer aquélla operativa y eficaz; el mínimo no se fija, por lo que pueden ser dos o, incluso, uno. Aunque, en este último caso, no

⁸ Así, STSJ Extremadura de 4 marzo 1994 (AS 1022).

resulta muy apropiado hablar de comisión, en cuanto órgano unipersonal. Por su parte, cuando los sujetos sean dos, también pueden producirse problemas de empate y bloqueo en la toma de decisiones, pues los acuerdos de la comisión requieren “el voto favorable de la mayoría de sus miembros”. Así, parece que el número ideal es el clásico de tres, con el que se garantiza el carácter colegiado del órgano y evitan problemas en la adopción de los acuerdos⁹.

El que el legislador aluda al voto favorable de la mayoría de “miembros” de la comisión parece indicar que la votación será personal y se hará “por cabezas”, apartándose de la regla que rige, por ejemplo, para la adopción de los acuerdos de la comisión negociadora del convenio colectivo, que requieren el voto positivo de la “mayoría de cada una de las representaciones” (artículo 89.3 ET). Para una corriente jurisprudencial mayoritaria, incluso en las negociaciones de ámbito empresarial, el término “representaciones” alude a las partes negociadoras y no a los concretos miembros de la comisión negociadora aportados por cada una de aquéllas. En consecuencia, se estimó que la mayoría exigida debía calcularse en función del voto proporcional o ponderado en base a lo que tales miembros representan¹⁰. Sin embargo, en el caso ahora analizado, se insiste en que la votación debe ser personal, lo que no deja de tener ventajas al tratarse de comisiones reducidas y, quizás, ajenas a criterios de representatividad sindical (comisión interna).

2.3. Plazo y consecuencias de la no designación de la comisión dentro del mismo

El citado precepto 41.4, párrafo cuarto, ET prevé que la designación de los miembros de la comisión debe realizarse, “en todos los casos”, en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de la consulta, “sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo”. Esta previsión legal suscita, al menos, los siguientes comentarios.

En primer lugar, la brevedad del plazo deja claro que el legislador busca celeridad en la adopción de la decisión empresarial. Ninguna crítica al respecto; todos los implicados deben actuar con diligencia. Con todo, no cabe ocultar que tal importante tarea puede resultar laboriosa o difícil, especialmente cuando se trata de la comisión sindical, por lo que el citado período puede quedar escaso en estos supuestos. Ello plantea la duda de la admisión de una prórroga

⁹ Como apunta García-Perrote Escartín, I. (*Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales*, en el volumen AAVV: “La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre”, ya citado, p. 158), con la regulación anterior, que permitía una comisión de hasta cinco miembros, lo habitual era elegir tres, no dos o cuatro.

¹⁰ Cfr. STS de 3 junio 2008 (Ar. 3466).

y su duración. En principio, la expresión “en todos los casos” no parece indicar que siempre se tenga que respetar el plazo en cuestión, que éste sea imperativo e improrrogable, más bien alude a que el mismo juega tanto para la elección de la comisión interna como de la sindical. Así las cosas, -y dado que no se dice lo contrario- parece posible la prórroga del mencionado plazo, siempre que ambas partes estén de acuerdo, aunque quede claro que ello va en detrimento del plazo que queda para negociar, que, en principio, no puede superar los quince días¹¹.

En segundo lugar, el que el cómputo del plazo de cinco días se haga desde el inicio del período de consultas va a implicar que se resten días a la duración efectiva de éste: los que tarden en designarse a los representantes. Se está ante un plazo situado dentro de otro mayor; ambos corren de manera simultánea, no sucesiva. Con todo, bien pensado, se está ante un absurdo, pues, por un lado, se alude a un plazo para designar representantes, y, por otro, se dice que éste computa desde el inicio del período de consultas de quince días, pero resulta que este último no se abre hasta que el empresario comunica a los representantes -ya existentes- su intención de introducir una modificación sustancial y predisposición a negociar con aquéllos. Desde luego, se insiste en que tales representantes no existen, en cuanto el primer plazo es aún para elegirlos.

Aunque la Ley no lo requiera, lo lógico sería que el empresario comunicase a los trabajadores, previamente, su intención de introducir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la apertura del plazo de cinco días para elegir la comisión y, a continuación, abriese el período de consultas de quince días para negociar sobre aquélla. Dado que tal lógica idea no refleja un deber empresarial, sería aconsejable que los trabajadores de las empresas sin representantes legales tengan ya prevista una comisión (o representantes informales) para actuar rápidamente en este u otro tipo de supuestos o, en caso contrario, se organicen con celeridad para no restar tiempo a la negociación. Asimismo, sería importante que los convenios colectivos de sector entren a contemplar tal posibilidad y aporten soluciones rápidas a la misma.

Con la redacción actual, cabe concluir que el período de cinco días para designar la comisión comienza cuando el empresario notifica su intención de actuar e impulsa la elección de aquélla. En tal momento, no hay representantes y, por lo tanto, en realidad, no se abre ningún otro período de consultas. Ahora bien, una vez designada la comisión, los días empleados en ello se restan al período legalmente previsto para la negociación con la misma, por lo que éste siempre va a ser menor de quince, al retrotraer el cómputo de éste al primer día del plazo de cinco.

En tercer lugar, la falta de designación de los miembros de la comisión no supone la paralización del período de consultas. Desde luego, con ello se

¹¹ *Vid infra*, último apartado.

quiere evitar que la desidia, incapacidad o falta de voluntad de los trabajadores a la hora de designar una comisión obstaculice el plan empresarial, en este caso, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Evidentemente, de aceptar lo contrario, los trabajadores tendrían el control de la situación, pues les bastaría con no elegir la comisión para paralizar tal decisión. Dicha conclusión sería intolerable, máxime desde la normativa actual, que pretende flexibilizar –todo lo posible– la toma de decisiones empresariales.

Así las cosas, queda claro que la falta de designación de representantes no paraliza el transcurso del período de consultas, pero la gran pregunta es la de si éstas deben celebrarse igualmente con los trabajadores o si el empresario queda habilitado para decidir, unilateralmente y cuando pueda, sobre la medida propuesta. En mi opinión, la respuesta correcta es la primera¹², pues ello es lo que ya sucedía antes de la reforma¹³. Tal negociación parece especialmente posible cuando la plantilla es reducida o existe una clara voluntad de negociar por ambas partes. En todo caso, el empresario debe hacer tal ofrecimiento a aquélla.

El aceptar la negociación directa con los trabajadores implica el rechazar otra posible interpretación: la de que la ausencia de representantes (incluida la comisión de que se trata) exonera, directamente, de las consultas al empresario. Ciertamente, tal interpretación podría derivar de la literalidad del artículo 41.4, párrafo primero, ET, que prevé que “la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo debe ir precedida, en las empresas en las que existan representantes legales de los trabajadores, de un período de consultas” (las comas son mías), por lo que, *a sensu contrario*, podría entenderse que, si no hay representantes (o comisión sustitutiva), no hay consultas. Posiblemente, tal interpretación sea demasiado radical y el tenor literal de la ley lo que quiere es distinguir, claramente, el supuesto de la empresa con representantes legales de aquél en el que éstos no existen, regulado en otro párrafo.

Admitida la posibilidad de la negociación con los trabajadores, y aun comenzada ésta, no parece existir especial problema en aceptar una comisión designada ya transcurridos los cinco días (aun sin prórroga formal), pero antes de que concluyan los quince fijados para las consultas¹⁴. En tal supuesto, la negociación comenzaría con toda la plantilla de trabajadores y concluiría con sus representantes. El empresario posiblemente lo agradezca, pues parece más fácil negociar con tres trabajadores que con toda la plantilla. La admisión de

¹² Cfr., en igual sentido, García-Perrote Escartín, I., *op. cit.*, p. 177.

¹³ Así, por ejemplo, en relación con la negociación del acuerdo de descuelgue (artículo 82.3 ET), existe alguna sentencia que aceptó que, ante la inexistencia de representantes de los trabajadores, el empresario pudiese negociar individualmente con los afectados (sentencias País Vasco de 12 mayo y 9 junio 2009; recursos 547 y 683, respectivamente).

¹⁴ Cfr., también, Llano Sánchez, M., *op. cit.*, p. 5.

esta posibilidad resulta especialmente lógica si se repara en que el plazo para las consultas es, como tope, de quince días, por lo que nada pasa si es menor, máxime si la causa de la reducción temporal es imputable a los propios interesados, esto es, a los trabajadores que son los responsables de elegir, de entre ellos, a sus representantes.

En el caso de la comisión sindical, los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa –que son los que eligen a los miembros (los trabajadores se limitan a optar por esta vía de representación)- pueden tener que asumir cierta responsabilidad por la no elección –o el retraso en la misma- de aquéllos, cuando el mismo le sea imputable y cause perjuicios. Al fin y al cabo, reciben un encargo de los trabajadores de una empresa que, en cuanto incumplido, puede causar graves perjuicios a los mismos.

Por último, cabe comentar que si los trabajadores no eligen una comisión representativa, ni tampoco quieren negociar directamente con el empresario –o tal negociación se convierte en imposible por las circunstancias del caso-, el empresario queda habilitado para adoptar la decisión de manera unilateral, siempre que ello sea posible, claro (artículos 40.2 y 41.4 ET). Desde luego, no lo será cuando la modificación afecte a una condición de trabajo establecida en convenio colectivo estatutario, que siempre requiere el previo acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores (artículos 41.6 y 82.3 ET). Por último, en el caso de tratarse de una medida de regulación de empleo (artículos 51 y 47.1 ET: despido colectivo o suspensión y reducción de jornada), la misma pasará a la siguiente fase, en la que decidirá la autoridad laboral.

3. SUSTITUCIÓN DE LAS CONSULTAS POR EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN O ARBITRAJE

Al igual que en los casos del despido y traslado colectivos, en el de modificación sustancial de las condiciones de trabajo también se prevé la posibilidad de sustituir el período de consultas que el empresario celebra con los trabajadores o sus representantes por el procedimiento de mediación o arbitraje aplicable en la empresa (artículo 41.4, párrafo quinto, ET). Se pretende, así, potenciar el recurso a estas vías pacíficas y clásicas de solución de discrepancias.

En todo caso, tal decisión corresponde al empresario y a la representación de los trabajadores. Esta previsión sugiere, al menos, los siguientes comentarios:

1) La sustitución en cuestión debe adoptarse de mutuo acuerdo, sin que ninguna de las partes pueda actuar unilateralmente. Así, ante la negativa de una de ellas, debe seguir aplicándose el régimen legal ordinario, haya o no posibilidad de acuerdo en el período de consultas. Desde luego, lo que no prevé el legislador –y a salvo de lo que pueda disponer la negociación colectiva- es

un procedimiento de solución extrajudicial para esta particular discrepancia (lo que ya parecería excesivo). Hay un régimen legal aplicable, el legislador ofrece a las partes la posibilidad de sustituirlo por otro, sino hay acuerdo al respecto, rige aquél. La prohibición de decidir el cambio sin consenso afecta más a una u otra parte, según el tipo de condición ante el que se esté. Si, concluido el período de consultas sin acuerdo, el empresario puede proceder a decidir unilateralmente, quizás sea el primer interesado en no pasar a los procedimientos de mediación o arbitraje. Por el contrario, si la modificación de la condición de trabajo exige el previo y necesario acuerdo de las partes, la cosa cambia, y los interesados en no buscar alternativas al desacuerdo pueden ser los representantes de los trabajadores.

2) Por la parte social, son competentes para decidir el acuerdo sustitutivo los representantes legales de los trabajadores y, en defecto de éstos, la comisión *ad hoc* elegida. En este sentido, es significativo el uso de la expresión “representación de los trabajadores” y no las de “representantes *legales*” o representación *legal*” (artículo 41.4, párrafos primero y tercero, ET), que son más restrictivas y no incluyen aquélla. De no existir ningún tipo de representación de los trabajadores, son éstos los que pueden acordar, directamente, la sustitución de que se trata con el empresario. En tal caso, incluso puede que sea la opción preferida por aquéllos, máxime cuando se sienten con dificultades para negociar en igualdad de condiciones y la intervención del tercero (mediador o árbitro) les da seguridad y garantías de imparcialidad.

3) La sustitución analizada no se configura como una imposición legal, sino como una posibilidad o facultad que las partes tienen (“podrán acordar”) y que, posiblemente, utilizarán cuando el mediador o el árbitro –en cuanto tercero imparcial– les parezca la mejor solución para llegar a acuerdos en los procedimientos de negociación abiertos en la empresa. El legislador no prevé excepciones a la facultad para convertirla en obligación, como podría haber hecho, de haber querido, sobre todo en los casos en los que la falta de acuerdo impide la introducción de la modificación sustancial (condición prevista en convenio colectivo). Con todo, repárese en que, si no lo hace así, es porque sabe que la imposición de un arbitraje obligatorio de poco serviría en este ámbito. Bastaría el rechazo y la no colaboración de una de las partes para impedir la eficacia de tal medida. De ahí, el impulso suave o no forzado del recurso a estas vías de solución extrajudicial de conflictos.

4) Con todo, en relación con esta última idea, se aprecia una especial preocupación del legislador por solucionar, de manera real y eficaz, las discrepancias que surjan en las consultas cuando la modificación sustancial afecte a una condición prevista en convenio colectivo estatutario, incluido el caso del descuelgue salarial. Para ambos casos, se prevé que “mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico”, previstos en el artículo 83

ET, “se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar, de manera efectiva, las discrepancias en la negociación de los acuerdos a los que se refiere este apartado –el sexto del artículo 41 ET-, incluido el compromiso de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91”. En iguales términos, se pronuncia el artículo 82.3, *in fine*, ET.

De manera complementaria, se modifica el apartado c) del artículo 85.3 ET, que pasa a prever, como contenido mínimo y obligatorio del convenio colectivo ordinario, el establecimiento de “procedimientos para solventar, de manera efectiva, las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos”, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.6, y para la no aplicación del régimen salarial del artículo 82.3, “adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales” antes mencionados.

Como se aprecia, el legislador está decidido a acabar con las discrepancias que impiden al empresario la introducción de modificaciones sustanciales relacionadas con condiciones previstas en convenio colectivo estatutario. Ahora bien, aquél no impone directamente el recurso a los medios de solución extrajudicial, especialmente al arbitraje, sino que exhorta a los distintos sujetos negociadores a que lo adopten ellos mismos, tanto en los acuerdos interprofesionales como en los convenios colectivos ordinarios. Además, en este segundo caso, introduce un elemento de flexibilidad adicional, pues las partes pueden adaptar, a sus particulares circunstancias, los procedimientos previstos en los acuerdos interprofesionales. De los dos mandatos efectuados a los sujetos negociadores, el que más probabilidad de éxito tiene es el dirigido a los convenios ordinarios, en cuanto forma parte de su contenido mínimo; el otro parece traducirse, más bien y a pesar de sus términos (“se deberán establecer”), en una invitación o recomendación a las partes.

Una última precisión es la de que, para las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario, el recurso a los procedimientos de solución extrajudicial se prevé –al igual que antes- como solución al conflicto surgido en el período de consultas; sin embargo, en el resto de casos, aquéllos pueden ser una alternativa desde el primer momento, por lo que el citado período puede que ni llegue a abrirse.

Y 5) la nueva posibilidad legal de sustituir el período de consultas por un procedimiento de mediación o arbitraje parece inspirarse –aunque va más allá- en la normativa existente sobre la materia. Así, el IV Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (ASEC) prevé que uno de los posibles conflictos que pueden someterse a los procedimientos previstos en aquél son

los derivados de las “discrepancias surgidas en el período de consultas” previo a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. Ahora, el legislador da un paso más y acepta ya la posible sustitución del citado período por aquellos procedimientos. Con ello, puede restarse capacidad negociadora a las partes, pero se asegura una solución pacífica al conflicto.

De otro lado, el acuerdo de sustitución podrá adoptarse “en cualquier momento” -parece- que del período de consultas, por lo que da a entender que, primero, las partes pueden intentar llegar a acuerdos entre ellas y, si aquéllos son imposibles, entonces puede acordarse el pase al procedimiento de solución extrajudicial de conflictos. Ahora bien, tal interpretación no encaja bien con la precisión legal de que este último procedimiento “deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado” para la fase de consultas (quince días). Ciertamente, cuando el acuerdo de sustitución se produzca en los últimos días del plazo, será casi imposible que el mediador o el árbitro (que primero debe ser nombrado) realice su trabajo dentro del mismo plazo con normalidad. Como ha propuesto algún autor, lo lógico sería que, desde el momento en que se acordase el recurso al procedimiento extrajudicial, se abriese un nuevo plazo de igual duración para que éste pudiese desarrollar sus diferentes fases con normalidad (designación de mediador o árbitro, aceptación del cargo, estudio del conflicto y elaboración de una propuesta o laudo)¹⁵.

Con todo, tal interpretación también tiene sus inconvenientes, pues si el acuerdo se adoptase en los últimos días del plazo de consultas y se abriese otro nuevo para el mediador o árbitro, resultaría que, al final, ambos plazos podrían sumar hasta un mes (o más, en el caso del despido colectivo, si hay cincuenta o más trabajadores en la empresa). Dado que el legislador quiere reducir la duración de los procedimientos y agilizar la toma de decisiones empresariales, la solución es compleja. Quizás lo mejor hubiera sido limitar la posibilidad de acordar la sustitución a los primeros días del plazo de consultas, por ejemplo, a los tres o cinco iniciales, para que, en su caso, el tercer imparcial tuviese un mínimo de tiempo para actuar con conocimiento de causa y garantías.

Cuando el período de consultas sea sustituido por otros “procedimientos específicos” de negociación previstos en convenio colectivo (artículo 41.4, párrafo primero, ET), la posibilidad de recurrir, a su vez, a los procedimientos de solución extrajudicial para solucionar los conflictos que en aquéllos también surjan dependerá, claro, de lo pactado. Desde luego, la posibilidad legal ahora comentada puede servir de criterio analógico. Con todo, no cabe descartar que los mencionados procedimientos específicos ya consistan o incluyan, por sí mismos, medidas de mediación o arbitraje.

¹⁵ García Perrote-Escartín, I.: *Medidas de flexibilidad interna: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales*, en el volumen AAVV: “La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos” (Valladolid, 2010), p. 155.

4. NOVEDADES QUE FACILITAN LA DECISIÓN EMPRESARIAL

Con la finalidad de facilitar la decisión empresarial, cabe comentar dos novedades importantes introducidas por el legislador reformador:

a) El cambio de carácter -de mínimo a máximo- del período fijado para consultas. El período fijado para las consultas entre el empresario y los representantes (o la comisión *ad hoc* de los trabajadores), antes de la adopción de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, experimenta un importante cambio, pues su naturaleza pasa de mínimo a máximo (artículo 41.4, párrafo primero, ET). Otro tanto sucede con plazos de consultas similares, como los previos a la adopción de una decisión de traslado colectivo (artículo 40.2 ET), despido colectivo (51.2 ET)¹⁶ o de descuelgue salarial (82.3 ET). Para este último supuesto, aunque no se dice expresamente, también debe entenderse que juega el mismo plazo, pues la decisión de inaplicar el régimen salarial previsto en un convenio de ámbito superior al de empresa se supedita a un acuerdo empresa-representantes de los trabajadores, “previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4” ET. En todos los casos, se trata de agilizar la toma de la decisión empresarial, a través de unos plazos más operativos y eficaces.

Centrándome en el supuesto de las modificaciones sustanciales, el anterior artículo 41.4 ET establecía que la consulta con los representantes tenía una “duración *no inferior* a quince días”, con lo que los afectados por aquél entendieron que se trataba de un plazo mínimo, pero no máximo, para negociar. De hecho, con frecuencia, dicho plazo fue superado por las partes en busca del ansiado acuerdo y tal situación también fue consentida y aceptada.

Con la regulación actual, la duración del plazo de negociación es la misma que antes, pero su carácter no, que pasa a configurarse como un máximo. Así, el legislador prevé que aquél tendrá una duración “no superior” a la indicada, por lo que, tras el transcurso de ésta sin acuerdo, el empresario queda legitimado para entender concluida la fase de consultas y adoptar la decisión que estime oportuna, si puede, claro. Ahora bien, al margen del carácter del plazo y de su duración legal, cabe tener en cuenta que las partes, antes de abrir formalmente el período de consultas, ya pueden haber negociado los diferentes aspectos de la modificación sustancial, con lo que se puede llegar a aquél con un acuerdo alcanzado. En tales casos, en realidad, las consultas duran mucho más que lo fijado legalmente.

De otro lado, el carácter de mínimo del plazo de consultas anterior a la reforma tenía una importante consecuencia: obligaba a las partes a mantenerlo abierto hasta su extinción, aunque fuese clara la imposibilidad de acuerdo. Por lo tanto, no cabía un cese anticipado por mutuo acuerdo ni, menos aún, por voluntad unilateral de una de las partes. Sin embargo, el carácter máximo

¹⁶ El RD-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, no había introducido este cambio para el despido colectivo, pero la posterior Ley 35/2010, sí,

del plazo de la nueva regulación legal sí permite la extinción de éste por voluntad conjunta de aquéllas antes de su vencimiento, ya exista o no acuerdo. Prevalece, pues, el deseo de las partes frente al plazo legal, en aras a agilizar la adopción de la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Al fin y al cabo, si las propias partes manifiestan su voluntad de no consensuar, no tiene sentido que se mantenga paralizado el trámite y no se avance.

Con todo, al igual que antes y con independencia del carácter del plazo, lo que no cabe es la ruptura unilateral del mismo por una de las partes cuando no hay previo acuerdo. Tal decisión podría considerarse vulneradora del deber de negociar –durante el período de consultas- de buena fe, con vistas a la consecución de aquél.

Por lo demás, no cabe dejar de comentar que el RD-ley 10/2010 calificaba los quince días del plazo de consultas como “improrrogables”, con lo que parecía estarse ante un plazo de derecho necesario absoluto, impidiendo a las partes la posibilidad de prorrogarlo por mutuo acuerdo, de considerarlo necesario. Tal limitación parecía excesiva e inapropiada y, de hecho, la Ley 35/2010 elimina tal calificativo, aunque –incoherentemente- se mantiene en su preámbulo. Así las cosas, ahora parece que el plazo tendrá una duración no superior a quince días, salvo acuerdo (expreso o tácito) de las partes en sentido contrario. Sin duda, la desaparición del referido término habla por sí sola sobre el cambio de posición del legislador. Tal prórroga puede resultar especialmente conveniente en los casos en los que la adopción de la medida empresarial depende del previo acuerdo de las partes, como sucede cuando aquélla afecta a condiciones previstas en convenio colectivo estatutario.

b) La presunción de que, si hay acuerdo tras las consultas, concurren las causas justificativas de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

La Ley 35/2010, a diferencia de su precedente RD-ley 10/2010, introduce una presunción de certeza importante que intenta dar seguridad a las partes que alcanzan un acuerdo durante la fase de negociación: si hay acuerdo, la modificación sustancial está justificada en causas reales y objetivas. Evidentemente, durante la citada fase, las partes debaten, de manera principal, sobre la existencia y naturaleza de las causas alegadas por el empresario para proceder a la modificación en cuestión. Desde luego, también hablan de la posibilidad de evitar o reducir los efectos de ésta y de las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias, pero estos aspectos sólo entran en el debate cuando ya está claro y probado que la modificación que se propone está justificada objetivamente y, por lo tanto, es necesaria. En este sentido, cabe recordar que el deber de negociar de buena fe, por ambas partes, obliga a que el empresario informe y justifique, adecuadamente, la existencia de las causas, a lo que no se equipara una mera explicación de las modificaciones sustanciales que se desean introducir. Por su parte, el mismo deber también vincula a los representantes y, en virtud del mismo, éstos pueden negarse a pactar si estiman que las causas no se acreditan o justifican las medidas propuestas por el empresario.

En consecuencia, cuando las partes llegan a acuerdo, éste adquiere un especial valor, pues el legislador lo refuerza equiparándolo a una presunción de efectiva concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción alegadas por el empresario. El legislador no aclara ante qué tipo de presunción se está, si *iuris et de iure* o *iuris tantum*. En este segundo caso, se admitiría prueba en contrario, por lo que la autoridad laboral podría probar que, a pesar del pacto, las causas no concurren. A favor de este tipo de presunción podría alegarse que: 1) ante el silencio legal, debe regir la regla más suave, la que permite la intervención de la parte interesada probando lo contrario de lo que aquélla afirma. 2) el legislador permite la impugnación en el caso de “fraude”, lo que parece aludir a la connivencia de las partes para simular la existencia de las causas cuando éstas no concurren.

Sin embargo, la literalidad del artículo 41.4, *in fine*, ET no parece dejar lugar a la duda sobre el tipo de presunción que establece: “cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas... y sólo podrá ser impugnado... por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho”. Primero se afirma la regla general (si hay acuerdo, hay causas) y después se mencionan los casos excepcionales por los que el pacto podrá ser impugnado, ajenos a la existencia de las causas. Así las cosas, de aceptar esta interpretación sobre el tipo de presunción ante el que se está, la autoridad laboral no podrá entrar a comprobar si aquéllas son reales o no y cuál es su entidad. En otras palabras, se acepta lo negociado por las partes (si a ellas les sirve, a la autoridad laboral, también).

Lo único que puede hacer la referida autoridad es reaccionar ante situaciones de presión o abuso de una parte a la hora de conseguir la aceptación de la otra (probablemente, del empresario respecto del trabajador)¹⁷. Así, con carácter excepcional, el legislador permite que aquélla impugne el pacto ante la jurisdicción competente –la social– en base a la sospechada existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de aquél. Evidentemente, cuando, durante la fase de negociación, una de las partes utiliza estas artimañas para sellar un falso acuerdo, éste no es tal y, por lo tanto, quien lo sospeche o conozca debe denunciarlo. Por lo demás, aceptado el carácter *iuris et de iure* de la presunción comentada, el término “fraude” debe relativizarse o reinterpretarse para entenderlo como algo diferente “a la inexistencia o simulación de las causas”.

La presunción de la justificación de la modificación sustancial se acompaña del recordatorio de que los trabajadores afectados siempre tienen derecho a ejercitar la opción de la extinción indemnizada de su contrato, con derecho a una indemnización de veinte días de salario por año trabajado, con un máximo de nueve meses (artículo 41.3, párrafo segundo, ET).

¹⁷ Cruz Villalón, J., *op. cit.*, p. 6.

MEDIDAS PARA REFORZAR LA FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA Y DELIMITADORAS DEL RÉGIMEN DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO

JULIA MUÑOZ MOLINA

Profesora T.U. de Derecho del Trabajo de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras Clave: Flexibilidad, extinción del contrato

El objetivo de este trabajo es el análisis de las principales novedades normativas incorporadas por la Ley 35/2010 para reforzar la flexibilidad interna negociada en el transcurso de las relaciones laborales, y fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo, con el objeto de favorecer la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción; así como las medidas introducidas en materia de extinción del contrato de trabajo, con la finalidad de restringir el uso de la contratación temporal, y de cara a favorecer una utilización más extensa de la contratación indefinida.

Entre las medidas de flexibilidad interna y en lo que atañe al ámbito de este trabajo se encuentran las relativas a los traslados colectivos, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, las cláusulas de inaplicación salarial y la suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

En relación con la extinción del contrato de trabajo se implantan, entre otras, las siguientes medidas: se da nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción; se incrementa hasta doce días la indemnización por finalización de contratos temporales; y se reducen las cantidades a abonar por las empresas en caso de extinción de contratos indefinidos por las causas previstas en los arts.51 y 52 del ET.

ABSTRACT

Key Words: Flexibility, termination of the contract of employment

The present study analyses key regulation brought up by the 35/2010 Law to increase internal flexibility in industrial relations to foster the use of working hours reduction as an instrument of temporal employment adjustment. The objective is merely to increase the adaptability of working conditions linked to productive conditions. Therefore, to apply measures about the termination of employment contract and to restrict the temporality, and to enhance the long-term hiring.

The measures taken of internal flexibility in this field are the collective transfer, the substantial modification of working conditions, and the salaries inapplicability clauses, and the termination of the contract of employment due to organisational and productive and technical reasons.

As regards the termination of contract employment the following measures are set: a new text about the causes of dismissal for economic, technical, organisational or productive reasons. Increase up to twelve days compensation for dismissal/severance pay for temp-contracts. And the reduction of quantity in case of long-term contracts under the clauses from the articles 51 & 52 of the Workers' Statute.

ÍNDICE

1. OBJETO Y FINALIDAD DE LA NORMA
2. MEDIDAS PARA FAVORECER LA FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA EN LAS EMPRESAS:
 - 2.1 Movilidad geográfica
 - 2.2. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo
 - 2.3. Inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa
 - 2.4. Suspensiones de contratos y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción
 - 2.4.1. Expedientes de suspensión de contrato y reducción de jornada
 - 2.4.2. Previsiones en materia de desempleo
 - 2.4.3. Bonificaciones y medidas de apoyo a los expedientes de suspensión de contrato y reducción de jornada
3. CONCLUSIONES DE LA REFORMA EN MATERIA DE FLEXIBILIDAD INTERNA
4. MEDIDAS DELIMITADORAS DEL RÉGIMEN DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
 - 4.1 Despido colectivo
 - 4.1.1. Definición de las causas objetivas
 - 4.1.2. Procedimiento legal de ERE
 - 4.2. Despido objetivo
 - 4.2.1. Delimitación de las causas
 - 4.2.2. Reducción del plazo de preaviso
 - 4.2.3. Improcedencia y no nulidad por incumplimiento de los requisitos formales
 - 4.3. Incremento de la indemnización por finalización del contrato temporal y régimen transitorio
 - 4.4. Abono de parte de la indemnización por el fogasa en los nuevos contratos de carácter indefinido
 - 4.5. Nuevo fondo de capitalización
 - 4.6. Indemnización por despido objetivo en los nuevos contratos para el fomento de la contratación indefinida
5. CONCLUSIONES SOBRE LAS MEDIDAS EN MATERIA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO
6. REFLEXIÓN FINAL

1. OBJETO Y FINALIDAD DE LA NORMA

La Ley tiene por objeto contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española. En concreto, las medidas se enfocan hacia tres objetivos fundamentales:

- Reducir la dualidad del mercado de trabajo, impulsando la creación de empleo estable y de calidad.
- Reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, frente a medidas extintivas.
- Favorecer las oportunidades de las personas desempleadas,

con particular atención a los jóvenes, reordenando la política de bonificaciones a la contratación indefinida, promoviendo los contratos formativos, y mejorando los mecanismos de intermediación laboral.

El objetivo de este trabajo es el análisis de las novedades incorporadas por la reforma laboral para reforzar la flexibilidad interna en las empresas y en materia de extinción del contrato de trabajo.

2. MEDIDAS PARA FAVORECER LA FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA EN LAS EMPRESAS

En primer lugar, nos ocupamos de las medidas que pretenden reforzar la flexibilidad interna negociada en el transcurso de las relaciones laborales, así como fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo, con el objeto de favorecer la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, permitiendo a las empresas mejorar su competitividad pero salvaguardando los derechos de los trabajadores para, de ese modo, facilitar el mantenimiento de sus puestos de trabajo.

La flexibilidad interna es una vía alternativa a las fórmulas más complejas y conflictivas que comportan directamente la reducción de empleo.

La Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado del trabajo, en su capítulo II sobre medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo acomete una serie de modificaciones al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que de alguna manera introducen variaciones en los procedimientos de negociación colectiva.

El objetivo general de todo el capítulo, según se recoge en la exposición de motivos, es el de configurar instrumentos que permitan a las empresas mejorar su competitividad, salvaguardando los derechos de los trabajadores y facilitando de modo especial el mantenimiento de sus puestos de trabajo.

Respecto de las modificaciones introducidas en los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, se persigue dotar al procedimiento de mayor agilidad y eficacia, y a tal fin, se establece el plazo máximo para los periodos de consultas, se prevé una solución legal para los supuestos en que no existan representantes de los trabajadores en la empresa con quienes negociar y se potencia la utilización de medios extrajudiciales de solución de discrepancias establecidos a través de la negociación colectiva.

Las reformas introducidas en el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores, se dirigen a favorecer la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial, cuando la situación y perspectivas de la empresa pudieran verse

dañadas como consecuencia del régimen salarial establecido, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo.

En materia de protección social se pretende fomentar la adopción por el empresario de medidas de reducción del tiempo de trabajo con el objetivo de alcanzar un equilibrio beneficioso para empresarios y trabajadores. Se flexibiliza la reducción temporal de jornada y se amplían los incentivos para trabajadores y empresarios mediante la reposición de las prestaciones de desempleo y en las bonificaciones de las cotizaciones empresariales.

A continuación pasamos a señalar las medidas más significativas en cada una de las materias citadas.

2.1. Movilidad geográfica

Se modifica la redacción del art. 40.2 ET, las principales novedades en la nueva regulación del traslado colectivo son las siguientes:

El período de consultas con los representantes de los trabajadores no será superior a quince días (previamente los quince días eran la duración mínima). No obstante, la Ley 35/2010 suprime el término “improrrogable” del período de consultas que había introducido el RD Ley, por lo que un acuerdo formalizado más allá del límite temporal establecido no podrá ser tachado de ilícito o ineficaz¹.

Se regulan los supuestos en que no existe representación legal de los trabajadores en la empresa a efectos del período de consulta; así como el posible recurso a una mediación o arbitraje en sustitución del período de consultas. En estos casos, la Ley 35/2010 ha modificado la redacción inicial del RD- Ley, y el art. 40.2 remite a estos efectos a lo dispuesto en el art. 41.4, que analizaremos en su momento.

Los procedimientos de movilidad geográfica que estuvieran en tramitación a 18 de junio de 2010 se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio².

2.2. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

La regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo ha experimentado los siguientes cambios (art.41 ET):

Se incluye, entre las materias sujetas al procedimiento del art. 41 del ET, las modificaciones no sólo del horario, sino también la distribución del tiempo de trabajo³.

¹ En este sentido, Cruz Villalón, J. “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, La Ley 13889/2010.

² Disposición transitoria 4ª.1 Ley 35/2010.

³ Antes mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo de empresa, se podría establecer la distribución irregular de la jornada, art. 34.2 ET.

La Ley 35/2010 completa la definición de las causas legales, previendo que las mismas concurrirán cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda⁴. La Ley añade como causa justificativa de la modificación la medida dirigida “a prevenir una evolución negativa de la empresa”, es decir, no se está exigiendo una situación actual de deterioro empresarial, sino que es suficiente una previsión de declive de la empresa⁵.

En caso de modificación colectiva, sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la duración del período de consultas con los representantes legales de los trabajadores se limita a quince días⁶.

En caso de ausencia de representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación, en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas, a:

- una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por los trabajadores de la misma democráticamente o
- una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del Convenio Colectivo de aplicación en la empresa. En este supuesto el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

Los acuerdos de la comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros.

Asimismo, el empresario y la representación legal de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación

⁴ Antes de la reforma cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

⁵ En este sentido, Cruz Villalón, J. “La flexibilidad interna...”, op. cit.

⁶ Antes de la reforma no inferior a quince días.

en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo improrrogable señalado para dicho período.

Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas, y solo podrá ser impugnado por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Se establece una distinción entre modificaciones de trabajo reconocidas en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos; y la modificación de condiciones establecidas en los convenios colectivos estatutarios de sector o de empresa:

- En caso de modificación colectiva de condiciones reconocidas en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, con una antelación de 30 días a la fecha de efectos. Por lo que, el empresario puede adoptar directa y libremente su decisión, pese a la no existencia de acuerdo.
- En cuanto a la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos estatutarios, sean éstos de sector o empresariales, se podrá efectuar en todo momento por acuerdo. Cuando se trate de convenios colectivos de sector, el acuerdo deberá ser notificado a la Comisión paritaria del mismo.
La modificación de condiciones establecidas en los convenios colectivos de sector sólo podrá referirse a las siguientes materias: horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y (como novedad) funciones, y deberá tener un plazo máximo de vigencia que no podrá exceder de la vigencia del convenio colectivo cuya modificación se pretenda.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar las discrepancias en la negociación de los acuerdos relativos a las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91 del ET⁷.

⁷ Inobservancia de los requisitos y formalidades o cuando el laudo haya resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

Los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo que estuvieran en tramitación a 18 de junio de 2010 se registrarán por la normativa vigente en el momento de su inicio⁸.

2.3. Inaplicación del régimen salarial de los Convenios colectivos de ámbito superior a la empresa

En épocas de crisis, como la actual, las cláusulas de descuelgue salarial adquieren una relevancia importante, al tratarse de uno de los mecanismos que pueden resultar de gran ayuda para que las empresas superen la situación negativa en la que se encuentran inmersas, al tiempo que ayuda al mantenimiento del nivel de empleo⁹.

La Ley 35/2010 ha modificado de forma importante el art. 82.3 del ET, que regula la inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, para potenciar la efectividad del descuelgue salarial, regulando de más completa este procedimiento y suavizando el rigor de la norma en los siguientes términos:

Por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1, se podrá proceder a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del art. 41.4.

En los casos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, estos podrán atribuir su representación a una comisión designada siguiendo los mecanismos establecidos en caso de modificación sustancial.

Se modifica la definición legal de las causas “económicas” de los descuelgues salariales. Antes se hacía referencia a “empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación”. Ahora se habla de “cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma”.

Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas y sólo podrá ser impugnado por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Dicho acuerdo deberá ser notificado a la Comisión paritaria del Convenio¹⁰.

El acuerdo de inaplicación deberá determinar la retribución a percibir por los trabajadores, estableciendo, “en su caso y en atención a la de desaparición

⁸ Disposición transitoria 4ª.1 Ley 35/2010.

⁹ En este sentido, Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R. “La reforma del Mercado de Trabajo mediante RDL 10/2010”, BIB 2010/1468, p. 5.

¹⁰ Novedad de la Ley.

de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación”, sin que en ningún caso dicha inaplicación puede superar el período de vigencia del convenio o, en su caso, los tres años de duración. La reforma presenta como novedad la incorporación expresa de que el descuelgue sea temporal, y la recuperación del salario convencional.

El acuerdo de inaplicación y la programación de la recuperación de las condiciones salariales no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos relativos a esta materia, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante.

En concordancia con la modificación del art. 82.3 ET, se ha reformado de forma correlativa el art. 85.3 c), relativo al contenido mínimo de los convenios colectivos. Ya no forman parte de contenido mínimo de los convenios colectivos las “condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo, respecto de las empresas incluidas en el ámbito del convenio cuando éste sea superior a al de empresa, de conformidad con lo establecido en el art. 82.3”, sino que tal contenido mínimo queda referido ahora a los “procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir tanto en la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de conformidad con lo establecido en el art. 41.6 y para la no aplicación del régimen salarial al que se refiere el art. 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos”.

La reforma ha dado un paso importante, pues lo que antes eran derechos supeditados al contenido de la cláusula de descuelgue en el convenio o a la decisión de la comisión paritaria, se ha convertido ahora en una posibilidad real para los empresarios que atraviesan una situación económica negativa; posibilidad que pide los mismos condicionantes y se supedita al mismo procedimiento para todos, con independencia del sector al que pertenezcan.

El rigor que muchos convenios venían exigiendo para que el descuelgue fuese posible casaba mal con el papel de válvula de seguridad asignado por el ET a este remedio; si sus presupuestos coinciden con los del despido económico, lo más probable es que el empleador opte por esta otra medida y acabemos perdiendo empleos en lugar de poder adquisitivo. Además muchos convenios

colectivos ni siquiera contemplaban esta posibilidad o, incluso algunos excluían expresamente esa posibilidad de inaplicación¹¹.

Los procedimientos dirigidos a la inaplicación del régimen salarial establecido en convenio colectivo que estuvieran en tramitación a 18 de junio de 2010 se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio¹².

2.4. Suspensiones de contratos y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Los cambios en materia de suspensiones de contrato y reducciones de jornada han supuesto no solo la modificación del ET, sino que también han alcanzado al desempleo y a las medidas sociales de apoyo a la reducción temporal de la jornada contenidas en la Ley 27/2009. En efecto, se introduce la medida de reducción temporal de jornada, se flexibiliza el tratamiento de esta figura tanto en el ámbito laboral como en el de la protección social y se amplían los incentivos para trabajadores y empresarios vinculados a la utilización de esta medida y consistentes, respectivamente, en la reposición de las prestaciones de desempleo y en las bonificaciones en las cotizaciones empresariales.

La reducción de jornada es un instrumento que favorece la flexibilidad interna de la relación laboral y que permite alcanzar un equilibrio beneficioso para empresarios y trabajadores, pues facilita el ajuste de la empresa a las necesidades cambiantes del modelo y, al mismo tiempo, proporciona al trabajador un alto grado de seguridad, tanto en la conservación de su puesto de trabajo, como en el mantenimiento de su nivel de ingresos económicos por la protección dispensada por el sistema de protección por desempleo, como señala la propia exposición de motivos de la Ley. La utilización de la figura de la reducción de jornada podría resultar muy útil para superar situaciones de crisis de las empresas, como alternativa a las suspensiones de contrato y a los despidos colectivos.

2.4.1. Expedientes de suspensión de contrato y reducción de jornada

En cuanto a la reforma del art. 47 ET comienza en el propio título del artículo, que ahora se refiere a «La suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción». De esta manera se hace visible la posibilidad de proceder a la reducción de la jornada mediante expediente temporal de regulación de empleo, que antes había que deducirla de la regulación de la prestación por desempleo. Por tan-

¹¹ Como apuntan, entre otros, Cruz Villalón, J. “La flexibilidad interna...”, op. cit.; Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R. “La reforma del Mercado...”, op. cit., p.6.

¹² Disposición transitoria 4ª.1 Ley 35/2010.

to, donde antes solo se hacía referencia a la suspensión de contrato, ahora se incluye también la «reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de fuerza mayor», inspirada en el modelo alemán¹³.

Como novedades, el nuevo artículo establece:

Que el procedimiento colectivo de suspensión de contrato o reducción de jornada será aplicable con independencia del número de trabajadores afectado (La jurisprudencia así lo había resuelto)

Se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual.

Se prohíbe la realización de horas extras durante los periodos de reducción de jornada, salvo fuerza mayor (novedad de la Ley, no estaba en el RD-Ley).

Durante las suspensiones o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad. La cuestión que se plantea es quien promoverá esas acciones formativas.

Los expedientes de regulación de empleo, de carácter temporal, resueltos por la autoridad laboral y con vigencia en su aplicación a 18 de junio de 2010 se registrarán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente¹⁴.

A los expedientes de regulación de empleo, de carácter temporal, en tramitación a 18 de junio de 2010, les podrá ser de aplicación el régimen jurídico previsto en esta Ley, siempre que se solicite conjuntamente por el empresario y los representantes de los trabajadores y se haga constar esta circunstancia en la resolución de la autoridad laboral¹⁵.

2.4.2. Previsiones en materia de desempleo

En la misma línea se ha modificado la LGSS, concretamente, los artículos 203, 208 y 210.

El art. 203.2 y 3 de La LGSS definiendo los casos en que se entenderá desempleo total y desempleo parcial:

- El desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente de su salario. A estos efectos, se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la

¹³ Vid. Velasco Portero, M^a.T. y Martín Fröhlich, “Los sistemas alemán y austriaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España”, La Ley 8314/2010.

¹⁴ Disposición transitoria 4^a.2 Ley 35/2010.

¹⁵ Disposición transitoria 4^a.3 Ley 35/2010.

actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizada por la autoridad competente.

- El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción.

El art. 208.1.3 de la LGSS sobre situación legal de desempleo: Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, en virtud de expediente de regulación de empleo en los términos del artículo 203.3.

Se añade un nuevo apartado 5 al art. 210, con la siguiente redacción: En el caso de desempleo parcial, la consunción de prestaciones generadas se producirá por horas y no por días. A tal fin, el porcentaje consumido será equivalente al de reducción de jornada autorizada¹⁶.

2.4.3. Bonificaciones y medidas de apoyo a los expedientes de suspensión y reducción de jornada.

Adicionalmente, se operan modificaciones en las medidas de apoyo a los expedientes de suspensión o reducción de jornada que aprobó la Ley 27/2009. Así:

La bonificación que dicha norma establecía, del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes en procedimientos de suspensión o reducción de jornada, se ampliará hasta el 80%, cuando la empresa, en los procedimientos de regulación de empleo que hayan concluido con acuerdo, incluya medidas para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo como acciones formativas cuyo objetivo sea aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad, medidas de flexibilidad interna en la empresa que favorezcan la conciliación de la vida familiar y profesional o cualquier otra medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa¹⁷.

Todo ello con los límites y condiciones previstos en dicha norma, si bien el compromiso de mantenimiento de empleo para el disfrute de la bonificación, será de seis meses en casos de acuerdos concluidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

¹⁶ Novedad de la Ley, no recogida en el RD-Ley.

¹⁷ La Ley amplía también el 80% de la bonificación a supuestos en que se adopten en la empresa medidas de flexibilidad interna que favorezcan la conciliación (apartado 2 bis añadido tras la reforma al art. 1).

Las bonificaciones serán aplicables a las solicitudes de regulación de empleo presentadas desde el 1 de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, salvo lo establecido en materia de exclusiones a las bonificaciones, que será de aplicación a las solicitudes de regulación de empleo presentadas desde el 1 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011.

Las empresas que hayan instado expedientes de regulación de empleo, de carácter temporal, resueltos por la Autoridad laboral y con vigencia en su aplicación a 18 de junio de 2010, podrán beneficiarse de la ampliación del derecho a la bonificación a que se refiere el art. 1.2 bis de la Ley 27/2009, siempre que se reúnan las condiciones establecidas en esta Ley, aplicándose las mismas solo respecto de las cotizaciones devengadas con posterioridad a 18 de junio de 2010¹⁸.

Se amplía el límite de la reposición de las prestaciones por desempleo cuando tras el expediente de suspensión o reducción se haya procedido a la extinción, hasta 180 días, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: que las resoluciones administrativas o judiciales que autoricen las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, ambos inclusive, y que el despido o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción se produzca entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012.

A los trabajadores a los que se hubiera extinguido su contrato con anterioridad a 18 de junio de 2010 y que, previamente, hubieran sido afectados por EREs temporales de suspensión de contrato o de reducción de jornada, se les reconoce el derecho a la reposición de la prestación en los términos y límites previstos en la normativa vigente al momento del despido o de la resolución administrativa o judicial que autorizó la extinción¹⁹.

3. CONCLUSIONES QUE PODEMOS SACAR DE LA REFORMA EN MATERIA DE FLEXIBILIDAD

Como hemos podido comprobar, parece que el objetivo de la norma es que en todas las empresas, sean del tamaño que sean, pueda haber consultas, negociación y, en su caso, un acuerdo pactado sobre la propuesta empresarial, ya sea con la representación legal de los trabajadores o con una comisión designada “ad hoc” e integrada por los propios trabajadores de la empresa o por representantes designados por los sindicatos.

Por otro lado, la potenciación de la flexibilidad interna se pone de manifiesto en el valor relevante que se otorga al acuerdo entre las partes, en cuanto

¹⁸ Disposición transitoria 5.1 de la Ley.

¹⁹ Disposición transitoria 5.2 de la Ley.

que su existencia implicará la presunción de que concurren las causas alegadas, de tal manera que su impugnación solo podrá producirse, y aquí la norma incorpora los supuestos ya previstos para los ERE en el art. 51, cuando se alegue fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

También cabe destacar, que en el contenido mínimo del convenio se incluirán, no sólo los procedimientos para solventar las discrepancias sobre la aplicación del régimen salarial, sino también los que solventen el conflicto sobre la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos.

Tal vez, el cambio más significativo es el referente al alcance de las modificaciones sustanciales de carácter colectivo. Ahora se establece una distinción entre modificaciones de trabajo reconocidas en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, en los que el empresario puede adoptar directa y libremente su decisión pese a la no existencia de acuerdo, dejando abierta la impugnación judicial a través de la vía del conflicto colectivo; y la modificación de condiciones establecidas en los convenios colectivos estatutarios de sector o empresa, que podrá efectuarse en todo momento por acuerdo, y que no se trata de una modificación del convenio, como expresa el texto del precepto, sino de su no aplicabilidad en la empresa o centro, con un plazo máximo de vigencia que no puede exceder de la propia vigencia del convenio.

A la misma finalidad responde la nueva redacción del art. 82.3 sobre inaplicación del régimen salarial. La nueva redacción remite al art. 41.4 y determina el contenido del acuerdo de inaplicación con vistas a establecer una programación de la recuperación de los niveles salariales convencionales y con un límite temporal de la propia vigencia del convenio, con un máximo de tres años.

La Ley asimila la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos de sector al descuelgue salarial, como instrumentos de adaptación a cambios sobrevenidos que requieren la inaplicación excepcional de lo establecido en un convenio colectivo como medida para evitar la destrucción de puestos de trabajo.

También hay que destacar, dentro de las medidas flexibilizadoras, la suspensión parcial del contrato mediante la reducción de jornada, que en el plano de la Seguridad Social se reflejaba en la contingencia del desempleo parcial. No obstante, la falta de coordinación entre la normativa laboral y la de protección por desempleo había hecho difícil la utilización de este mecanismo, útil para enfrentarse con situaciones de exceso de personal previsiblemente transitorias, lo que había forzado a adoptar suspensiones totales o extinciones contractuales. La modificación más trascendente es la readaptación de la protección por desempleo a esta nueva situación específica de reducción de jornada para asegurar la protección específica de la pérdida de salarios que lleva aparejada.

En definitiva, la reforma mejora los escenarios de reacción frente a las situaciones difíciles de las empresas.

A continuación nos vamos a centrar en las medidas sobre la extinción del contrato de trabajo.

4. MEDIDAS DELIMITADORAS DEL RÉGIMEN DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Con la finalidad de restringir el uso de la contratación temporal, y de cara a favorecer una utilización más extensa de la contratación indefinida se implantan las siguientes medidas, relacionadas con la extinción del contrato de trabajo:

- Se da una nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, a fin de dar una mayor certeza tanto a trabajadores como a empresarios, como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial.
- Se incrementa hasta doce días la indemnización por finalización de contratos temporales, aunque esta medida se implantará de forma gradual y progresiva por la incidencia que su aplicación inmediata pudiera suponer sobre la creación de empleo.
- Se reducen las cantidades a abonar por las empresas en caso de extinción de los contratos indefinidos mediante la asunción transitoria por el Fondo de Garantía Salarial de una parte de las indemnizaciones, medida que se aplicará exclusivamente a las extinciones por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, sean individuales o colectivas, excluyendo a los despidos de carácter disciplinario.

4.1. Despido colectivo

4.1.1. Definición de las causas objetivas

Se desarrolla y reformula la definición legal de las “causas económicas, técnicas, organizativas y productivas” justificativas de un despido colectivo (art. 51.1. del ET):

Causas económicas: se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos,

la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

Conforme a la redacción final de la Ley 35/2010, se añade que concurre la situación económica negativa que justifica el despido cuando “existan pérdidas actuales o previstas”, es decir, no resulta ya imprescindible acreditar la existencia de pérdidas reales ya constatadas y verificables contablemente, sino que una previsión de pérdidas puede valer a estos efectos. También resulta suficiente una “disminución persistente de su nivel de ingresos”, lo que englobaría una disminución de beneficios. Se elimina, no obstante, la referencia a que la razonabilidad de la medida deba deducirse “mínimamente”, y vincula las causas económicas con la posición competitiva en el mercado.

Causas técnicas: Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.

Causas organizativas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y medios de trabajo del personal.

Causas productivas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Como en las causas de tipo económico, también se exige en éstas (técnicas, organizativas o productivas) que se acredite la causa y que de ella se deduzca la razonabilidad de la decisión extintiva pero, además, que ésta contribuya «a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa» a través, nuevamente, de una mejor organización de los recursos. El legislador, con esta nueva previsión, parece admitir los despidos «preventivos» con el fin de evitar la crisis empresarial.

Aunque la definición de las causas se hace con el propósito de flexibilizar, para que estos despidos dejen de ser utilizables solo en circunstancias extraordinarias y graves, en las que por el mantenimiento de los contratos se ponga en peligro la viabilidad de la empresa, dado los términos de la nueva formulación propuesta, no es seguro que se consiga, por cuanto utiliza términos como “razonabilidad de la decisión extintiva”, cuyo significado no se concreta en la Ley y que va ligada a hechos futuribles, cuando debería entenderse superada la prueba por la más sencilla acreditación documental de las causas, en los términos indicados por el precepto. En cualquier caso, habrá que esperar a la reacción de los Tribunales, que van a tener que cambiar sus esquemas tradicionales en esta materia si se quieren conseguir los efectos flexibilizadores que la norma pretende, ya que la jurisprudencia ha venido siendo muy renuente a colaborar con los propósitos flexibilizadores del legislador, tampoco las autoridades laborales han cumplido la función encomendada por el legislador

de constatar en los EREs la existencia de la causa invocada por la empresa para proceder a los despidos colectivos, ni la autonomía colectiva ha asumido el papel previsto de instrumento de adaptabilidad de las condiciones laborales a las circunstancias²⁰.

4.1.2. Procedimiento legal de ERE

Igualmente, la Ley prevé una serie de modificaciones en relación con los procedimientos en materia de expedientes de regulación de empleo.

El empresario deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo y simultáneamente abrir periodo de consultas.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación para el período de consultas y la conclusión de un acuerdo a una comisión designada conforme a las reglas previstas en materia de modificaciones sustanciales de condiciones colectivas de trabajo²¹, que describimos en el correspondiente apartado.

El periodo de consultas tendrá una duración no superior a treinta días naturales o quince en empresas con menos de cincuenta trabajadores. Anteriormente, la duración del período de consultas no podía ser inferior a los mencionados plazos, con la Ley el plazo de negociación pasa de mínimo a máximo, lo que dota al sistema de mayor celeridad e inmediatez.

Dentro de las medidas objeto de negociación para atenuar las consecuencias del ERE, se hace referencia a medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. Estas medidas (vía plan de “acompañamiento social” en empresas de cincuenta o más trabajadores) deberán comunicarse a la autoridad laboral a la finalización del periodo de consultas, junto al resultado de las negociaciones²².

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por un procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo del período de consultas.

Cuando el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de siete días

²⁰ En esta línea, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.. “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010”, La Ley 8370/2010; Pérez de los Cobos Orihuel, F. “La reforma laboral: parturient montes”, La Ley 8172/2010.

²¹ Nuevo párrafo, incorporado por la Ley al art. 51.2 del ET.

²² La Ley incorpora medidas sociales adicionales al plan, que debe notificarse a la autoridad laboral.

naturales autorizando la extinción de las relaciones laborales (previamente el plazo era de quince días, la Ley lo modifica).

Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autorización del ERE por parte de la Autoridad laboral procederá “cuando de la documentación obrante en el expediente, se desprenda que concurre la causa alegada por el empresario y la razonabilidad de la medida en los términos señalados en apartado 1 de este artículo.

La autorización administrativa ya no tiene que proceder «cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos» sino que, ahora, la autorización «procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda que concurre la causa alegada por el empresario y la razonabilidad de la medida». La supresión del adverbio «razonablemente» pretende restar discrecionalidad a la decisión de la Administración, vinculándola a la documentación presentada por la empresa. Por otra parte, se sustituye la «necesidad» de la medida por la «razonabilidad» de la misma, lo cual permite interpretar la documentación presentada por el empresario en términos objetivos de viabilidad futura más que de viabilidad presente o actual.

Los expedientes de regulación de empleo para la extinción de contratos que estuvieran en tramitación a 18 de junio de 2010 se registrarán por la normativa vigente en el momento de su inicio²³.

4.2. Respeto del despido objetivo

4.2.1. Delimitación de las causas

Respecto al despido objetivo individual o plural por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el art. 52.c del ET se remite expresamente en cuanto a la definición de las causas al art. 51.1, unificándose el régimen causal de los despidos colectivos y de los despidos individuales/plurales.

Antes, había diferencias de matices, el despido individual usaba el término “dificultades” y en el colectivo “viabilidad futura de la empresa”. En efecto, en el individual, las causas organizativas, tecnológica o de producción, se vinculaban a la superación de dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa por su posición competitiva o por exigencias de la demanda a través de una más adecuada organización de los recursos; en el colectivo, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y el empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

²³ Disposición transitoria 4ª.1 Ley 35/2010.

Respecto de la causa de despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo se modifica el art. 52 d) del ET, reduciendo el índice de absentismo total de la plantilla del 5% al 2.5%²⁴, quedando redactado en los siguientes términos: Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5% en los mismos períodos de tiempo. Además, se incluyen el riesgo durante la lactancia y la paternidad, como faltas de asistencia que no computan.

4.2.2. Reducción del plazo de preaviso

Se reduce el plazo del preaviso que debe concederse al trabajador despedido objetivamente a quince días, antes era de 30 días.

4.2.3. Improcedencia y no nulidad por incumplimiento de los requisitos formales

Los despidos objetivos por incumplimiento de los requisitos formales (comunicación escrita y puesta a disposición de la indemnización) se considerarán improcedentes y no nulos (como sucedía hasta ahora), si bien la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinarán la improcedencia del despido, sin perjuicio del pago de los salarios de tramitación correspondientes a dicho período o de la indemnización en la cuantía correcta²⁵.

4.3. Incremento de la indemnización por finalización del contrato temporal y régimen transitorio.

La indemnización a percibir en caso de extinción del contrato temporal por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato (excluidos contratos formativos y contratos de interinidad), ascenderá a doce días de salario por año de servicio.

La aplicación de la nueva indemnización se realizará de forma gradual, conforme al siguiente calendario²⁶:

- Ocho días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren hasta el 31 de diciembre de 2011.

²⁴ Modificación introducida por la Ley (disposición adicional 20ª).

²⁵ Art. 53.4 ET y arts. 122.2 y 3 LPL.

²⁶ Se añade una disposición transitoria, la decimotercera al ET.

- Nueve días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2012.
- Diez días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2013.
- Once días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2014.
- Doce días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2015.

La fijación de esta indemnización no parece suficiente para desincentivar el uso de la contratación temporal como opción frente a la contratación indefinida²⁷.

4.4. Abono de parte de la indemnización por el FGS en los nuevos contratos de carácter indefinido²⁸

En los contratos indefinidos (ordinarios o de fomento de la contratación indefinida) celebrados a partir del 18 de junio de 2010, cuando se extingan por las causas previstas en los arts. 51 y 52 ET o en el art. 64 Ley 22/2003 Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el FGS en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. La Ley especifica que la cantidad no se abonará directamente por el FGS, sino que será objeto de resarcimiento al empresario por dicho Fondo.

El abono procederá siempre que el contrato haya tenido una duración superior a un año y cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa. En los contratos de duración inferior, la indemnización establecida legalmente será abonada totalmente y a su cargo por el empresario.

En este caso no se aplicará el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización por el ET, art. 33.2, por lo que el empresario debe hacer constar en la comunicación extintiva el salario diario que haya servido para el cálculo de la indemnización.

En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el FGS seguirá haciéndose cargo del 40% de la indemnización, para los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento, celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010.

Esta medida será aplicable hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de capitalización a que se refiere la disposición adicional décima.

²⁷ Como señala Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “La reforma laboral...”, op. cit.

²⁸ Disposición transitoria 3ª de la Ley 35/2010.

4.5. Nuevo Fondo de capitalización

El Gobierno en el plazo máximo de un año a partir del 18 de junio de 2010, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, aprobará un proyecto de Ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores.

El Fondo se mantendrá a lo largo de la vida laboral del trabajador, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar.

La regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el fondo de capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación.

Las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo.

El Fondo deberá estar operativo a partir de 1 de enero de 2012.

4.6. Indemnización por despido objetivo en los contratos para el fomento de la contratación indefinida

Se mantiene la indemnización de 33 días de salario por año de servicio con el límite de 24 mensualidades en caso de despido por causas objetivas, si el empresario reconoce la improcedencia de los mismos (o ésta se declara judicialmente). Antes de la reforma solo si se declaraba por el juez.

Se habilita al empresario a que, tras reconocer la improcedencia, deposite en los Juzgados la diferencia entre la cantidad puesta a disposición al trabajador en virtud del despido objetivo y la indemnización prevista para dicha modalidad.

Cuando el trabajador alegue que la utilización de procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria, corresponderá al mismo la carga de la prueba (novedad de la Ley).

5. CONCLUSIÓN SOBRE LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Nuestro sistema de relaciones laborales presenta, entre otros, dos defectos básicos: la excesiva temporalidad y la deficiente regulación de las extinciones contractuales que obedecen a las necesidades de funcionamiento de la empresa, con procedimientos lentos, complejos e inseguros, que han llevado a tener que afrontar la crisis a través del despido disciplinario, más caro, pero más rápido y seguro.

Con la revisión del régimen del despido, el legislador ha tratado de favorecer la contratación indefinida, reduciendo la gravedad de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y ampliando su ámbito. Además, lo ha dotado de mayor celeridad e inmediatez, al reducir el plazo de preaviso y el período de consultas.

La reforma no ha abordado el debatido tema del coste del despido improcedente del art. 56 ET de forma directa, sino de forma indirecta y solapada. Ello lo ha hecho a través de una notable ampliación del ámbito de colectivos de trabajadores que pueden acceder a la modalidad de contratación para el fomento de la contratación indefinida, cuyo coste del despido objetivo improcedente es 33 días, con un máximo de dos años. Esa indemnización operará también en despidos objetivos reconocidos como improcedentes, un reconocimiento inmediato de la improcedencia, que permite el llamado despido exprés. A todas estas medidas, que afectan de diversa forma al coste del despido objetivo, se une la novedad del abono de una parte de la indemnización por el FOGASA para los despidos objetivos individuales o colectivos, por un importe de 8 días por año de servicio. La externalización de esta indemnización se ha extendido no sólo a esta modalidad contractual de fomento sino también a los contratos normales de duración indefinida.

En definitiva, la reforma, por un lado, ha pretendido que las empresas puedan despedir cuando necesitan suprimir puestos de trabajo, facilitando los despidos justificados, pero, por otro, ha permitido despidos objetivos sin necesidad de causa, evitando el control judicial y el abono de los salarios de tramitación.

6. REFLEXIÓN FINAL

En líneas generales, la reforma no constituye una alteración sustancial del modelo de relaciones laborales, aunque supone un ajuste en instituciones claves. En efecto, se modifican o retocan algunas figuras importantes, como la extinción del contrato (individual y colectiva) por causas económicas; se aligera diferida y transitoriamente la carga que soportan las empresas respecto de las indemnizaciones por despido, trasladando al Fondo de Garantía Salarial la responsabilidad del abono de una parte de aquéllas; se flexibilizan las reglas del descuelgue salarial y se prevén soluciones para negociar traslados colectivos o modificaciones sustanciales de las condiciones laborales en las empresas sin representación legal de los trabajadores.

Las empresas deben contar con un marco jurídico que permita adecuar sus plantillas o las condiciones en las que se trabaja, a las exigencias del mercado mediante procedimientos rápidos y a costes razonables. Algunas medidas de

la reforma han sido sensatas y convenientes en este sentido, entre las que destacan la definición de las causas que justifican los despidos colectivos y objetivos, así como algunas medidas de flexibilidad interna. En efecto, la Ley ha tratado de facilitar las reorganizaciones y reestructuraciones de empresas con mantenimiento de los empleos, sin tener que acudir a extinciones contractuales, y de posibilitar las extinciones por necesidades de la empresa. En cualquier caso, tendremos que esperar para saber si en adelante los casos en que concurren motivos objetivos, estos no se seguirán convirtiendo la mayor parte de las veces en improcedentes al coste de 45 días de salario.

También, hay medidas favorables a las empresas sin que supongan perjuicio para los trabajadores, como son el copago de la indemnización por despido a cargo del FOGASA, como mecanismo provisional hasta que se desarrolle el fondo de capitalización individual, el llamado modelo austriaco; la potenciación y financiación de los ERE de suspensión y reducción de jornada, y la reducción de algunos plazos en determinados procedimientos.

No obstante, hay que apuntar que la Ley 35/2010 tiene necesidad de un desarrollo reglamentario en varias materias de indudable importancia, y que el gobierno deberá dialogar y negociar con los agentes sociales sobre ámbitos temáticos en los que las posiciones de los agentes sociales son en más de una ocasión muy divergentes, pero que sin duda puede ser un buen momento para intentar recuperar una fluidez en las relaciones con los agentes sociales que, al menos formalmente, no han existido en los últimos meses desde la aprobación del RDL 10/2010.

En efecto, la reforma laboral necesita de desarrollo reglamentario, según dispone la Ley 35/2010 “antes del 31 de diciembre”, el Gobierno aprobará, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, un Real Decreto para la modificación del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, para su adaptación a lo dispuesto en esta Ley, con particular atención al contenido del plan reacompañamiento social de los expedientes de regulación de empleo como instrumento para favorecer la recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de su empleabilidad²⁹.

Aunque no se trate propiamente de un desarrollo reglamentario sino de una nueva ley, el Gobierno se compromete a aprobar antes del 18 de junio de 2011 el proyecto de ley de por el que se cree el fondo de capitalización, con entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2012, con el que se pagaría parte de las indemnizaciones que las empresas deban abonar a sus trabajadores.

²⁹ Disposición final 3ª.4 de la Ley.

Por otro lado, la disposición adicional decimoquinta obliga al gobierno a presentar en el plazo de 6 meses un proyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (del que ya se ha presentado un anteproyecto), que debe contemplar de forma expresa la atribución al orden jurisdiccional social “de los recursos contra las resoluciones administrativas de la Autoridad laboral en los procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del ET.

Tiene especial trascendencia la disposición adicional vigésima primera, en la que se concede un período de seis meses para que los agentes sociales lleguen a un acuerdo para la reforma de la negociación colectiva que el gobierno haría suyo para su presentación como proyecto de ley, y a falta de acuerdo el gobierno queda obligado por la norma a poner en marcha dicha reforma. Pues, como todos los analistas se han encargado de subrayar, el sistema de negociación colectiva español presenta graves deficiencias en el desempeño de la función que le es propia: no se adapta a las coyunturas macroeconómicas por las que atraviesa el país, tiene como eje de la estructura negocial el convenio provincial sectorial, que no se adapta a las circunstancias y necesidades de la empresa, de suerte que, cuando una empresa atraviesa una situación de dificultad, la intangibilidad del convenio colectivo sectorial es un problema añadido a los existentes. La reforma se refiere a esta cuestión crucial, dando un cierto impulso a los descuelgues salariales y a la modificación de condiciones establecidas en los convenios sectoriales³⁰.

En definitiva, hay que esperar y desear que el desarrollo de la reforma laboral, si el gobierno la mantiene en sus términos actuales, contribuya a recuperar el diálogo social, diálogo que ha sido un extraordinario activo de las políticas laborales durante gran parte del período democrático y cuya pérdida repercutiría negativamente en la mayor parte de la ciudadanía, en especial de los trabajadores.

³⁰ Como apuntan, entre otros, Perez de los Cobos Orihuel, F. “La reforma laboral...”, op. cit.

EL IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LA GESTIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES EN ESPAÑA

CARMEN GRAU PINEDA

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

EXTRACTO

Palabras Clave: Inmigración, crisis económica

España no habría podido tener el crecimiento económico que ha tenido sin la llegada masiva de inmigrantes en el período 2001-2008. No obstante, la política de inmigración se ha caracterizado hasta fechas recientes por una escasa ordenación de los flujos migratorios laborales. Más allá del contingente de trabajadores extranjeros establecido por primera vez en 1993, las iniciativas dirigidas a una gestión más ordenada de las migraciones laborales han ocupado un lugar secundario frente a los intentos por luchar contra la inmigración irregular y el control de fronteras.

Frente a la actual crisis económica, la reducción directa de las expectativas de crecimiento de los puestos de trabajo que han sido atendidos por los trabajadores inmigrantes, ha exigido la adopción de dos grandes bloques de medidas, hasta cierto punto antagónicas, a cuyo análisis pretenden dedicarse las líneas que siguen: por un lado, los intentos, no siempre acertados, por regular los flujos migratorios laborales e institucionalizar canales de inmigración económica temporal con retornos organizados anticipadamente, lo que ha contribuido tanto a la firma de acuerdos bilaterales de contratación de trabajadores extranjeros en origen como a la preferencia por la gestión colectiva de contrataciones en origen, antiguo contingente de trabajadores extranjeros; de otro, en el lado opuesto, las facilidades al retorno voluntario se han reactivado a través de los distintos programas articulados a tal fin, el humanitario y el destinado a trabajadores extranjeros desempleados con derecho a la prestación contributiva por desempleo, si bien su efectividad ha sido y está siendo sumadamente reducida.

ABSTRACT

Key Words: Immigration, economic crisis

Spain could not have the achieved economic growth that has without the help of the massive immigration arrived to the country from 2001-2008. Even that, the immigration policy has been characterized by a lack of labour immigration flows organisation. Besides foreign workers who arrived back in 1993, the initiatives that aim to have a more organised management of labour migration have been forgotten and efforts have been allocated to fight against illegal immigration and border control.

In the context of economic crisis, the direct reduction of expectations to job increase, that were fulfilled by migrant workers, has two main trends that are the object of the present study. On one hand the efforts, not always successful, to regulate the labour migratory flows and institutionalize channels of temporal economic migration with returns organised beforehand, and that has even contributed to the reach bilateral agreements of providing foreign workers' contracts in origin as the best option for collective management of contracts. And on the other side, and opposite, facilitate any volunteer return that are considered through the different programs articulated to such end, humanitarian and to foreign unemployed that have the right of unemployment social benefits, even if its effectiveness has been reduced.

INDICE

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES HACIA ESPAÑA
2. LAS MEDIDAS ADOPTADAS: DEL RETORNO AL CONCEPTO DE MIGRACIONES CIRCULARES COMO PANACEA
 - 2.1. Los ¿nuevos? acuerdos bilaterales con terceros países para regular los flujos migratorios laborales
 - 2.2. La gestión colectiva de contrataciones en origen como fórmula de gestión de los flujos migratorios laborales.
 - 2.2.1. Las características definitorias del actual modelo de contingente.
 - 2.2.2. Del impacto de la crisis económica en el número de contrataciones colectivas en origen aprobadas en los años 2009-2011
 - 2.3. Las facilidades al retorno voluntario: Los distintos programas.
 - 2.3.1. El Programa humanitario de retorno asistido.
 - 2.3.2. El Programa de retorno para trabajadores extranjeros desempleados con derecho a prestación contributiva por desempleo

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES HACIA ESPAÑA

Si en otros periodos históricos la inmigración ha sido observada bajo el prisma de una valoración positiva -como fuente de oportunidades y de vivificación económica y cultural-, en la actual coyuntura de fortísima crisis económica, ha adquirido la consideración de problema¹, incluso, de motivo de preocupación por los recelos y desconfianza que provoca en las sociedades receptoras europeas². Y es, que si bien Europa se ha convertido, en términos absolutos, en la primera región de inmigración económica del mundo, sin embargo, no ha logrado adoptar unas políticas de gestión de flujos migratorios que permitan encauzarlos satisfactoriamente³.

Dado que la inmigración que ha conocido la sociedad española es básicamente económica o con motivación laboral⁴, el modelo de inmigración español -y europeo- también se ha construido a partir de su consideración como factor de naturaleza estrictamente económica. Globalización económica e inmigra-

¹ Y es que "(...) La inmigración es hoy un importante problema político, económico y social en los países europeos y para la propia Unión Europea (...)", en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea", RL, nº 15-16, 2009, pp. 5 y ss.

² Ramos Quintana, M.I.: "Una política de inmigración para un modelo de inmigración: La integración a través del empleo", en VVAA: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, 2007, p. 22. De la misma autora, "Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?", RMTIN, nº 63, 2006, pp. 13 y ss.

³ Entre otros *vid.* Laparra, M. y Cachón, L.: "Estado de bienestar, inmigración y sistema migratorio en el sur de Europa", en Gaceta Sindical, nº 15, 2010, p. 248.

⁴ Escudero Rodríguez, R.: "Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena", RL, nº 15-16, 2009, p. 170.

ción se presentan en la realidad como un tándem indisoluble y así se refleja en el conjunto normativo europeo que intenta regular y/o ordenar los flujos migratorios laborales. España, y Europa, se han convertido en foco de recepción de mano de obra inmigrante por razones de diversa índole entre las que tienen un carácter prioritario el propio desarrollo económico. Todo apunta a que, sin la llegada masiva de trabajadores inmigrantes en el setenio 2001-2008, España no habría podido tener el crecimiento económico que ha tenido dado el estrecho vínculo entre crecimiento económico e inmigración y que, sin ésta, el crecimiento habría sido, sin lugar a dudas, menor⁵.

De ahí que la actual crisis económica esté teniendo consecuencias directas sobre la inmigración como fenómeno pero, también, sobre el modelo de inmigración que se pretende ordenar e, *in fine*, sobre el conjunto normativo oportuno. En el contexto actual, no cabe duda de que el desempleo está afectando a toda la sociedad, sin distinción de orígenes, pero los datos sobre incremento del paro en 2007 ya indicaban que los inmigrantes se veían más afectados. Era el inicio de la crisis y hasta ese momento sólo se había manifestado (a efectos de empleo) en el sector de la construcción, y afectaba más a los inmigrantes por estar muy concentrados en ese sector. Según los últimos datos EPA a los que se ha tenido acceso, la tasa total de desempleo en el tercer trimestre de 2010⁶ en España es del 19.7%, pero si se hace la descomposición por nacionalidades las cifras varían: 17.9% entre los españoles y 29.3% entre los extranjeros, lo que supone casi tres millones y medio en el primer caso y algo más de un millón en el segundo. La desmedida presencia de éstos en los sectores más duramente castigados por la crisis económica, junto al excesivo peso del empleo temporal en este colectivo, ha tenido por consecuencia que los trabajadores inmigrantes se vean más afectados por el incremento del desempleo. En 2009 y 2010 se siguió perdiendo empleo, pero al tiempo que la población inmigrada sufre más la recesión en términos de desempleo, se ve también más castigada por el auge de los estereotipos xenófobos que siempre se revitalizan en tiempos de crisis.

Grosso modo, el preludio de la crisis –anunciada pero imprevisible en cuanto a la magnitud que ha alcanzado- hizo su aparición en agosto de 2007, en los Estados Unidos, con el estallido de las llamadas hipotecas *subprime*, marcando el final de un período en el que el acceso al crédito había tenido

⁵ Es por ello por lo que se dice que “(...) España ha recibido la inmigración que la economía española necesitaba y en el momento en el que la ha necesitado; y ello es así porque el verdadero efecto llamada para la inmigración laboral es la existencia de una oferta amplia de puestos de trabajo que puede ser cubierta por inmigrantes (...)”, en Pajares, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009*, Observatorio Permanente de la Inmigración, MTIN, 2009, p. 31.

⁶ Según datos EPA del tercer trimestre de 2010 disponibles en <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0310.xls>

grandes facilidades y en el que los bancos habían asumido todo tipo de riesgos⁷. El cambio de rumbo se impondría a medida que la crisis iba avanzando y, desde mediados de 2008, se comenzaron a tomar medidas contra la crisis financiera inyectando grandes cantidades de dinero al sistema financiero. Sin embargo, como es por todos sabido, esto no fue suficiente y los efectos en cadena se fueron sucediendo de forma inevitable. En España, las primeras medidas del gobierno, aprobadas en octubre de 2008, estaban dirigidas a desbloquear el mercado del crédito, pero en el tercer trimestre la desaceleración económica se estaba agravando y en noviembre el gobierno plantea nuevas medidas para ayudar directamente a las empresas. A finales de 2008, la intervención estatal se centraba en la intervención directa para el estímulo de la economía y el empleo⁸. En los albores del año 2009 la situación internacional mostraba que todo el mundo industrializado estaba en recesión⁹ y que la recuperación no estaba en el horizonte inmediato, pero es que en España la crisis de empleo era mayor que en los demás países de nuestro entorno europeo y el incremento del desempleo se convertía en el rasgo principal de la crisis económica dado el enorme peso que tenía el sector de la construcción en la economía y que había caído en picado desde el inicio de la crisis.

Si se analizan los datos sobre la inmigración en España desde el año 2000 en adelante resulta fácil evidenciar el ingente flujo migratorio recibido, se utilice la fuente estadística que se utilice: tanto si se atiende a la estadística de residentes extranjeros¹⁰ como si se recurre a la estadística de empadronados¹¹, el salto cuantitativo es de más de cuatro millones de personas inmigradas en un período de ocho años. Pero es que si a ello se une que la singularidad española pasa por haber tenido una tasa de crecimiento económico notablemente superior a la media europea entre 2000-2007 como consecuencia de la combinación de un crecimiento económico alto con el hecho de que éste haya estado basado en sectores que requieren mucha mano de obra, es fácil llegar a la conclusión ya adelantada líneas atrás: sin la llegada masiva de trabajadores inmigrantes en el setenio 2001-2008 España no habría podido tener el crecimiento económico que ha tenido¹².

⁷ *Idem*, p. 15.

⁸ A finales de noviembre el gobierno lanza un nuevo plan para la creación de empleo de 11.000 millones de euros. Se cifraban en 300.000 los puestos de trabajo que podrían ser creados con la aplicación de este plan. Más detalles en Pajares, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009, op. cit.*, p. 17.

⁹ La caída del PIB en el conjunto de los países de la OCDE fue del 1,5% al cierre de 2008, y en los países de la zona euro del 1,2%. España estaba también ya oficialmente en recesión, aunque con una caída menor del PIB: del 0,7%. Más detalles en Pajares, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009, op. cit.*, 2009, p. 18.

¹⁰ Que evidencia que se ha pasado de unos 800.000 residentes (801.329) a fecha 1 de enero de 2000 a casi 4 millones (3.979.014) el 1 de enero de 2008.

¹¹ De la que se desprende que se ha pasado de algo menos de 1 millón de extranjeros empadronados (923.879) a 1 de enero de 2000 a más de 5 millones a 1 de enero de 2008 (5.220.577).

¹² En extenso en Pajares, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2009, op. cit.*, pp. 23 y ss.

Pese a lo cual la política de inmigración española se ha caracterizado hasta fechas recientes por una escasa ordenación de los flujos migratorios laborales. Y es que, más allá del contingente de trabajadores extranjeros aparecido por primera vez en 1993, actualmente denominado “gestión colectiva de contrataciones en origen”, las iniciativas dirigidas a una gestión más ordenada de las migraciones laborales han ocupado en lugar secundario frente a los intentos por luchar contra la inmigración irregular y el control de fronteras. Ahora parece que frente a la nueva realidad descrita líneas atrás, y constatado un cierto agotamiento del mercado de trabajo europeo pero especialmente del español, la reducción directa de las expectativas de crecimiento de los puestos de trabajo que han sido atendidos por los trabajadores inmigrantes, ha exigido de la adopción de dos grandes bloques de medidas, hasta cierto punto antagónicas, a cuyo análisis pretenden dedicarse las líneas que siguen: por un lado, se constatan los intentos, no siempre acertados, por regular los flujos migratorios laborales e institucionalizar canales de inmigración económica temporal con retornos organizados anticipadamente, lo que ha contribuido tanto a la firma de acuerdos bilaterales de contratación de trabajadores extranjeros en origen (2.1.) como a la preferencia por la gestión colectiva de contrataciones en origen, antiguo contingente de trabajadores extranjeros (2.2.); de otro, en el lado opuesto, las facilidades al retorno voluntario se han reactivado a través de los distintos programas de retorno articulados a tal fin (2.3.), el humanitario y el destinado a trabajadores extranjeros desempleados con derecho a la prestación contributiva por desempleo, si bien, como se tendrá ocasión de exponer, su efectividad ha sido y está siendo sumadamente reducida.

En este sentido, la legislación española sobre la materia se caracteriza por contener una serie de medidas más o menos flexibles que se pueden aplicar “como si fueran un fuelle o acordeón, de un modo extensivo o limitativo, según las circunstancias y condicionamientos en juego [y en este sentido] la hondura de la crisis económica y su fortísimo impacto sobre el volumen del desempleo están haciendo girar la práctica de los mecanismos utilizados por los poderes públicos en un sentido defensivo o protector del empleo de los trabajadores españoles y comunicaros y de los residentes legalmente en España¹³”. Lejos de pretender reproducir la maraña de medidas existentes ni hacer una enumeración exhaustiva de las mismas, lo que se intentará en las líneas que siguen será contribuir a clarificar el panorama general vigente de las medidas adoptadas como consecuencia directa del impacto de la crisis económica en la gestión de flujos migratorios laborales al tiempo que se extraen algunas conclusiones sobre su eficacia empírica.

¹³ Escudero Rodríguez, R.: “Claves legislativas en materia de inmigración...”, op. cit., pp. 200-201.

2. LAS MEDIDAS ADOPTADAS: DEL RETORNO AL CONCEPTO DE MIGRACIONES CIRCULARES COMO PANACEA

La vinculación de las políticas migratorias con el desarrollo económico no es una cuestión novedosa. Y es que los movimientos migratorios ponen de manifiesto una estrecha e irremediable relación entre desarrollo económico y emigración que revela que economía e importación de mano de obra constituyen el eje circular sobre el que se asienta el fenómeno de las migraciones¹⁴.

En el ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE), esta simbiosis comienza a repetirse con insistencia desde la importante cumbre celebrada en Tampere en 1999, hace ya más de una década y en pleno proceso expansivo de las economías europeas. En aquella ocasión, los Estados miembros fijaron los grandes ejes sobre los que debía erigirse la futura política de inmigración común en lo que, desde entonces, se denominó “un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”. Entre los elementos rectores de dicha política se contaba, precisamente, la necesidad de colaborar con los países de origen con objeto de fomentar el desarrollo, la integración de los trabajadores inmigrantes y una gestión adecuada de los flujos migratorios que incluyese la lucha contra la inmigración ilegal. En este contexto, la UE sentía como necesidad común la urgencia de adoptar un enfoque global de la migración que permitiera abordar los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países de origen. Enfoque global que requería, entre otras cosas, de una gestión más eficaz de los flujos migratorios que exigía de una estrecha colaboración entre países de destino, de origen o tránsito. En este sentido, el impulso definitivo a tales planteamientos se daría con la aprobación del Libro Verde sobre la gestión de la inmigración económica¹⁵ con el que se pretende diseñar una política integral en materia de inmigración que materialice en la práctica todos los objetivos genéricos acordados en su día en la cumbre Tampere y del que se derivaron toda una serie de documentos y propuestas de acciones concretas que finalmente propiciaron la aprobación de nuevas Directivas en la materia¹⁶.

Desde entonces, algunos son los pasos dados al respecto, pero se quiere insistir en el hecho de que desde la propia Comisión europea se haya subrayado de forma insistente y recurrente que una política común de inmigración no puede limitarse a las políticas de admisión y retorno, debiendo incluir la gestión concertada de los flujos migratorios una inversión importante en relaciones con terceros países, tanto de origen como de tránsito, consistente especialmente en ayuda y cooperación, en interés recíproco tanto de los terceros

¹⁴ Ramos Quintana, M.I.: “Trabajadores extranjeros e integración social”, TL, nº 54, 2000, p. 5.

¹⁵ Libro Verde de 11 de enero de 2005, COM (2004) 811 final.

¹⁶ En detalle, véase, Cruz Villalón, J.: “La política comunitaria de inmigración”, RL, nº 15-16, 2009, pp. 32 y ss.

países como de la Unión¹⁷. Y es que si las ventajas que una inmigración bien gestionada puede suponer para los países receptores son evidentes, también los son para los países de origen cuando éstos son países en desarrollo.

El siguiente paso fue la aprobación del documento titulado “Enfoque Global sobre Inmigración¹⁸” en el que se subraya la necesidad imperiosa de abordar el fenómeno migratorio como un fenómeno global y poliédrico que incluya distintas dimensiones transversales de las migraciones tales como las políticas de empleo, la cooperación al desarrollo, la acción exterior, o los asuntos de justicia e interior. Algunos ejemplos de los resultados de este nuevo esfuerzo han sido las comunicaciones de la Comisión sobre “Migración y desarrollo: orientaciones concretas¹⁹”, sobre “Planteamiento global sobre la migración un año después: Hacia una política global europea en materia de migración” y sobre “Migración circular y acuerdos de movilidad entre la Unión Europea y terceros países²⁰”. En todos estos documentos se insiste en la necesidad de mejorar la incidencia de las migraciones en el desarrollo de los países de origen de la mano de obra extranjera para lo que sugiere focalizar la atención en medidas concretas que versan sobre temas que van desde el envío de fondos hacia los países de origen o el estímulo del papel de las diásporas establecidas en los Estados miembros a la atenuación de los inconvenientes causados por la fuga de cerebros (*brain drain*), pasando por el refuerzo de la migración circular y la simplificación del retorno²¹.

También es de reseñar tanto la aprobación del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo²² (conocido como el PEIA), con el que consigue darse un salto cualitativo en la elaboración de políticas comunes de inmigración, asilo y control de fronteras a nivel comunitario²³, como, en el ámbito bilateral, el

¹⁷ Comunicación de la Comisión sobre el “Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” [COM (2005) 184 final].

¹⁸ Consejo europeo, Bruselas, 15-16 diciembre 2005, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/App/NewsRoom/related.aspx?BID=76&GRP=9645&LANG=1&cmsId=339>

¹⁹ COM (2005) 390 final.

²⁰ COM (2006) 735 final y COM (2007) 248 final, respectivamente.

²¹ Pérez Yáñez, R.: “Renovadas orientaciones en la gestión de la migración: las propuestas provenientes del codesarrollo”, RL, nº 15-16, 2009, pp. 164 y ss.

²² Aprobado en el Consejo Europeo del 15 de octubre de 2008. Documento nº 13189/08 ASIM 68 y disponible en RMTIN, nº 80, 2009, pp. 295 y ss.

²³ De hecho, hay quien considera que “(...) el gran mérito del PEIA ha sido consensuar las grandes líneas de las políticas de inmigración y asilo a nivel de la UE [ya que] (...) sin ser un documento con grandes innovaciones en su contenido, ya que se recoge el acervo comunitario en la materia, si ha constituido un jalón a nivel político muy importante, al fijar el terreno de juego en el que las políticas comunes sobre las cuestiones de inmigración y asilo se desarrollarán en las próximas décadas (...)”, en opinión de Chico Zamanillo, D.: “EL Pacto Europeo de Inmigración y Asilo: método de seguimiento y primer debate anual en presidencia Española”, RMTIN, nº 80, 2009, p. 289.

denominado Plan África, aprobado en mayo de 2006 con el objetivo de favorecer las relaciones de buena vecindad, fortalecer el diálogo político y la cooperación al desarrollo con los países africanos²⁴. La puesta en marcha de este Plan pretende tener un enfoque multidimensional en el que el desarrollo de una regulación adecuada de los flujos migratorios aparece como cuestión de importancia crucial²⁵.

En este contexto, las nuevas medidas propuestas para coadyuvar en el intento porque las migraciones internacionales funcionen de forma eficaz y adecuada pasan por la vuelta a conceptos como migración circular²⁶ y retorno²⁷. En este sentido, se dice que las fórmulas en las que el inmigrante vuelve a su país o tiene la posibilidad de moverse con cierta facilidad entre éste último y el de acogida permitirían no sólo una deseable transferencia de competencias, desde el país de destino donde se trabaja hacia los países de origen en vías de desarrollo sino que, además, generarían una serie de beneficios a los propios inmigrantes y a sus familiares²⁸. En suma, las migraciones circulares lo que proponen es la incorporación de la noción de regreso a las migraciones económicas o profesionales²⁹. Se trata, en definitiva, de un procedimiento de racionalización de las migraciones con motivación laboral que produce tanto

²⁴ Más detalles en Pinyol, G.: “España en la construcción del escenario euroafricano de migraciones”, en Revista CIDOB d’Afers Internacionals, nº 79-80, pp. 87-105 y “La política de inmigración española como un nuevo instrumento de acción exterior”, en Barbé, E. (coord.): *España en Europa 2004-2008*, Monografías del Observatorio de Política Exterior Europea, nº 4, Institut Universitari d’Estudis Europeus, Barcelona, 2008.

²⁵ Ruiz-Giménez, I. y Cebolla, H.: *Origen y causas de la emigración de África a España*, Foro Inmigración y Ciudadanía, nº 12, entro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

²⁶ Se considera “migración circular” a “(...) todo sistema gracias al cual se facilita la circulación de emigrantes o antiguos emigrantes, o la “ida y vuelta” entre el país de origen y el antiguo país de residencia (...)”, en Comunicación de la Comisión de 1 de septiembre de 2005 sobre “Migración y desarrollo: orientaciones concretas” [COM (2005) 390 final].

²⁷ La Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a normas y procedimientos para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, conocida como “la Directiva del retorno”, vino a establecer una política efectiva de retorno como elemento necesario de una política de migración bien gestionada y a asegurar un enfoque armonizado y más efectivo de los procedimientos nacionales de retorno. Para más detalles véase, entre otros, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea”, RL, nº 15-16, 2009, pp. 14 y ss.; Cruz Villalón, J.: “La política comunitaria de inmigración”, RL, nº 15-16, 2009, pp. 39 y ss.; Aguelo Navarro, P. y Chueca Sancho, A.G.: “Directiva de retorno. Directiva de expulsión”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, julio 2008, pp. 121 y ss.; Fajardo del Castillo, T.: “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 33, 2009, pp. 453-499.

²⁸ Pérez Yáñez, R.: “Renovadas orientaciones en la gestión de la migración: las propuestas provenientes del codesarrollo”, RL, nº 15-16, 2009, pp. 164-165.

²⁹ Alaminos, A., López, C., López, B., Perea, I. y Santacreu, O.: “El retorno de las Migraciones Circulares: La regulación de las migraciones profesionales”, Revista Obets, nº 3, 2009, pp. 59 y ss.

reacciones adversas³⁰ como favorables entre los expertos y que como tantas otras propuestas, sus virtudes y defectos dependerán más de cómo se concrete su reglamentación y aplicación práctica que de su contenido y eficacia³¹.

2.1. Los ¿nuevos? acuerdos bilaterales con terceros países para regular los flujos migratorios laborales

La regulación de los flujos migratorios que se dirigen a España ha adquirido un nuevo perfil en los últimos años como consecuencia de la firma de acuerdos bilaterales de contratación de trabajadores en sus países de origen. Acuerdos éstos que intentan materializar lo que se ha denominado una regulación ordenada de las migraciones que respondiera tanto a las necesidades del mercado de trabajo como a los objetivos de la política migratoria y que suponen, al menos en su filosofía, formas de selección y canalización de la población extranjera a través de la determinación de sus perfiles, su procedencia y su localización en el mercado y el territorio nacional.

Si bien este tipo de acuerdos ya existía con anterioridad –a partir de 2001 se firman los primeros siguiendo los postulados del denominado Plan GRECO³²–, también lo es que su eficacia real ha sido muy limitada. Es por ello por lo que, recientemente, y siguiendo los impulsos europeos, estos acuerdos han crecido cuantitativamente en un escenario internacional preocupado por idear nuevas fórmulas de reclutamiento de trabajadores extranjeros más coherentes con las necesidades de los países de origen y de destino y de los propios inmigrantes³³.

En realidad no se trata de “nuevas fórmulas” en puridad sino más bien del hecho de que las necesidades económicas y demográficas en muchos países de destino hayan “activado” el recurso a modelos del pasado que promocionaban

³⁰ Sólo apuntar, hay quienes piensan que la migración circular es una especie de “migración elegida o *choisie*” que pudiera plantear problemas en materia de igualdad (no solo entre nacionales y extranjeros, sino, dentro de estos últimos, entre inmigrantes de un tipo u otro en función de la clase de migración elegida). De ahí que se apunte que “(...) frente a la migración circular, es necesario prever “derecho circulares” que beneficien a los migrantes tanto en los países de destino como en los de origen además de una cooperación institucional estrecha entre los Estados concernidos (...)”, Elmadmad, Kh.: “Migration circulaire et droits des migrants. Le cas du Maroc », Serie sur la migration circulaire module juridique, CARIM-AS 2008/26, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico de Fiesole (FI), Institut Universitaire Européen, 2008.

³¹ Alaminos, A., López, C., López, B., Perea, I. y Santacreu, O.: “El retorno de las Migraciones Circulares...”, *op. cit.*, pp. 59 y ss.

³² Resolución de 17 de abril de 2001, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 30 de marzo de 2001, por el que se aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (GRECO).

³³ Ferrero Turrión, R. y López Sala, A.: “Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España: el caso de los acuerdos bilaterales de trabajadores con países de origen”, RMTIN, nº 80, 2009, p. 119.

la circularidad migratoria³⁴. Ahora, los antiguos programas de reclutamiento de trabajadores extranjeros temporales se presentan como una alternativa factible a la gestión de las migraciones porque parece combinar en su seno el eterno conflicto entre necesidad y rechazo³⁵. Con todo, es preciso no olvidar que “(...) poner un excesivo énfasis en la creencia de que los Estados bajo el presupuesto de la intervención pueden controlar los procesos migratorios podrían conducir a la conclusión de que los mismos pueden reducirse siguiendo determinadas estrategias (...)”³⁶. Nada más lejos de la realidad. Con todo, el renovado interés que suscitan estos programas de movilidad de trabajadores extranjeros temporales es debido, principalmente, a que parecer ser que contribuyen a una mayor flexibilidad del mercado de trabajo, despiertan una menor oposición social y aparecen como una solución factible para contener la inmigración irregular³⁷.

El cambio de gobierno en el año 2004 marcó un punto de inflexión en los modos de diseñar, gestionar y explicar las políticas migratorias en España. El nuevo modelo de gestión de los flujos migratorios laborales en España se interconecta, desde entonces, con la lucha contra la inmigración irregular, el fortalecimiento del control de fronteras y de las relaciones con terceros países y las políticas de integración en un planteamiento global, integral. El objetivo perseguido por estos nuevos acuerdos bilaterales ha sido pues la regulación de forma ordenada y coherente de los flujos migratorios laborales, el impulso de la cooperación, así como la prevención de la inmigración irregular y de la explotación laboral de los trabajadores. Estos acuerdos regulan los procedimientos, las normas y los principios para la contratación de trabajadores incluyendo la preselección, la selección y la formación en el país de origen, además de prever la coordinación de programas de apoyo al retorno voluntario. Se trata, pues, de mecanismos de cooperación y diálogo entre los Estados miembros de la UE y un tercer país que representan marcos dinámicos que se adaptan con facilidad a los intereses de los Estados miembros y a las necesidades del tercer país³⁸.

³⁴ Para más detalles véase Castles, S.: “Guestworkers in Europe: a Resurrection?”, en *International Migration Review*, vol. 40, nº 4, 2006, pp. 741-766.

³⁵ En Ferrero Turrión, R. y López Sala, A.: “Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España...”, *op. cit.*, p. 122, citando a Favell, A. y Hansen, R.: “Markets against Politics: Migration, EU Enlargement and the Idea of Europe”, en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 28, nº 4, 2002, pp. 581-602.

³⁶ Ramos Quintana, M.I.: “Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?”, *RMTIN*, nº 63, 2006, p. 15.

³⁷ Más detalles en Ferrero Turrión, R. y López Sala, A.: “Nuevas dinámicas de gestión de las migraciones en España”, *op. cit.*, p. 122, citando a Abella, M.: *Policies and Best Practices for Management of Temporary Migration*, ponencia presentada en el Simposio Migraciones Internacionales y Desarrollo, Naciones Unidas, Turín, 2006.

³⁸ Para más detalles *vid.* Do, U. y Huddleston, Th.: “Negociar las migración en el espacio euromediterráneo: el potencial de los partenariados de movilidad de la Comisión Europea”, en *Migraciones*, med. 2009, p. 300-301.

En este contexto, además de ampliarse los países con los que se venían suscribiendo este tipo de acuerdos, también se trabajó en la mejora de los acuerdos ya existentes con Bulgaria, Marruecos, Colombia y Ecuador, especialmente en el aspecto referido al perfeccionamiento de los mecanismos de selección y formación en origen que venía siendo uno de los puntos débiles de los precedentes. La principal novedad fue concebir estos acuerdos desde un enfoque integral de la política migratoria que hiciese partícipes en el proceso de ejecución a los países de origen. Pero también supuso la directa vinculación de la llegada de inmigrantes con las necesidades de mano de obra, o lo que es lo mismo, la “laboralización” de los flujos migratorios.

En definitiva, todas estas iniciativas han conseguido fortalecer las relaciones con los países de origen y tránsito de los flujos migratorios que desde nuestro continente vecino se dirigen hacia España empleando distintas líneas de trabajo. Se ha reforzado también la presencia política e institucional española en África a través de visitas oficiales y de la apertura de embajadas en Malí, Sudán y Cabo Verde y de nuevas oficinas técnicas de cooperación en Cabo Verde, Etiopía y Malí. También se ha creado una consejería de trabajo en Senegal y se han ampliado las agregadurías de interior en Ghana, Nigeria y Senegal. El siguiente paso que restaba dar era la consecución de la firma de acuerdos bilaterales marco con los otros países africanos considerados prioritarios en el Plan África. De este modo la red de países del África subsahariana con los que España tiene algún tipo de convenio en esta materia se ha extendido de forma destacable. Entre 2006 y 2008 se han firmado acuerdos de “nueva generación” con Gambia, Guinea, Mauritania Malí, Cabo Verde y Níger. Estos acuerdos marco de “nueva generación” pretenden impulsar la regulación ordenada de los flujos laborales procedentes de estos países, fomentando la migración circular a través de la contratación en origen. Son acuerdos que se sostienen sobre un análisis estricto del mercado de trabajo para asegurar que los trabajadores extranjeros no sean simplemente mano de obra barata que sustituya a la mano de obra local. Para ello es necesaria la cooperación de todas las administraciones, especialmente, de los gobiernos locales, así como de los potenciales empleadores. Pero también se indica que resulta fundamental que los trabajadores seleccionados tengan las cualificaciones adecuadas para los puestos ofertados. De ahí que este tipo de iniciativas hayan incluido acciones dirigidas a la formación de los trabajadores en origen a través de subvenciones realizadas por el gobierno español. Un ejemplo ha sido la puesta en marcha de las escuelas taller inauguradas en varios países africanos en el 2007.

La principal diferencia, por tanto, entre este tipo de acuerdos y los que hasta la fecha se habían puesto en marcha es que, no sólo pretenden responder a las necesidades laborales del país receptor, sino que entre sus objetivos se incluyen evitar la descapitalización de los países emisores, limitando la fuga

de cerebros (*brain drain*) y fomentando la permanencia de su capital humano. Este último aspecto se ha señalado como una de las virtudes que ofrecen las formas de migración circular frente a los programas de establecimiento definitivo.

De lo que cabe la menor duda es que la firma de estos acuerdos ha inaugurado una nueva política hacia África y ha modificado la orientación de la política española y europea de inmigración. Los acuerdos bilaterales suponen, tanto en el discurso político, como en los dispositivos puestos en marcha, un tipo de intervención que ha optado por una aproximación global al fenómeno en el que está implicados países emisores y receptores. Estas medidas han supuesto, adicionalmente, una vía para fomentar la llegada de migrantes a través de los cauces establecidos por los Estados receptores, transformándose en un mecanismo indirecto de lucha contra los flujos no autorizados; aunque su volumen no puede asegurar, por sí solo, la desaparición de la migración irregular. Todo ello en un contexto más amplio que apuesta por fomentar formas de circularidad migratoria que permiten la estancia temporal, pero que, dado su propio carácter, impulsan el retorno. Este nuevo tipo de movilidad, una movilidad reiterada, pero de ida y vuelta, puede tener efectos positivos para los países de origen, no sólo a través del envío de remesas y la obtención de rentas, sino a través de la formación y capacitación de su capital humano.

La ejecución de estos programas y de esta nueva política se ha encontrado, sin embargo, con algunas dificultades. El alcance de su implantación se ha visto muy constreñido, en primer lugar, por la acción de los países de origen. De ahí la necesidad de ampliar y perfeccionar los mecanismos institucionales y de cooperación que puedan desembocar en un tutelaje efectivo de la mano de obra desde el origen. A ello se une las críticas que han recibido los procedimientos de selección no sólo por parte de los países emisores, sino también por parte del gobierno español. Sin embargo, hará falta esperar unos años para poder realizar una evaluación efectiva del éxito o fracaso de estos programas en nuestro país, puesto que su implantación y puesta en marcha data de fechas muy recientes, como se ha intentado poner de manifiesto en las líneas precedentes. Y es que a las dificultades iniciales propias de la puesta en marcha de iniciativas de nuevo cuño como éstas³⁹, ha de unirse el cambio de coyuntura económica a nivel mundial, que se puso de manifiesto desde las primeras líneas de este trabajo.

³⁹ Abad, G.: "Los desafíos de la UE en materia migratoria: La cooperación con terceros Estados", UNISCI Discusión Papers, nº 15, Oct. 2007, p. 216.

2.2. La gestión colectiva de contrataciones en origen como fórmula de gestión de los flujos migratorios laborales

Desde que en diciembre de 1990, el Gobierno del Estado envió al Congreso de los Diputados un informe titulado “La situación de los extranjeros en España: líneas básicas de la política española de extranjería” han pasado ya dos décadas durante el transcurso de las cuales se han ido sucediendo infinidad de actuaciones gubernativas en la temática que nos ocupa y entre las que, interesa destacar que, por primera vez, se estableció un cupo o contingente de mano de obra extranjera. La apertura de este primer contingente de autorizaciones de trabajo (también denominado cupo⁴⁰) para trabajadores extranjeros no comunitarios⁴¹ se llevó a cabo en 1993 con la aprobación del Acuerdo de 26 de marzo del Consejo de Ministros y, desde entonces, casi todos los años se ha venido estableciendo un contingente anual de autorizaciones administrativas para el trabajo de los extranjeros extracomunitarios en España, salvo en aquellos años en que se acometieron regularizaciones extraordinarias masivas que desaconsejaron el recurso a este tipo de instrumentos de regulación de flujos migratorios laborales.

El contingente se configura desde entonces como un instrumento de canalización de flujos migratorios laborales que viene a complementar la acción de otros mecanismos de control de flujos, a través del cual los poderes públicos se responsabilizan de la orientación y dirección de los flujos migratorios laborales, en lugar de dejar esta iniciativa exclusivamente en manos del empleador o de las leyes del mercado. Presenta, pues, una doble vertiente: por un lado, se trata de una estimación técnica que permite prever los puestos de trabajo que no pueden ser cubiertos por mano de obra nacional, comunitaria o extranjera extracomunitaria ya residente⁴² en España, constatando la existencia de los denominados “nichos de empleo”, es decir, sectores de actividad en los que, pese a la existencia de una alta tasa de desempleo en España, no son cubiertos por trabajadores españoles; por otro, las ofertas de empleo contenidas en el contingente se dirigen, mayoritariamente, hacia las ofertas de empleo que se

⁴⁰ Se prefiere utilizar el término contingente porque, como indicó el Profesor Naïr, “() las cuotas tienden a hacer valer categorías de personas según nuestras necesidades inmediatas, y a proporcionarles una residencia legal según nuestros solos intereses () Se debe superar, por lo tanto, esta lógica estrictamente instrumental ()”, en Naïr, S.: “Informe balance y orientación sobre la política de codesarrollo vinculada a los flujos migratorios”, 1997, p 7.

⁴¹ Téngase en cuenta que “la superación de los conceptos de nacionalidad y de extranjería la representa la noción de ciudadano comunitario o de ciudadanía comunitaria...Con ello, se da a entender que, efectivamente, los nacionales de Estados de la Unión no son extranjeros propiamente dichos”, en Ramos Quintana, M.I.: “Trabajadores extranjeros e integración social”, TL, nº 54, 2000, pp. 9 y 14.

⁴² El término residente supone el disfrute de una situación administrativa regular.

registran en el mercado laboral pero que se suelen cubrir con mano de obra extranjera irregular. Es por ello por lo que, indirectamente, el contingente funciona como instrumento de política de empleo ya que se utiliza como medida de endurecimiento o flexibilización del mercado de trabajo español respecto de la mano de obra extranjera, en función de las necesidades que éste manifieste.

Con esta política de canalización de flujos migratorios laborales a través del establecimiento de un sistema de cuotas o cupos se pretende, en suma, una gestión eficaz de los mismos al ajustarse éstos a la capacidad de acogida y a las necesidades reales del mercado de trabajo. En este sentido, la última de las reformas en esta materia, llevada a cabo por la LO 2/2009 sobre la LO 4/2000 (en adelante, LOEX), persigue, entre sus objetivos, perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo, apostando, una vez más, por una inmigración ordenada en un marco de legalidad y consolidando una política migratoria española que vincula la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo.

Dicho esto, interesa destacar cómo, la primera vez que hizo aparición la figura del contingente en una ley fue con ocasión de la aprobación de la LO 4/2000⁴³. Ésta vino a derogar la anterior Ley de Extranjería (LO 7/85), pero no su segundo reglamento de desarrollo (RD 155/96), salvo en lo que se opusiera a la nueva regulación, de manera que se mantenía su legitimidad hasta que se dictase el nuevo en un plazo estimado en seis meses (D.F.sexta). Sin embargo, de la LO 4/2000 se decía que nació aquejada de una cierta provisionalidad tanto por la imposibilidad de proceder a su desarrollo reglamentario en el plazo previsto como por el hecho de que el partido en ese momento gobernante volviera a ganar las elecciones y lo hiciera de forma que estuviese en condiciones de cumplir su promesa electoral de modificar inmediatamente esta Ley, como finalmente ocurrió mediante la aprobación de la LO 8/2000, de 22 de diciembre.

La LO 4/2000 (en adelante, LOEX), pese a no contar con un Preámbulo en el que el legislador expusiera los motivos que lo habían llevado a legislar en tal

⁴³ Y es que ni la LO 7/1985 ni su primer reglamento de desarrollo aprobado por el RD 1119/1986, de 26 de mayo, contenían previsión alguna respecto del contingente ya que, según se ha apuntado, éste apareció por primera vez en el Acuerdo del Congreso de los Diputados de 9 de abril de 1991, al que se hizo referencia líneas atrás, si bien no se aprobó el primero hasta 1993. Tras diez años de vigencia de la LO 7/85 y su primer reglamento de desarrollo, y tras sufrir diversas reformas parciales justificadas en el hecho de que su aplicación no consiguió el propósito manifestado por el legislador en el Preámbulo de la Ley, se aprobó un segundo reglamento de desarrollo, el RD 155/1996, de 2 de febrero, que vino a dotar al contingente, por primera vez, de cobertura normativa formal (con rango reglamentario) al incorporarlo a su cuerpo dispositivo, concretamente en su art. 70, en el que se preveía un procedimiento específico que se caracterizaba por una serie de rasgos definidores que planteaban no pocos problemas en su aplicación.

sentido, se consideraba una ley necesaria no sólo para adaptarla a las demandas de la nueva realidad migratoria imperante, sino para sentar las bases para que los extranjeros se integrasen en nuestro país, abarcando así una dimensión mucho más amplia y globalizadora del tratamiento de la extranjería, tal y como se desprendía del propio título de la norma: *los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. No desmerecía ese loable propósito de suavización de los esquemas tradicionales (normas de policía que van cediendo ante la necesidad de garantizar la integración) el hecho de que se decidiera canalizar la inmigración “por cauces como la contingentación de la mano de obra extranjera y un mayor control sobre los flujos económicos de entrada y salida, [que] en definitiva, son nuevas fórmulas en las que el sistema económico sigue estableciendo los modos en que admite (y somete a control) la incorporación de nueva mano de obra extranjera para la satisfacción de los objetivos que se propone alcanzar⁴⁴”. Y ello porque ambas tendencias, suavización de los esquemas tradicionales y canalización de flujos, no se entendían opuestas sino complementarias entre sí, de tal manera que venían a confirmar la apuesta del legislador por un modelo de gestión de flujos migratorios más controlado y limitado pero, al tiempo, más integrador⁴⁵.

Es en este contexto en el que ha de ubicarse la introducción, por primera vez en una norma con rango legal, de la figura de un contingente anual de mano de obra extracomunitaria no residente en España, para, así, entender en toda su magnitud las consecuencias de tal incorporación. Y es que ya del simple hecho de que se hable de “contingentación de la mano de obra extranjera” se deduce la trascendencia con que pretende dotarse a este instrumento de control y canalización de flujos migratorios laborales hacia el mercado de trabajo español y la consiguiente priorización del mismo respecto del resto de instrumentos previstos a tal fin. De esta forma la LOEX insta, como formas de acceso directo al empleo de los extranjeros extracomunitarios en España, la existencia de dos regímenes: uno prioritario para la concesión de las autorizaciones administrativas para trabajar vía contingente, y otro régimen distinto para las ofertas de trabajo independientes al mismo a través del sistema general de libre acceso individual. De tal manera que el régimen de contingente intentaba configurarse como el prioritario, a la par que coexistía con ese otro previsto tanto para las

⁴⁴ Ramos Quintana, M.I.: “Trabajadores extranjeros...”, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁵ Meses después, en diciembre del mismo año, llegaría la reforma de la LO 4/2000, por obra de la LO 8/2000, que encontraba su fundamento jurídico en las deficiencias técnicas y lo incompleto de cuestiones tales como la que ahora es objeto de análisis en la Ley de enero. Más detalles en Purcalla Bonilla, M.A.: “La regulación de los derechos y libertades y de la integración social de los extranjeros”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 218, 2001, p. 72.

ofertas exceptuadas de la tramitación vía contingente (art. 38.2 LOEX⁴⁶), como para las no coincidentes con el mismo y que se realizaban con independencia de la disponibilidad de plazas en el contingente.

Y es que con el hecho de que todas las ofertas de empleo debieran de tramitarse vía contingente, salvo las precisiones hechas, se intentaba reforzarlo como instrumento de gestión de flujos migratorios laborales, lo que venía a explicar tanto su carácter anual como su prioridad respecto del resto de instrumentos reguladores de flujos previstos por el Derecho de Extranjería español. No obstante, y pese a lo positivo de la reforma (formal) operada en este sentido, materialmente tanto la carencia de desarrollo reglamentario y el forzoso recurso al preexistente⁴⁷ como los escasos contenidos de la LOEX al respecto, impidieron no sólo la consecución de los objetivos inicialmente marcados, sino, incluso, la consideración del contingente como vía prioritaria de acceso al mercado de trabajo español de los inmigrantes.

El nuevo reglamento de desarrollo de la LOEX llegaría con la aprobación del RD 864/2001 en el que el contingente se regulaba en un único precepto (el art. 65) con 11 apartados y cuyo contenido podía ser calificado de cualquier modo menos de claro y ordenado. Dada su escasa vigencia temporal y los innumerables problemas prácticos y reprimendas jurídicas de los tribunales que su aplicación llevó aparejados⁴⁸, parece más apropiado dedicar las páginas que siguen a la normativa actual en la que el nuevo reglamento, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre, de incuestionable trascendencia para -según indica el propio texto- “la arquitectura del sistema migratorio actual”, particularmente en lo que hace al acceso al empleo de los extranjeros y su trabajo en nuestro país (en adelante, REX).

Finalmente, y como una muestra más del enorme dinamismo característico de esta temática, quiere señalarse que la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ha venido a reformar, una vez más, a la LO 4/2000 en la versión

⁴⁶ a) cubrir puestos de confianza, b) cuando se trate del cónyuge o hijo de extranjero residente en España, c) cuando se trate del titular de una autorización previa de trabajo que pretenda su renovación, d) en el caso de los trabajadores necesarios para el montaje o reparación de una instalación o equipos productivos, e) en el caso de los que hubieran gozado de la condición de refugiados durante el año siguiente a la fecha de la pérdida de tal condición.

⁴⁷ Art. 70 RD 155/96 y Resolución de 11-1-1999.

⁴⁸ Interesa destacar en este momento la polémica suscitada por la regulación reglamentaria del contingente a partir del año 2002, en concreto la Resolución de 11 de enero de 2002, desarrollada por una Circular de 16 de enero, que disponía la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se fijaba el contingente para el año 2002, acuerdo mediante el que se pretendía canalizar adecuadamente el flujo migratorio desde los países de origen hacia España, pero que en la práctica significó la suspensión de la tramitación de permisos de trabajo que se solicitan con oferta nominativa de empleo. Para más detalles, *vid.* Rojo Torrecilla, E.: “Artículo 77. Contingente de trabajadores extranjeros”, en *VVAA: Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, 2007, p. 482.

vigente hasta diciembre de 2009. Según la propia Exposición de motivos de la Ley 2/2009, tres son las causas que justifican la reforma que se propone de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción actual:

- a) La necesidad de incorporar a dicha Ley Orgánica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando para ello una nueva redacción acorde con la Constitución, a los artículos de la misma que se han declarado inconstitucionales en virtud de sentencias como la 236/2007, de 7 de noviembre, o la 259/2007, de 19 de diciembre, en las que se reconoce que la exigencia que la indicada ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a las Constitución.
- b) La necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, a través de la indicada Ley Orgánica, las Directivas europeas sobre inmigración que están pendientes de transposición o que no se han transpuesto plenamente, entre ellas, la Directiva 2003/109/CE, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁴⁹; la Directiva 2008/115/CEE, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal⁵⁰; o la Directiva 2009/50/CE, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado⁵¹, entre otras.
- c) Y, por último, pero no por ello menos importante, la necesidad de adaptar la referida Ley Orgánica a la nueva realidad migratoria en España, que presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían cuando se aprobó la última reforma de la ley. Y es que, la propia ley destaca que la inmigración es una realidad que está en constante cambio y, precisamente por ello, el legislador está obligado a adaptar su normativa reguladora, si quiere que la misma proporcione soluciones efectivas a los nuevos retos que se plantean.

2.2.1. Las características definitorias del actual modelo de contingente

El modelo de contingente contenido en la normativa de extranjería actualmente vigente, se describe en el art. 39 LOEx que viene a prever que “*el Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión*”

⁴⁹ DOUE de 23 de enero de 2004.

⁵⁰ DOUE de 24 de diciembre de 2008.

⁵¹ DOUE de 18 de junio de 2009.

colectiva de contrataciones en origen en un período determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España. Asimismo, podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones. La mencionada previsión tendrá en cuenta las propuestas que, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas, y será adoptada previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración”.

Como se acaba de adelantar, la LO 2/2009, de 11 de diciembre, última de las reformas de la LO 4/2000, ha modificado, entre otros preceptos, el art. 39 relativo al contingente de trabajadores extranjeros, pudiéndose señalar, como innovaciones principales al respecto, la nueva denominación del procedimiento como “gestión colectiva de contrataciones en origen” y la atribución al Ministerio de Trabajo e Inmigración (en adelante, MTIN) de su aprobación.

Con todo, para comprender mejor la elaboración del contingente descrita de forma tan somera en el citado precepto legal es preciso acudir al desarrollo reglamentario del mismo contenido en el art. 79 REX⁵² y que, mientras no se apruebe un nuevo Reglamento de desarrollo a raíz de la última de las reformas legales apuntadas, está en vigor⁵³. Este precepto regula un procedimiento específico para la elaboración del contingente que aglutina toda una serie de acciones destinadas a proponer al Ministerio de Trabajo e Inmigración (ya no el Gobierno como con al amparo de la anterior normativa) el contingente de trabajadores extracomunitarios que el mercado laboral español parece exigir. Estas acciones, según la nueva redacción legal, y a falta de desarrollo reglamentario, se han simplificado considerablemente respecto de la regulación contenida en la norma reglamentaria anterior: la propuesta de contingente, que aprueba definitivamente el MTIN, corresponderá a la Secretaría de Estado Inmigración y Emigración, previa consulta a la Comisión de Trabajo Tripartita de Inmigración⁵⁴ y deberá tener en cuenta, en cualquier caso, la información sobre la situación nacional de empleo proporcionada por el Servicio Público de Empleo Oficial, así como las propuestas que elevan las Comunidades autónomas.

Por otro lado, de ambos textos legales se desprenden una serie de características básicas del contingente de autorizaciones administrativas referidas al

⁵² Más concretamente, los arts. 77-83 de la citada norma reglamentaria (agrupados en el Título V) son los encargados de dotar de contenido al art. 39 LOEx.

⁵³ La LO 2/2009 ordena la adaptación reglamentaria en el plazo de 6 meses desde su entrada en vigor, pero ya superado hace casi un año, la falta de desarrollo reglamentario y el incumplimiento de los plazos inicialmente previstos unido a la ausencia de instrucciones precisas sobre algunos de los preceptos, complican sobre manera la aplicación de la citada ley

⁵⁴ Órgano colegiado, adscrito al MTIN y dependiente de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, del que forman parte las organizaciones sindicales y patronales más representativas a nivel estatal. Más detalles en la Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio.

trabajo de los extranjeros extracomunitarios en España respecto de las cuales se destacan las siguientes consideraciones.

En primer lugar, es el MTIN el que establece el citado contingente, con carácter anual, si bien, se lo despoja del carácter preceptivo con que se contemplaba en la versión inicial de la LO 4/2000, configurándolo, como instrumento meramente potestativo al añadir la coletilla de “*siempre que exista necesidad de mano de obra*”. Sin embargo, la anualidad y la no obligatoriedad son características que se contradicen entre sí ya que, desde una perspectiva jurídico-crítica, no tiene mucho sentido el que se prevea el establecimiento anual del contingente si, a continuación, se lo va a dotar de un carácter discrecional. Con ello, sólo es posible considerar que el propósito del legislador ha sido o bien el de considerar la anualidad como un criterio de duración temporal (doce meses y no en referencia al año natural, con lo que se evita que si el MTIN no lo aprueba en enero esté incumpliendo con la legalidad establecida), o bien, esperando que el MTIN salve el escollo previendo un contingente mínimo, o incluso, cero, como de hecho ha venido ocurriendo en los tres últimos aprobados (2009-2011).

En segundo lugar, y como característica heredada de la regulación contenida en la versión inicial de la LO 4/2000, se presta especial atención a la situación nacional de empleo, que también ha de ser tenida en cuenta para el sistema general de libre acceso individual, si bien es el momento en que se valora tal criterio, lo que diferencia a ambos. De tal manera que mientras en el contingente la mencionada valoración tiene un carácter apriorístico, en el sistema general, se tendrá en cuenta en el momento concreto de la resolución de la solicitud individual de autorización administrativa para trabajar (más comúnmente, el permiso de trabajo).

Como ya se ha adelantado, el MTIN, en la determinación final del contingente, habrá de tener en cuenta las propuestas que eleven las Comunidades Autónomas y dar audiencia previa a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración y a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Pero, además, se refuerzan las referencias a la determinación de los ámbitos territoriales y sectores de actividad concretos, cobrando especial incidencia la actuación a nivel autonómico, provincial y local para tal determinación. Y es que es a nivel inferior donde se perciben mejor este tipo de necesidades, sin embargo no está exento de problemas de coordinación dado el cierto grado de descentralización que ello supone.

Se fortalece el requisito de que las ofertas de empleo que se ofrecen a través del contingente han de ir referidas a trabajadores extranjeros que ni se hallen ni sean residentes en territorio nacional. Así, en la línea ya apuntada, el art. 77.3 del REx insiste, a propósito del contingente, que “(...) *permitirá la contratación programada de trabajadores que no se hallan ni residen en*

España, llamados a desempeñar empleos con vocación de estabilidad y que serán seleccionados en sus países de origen (...)". De lo que se deriva la confirmación fehaciente de una de sus claves de bóveda, esto es, el configurarse como un procedimiento de gestión de la contratación de trabajadores foráneos cuya colocación se planifica y propicia en España, tramitándose parte del proceso en el país de origen o residencia del extranjero. Por otro lado, se consigue así evitar su uso como mecanismo regularizador de situaciones irregulares de los extranjeros en España, que, por otro lado, tendrán posibilidad de acogerse a la regularización permanente prevista en el art. 31.3 LOEx⁵⁵. De esta forma, la regulación contenida en el REX, al igual que se ha venido haciendo desde el año 2002 *de facto*, "(...) corrige aquel defecto técnico observado en la normativa anterior y destacado abundantemente por la doctrina científica (...) "⁵⁶".

Se ha dejado para el final el que se ha dado en considerar el rasgo definitorio más característico del contingente y más polémico, esto es, su pretendida prioridad frente a cualesquiera otras formas de acceso al mercado de trabajo español. Y es que, la reforma operada por la LO 8/2000 ha optado por mantener, formalmente, las dos formas combinadas de acceso directo al empleo previstas en la versión inicial de la LO 4/2000: la primera a través del contingente reservado para los extranjeros que no se encuentren en España y cuya fijación será anual y con expresa indicación de sectores y actividades profesionales y territoriales; y, la segunda, referida al sistema general de libre acceso mediante solicitud individualizada. Sin embargo, la prioridad del primero respecto del segundo sólo puede pretenderse *de facto* por lo que supone de regulación programada de flujos migratorios laborales pero no *de iure* como se pretendió con ocasión del contingente de 2002, lo que mereció la reprimenda jurídica de los tribunales. Se confirma, pues, tanto la coexistencia de ambos sistemas de acceso al empleo de la mano de obra extranjera como la prioridad formal del contingente respecto del acceso general vía autorizaciones de trabajo, vía ésta última que la norma reglamentaria prevé que complementa pero no compute a los efectos de la primera. Es decir que los trabajadores extracomunitarios que pretendan acceder al mercado de trabajo español tendrán dos posibilidades

⁵⁵ Por la vía del proceso de regularización permanente del art. 31.3 LOEx la Administración podrá acordar una autorización de residencia temporal por arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que sean reglamentariamente determinadas. En estos casos no será exigible el visado.

⁵⁶ Rojo Torrecilla, E.: "Artículo 77. Contingente de trabajadores extranjeros", en VVAA: *Comentarios al Reglamento de Extranjería, op. cit.*, p. 482. En idéntico sentido, se ha apuntado que al no exigirse que el trabajador se encontrara fuera del territorio nacional y en su lugar de origen, "(...) sirvió también, pese a sus limitaciones cuantitativas pues las previsiones quedaban fácilmente desbordadas, para encubrir verdaderos procesos de regularización de los extranjeros que ya se encontraban en España (...)", López Gandía, J.: "El acceso al empleo del extranjero", en VVAA: *Estudios sobre Extranjería*, Bomarzo, 2005, pp. 91-129.

alternativas o sucesivas, que no simultáneas, ya que sólo en el caso de que su oferta de empleo no pudiera tramitarse vía contingente, se tramitará vía sistema general individual de libre acceso. No podrán tramitarse por la vía prioritaria del contingente las ofertas de empleo que no coincidan con las en él previstas⁵⁷ o que se encuentren exceptuadas del mismo, ya sea por estar exentos de la obligación de solicitar autorización administrativa para trabajar, ya por no aplicárseles la situación nacional de empleo, ya por ser titulares de otras autorizaciones para trabajar en las que tampoco se tiene en cuenta la situación nacional de empleo.

Finalmente, es importante diferenciar dos aspectos fundamentales en el procedimiento del contingente: la flexibilidad y la selectividad. El primero sometido al criterio de la situación nacional de empleo y el segundo hace alusión a la nueva y original manera de organizar, bajo la forma de un catálogo, las ocupaciones de difícil cobertura. Pero veámoslos un poco más detenidamente.

Flexibilidad y situación nacional de empleo

El art. 78 REx, encargado de concretar cómo debe desarrollarse el acuerdo del Consejo de Ministros que apruebe la regulación del contingente anual, prevé, en su apartado 4, que “(...) a lo largo del año se podrá revisar el número y la distribución de las ofertas de empleo admisibles en el marco del contingente, para adaptarlo a la evolución del mercado de trabajo (...)”. Tal previsión merece una valoración positiva porque la previsión numérica del contingente queda de esta forma condicionada y por tanto susceptible de ser modificada, *ad futurum*, frente a los posibles incrementos de la población extranjera y a las necesidades que el mercado de trabajo manifieste respecto de mano de obra foránea⁵⁸.

De hecho, y precisamente por aplicación de este precepto, en los momentos en que se escriben estas líneas, ya han comenzado a oírse voces en el sentido de reducir el número de ofertas de empleo contenidas en el contingente para garantizar el empleo a los trabajadores nacionales en coyunturas económicas difíciles como las que impera en estos momentos. Es por ello por lo que, tras insinuarse desde el propio MTIN la “aproximación a cero” de la cifra de trabajadores extranjeros contratados en sus países de origen para el año 2009, en los tres últimos aprobados (2009-2011) se ha podido constatar un descenso más que considerable (901, 168 y 14, respectivamente).

Dada la obvedad de las cifras aportadas en el cuadro I, sólo señalar como ha sido precisamente en los sectores económicos en los que tradicionalmente

⁵⁷ En cuanto a la no coincidencia, va referida a tres variables: ámbito temporal, territorial y sector de actividad profesional. En caso de coincidir las tres, la oferta de empleo formulada al margen del contingente, se habrá de reconducir al mismo para evitar solapamientos.

⁵⁸ Rojo Torrecilla, E.: “Artículo 78. Contenido del contingente”, en VVAA: *Comentarios al Reglamento...*, *op. cit.*, p. 486.

se ha venido recurriendo a mano de obra extranjera en el marco de los contingentes anuales -como es el caso de los 5 primeros y el último, esto es, construcción, hostelería, transporte, comercio, agricultura y servicios-, en los que se constata un claro retroceso en el número de las ofertas. Y ello en consonancia tanto con los niveles de desempleo que se están generando en tales sectores como con el respeto a la idea de priorizar el empleo de nacionales en coyunturas como la actual, tal y como exige el criterio de la situación nacional de empleo.

CUADRO I: LAS CIFRAS DE LOS CONTINGENTES POR SECTORES ECONOMICOS DESDE 2004⁵⁹

SECTORES ECONOMICOS	2004 ⁶⁰	2005 ⁶¹	2006 ⁶²	2007 ⁶³	2008 ⁶⁴	2009 ⁶⁵	2010 ⁶⁶	2011 ⁶⁷
Construcción	2.227	1.281	4.868	0	1818	6	0	0
Hostelería	1.928	1.002	3.704	0	4267	12	0	0
Transporte	1.134	539	1.091	0	818	4	0	0
Comercio	870	480	1.257	0	2570	0	0	0
Agricultura	816	577	884	0	659	24	0	0
Industria Metal	1.616	929	1.753	0	2445	364	8	0
Industria Textil	42	25	55	0	35	0	0	0
Industria Madera	149	70	502	0	225	51	0	0
Industria Alimentaria	611	373	797	0	305	46	0	0
Otras Industrias	150	125	8	0	112	42	24	0
Pesca	170	170	137	0	200	100	0	0
Servicios	1.195	726	1.822	455	2277	252	136	14
TOTAL	10.908	6.594	16.878	455	15731	901	168	14

La variable principal tenida en cuenta para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena es la situación nacional de empleo que determina la posibilidad de contratación a través de cualquiera de

⁵⁹ FUENTE: Elaboración propia sobre la base de los datos de cada uno de los contingentes.

⁶⁰ Decisión de 22 enero 2004 (BOE de 29 enero 2004).

⁶¹ Acuerdo del Consejo de Ministros, de 30 de diciembre de 2004, para prorrogar el contingente 2004 (BOE de 5 de enero de 2005).

⁶² Decisión de 30 diciembre 2005 (BOE de 17 enero 2006).

⁶³ Decisión de 26 diciembre 2006 (BOE de 9 enero 2007).

⁶⁴ Decisión de 26 diciembre 2007 (BOE de 12 enero 2008).

⁶⁵ Decisión de 26 diciembre 2008 (BOE de 7 enero 2009).

⁶⁶ Orden TIN/3498/2009, de 23 diciembre, por la cual se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010.

⁶⁷ Orden TIN/3364/2010, de 28 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2011 (BOE de 30 de diciembre 2010). Éste último incorpora novedades respecto de sus precedentes como el hecho de que a través de este tipo de ofertas se podrán contratar extranjeros para el desempeño de las ocupaciones recogidas en el anexo I de la presente Orden, en la cifra prevista en el mismo para cada ocupación y provincia, todas ellas referidas de médicos, con distintas especialidades, y a provincias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

las dos vías de acceso al mercado de trabajo español apuntadas. Y es que, salvo en aquellos supuestos exceptuados de su toma en consideración, “(...) dicha situación permitiría la contratación de trabajadores extranjeros cuando no existan en el mercado de trabajo demandantes de empleo adecuados y disponibles para cubrir las necesidades de los empleadores (...)”. De su importancia como condición o presupuesto para obtener la correspondiente autorización da cuenta el tratamiento y ubicación que le dispensan tanto la LOEx como el REx⁶⁸, éste último añadiendo nuevas excepciones que se adicionan al listado previsto legalmente⁶⁹.

Los elementos que tradicionalmente han permitido considerar la situación nacional de empleo⁷⁰ son los siguientes:

- la insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional tanto españoles, como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por la empresa.
- que la gestión de la oferta de empleo presentada por el empleador o empresario, como paso previo a la solicitud de autorización administrativa para trabajar inicial, ante el servicio público de empleo (en adelante, SPE) se haya concluido con resultado negativo. El SPE encargado de tal gestión tiene un plazo máximo de quince días para certificar la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta. Esa certificación individual podrá ser sustituida, por la autoridad competente para resolver sobre el autorización administrativa para trabajar, por una certificación colectiva, válida por dos meses, sobre la inexistencia de trabajadores disponibles para ocupar determinados puestos de trabajo, teniendo en cuenta el resultado de la gestión de ofertas similares en los tres meses anteriores.
- el régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero.

Interesa hacer una serie de consideraciones respecto de las novedades que ha venido a incorporar el REx respecto de los escasos contenidos reglamentarios precedentes. La primera referida al nuevo rol adjudicado a los servicios públicos de empleo, la segunda respecto de la gran importancia otorgada por

⁶⁸ En sus arts. 38.1 y 50.a), respectivamente.

⁶⁹ Art. 40 de la LOEx que recoge hasta doce supuestos, calificados como específicos y reconducibles a circunstancias relacionadas con la condición de menor tutelado, apátrida o refugiado del extranjero, su parentesco con nacionales o nacidos en España, el trabajo a desarrollar en nuestro país o la titularidad o concesión previa de algunos otros tipos de autorizaciones. A este listado se suman los dos nuevos supuestos reglamentarios referidos a nacionales de Estados con los que se haya suscrito, en los términos previstos, un convenio o acuerdo internacional al efecto.

⁷⁰ Sobre la relaciones existentes entre el contingente y la suficiencia de trabajadores, *vid.* Camos Victoria, I.: “El contingente de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, 2004, pp. 89 y ss.

el legislador a la certificación acreditativa de haber gestionado la oferta de empleo ante los SPE.

En relación con la primera de las dos consideraciones que se quiere plantear, va referida al importante rol con que pretende dotarse a los SPE en cuanto a la certificación acreditativa del resultado de la gestión realizada a solicitud del empleador o empresario, previa a la solicitud de autorización administrativa para trabajar, en la que se hace constar tanto la insuficiencia de mano de obra como la imposibilidad de que las ofertas sean cubiertas por desempleados inscritos como demandantes de empleo. Con estas previsiones reglamentarias se vienen a colmar las lagunas existentes sobre quién y cómo debía acreditar tales trámites previos a la solicitud de las autorizaciones administrativas para trabajar, ganando en seguridad jurídica y fortaleciendo el rol de los SPE en el marco de la política de empleo activa que se viene desarrollando en nuestro país desde hace ya algún tiempo.

Respecto de la crucial importancia de la certificación acreditativa de haber gestionado la oferta de empleo ante los SPE competentes en aras a dilucidar los extremos apuntados viene a resaltarse en el REX al preverse que cuando el empresario o empleador no acredite el haber cumplido con tal obligación, con carácter previo, la autoridad competente podrá resolver la inadmisión a trámite de la solicitud de autorización administrativa para trabajar (*ex art. 84.5 LOEX*). Con ello se gana en seguridad jurídica ya que, como acertadamente apuntaron los sindicatos⁷¹ en algún momento del debate parlamentario previo a la aprobación del REX.

Selectividad y el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura

Como técnica de canalización, control y contención de la llegada de trabajadores foráneos, la fórmula del contingente es una herramienta que permite, además de la modulación de los flujos migratorios, seleccionar la nacionalidad u origen de la mano de obra, modalizando en mayor medida el perfil del trabajador requerido. Así, por aplicación de lo previsto en el art. 78.5 del REX, para las ofertas incluidas en el contingente se dará preferencia a los nacionales de países con los que España haya suscrito los correspondientes acuerdos sobre regulación u ordenación de las migraciones.

Ya se ha tenido ocasión de adelantar líneas atrás que la regulación de los flujos migratorios que se dirigen a España ha adquirido un nuevo perfil en los últimos años como consecuencia de la firma de acuerdos bilaterales de contratación de trabajadores en sus países de origen. Acuerdos éstos que intentaban materializar lo que se ha denominado una regulación ordenada de las migraciones que respondiera tanto a las necesidades del mercado de trabajo como a

⁷¹ Informe del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes al segundo borrador de Reglamento de la LO 8/2000, en www.reicaz.es/extranjeria

los objetivos de la política migratoria y que suponían, al menos en su filosofía, formas de selección y canalización de la población extranjera a través de la determinación de sus perfiles, su procedencia y su localización en el mercado y el territorio nacional. La principal novedad fue concebir estos acuerdos desde un enfoque integral de la política migratoria así como la directa vinculación de la llegada de inmigrantes con las necesidades de mano de obra. En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la LO 2/2009 reitera que, con la incorporación de las modificaciones que ella acomete se consolida una política de inmigración que vincula la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo. En este sentido, entre otras medidas, se regula con mayor nivel de concreción la situación nacional de empleo en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

Se trata de Colombia, Ecuador, Marruecos y República Dominicana, países todos ellos con particularidades específicas y que pueden justificar la firma del acuerdo. Así, “(...) mientras que Marruecos es nuestro principal vecino mediterráneo, los países de Centro y Sudamérica tienen estrechos lazos históricos con España, y los países del este europeo están proporcionando una amplia mano de obra básicamente durante temporadas, notándose especialmente su presencia en el sector agrario (...)”⁷². Pese a las ventajas, declaradas o implícitas, de esta solución, desde la doctrina especializada se ha alertado sobre el riesgo de que pueda producirse una situación jurídica que implique una discriminación por razón de nacionalidad, en cuanto que el empresario estará seleccionando a uno o más trabajadores justamente por su nacionalidad y no sólo por sus conocimientos y habilidades⁷³.

En estrecha relación con lo precedente, pero desde una perspectiva objetiva (las ocupaciones de difícil cobertura) y no subjetiva (los sujetos seleccionables), hay que destacar otra novedad: la incorporación del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura⁷⁴, como instrumento fundamental para la coordinación de las políticas de mercado de trabajo e inmigración que permite valorar la situación nacional de empleo así como determinar las posibilidades de contratación de extranjero. Pero, además, y como se ha señalado acertadamente, éste va a permitir que las personas que busquen trabajo se informen de las necesidades no cubiertas del mercado de trabajo, funcionando no sólo como un observatorio periódico y

⁷² Rojo Torrecilla, E.: “artículo 78. Contenido del contingente”, en VVAA: *Comentarios al Reglamento...., op. cit.*, p. 484.

⁷³ Álvarez del Cubillo, A.: “La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros”, RDS, nº 23, 2003, pp. 117 y ss.. Además, para un tratamiento detallado y extenso sobre el tema, *vid.* varios capítulos de la obra de Trinidad García, M^a. L. y Martín Martín, J.: *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España: Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, 2005, Lex Nova.

⁷⁴ Decisión de 4 de noviembre de 2005. Para consultar la aprobación trimestral del mismo, véase <http://www2.inem.es/catalogoOcupaciones/web/asp/catOcupaciones.asp>

preciso acerca de las necesidades de formación, sino, en última instancia, como un servicio que agiliza la tramitación de la contratación de los inmigrantes en origen⁷⁵. En otras palabras, este tipo de catálogos, al que se alude en el art. 50.a) REX, contiene las ocupaciones en las que los Servicios Públicos de Empleo han encontrado dificultad para gestionar las ofertas de empleo que los empleadores les presentan cuando quieren cubrir puestos de trabajo vacantes a través de la vía general, esto es, con independencia del contingente anual.

El catálogo está desagregado por provincias, islas en el caso de las Comunidades Autónomas Baleares y Canarias y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y tiene carácter trimestral⁷⁶, extendiéndose su vigencia desde el segundo hasta el último día laborable del trimestre natural siguiente al de su publicación. La presencia de una ocupación en el catálogo de la zona geográfica de que se trate, implica, para el empleador, la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida a un trabajador extranjero⁷⁷. Pese a tratarse de un recurso de primer orden que permite -respecto a las ocupaciones así calificadas- la tramitación de la correspondiente autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, para aquéllas no incluidas en dicho catálogo continúa siendo operativa la certificación de la gestión de la oferta de empleo, emitida por el correspondiente servicio público⁷⁸.

En cualquier caso, la crisis económica también ha hecho mella en el contenido dicho del catálogo y, ya a lo largo de 2009 éste ha sido objeto de una concreción muchísimo más restrictiva que en años precedentes con la clara intención de adaptarlo a la nueva situación del mercado de trabajo español. Así, y según datos del último publicado (cuarto trimestre de 2010⁷⁹), se constata la

⁷⁵ Sacristán Romero, F.: "Políticas de acceso al empleo para inmigrantes en España", en *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, nº 12, 2006, p. 71.

⁷⁶ El último de estos catálogos referido al tercer trimestre de 2010, puede consultarse en https://www.redtrabaja.es/es/portalttrabaja/resources/pdf/dificil_cobertura/CatalogoOcupaciones-DificilCobertura.pdf

⁷⁷ Según la Instrucción Tercera de las Instrucciones DGI/SGGCFM/03/2008, dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de 2007, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2008, "(...) en los supuestos de ofertas de carácter temporal para ocupaciones incluidas en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, para acreditar que los Servicios Públicos de Empleo han tramitado previamente tales ofertas, se considerará suficiente la certificación de dichos Servicios en la que se exprese que se ha recibido la oferta y que se ha realizado el trámite de su publicación (...)".

⁷⁸ Según apunta el ya citado art. 50.a) del REX, tal certificación será emitida en el plazo máximo de 15 días y dará cuenta del resultado negativo de la gestión de la oferta de empleo, acreditando la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para su aceptación. La Orden TAS/1745/2005, de 3 de junio, regula la certificación acreditativa del requisito establecido en el citado precepto.

⁷⁹ Disponible en https://www.redtrabaja.es/es/portalttrabaja/resources/pdf/dificil_cobertura/CatalogoOcupacionesDificilCobertura.pdf

presencia principal de empleos relacionados con las ciencias de la salud (médicos, farmacéuticos, logopedas, protésicos dentales, etc.), distintas ingenierías y profesores de Formación profesional, muy de infrecuente oferta por parte de la mano de obra extranjera. En caso de que el empleo no se incluye en el catálogo, el empleador deberá presentar una oferta en la agencia para el empleo, aplicándose lo que se dijo en el párrafo anterior en lo referido a la situación nacional de empleo.

2.2.2. Del impacto de la crisis económica en el número de contrataciones colectivas en origen aprobada en los años 2009-2011

Como se dijo líneas atrás, el contingente se presenta como un instrumento que se adapta a las necesidades del mercado español, de modo que las cifras que en él se prevén no sólo son dinámicas, sino revisables en el momento en que así se considere oportuno.

Es por ello por lo que se aprecian diferencias considerables entre los contingentes aprobados entre los 2006-2008 y los aprobados entre 2009-2011 (*vid. supra* cuadro I). En el último trienio, el MTIN, consciente de la importancia de la contratación en origen de trabajadores extracomunitarios como instrumento de adaptación de flujos migratorios y la necesidad de garantizar la cobertura de las ofertas de empleo no cubiertas por el mercado laboral nacional, si bien ha seguido considerando preciso aprobar un cierto número de contrataciones colectivas en origen, sin embargo lo ha ido reduciendo cuantitativamente como consecuencia directa de la fortísima crisis económica y de empleo actual: para el 2009, 901 ofertas (principalmente referidas a la industria del metal y a los servicios); para el 2010, 168 ofertas (substancialmente centradas el sector servicios); y para el año en curso, 14 ofertas (referidas todas ellas a ocupaciones de médico, en diferentes especialidades, y a la Comunidad Autónoma de Castilla y León exclusivamente⁸⁰).

Si a ello se une que, según los últimos datos disponibles referidos al 3º trimestre de 2010⁸¹, la tasa total de desempleo en España es del 19.7%, siendo la de los trabajadores extranjeros de casi el 30% (29.3%), resulta evidente que el impacto sobre la gestión colectiva de las contrataciones en origen para los años 2010-2011, se haya traducido en los recortes cuantitativos apuntados. Nunca antes las cifras habían sido tan elocuentes y ahora más que nunca, y pese a la situación descrita, cabe insistir en que (...) la importancia estratégica que se quiere dar a este peculiar mecanismo no se corresponde con su significación cuantitativa (...) ⁸².

⁸⁰ En Anexo I de la Orden TIN/3364/2010, de 28 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2011 (BOE de 30 de diciembre 2010).

⁸¹ Según datos EPA disponibles en <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0310.xls>

⁸² Escudero Rodríguez, R.: "Claves legislativas en materia de inmigración...", op. cit., p. 190.

2.3. Las facilidades al retorno voluntario: Los distintos programas

En cuanto al segundo bloque de medidas adoptadas como consecuencia de la incidencia de la crisis económica sobre la gestión de los flujos migratorios laborales, esto es, las referidas a las facilidades que al retorno voluntario se articulan desde los poderes públicos, deben encuadrarse en un contexto en el que la crisis económica conlleva que se hable más del retorno de los trabajadores inmigrantes⁸³ que se quedan sin empleo y que, o bien de *motu proprio* o a través de la puesta en marcha de propuestas o programas dirigidos a facilitar ese retorno voluntario, deciden volver a sus países de origen. Y es que, en un momento de crisis económica como el que se está viviendo en la actualidad, si bien lo lógico sería esperar que los posibles candidatos a migrar recibieran en su país de origen un mensaje contrario al que antes recibían y desistieran de su propósito, sin embargo, en países como España, y después de casi una década de intensos flujos migratorios, en los que la población inmigrada ha crecido por encima de los cinco millones de personas, se han creado unas dinámicas familiares y sociales que no pueden detenerse abruptamente y que contribuye a mantener cierto flujo inmigratorio que sigue vinculado a la situación del mercado laboral español y que se gestiona por medio de los procesos de contratación colectiva en origen, como se ha analizado en el epígrafe anterior.

Al mismo tiempo, el deterioro de las condiciones laborales en algunos sectores laborales, como consecuencia de la actual coyuntura, afecta especialmente a los trabajadores inmigrantes entre los que, además, no cesa de incrementarse el número de los que ni encuentran trabajo ni cobran prestación por desempleo. No obstante, dado que para la mayoría de estos inmigrantes el retorno a su país de origen no es opción, la necesidad de encontrar “cualquier tipo de trabajo” se está haciendo cada día más acuciante. En estas condiciones se ven más obligados que nunca a aceptar trabajos en condiciones laborales de explotación. Y es que es necesario insistir en el hecho de que los trabajadores extranjeros parecen relativamente más vulnerables (que los autóctonos) a las recesiones cíclicas⁸⁴, aunque, evidentemente, no se puede responsabilizar a la inmigración de los desequilibrios del mercado de trabajo. La mayor vulnerabilidad de este colectivo de trabajadores se manifiesta, generalmente, en

⁸³ De acuerdo con la División de Estadísticas de Naciones Unidas, son migrantes retornados lo que “(...) retornan a su país de origen después de haber sido inmigrantes (sea por un período corto o largo) en otro país y que tratan de quedarse en su país por un año al menos (...)”, según United Nations Statistics Division (UNSD): Recommendations on Statistics of International Migration, revision 1, United Nations, New York, 1998, p. 95. Disponible en http://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesM/SeriesM_58rev1E.pdf. Aunque se obvio, el retorno forzoso, en sus distintas formas, queda fuera de este concepto y prefiere denominarse expulsión.

⁸⁴ OCDE: “The employment of foreigners: outlook and issues in OECD countries”, capítulo 5 en OCDE: Employment Outlook, June 2001.

el hecho de que su empleo es mucho más volátil que el de los trabajadores autóctonos porque están sobrerrepresentados en las ramas de actividad más sensibles al ciclo económico (construcción o servicios), porque es mano de obra poco cualificada y porque, además, suelen encuadrarse en las categorías socioeconómicas más frágiles⁸⁵.

Lo que resulta indudable es que el retorno está presente en todos los procesos migratorios. Y es que, aunque existe una tendencia al establecimiento más o menos permanente, las intenciones iniciales de la gran mayoría de los inmigrantes son las de retornar en un plazo breve de tiempo. Siempre hay, por tanto, una cierta proporción de retorno, aun cuando no se esté dando ninguna situación de crisis económica como la actual. Pero establecer las dimensiones del retorno no es fácil, porque este es un aspecto sobre el que existe una lamentable pobreza de estadísticas. No obstante, un estudio de la OCDE señala que, dependiendo de los países de destino, entre un 20% y un 50% de los inmigrantes abandonan el país en los cinco primeros años de su llegada, sea para volverse a su país de origen o para migrar a otro destino⁸⁶. Con todo, el análisis estadístico del retorno tiene muchas dificultades. Evidentemente se cuenta con los datos de los programas de retorno asistido, pero tales programas sólo representan una ínfima parte del retorno que se produce: la gran mayoría de las personas que regresan lo hacen “por su cuenta”, sin acogerse a ningún tipo de programa especial, es decir, se trata de retornos espontáneos.

La política de retorno (voluntario) de inmigrantes no sólo se ha promovido desde las autoridades competentes españolas sino también por las europeas. En este sentido, la Decisión nº 575/2007/CE, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del Programa General “Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios” determina como objetivo primordial la promoción de la gestión integrada del retorno a nivel nacional que se centre en retornos efectivos y sostenibles mediante una variedad de medidas y alienta a los Estados miembros a dar preferencia al retorno voluntario frente al forzoso, dado que responde mejor al interés, tanto de un retorno digno de las personas, como al de las autoridades de los países de acogida.

El retorno (voluntario) en los mecanismos de gestión de flujos migratorios laborales de carácter temporal también puede garantizarse por medio de incentivos y esta ha sido una de las opciones elegidas por España. Así, el contingente de trabajadores extracomunitarios previsto para actividades de temporada, sobre todo agrícola, ha tenido un elevado éxito de retorno porque los trabajadores que retornaban en los plazos previstos tenían preferencia para volver en la campaña siguiente. Para demostrar que habían vuelto a su país acabada la

⁸⁵ Más detalles en Cachón Rodríguez, L.: “La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea”, Cuadernos Europeos de Deusto, nº 36, 2007, p. 93.

⁸⁶ SOPEMI: *International Migrations Outlook*, Annual Report, OECD, Paris, 2008.

campana agrícola (y el contrato que tenían) debían presentarse en el consulado español de ese país en el plazo de un mes⁸⁷.

Pero, también existe el retorno de inmigrantes que se habían establecido por un tiempo (más o menos largo) en España y que, antes de la crisis, tenía ya dimensiones importantes, aunque sea un fenómeno bastante desconocido. Una pequeña parte de este retorno es el que ha venido produciéndose con la ayuda del programa humanitario gestionado por la Organización Internacional de las Migraciones (en adelante, OIM) y otras organizaciones sociales (como Cruz Roja Española, ACCEM, CEPAIN, MPDL y AESCO), pero el retorno más importante es el que podríamos llamar “ordinario”, el que responde a decisiones de los propios inmigrantes que, por una u otra razón, optan por marcharse.

El término genérico utilizado a escala internacional es el de “retorno voluntario asistido”. Pero lo importante es que se trata de retorno asistido, es decir, que los inmigrantes que quieren retornar (y cumplen las condiciones para acogerse a esos programas) reciben determinadas ayudas para poder efectuar el retorno⁸⁸. La OIM es la organización que está gestionando buena parte de los programas de retorno asistido que están en funcionamiento en distintos países. Los beneficiarios son personas que optan por retornar pero no tienen medios para hacerlo, y el tipo de ayuda que se les presta depende de los países, es decir, de los acuerdos que la OIM tenga con los diferentes gobiernos. En unos casos la ayuda sólo sirve para sufragar el viaje, en otros puede haber alguna ayuda económica para restablecerse en su país, o cierto apoyo organizativo en el país de origen, así como información o incluso actividades formativas. El retorno asistido es valorado positivamente por las organizaciones internacionales ya que ha demostrado ser una estrategia eficaz para organizar el regreso, puesto que se presta asistencia a los migrantes desde el momento que salen del país de destino y a lo largo de su reintegración en el país de origen, permitiendo así que las personas reciban asesoramiento en materia de sus derechos, responsabilidades y opciones para que puedan tomar una decisión informada y beneficiarse

⁸⁷ Sistemas similares funcionan también en otros países. En Francia existe un programa parecido desde 2006 para trabajadores de temporada con contratos inferiores a seis meses: si retornan a su país en el plazo previsto tienen relativamente asegurada su contratación en la temporada siguiente. En Italia, por ejemplo, después de dos contratos de temporada sucesivos en los que el retorno se ha producido correctamente se les ofrece la posibilidad de solicitar un permiso estable. Más detalles en Cachón Rodríguez, L.: “La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 188.

⁸⁸ Programas de esta naturaleza los hay en muchos países receptores de inmigración, y en algunos funcionan desde hace varias décadas (por ejemplo en Alemania). En algunos casos son programas dirigidos a inmigrantes en situación irregular y en otros se dirigen a todos, independientemente de su situación administrativa. Cuando los inmigrantes están en situación irregular, el retorno asistido puede ser algo acordado entre ellos y las entidades que los asisten, pero también puede responder a una oferta hecha por la policía como alternativa a la expulsión, en cuyo caso queda en entredicho su carácter voluntario.

del apoyo financiero y logístico de uno de los países concernidos o de otro interlocutor nacional o internacional⁸⁹.

En España se cuenta con dos programas de retorno asistido que se gestionan con fondos públicos. Uno que funciona desde 2003, en el que intervienen diversas organizaciones pero fue impulsado inicialmente por el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Organización Internacional para las Migraciones (2.3.1.), y otro puesto en marcha en 2008, coincidiendo con la crisis económica, que facilita el retorno de trabajadores extranjeros en paro con derecho a prestación por desempleo (2.3.2.).

2.3.1. El Programa humanitario de retorno asistido

El primero de los programas de retorno asistido existentes en nuestro país en el Programa de Retorno Voluntario de Inmigrantes desde España (PREVIE) y, como se ha avanzado, está gestionado por la OIM. Se puso en marcha con la firma de un convenio, en julio de 2003, entre el Ministerio de Trabajo y la OIM. Desde ese año ha funcionado con fondos aportados anualmente por el Ministerio, pero también ha recibido el apoyo de la Generalitat de Cataluña y de la Comunidad de Madrid. Con anterioridad a esta fecha se venían desarrollando acciones de apoyo al retorno voluntario mediante subvenciones a distintas ONGs. Actualmente, además de la OIM hay otras organizaciones, como Cruz Roja, ACCEM, Rescate, MPDL o Cáritas, que también gestionan retornos en base a este programa, y además algunas de estas tienen programas propios similares.

Por medio de este programa, a los inmigrantes se les aporta información y orientación sobre el retorno, ayuda en la tramitación de la documentación necesaria para el retorno, billetes de viaje, una pequeña cantidad de dinero de bolsillo para el viaje, la posibilidad de ayuda económica para la reintegración en el país de origen y, finalmente, la posibilidad de seguimiento sobre su reinserción en el país de origen. En el plano económico esto se ha concretado en el pago del billete, ayuda económica de viaje y la aportación de 400 euros de ayuda por persona hasta un máximo de 1.600 euros por familia para gastos de reinstalación en su país.

Los inmigrantes a los que va dirigido ese programa son personas que han de llevar en España más de seis meses y se encuentran en situación de vulnerabilidad social, lo que debe probarse por medio de la presentación de un informe de los servicios sociales del ayuntamiento en el que residen (o en su defecto de una ONG especializada). La voluntariedad del retorno, por otra parte, debe ser manifiesta, por lo que se les exige la firma de un impreso de voluntariedad.

⁸⁹ OIM: Consultas Informales Relativas al Diálogo Internacional sobre la Migración, 2009, p. 2. Disponible en http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/mainsite/about_iom/es/IC/26_Feb_2009PM/IC_2009_1.pdf

Por lo que se refiere al perfil de las personas que en estos años se han acogido al programa, la OIM dice que se trata, en su inmensa mayoría, de inmigrantes en situación irregular; personas que vinieron en busca de oportunidades laborales pero no les fueron bien las cosas, ni en el plano laboral ni en su intento de obtener “papeles”. También dice que en buena proporción son personas que habían dejado a sus hijos en su país de origen. Se trata, en definitiva, de un programa de carácter humanitario, que no tiene nada que ver con la actual situación de crisis económica que ahora se está viviendo. A él ya se acogía gente antes del inicio de la crisis (desde el 2003 el total de retornados es de 10.220⁹⁰), porque siempre hay personas en situación de vulnerabilidad que merecen la atención de los poderes públicos. La importancia del programa no está en si reduce o no nuestro actual número de desempleados, sino en su capacidad para resolver situaciones concretas de personas vulnerables. Pero de lo que no cabe duda es que la crisis ha aumentado el número de estas personas y ha llevado a que este programa cobrara mayor importancia. Como puede apreciarse en el cuadro II, en 2007 hubo incremento de retornados, pero ello no se debió a la crisis sino al aumento de financiación del programa, lo que llevó a que se resolviesen muchas de las solicitudes que se arrastraban de años anteriores. En cambio en 2008 sí se manifestó con claridad el efecto de la crisis, dando lugar al fuerte incremento. No es un número alto, como no lo suele ser en ninguno de los demás países receptores de inmigración que tienen programas similares, pero su importancia estriba en la gravedad de la situación que padecen las personas que pueden beneficiarse del programa.

CUADRO II: Inmigrantes acogidos al programa de retorno voluntario de atención social⁹¹

Año	Total	Inmigrantes	Solicitantes de asilo	% Vertical
2003	604	565	39	5,90%
2004	1.176	1.136	40	11,50%
2005	928	866	62	9,10%
2006	958	911	47	9,40%
2007	1.184	1.125	59	11,60%
2008	1.821	1.493	328	17,80%
2009 ⁹²	3.549	n.d.	n.d.	34,70%
TOTAL 2003-2009	10.220	n.d.	n.d.	100,00%

⁹⁰ Según datos de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración

⁹¹ FUENTE: MTIN, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, disponibles en Red Europea de Migraciones: Programas y Estrategias referentes al retorno asistido y reintegración de los emigrantes en terceros países, España, Septiembre 2009, p. 59. http://extranjeros.mtin.es/es/RedEuropeaMigraciones/Estudios_monograficos/

⁹² Datos a 3 de diciembre.

2.3.2. El Programa de retorno para trabajadores extranjeros desempleados con derecho a prestación contributiva por desempleo

A diferencia del anterior, el segundo de los programas de retorno asistido previsto sí que está estrechamente relacionado con la actual situación de crisis económica, ya que surge a finales de 2008⁹³, cuando ya se percibe un fuerte incremento del paro entre los inmigrantes. El Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, convalidado posteriormente por el Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre⁹⁴, crea una nueva modalidad de abono de la prestación por desempleo denominada “modalidad de pago anticipado y acumulado de la prestación por desempleo a favor de los trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen”.

En realidad esto no es más que una nueva ampliación de la conocida como “prestación de pago único”, que en determinadas circunstancias prevé la posibilidad de que, trabajadores que solicitan o se encuentran percibiendo la prestación contributiva por desempleo puedan percibir de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente de recibir⁹⁵. Si bien, en este caso, la intención del legislador es favorecer la reinserción laboral y profesional de los trabajadores desempleados en sus países de origen, a la par que favorece el desarrollo de tales países con el retorno de una mano de obra cualificada y experimentada.

Grosso modo, esta prestación presenta dos elementos innovadores respecto de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único general prevista en el Real Decreto 1044/1985 como medida de fomento del empleo autónomo: por un lado, se dirige en exclusiva a trabajadores extranjeros no comunitarios en situación de desempleo y, de otro, se condiciona a la decisión de retornar voluntariamente a su país de origen⁹⁶.

Para acogerse a este programa se han de cumplir algunos requisitos, concretamente los cinco siguientes (art. 2 RD 1800/2008):

⁹³ En relación con este, la Resolución de 11 de marzo de 2010, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convocan subvenciones para el retorno voluntario de personas inmigrantes.

⁹⁴ En su momento sorprendió que esta nueva prestación por desempleo se aprobase por la vía de urgencia bajo el argumento contenido en la exposición de motivos del RDL 4/2008 de que la medida requiere que se haga con carácter inmediato ya que la demora en su aplicación podría ocasionar que la misma no fuera efectiva en muchos casos y, sin embargo, a la hora de ser aplicada se demorase su puesta en marcha casi dos meses hasta la aprobación del RD 1800/2008.

⁹⁵ Fernández Orrico, F.J.: “Un año de vigencia de la prestación por desempleo para trabajadores extranjeros que retornan a sus países”, RL, nº 14, 2009, p. 104. *Vid.* también Mercader Uguina, J.R. y Gimeno Díaz de Atauri, P.: “La capitalización de la prestación por desempleo”, RMTIN, nº 89, 2010, pp. 157 y ss.

⁹⁶ El art. 1 del RD 1800/2008 que desarrolla el RDL 4/2008 entiende por país de origen el que corresponda con la nacionalidad del trabajador.

- a) Estar inscritos como demandantes de empleo en el SPE correspondiente;
- b) Hallarse en situación legal de desempleo como consecuencia de la extinción de la relación laboral por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 LGSS;
- c) Tener reconocido el derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo⁹⁷, sin compatibilizarlo con un trabajo a tiempo parcial⁹⁸;
- d) Asumir el compromiso de retornar a su país de origen y el de no retornar a España en el plazo de tres años para residir y/o realizar una actividad lucrativa o profesional por cuenta propia o ajena⁹⁹;
- e) No estar incurso en los supuestos de prohibición de salida del territorio nacional previstos en la legislación de extranjería, bien por encontrarse incurso en un procedimiento judicial por la comisión de delitos en España, ser condenados por la comisión de delitos en España a pena de privación de libertad y reclamados, o reclamados y detenidos para ser extraditados por los respectivos países o cuando padezcan enfermedad contagiosa que imponga la inmovilización o el internamiento obligatorio en establecimiento adecuado.

Como puede apreciarse, el tercero presume los dos anteriores dado que para ser merecedor de una prestación por desempleo se exige, entre otros requisitos, encontrarse inscrito como demandante de empleo así como en situación legal de desempleo. En suma, se entiende que los trabajadores extranjeros que quieran acceder a tal prestación por desempleo deben ser actualmente perceptores de la prestación contributiva por desempleo o ser solicitantes con derecho a la misma que tengan reconocido el derecho. No basta, por tanto, con encontrarse en paro sin derecho a la prestación contributiva por desempleo, ni con ser perceptores del subsidio por desempleo total o parcial en cualquiera de sus modalidades.

Al inmigrante que solicita esta prestación por desempleo se le abona la prestación de forma acumulada y en dos partes: la primera, un 40%, le es abonada en España en el momento en que su solicitud es concedida, y la segunda,

⁹⁷ Están excluidos de la cotización por desempleo y de la prestación por tal contingencia, y, por tanto, de la aplicación de esta modalidad, según la D.A. decimotercera del RD 2393/2004: a) quienes tengan autorización para investigación o estudios y tengan tarjeta de estudiante extranjero, b) quienes tengan autorización como trabajadores transfronterizos y c) quienes tengan autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.

⁹⁸ En estos casos y dado que el trabajador extranjero tiene un empleo, aunque lo sea tiempo parcial, no parece tener sentido el que se le incentive a abandonarlo.

⁹⁹ Téngase en cuenta que esto afecta también a los familiares dependientes, de modo que quienes hubiesen sido reagrupados por el solicitante, y aún no tuviesen una autorización de residencia independiente, perderán también su derecho de residencia. Por otro lado, téngase en cuenta que no habría inconveniente para realizar en España estancias breves de hasta 90 días que no tendrían la naturaleza de residencia (art. 30.1 LOEX), por motivos familiares o de turismo, entre otros.

el 60% restante, se le abona en su país de origen en un plazo de 30 días después de haber percibido el primer abono, lo que ha de probar compareciendo personalmente en la representación diplomática u oficina consular española (art. 5.5. RD 1800/2008).

Pero es que, además, entre las circunstancias objetivas que debe cumplir el trabajador extranjero para ser beneficiario de esta prestación destaca la de que se trata de nacionales de países con los que España tenga suscrito un convenio bilateral en materia de Seguridad Social. La mayor parte de los países latinoamericanos y centroamericanos de los que se reciben flujos migratorios significativos lo tienen convenio: es el caso de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Méjico, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, pero no Bolivia, país del que se han recibido intensos flujos migratorios en los últimos años. También lo tiene, Túnez y Marruecos, pero éste es el único país africano que tiene suscrito un convenio lo que supone que quedan excluidos algunos países subsaharianos de los que hay contingentes significativos de inmigrantes. De los países asiáticos sólo lo tiene Filipinas, lo que implica que tampoco pueden acogerse chinos y paquistaníes. Y de la Europa del Este lo tienen la Federación Rusa y Ucrania. Los nacionales de países de la Unión Europea no pueden acogerse, por lo que están excluidos los rumanos, el grupo inmigrado más numeroso que hay en estos momentos en España¹⁰⁰.

No obstante, el RDL 4/2008 permite que el MTIN extienda también esta modalidad de abono acumulado de la prestación por desempleo a los trabajadores extranjeros de otros países, sin convenio bilateral en materia de Seguridad Social, siempre que se considere que dichos países cuentan con mecanismos de protección social que garanticen la dispensa de una cobertura adecuada o en atención a otras circunstancias específicas que puedan concurrir en las países de origen o en los propios solicitantes. En cualquier caso, el RD 1800/2008 no aclara nada en este sentido lo que pudiera inducir a pensar que existe un alto nivel de discrecionalidad en estos casos que podría elevar el riesgo de arbitrariedad en las concesiones de la prestación¹⁰¹.

¹⁰⁰ Ni apátridas ni quienes tengan doble nacionalidad, como se verá a continuación.

¹⁰¹ Fernández Orrico, F.J.: “Un año de vigencia...”, op. cit., p. 113.

CUADRO III: Solicitudes recibidas de abono anticipado de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros que retornan a su país de origen¹⁰²

Países con convenio	TOTAL	Países sin convenio	TOTAL
	8.928		71
Andorra	3	Angola	2
Argentina	873	Argelia	1
Australia	5	Bolivia	39
Brasil	484	Brunei	4
Canadá	1	China	2
Chile	387	Congo	2
Colombia	1.602	Cuba	2
Rep. Dominicana	70	Dominica	1
Ecuador	3.922	Egipto	2
Estados Unidos	12	Ghana	1
Filipinas	13	Guinea	1
Marruecos	26	Honduras	1
Méjico	29	India	3
Paraguay	177	Israel	2
Perú	757	Nepal	1
Federación Rusa	37	Omán	1
Ucrania	109	Panamá	1
Uruguay	329	Polinesia Francesa	3
Venezuela	82	Senegal	1
No consta	10	Surinam	1

El programa se gestiona desde el SPE, pero con él colaboran otros departamentos ministeriales y centros directivos, como la Dirección General de Integración de los Inmigrantes de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, que financia ayudas complementarias de viaje. Estas ayudas se gestionan a través de organizaciones sociales colaboradoras con medidas de apoyo, como son el pago del billete desde España al país de origen del inmigrante, la concesión de una ayuda de 50 euros por cada uno de los miembros de la unidad familiar que retornen y la cobertura de otros gastos que pudiese ser necesaria.

Las organizaciones que desde diciembre de 2008 están dando información sobre este programa señalan que si bien son muchas las personas que se interesan por él, no tantas optan por iniciar la solicitud. Hay varios aspectos

¹⁰² Según datos acumulados a 30/11/2009. FUENTE: MTIN, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, disponibles en Red Europea de Migraciones: Programas y Estrategias referentes al retorno asistido y reintegración de los emigrantes en terceros países, España, Septiembre 2009, p. 59. http://extranjeros.mtin.es/es/RedEuropeaMigraciones/Estudios_monograficos/

que explican el retraimiento de muchos inmigrantes. Uno de ellos es que su derecho a prestación por desempleo puede estar limitado a pocos meses y, por tanto, la cantidad acumulada a percibir ser insuficiente para iniciar cualquier proyecto en su país de origen. Otro es que ven tan mal la situación en su país que no creen poder salir adelante retornando allí. Pero el principal motivo de retraimiento es la pérdida del derecho de residencia. Se resisten a perder algo que tanto les ha costado obtener y que tanta importancia ha tenido en sus vidas. También es preciso tener en cuenta que hay quienes querrían retornar y que tratan de acogerse a ese programa pero no pueden por haber adquirido ya la nacionalidad española y ser, por tanto, tener doble nacionalidad lo que ocurre principalmente con latinoamericanos, que, por las facilidades que tienen para adquirir la nacionalidad, son los que mayor proporción de personas tienen en esta situación.

Aun así, hay determinado número de inmigrantes que se acogen al programa. Desde las organizaciones implicadas se señala que quienes se acogen son personas, o familias, que ya tenían cercana la perspectiva del retorno. Como puede apreciarse en el cuadro IV, se registraron algo más de 9.000 solicitudes, de las que se aprobaron un total de 6.767 (*vid.* Cuadro IV). Entre los solicitantes, el grupo mayoritario era el de ecuatorianos, que sumaba casi la mitad de las solicitudes, seguidos por colombianos, argentinos y peruanos (*vid. supra* cuadro III).

CUADRO IV: Plan de retorno voluntario para trabajadores extranjeros desempleados con derecho a prestación contributiva por desempleo¹⁰³

	Solicitudes registradas	Solicitudes tramitadas				Solicitudes Pendientes ¹⁰⁴
		Total	Aprobadas	Denegadas	Otras ¹⁰⁵	
TOTAL	9.114	8.928	6.767	398	1.763	186

Para concluir, sólo apuntar que las explicaciones que han acompañado a la aparición de medidas como ésta toman como excusa la actual coyuntura económica en general, pero también en la precaria situación económica del sistema español de Seguridad Social, sobre todo por la sobrecarga de futuras prestaciones que podrían suponer un peligro de quiebra de dicho sistema. Y es que la creación de este tipo de incentivo dirigidos a los trabajadores extranjeros con

¹⁰³ Según datos acumulados a 30/11/2009. FUENTE: MTIN, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, disponibles en Red Europea de Migraciones: *Programas y Estrategias referentes al retorno asistido y reintegración de los emigrantes en terceros países*, España, Septiembre 2009, p. 59. http://extranjeros.mtin.es/RedEuropeaMigraciones/Estudios_monograficos/

¹⁰⁴ Expedientes pendientes por falta de documentación o correspondientes a países sin convenio bilateral de Seguridad Social.

¹⁰⁵ Expedientes objeto de renuncia.

derecho a prestación por desempleo tiene, en realidad, como objetivo indirecto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados nacionales que ven incrementadas sus opciones con el retorno a sus países de origen de los desempleados extranjeros. Es cierto que, en teoría, esta nueva prestación por desempleo presenta tres ventajas, a saber, favorece la reinserción laboral y profesional en los países de origen de los inmigrantes retornados, fortalece el desarrollo de estos países con el retorno de trabajadores cualificados y experimentados y refuerza las relaciones entre ambos Estados; pero en modo alguno garantiza las posibilidades de empleo autónomo del retornado en su país.

En suma, pretende ser una medida bienintencionada en el sentido de que persigue lograr un alivio de la situación actual al tiempo que favorece el retorno de los trabajadores extranjeros con pocas expectativas de trabajo. No obstante, es importante percatarse de que, ante la llegada de la crisis financiera y económica, se ha dado un giro de 180 grados para cambiar las líneas maestras seguidas hasta el momento respecto de la integración de los trabajadores inmigrantes para adoptar, ahora y con esa excusa, medidas que intentar incitar a la salida de España del referido colectivo.

UNA IMPRESCINDIBLE REFORMA EN EL SISTEMA DE PENSIONES: LA PENSIÓN DE VIUDEDAD, “SU ESTADO DE NECESIDAD HACIA LA DEPENDENCIA Y SUS DERIVADOS”

ANTONIO VALENCIANO SAL

*Doctorando del Departamento del Derecho del Trabajo
y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

EXTRACTO

Palabras Clave: Pensión de viudedad, propuesta de reforma

El objeto de este estudio no es otro que plasmar el análisis de una evolución histórica plagada de reformas en materia de viudedad. Del estudio de cada uno de los períodos puede inferirse que la pensión de viudedad ha ido desconfigurándose hasta la actualidad si tenemos en cuenta el objeto por el que fue creada. No obstante, el estudio pretende reflejar las posibilidades de la materia mediante una serie de propuestas que pueden ser estudiadas obedeciendo a una posible futura reforma.

El estudio, siempre persiguiendo la máxima actualidad, incorpora las últimas novedades reformistas en materia de viudedad: por un lado, las conclusiones del informe sobre el seguimiento del Pacto de Toledo, y por otro, el texto aprobado por el Ejecutivo recientemente.

A lo largo de las líneas que componen este texto, se abordarán ambas reformas con la mayor exhaustividad, estando a lo acordado en lo expuesto a lo largo del estudio.

ABSTRACT

Key Words: Pension of widowhood, reform

The object of this study is not other one that to form the analysis of a historical evolution riddled with reforms as for widowhood. Of the study of each one of the periods there can be inferred that the pension of widowhood has gone desconfigurándose up to the current importance if we bear the object in mind for the one that was created. Nevertheless, the study tries to reflect the possibilities of the matter by means of a series of offers that can be studied obeying a possible future reform.

The study, always chasing the maximum current importance, it incorporates the last innovations reformists as for widowhood: on the one hand, the conclusions of the report on the follow-up of the Agreement of Toledo, and for other one, the text approved by the Executive recently.

Along the lines that compose this text, both reforms will be approached by the major exhaustividad, being to reminded in exposed along the study.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN ESPAÑA
3. LEGISLACIÓN VIGENTE
4. LA REFORMA DE LAS PENSIONES DE 2011
5. EUROPA Y LA PENSIÓN DE VIUEDAD
6. ALTERNATIVAS Y PROPUESTAS
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La pensión de viudedad se originó como respuesta a una nueva contingencia que los Estados debían cubrir a causa de la desprotección que provoca el fallecimiento del miembro de la familia que sostiene la economía familiar, o lo que es lo mismo, la muerte de la única fuente de ingresos. Esta materia comienza regulándose en nuestro país con la Ley de Bases de 1963, aunque el verdadero origen, como veremos más adelante, los encontraremos en el derecho internacional de la mano del Convenio número 102 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante O.I.T.). Ambas normas entendían y así lo reflejaban, que para tener acceso a la pensión de viudedad, debía existir una relación de causalidad entre el fallecimiento del cabeza de familia y por tanto, la ausencia de ingresos en el núcleo familiar, con una situación que impida la subsistencia desde una perspectiva económica de los miembros de la familia sobreviviente.

A lo largo de los años se han ido reformando la pensión de viudedad y este tinte de necesidad que dotaba de total sentido a la pensión de viudedad, como consecuencia de su progresiva transformación en “objeto de consenso y conflicto entre las fuerzas políticas y sociales”, ha provocado que nos encontremos ante la creación de una nueva contingencia, que ya no nace como consecuencia de una situación de necesidad, sino, debido a la adquisición de un nuevo estado civil. A esto, debo añadir una reflexión que parece oportuna en relación al objeto real de la pensión de viudedad que dice literalmente así: “La falta de exigencia legal de estar en una situación de penuria real explica que, salvo excepciones, las prestaciones por muerte y supervivencia se puedan percibir con independencia del nivel de rentas del beneficiario o de la relación de dependencia económica existente entre causante y perceptor de la pensión. Por tales razones, no puede extrañar que la reforma de la pensión de viudedad haya sido un objetivo recurrente en los programas de política social, en los distintos institutos del Diálogo Social, y, a resultas de unos y otros, de los Acuerdos para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social”¹.

¹ Susana Rodríguez Escanciano. “La pensión de viudedad: nuevas perspectivas”. Actualidad Jurídica Aranzadi número 771/2009. Ed. Aranzadi, SA, Pamplona. 2009.

La situación cobra gravedad no solo por la posible insuficiencia de liquidez para afrontar el pago de las pensiones de aquellos que a día de hoy siguen en activo en el mercado laboral, sino porque se está dando un uso a la pensión de viudedad que no se encuentra en armonía con su verdadero objetivo, no olvidemos, el objetivo por el cual se creó, ya que dichas pensiones están destinadas, como comenté en líneas anteriores, a cubrir “situaciones de necesidad” y no como ocurre en la actualidad, ya que los verdaderos perceptores son los que se encuentren en un concreto y determinado “estado civil”, que no necesariamente alberga una situación de necesidad, cosa que parece de difícil comprensión para nuestro legislador, o en su defecto, parece una decisión costosa en materia política. A ello se suma la creación y expansión de los instrumentos legales e institucionales para favorecer los sistemas “complementarios” privados de pensiones. Esta falta de coherencia no provoca otra cosa que un trato discriminatorio para aquellos que necesitan la protección que puede ofrecerle nuestro sistema de pensiones a favor de otros que sin encontrarse en un estado de necesidad, la propia legislación les sitúa en un mismo asiento.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN ESPAÑA

Debido a que el objeto de este estudio es analizar en profundidad la pensión de viudedad, y sobre todo, para poder reflexionar sobre un tema tan conflictivo como el que trataré a lo largo de este texto, parece conveniente hacer un recorrido por la evolución histórica, haciendo mayor hincapié en los hitos más representativos de una de las pensiones más importante de nuestro sistema de seguridad social, que no es otra que la pensión de viudedad.

La pensión de viudedad ha sufrido una radical mutación debido a la transformación de las pautas sociales y sobre todo al cambio del estereotipo de viudas que nuestra sociedad española ofrece. “En un breve lapso de tiempo ha pasado de considerar típica a la que podríamos denominar *viuda lorquiana*, sin estudios, habitante de un pueblo cerrado, con numerosos hijos, dedicada toda la vida al hogar, a ver erigirse en típica aquella otra *viuda urbana*, con estudios y empleo retribuido, capaz de enfrentarse a la vida a pesar de su desgracia. Con las viudas comienza a producirse una situación parecida a la de los desempleados, pues si tienen más de cincuenta años va a ser difícil, aunque no imposible, hallarles en empleo, mientras que por debajo de esa edad comienza a ser factible en nuestro país reinsertarlas en el mundo laboral si se les proporciona la orientación y formación adecuadas”.² Estas líneas describen a modo de resumen la situación en la que se encuentra en la actualidad la pensión de viudedad. La descripción encaja a la perfección con lo que decía en líneas supe-

² Antonio Ojeda Avilés. “Reformulación de la pensión de viudedad” – Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS) – Publicación extraordinaria de Seguridad Social.

riores, esto es, que la regulación de la pensión viudedad ha ido desfigurándose hasta perder la que en un principio fue su verdadera finalidad. El objetivo real y principal de esta modalidad de pensión no es otro que cubrir una contingencia concreta, un estado de necesidad producido por el fallecimiento del cónyuge, que entonces era la persona que sustentaba la economía familiar, o dicho de otro modo, era la única fuente de ingresos. Sin embargo, con el paso del tiempo ha ido desapareciendo la figura de “viuda lorquiana” para dar paso a un nuevo prototipo de viuda más urbana, formada, con estudios y preparada para estar en activo en el mercado laboral, es decir, para el trabajo retribuido. Por tanto, cabría preguntarse si debe seguir manteniéndose esta pensión de viudedad tal y como la conocemos actualmente, o, por el contrario, es necesaria una transformación en su estructura. En la misma línea, “la necesidad de una reformulación del régimen jurídico de la pensión de viudedad para, por un lado, mejorar la situación de las familias dependientes de la renta del fallecido y, por otro, adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales era ya una reivindicación reiterada e insistente, especialmente en los últimos años”.³

La pensión de viudedad da sus primeros pasos en el año 1955⁴, al incorporarse al seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI). A través de esta regulación se pretende solventar la situación de desamparo ante la que se encuentra la mujer en el momento del fallecimiento de su cónyuge, su única fuente de ingresos. Ya en el preámbulo del Decreto-Ley de fecha 02/09/1955 se le hace mención del siguiente modo: “Es oportuno subsanar cuanto antes una sentida necesidad, estableciendo pensiones de viudedad a favor de las viudas de trabajadores que ya vinieran percibiendo el Subsidio de Vejez o Invalidez”. El desarrollo de esta necesidad aparece regulado en el precepto número tres: “La Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez del Instituto Nacional de Previsión concederá con cargo a sus fondos una prestación a las viudas de los trabajadores beneficiarios del expresado Seguro, o de aquellos que hubieren tenido derecho a él, que fallezcan con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Decreto-Ley, siempre que reúnan las condiciones siguientes:

³ Daniel Toscani Giménez. “La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas”. Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF, núm. 302. Pág. 67. En la misma línea: Pérez Alonso, M.A., “La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social”, Valencia, 2002, págs. 221 y ss., De la Flor Fernández, M.L., “Régimen jurídico de la pensión de viudedad”, Sevilla, 2002, págs. 167 y ss., Blanco Raser, C., “la familia en el derecho de la seguridad social”, Pamplona, 2003, págs. 119 y ss., Panizo Robles, J.A., “La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura social pendiente”, Justicia Laboral, nº. 24, 2005, págs. 62 y ss. Y Almendros González, M.A., “La protección social de la familia”, Valencia, 2005, págs. 270 y ss.

⁴ Real Decreto de fecha 02/09/1955 por el que se establecen las prestaciones del SOVI (BOE de 23 de octubre).

- a) "Haber cumplido sesenta y cinco años de edad o encontrarse totalmente incapacitado para todo trabajo.
- b) Que no tenga derecho al Seguro de Vejez o de Invalidez.
- c) Que hubiese contraído matrimonio, por lo menos, con diez años de antelación a la fecha de fallecimiento del causante.
- d) Que hasta la fecha del fallecimiento del esposo hubiera convivido el matrimonio, y, en caso de separación, sólo se concederá la prestación cuando no se hubiese producido por culpa de la mujer".

De la redacción del mencionado artículo se infiere que la persona legítima para acceder a este tipo de prestación debe ser aquella que se encuentre en una situación económica dependiente.

En este Decreto-Ley se contemplan a las viudas que tengan cumplidos los 65 años de edad, es decir, la edad de jubilación ordinaria. Parece lógico el establecimiento de este requisito de edad para el acceso a una pensión vitalicia, ya que las viudas no se encuentran en edad de trabajar. En ausencia del requisito de edad, también pueden acceder a la pensión, quienes estén incapacitadas para el trabajo. Ambos supuestos tienen en común que la viuda se encuentra ante la imposibilidad de incorporarse al mercado laboral, necesitando así un ingreso aún siendo mínimos para su subsistencia.

Un segundo requisito es que no tengan derecho al Seguro de viudedad o de invalidez, o lo que es lo mismo, no se permite la compatibilidad con otro tipo de pensiones o prestaciones que puedan cubrir el estado de necesidad.

Como consecuencia de la época de la que hablamos, es incompatible además con un segundo matrimonio, ya que, según el momento histórico, se entiende que un segundo matrimonio supone un nuevo cónyuge, que proporcionará a la viuda una fuente de ingresos que cubriría la situación de necesidad. Matrimonio que para evitar fraudes, debe haber sido celebrado con diez años de antelación a la fecha de fallecimiento del causante. Este requisito, que como he mencionado en líneas superiores aparece como consecuencia del momento histórico, aún prevalece en la actualidad en la mayoría de los países europeos. Este requisito, como otros que iremos analizando posteriormente, sitúan a la pensión de viudedad como plataforma para fomentar la dependencia de unas personas respecto de otras, que en la mayoría de los casos se trata de la mujer.

A los requisitos de edad, incapacidad e incompatibilidad con otras prestaciones y con nuevas nupcias, debemos sumarle el de convivencia habitual.

A pesar de que alguno de los requisitos que constituyen la prestación, tienen un absoluto carácter retrógrado como acabo de comentar, también he de decir que la concesión de la prestación por viudedad se debía como he reflejado con anterioridad a una situación de necesidad concreta, que es la ausencia de ingresos que provenían del cónyuge fallecido que, reitero, no es otro que cubrir un estado de necesidad. Sin embargo, insisto, iremos viendo cómo a

medida que la pensión por viudedad va siendo reformada, ira desfigurándose hasta perder su sentido, el objetivo por el que fue creado.

La segunda etapa se abre con la Ley de Bases de 1963⁵, cuyo articulado se desarrolla en 1966, entrando en vigor en 1967. A lo largo de la norma puede observarse como divide la materia entre los preceptos que versan sobre: la pensión de viudedad (Capítulo III, Sección 1ª) y una nueva figura: el subsidio temporal de viudedad (Capítulo III, Sección 2ª).

En cuanto a la pensión de viudedad, la norma contempla los requisitos siguientes:

- a) Que la viuda hubiese convivido habitualmente con su cónyuge causante o, en su caso de separación judicial, que la sentencia firme la reconociese como inocente y obligase al marido a prestarle alimento.
- b) Que el cónyuge causante, si al fallecer se encontrase en activo o en situación asimilada al alta, haya completado el período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento, salvo que la causa de éste sea un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso no se exigirá este requisito.
- c) Que la viuda se encuentre en alguna de las situaciones siguientes:
 - Haber cumplido la edad de cuarenta años.
 - Estar incapacitada para el trabajo.
 - Tener a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad.

Del artículo se infiere que se mantienen los requisitos de convivencia y matrimonio al igual que el de la edad aunque éste se flexibiliza hasta los 40 años. En ausencia de éste, debemos atender al requisito de la incapacidad o tener a su cargo hijos del causante.⁶

Además, la norma da un paso más, regulando que podrán acceder a la pensión de viudedad, los viudos aunque en situaciones mucho más limitadas, debiendo concurrir los requisitos del apartado a) y b) del mismo precepto, los siguientes:

- Debe encontrarse al tiempo de fallecer su esposa, incapacitado para el trabajo.
- Y sostenido económicamente por ella.

Por otro lado, la norma regula de un modo novedoso, el subsidio temporal de viudedad en aquellos supuestos en los que la viuda reúna los requisitos de convivencia y el de período de cotización, siempre que no concurren los requisitos agravantes, con una duración máxima de 24 meses, tema que analizaré más adelante.

⁵ Orden de 13 de febrero de 1967. (BOE de 23 de febrero de 1967).

⁶ Estos tres últimos requisitos (edad, incapacidad o hijos) se denominarán de aquí en adelante: "requisitos agravantes".

De nuevo la Ley refleja claramente aunque no lo indique expresamente, que para acceder a una pensión de viudedad debe darse una situación de dependencia que desemboca en una situación de necesidad, mientras que en los supuestos en los que la viuda pueda trabajar por razón de edad y encontrándose apta para ello, tendrá derecho a una prestación temporal, pero no a la pensión vitalicia. De lo contrario, estaríamos ante una clara pretensión por parte del legislador por alejar a las viudas de mantenerse en activo en el mercado laboral, situación, que lejos de un criterio razonable, es en la situación que nos encontramos actualmente.

No obstante, esta nueva regulación de la pensión de viudedad va a marcar la diferencia respecto de la anterior, a través de una concesión que caracterizará gran parte de la problemática a la que debe enfrentarse en la actualidad la materia objeto de estudio. Se trata en concreto del artículo 10 que dice literalmente lo siguiente: “La pensión de viudedad será compatible con cualquier renta de trabajo de la viuda o con la pensión de vejez o invalidez a que la misma puede tener derecho”. De igual modo, el artículo 14 regula exactamente lo mismo para el subsidio temporal de viudedad.

Estos preceptos son la fuente de la concesión de la pensión de viudedad y del subsidio temporal de viudedad sin tener en cuenta el nivel de renta de las viudas, obviando que la gran mayoría de las viudas poseen un nivel de renta bajo y éstas obtendrán idéntica cantidad que aquellas que disponen de un alto nivel de renta. Algo que parece tan obvio como conceder una pensión o subsidio temporal en materia de viudedad superior a quienes tiene menor nivel de renta e incluso una ausencia de ésta, para así, proporcionar una menor cantidad a quienes más tienen, ha sido derogado por el legislador en el momento en que permite la compatibilidad con cualquier renta de trabajo, sin especificar límite alguno.

Según lo expuesto, puede decirse que la nueva legislación facilita el acceso a la pensión de viudedad en lo referente a la edad y en cuanto a la compatibilidad comentada, encontrándonos por tanto, ante el comienzo de la flexibilización de los requisitos. Ciertamente también, que las leyes analizadas constituyen un absoluto trato discriminatorio y de desigualdad entre hombres y mujeres, así como un claro vínculo con los cánones eclesiásticos del momento (y actuales, ya que son exactamente iguales). En este sentido es interesante hacer mención a la siguiente cita: “Los riesgos inherentes al modo en que está regulada la pensión de viudedad, mezclando planos patrimoniales, civiles y de protección social, cuando no incluso morales o de una determinada visión religiosa del área social a que se contrae la protección de esta contingencia lleva a dilucidar cuál es la razón de ser, la verdadera finalidad institucional de

la pensión de viudedad”⁷. Algo que no puede criticarse sin embargo a esta ley, es que alberga una serie de requisitos que dan sentido lógico y coherente a la finalidad de esta pensión, que no es otro que la dependencia económica del cónyuge fallecido para tener acceso a la pensión de viudedad, como ya he expuesto anteriormente, excepto una pequeña grieta que comienza a abrirse en materia de compatibilidad con otras posibles rentas.

A partir de este momento, vamos a ir viendo cómo la legislación que regula la pensión de viudedad va a ir desfigurando en mayor medida esta institución, eliminando la nota de dependencia económica del viudo y de la viuda que dota de sentido el otorgamiento de la pensión.

La tercera etapa se abre con la Ley 24/1972 de 21 de junio, que modifica la ley anterior según el artículo primero de la propia Ley. En su artículo cuarto, desaparecen para el acceso a la pensión de viudedad los requisitos agravantes, reconociendo la prestación a las viudas cualesquiera que sea su edad y capacidad para el trabajo y así como aunque no tengan a su cargo hijos habidos del causante. De ello se infiere que tan solo sobreviven los requisitos de matrimonio y convivencia. Tras esta Ley puede observarse cómo la pensión de viudedad sufre una completa desfiguración tal que la finalidad con la que se creó se ha transformado para dar paso a una pensión cuyo acceso no se debe a una situación de necesidad que surge como desaparición de la principal fuente de ingresos, sino que se concede tan solo por un estado civil: “la viudedad”.

Sin embargo, parece importante destacar la vertiente positiva de esta reforma; desaparición de la exigencia hacia la viuda de tener a su cargo hijos del causante. Este requisito, como veremos más adelante, fue incorporado ya por la legislación internacional, pero a mi juicio, será un obstáculo más, puesto que el legislador no debió en ningún momento mezclar la protección que debemos proyectar sobre la viuda, con la protección de los hijos. Si una misma pensión protege a la viuda y a los hijos, ¿Qué ocurrirá cuando los hijos sean económicamente independientes? ¿Rebajaremos entonces la pensión de la viuda? La realidad responde a esta cuestión con un rotundo no. En aquellos supuestos en que la viuda tenga a su cargo hijos del causante y éstos sean capaces de independizarse económicamente (regulando ciertos límites), la viuda seguirá percibiendo la misma cantidad. Por ello, parece más lógico proteger por un lado a la viuda, y por otro reforzar la de los hijos, y de este modo, cuando éstos alcancen una independencia económica, su prestación será retirada, subsistiendo tan solo la pensión destinada a la viuda. Esta situación que parece tan obvia, sigue manteniéndose en gran parte de los países europeos que no solo disponen una pensión de viudedad y una prestación de orfandad, sino que además comple-

⁷ Germán Barrerio González y M^a de los Reyes Martínez Barroso. “La pensión de viudedad a debate”. Actualidad Laboral, N^o 20, Sección Estudios, Quincena del 15 al 30 de Nov. 2006. Pág. 2418, tomo 2, Ed. La Ley.

mentan la primera en caso de que la viuda tenga a su cargo hijos del causante, como es el caso de nuestro país.

La cuarta etapa se abre con la Ley 30/1981, de 7 de julio, más conocida como la Ley del Divorcio. La Disposición Adicional Décima en su apartado tercero dice literalmente así: “El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos a prestaciones por razones de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o divorcio”.

De ello y de su posterior interpretación en 1986⁸ se infiere que la convivencia (*more uxorio*) no es un requisito necesario para el acceso a la pensión de viudedad. De ello, debemos entender que en ese momento el matrimonio es el único requisito necesario para la pensión de viudedad, descartándose así el requisito de la convivencia habitual, aún habiéndose producido separación o divorcio.

Por tanto, ha de entenderse en definitiva que queda establecida una triple vía para el acceso a la pensión de viudedad: “el matrimonio, la situación de separación, divorcio o nulidad, debiéndose establecer reglas de distribución de la pensión para los supuestos de supervivencia de más de un beneficiario y una tercera de vía de carácter transitorio, ya que la regla segunda de la citada disposición adicional, reconoce el eventual derecho a pensión del superstite de una unión de hecho que no hubiera contraído matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, en la que el divorcio era inexistente”⁹. (*Éstos y otros supuestos se tratarán más adelante: epígrafe Legislación vigente*).

La quinta etapa alberga su importancia en la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional vierte con su Sentencia 103/1983 de 22 de noviembre y la Sentencia 104/1983, de 23 de noviembre. Antes de analizar esta etapa, creo oportuno resumir en una línea cómo debe denominarse, a mi juicio este período temporal, cuya justificación argumentaré posteriormente: “La oportunidad del Tribunal Constitucional para devolver su sentido a la pensión de viudedad”. Ambas dotan a los viudos de plena igualdad de tratamiento respecto de las viudas a todos los efectos, y para verlo con mayor claridad, a continuación veremos aquellos fragmentos que contemplan dicha afirmación.¹⁰ Atendiendo, en primer lugar, a la Sentencia 103/1983, reconoce que “el derecho del

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Quinta de fecha 15 de julio de 1986.

⁹ María Luisa de la Flor Fernández. “Las reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia. ¿Una primera fase para su reformulación integral?”. Ed. Temas Laborales, nº 94/2008. Págs. 97-127.

¹⁰ La introducción del varón como beneficiario de la pensión de viudedad tuvo su origen en el Decreto de 22 de junio de 1956, Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo, aún con limitaciones.

viudo de sexo masculino está sometido a un condicionamiento adicional por el referido artículo 160.2 LGSS. Tiene derecho a la pensión si, además de concurrir los requisitos señalados para las viudas, al tiempo de fallecer la esposa causante de la pensión se encontraba incapacitado para el trabajo y estaba a cargo de ella.” (FJ SEGUNDO). Precisamente estas últimas exigencias son las que consecuentemente constituyen discriminación por razón de sexo, a su vez, contrarias al artículo 14 de la Constitución Española: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer la discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El precepto constitucional consagra por tanto, el principio de “igualdad ante la ley”, que según dice la propia sentencia: este principio “consiste en que las normas legales no creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias y consiste en el poder de poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para restablecer la igualdad rota”, a lo que añade: “la igualdad ante la Ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales”. (FJ QUINTO). Según lo expuesto, el Tribunal entiende “que el único factor diferencial de cada una de las situaciones jurídicas que el artículo 160 LGSS contempla en sus dos apartados es el sexo de la persona, viuda o viudo, lo que sitúa el precepto directamente en el marco del artículo 14 CE.” Por ello, si tenemos en cuenta que nos encontramos en el marco de dicho artículo al que debemos relacionar el artículo 41 de la Constitución Española: “los Poderes Públicos mantendrán un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantiza la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”, parece lógico que finalmente el Tribunal en su Fundamento Jurídico Séptimo indique lo siguiente: “la desigualdad del régimen jurídico de los apartados 1 y 2 del artículo 160 LGSS se presenta como contraria a los dictados de la CE. Por ello, para restablecer la igualdad se hace preciso declarar inconstitucional el apartado 2º del artículo 160, y el inciso del apartado 1º, donde dice, en femenino, “la viuda” pues sólo de este modo se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino”.

En el caso de la Sentencia 104/1983, el Tribunal Constitucional reitera su fallo en la misma línea, ya que entiende que la doctrina de la primera es enteramente aplicable, por tanto, comparte en su totalidad los argumentos que pueden esgrimirse de ella.

Respecto a dichas resoluciones judiciales cabe atender a la siguiente cita: “Cabe recordar que la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978 (LCEur 1979, 7) , en la que se contiene una prohibición antidiscriminatoria entre hom-

bres y mujeres en materia de Seguridad Social, permite, como excepción al principio de igualdad de trato, que se establezcan distintas condiciones en el acceso de los dos sexos a la pensión de viudedad, en la medida en que persistan las condiciones sociales que haga necesaria esa política de discriminaciones protectoras inversas a favor de la mujer.¹¹

Respecto a esta reforma de carácter jurisprudencial debemos volver a preguntarnos qué argumentos se tuvieron en cuenta para la creación de la protección a la contingencia objeto de estudio. De nuevo, parece importante recordar que la pensión de viudedad fue creada para situaciones de necesidad provocadas por el fallecimiento del cónyuge que era la principal fuente de ingresos, o como en la mayoría, la única. Esta figura históricamente ha estado identificada por la figura del sexo masculino, y por ello, éste tan solo tenía acceso a la pensión de viudedad si concurrían situaciones de invalidez o de dependencia económica. Si ante el Tribunal Constitucional, (y aquí plasmaré la argumentación en la que me baso para denominar a este período del modo que indiqué al inicio de la etapa), se plantea una posible situación de discriminación, el Tribunal no debió haber resuelto el conflicto con la respuesta más sencilla, sino utilizar los argumentos histórico-sociales para denegar la petición de igualdad para ambos sexos en materia de viudedad, o como alternativa, en mi opinión, más acertada, declarar la igualdad para el acceso a la pensión de viudedad para ambos sexos, exigiendo los requisitos que se le exigía al sexo masculino, (exceptuando como es lógico supuestos que debían mantenerse por el carácter de irretroactividad que a mi juicio debe aplicarse a este tipo de decisiones), pero en esta ocasión para todos los ciudadanos, sean hombres o mujeres. En mi opinión, era una oportunidad que el Tribunal Constitucional tuvo para volver a situar a la pensión de viudedad como subsidio ante situaciones de necesidad; oportunidad que según mantengo, desaprovechó para dar paso a la respuesta como dije anteriormente, más sencilla y menos comprometedora.

3. LEGISLACIÓN VIGENTE

Retomando la referencia puramente legislativa, debo hacer mención al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General de la Seguridad Social (B.O.E de 29 de junio) que constituye la sexta etapa.

En materia de viudedad, a través de la reforma del R.D.L 1/1994 se produce la refundición del texto del año 1974 y siguientes. Se trata sobre todo de la regulación a través del artículo 174.3 de un requisito asistencial cuando

¹¹ Faustino Cavas Martínez. “La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas para su reforma”. Ed. Aranzadi. Aranzadi núm. 14/2001, parte Tribuna.

dice literalmente así: “también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común...” El artículo aclara además qué entiende por ingresos cuando dice: “se considerarán ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.”

La siguiente etapa (séptima) se caracteriza por una Proposición de Ley encabezada por el Grupo Parlamentario Catalán, Convergència i Unió. Se planteó en primer lugar en el Pleno del Congreso de los Diputados, pero no será hasta el año 2003, una vez aprobados los Presupuestos Generales del Estado cuando Convergència vuelve a presentar su propuesta, consistente en que en caso de concurrencia de derecho a la pensión de viudedad y de una de las otras pensiones que componen el SOVI (vejez, invalidez) puedan ser compatibles entre sí el disfrute de las mismas, en lugar de obligatoriamente tener que optar por la que el beneficiario considere. Todo ello al parecer, según dice la propia exposición de motivos de la Ley que finalmente regulará esta materia “con el objeto de posibilitar un marco de debate, en sede parlamentaria, que permita eliminar la discriminación que recae sobre un numeroso colectivo de ciudadanos y ciudadanas”. Estamos hablando por tanto, de una flexibilización de incompatibilidades que abre las puertas a la compatibilidad en caso de concurrencia, de la pensión de viudedad con las pensiones de vejez e invalidez, tal y como ocurría en la Ley de Bases. La propuesta fue finalmente aprobada, regulándose en la Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social. (B.O.E del 7 de junio.).

No obstante, ha de aclararse que más que de “eliminación de discriminación”, deberíamos hablar de una mejoría o complemento de las pensiones de aquellas viudas (en su gran mayoría mujeres) que actualmente tienen una edad muy avanzada y una renta excesivamente baja. Con lo cual, no parece oportuno ser demasiado estricto con esta reforma, pues pretende ser una mejora como se dijo anteriormente frente a ciertas pensiones muy limitadas.

La octava etapa. Tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que configura la actual Pensión de Viudedad. Antes de comenzar con el análisis de esta reforma, parece acertado introducir alguna cita que brevemente nos resume el camino que la jurisprudencia parece hacernos seguir en esta materia. “Hasta la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, la exigencia

del vínculo matrimonial implicaba no reconocer la condición de beneficiarios de la pensión de viudedad a quien no lo tuviera legalmente establecido con el causante, conforme sentará de modo inconcuso la doctrina constitucional en varias resoluciones que culminarán en la decisiva sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 184/1990 de 15 de noviembre...la misma línea excluyente puede apreciarse durante ese período en la jurisprudencia ordinaria con relación a la existencia de distintas formas de convivencia fáctica en pareja, tales como la pareja de hecho homosexual (TSJ castilla y León de fecha 20 de enero de 1998), TSJ de Cataluña de fecha 27 de octubre de 1999 o la pareja casa por el rito gitano (TSJ de Madrid de fecha 7 de noviembre de 2002), que a efectos civiles, tiene consideración de pareja de hecho¹².

Hasta la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, el derecho a la pensión de viudedad de cónyuges históricos nacía automáticamente del vínculo matrimonial¹³.

Con el objeto de obtener una clara idea de lo que los Tribunales de nuestro país entendían sobre el acceso a la pensión de viudedad de los vínculos extramatrimoniales han obtenido su lugar en este estudio las citas mencionadas con anterioridad. En La reforma manifiesta a través de la Ley 40/2007 algunas singularidades que, como en etapas anteriores, deroga alguno de los requisitos que constituían lo que en un primer momento fue la mencionada pensión.

Asimismo, la reforma abre una tercera vía de acceso a la pensión de viudedad y por esta razón, parece de recibo analizar los requisitos necesarios para el acceso a la pensión de viudedad desde una triple perspectiva: en aquellos supuestos en los que exista un vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento del causante; cuando el vínculo matrimonial ya es pasado; y cuando el vínculo con el causante es puramente extramatrimonial (unión de hecho). Por tanto, la reforma se abre la posibilidad de acceder a la pensión desde diferentes estados o situaciones civiles: viudedad, separación, divorcio, nulidad y soltería.

1. Supuesto uniones de hecho: Debido a que se trata de una de las modificaciones más comentadas por la doctrina jurídica, pues dicha reforma se caracteriza por un espíritu absolutamente novedoso, comenzaré con la redacción de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, que abarca los requisitos para el acceso a la pensión de las uniones de hecho, contemplada como un

¹² Vicente Antonio Martínez Abascal. "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿Una equiparación inviable? (I- La evolución normativa en el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho. 1 –La exclusión del superviviente de las parejas de echo como beneficiario la pensión de viudedad. Pág. 1. Ed. Aranzadi. S.A. Pamplona. 2010.

¹³ José Fernando Lousada Arochena. "Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre". I. Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos y las leyes 40/2007, de 4 de diciembre y 26/2009, de 23 de diciembre. Pág. 1. Ed. Aranzadi Social num. 1/2010 (Estudio).

supuesto excepcional y transitorio que se extiende exclusivamente al supérstite de aquellas uniones de hecho que no pudieron obtener protección por viudedad porque el causante falleció con anterioridad a la ampliación subjetiva realizada por la presente Ley. (En este supuesto desaparece el requisito matrimonial).

La reforma constituye así, la introducción de las Uniones de Hecho como un nuevo supuesto para el acceso a la pensión de viudedad.

Así, el carácter de excepción mencionado en líneas anteriores, se infiere del apartado b) de dicha Disposición Adicional cuando expresa literalmente: “Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren los siguientes requisitos: b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia interrumpida como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste”.

Se trata por tanto, de la modificación para el acceso a la Pensión de Viudedad, pues se produce una ampliación de la protección al supérstite de las uniones de hecho que no pudieron obtener protección a través de la pensión de viudedad porque el causante falleció antes de la presente Ley. Así, uno de los requisitos más importantes que configuraban la pensión de viudedad en la Ley de 1955 (requisito del vínculo matrimonial) desaparece con la Ley 40/2007.

Con la entrada de la nueva Ley se reconoce por tanto, el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho, equiparando así dicho vínculo a las parejas matrimoniales a todos los efectos. Es preciso señalar sin embargo, a pesar de las críticas que hacia el legislador se han ido realizando, que no se trata tanto de una decisión unilateral por parte del legislador como de una consecuencia de resoluciones judiciales que han desembocado en la equiparación entre los diversos y distintos vínculos (matrimonial y extramatrimonial), tal y como refleja la Ley 40/2007.

Si he comenzado el estudio de esta etapa citando jurisprudencia que no compartían el criterio de acceso a la pensión de viudedad sin la existencia de un vínculo matrimonial, no es menos importante destacar que existen supuestos excepcionales en los que, atendiendo a decisiones judiciales basadas en la Ley 30/81 (Disposición Adicional Décima), han reconocido el acceso a la pensión de viudedad a las viudas que han mantenido convivencia con el causante sin antes haber contraído matrimonio, insisto, de modo excepcional.

Por lo expresado en el párrafo anterior, parece oportuno definir aquellos supuestos a los que se puede aplicarse igualmente la Disposición Adicional a pesar de la falta de exactitud y claridad de la Ley.

El primer supuesto, trata del acceso al reconocimiento de la pensión de viudedad ya que el causante murió el día anterior al de sus nupcias (TCT de fecha 31 de mayo de 1988).

En segundo lugar, se trata del reconocimiento al acceso de la pensión de viudedad ante ciertos signos que hacían presumir la existencia de matrimonio tales como la cartilla sanitaria, realización de compraventas como matrimonio o el empadronamiento (TSJ de Navarra de fecha 22 de mayo de 1997).¹⁴

Asimismo, el tercer supuesto, atendiendo a una línea más flexible, son diversas las resoluciones judiciales que han extendido el derecho de acceso a la pensión de viudedad incluso cuando el fallecimiento del causante se produjera con posterioridad a la aprobación de la Ley 30/81, siempre que concurra y subsista el impediente legal. Todo ello debe tenerse en cuenta que en un primer momento, los procesos de divorcio y formalización de un posterior matrimonio conllevaban una serie de trámites procesales y civiles que podrían obstaculizar la celebración del matrimonio antes del fallecimiento del causante por impedirse la legislación anterior a la Ley 30/81.

Y en cuarto y último lugar, encontramos el supuesto en el que se ha aceptado la aplicación de la Disposición, es en aquellos en los que la enfermedad del causante impidió iniciar los trámites para obtener el divorcio, incluso cuando la imposibilidad de contraer matrimonio derive de circunstancias no imputables a los convivientes, y si lo son a la Administración de Justicia, siempre que se haya presentado ante ésta la demanda de divorcio, incluso en los casos en que la muerte del causante se ha producido varios años después de la entrada en vigor de la Ley 30/81.

En base a estas resoluciones judiciales cabría entenderse, como afirmé en líneas anteriores que el reconocimiento a la pensión de viudedad a parejas extramatrimoniales no derivan de una decisión unilateral y repentina por parte del legislador, sino que se trata de legislar y regular aquello que la jurisprudencia ha ido reconociendo apoyándose en la excepción de la excepción.

Tras lo expuesto, parece acertado enjuiciar que ante la negativa por adaptar la pensión de viudedad a nuestra actualidad socio-jurídica (línea de pensamiento que he ido plasmando a lo largo de este estudio), parece obvio que el reconocimiento a la pensión de viudedad a parejas extramatrimoniales no falta en ningún caso a la razón, puesto que, según mantiene el profesor Martínez Abascal: "...negando la pensión de viudedad al superviviente de una unión extramatrimonial, quiérase o no, se provoca un doble efecto inducido que entra en el terreno de la discriminación indirecta. Primero, un efecto de fomento de la institución matrimonial mediante la pensión de viudedad, finalidad para la

¹⁴ Jurisprudencia extraída del estudio del Catedrático D. Vicente Antonio Martínez Abascal, anteriormente citado.

que esta prestación no fue en modo alguno concebida y que, por tanto, la desvirtúa. Y segundo, y derivado del anterior, un efecto disuasorio para convivir en uniones extramatrimoniales, que puede incluso violentar la conciencia de quienes convivan como pareja de hecho al inducirles a celebrar el matrimonio a fin de obtener la protección que brinda la pensión de viudedad”. Según lo dicho hasta ahora y con el objeto de no extenderme más de lo necesario en este supuesto, debemos señalar con ahínco que la Ley de nuevo no considera que la situación real de necesidad del beneficiario sea un requisito fundamental para el acceso a la pensión de viudedad, sino que mediante la reforma pretende una extensión a nivel subjetivo del precepto que permita acceder a la pensión. Ciertamente es que de este modo eliminamos una situación de discriminación y evitamos así el fomento normativo de contraer matrimonio cuya finalidad es asegurar al cónyuge superviviente una pensión. En contraposición a ello, calificando a mi juicio a esta reforma como “de carácter descafeinado”, no podemos olvidar que el objetivo principal del legislador debería ser proporcionar a quien se encuentre en una situación de necesidad real, sea cual sea la contingencia que haya producido esa situación y no, mantener prestaciones/pensiones que fomentan relaciones de dependencia inter-personales y posteriormente, dependencia entre personas y Estado. A mi juicio insisto, es necesario que de forma progresiva vayan desapareciendo dichas relaciones de dependencia y con mayor hincapié como es lógico si nuestro objetivo es adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la actualidad social, en la primera de las situaciones. Parece oportuno introducir en estas líneas la siguiente cita que pone de manifiesto que la pensión de viudedad es fruto de situaciones de dependencia como acabo de señalar, que actualmente en nuestra sociedad no deben tener cabida.

Así hablando de la extinción de la pensión de viudedad como consecuencia de nuevas nupcias dice lo siguiente: “esta causa extintiva presupone la desaparición de la situación de necesidad que la pensión de viudedad venía a subvenir, y ello porque al contraer el sujeto viudo o divorciado o con matrimonio nulo nuevo matrimonio, “se recupera legalmente la obligación alimentaria y teóricamente se genera la expectativa a obtener, en su día, la protección de la contingencia de una nueva viudedad”¹⁵, de tal forma que, al celebrarse nuevo matrimonio, se origina la obligación que tienen los cónyuges de darse mutuamente alimentos, volviéndose a la situación anterior que dio lugar a que interviniera la protección de la Seguridad Social”¹⁶.

¹⁵ En este sentido J.M. García-Castillas Díaz. “La extinción de la pensión de viudedad por contraer nuevas nupcias”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nú. 168, 1997, pág. 70.

¹⁶ M^a Luisa de la Flor Fernández. “Extinción de la pensión de viudedad: rehabilitación de la pensión ante la nulidad de las segundas nupcias. (Comentario a la STS 28 de julio de 2000). Ed. La Ley. 6353/2002.

No obstante, y a pesar de haber analizado seguramente la reforma más significativa de la Ley 40/2007, no pueden obviarse las restantes perspectivas que como al inicio del epígrafe se indicó, han de comentarse.

2. Uniones matrimoniales en el momento del fallecimiento del causante. Una vez analizada la reforma “estrella” de la Ley 40/2007, es decir, desde la perspectiva de las Uniones de Hecho, debemos comentar la pensión de viudedad que deriva de la relación o vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento del causante.

En este supuesto el legislador vuelve a requerir tan solo como requisito básico el vínculo matrimonial. Parecía que tras el Pacto de Toledo del año 2003 en el que podría intuirse una reforma integral de la pensión de viudedad, parece evidente que nos encontramos ante una verdadera ausencia de reforma, manteniendo por tanto el acceso a la pensión de viudedad al supérstite cuyo cónyuge fallecido cumpliera los requisitos de alta y carencia. Asimismo, el legislador mantiene que en casos especiales como accidente de trabajo y enfermedad profesional estos requisitos no son exigibles para el acceso al cobro de dicha pensión vitalicia.

La Ley establece una regulación especial para aquellos cuyo fallecimiento del causante derive de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo matrimonial. En este supuesto además del requisito matrimonial, se exige que la celebración de éste hubiera tenido lugar un año antes de la fecha del fallecimiento del causante o en ausencia de éste, la existencia de hijos comunes.

Establece el legislador sin embargo, un supuesto en el que se exige al supérstite del requisito matrimonial, y este es cuando en la fecha de celebración del mismo se acredite un período de convivencia con el causante, que sumados al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años. Este último supuesto excepcional (la exigencia de un mínimo de duración de la relación matrimonial) supone, en palabras de la profesora Flor Fernández, a mi juicio muy acertada, sino una reforma sustancial de la pensión, si una quiebra de la conexión automática existente entre el derecho a pensión y el vínculo matrimonial.

3. Uniones matrimoniales pasadas (situaciones de crisis: separación, divorcio y nulidad)

a) Separación y divorcio. El presente supuesto se encuentra regulado por el artículo 174.2 de la LGSS. En dicho precepto se establece que tendrán derecho a la pensión de viudedad “quien reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho...”.

A priori puede parecer que nos encontramos ante la regulación de una equiparación de derechos entre el supérstite con vínculo matrimonial y el que

ha mantenido vínculo matrimonial en el pasado. Sin embargo, la Ley establece una diferencia consistente en la exigencia de unos requisitos especiales adicionales, cuyo objetivo no es otro que la intencionalidad por parte del legislador de vincular el acceso a la pensión de viudedad con la obtención de la pensión civil. Este requisito pretende demostrar la dependencia o no, económica existente entre los cónyuges antes del fallecimiento del causante, o lo que es lo mismo, que el fallecimiento de éste haya producido una situación de desequilibrio en el cónyuge supérstite.

b) Nulidad. En cuanto a la nulidad, que vincula el derecho de acceso a la pensión de viudedad con el derecho de indemnización. Lo que el legislador pretende, como ocurría en el supuesto de separación y divorcio es devolver o mantener el equilibrio económico del supérstite cuya causa principal es la dependencia económica existente previo fallecimiento del causante.

Por otro lado, aunque ésta sea la novedad más representativa, la Ley 40/2007 aporta otras también dignas de comentario. Un ejemplo es la recuperación como situación excepcional de la temporalidad en la prestación de viudedad con una duración de 24 meses para los supuestos en que el cónyuge supérstite no pueda demostrar que el matrimonio mantenido con el fallecido ha tenido una duración mínima de un año o en ausencia de este requisito, no existen hijos comunes. Por ello, para acceder a la protección deberá acreditar que el causante ha estado afiliado y en alta, contando con el período mínimo de cotización para en su caso corresponda. Además, deberá justificar en ausencia del requisito anterior, un período de cotización cualificada de quince años.

A mi juicio, esta prestación de viudedad temporal no debería seguir manteniéndose como fórmula excepcional, sino como regla general, siendo su finalidad, “como ha sugerido B. Gonzalo González la adaptación de la economía familiar a la desaparición de una de sus fuentes de ingresos, las rentas del cónyuge difunto” pudiendo acceder a la pensión y consecuentemente al carácter vitalicio del cobro del subsidio a quienes se encontraran en situaciones excepcionales.

Debemos tener en cuenta asimismo, el texto que incluye las conclusiones del Pacto de Toledo del año 2010¹⁷. En materia de viudedad y orfandad la Comisión centra su acuerdo y sus correspondientes recomendaciones en relación al cobro de las prestaciones de ambas contingencias.

Lejos de la propuesta de “reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia” que la propia Comisión expresa en el texto, tanto en el año 2010 como en el anterior Pacto de Toledo de 2003, las reformas a las

¹⁷ Pacto de Toledo aprobado por el Congreso de los Diputados en fecha 25 de enero de 2010.

que atienden giran en torno a la mejorar de las prestaciones tanto de viudedad¹⁸ como de orfandad. Se pretende un refuerzo o un aumento de la “intensidad protectora” como se desprende del propio texto a aquellos beneficiarios que se encuentren en una edad comprendida entre los 65 años en adelante. Para ello, la Comisión entiende que el mecanismo más eficiente es “elevar el porcentaje de la base reguladora que se utiliza para calcular la pensión de viudedad”, teniendo en cuenta “los períodos de cotización acreditados por el causante, con una fórmula similar a la que se utiliza para el cálculo de la pensión de jubilación”.

Asimismo, lo que la Comisión propone en materia de orfandad es elevar el período de edad para el cobro de dicha pensión hasta los 25 años de edad o “hasta que concluya el año en que alcance esa edad, cuando estuviere cursando estudios”.¹⁹

Nuevamente puede inferirse del texto del Pacto de Toledo que las parte negociadoras pretenden sin más una mejora y refuerzo de las pensiones a nivel retributivo, dejando sin efecto la intencionalidad que en el propio texto se expresa, como se dijo en líneas anteriores de una reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia en especial viudedad y orfandad.

4. La reforma de las pensiones de 2011. En enero de 2011 se hace público el Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Seguridad Social. Según expresa el propio texto “...se trata de un conjunto de medidas que tienen como objetivo reforzar la sostenibilidad futura del sistema de pensiones español en la línea marcada por las Recomendaciones del pacto de Toledo...”.

La pretensión del Pacto de Toledo de 2010 en materia de pensión de viudedad tan solo hace referencia al incremento y mejora de ésta, tal y como se dijo en el epígrafe anterior. El texto del Anteproyecto refleja esta misma realidad expresando bajo la rúbrica: “Mejora de las pensiones mínimas para personas solas” literalmente lo siguiente: “El texto aprobado refuerza la acción protectora del sistema con la mejora de las pensiones mínimas de los pensionistas de edad avanzada que viven solos, sea la pensión de jubilación, incapacidad o viudedad. Los incrementos de las pensiones mínimas han situado buena parte de éstas por encima del umbral de pobreza relativa, si bien aún quedan situaciones de privación”.

Del texto se infiere que la reforma ha tenido como principal protagonista la reforma o modificación de la pensión de jubilación, obviando el objetivo que el

¹⁸ Lo mismo ocurría en el art. 9 de la Ley 24/1997 de 31 de octubre por el que se igualan las pensiones mínimas de viudedad de los menores de 60 años con los perceptores mayores de 60 y menos de 64. Asimismo, el R.D. 1465/2001 de 27 de diciembre, y R.D. 1795/2003 de 26 de diciembre, aumentan el tipo general aplicable que pasa de forma paulatina del 45% al 52%, tipo que podrá incrementarse hasta el 70% cuando se reúnan los requisitos de menores ingresos y cargas familiares.

¹⁹ Igual en la Ley 24/2001 por la que la edad del beneficiario se amplía hasta los 22 o 24 si no sobrevive ninguno de los progenitores.

propio Anteproyecto expresa que no es otro, como se dijo en líneas anteriores, reforzar la sostenibilidad futura del sistema de pensiones español. Por tanto, no podemos hablar de una “reformulación integral” de la pensión de viudedad pretendida en el anterior Pacto de Toledo, ni tan siquiera de un paso más en el tan necesario cambio en la estructura de las pensiones ni en la de viudedad ni en ninguna de las restantes analizadas en el Parlamento.

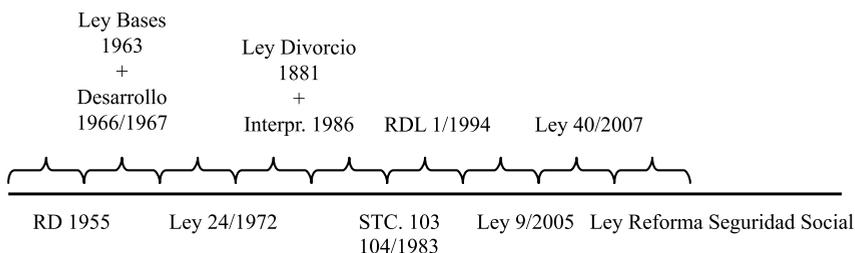
Así, el anteproyecto como su posterior aprobación por el Parlamento en fecha 28 de enero de 2011, transmiten la imperiosa necesidad por los representantes políticos de ofrecer una respuesta a la necesidad de reforma en el sistema de pensiones español, cuyo resultado no es otro que una serie de modificaciones mínimas que albergan la ausencia de reforma, cuya pretensión real es silenciar las voces que exigen la reformulación real e integral del sistema de pensiones.

Asimismo, carece de sentido regular el refuerzo y mejora de las pensiones de viudedad cuando ha sido aprobado por el Ejecutivo mediante el Real Decreto Ley 8/2010 de fecha 25 de mayo de 2010, la congelación de éstas para una pronta recuperación económica. Por tanto, se trata de un objetivo absolutamente ficticio y contradictorio a tenor de dicho Real Decreto.

A modo de conclusión, debe entenderse que la regulación y mención que se expresa respecto de la pensión de viudedad carece de sentido porque supone una contradicción con el Real Decreto Ley 8/2010. Y de otra parte, parece obvio que la “reformulación integral” de las pensiones queda reducida, como se dijo anteriormente, a pequeñas modificaciones que pretenden un refuerzo o mejora de las mismas.

Con el objeto de aclarar en la medida de lo posible la situación actual de la materia objeto de estudio, he creído conveniente introducir la siguiente línea cronológica acompañada de un breve esquema que contiene los rasgos que constituyen la pensión de viudedad en cada una de los períodos históricos:

LÍNEA CRONOLÓGICA: LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD



ESQUEMA- RESUMEN DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN LAS DIFERENTES ETAPAS:

- a) RD 1955
 - Edad 65 años^{*20}
 - No derecho pensiones SOVI*
 - Matrimonio
 - Convivencia
- b) LEY BASES 1963 Y DESARROLLO 1966/1967
 - Matrimonio
 - Convivencia
 - Uno de los tres requisitos agravantes*:
 - Edad 40 años
 - o
 - Incapacidad
 - o
 - Hijos
- c) LEY 24/1972
 - Matrimonio
 - Convivencia*
- d) LEY DIVORCIO 1881 E INTERPRETACIÓN 1986 (STS (Sala Quinta) de fecha 15/07/1986)
 - Matrimonio
- e) SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 103 Y 104/1983
 - Igualdad de condiciones a todos los efectos entre viudos y viudas
- f) RDL 1/1994
 - Refundición texto del año 1974 y siguiente y requisito de asistencialidad
- g) LEY 9/2005
 - Compatibilidad pensiones SOVI (Vuelta a la Ley de Bases
- h) LEY 40/2007
 - Parejas de hecho y la recuperación del subsidio temporal de viudedad

A modo de primera conclusión, parece obvio que como consecuencia de la transformación de la pensión de viudedad, es necesaria una reforma de la materia objeto de estudio, adaptando y acercando a la pensión a la realidad social actual.

²⁰ Los asteriscos indican aquellos requisitos que desaparecerán en la siguiente etapa.

A la postre, tras la evolución histórica y los hitos más importantes que constituyen a la que es hoy, la pensión de viudedad, parece interesante apoyar los argumentos aportados en líneas anteriores y el modo en que han afectado todas las reformas estudiadas a lo largo del texto a través de una estadística que refleja el número de pensiones de viudedad en vigor relacionadas con la edad y el género de sus perceptores²¹. Dejando a un lado la enorme cuantía que representan estas pensiones (puesto que no es el motivo de este estudio), vamos a analizar sobre todo el número de beneficiarios de la pensión de viudedad que podrían encontrarse en activo en el mercado laboral, no siendo así con motivo de la percepción de una pensión que es atribuida como consecuencia de su estado civil y no de un estado de necesidad real.

Veamos cómo la edad en que comienza a percibirse la pensión de viudedad es en la franja situada entre los 15-19 años en el caso de las mujeres y en la franja entre los 20-24 años en el caso de los hombres. Edad en ambos sexo extremadamente temprana. Además estas pensiones, debido a su carácter vitalicio, se irán sumando a las que se van a ir incorporando en edades más tardías, que como podemos observar van aumentando.

Seguramente, éste sea el dato más relevante de la estadística, aunque no pierde importancia tampoco las siguientes franjas de edad: 25-29; 30-34; 35-39; 40-44. Los perceptores que se encuentran en dichas franjas, siguen estando en edad de trabajar y no parece lógico que por razón de edad queden apartados de la sociedad desde una perspectiva laboral, siempre que se encuentren aptos para el trabajo.

La estadística, aún no incluyendo la cantidad que podría diluirse en otras contingencias, (propuesta que veremos más adelante), revela el “fraude legislativo” al que se está sometiendo al sistema de pensiones español en materia de viudedad.

4. LA REFORMA DE LAS PENSIONES DE 2011

La pensión de viudedad en España se encuentra en absoluta descoordinación con el resto de Europa a pesar de pretensión por parte de la legislación internacional por armonizar los Ordenamientos Jurídicos de los distintos países de la Unión. La regulación de la materia estudiada en términos internacionales encuentra sus orígenes en el Convenio número 102 de la OIT²².

Si bien España ratifica en el año 1988, tan solo lo hace en lo referente a las partes II, IV y VI. Por tanto, su ratificación no afecta a la regulación estatal

²¹ Ver Tabla-estadística. Anexo I.

²² Convenio OIT nº. 102, de 28 de junio de 1952, relativo a la norma mínima de la seguridad social. Instrumento de Ratificación de 17 de mayo de 1988. (B.O.E. de 6 de octubre de 1988). Parte X - Artículos 59 - 64.

en materia de viudedad. No obstante, a pesar de ello, parece interesante, hacer un análisis de los orígenes de la materia analizada en el ámbito internacional.

Ya en el artículo 59, el Convenio dice literalmente así: “Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de sobrevivientes...”. De este modo obligaba a que todo Estado Miembro que ratificara esta parte del Convenio, debía garantizar a aquellas personas que se encuentren en un ámbito de desprotección, como consecuencia del fallecimiento del cónyuge la concesión de prestaciones de sobrevivientes. De este modo, los Estados deberán crear una nueva prestación o subsidio, que será conocidas más adelante en nuestro país como “prestaciones por muerte y supervivencia”.

En el artículo siguiente, el Convenio prevé qué debe cubrir la nueva contingencia, que según podemos extraer del artículo 60: “deberá comprender la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia” o lo que es lo mismo, encontrarse en una situación de necesidad. Aunque de otro lado, ya vemos de qué modo el legislador comienza a mezclar la situación de necesidad en la que puede encontrarse el superviviente con la de los hijos del causante, intentando cubrir las bajo la protección de la misma prestación. Aunque ya ha sido comentado este problema, es importante recordarlo en el marco internacional. Por tanto, aquí vemos el origen de uno de los problemas más importantes ante el que debe enfrentarse el legislador en materia de viudedad. Aunque también he de decir, que el propio artículo especifica qué ocurre en el supuesto de la viuda: “el derecho a la prestación podrá quedar condicionado a la presunción, según la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades”. Lo que pretendo subrayar con esto es que aunque las normas internacionales establecen pautas, son los Estados quienes deciden si condicionan el otorgamiento de la pensión de viudedad mediante requisitos de incapacidad, o deciden, como es el supuesto que estamos analizando, no establecerlo.

De los informes de los países respecto del cumplimiento del Convenio podemos extraer como conclusión²³ que en la mayoría de los países europeos, la protección se extiende a la siguiente tipología: viudas que tienen a su cargo hijos del causante, viudas inválidas o viudas que han alcanzado una edad tal que no puede exigírseles que se incorporen en activo al mercado laboral, aunque debo apostillar en esta misma línea que en los años sucesivos, a esta clasificación deberíamos tener en cuenta a las viudas “en puridad” que no reúnen ninguna característica añadida a la condición de

²³ Conclusions regarding Reports received under articles 19 and 22 of the Constitution of the International Labour Organization concerning the Social Security (Minimum Standard) Convention 1952 (Nº. 102), página 217-218.

viudedad. A los efectos de este estudio y tras los acontecimientos reformistas de la pensión de viudedad, podemos entender con objetividad que mientras que en la mayoría de los países vecinos pueden acceder a la pensión quienes estén sujetos a una situación de dependencia económica, en España, ese acceso está condicionada simplemente a una transformación en el estado civil conforme al fallecimiento de uno de los cónyuges sin tener en cuenta ningún otro requisito que justifique una definitiva dependencia con el Estado.

La perseverancia por la importancia de relacionar la edad de acceso a la pensión de viudedad de los diferentes países europeos versa, en puridad, por lo significativo de potenciar la percepción de una pensión vitalicia a quienes aún se encuentran en edad de trabajar, apartando a éstos últimos de un puesto en activo en el mercado laboral, como es el caso de España, aunque no el único. Existen algunos destacables ejemplos de países que enfocan sus normas en materia de viudedad con limitaciones en la edad que potencian que personas cuyo cónyuge ha fallecido, vuelvan a estar en activo en el mercado laboral, que veremos más adelante junto con las posibles alternativas al otorgamiento de la pensión de viudedad.

5. EUROPA Y LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Veamos a continuación las aportaciones de países de la Unión Europea que según mi criterio, alguno de los rasgos que configurar la materia estudiada podrían adaptarse a nuestro sistema de pensiones en materia de viudedad. Es importante dejar constancia que parece acertado reflejar la configuración de la pensión de viudedad que ofrecen algunos de nuestros países vecinos. Esto no quiere decir que esté de acuerdo con la regulación y el tratamiento que se le da a la materia estudiada en su totalidad en los Estados que he escogido para dotar a este estudio de un carácter práctico, sino que se trata de una selección de ciertas medidas que han adoptado los países que veremos a continuación que clarificarán de un modo práctico la línea argumentativa y la finalidad de de estudio que como ya he comentado hasta el momento, se trata de una reforma de la pensión de viudedad extensa y profunda que imponiendo ante todo un criterio razonable y el sentido común a una contingencia que según nuestro actual panorama social debe ir en detrimento a favor de otro tipo de contingencias que consecuentemente reproducen situaciones de necesidad. Propuesta esta, que nada tiene que ver con el tratamiento que se da a la pensión de viudedad en nuestro país, ni en el resto de Europa, incluyendo alguno de los países que veremos a continuación. Dicho esto, veamos por tanto las propuestas europeas.

En Alemania se mantienen dos tipos de “pensiones”: (Witnen- Und Witwenrenten). La “pequeña pensión de viudedad” y la “gran pensión de viudedad”.

Comenzaré con la primera de ellas, la pequeña pensión, que exige para su otorgamiento los siguientes requisitos imprescindibles: la incapacidad permanente de la viuda o tener a su cargo hijos del causante. La característica principal de esta prestación es su carácter temporal, debido a que el pago de ésta, está limitado a dos años.

De otro lado, la gran pensión de viudedad, también denominada completa cuyo acceso está condicionado al cónyuge sobreviviente que reúna alguno de los siguientes requisitos:

- Ser mayor de 45 años.
- Padecer incapacidad parcial para el trabajo.
- En caso de estar educando un hijo propio o hijo del fallecido menor de 18 años.
- En caso de convivencia con y cuida de un hijo propio o hijo del fallecido incapaz de mantenerse a sí mismo por discapacidad física, mental o psíquica²⁴.

En Francia, la pensión de viudedad se establece con la denominación de: “de reversión de la traite”, cuyas destinatarias son aquellas viudas que cumplan el requisito de edad, que consiste en la exigencia al cónyuge sobreviviente de tener cumplidos los 52 años. Además, el otorgamiento de esta pensión atenderá al requisito de “límite de ingresos”, que variará en función de la situación en que se encuentre el supérstite, como por ejemplo vivir solo o en pareja, ya sea matrimonio o pareja de hecho²⁵.

Asimismo, se mantiene una segunda prestación. Se trata de “la pensión de viuda o viudo”, más conocida como: “Allocation Veuvage”, que se otorga al cónyuge supérstite que se encuentre en situación de incapacidad permanente en el momento del fallecimiento del cónyuge, o si se da el supuesto de que el cónyuge sobreviviente no tiene aún posibilidad de acceso a la pensión de viudedad por no haber alcanzado la edad que se exige para dicho fin, no disponiendo a su vez de económica, independencia que se traduce en el establecimiento de un límite determinado de renta²⁶.

Actualmente se trata de una regulación que atiende a un período transitorio que tiene su límite el 1 de enero de 2011. A partir de esta fecha desaparecerá la

²⁴ http://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/es/Navigation/03_Leistungen/01_Rente/04_Witwen_node.html#doc72844bodyText1

²⁵ Decretos 857 y 858 de fecha 24 de agosto de 2004 y 1451 de fecha 23 de diciembre de 2004.

²⁶ Regulación del subsidio de Viudedad “Allocation Veuvage”: Ley 80/546 de fecha 17 de julio de 1980 y Decreto número 80/1155 de fecha 31 de diciembre de 1980. Artículos L- 356 y D-356 del Código-memento de la seguridad social francesa.

exigencia del requisito de la edad. Hasta entonces, la viuda deberá encontrarse en un intervalo de edad entre los 50 y los 55 años dependiendo de la fecha de presentación de la solicitud, en el caso de la primera.

En Reino Unido, existe también una doble protección para las viudas: Por un lado, la pensión vitalicia de viudedad, para cuyo acceso es necesario el cumplimiento del requisito de la edad, consistente en tener cumplidos los 45 años. De otro, la prestación de viudedad, cuyo rasgo más representativo es la temporalidad para el cónyuge sobreviviente que tenga hijos del causante a su cargo, si bien no han cumplido la mayoría de edad.

Como última aportación que a mi criterio puede ser la más acertada según los argumentos que expondré a lo largo del estudio, se trata de Dinamarca. Ya en el año 1983 suprime la pensión de viudedad. Aunque lo cierto es que más que suprimir, lo que hace es diluir la inversión que se proyectaba sobre la pensión de viudedad, en otras contingencias que engloban las reales situaciones de necesidad. En caso de fallecimiento del cónyuge afiliado, el cónyuge supérstite y cada uno de los hijos que sean menores de veintidós años, podrán acceder a una única cuantía, que será abonada por la oficina ATP. En este supuesto nos encontramos ante un traspaso funcional de la que era la pensión de viudedad a la pensión social anticipada cuyo cobro, como mencioné en líneas superiores es único. Además, un dato importante es que las prestaciones se abonarán en función de la edad del cónyuge fallecido, que irá reduciéndose progresivamente a partir de los 66 años de edad, desapareciendo en su totalidad a los 70 años de edad.

En la misma línea, podemos mencionar a Islandia cuya legislación no prevé ninguna pensión de viudedad, pero sí una pensión por hijos a cargo para los huérfanos (*barnalífeyrir*) cuyo acceso está condicionado a los siguientes requisitos: cuando los hijos sean menores de 18 años y al menos uno de sus padres ha fallecido o es titular de una pensión de invalidez, siempre que el hijo o uno de los padres haya residido en Islandia durante, como mínimo, los 3 años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud. Si los dos progenitores han fallecido o perciben ambas pensiones de invalidez, se abona un complemento doble por hijo a cargo.

En la mayoría de los supuestos de los países que nos rodean, se trata del reconocimiento de una prestación temporal para la mayoría de las viudas, mientras que la pensión vitalicia se reserva para los casos especiales, que se encuentren en situaciones de mayor gravedad. Por tanto, parece clave que en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges debe atenderse con la concesión de una prestación temporal-transitoria en la mayoría de los supuestos, percibiéndose hasta que el cónyuge sobreviviente pueda sostenerse por sus propios medios, sin necesidad de situarse en una posición de dependencia económica con el Estado, situación ésta, reitero, deberá reservarse para aquellos casos cuya gravedad impida la subsistencia del sobreviviente por sí mismo.

6. ALTERNATIVAS Y PROPUESTAS

Teniendo en cuenta que la línea de este estudio esta basada principalmente en la idea de “diluir” la pensión de viudedad en otras contingencias cuyo estado de necesidad sea real, parece acertado señalar exactamente cuáles podrías ser esas “otras contingencias” y la justificación por las que recaería sobre ellas la composición de la primera, sobre todo porque más que hablar de “diluir la pensión de viudedad” podrías denominarlo como: “redistribución de la pensión de viudedad” sobre aquellas contingencias sobre las que debería recaer el concepto de la primera, ya que ésta como consecuencia de nuestra actual organización social, carece de sentido.

1. Supuesto hijos del causante a cargo del cónyuge sobreviviente. En un primer momento analizaré el supuesto en que existen hijos del causante a cargo del cónyuge sobreviviente. Se trata de aumentar la pensión de orfandad en aquellos casos en que fuera necesario en menoscabo de la pensión de viudedad, manteniéndose la orfandad hasta la mayoría de edad, o incluso hasta la incorporación del beneficiario en activo en el mercado laboral. Por otro lado, hacer hincapié en que no parece de recibo mantener los requisitos de matrimonio y convivencia habitual, y consecuentemente la pensión de viudedad, tan solo por negarnos a entender por cuestiones históricas que, dicha pensión tal y como está concebida hoy carece de sentido, ya que los hijos no garantizan en ningún caso una situación de dependencia entre el cónyuge supérstite y el causante.

De ese modo, no parece coherente que el cónyuge supérstite que tenga a cargo hijos del causante, como puede inferirse de reflexiones anteriores, perciba la pensión de viudedad, recordemos vitalicia, si el objeto de ésta es cubrir los gastos que pueda generar tener a cargo uno o más hijos del causante. Por el contrario parece oportuno cubrir este tipo de contingencia mediante la pensión de orfandad, reforzándola y desapareciendo en el momento en que el huérfano obtenga la mayoría de edad o al menos pueda mantenerse por sí mismo, incluso hasta la terminación de los estudios correspondientes.

En esta línea se encuentran países como Dinamarca, y más cerca aún Islandia que ya comenté en el apartado de alternativas Europeas, aunque no creo que en España lo más acertado sea crear una nueva tipología de pensión como la “pensión social anticipada” que absorba la función de la pensión de viudedad, sino que, en el caso de nuestro país, debería ser ésta diluida en otra contingencia que según el presente supuesto, la de orfandad tal y como ocurre en el segundo supuesto.

La sociedad española así como sus gobernantes deben comenzar a entender la evolución que se ha producido en nuestro país. Una evolución que afecta sobre todo si nos centramos en lo que nos ocupa en este estudio al rechazo por las situaciones de discriminación, dejando atrás la idea de que uno de los

cónyuges (como línea general la mujer según demuestra la estadística vista anteriormente) debe renunciar a un puesto en activo en el mercado laboral para dedicarse al cuidado de los hijos y/o el mantenimiento de la vivienda y la vida familiar. Por ello, si entendemos como punto de partida que los dos miembros que constituyen un matrimonio, una pareja de hecho o simplemente una pareja deben permanecer en activo en el mercado laboral, el futuro acceso a la pensión de viudedad carece de sentido, manteniéndose tan solo la prestación de viudedad cuya duración será limitada, prestación que podemos denominar como en el Reino Unido “pensiones de duelo” para que, una vez finalice ésta, el cónyuge superviviente pueda incorporarse de nuevo al mercado laboral. En cambio, carece de sentido común que una sociedad como la española que parece encontrarse en perpetua lucha con las situaciones de discriminación, mantenga una pensión cuya finalidad sea la de cubrir una situación de dependencia económica. Dependencia ésta, producida por la aún patente forma de entender el núcleo familiar, a mi juicio, absolutamente desfasada.

2. Supuesto de situaciones de incapacidad. Cabe hacer una reflexión en aquellos casos en que el cónyuge superviviente se encuentre en situación de incapacidad tal que le impida tener acceso a un puesto de trabajo. En estos casos, la clave se encuentra de nuevo en reforzar otro tipo de contingencias como es la de incapacidad en menoscabo de la pensión de viudedad.

Carece de sentido una vez más, que el cónyuge que se encuentra en situación de incapacidad deba depender económicamente de su cónyuge y como consecuencia del fallecimiento de éste, de una pensión de viudedad, siendo compatible además con una pensión mínima (en muchos de los casos) de incapacidad, evitando además lo que Tortuero-Plaza ha denominado “el reparto de miseria”. En estos supuestos parece que lo más acertado es reforzar la pensión de incapacidad para que así la existencia de una dependencia económica sea causa de la incapacidad que no permite al sujeto encontrarse en activo en el mercado laboral y no por el fallecimiento de su cónyuge.

3. Supuesto de irretroactividad de la Ley ante casos especiales. Con el objeto de mantener un criterio razonable, debemos tener en cuenta los supuestos en los que siga existiendo una relación de dependencia entre la pareja. Es decir, si aplicamos y materializamos las teorías en este estudio, ¿Qué ocurriría con aquellos supervivientes que actualmente son beneficiarios de una pensión de viudedad? E incluso, ¿Cómo debería regularse la situación de aquellos sujetos que, actualmente no son beneficiarios de la pensión porque el cónyuge aún vive pero por razón de edad, falta de formación y ausencia de experiencia laboral no podrán subsistir cuando este fallezca? En estos supuestos, a mi juicio, éstos deberían estar exentos de la aplicación de la “futura reforma”, puesto que nos encontraríamos ante verdaderas situaciones de necesidad, fruto de una

sociedad que en un momento fomentó la dependencia entre la pareja (como norma general más por parte de la mujer que del hombre) y como consecuencia de una creencia basada en el eterno matrimonio como sustento económico. De ello deriva por tanto, como dije anteriormente, una situación de necesidad que el Estado deberá seguir cubriendo como una contingencia más, siendo consecuentemente estas personas, el último resquicio de la pensión de viudedad. En cualquier caso, es necesario hacer hincapié que en estos supuestos los requisitos para el acceso o mantenimiento de la pensión de viudedad en estos supuestos son de modo incondicional la edad, falta de formación o ausencia de experiencia laboral que imposibiliten la incorporación al mercado laboral o, aún pudiéndose incorporar, no sería posible la acumulación de cotización necesaria para posteriormente tener la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación digna.

7. CONCLUSIONES

A modo de reflexión final lo que puede extraerse de este estudio es que actualmente nos encontramos enmarcados, desde una perspectiva legislativa, por una serie de normas que pertenecen a un período histórico pasado. El legislador sigue empeñado en mantener una sociedad compuesta por sujetos dependientes de sus respectivos cónyuges mediante la distribución de “tareas” que constituyen una verdadera situación de discriminación, que necesariamente obliga a la renuncia tácita de una de las partes a un desarrollo profesional que posteriormente, una vez finalizado el período que le posibilitaba encontrarse en activo en el mercado laboral, sigue dependiendo de su cónyuge, que una vez éste fallece, necesariamente “el sujeto dependiente” pasará a esperar de nuevo “al reparto de miserias” y cito de nuevo a Tortuero-Plaza, que el Estado le proporcionará hasta su fallecimiento. Por esta razón es urgente e imprescindible una profunda reforma que en definitiva, adapte el ordenamiento jurídico en materia de viudedad a la realidad jurídico-social, que insisto, no permita ni fomente la regulación de normas en las que tenga cabida la discriminación y la desigualdad entre personas por razón de sexo.

ANEXO I: NÚMERO DE PENSIONES DE VIUDEDAD EN VIGOR POR EDAD Y GÉNERO. 1 de agosto de 2010. Estadística actualizada²⁷

GRUPOS DE EDAD	NÚMERO HOMBRES	NÚMERO MUJERES	NO CONSTA	TOTAL
0-4				
5-9				
10-14				
15-19		5		5
20-24	7	106		113
25-29	83	795		878
30-34	380	3.253	1	3.634
35-39	1.229	8.664		9.893
40-44	2.808	20.423	1	23.232
45-49	5.768	37.984	3	43.755
50-54	9.667	61.852	2	71.521
55-59	12.409	89.965		102.374
60-64	13.957	138.355	1	152.313
65-69	14.396	193.525	1	207.922
70-74	16.234	267.060	8	283.302
75-79	23.182	400.158	8	423.348
80-84	25.005	422.333	10	447.348
85 y más	33.410	494.795	11	528.216
NO CONSTA	22	756		778
TOTAL	158.557	2.140.029	46	2.298.632
EDAD MEDIA	72 AÑOS	76 AÑOS	73 AÑOS	75 AÑOS

²⁷ http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/Pensiones_contributivas_en_vigor/Por_edades/index.htm

Mercado de Trabajo

EL ABANDONO DEL MERCADO DE TRABAJO INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (CUARTO TRIMESTRE DE 2010*)

SANTOS M. RUESGA BENITO
Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ
Profesora asociada de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Insuficiente tasas de crecimiento

El artículo presenta un estudio de coyuntura de las variables laborales más importantes en España y Andalucía en el cuarto trimestre de 2010. España no alcanza la senda de crecimiento de sus socios europeos, que han sufrido en menor medida el estallido de la burbuja inmobiliaria. Estas economías tenían, antes de la crisis, una mayor diversificación estructural y una menor dependencia del sector de la construcción. La evolución de la población activa se confirma respecto a los trimestres anteriores: cunde el efecto desánimo entre los hombres mientras pesa más efecto de la trabajadora adicional entre las mujeres. En lo que respecta al mercado de trabajo en Andalucía el desempleo se mantiene en niveles muy elevados. Aunque el tratamiento es común a toda Andalucía, se encuentran importantes diferencias en los indicadores laborales más importantes entre las diversas provincias andaluzas.

ABSTRACT

Key Words: Growth rates insufficient

This paper presents an economic study of the most relevant labour variables in Spain and Andalusia in the 4th quarter of 2010. Spain has not reached the economic growth rates of other European economies, which have suffered the impact of housing bubble in at a lower level. Besides, most of European countries had a structural diversification of production and a minor dependence of the building sector. The evolution of the tendency of labour supply continues where a dissuasion effect on males can be found while females labour supply is increasing. With respect to the Andalusian labour market the most significant factor is that the number of unemployed is over one million and one thousand people. Although the analysis is related to Andalusia as a whole, significant differences may be found between different provinces.

*El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de enero de 2011

ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO
5. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

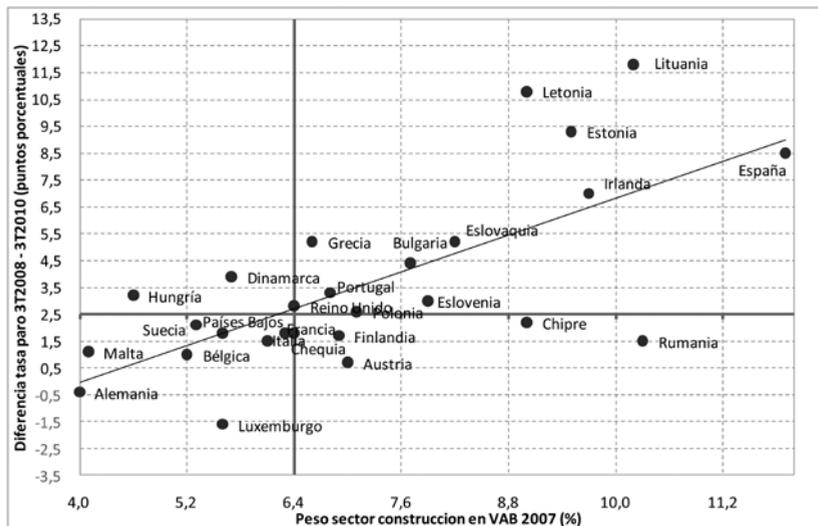
1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

España no alcanza la senda de crecimiento de sus socios europeos, que han sufrido en menor medida el estallido de la burbuja inmobiliaria, y cuyas economías tenían, antes de la crisis, una mayor diversificación estructural y una menor dependencia del sector de la construcción. Los años dorados, con un crecimiento económico y del empleo que superaba los ritmos de nuestros vecinos europeos, escondían una estructura productiva descompensada, con un excesivo peso del sector de la construcción y de las industrias y servicios de él dependientes, que transformaron lo que antes era crecimiento en una profundización mayor de la pérdida de empleo, al ser sectores con un uso intensivo del factor trabajo.

En aquellos países donde el sector de la construcción tenía un peso significativamente más elevado que en el conjunto de la UE-27, es donde se han registrado los mayores incrementos en la tasa de desempleo: véase España, Lituania, Estonia, Letonia e Irlanda. Únicamente en Rumania y Chipre, con pesos del sector de la construcción también elevados, no han visto crecer de manera tan dramática sus tasas de desempleo.

Por el contrario, países como Alemania, Luxemburgo, Malta, Bélgica, Suecia, Países Bajos o Italia, cuyo volumen del sector de la construcción en el conjunto de sus economías no alcanzaba la media de la UE27, han sufrido en mucha menor medida el embate del desempleo.

Comparación del peso del sector de la construcción en el VAB en 2007 y aumento (en puntos porcentuales) de la tasa de paro entre 3T-2008 y 3T-2010, países de la UE-27



El eje indica la media de la Unión Europea 27: 6,4% el peso del sector de la construcción en el VAB (2007) y 2,5 puntos porcentuales el aumento en la tasa de paro entre los terceros trimestres de 2008 y 2010. Fuente: Elaboración propia a partir de *Eurostat*.

Estos datos no hacen sino reflejar una vez más que la principal causa a la hora de crear o destruir empleo no proviene de legislaciones laborales variadas, sino, principalmente, de las estructuras productivas que determinan cada economía.

En este sentido, los países que han recuperado la senda de crecimiento, con tasas de paro relativamente bajas, son los que tienen un mayor peso del sector industrial y, dentro del sector servicios, de servicios avanzados. En la siguiente tabla, se contrastan los diferentes pesos que cada sector tenía en el conjunto del Valor Añadido Bruto en cada uno de los veintisiete países de la Unión Europea, en el año previo al estallido de la crisis, 2007.

Volviendo al ejemplo alemán, en este país la industria y, dentro de los servicios, los de intermediación financiera e inmobiliaria, representan una proporción mayor de su economía (en función del VAB), que en la media de los países de la UE-27. Por el contrario, en España, los sectores que influyen en la economía en mayor medida que el resto de países, son la agricultura y la construcción y, dentro del sector servicios, los de comercio, hostelería y transporte. Todos ellos, sectores intensivos en factor trabajo y muy estacionales. Por tanto, si la economía tiene un elevado peso de este tipo de sectores, el crecimiento económico no será sostenible, como se ha comprobado durante esta

crisis, y los efectos sobre el mercado de trabajo se multiplican, sufriendo más la inestabilidad, la rotación laboral y siendo más proclives a un mayor uso de la flexibilidad externa (modificar el número de trabajadores) que de la flexibilidad interna (ajustar las condiciones laborales a las condiciones económicas, reduciendo jornada, con movilidad funcional de los trabajadores, etc.).

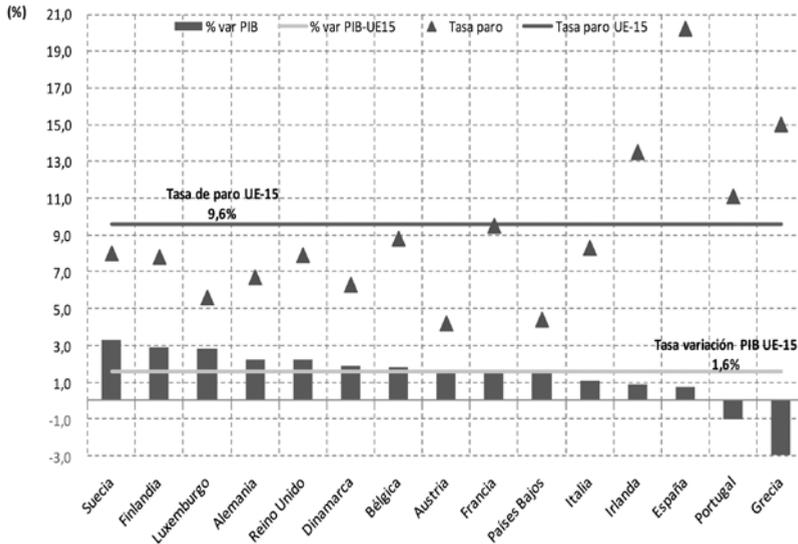
Peso sectorial en el VAB (porcentaje), en los países de la UE-27, año 2007

	Agricultura	Industria	Construcción	Servicios		
				Comercio, hostelería, transporte	Intermediación financiera e inmobiliaria	Servicios públicos y de hogares
Alemania	1,0	26,4	4,0	17,3	29,3	22,0
Austria	1,8	23,2	7,0	23,5	24,2	20,4
Bélgica	0,9	18,5	5,2	22,9	29,3	23,2
Bulgaria	6,0	24,5	7,7	23,8	22,6	15,4
Chipre	2,2	9,9	9,0	28,0	27,5	23,5
Dinamarca	1,2	20,0	5,7	22,2	24,7	26,3
Eslovaquia	4,1	30,2	8,2	24,2	17,4	15,9
Eslovenia	2,5	26,7	7,9	22,3	22,0	18,6
España	2,9	17,3	11,9	24,5	22,6	20,9
Estonia	3,2	20,7	9,5	26,2	24,4	16,1
Finlandia	3,0	26,8	6,9	19,3	22,5	21,4
Francia	2,2	14,2	6,3	18,7	33,3	25,3
Grecia	3,5	12,4	6,6	34,8	19,1	23,8
Hungría	4,0	25,2	4,6	21,4	22,5	22,4
Irlanda	1,4	24,0	9,7	18,0	28,1	18,8
Italia	2,1	21,4	6,1	22,5	27,3	20,6
Letonia	3,6	14,2	9,0	31,8	22,3	19,1
Lituania	3,9	22,4	10,2	30,8	16,3	16,4
Luxemburgo	0,4	10,6	5,6	19,4	48,7	15,3
Malta	2,4	17,6	4,1	26,8	21,2	28,0
Países Bajos	2,1	19,1	5,6	22,0	27,9	23,4
Polonia	4,3	24,5	7,1	26,5	19,0	18,5
Portugal	2,5	18,1	6,8	25,4	23,0	24,2
Reino Unido	0,7	16,6	6,4	21,2	32,0	23,0
Rep. Checa	2,5	32,0	6,4	24,9	17,5	16,7
Rumania	6,5	27,5	10,3	25,6	15,5	14,6
Suecia	1,7	22,9	5,3	19,2	24,7	26,1
UE-27	1,8	20,2	6,4	21,1	28,1	22,4
Zona Euro	1,9	20,4	6,3	20,7	28,3	22,4

En cursiva aparecen los países que, en ese sector, se sitúan por encima de la media de la UE-27. Fuente: Elaboración propia a partir de *Eurostat*.

Luego la estructura productiva condiciona, en buena medida, la evolución, no sólo de la economía en general, sino del mercado de trabajo en particular.

Previsiones de crecimiento del PIB (%) y de la tasa de desempleo (%) para el año 2011, países de la Unión Europea 15



Fuente: Elaboración propia a partir de las previsiones de otoño de la Comisión Europea (noviembre 2010).

Así, las previsiones de crecimiento para este año que comienza, siguen señalando que las economías con mayores ritmos de crecimiento del PIB (por encima de la media del núcleo de los primeros quince países de la Unión Europea) son las que también presentan tasas de desempleo por debajo de esa misma media de países, salvo en el caso de Italia, que pese a crecer menos, también tiene una tasa de desempleo inferior a la UE-15.

Irlanda, España, Portugal y Grecia son los países con las previsiones de crecimiento más bajas, aunque en el caso de España, la tasa de desempleo se prevé continúe siendo la más alta de la UE15.

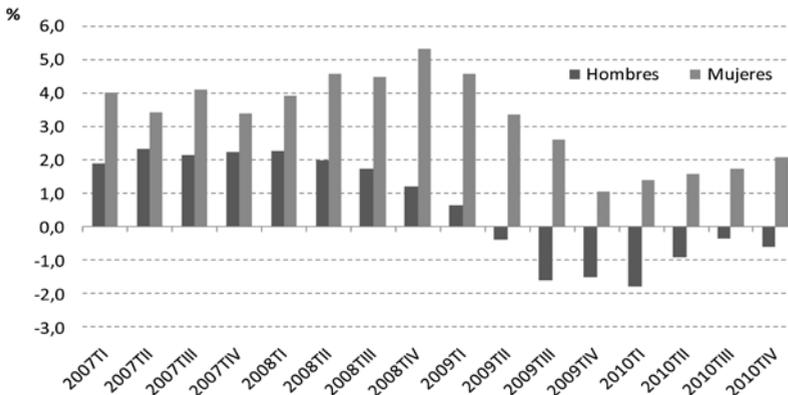
2. LA OFERTA DE TRABAJO

La evolución de la población activa se confirma respecto a los trimestres anteriores: cunde el efecto desánimo entre los hombres mientras pesa más efecto de la trabajadora adicional entre las mujeres.

Cae la población activa masculina un 0,8 por ciento (101.400 hombres menos participando en el mercado de trabajo) respecto al trimestre anterior, alcanzando la reducción un 0,6 por ciento cuando la comparación se hace con el cuarto trimestre de 2009.

Por el contrario, las mujeres acceden cada vez en mayor medida al mercado de trabajo: hay 84.700 mujeres más trabajando o dispuestas a trabajar que en el tercer trimestre de 2010 (lo que supone un incremento del 0,8 por ciento), de manera que se eleva la población activa femenina en un 2,1 por ciento respecto al año anterior.

Tasa de variación anual de la población activa, por género



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

En términos globales, la población activa ha descendido una décima en este trimestre respecto al anterior.

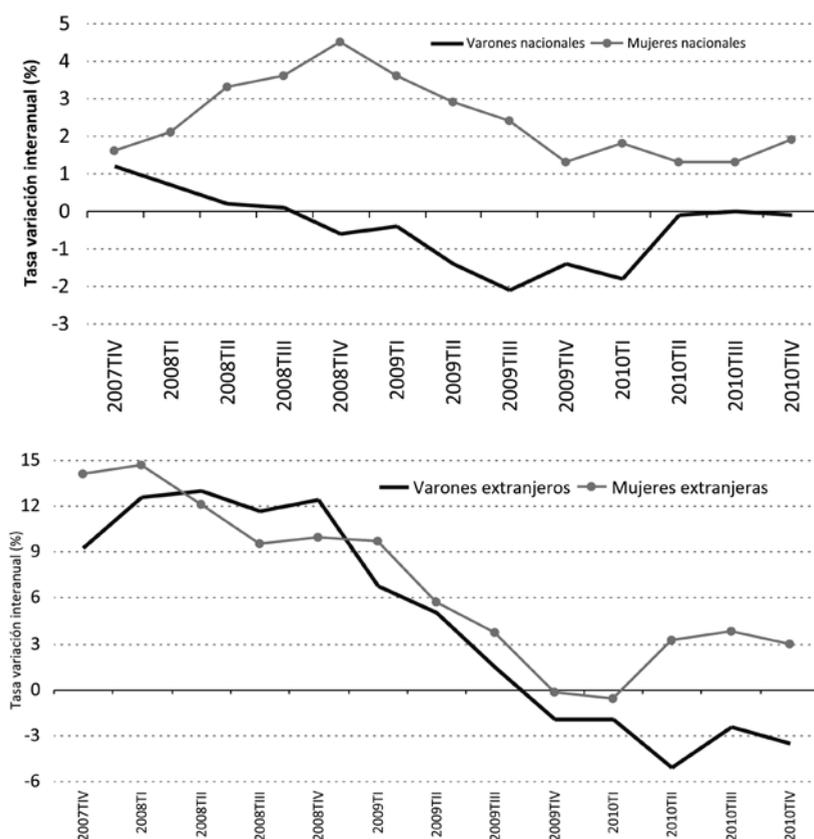
Por edades y género, la población activa masculina es menor que hace un año, sobre todo entre los jóvenes: cae un 17,8 por ciento la actividad de los menores de 20 años; un 5,5 por ciento, la de los jóvenes entre 20 y 24 años; un 6,2 por ciento, la de los hombres entre 25 y 29 años; y un 1,5, la de los varones entre 30 y 34 años. De nuevo entre los hombres mayores 65 años se reduce también la actividad, en términos interanuales, en un 21,1 por ciento.

En el caso de las mujeres, parece que se recupera la actividad entre las más jóvenes (aumenta un 2,8 por ciento entre las que tienen de 16 a 19 años, tras 7

trimestres de reducciones interanuales); cae un 4,7 por ciento entre las mujeres de 20 a 24 años, y un 4,2 por ciento, entre las que tienen de 25 a 29 años. Al contrario de lo que sucede en la actividad masculina, las mujeres siguen participando en el mercado de trabajo incluso en las edades más avanzadas, pues las mayores de 65 años que ofrecen su trabajo en el mercado laboral son más que hace un año (un 11 por ciento más).

Atendiendo a la nacionalidad, se observa el constante abandono de la población extranjera masculina, mientras el peso del aumento de la población activa femenina recae sobre la población nacional.

Tasa de variación anual de la población activa, según género y nacionalidad, en porcentaje



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

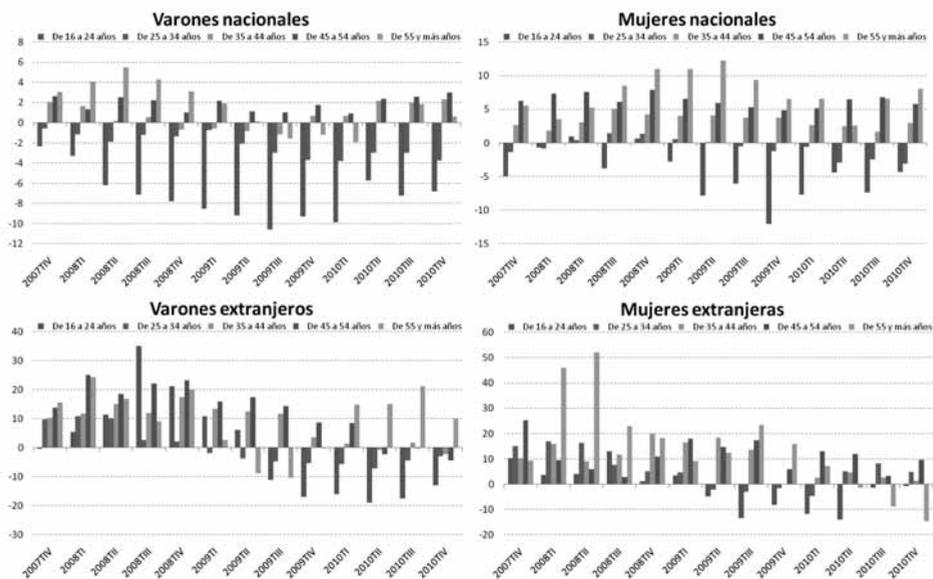
La principal causa de inactividad, es decir, de no participar activamente en el mercado de trabajo, es muy diferente según género. Para los hombres, la principal causa de abandono del mercado de trabajo es la jubilación o pre-

jubilación: el 60 por ciento de los 6.080.100 varones inactivos en el cuarto trimestre de 2010, lo es por esta razón. La siguiente causa es la dedicación en exclusiva a los estudios (el 19,8 por ciento de los varones inactivos). El resto reparte las causas entre la incapacitación (el 8,1 por ciento) y la dedicación a las labores del hogar (el 5,2 por ciento).

Cuando son las mujeres las que explican su no participación en el mercado de trabajo, la mayoría, el 42 por ciento de los 9.327.600 de mujeres inactivas, es por dedicarse a las labores del hogar. En segundo lugar, es por estar jubiladas o prejubiladas (el 19,3 por ciento) y en tercero, por percibir una pensión distinta de la de jubilación (es decir, viudedad), el 17 por ciento. Sólo el 13,7 por ciento de las mujeres inactivas lo son por dedicarse en exclusiva a los estudios.

En definitiva, la evolución tan dispar de la actividad entre hombres y mujeres refleja la desigual relación que ambos tienen con el mercado de trabajo. Si los hombres no participan activamente o bien es porque son jóvenes y se están formando (estudiantes) o bien porque son mayores y han alcanzado edades de jubilación o prejubilación. Las mujeres participan activamente en el mercado de trabajo una vez logran compaginar su situación laboral con la vida familiar.

Tasa de variación anual de la población activa, según género, grupos de edad y nacionalidad, en porcentaje



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

La caída en la población activa femenina nacional y joven, en la mayor parte de las ocasiones, se ve compensada por el aumento del número de mujeres activas en otros tramos de edad.

Destaca la incorporación creciente de las mujeres de más edad (mayores de 45 años), explicada en buena medida por la pérdida de ingresos del hogar al destruirse empleo masculino principalmente: las mujeres que se encontraban inactivas, al margen del mercado de trabajo, deciden buscar activamente un empleo en sectores no tan castigados, inicialmente, por la recesión económica.

Esto se hace patente al comprobar que las mujeres que buscan su primer empleo, es decir, que entran a formar parte del mercado de trabajo por primera vez, con más de 45 años, se elevan al 12,2 por ciento del total de mujeres que buscan su primer empleo. Sólo el 0,8 por ciento de los hombres en esa misma situación tienen más de 45 años.

Al analizar la evolución según nacionalidad y género, la retirada del mercado de trabajo ha sido más tardía entre los extranjeros. Es en el segundo trimestre de 2009 cuando desciende el número de jóvenes extranjeros dispuestos a trabajar, intensificándose la caída en el año siguiente.

Son los hombres de más edad (lo mayores de 55 años) quienes se incorporan de nuevo, aunque el número es muy limitado (90.300 en este último trimestre, contrastando con 1.552.700 hombres nacionales mayores de 55 años que están ocupando o buscando un puesto de trabajo).

Con esta evolución de la población activa, especialmente de la masculina, la tasa de paro no está siendo tan elevada como resultaría de la mera destrucción de empleo. En el caso de los hombres, por ejemplo, si se hubiera mantenido la misma población activa que en el trimestre anterior, la tasa de desempleo masculina se hubiera elevado dos décimas.

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

Tras dos trimestres consecutivos en que había aumentado el número de ocupados, el cuarto trimestre del año muestra de nuevo una caída, fuerte además: hay 138.600 ocupados menos que en el periodo estival. La destrucción es, básicamente, de empleo temporal: hay 149.600 ocupados menos con este tipo de contrato, que en el trimestre anterior.

Por el contrario, aumenta el número de contratados de forma indefinida, eso sí, en apenas 7.400 personas. Además, en realidad el aumento de la contratación indefinida se debe todo a la contratación femenina (hay 72.300 mujeres ocupadas más con contrato indefinido), pues en el caso de los hombres cae en 64.900, es decir, un 1 por ciento menos que en el trimestre anterior, y un 2,6 por ciento menos que hace un año.

La mayor destrucción de empleo temporal, en términos absolutos, se produce, en el sector hostelero, coincidiendo con el fin de la temporada estival: hay 73.100 contratados temporales menos que en el trimestre anterior, 27.400 hombres y 45.700 mujeres. Y, una vez más, en la construcción se pierden también empleos temporales, afectando por tanto más a los hombres que a las mujeres: se han destruido 55.400 empleos temporales masculinos. La siguiente rama en perder empleos temporales es la de las actividades sanitarias, coincidiendo también con el fin de la temporada de sustituciones veraniegas: hay 47.700 contratados menos que en el tercer trimestre de 2010, prácticamente todas mujeres (38.600). Y otra de las ramas donde se ha perdido empleo temporal de manera destacada ha sido la de las actividades administrativas, con 34.500 empleos menos, el 68 por ciento de los cuales, era empleo ocupado por mujeres.

Es precisamente en estas ramas (salvo en la construcción) donde se había contratado durante el tercer trimestre de 2010, por tanto, se demuestra claramente la estacionalidad de la creación de empleo que tanto se aplaudió.

En el tercer trimestre aumentó la contratación temporal en las actividades sanitarias en 50.500 personas, ahora ha caído en 47.700; se creó empleo temporal en la hostelería, en 21.300 empleos, ahora cae en 73.100; hubo 39.000 temporales más en el comercio en el tercer trimestre del año, ahora hay 24.800 menos que entonces.

También es verdad que en el trimestre anterior se había perdido empleo indefinido que ahora se ha recuperado, pero entonces se destruyeron 34.900 puestos de trabajo de este tipo y en este último trimestre del año se han creado sólo 7.400.

Se acentúa la pérdida de empleos indefinidos en la industria manufacturera, que están siendo sustituidos, por el contrario, con empleos temporales: cae en 10.700 el número de asalariados indefinidos y aumenta en 23.500 el

de temporales en este sector. Lo mismo sucede, aunque en menor medida, en las actividades financieras y de seguros, donde nuevamente cae el número de indefinidos (en 8.600 en este último trimestre del año), aumentando el de temporales en 1.900. El caso más llamativo es el de la educación, donde destruyen 8.100 puestos de trabajo indefinidos, contratándose a 69.400 temporales.

Asalariados según sexo y tipo de contrato, por ramas de ocupación (4º trimestre de 2010)

	TEMPORALES				INDEFINIDOS			
	Hombres	Dif. trim.	Mujeres	Dif. trim.	Hombres	Dif. trim.	Mujeres	Dif. trim.
A. Agricultura	214,8	28,3	66,1	19,8	136,2	-8,9	41,5	-0,5
B. Ind. extractiva	6,1	0,4	0,0	0,0	35,7	2,8	3,0	0,9
C. Ind. manufacturera	249,1	14,6	119,7	8,9	1.306,9	-12,0	437,9	1,3
D. Energía eléctrica	10,1	0,8	2,9	1,0	54,0	8,4	13,8	2,2
E. Actividades gestión residuos	13,8	-4,8	3,2	-0,4	84,9	4,6	10,5	-1,2
F. Construcción	458,0	-55,4	17,6	0,0	604,1	-30,5	84,1	-5,4
G. Comercio	176,1	-10,5	239,6	-14,2	877,9	31,1	882,7	21,8
H. Transporte	95,2	-2,2	42,9	3,7	490,9	4,8	126,1	3,4
I. Hostelería	124,7	-27,4	204,3	-45,7	287,8	-21,2	388,2	-2,3
J. Información y comunicación	56,0	-4,0	32,3	-1,8	237,8	-17,3	114,9	2,5
K. Act. financieras y seguros	13,1	2,9	14,2	-0,9	202,5	-10,0	180,6	1,3
L. Act. inmobiliarias	5,2	2,4	3,1	-1,3	17,0	-1,3	24,9	0,8
M. Act. prof., científ. y técnicas	50,6	-2,4	62,5	4,9	197,5	-6,0	247,2	-6,5
N. Act. administrativas	97,8	-10,8	115,2	-23,6	265,8	4,0	350,5	5,1
O. Admón. Pública y defensa	134,4	-21,1	160,0	4,6	683,4	12,3	457,9	21,1
P. Educación	88,3	17,3	194,3	52,0	302,2	-3,3	551,4	-4,7
Q. Act. sanitarias y serv. sociales	65,3	-9,1	303,2	-38,6	202,0	-7,5	732,8	27,7
R. Act. Artísticas y entretenimiento	47,1	-9,0	40,0	-5,7	100,7	-8,7	78,5	2,0
S. Otros servicios	18,0	3,4	40,8	-2,9	60,6	0,4	123,0	-7,2
T. Activ. Hogares	13,5	-7,2	201,1	-15,7	38,5	-6,0	478,3	9,7
U. Act. organiz. y org. extraterrit.	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
TOTAL	1.937,3	-93,5	1.863,1	-56,0	6.186,1	-64,9	5.327,7	72,3

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Es interesante esta profundización sobre las ramas en las que se ha creado o destruido empleo asalariado, pues las diferencias, aparte de estacionales, son más que considerables según género. Hay sectores con mayoritaria presencia de asalariados masculinos, como la agricultura, toda la industria, la construcción y, en el sector servicios, las ramas de transporte y almacenamiento e información y comunicaciones. En las ramas de actividades financieras y de seguros, administración pública y la de actividades artísticas y recreativas, la distribución por género es bastante pareja. Mientras que en las ramas de educación, actividades sanitarias, otros servicios y actividades de los hogares como

empleadores de personal doméstico, la presencia mayoritaria es la femenina. En el resto, aunque también hay más mujeres asalariadas que hombres, la diferencia es menor.

Y la tasa de temporalidad es superior a la media en las ramas donde la presencia es mayoritaria de mujeres. Por el contrario, donde hay más presencia de hombres, la situación varía más: hay ramas con proporción de temporales sobre el total de asalariados muy superiores a la media (véase el caso de la agricultura o la construcción), pero en el resto, predominan los asalariados con contrato indefinido.

Esto indica la mayor precarización que sufren las mujeres, pues tiene más probabilidades de caer en la temporalidad que los hombres, al ser mayor su presencia en sectores, todos ellos, con tasas de temporalidad superiores a la media.

Para ahondar más en esta precarización, los contratos a tiempo parcial son también femeninos en su gran mayoría: el 77 por ciento de las personas que dicen tener una jornada reducida son mujeres. Únicamente en la agricultura, el suministro de energía eléctrica y la construcción, son los hombres quienes copan la jornada parcial. En el resto de ramas siempre es la mujer la que acapara más de la mitad de los puestos de trabajo con jornada inferior a la completa.

Para la mayoría, hombres y mujeres, el motivo principal de estar trabajando a tiempo parcial es no haber encontrado un trabajo a tiempo completo (el 56,2 por ciento de los hombres con jornada parcial se encuentran en esta situación, por el 49,8 por ciento de las mujeres). La diferencia más notable se encuentra en las siguientes respuestas: sólo un 1,5 por ciento de los hombres reduce su jornada para cuidar niños, mientras que el 15,2 por ciento de las mujeres con jornada parcial lo hacen por este motivo. Además, también el 9 por ciento de las mujeres que trabajan a tiempo parcial lo hacen por atender otras obligaciones familiares, cuando en el caso de los hombres sólo son el 1,5 por ciento.

Sin embargo, cuando se trata de seguir cursos de formación o enseñanza, es mayor la respuesta entre los hombres que entre las mujeres: hay un 14,3 por ciento de los pocos hombres que tienen jornada reducida que lo hacen por esta razón, siendo las mujeres el 5,8 por ciento.

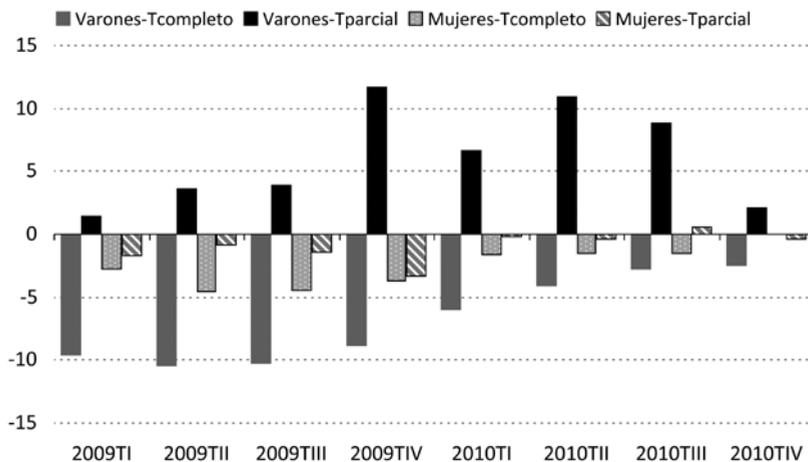
Ocupados según sexo y tipo de jornada laboral, por ramas de ocupación (4º trimestre de 2010)

	TIEMPO COMPLETO				TIEMPO PARCIAL			
	Hombres	Dif. trim.	Mujeres	Dif. trim.	Hombres	Dif. trim.	Mujeres	Dif. trim.
A. Agricultura	563,1	25,9	173,1	29,2	36,0	-2,4	32,4	-2,1
B. Ind. extractiva	42,9	2,5	2,7	0,4	0,5	0,5	0,7	0,5
C. Ind. manufacturera	1.736,8	-0,4	532,3	9,2	27,6	-5,0	78,3	4,8
D. Energía eléctrica	65,2	10,2	16,0	2,9	1,2	-0,1	1,1	0,3
E. Actividades gestión residuos	100,5	-1,8	13,3	-1,6	1,7	0,3	2,0	-0,4
F. Construcción	1.408,1	-85,9	94,0	-4,1	39,0	-4,2	31,4	-1,4
G. Comercio	1.402,5	24,2	1.119,5	28,9	95,0	9,9	341,8	-6,9
H. Transporte	718,4	-4,9	145,7	-3,5	34,0	9,1	35,4	12,5
I. Hostelería	508,7	-57,8	525,9	-62,8	85,9	1,1	202,7	11,0
J. Información y comunicación	323,6	-23,5	139,3	-0,3	18,1	1,9	24,2	1,1
K. Act. financieras y seguros	233,3	-10,6	188,3	0,8	6,3	1,2	18,7	-0,6
L. Act. inmobiliarias	41,4	-1,4	32,5	-0,6	0,5	-0,9	7,2	-1,6
M. Act. prof., científ. y técnicas	405,2	-8,2	341,0	-4,8	22,1	-2,3	72,6	3,3
N. Act. administrativas	375,1	-2,7	279,1	-19,1	32,3	-1,5	213,3	-0,2
O. Admón. Pública y defensa	799,5	-3,5	564,2	23,2	18,3	-5,3	53,7	2,5
P. Educación	349,6	-1,0	614,5	6,3	59,3	16,9	158,7	39,9
Q. Act. sanitarias y serv. sociales	281,6	-15,0	903,7	-12,8	22,3	-0,6	180,5	0,5
R. Act. Artísticas y entretenimiento	138,8	-21,7	88,8	-6,8	45,2	4,2	51,1	4,6
S. Otros servicios	109,0	0,8	169,2	-23,8	9,1	-0,6	67,4	4,2
T. Actv. Hogares	41,9	-11,2	342,4	-16,5	10,0	-2,0	337,0	10,5
U. Act. organiz. y org. extraterrit.	0,2	-0,4	2,8	1,5	0,0	0,0	0,0	0,0
TOTAL	9.645,4	-186,5	6.288,3	-54,6	564,3	20,1	1.910,2	82,5

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Se ha reducido el número de ocupados a tiempo completo en 241.100 personas, la mayoría (más del 77 por ciento) hombres, lo que supone un 1,5 por ciento menos de ocupados de ambos sexos con jornada completa que hace un año. La diferencia interanual también es más acentuada en el caso de los hombres (con una caída del 2,5 por ciento), mientras se mantiene el mismo número de mujeres ocupadas con jornada completa que hace un año.

Por el contrario, ha aumentado el número de ocupados a tiempo parcial, tanto hombres (20.100 más que en el tercer trimestre) como mujeres (82.500 más). Es decir, del aumento de los ocupados con jornada inferior a la completa, más del 80 por ciento corresponde a mujeres. Aunque en la comparación interanual, hay un 2,1 por ciento más de hombres con este tipo de jornada y un 0,4 por ciento menos de mujeres.

Tasa de variación anual de la población ocupada, según género y tipo de jornada, en porcentaje

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

En definitiva, la mujer mantiene su incorporación al mercado de trabajo, se emplea en sectores con mayores tasas de temporalidad, con una jornada más reducida para compaginar el trabajo fuera del hogar con la atención a dependientes, por tanto, cobrando un salario considerablemente inferior¹. Y es el único empleo que se crea, el femenino. ¿Realmente es esta la recuperación que nuestra economía requiere?

El nivel de formación de las mujeres es cada vez mayor² y siguen siendo relegadas a la hora de la contratación, de manera que las políticas activas, de bonificación a la contratación de mujeres, continúan siendo imprescindibles para terminar con las desigualdades del mercado de trabajo. Si estas bonificaciones estimulan la contratación indefinida de mujeres, será un primer paso. Si se incentiva la contratación temporal a tiempo parcial generalizada (hombres y mujeres), se producirá, posiblemente, un efecto sustitución, desplazando los hombres a las mujeres que son las que ocupan estos puestos. Será un paso atrás en la precarización de todo el mercado de trabajo, de hombres y mujeres. La igualdad en la calidad del empleo no puede venir del empeoramiento del de los hombres, sino de una mejora en la calidad de los puestos de trabajo que ocupan las mujeres.

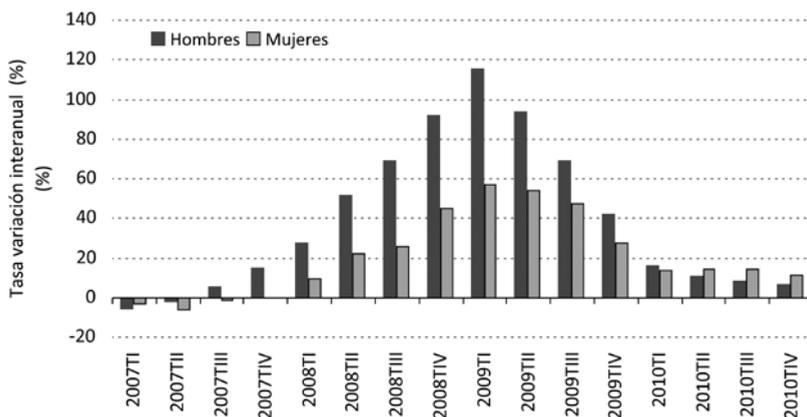
¹ Según el decil de salarios del empleo principal, publicado a partir de la EPA (<http://www.ine.es/prensa/np634.pdf>), en el año 2009, las mujeres tienen una mayor concentración relativa en el decil más bajo de salarios. Además, el 89,2% de los asalariados del tramo más bajo de salarios tiene un trabajo a tiempo parcial, como se ha señalado, el tipo de contrato donde se concentran mayoritariamente las mujeres.

² Del total de mujeres activas, la proporción que tiene estudios superiores es 1,4 puntos porcentuales superior a la que había en el año 2005.

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

El aumento del paro que se recoge en la última Encuesta de Población Activa del año, se distribuye casi por igual según género: hay un 2,6 por ciento más de hombres buscando activamente un empleo, respecto al trimestre anterior, y un 2,7 por ciento más de mujeres en la misma situación.

Tasa de variación anual del número de desempleados, según género, en porcentaje

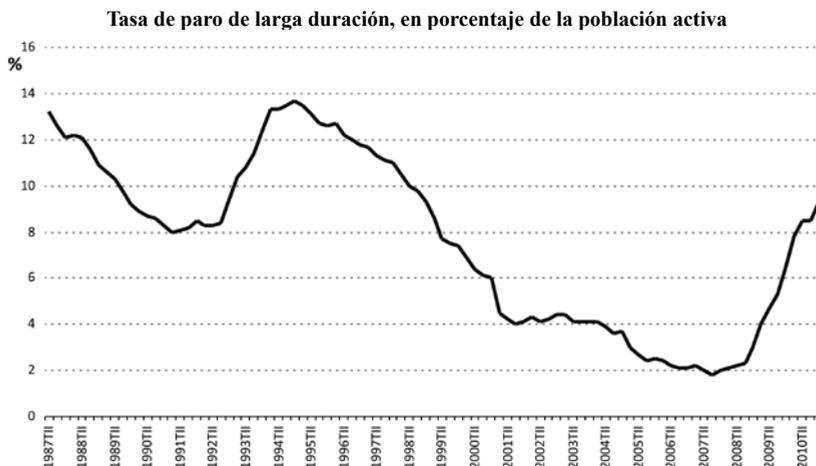


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

La evolución del desempleo muestra que el punto máximo se sufrió en el primer trimestre de 2009. Desde entonces, las tasas de variación anual han sido menores, de manera más acusada en el caso de los hombres. Y desde el segundo trimestre del año 2010, crece de nuevo más rápidamente el desempleo femenino que el masculino. En el cuarto trimestre de 2010 había un 11,2 por ciento más de desempleadas que en el mismo trimestre del año 2009, cuando, entre los hombres, el aumento fue del 6,4 por ciento.

Sin embargo, no hay que olvidar que 4.696.600 personas de las que desean trabajar no encuentran empleo. La tasa de paro se eleva hasta el 20,3 por ciento de la población activa, medio punto más de lo que se recogía en el tercer trimestre de 2010 y un punto y medio más alta que hace un año.

Y el problema fundamental es, como se ha visto, que no hay creación de nuevo empleo, de manera que los que perdieron su puesto de trabajo con el estallido de la crisis, siguen sin encontrar empleo: las tasas de paro de larga duración (más de un año buscando empleo) no sólo son elevadas (aunque no llegan a los niveles de la anterior crisis del año 1993), sino que han crecido muy rápidamente y no hay visos de que puedan recortarse, al menos en el corto y el medio plazo.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

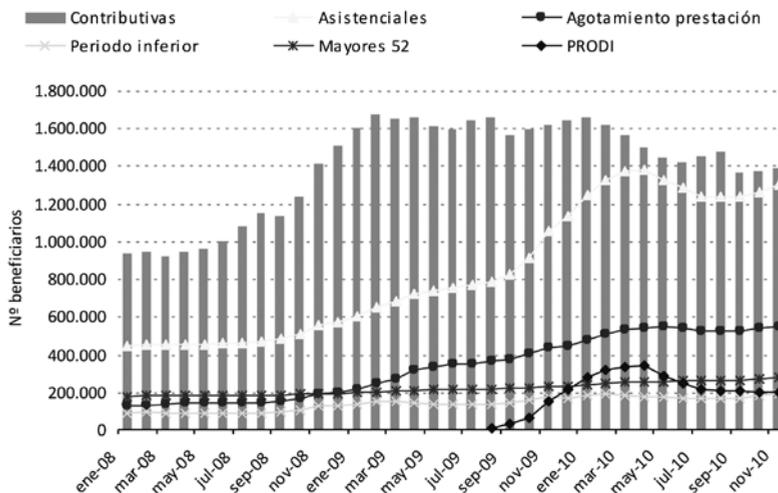
Esto tiene una repercusión inmediata en las prestaciones por desempleo: a medida que avanza el tiempo que se pasa en el paro, se va agotando el derecho a percibir prestación por desempleo de carácter contributivo.

El número más alto de beneficiarios de prestaciones contributivas, hasta la fecha, se alcanzó en febrero de 2009; desde entonces, el aumento de beneficiarios de la prestación por desempleo de carácter asistencial que accedían a esta prestación por haber agotado la contributiva, ha crecido considerablemente.

Desde septiembre de 2009 también se produce un fuerte incremento en el número de perceptores de este subsidio de desempleo, por la creación del Programa Temporal de Protección por Desempleo e Inserción (conocido como PRODI).

Esto no significa que se esté reduciendo el número de desempleados ni disminuyendo la tasa de cobertura (medida simplemente como número de personas que reciben algún tipo de prestación por desempleo respecto al total de desempleados, que sigue rondando el 70 por ciento), sino que cada vez los beneficiarios perciben una prestación de menor cuantía, al aumentar el tiempo de permanencia en el desempleo.

Evolución del número de prestaciones por desempleo, contributivas y asistenciales (desglosadas)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Boletín de Estadísticas Laborales, Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Aún así, las prestaciones por desempleo, tan necesarias en la situación actual, tras la larga paralización de la actividad económica que no permite crear empleo y, con ello, reducir las elevadas tasas de paro, están cumpliendo una función primordial en términos de estabilidad social y sostenimiento de niveles mínimos de consumos para las familias más afectadas por la actual crisis económico-financiera.

5. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

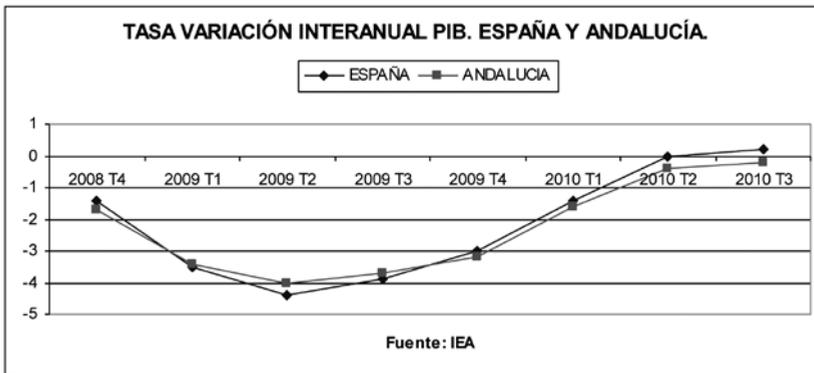
La información de la EPA sobre el último trimestre de 2010 muestra la gravedad de la crisis económica en Andalucía. El total de desempleados que estima el INE es de 1.127.400 personas cifra más alta de toda la serie de la EPA para Andalucía. En términos de tasa de desempleo, la cifra alcanzada en este trimestre es del 28,35%. Estos dos indicadores señalan la intensidad con que la crisis económica está afectando al mercado de trabajo en Andalucía. Las causas determinantes de estas cifras son complejas y exceden con mucho los límites del presente trabajo. Sin embargo, sí podemos señalar que la crisis financiera internacional ha mostrado en España una especial virulencia en su traslado al sector real de la economía. El sistema productivo ha sufrido un impacto muy fuerte en términos de financiación de sus actividades convencionales, de caída de la demanda y de necesidad de reestructuración que ha hecho que su traslación al mercado de trabajo haya sido muy amplificada. Habría que pensar que en España la secuencia de crisis financiera a crisis económica a crisis del empleo ha tenido en esta última fase el detonante especialmente fuerte.

La evolución del mercado de trabajo en Andalucía en el tercer trimestre de 2010, según los datos de la Encuesta de Población Activa, muestra unos resultados más negativos que los correspondientes al conjunto nacional ya que el número de desempleados se situó en 1.129.500 personas lo que significa un aumento de 25.000 respecto al trimestre anterior y de 135.100 respecto al mismo trimestre de 2010. Estos datos significan que en este tercer trimestrem el paro ha crecido en Andalucía en un 2,3% mientras que ha bajado en España en un 1,5%. Esta diferencia en el comportamiento del desempleo a nivel regional y nacional debe ser motivo de reflexión. El desempleo es consecuencia de una multitud de factores que afectan tanto a la oferta como a la demanda de trabajo, incluyendo factores tan variados como la demografía, la estructura demográfica, los niveles salariales, los niveles de vida y precios, los aspectos culturales y sociológicos, los aspectos institucionales, etc. Por tanto, un análisis simplificado como el que podemos hacer en un artículo de las características del que aquí llevamos a cabo no permite hacer análisis profundos, pero sí puede servir para poner de manifiesto algunas diferencias significativas entre lo ocurrido en el conjunto de España y lo acaecido en Andalucía.

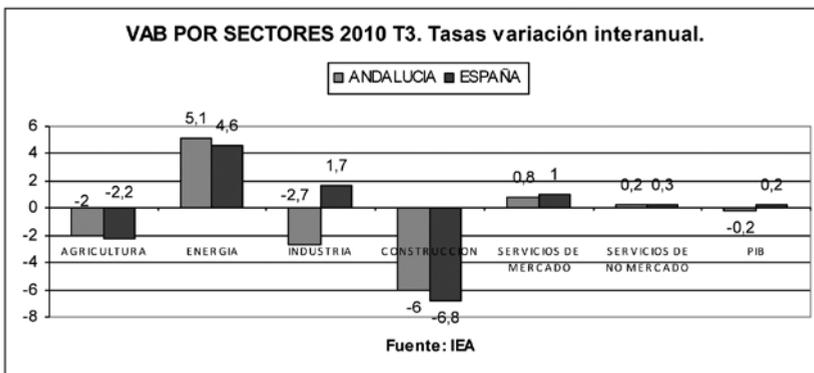
La dinámica del desempleo se puede estudiar como resultado de la evolución de la oferta de trabajo y de la demanda del mismo. Para este último componente es especialmente interesante observar la evolución de la actividad económica. Los últimos datos disponibles en el momento de elaboración de este trabajo están referidos al tercer trimestre de 2010. Por ello, la información que aporta es sólo indicativa de la evolución reciente de la economía andaluza en los últimos trimestres de 2010.

La actividad económica parece que está volviendo a la senda de crecimiento en tasas positivas. Los datos de la Contabilidad Regional Trimestral de

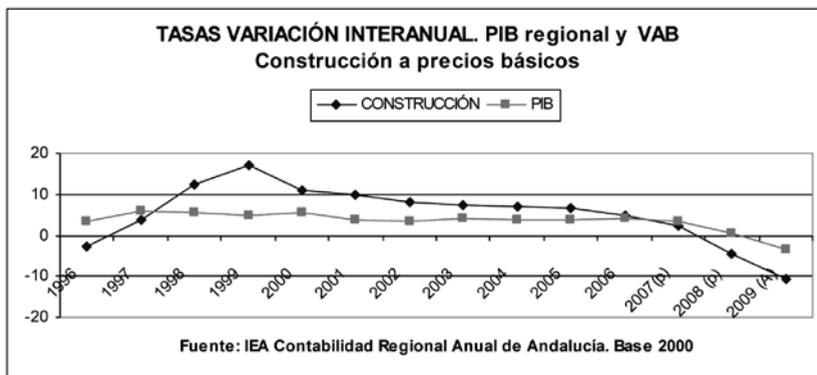
Andalucía (Base 2000) elaborados por el Instituto de Estadística de Andalucía señalan que la economía andaluza decreció un 0,2% en el tercer trimestre de 2010 respecto al mismo trimestre del año anterior. Esta cifra es cuatro décimas menor que la estimada para el conjunto de la economía española. Respecto al trimestre anterior el decrecimiento fue de 0,1%, tres décimas menos que el trimestre anterior. Según los datos de la demanda ha sido el sector exterior el que ha tenido una contribución positiva mientras que la demanda regional ha aumentado este trimestre su contribución negativa a la evolución del PIB.



La evolución de los diferentes sectores de actividad en el tercer trimestre de 2010, el agrario y pesquero en Andalucía experimentó una tasa del -2% , dos décimas superior al correspondiente a la media nacional. Las ramas energéticas registran el comportamiento más positivo con un crecimiento del 5,1%. Por el contrario el conjunto de la industria registró una caída del 2,7%, diferenciándose de manera significativa de lo ocurrido en el mismo sector a nivel nacional. El sector de la construcción sigue en caída estimándose una tasa de crecimiento del -6%, siendo 8 décimas superior al nivel nacional. Los servicios han crecido, especialmente los orientados al mercado.



Entre todos los sectores productivos, ha sido el sector de la construcción el que ha centrado la atención como indicador de un modelo de crecimiento económico que ha provocado un proceso de gran crecimiento en los años de bonanza económica y que tras su colapso puede explicar la caída de la actividad económica dado su gran peso en el proceso productivo. Atendiendo a los datos de la Contabilidad Regional anual de Andalucía (base 2000) se puede considerar la evolución del sector entre 1996 y 2009. Entre 1998 y 2006, las tasas de crecimiento del sector de la construcción han sido superiores a las del PIB regional, llegando a alcanzar valores de 17% en 1999. A partir de 2006 las tasas de crecimiento estimadas del sector caen significativamente indicando el colapso de la actividad del sector..



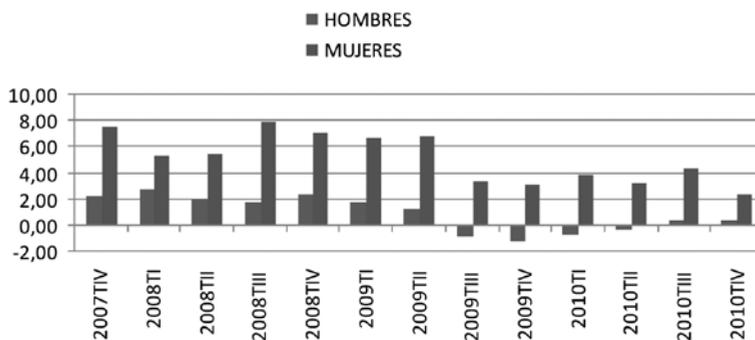
Pasaremos a continuación a analizar más detenidamente las principales variables laborales en Andalucía a lo largo del cuarto trimestre de 2010.

La oferta de trabajo

La evolución de la población activa en este cuarto trimestre de 2010 muestra que la población activa en Andalucía modera su crecimiento. El total de población activa se ha situado en 3.976.500 personas, lo que significa un aumento de 20.200 personas respecto al trimestre anterior. Este aumento ha sido en su totalidad de mujeres cuyo número ha aumentado en 26.100 personas, mientras que la población activa masculina en este trimestre se ha reducido en 6.000 efectivos. En lo que respecta a la comparación con el mismo trimestre el año anterior, la población activa andaluza también ha aumentado (48.900 personas). Este crecimiento ha sido fundamentalmente debido al comportamiento de la población activa femenina que ha aumentado en 40.100 personas (1,25%) mientras que la población activa masculina ha crecido en 8.800 personas (0,39%). La mayor crecimiento en la participación de la mujer en el mercado de trabajo andaluz se mantiene desde el comienzo de la crisis económica, siendo especialmente importante la diferencia en las tasas de variación interanuales entre hombres y mujeres en los últimos trimestres, funda-

mentalmente a partir de 2009 cuando los aumentos de población activa masculina se reducen drásticamente y en algunos trimestres, toman valores negativos

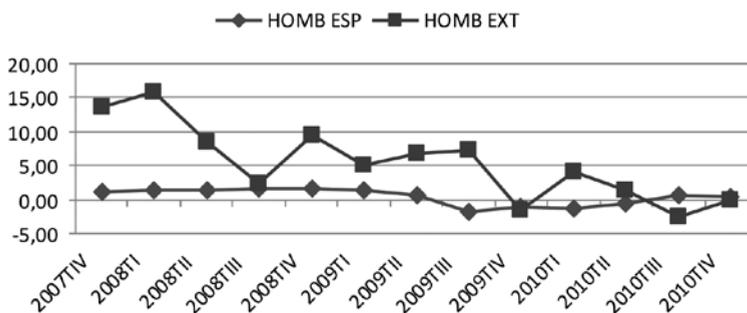
VARIACIÓN DE LA POBLACIÓN ACTIVA. POR GÉNERO. ANDALUCÍA 2007 TIV-2010 TIV



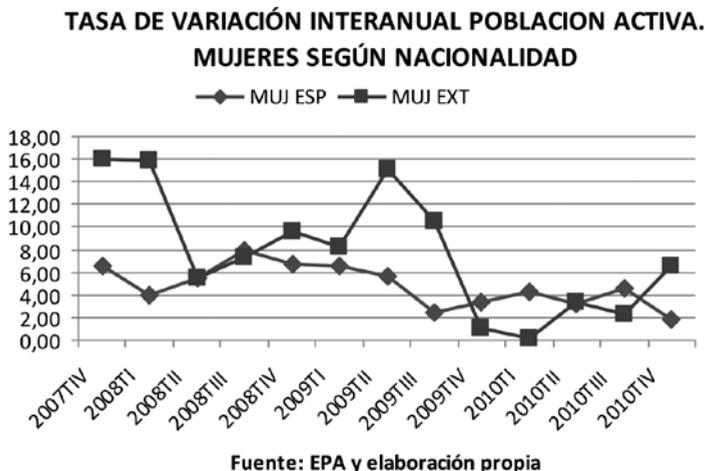
Fuente: EPA y elaboración propia

La evolución descrita de la oferta de trabajo según nacionalidad también ha seguido la misma pauta entre hombres y mujeres. Las tasas de variación interanual de la población activa masculina y femenina muestran desde finales de 2007 una clara tendencia a la reducción. Esta tendencia se ha presentado de forma más acusada entre los hombres de nacionalidad española, alcanzándose unas tasas de crecimiento parecidas a lo largo del año 2010. Un fenómeno semejante ha ocurrido entre la población femenina, si bien las tasas de variación de la población activa de nacionalidad extranjera es mucho más volátil que la de la población de nacionalidad española.

TASA VARIACIÓN POBLACIÓN ACTIVA. ANDALUCÍA HOMBRES SEGÚN NACIONALIDAD

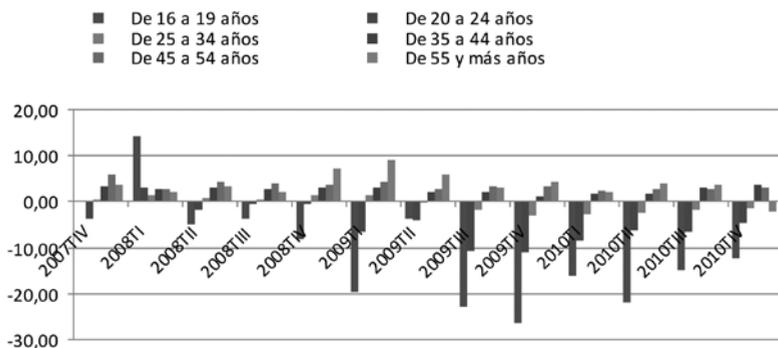


Fuente: EPA y elaboración propia



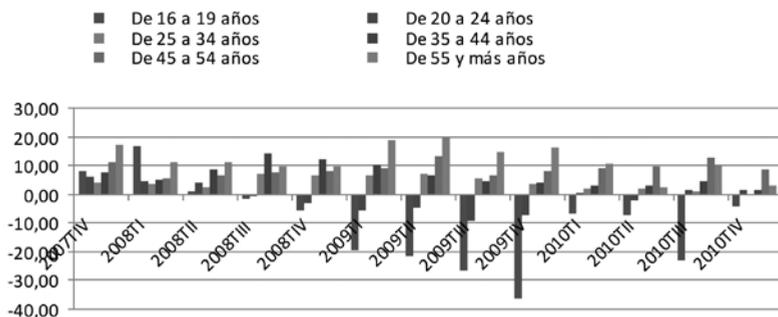
Por último, si consideramos la población activa atendiendo a la edad y al sexo de sus integrantes podemos identificar grupos de población que están experimentando diferentes pautas de oferta de trabajo. En lo que respecta a la población activa masculina, la caída de la oferta de trabajo se centra fundamentalmente en los grupos de edad más jóvenes. Los grupos de 16 a 34 años presentan tasas de variación interanual negativas en el periodo comprendido entre el cuarto trimestre de 2007 y de 2010. Por el contrario, las tasas de variación interanual de la población activa de los mayores de 35 años a lo largo del mismo periodo son reducidas aunque positiva, salvo en el caso de los mayores de 55 años en el cuarto trimestre de 2010. Una pauta de comportamiento semejante, aunque con matices, se encuentra entre los distintos tramos de edad de la población femenina. En este caso, la reducción de la oferta de trabajo se ha concentrado entre las más jóvenes (fundamentalmente entre los 16 y 19 años) Por el contrario, es significativo el comportamiento de los grupos de edad más elevada, (entre 45 y 54 años y de 55 años y más) los cuales presentan tasas de variación interanual muy positivas, lo que da a entender un fenómeno de activación laboral de personas que no ofrecían trabajo como consecuencia del impacto de la crisis económica en las rentas familiares. Los comportamientos de oferta de trabajo de los diferentes grupos de edad y género, muestran una reducción de la participación de los más jóvenes tanto hombres como mujeres y un aumento de la actividad del colectivo de mujeres en los tramos de edad más altos.

TASA VARIACIÓN INTERANUAL DE LA POBLACIÓN ACTIVA ANDALUCÍA. Hombres y grupos de edad



Fuente: EPA y elaboración propia

TASA VARIACIÓN INTERANUAL DE LA POBLACIÓN ACTIVA. Mujeres por grupo de edad



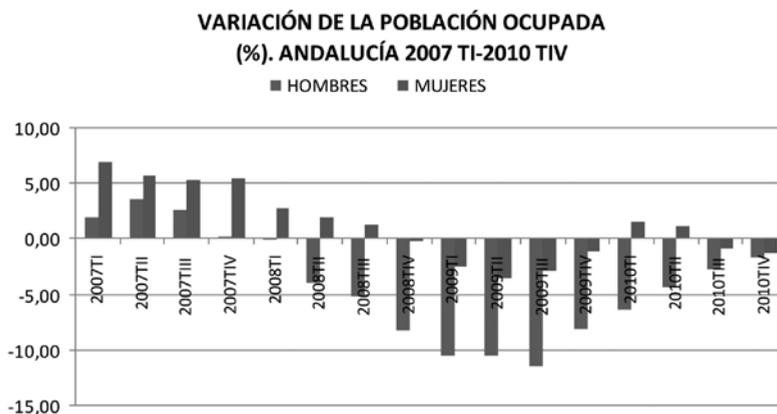
Fuente: EPA y elaboración propia

Es indudable que la crisis económica esta afectando la estructura de la oferta de trabajo en Andalucía. La tasa de actividad media de la población mayor de 16 se estima en Andalucía en el cuarto trimestre de 2010 en el 58,73% (siendo la media nacional del 59,99%). Sin embargo, la diferencia entre los grupos de hombres y mujeres es todavía elevada. La tasa masculina es del 67,46% (67,72% en España), la tasas femenina 50,30% (52,60% en España). Las diferencias en las tasas de actividad por género son significativas, pero la tendencia a la convergencia entre las tasas de actividad andaluza y nacional se mantienen.

La demanda de trabajo

Si bien la crisis económica está afectando a la oferta de trabajo, está poniendo de manifiesto su cara más amarga en la evolución de la ocupación. El proceso de destrucción de empleo ha sido significativo desde el segundo trimestre de 2007 cuando se alcanzó la mayor cifra de ocupados en Andalucía (3.228.400 personas). Desde entonces la ocupación se ha ido reduciendo de forma especialmente drástica a lo largo de los años 2008 y 2009. A partir de entonces la caída del empleo se suaviza, estabilizándose a torno a una media de dos millones novecientas mil personas entre el tercer trimestre de 2009 y el segundo de 2010. El tercer trimestre de 2010 presentó otra drástica caída del empleo, que se ha recuperado algo en el último trimestre del año, en el la EPA ha estimado un total de 2.849.100 ocupados. Esto significa que desde el segundo trimestre de 2007 hasta el último de 2010 en Andalucía se han perdido casi 380.000 ocupados, una magnitud que indica que el impacto agregado de la crisis ha sido especialmente significativo en Andalucía.

Sin embargo, detrás de este panorama general, se debe señalar que diversos grupos de población han experimentado la crisis del empleo de forma diferenciada. Una de las características significativas de la actual situación económica es el impacto diferenciado sobre hombres y mujeres y diversos grupos de edad. Como se puede observar en el gráfico correspondiente, la pérdida de empleo en Andalucía más significativa la han sufrido el grupo de los varones, siendo mucho más atenuada entre las mujeres, que incluso han presentado tasas de variación interanual positivas en el primer y segundo trimestre del año 2010.



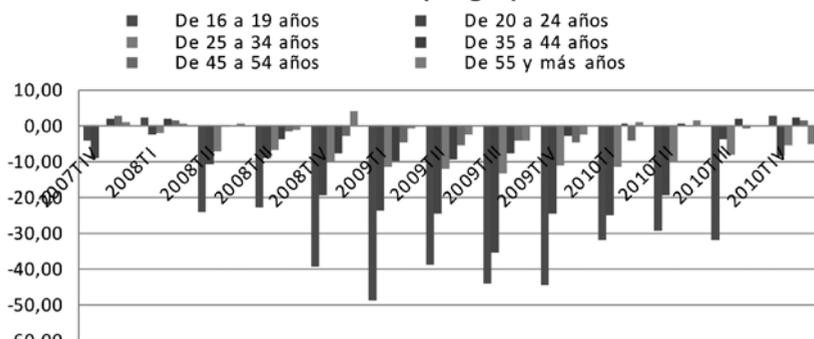
Fuente: EPA y elaboración propia

Si atendemos a la estructura de edad de la población, la pérdida de empleo está afectando de forma más intensa a los más jóvenes. En los periodos más graves de la crisis (especialmente durante los cuatro trimestres de 2009), las tasas de

variación interanuales de la ocupación tomaron valores negativos para todos los grupos de edad de la población masculina. El año 2010 ha sido algo más benévolo en lo que respecta a la evolución de la ocupación. La intensidad de la pérdida de empleo de los varones se ha centrado fundamentalmente en los más jóvenes.

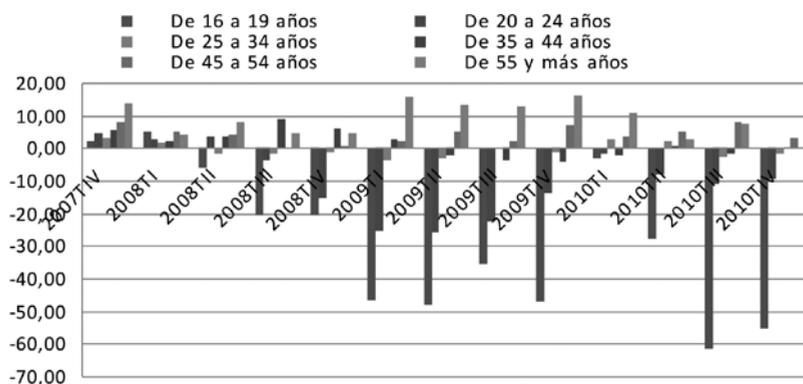
Por el contrario, los diversos grupos de edad de la población femenina en Andalucía presentan exposiciones diferenciadas a la crisis. De nuevo, destaca el impacto de la crisis en los grupos más jóvenes (con tasas negativas de variación interanual de la ocupación más destacadas que las de sus equivalentes masculinos). Sin embargo, la ocupación de otros grupos de edad, sobre todo los más adultos, muestran tasas de variación interanual de la ocupación positivas, incluso en periodos de especial intensidad de la crisis.

TASA VARIACIÓN INTERANUAL DE LA POBLACION OCUPADA. Hombres por grupos de edad



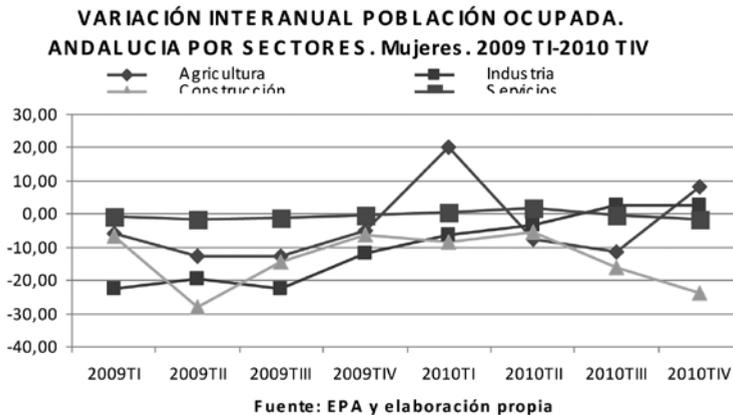
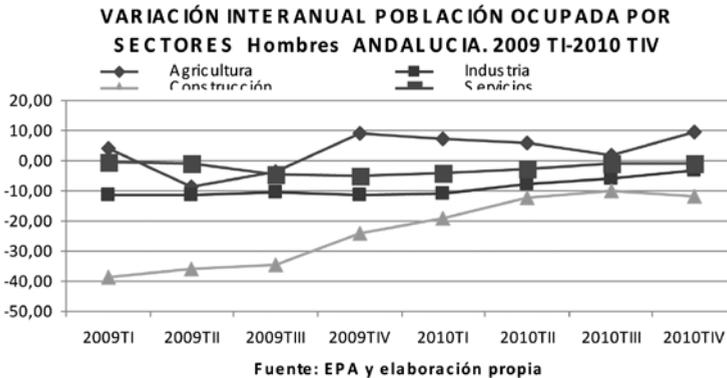
Fuente: EPA y elaboración propia

TASA VARIACIÓN INTERANUAL DE LA POBLACION OCUPADA. Mujeres por grupos de edad



Fuente: EPA y elaboración propia

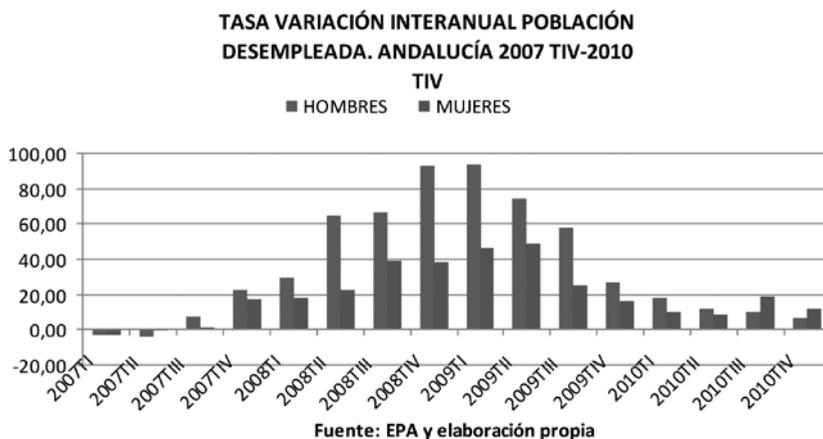
De la evolución de la ocupación en Andalucía, podemos deducir que están siendo los grupos de población compuesta por mujeres de mayor edad los que están capeando la crisis del empleo de forma más satisfactoria que otros grupos poblacionales, especialmente los más jóvenes. Las causas de esta evolución son variadas y complejas siendo uno de los factores más determinantes la estructura de la producción y por tanto de la ocupación. Como ya hemos tendido ocasión de señalar anteriormente, la evolución del sector de la construcción es uno de los elementos más característicos a la hora de explicar la evolución la pérdida de ocupación en Andalucía. Mientras que las tasas interanuales de variación de la ocupación en el sector de los servicios han sido prácticamente nulas, las pérdidas de empleo en los sectores de la industria y de la construcción se van reduciendo paulatinamente, especialmente en primero de ellos. La evolución de la ocupación entre las mujeres tiene rasgos comunes a lo ocurrido con los hombres, si bien presentan rasgos más suavizados.



La dinámica del desempleo

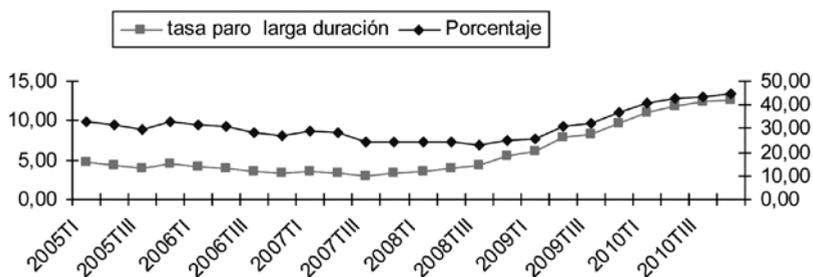
El rostro más amargo de la crisis está siendo el de la evolución del desempleo. En el cuarto trimestre de 2010, la EPA estima que un total de 1.127.400 personas están desempleadas en Andalucía. Esta cifra representa una reducción de 2.200 personas respecto al trimestre anterior, pero un aumento de 93.400 personas respecto al mismo trimestre de 2009 (un aumento del 9,03%). La tasa de paro global de Andalucía se situó en el 28,35% la segunda más alta de las Comunidades Autónomas españolas, sólo por detrás de la de Canarias. Al igual que hemos señalado anteriormente respecto a la diversa incidencia de la crisis en la oferta y demanda de trabajo de colectivos específicos de mujeres, hombres, jóvenes o mayores. A este respecto, la tasa de paro media de los hombres era del 26,82%, mientras que el de las mujeres era del 30,34%. En términos absolutos, el número total de desempleados se estimó en 602.000 varones (lo que significa una variación interanual del 6,55%) y de 525.300 mujeres (un 12,02% de variación interanual),

La incidencia del proceso de aumento del desempleo a lo largo de los años de la crisis ha afectado fundamentalmente a los hombres. Como se pone de manifiesto en el gráfico, en los periodos más álgidos de la crisis (final de 2008 y principios de 2009) las tasas de variación interanual del desempleo masculino superaron el 90%. Por el contrario, las tasas de crecimiento interanuales del desempleo femenino presentan los valores más elevados (en torno al 45%) con cierto retardo respecto al masculino (segundo y tercer trimestre de 2009). Otro dato de interés es que en la segunda mitad del año 2010 se han cambiado la tendencia y las tasas de crecimiento del desempleo femenino son mayores que las masculinas en los dos últimos trimestres del año.



Uno de los rasgos más significativos de la crisis actual es la incidencia del desempleo de larga duración. La dinámica de la crisis y su duración en España afecta de forma significativa a la dinámica del desempleo siendo uno de sus rasgos más significativos el de su persistencia. El desempleo de larga duración en Andalucía (más de un año) crece de forma significativa a partir de 2008 llegando en el cuarto trimestre de 2010 a 503.800 personas (casi cuatro veces más que en 2007). La escalada del desempleo de larga duración también se pone de manifiesto en el peso que ha adquirido sobre el total del desempleo. En el último trimestre de 2010 el desempleo de larga duración representa casi al mitad (el 44,69%) del total de desempleo en Andalucía.

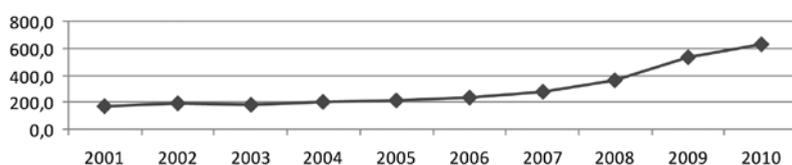
PARO DE LARGA DURACIÓN. TASA DE PARO (Eje izq) Y PORCENTAJE DEL TOTAL DE DESEMPLEO (Eje Dcha.) ANDALUCÍA 2005 TI-2010 TIV.



Fuente: EPA y elaboración propia

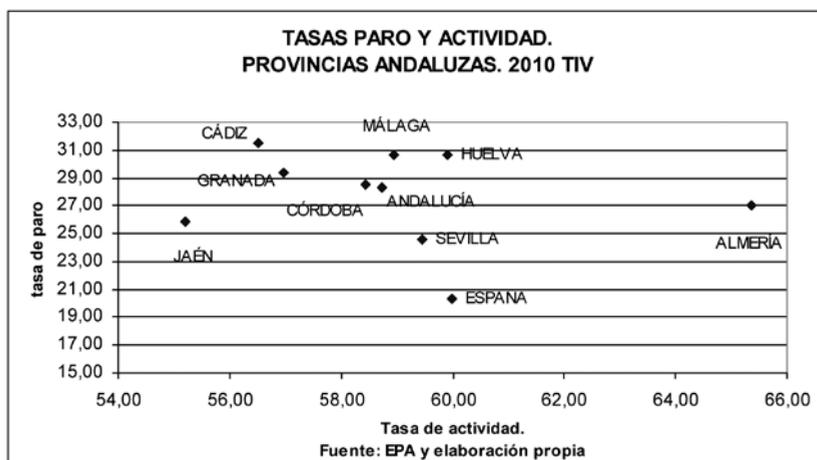
El desempleo de larga duración está peso en el total del desempleo y como consecuencia atrae la atención sobre las prestaciones por desempleo. El total de personas con prestaciones por desempleo en Andalucía está aumentando de forma significativa desde 2007 y en 2010 el número medio de beneficiarios de prestaciones por desempleo en Andalucía se situó en 627.100 personas.

BENEFICIARIOS DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO. ANDALUCIA. 2001-2010. En miles.



Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales y elaboración propia

Para concluir una breve panorámica de la situación de las distintas provincias andaluzas en el último trimestre de 2010. Para su caracterización utilizaremos las tasas de paro y de actividad de la población de más de 16 años que presenta la EPA en cada una de ellas. De la situación descrita y que se recoge en el gráfico de dispersión correspondiente, destaca la situación de Almería, cuya tasa de paro es algo más baja que la media andaluza y presenta una tasa de actividad muy superior a la media (65,34%). En el extremo opuesto se halla la provincia de Jaén con una tasa de actividad del 55,22%. En lo que respecta a las tasas de paro, la provincia con una tasa mayor es Cádiz (31,47%) seguida de Málaga (30,60%). La provincia con la tasa de paro menor es Sevilla (24,60%). Un indicador sintético de la situación del mercado de trabajo en cada provincia sería la tasa de empleo. En este sentido, la provincia con una tasa menor es Cádiz (38,74%), la media de Andalucía es del 42,08%, la provincia con una tasa de empleo mayor es Almería (47,66%), siendo la media nacional del 47,80%.



INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Cuarto trimestre de 2010

	Unidad	Periodo	Dato	ESPAÑA		ANDALUCÍA		
				VA(*)	VB(*)	Dato	VA(*)	VB(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	4º Trim. 10	23.104'8	-0'1	0'6	3.976'5	0'5	1'2
Tasa de actividad	Porcentaje	4º Trim. 10	59'99	-0'1	0'2	58'73	0'3	0'4
Hombres	67'72	-0'6	-0'4	67'46	-0'2	-0'1
Mujeres	52'60	0'4	0'9	50'30	0'7	0'9
16-19 años	19'12	-3'5	-1'8	20'10	-2'0	-1'7
20-24 años	63'83	-2'9	-1'3	64'05	-1'5	0'5
25-54 años	85'81	0'5	0'9	82'78	1'0	1'2
Más de 55 años	21'55	0'1	0'3	19'05	-0'1	-0'4
Ocupados	Miles	4º Trim. 10	18.408'0	-0'7	-1'3	2.849'1	0'8	-1'5
Agricultura	804'5	6'7	2'8	247'3	39'2	9'4
Industria	2.622'8	0'9	-2'2	262'9	2'5	-1'9
Construcción	1.572'5	-5'7	-12'8	235'3	-5'0	-12'6
Servicios	13.408'3	-0'9	0'2	2.103'6	-1'9	-1'3
Asalariados del sector público	..	4º Trim. 10	3.168'5	-0'2	3'4	570'7	-2'8	2'6
Asalariados temporales	..	4º Trim. 10	3.800'3	-3'8	-2'2	816'7	1'8	-4'1
Parados encuestados	..	4º Trim. 10	4.696'6	2'7	8'6	1.127'4	-0'2	9'0
Hombres	2.545'2	2'6	6'4	602'0	-0'7	6'5
Mujeres	2.151'4	2'7	11'2	525'3	0'4	12'0
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	4º Trim. 10	20'33	0'5	1'5	28'35	-0'2	2'0
Hombres	19'95	0'7	1'3	26'82	-0'1	1'6
Mujeres	20'79	0'4	1'7	30'34	-0'3	2'6
16-19 años	63'83	3'9	6'3	67'74	-2'8	4'0
20-24 años	38'38	2'2	3'4	45'44	0'5	4'5
25-54 años	18'90	0'6	1'5	26'44	-0'1	1'8
Más de 55 años	13'82	0'4	1'4	22'00	0'7	2'5
Parados de larga duración	45'88	2'8	11'4	44'69	1'5	7'9
Parados registrados	Miles	4º Trim. 10	4.098'8	3'4	6'0	912'7	3'8	7'6
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	4º Trim. 10	633'3	0'0	1'5
Coste laboral por trabajador	€/mes	3er Trim. 10	2.421'49	-6'1	-0'3	2.255'29	-6'2	-1'6
Industria	2.735'53	-4'6	2'0	2.564'11	-2'4	3'9
Construcción	2.471'62	-6'5	-0'8	2.317'53	-9'9	-2'9
Servicios	2.349'41	-6'4	-0'6	2.201'91	-6'2	-2'1
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	3er Trim. 10	125'60	-7'2	1'0	127'40	-5'7	-0'4
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	Oct-Nov 10	3.071 48.002	-8'2	-33'4	311	11'5	4'0
Trabajadores	Extinción de empleo	..	7.748	-34'6	-42'3	590	-26'8	-37'8
	Suspensión de empleo	..	25.670	-24'5	-73'5	2.353	0'6	-58'8
	Reducción de jornada	..	14.584	44'8	361'5	652	84'2	236'1
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	Octubre 10	102	-54'3	-71'7
Participantes	Miles	..	10'41	-74'2	-77'4	0'50	-16'7	-24'0
Jornadas no trabajadas	24'71	-75'8	-88'8	1'94	72'7	-78'4
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	3er Trim. 10	0'20	0'3	4'1
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	3er Trim. 10	-13'5	-0'1	0'1
Inflación	Porcentaje	3er Trim. 10	3'00	0'9	2'2
Tipo de interés (Euribor 12) meses)	Porcentaje	3er Trim. 10	1'54	0'1	0'3

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

Informes y Documentos

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA EN 2010

FRANCISCO PINA PÉREZ

Jefe de Servicio de Negociación Colectiva
CARL. Junta de Andalucía

El ejercicio 2010 ha sido complicado desde el punto de vista de la negociación colectiva, haciéndose eco del contexto económico y social en el que se han desarrollado los procesos negociales. El proceso negocial se enfrentaba en el año 2010 a la negociación de algo más de trescientos treinta convenios colectivos que terminaron su vigencia a finales del año 2009 o lo hacía a lo largo de este ejercicio, de los cuales setenta y tres eran convenios colectivos de sector. A ellos debía acumularse la pendencia de negociaciones de años anteriores, en torno a una cifra similar. Se trataba por tanto de un elevado número de convenios, de los cuales ciento diecinueve eran de ámbito sectorial.

Al finalizar el año 2010, de los convenios colectivos que debían haberse negociado durante el año aún restaban algo más de doscientos treinta convenios colectivos por negociar, de los cuales treinta y ocho eran de sector, a los que habría de sumar otros treinta convenios de sector más que continuaron su pendencia arrastrada de ejercicios anteriores.

Un cúmulo de circunstancias tanto endógenas como exógenas a los procesos negociales se encuentran en el porqué de esta ralentización en las negociaciones: Por una parte la coyuntura económica, marcada por las consecuencias de la crisis internacional que ya se hacía evidente en los últimos meses de 2009 que hacían presagiar lo sucedido en este ejercicio (tasas de paro superiores al 18% a nivel nacional y al 26% en Andalucía, junto con la contracción de la actividad empresarial y la caída de la producción, hasta en un 14 y un 17% respectivamente para Andalucía y España).

Por otra parte, las negociaciones, se han visto afectadas por una especial problemática en la fijación de las revisiones salariales en determinados sectores, un tema que tradicionalmente había tenido un carácter pacífico en nuestra Comunidad y que había quedado sin resolver en importantes sectores en el ejercicio anterior, tras un año de ausencia de acuerdo interconfederal en 2009, sumada a la ausencia de previsiones de IPC y a su fijación por parte del Gobierno, unidas a un IPC real inferior al tradicionalmente previsto. En este ejercicio 2010 han ido encontrando solución a esta problemática importantes sectores de actividad, si bien otros han judicializado el conflicto sin conseguir en el año 2010 una solución. Ciertamente la ordenación del salario ha focalizado a lo largo de todo el ejercicio las negociaciones y las discrepancias o conflictos ge-

nerados, incluso llegando a originar bloqueos previos o posteriores a la constitución de las mesas, dificultando el desarrollo del diálogo entre las partes.

Por lo que Andalucía se refiere, a finales del mes de noviembre de 2009, los interlocutores sociales andaluces habían firmado la continuidad de los procesos de concertación, con la rúbrica del VII Acuerdo, con claras llamadas a la negociación colectiva, a la que considera junto al diálogo social “como fuerza motriz imprescindible para la consolidación y el desarrollo de las necesarias actuaciones económicas y sociales que faciliten y consoliden la modernización y adecuación de nuestro sistema de relaciones laborales”. Posteriormente, en torno al mes de febrero, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel nacional, darían cuerpo al Acuerdo para la Mejora del Empleo y la Negociación Colectiva, el ANC 2010-2012, que iba, en principio, a permitir y a propiciar el desbloqueo de algunos convenios colectivos que se encontraban a la espera de las previsiones del IPC, y de igual número de conflictos planteados, a raíz de la demanda de los trabajadores del cumplimiento de lo pactado en materia salarial o de la nueva negociación del convenio. Este AINC fijaría un incremento salarial de hasta el 1% para 2010.

No obstante, estos instrumentos no han sido suficientes para contrarrestar el devenir de la economía durante este año marcada por un aumento fiscal, y una reducción del gasto público, con clara incidencia en el sector público (reducción salarial de los empleados públicos), y las incertidumbres creadas a lo largo del mismo con la anunciada reforma laboral, que cristalizaron en forma primero, de Real Decreto-Ley y luego, de Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo, evidenciando la falta de consenso y entendimiento entre los interlocutores sociales.

A estas causas de gran envergadura se unió finalmente la entrada en vigor del Real Decreto 713/2010, sobre Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, que venía a reformar el procedimiento de registro de los convenios colectivos implantando la presentación telemática obligatoria de los mismos. Y que ha venido a ralentizar en los últimos meses del año la inscripción de convenios debido a las dificultades técnicas causadas por la implantación del nuevo sistema de registro.

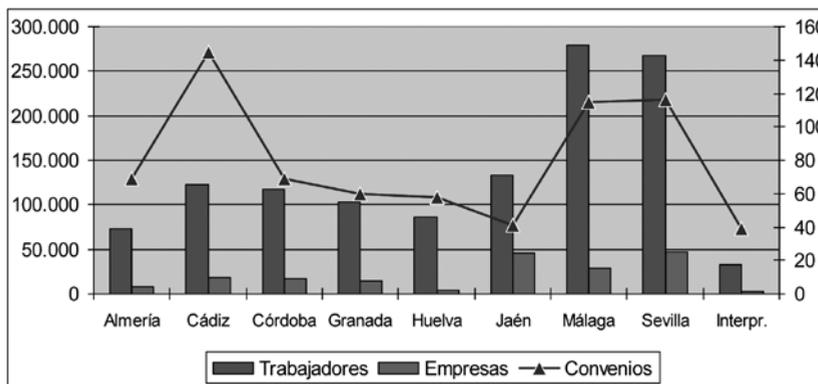
Aún así el número de convenios colectivos vigentes en el territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza al finalizar el ejercicio 2010 ha sido importante pues ha alcanzado la cifra de 712 convenios colectivos. De ellos, la gran mayoría corresponden a un ámbito funcional negociador de nivel de empresa o inferior, alcanzando a 580 de los convenios vigentes, lo que supone el 81,46% del total; por el contrario, los convenios de sector suponen 132 del total, es decir, un 18,54% de los mismos. De la totalidad de esos convenios, 210 son “originarios” --esto es, han sido recepcionados a lo largo de este año por el CARL--, mientras que el resto de los convenios, 502 son “revisados” --esto es,

firmados durante años anteriores que continúan vigentes en 2010--.

La extensión territorial de su eficacia o ámbito geográfico, permite afirmar respecto a la distribución provincial de estos convenios, que el mayor índice de actividad negociadora se localiza en la circunscripción de Cádiz, provincia a la que corresponde un número de 145 del total de convenios vigentes en Andalucía.

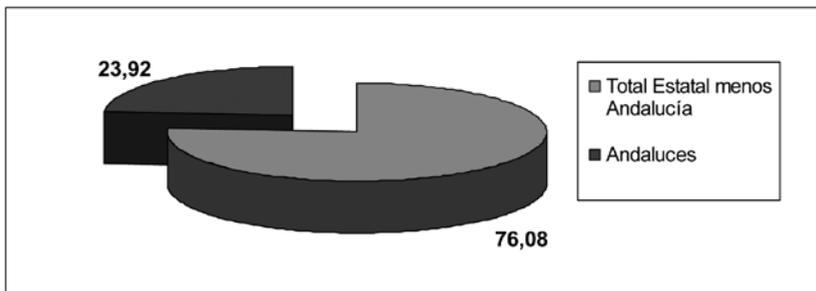
Respecto a la distribución provincial de los convenios, por trabajadores y empresas, puede observarse que las provincias que tienen mayor número de trabajadores, como ocurriera en años precedentes, continúan siendo Málaga, Sevilla y Jaén, sin embargo, no son aquellas en las que se negocia el mayor número de convenios colectivos, sino que esta actividad es más intensa en la provincia de Cádiz. De esto se deduce la existencia de mayor uniformidad en la negociación colectiva en las provincias de Málaga y Sevilla, donde existe o bien menor atomización empresarial que en Cádiz, dado que un menor número de convenio acoge casi al doble de los trabajadores -por lo que la tendencia es la existencia de grandes empresas con alto número de trabajadores-; o bien mayor cultura por negociar convenios colectivos de ámbito provincial y/o de sector, frente a los convenios de ámbito de empresa.

Distribución provincial de convenios (eje de la derecha), trabajadores y empresas



La trascendencia de estos datos se aprecia mejor comparándolos con la negociación colectiva del conjunto del Estado o de otras Comunidades. Para ello se utilizará como fuente las Estadísticas de Convenios Colectivos de Trabajo del MTAS a fecha de 31 de diciembre de 2010. Desde esta perspectiva, los convenios colectivos registrados a diciembre de 2010 constituyen un total de 2.976, lo que supone que los convenios andaluces representarían el 23,92% del total de convenios computables.

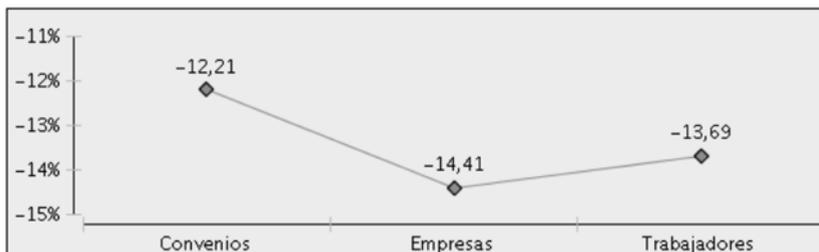
Proporción de convenios andaluces sobre el total del conjunto del Estado



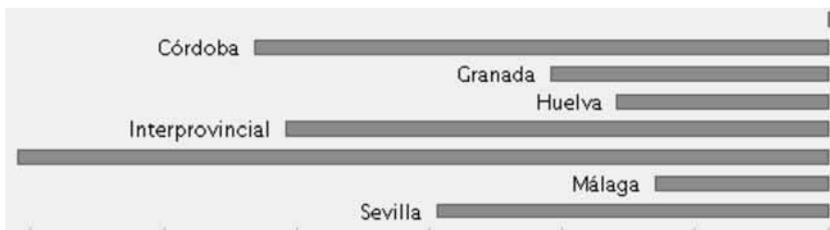
Fuente: CARL y estadística de Convenios Colectivos de Trabajo del MTAS, en relación con los convenios registrados en el mes de diciembre 2010 con datos obtenidos hasta el 31 de enero de 2011.

Examinando las cifras derivadas de la negociación colectiva vigente en el mismo periodo de tiempo del año anterior, se observa que los datos de 2010 suponen una alteración en todas las magnitudes: Número de convenios vigentes, número de empresas afectadas y número de trabajadores incluidos. En el año 2010 se encuentran vigentes un 12,21 % menos de convenios, en el ámbito de afectación tenemos un 14,41% menos de empresas y un 13,69% menos de trabajadores.

Variación porcentual respecto a año anterior. Convenios, empresas y trabajadores



Comparativa interanual número de convenios colectivos vigentes por provincias



Si se provincializan los datos se aprecia la disminución global de convenios, siempre en comparación con datos similares de fechas anteriores, observándose que sólo se incrementa en los convenios de Cádiz.

A su vez, y si se realiza un análisis comparativo de la evolución de la negociación colectiva desde el año 2006 hasta la fecha, se aprecia un aumento de convenios hasta el año 2007 y un descenso del número de convenios en los años siguientes.

Por lo que respecta al ámbito de afectación de estos convenios, se observa la disminución de trabajadores acogidos a la negociación, rompiendo la constante mantenida desde el año 2008, como indican los gráficos siguientes, así como una caída en el número de empresas acogidas a estos convenios.

Número de convenios colectivos vigentes. Evolución

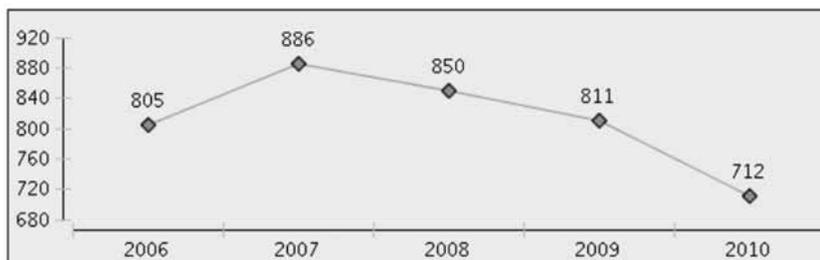


Gráfico 1. Empresas acogidas a convenios colectivos vigentes. Evolución

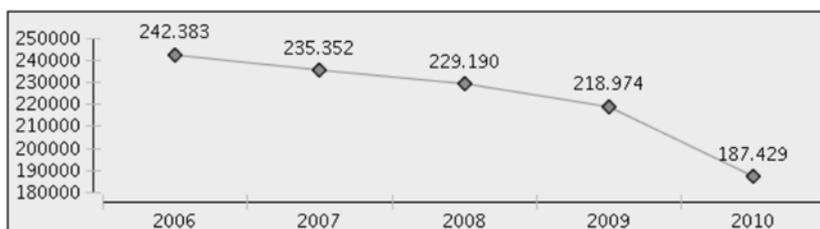
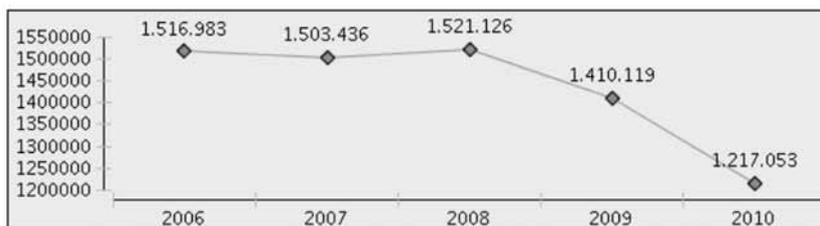
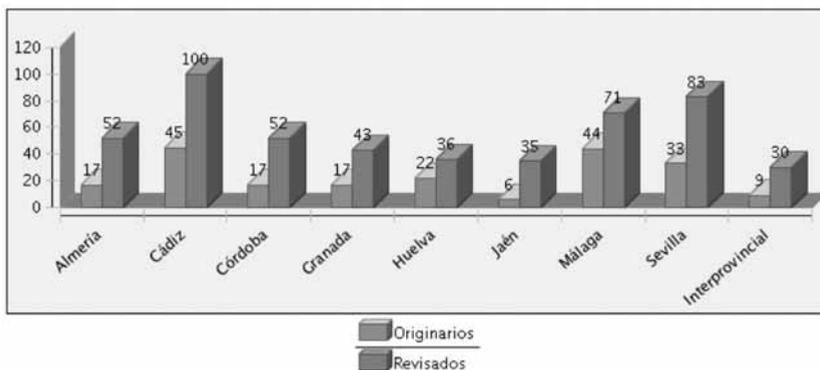


Gráfico 2. Trabajadores acogidos a convenios colectivos vigentes. Evolución



De los 712 convenios vigentes en Andalucía, los textos que pueden considerarse como originarios del año 2010, un total de 210, suponen el 29,49% del total. Es decir, un porcentaje manifiestamente inferior al de los convenios revisados, (502) que alcanza al 70,51%. Esta proporción se mantiene -aunque con algunas alteraciones- a nivel provincial, como puede observarse en el cuadro siguiente

Tipología de convenios. Distribución Provincial

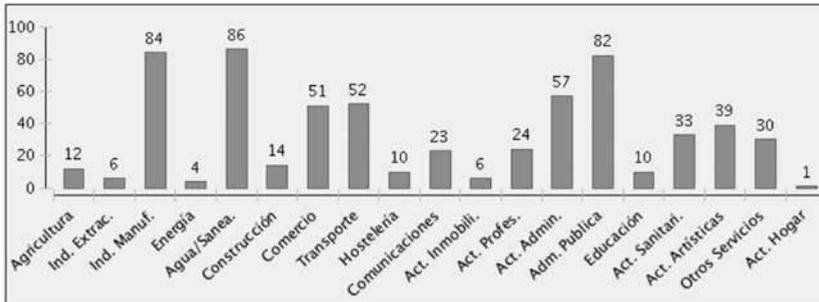


Convenios revisados

Por lo que respecta a los 502 convenios revisados, decir que suponen el 70,51% del total de los vigentes, afectando al 73,19% del total de los trabajadores afectados por la negociación colectiva andaluza, y al 72,84% de empresas incluidas en convenios andaluces vigentes.

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 “Agua/Saneamiento” 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 segunda de las actividades mencionadas, se produce una numerosa subdivisión en subsectores económicos.

Convenios revisados clasificados por CNAE



Base de datos: 502 convenios revisados (95 de sector, 407 de empresa)

Convenios originarios y primeros convenios

Los 210 convenios originarios suponen el 29,49% del total de los vigentes, afectando al 26,81% de los trabajadores afectados por la negociación colectiva andaluza, y al 27,16% de empresas incluidas en convenios andaluces vigentes. Territorialmente, el mayor número de los recepcionados se registra en la provincia de Cádiz y Málaga, siendo los menores los del ámbito interprovincial y la provincia de Jaén.

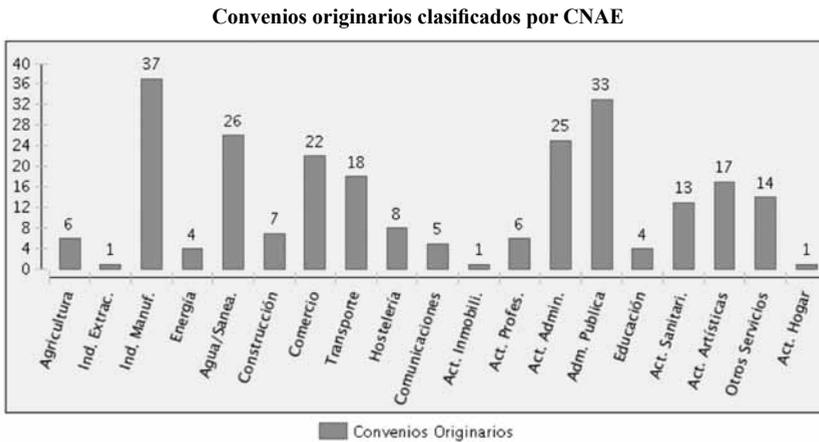
Si dentro de los convenios originarios, circunscribimos el análisis a los primeros convenios, vemos como se han recepcionado un total de 36 (5,05% del total de vigentes), siendo Málaga la provincia más destacada en este aspecto.

Convenios originarios/ Primeros Convenios

Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	17	6.437	27.547	2	2	24
Cádiz	45	8.931	51.977	4	4	169
Córdoba	17	210	2.520	4	4	197
Granada	17	2.155	52.146	2	2	157
Huelva	22	65	3.310	1	1	270
Jaén	6	365	4.329	0	0	0
Málaga	44	17.925	123.485	10	1.510	10.476
Sevilla	33	14.812	58.165	8	8	444
Interpr.	9	9	2.802	5	5	2.271
Totales	210	50.909	326.281	36	1.536	14.008

Base de datos: 210 convenios originarios año 2010, de los cuales 36 son primeros convenios.

Por lo que se refiere a la distribución de los convenios originarios por actividades económicas, se da la misma particularidad que entre los convenios revisados, es decir, el predominio de los convenios negociados dentro del CNAE correspondientes a “Industrias Manufactureras”, con la particularidad del alto número de los convenios originarios pactados en un sector tradicionalmente muy acogido por la negociación colectiva: la Administración pública. Así se observa en el gráfico que sigue.



Base de datos: 210 convenios originarios año 2010

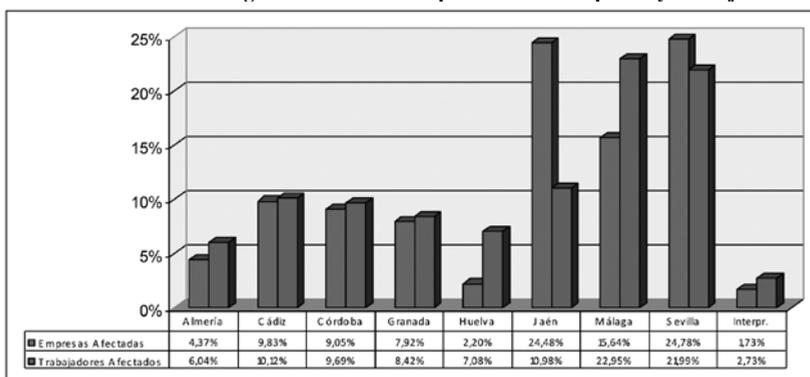
En cuanto a la evolución de los primeros convenios, cabe destacar el importante porcentaje en relación a los convenios originarios (17,15%), con 36 textos negociales. Se traduce en la consolidación de la confianza entre los agentes sociales y económicos por establecer de manera directa las condiciones laborales dentro del margen de acción que les permite el Estatuto de los Trabajadores.



Los 712 convenios vigentes afectan a 1.217.053 trabajadores y 187.429 empresas. Por provincias, son los convenios de las provincias de Sevilla y Málaga los que destacan en cuanto a mayor porcentaje de afectación. 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 (187.429), en primer lugar se sitúan los de Sevilla, seguidos a poca distancia por los de Jaén.

Convenios colectivos vigentes: Distribución provincial de Empresas y Trabajadores



Convenios vigentes: sector/empresa

Ámbito geogr.	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	12	8.137	70.175	57	57	3.310
Cádiz	28	18.308	110.282	117	117	12.935
Córdoba	8	16.905	113.162	61	61	4.807
Granada	17	14.799	98.633	43	43	3.805
Huelva	6	4.076	81.633	52	52	4.588
Jaén	19	45.863	130.924	22	22	2.666
Málaga	20	29.213	268.045	95	95	11.242
Sevilla	19	46.348	253.562	97	97	14.107
Interpr.	3	3.200	14.200	36	36	18.977
Totales	132	186.849	1.140.616	580	580	76.437

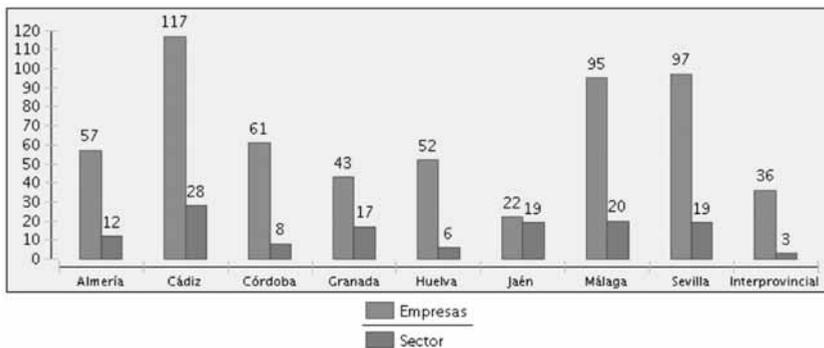
Base de datos: 712 convenios vigentes (132 de sector, 580 de empresa)

Cuando se pasa a analizar el ámbito funcional de los convenios vigentes, 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 712 convenios vigentes, 580 son convenios de empresa o de ámbito inferior, lo que significa un 81,46 % del total. Sólo 132 de los vigentes son convenios de sector, lo que supone el 18,54 % 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.

Las razones de esta distribución se encuentran, básicamente, en el mayor acercamiento de los convenios de empresa a las condiciones específicas de los trabajadores y los empresarios en la empresa concreta, respecto de los convenios de sector, o de ámbito funcional mayor; y sobre todo, en la menor conflictividad en la negociación colectiva cuando se pactan los acuerdos en ámbitos más reducidos.

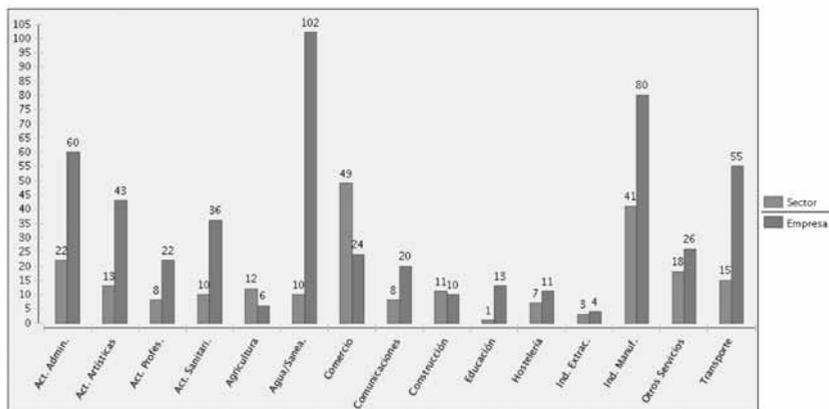
Ámbito funcional por provincias. Convenios vigentes



Base de datos: 712 convenios vigentes (132 de sector, 580 de empresa)

Cuando el análisis funcional se sitúa sobre los sectores de la Actividad Económica, se observan escasas variaciones con respecto a los años anteriores.

Convenios Colectivos vigentes: sectores de la Actividad Económica



Convenios Sectoriales

Este ámbito negocial, y sobre un total de 132 convenios vigentes, hace que resulten afectados por este tipo de convenios: 1.140.616 trabajadores y 186.849 empresas. La distribución del número de empresas y trabajadores que afectan en cada provincia, es la que se que se relaciona en la tabla siguiente:

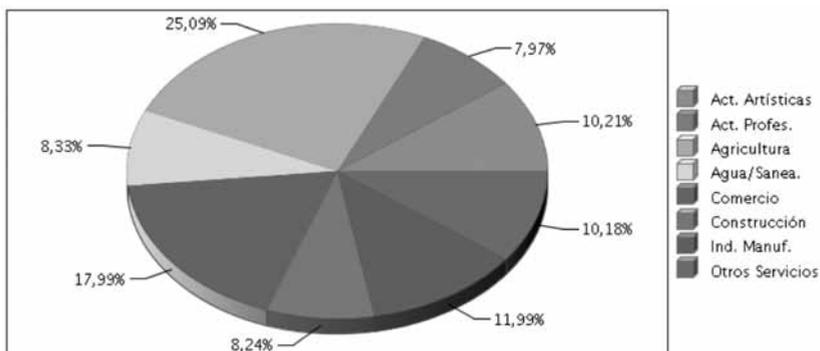
Convenios sectoriales vigentes: Empresas y trabajadores afectados

Ámbito geogr.	CONVENIOS SECTOR			
	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	12	8.137	70.175	1.41%
Cádiz	28	18.308	110.282	1.04%
Córdoba	8	16.905	113.162	1.66%
Granada	17	14.799	98.633	1.24%
Huelva	6	4.076	81.633	1.3%
Jaén	19	45.863	130.924	0.56%
Málaga	20	29.213	268.045	1.46%
Sevilla	19	46.348	253.562	1.27%
Interpr.	3	3.200	14.200	2.54%
Totales	132	186.849	1.140.616	1.27%

Base de Datos: 132 Convenios Colectivos Sector Vigentes.

Adscritos según el tipo de actividad económica y el número de trabajadores que acogen, los convenios más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza son: los “Agropecuarios”, con el 25,09% del total de los trabajadores, seguido por los convenios propios del sector de la “Comercio”, con el 17,99% del total de los trabajadores afectados, tal como se observa en el gráfico siguiente:

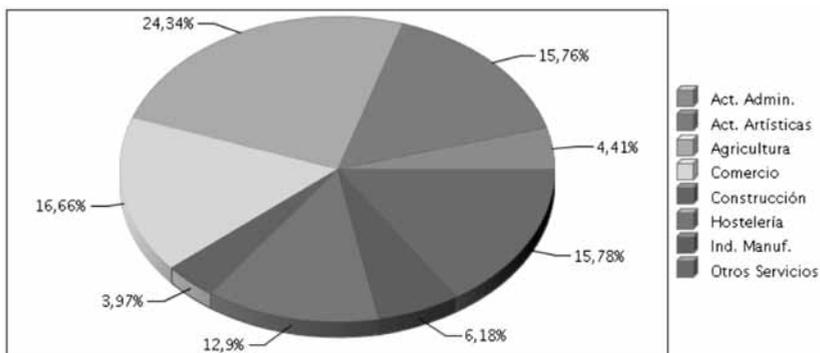
Convenios de sectores más significativos (nº de trabajadores)



Base de datos: 1.140.616 trabajadores afectados por los 132 convenios de sector vigentes

Cuando se realiza el mismo análisis con base en el número de empresas, los porcentajes varían significativamente, como puede observarse, ya que si bien el sector “Agropecuario” continúa ocupando el primer lugar, el segundo puesto corresponde al sector del “Comercio”.

Convenios de sectores más significativos (nº de empresas)



Base de datos: 186.849 empresas afectadas por los 132 convenios de sector vigentes

Convenios Empresariales

Los convenios vigentes de empresa ascienden a 580, siendo 76.437 los trabajadores que regulan sus relaciones laborales a través de este tipo de convenios (6,28% 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 0,31 % del total

Convenios de empresa: Distribución

Ámbito geogr.	CONVENIOS EMPRESA			
	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	57	57	3.310	1.26%
Cádiz	117	117	12.935	1.28%
Córdoba	61	61	4.807	1.08%
Granada	43	43	3.805	1.3%
Huelva	52	52	4.588	1.08%
Jaén	22	22	2.666	1.15%
Málaga	95	95	11.242	1.12%
Sevilla	97	97	14.107	1.02%
Interpr.	36	36	18.977	1.34%
Totales	580	580	76.437	1.19%

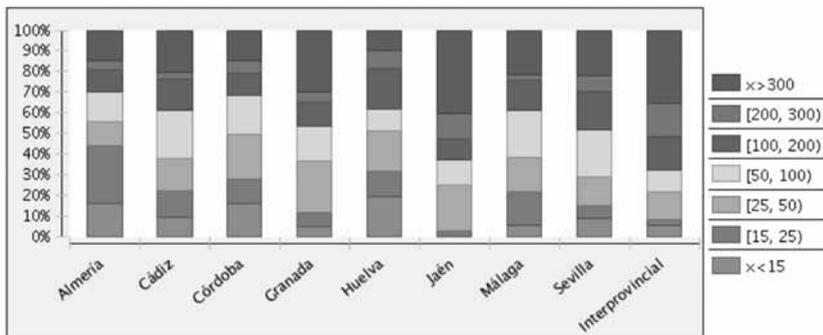
Base de Datos: 712 Convenios Colectivos Vigentes

Tal y como se observa en la tabla, del examen de los convenios de empresa en relación con su particular ámbito de aplicación, se deduce que son mayoritarios aquellos que corresponden a la empresa en su conjunto, seguido de los de centro de trabajo. Numéricamente son muy inferiores aquellos convenios que tienen la naturaleza de intercentro, los de grupo de empresa y los de grupo profesional o franja. En lo referente al campo de afectación personal, son igualmente los convenios empresariales lo que se sitúan en primer lugar, situándose a continuación los de centro de trabajo. Este esquema es coincidente con el que se produjo en las anualidades precedentes.

Examinando la dimensión media de la unidad productiva con convenio colectivo propio, puede apreciarse en el gráfico que a continuación se transcribe, que los más frecuentes son los convenios con unidades productivas entre 25 y 50 trabajadores, seguidos de los de aquéllas entre 50 y 100 trabajadores, y los convenios con unidades productivas entre 100 y 200 trabajadores. En

cualquier caso, es relativamente escaso el número de convenios de empresas con dimensión comprendida entre 200 y 300 trabajadores.

Porcentajes por provincias de convenios colectivos vigentes según el tamaño de las empresas

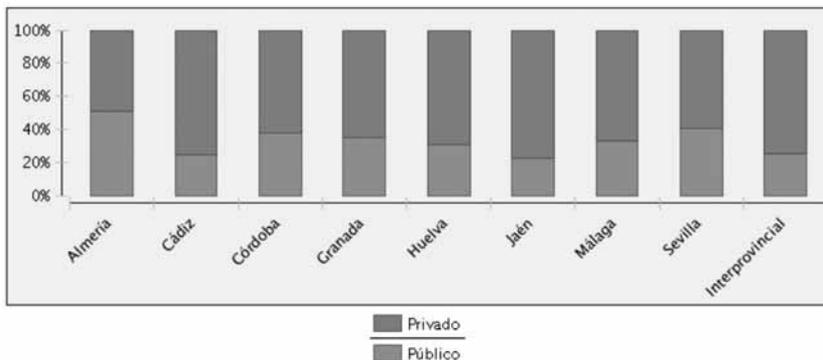


Base de datos: 580 convenios vigentes de empresa

Como se observa en el gráfico siguiente, en el global de los 580 convenios empresariales vigentes, son numéricamente superiores los de índole privado (385, es decir, el 66,38% del total de empresas), superioridad que se reitera en cada una de las provincias, especialmente en Jaén.

Los convenios vigentes de empresa pública en Andalucía ascienden a 195 (33,62% del total de convenios de empresa vigentes). Los 33.204 trabajadores encuadrados en los mismos suponen el 43,44 % del total de los afectados por convenios vigentes de empresa.

Convenios vigentes de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado

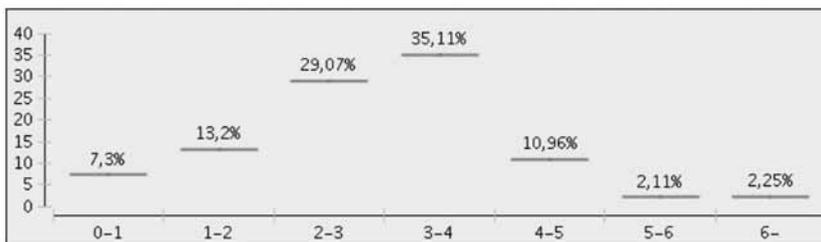


Base de datos: 580 convenios vigentes de empresa

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.

La distribución de vigencias entre los convenios supraanuales implica que son mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 4 años de vigencia, suponiendo el 35,11% del total de los convenios vigentes en Andalucía. Les siguen los convenios por periodo de hasta 3 años (29,07%) y aquellos que llegan a los 2 años (13,2%). El resto de los convenios supraanuales son muy minoritarios.

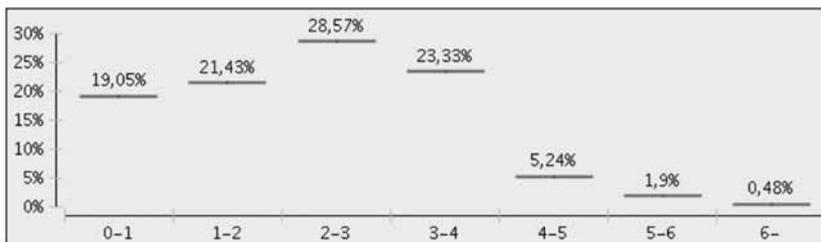
Convenios colectivos vigentes. Ámbito temporal



Base de datos: 712 convenios vigentes

El análisis de las vigencias de los convenios originarios del año 2010 da como resultado una mayor presencia de los pactados por 3 años (28,57%), seguidos por los convenios que fijan un período de hasta 4 años de vigencia (23,33%). Les siguen los convenios por período de hasta 2 años (21,43%) y de un año (19,05%).

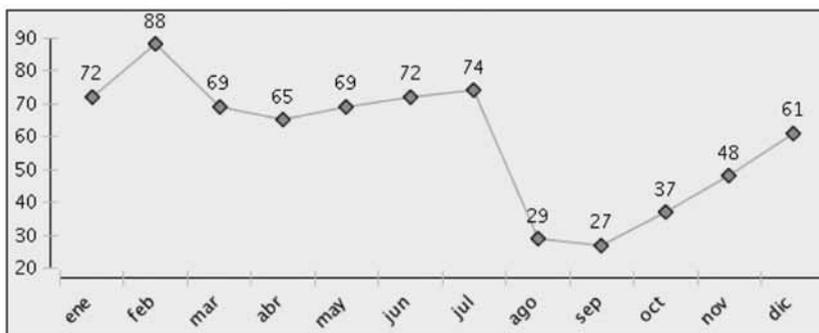
Convenios colectivos originarios año 2010. Ámbito temporal



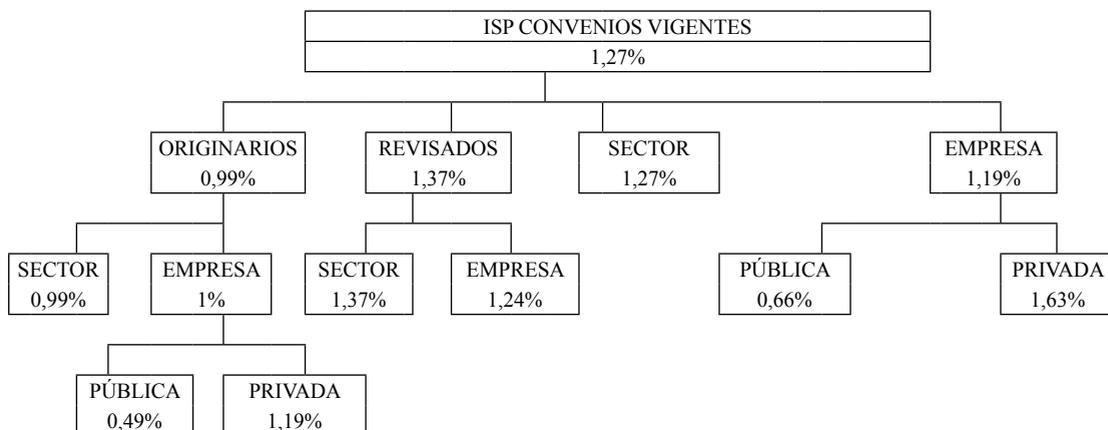
Base de datos: 712 convenios vigentes

Respecto a la fecha de la firma de los convenios vigentes, la tendencia es que pacten coincidiendo con los periodos en los que las partes negociadoras tienen en sus manos los datos sobre la evolución económica (real o aproximada) producida en el año anterior, de ahí que la negociación aumente bruscamente en el mes de febrero y julio, y se reduzca en los periodos en que la actividad laboral es mínima –mes de septiembre–.

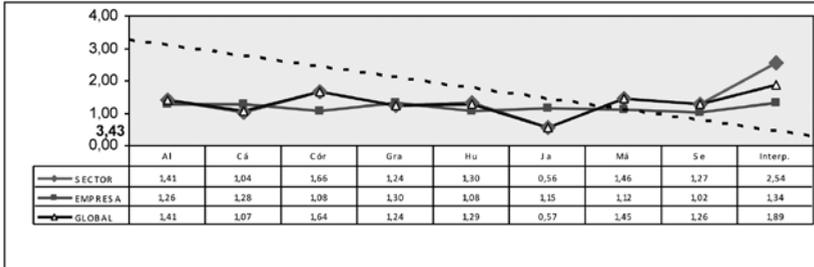
Fecha firma convenios vigentes



El incremento salarial ponderado (I.S.P.) en cómputo total, durante el año 2010, se situó en 1,27%, siendo más alto en los convenios de sector (1,27%) que en los de empresa (1,19%).



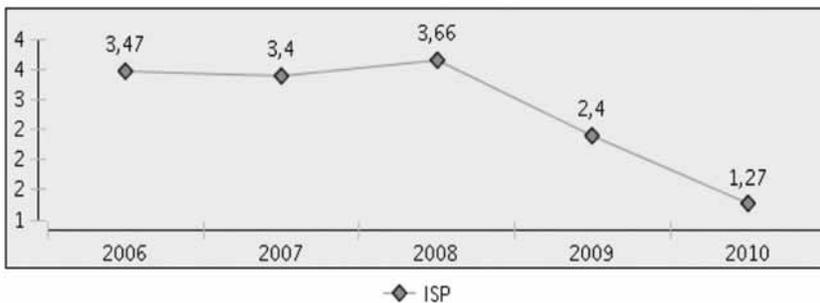
ISP en convenios vigentes (según sector-empresa) a nivel provincial



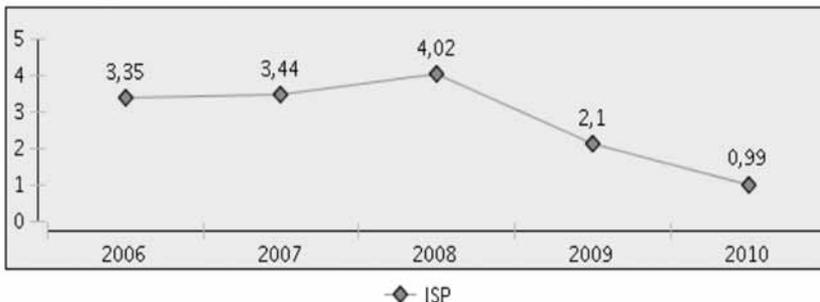
Base de datos: 712 convenios vigentes (130 de sector, 582 de empresa)

Si realizamos la comparación de porcentaje desde el año 2006 en lo que se refiere a los convenios colectivos vigentes, observamos que durante el año 2010 se produjo un notable descenso del ISP. Estos datos confirman la fase de fuerte crecimiento económico vivida en los últimos años que ha propiciado incrementos salariales superiores a los de otros años y que ha quedado rota con la crisis económica que estamos viviendo, impresión confirmada con los convenios colectivos originarios.

Comparativa interanual I.S.P. convenios vigentes

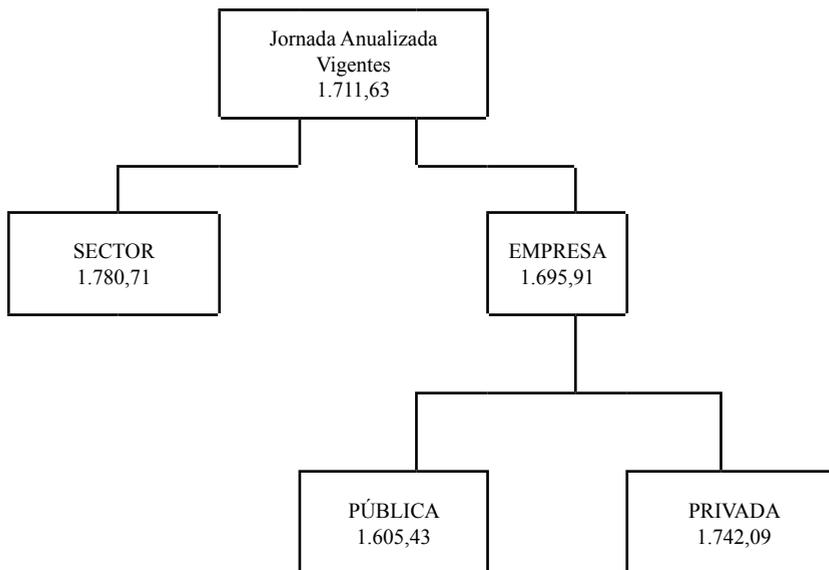


Comparativa Interanual I.S.P. convenios originarios



Cuando pasamos al análisis de los convenios colectivos vigentes agrupados por tramos de I.S.P. observamos la incidencia mayoritaria de aquellos que se sitúan en un tramo de incremento comprendido entre el 1% y 2%, con el 46% del total de los convenios, seguidos por aquellos cuyo incremento se sitúa entre el 0% y el 1% (34% del total), ocupando la tercera posición los convenios que regulan un incremento entre el 2% y el 3%, que suponen un 15% del total. Si el objeto de interés se centra en el número de trabajadores incluidos en cada uno de estos tramos, se aprecia que benefician a mayor número de trabajadores los incrementos entre el 1% y el 2% (52%), seguidos por los incrementos del I.S.P. situados entre el 0% y 1% (29%) y un 17% para los incrementos que se sitúan situados entre un 2% y un 3%.

Por lo que respecta a la determinación de la jornada debemos indicar que, una vez anualizada, es decir, haciendo coincidir el módulo de cómputo de la misma sobre una base uniforme, realizando para ello la correspondiente transformación en los textos que fijan dicha jornada en cómputo semanal. La media aritmética de la jornada de trabajo sobre el total de convenios queda fijada en 1711, 63 horas.



Jornada promedio convenios colectivos vigentes

Ámbito geográfico	Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
Almería	1.691,41	36,96	1.706,75
Cádiz	1.701,94	37,49	1.695,25
Córdoba	1.714,25	37,96	1.683,81
Granada	1.737,89	38,45	1.687,08
Huelva	1.705,02	37,11	1.742,55
Jaén	1.717,29	37,58	1.710,86
Málaga	1.725,65	37,92	1.722,16
Sevilla	1.709,18	37,19	1.754,28
Interprovincial	1.708,18	37,26	1.736,88
Total	1.711,63	37,57	1.716,70

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Jornada promedio convenios colectivos originarios año actual

Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
1.713,68	37,67	1.722,83

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Comentarios de Jurisprudencia

EL ALCANCE DE LA INFORMACIÓN A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 1 de junio de 2010

MARÍA DEL JUNCO CACHERO*

SUPUESTO DE HECHO: La Confederación General de Trabajadores demandó al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria porque dicha entidad se negaba a informar a los representantes de los trabajadores del listado de plazas vacantes existentes en el propio Banco, indicando denominación de la plaza, categoría profesional, ubicación, destino, oficina y tipo de contratación a efectuar.

La Audiencia Nacional¹ dictó sentencia obligando –curiosamente establece que es legal dicha obligación- a que la empresa facilite a las secciones sindicales información consistente en la existencia o inexistencia de vacantes, en su totalidad y en todo el ámbito empresarial con expresión de la categoría del puesto y su ubicación territorial.

En recurso de casación, el Banco alega que tiene un elemento de difusión informática a todos los trabajadores mediante una página web y un medio intranet a través del cual se publican y difunden los puestos a cubrir y a los que pueden concurrir los empleados del Banco. Por su parte, el sindicato C.G.T. demanda que las secciones sindicales deben tener que ser informadas por la empresa, de las vacantes, destino, oficina, tipo de contrato, etc.

RESUMEN: La intención de la Sentencia que comentaremos es dejar claro cuál es el alcance de la información que debe otorgar el empresario. Es decir, de qué debe informar, cómo debe hacerlo y hasta dónde debe abarcar dicha información. Ciertamente esto, como posteriormente veremos, queda claramente expuesto en la Sentencia. Lo llamativo, tanto en la Sentencia de la Audiencia Nacional como en esta del Tribunal Supremo, es el reconocimiento existente a las secciones sindicales de ser destinatarios de recibir la información que el empresario está obligado a dar en base al art. 64 del E.T.². Es

* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 2007.

² Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T.

más, se establece que la normativa legal expresa impone un deber explícito de información al comité de empresa y por extensión a las secciones sindicales³. Existe una confusión por ambos Tribunales del precepto 10.3 de la L.O.L.S⁴, pues éste se refiere a los delegados sindicales y no a las secciones sindicales.

ÍNDICE

1. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN EMPRESARIAL
2. ALCANCE SUBJETIVO
3. ALCANCE OBJETIVO

1. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN EMPRESARIAL

La obligación de informar se predica siempre del empresario⁵. Se entiende por información⁶ la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. En la definición o aplicación de los procedimientos de información, el empresario y el comité de empresa actuarán con espíritu de cooperación en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores.

Como sucede en el ámbito general del Derecho de obligaciones⁷, la obligación de suministrar información por parte del empresario está íntimamente conectada con el deber de buena fe, poseyendo un carácter instrumental, de tal modo que tiene sentido mientras que mediante su facilitación se propicia el cumplimiento de otro objetivo autónomo o principal, y viceversa. Al respecto creemos que resulta al menos “curioso” el argumento que expresa la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional⁸ respecto a dicha buena fe: “aunque la buena fe se presume.....lo que se postula no es una cuestión de fe en el buen hacer empresarial.....ya que las relaciones empresa-sindicatos se desenvuelven no en el ámbito religioso sino en el social.....”. No estima en ningún momento la

³ Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 2007 y Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010.

⁴ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, en adelante L.O.L.S.

⁵ Pérez Amorós, F.: *Derechos de Información sobre Empleo y Contratación*. Bosch. Barcelona 1993. Pág. 33.

⁶ Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid 2010. Pág. 480.

⁷ Galiana Moreno, J. M^a. y Sempere Navarro, A.: *El control sindical de los contratos*. Universidad de Murcia, 1991. Pág. 74.

⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 2007.

Sentencia que se concrete la buena fe o no del empresario para facilitar la información; al contrario, argumenta que el mismo cumple con dicha obligación informativa sin más.

El BBVA firma un pacto de consolidación de los contratos en prácticas con CC.OO. U.G.T. Confederación de Cuadros, C.G.T., CIG, ATXBANK y FITC. A raíz de ello la sección sindical de C.G.T. le solicita a la empresa información precisa sobre las vacantes existentes en todo el ámbito de la empresa. Ésta le contesta que “periódicamente les venimos comunicando a Vds, aquellas plazas o ámbitos en los que se abre un proceso de selección para cubrir puestos de trabajo.....”⁹.

Alega C.G.T. que la obligación de informar al respecto está establecida en los arts. 15.7 y 64.1, ambos del E.T. El primero dispone que “el empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa con contrato de duración determinada o temporales, incluidos los contratos formativos, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizar las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información”

A la vista de este precepto queda claramente señalado en la Sentencia que no ha existido vulneración alguna del mismo por parte de la empresa, pues “existe en el Banco un elemento de difusión informático a todos los trabajadores –recuérdese que el art. antes mencionado dispone “informar a los trabajadores”-, mediante una página web y un medio intranet a través del cual se publican y difunden los puestos a cubrir y pueden concurrir los empleados del banco”¹⁰.

Quando se hace referencia a los deberes de información del empresario se está haciendo alusión¹¹ a un deber de prestación de aquél, correlativo al derecho “a ser informado”-recibir u obtener información- por parte de los trabajadores.

El segundo de los preceptos anteriormente señalados, el art. 64.1 E.T. establece: “el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo.....”. En base a ello pretendía

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010.

¹¹ Monereo Pérez, J.L.: *Los Derechos de Información de los Representantes de los Trabajadores*. Civitas. Madrid 1992. Pág. 100.

el sindicato demandante que la información que en el mismo se establece¹², concurrieran dos circunstancias añadidas: una, que la información no sólo se difundiera para los miembros del comité de empresa, sino también para las secciones sindicales de todos los sindicatos con presencia en la entidad, hecho que analizaremos en el segundo punto de este Comentario de Sentencia y otra, que dicha información, y en base al art. 28 de su Convenio Colectivo¹³ tiene el empresario la obligación de facilitarla para “favorecer el conocimiento de las vacantes que se pretendan cubrir”, pero que dicha información no puede entenderse “satisfecha con una mera comunicación de convocatoria de plazas, que no hace referencia al número de plazas, características, destino y demás circunstancias definidoras del puesto”¹⁴, causas todas ellas que en el apartado tercero de este Comentario quedarán justificadas en su tratamiento judicial.

Cierto es que el Convenio Colectivo vigente en esta entidad nada dice de la temporalidad con la que el empresario deba informar acerca de la existencia de vacantes, y que la referencia trimestral informativa que marca el E.T. no debe entenderse como que al menos, cada tres meses, el empresario deba entregar la información referida, sino que en realidad se trata de una garantía temporal dentro de la cual es necesario informar, siendo posible que aquélla se suministre en cualquier momento y no sólo a instancias del empresario, sino también a solicitud de los representantes cuando la misma se encuentre justificada por la necesidad de obtener determinada información para poder llevar a cabo eficazmente alguna actividad representativa de la índole que fuera¹⁵.

Por todo ello sí que tendría sentido la petición de información sobre vacantes a raíz de la firma del acuerdo de consolidación de los contratos en prácticas, pues se debía conocer qué oportunidades de poder pasar a contrato indefinido en virtud de las vacantes que hubiera, tendrían los trabajadores que estaban vinculados al Banco con un contrato en prácticas. Ello parece pues, razonable.

Lo llamativo del caso es justamente la referencia legal y doctrinal, siempre a los representantes de los trabajadores –comité de empresa-, como sujetos propios receptores y peticionarios de la información, pero no a las secciones sindicales como a continuación veremos.

¹² Para este supuesto sería el apartado c) del art. 64.2 E.T.: “el comité de empresa tendrá derecho a ser informado trimestralmente sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos con la indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, la realización.....”.

¹³ Los centros de trabajo del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria de toda España se rigen por el XX Convenio Colectivo de Banca, publicado en BOE el 2 de agosto de 2005.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010.

¹⁵ Garrido Pérez, E.: *La Información en la Empresa*. Consejo Económico y Social. Madrid 1995. Pág. 182.

2. ALCANCE SUBJETIVO

El conflicto planteado ante la Audiencia Nacional¹⁶, se centraba en dos hechos: uno, determinar si la empresa demandada está o no obligada en derecho a dar a las secciones sindicales en la empresa, la información precisa sobre las vacantes existentes en todo el ámbito de la empresa y otro, el que dicha información sea especialmente detallada en todo lo concerniente a dichos puestos vacantes. Centrémonos en el primero de los hechos, es decir, se nos plantea la cuestión de si las secciones sindicales son sujetos a los que legalmente se les reconoce el derecho de información, situación ésta por cierto, que no trata a fondo la Sentencia que comentamos, pues da por hecho dicha atribución y centra su fundamento en si la información debe ser especialmente detallada o no.

El Tribunal no tiene reparo en argumentar que “limitándose la norma (está nombrando al E.T.) a reconocer al comité de empresa –y al mismo nivel, a la sección sindical según las reglas del art. 10.3 de la L.O.L.S.- un derecho a recibir información que le será facilitada trimestralmente”¹⁷.

Vayamos por parte. Primero y principal, debemos aclarar que el art. 10.3 L.O.L.S. no es un precepto de regulación de las secciones sindicales, lo es de los delegados sindicales. Hecho este inciso, y centrando el tema que nos ocupa, vuelve la Sentencia, en base a los dos preceptos señalados en el apartado primero de este Cometario, los arts. 15.7 y 64.1 E.T, a fundamentar sus argumentaciones para dar a conocer quiénes tienen el derecho de recibir la información que el empresario está obligado a facilitar.

Así, el art. 15.7 E.T, como decíamos, tiene como sujetos destinatarios de la información, no a los miembros del comité de empresa “(o en su caso, por extensión a la secciones sindicales)”¹⁸, sino a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales, incluidos los contratos formativos, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores. El deber pues de información en su proyección normativa ampara únicamente al trabajador, sin que ninguno de los términos de la disposición legal permita extender la obligación empresarial de comunicación de las vacantes al comité de empresa o secciones sindicales, y, al contrario, el precepto señala claramente que esta información –exclusiva de los trabajadores, se repite- podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 2007.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010.

¹⁸ Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010.

aseguren la transmisión de la información¹⁹. Argumento que resulta del todo acertado, pues el pacto que se firma para la consolidación de los contratos en prácticas, se refiere siempre a trabajadores y no a representantes, pues son los trabajadores los que deben conocer su situación y para ello se divulga por la empresa mediante la página web e intranet la información de vacantes.

Es el segundo de los preceptos y en su argumentación donde nos surgen las dudas al respecto. El art. 64.1 E.T. preceptúa el derecho del representante de los trabajadores a recibir información que les será proporcionada trimestralmente.....”. Dice así la Sentencia: este art. impone el deber explícito de información al comité de empresa y por extensión a las secciones sindicales”²⁰.

La sección sindical no es un órgano elegido por los trabajadores en su conjunto, como el comité²¹, ni tan siquiera por los trabajadores afiliados a un sindicato en una empresa, sino que es, directamente, el propio conjunto de estos trabajadores afiliados en una empresa o centro de trabajo, que se agrupan u organizan como órgano del sindicato en estos ámbitos, conforme a o que esté previsto en los estatutos de dicho sindicato.

De entre los derechos que tienen atribuidas las secciones sindicales en el art. 8 L.O.L.S., no aparece el de información. Sin embargo, la L.O.L.S. establece directa y expresamente²² que los delegados sindicales deben “tener acceso” tanto a la misma “información” como a la misma “documentación” que el comité recibe del empresario. La propia cabecera del art. 10.3 L.O.L.S. contiene un dato que conduce a pensar que dicho texto legal persigue la equiparación de ambas modalidades de representación en la empresa a efecto de los derechos de información: “los delegados sindicales.....: tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa.....”. Pero el caso que aquí nos ocupa no es la presencia en la entidad bancaria de delegados sindicales, a los que no se les ha otorgado la información oportuna, sino la de secciones sindicales a las que los Tribunales otorgan dicho derecho:

- La Audiencia Nacional²³: “Existencia de obligación legal de la empresa a facilitar a las secciones sindicales información consistente en la existencia o inexistencia de vacantes en su totalidad.....”.
- El Tribunal Supremo²⁴: “Limitándose la norma a reconocer al comité de empresa y, al mismo nivel, a la sección sindical según las reglas del art. 10.3 de la L.O.L.S., un derecho a recibir información.....”.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010.

²¹ González De Lena Álvarez, F.: *La Regulación Legal de los Representantes de los Trabajadores en la Empresa*. Fundación Confemetal. Madrid 2000. Pág. 125.

²² Pérez Amorós, F.: *Derechos de Información.....*op. cit. Pág. 36.

²³ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 2007.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010.

Ahora bien, los derechos de información reconocidos²⁵ en el sistema legal no alcanzan per se a las secciones sindicales, aún siendo éstas formas de representación sindical en la empresa, puesto que no existe como en el caso de los delegados sindicales, un precepto legal que garantice su equiparación en materia de información. Además, la sección sindical podrá tener acceso a la información en la medida en que alguno de sus afiliados, y así ocurre en la mayoría de los casos, pertenezca a un órgano de representación unitaria, sobre todo por la fuerte sindicalización existente en las elecciones a órganos de representación de los trabajadores en las empresas. De esta forma, aunque indirecta, podría tener la información oportuna. Podría ser deseable que legalmente se estableciera el derecho de dichas secciones sindicales a obtener la información en equiparación al comité de empresa, ya que para las pequeñas y medianas empresas es difícil poder llegar a tener en su ámbito representativo a delegados sindicales, debido al volumen de trabajadores y por consiguiente al menor número de afiliados. Sin embargo, una sección sindical no requiere de un número mínimo de trabajadores para constituirse y por ende, al existir algunos afiliados a un sindicato, quizás ni siquiera tengan número suficiente para una representación unitaria de trabajadores, pero sí para la constitución de una sección sindical. Aunque este no es el caso en el que estamos, ya que una entidad como el BBVA, tiene personal suficiente para representación unitaria y para constituir secciones sindicales, lo que no se deduce en ningún momento de la Sentencia es la existencia de delegados sindicales, de ahí quizás la argumentación judicial de que las secciones sindicales funcionen como sujetos receptores de la obligación de información al igual que el comité de empresa.

3. ALCANCE OBJETIVO

Abordaremos en este último punto del Comentario hasta dónde llega la información que debe dar el empresario o dicho de otra manera, qué materias tienen que ser objeto de información.

El eje central tanto de la Sentencia de Conflicto Colectivo, como ésta que aquí abordamos, de Casación, gira en torno a la exigencia por parte de las secciones sindicales de demandar de la empresa una información no sólo de la existencia o no de vacantes, sino, de detallar dicha información. Se solicita un listado de plazas vacantes existentes en el BBVA, indicando denominación de la plaza, categoría profesional, ubicación, destino, oficina y tipo de contratación a efectuar.

Volvemos a traer en este momento los dos preceptos que anteriormente hemos citado tanto en el apartado primero como en el segundo; éstos son, los arts. 15.7 y 64.1 E.T.

²⁵ Monereo Pérez, J.L.: *Los Derechos de Información*.....op. cit. Págs. 347 yss.

Para la empleadora, está más que garantizado el cumplimiento del art. 15.7 E.T., de haber satisfecho la información con una comunicación de plazas vacantes a los trabajadores a través de la página web y de información intranet, en la que no hace referencia al número de plazas, características, destino y demás circunstancias definitorias del puesto. La parte demandante, entiende que dicha comunicación carece de la información necesaria para garantizar los principios previstos en el art. 15.7 E.T., y también el contenido del art. 28 del Convenio Colectivo que “establece la obligación empresarial de favorecer el conocimiento de las vacantes para garantizar el cumplimiento de los criterios y orden de prioridades en materia de traslados”²⁶.

A priori parece que ciertamente la pretensión demandada de solicitar una información más detallada sobre cada una de las vacantes existentes en el Banco, tendría su lógica, pues si no se conoce al menos el destino de las mismas, qué categoría se ocuparía, en dónde está, etc., queda indeterminado a quienes puede interesar. Pero esto no es la cuestión, pues lo que parece “viciado” desde el primer momento, es que la información con respecto a las vacantes solicitada, se lleva a cabo después de haber suscrito un pacto para consolidar los contratos en prácticas – se ocupan puestos de trabajo, por tanto no hay vacantes- y al recibir contestación de la empresa de que se va comunicando periódicamente cada vez que se abre un proceso de selección, es por lo que la sección sindical reclama información detallada de las vacantes. No es lo mismo la conversión de un contrato en indefinido a alguien que ya ocupa un puesto en práctica en la empresa, que la ocupación en un procedimiento de selección de vacantes existentes en dicha entidad. Ninguno de los dos Tribunales deshace la confusión, se sigue por el camino de si debe ser o no detallada la información de las vacantes.

Tan sólo el Ministerio Fiscal apunta que el art. 28 del Convenio Colectivo está encuadrado en el capítulo “Traslados” y que es el art. 30 de dicho Convenio, encuadrado en el capítulo “Movimientos de personal” el que se refiere al modo de cubrir las vacantes, “materia diferente a la debatida en el proceso”²⁷. Pero ni se ahonda más, ni se da más detalle.

Por su parte, el art. 64.1 E.T, en relación con el 64.2, indica el derecho de los representantes de los trabajadores a recibir información que les será proporcionada trimestralmente, al menos sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de producción y ventas, así como las previsiones del empresario sobre la celebración de nuevos contratos con indicación del número de éstos y las modalidades de contratación y tipos de contratos que serán utilizados.....Con claridad, dice la Sentencia,

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010.

se deduce de este artículo que la competencia que, en materia de información, atribuye el art. 64.1 E.T. al comité de empresa no es un deber de información sobre vacantes como el que se pretende en la demanda y se recoge, parcialmente, en la sentencia recurrida en relación con la existencia de vacantes en su totalidad y en todo el ámbito empresarial, con expresión de la categoría, el puesto y de su ubicación territorial. No nos parece tanta “claridad”, pues resulta algo forzada dicha interpretación; quizás se equivocó la parte demandante en solicitar sólo información de las vacantes, quizás hubiera sido conveniente solicitar información de los nuevos contratos que se celebrarían, al conocer por la información periódica que la empresa otorga, la existencia de vacantes. Así, al conocer la tipología contractual o solicitar información sobre la misma, podría haberse obtenido una información más detallada de aquellos puestos a cubrir.

El art. 64.1 E.T. por su amplitud terminológica permitiría dar cobertura justificativa a la petición de información que par el cumplimiento efectivo y eficaz de una labor representativa²⁸ de naturaleza permanente, debe ejercitarse ante situaciones puntuales o circunstanciales que surjan y que requieren o hacen necesaria su intervención, fundamentada precisamente esa facultad de los órganos de representación de solicitar, y en su caso de obtener, en el momento oportuno, aquellos datos e información que sean precisas par dicho fin. Pero esto es una idealización, la Sentencia es tajante y dictamina: “un derecho de mayor información, como la pretendida en el presente litigio, debe tener como base una norma legal, paccionada o pactada, y no constando acreditado su existencia debe decaer el motivo”²⁹.

Es cierto que no se consagra explícitamente en el sistema del E.T. una facultad genérica de los representantes de los trabajadores de exigir informaciones a la dirección adicionales³⁰ a las legalmente garantizadas según las circunstancias de la negociación y la dinámica de la intervención en la gestión empresarial y la consiguiente obligación de éste de proporcionarlas, de forma comprensible y veraz. Es evidente que falta desde luego el reconocimiento expreso de un derecho a obtener información en este sentido, pero al menos podría ser deseable.

²⁸ Garrido Pérez, E.: *La Información*.....op. cit. Pág. 187.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010.

³⁰ Monero Pérez, J.L.: *Los Derechos de Información*.....op. cit. Pág. 394.

**LA CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA DE LA
FUNDACIÓN SANITARIA HOSPITAL DE MANACOR Y
LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE SU
PERSONAL**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears,
de 29 de junio de 2010*

E. MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO*

SUPUESTO DE HECHO: La Confederación Sindical de CC.OO. presenta ante el Juzgado de lo Social en las Illes Balears demanda de conflicto colectivo contra la Fundación Hospital de Manacor. El objeto del conflicto se centra en la Resolución del Director Gerente de la citada Fundación de 28-10-2008 en la que se convoca un procedimiento extraordinario para acceder al modelo de carrera profesional del personal laboral de dicha Fundación con categorías profesionales sanitarias que no requieren titulación universitaria así como del personal no sanitario.

Dicha Resolución tiene como base el Plan de ordenación de recursos humanos del Servicio de Salud de las Illes Balears por el que se pretende la integración, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario al personal laboral y funcionario que prestan servicios en los centros sanitarios del Servicio de Salud de las Illes Balears.

El Juzgado de lo Social nº 4 de Palma de Mallorca no entra a conocer el fondo del asunto por estimar la excepción de incompetencia de la jurisdicción social formulada por la parte demandada.

RESUMEN: Contra la resolución del Juzgado de lo Social nº 4 la Confederación Sindical de CC.OO. interpone recurso de suplicación sosteniendo la competencia del orden social para entrar a conocer la cuestión litigiosa -una de las bases de la resolución del Director Gerente de la Fundación Hospital de Manacor que afecta a personal laboral que viene prestando servicios en dicha institución sanitaria- apoyándose en la doctrina contenida en la STS de 4-10-2000.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears resuelve estimando el recurso de suplicación interpuesto y declarando la competencia del orden social para conocer el asunto. En sus argumentos el Tribunal no se apoya en la Sentencia citada por la parte actora, por no serle de aplicación al supuesto en cuestión (al carecer de la condición de órgano de la Administración Central la Fundación Hospital de Manacor y de carácter administrativo la resolución del Director Gerente de la Fundación Hospital de Manacor). Para resolver la cuestión el Tribunal atiende, siguiendo la STS de 11-3-1993 a la naturaleza del acto impugnado y a la naturaleza de su regulación sin que resulte decisoria para mantener un pronunciamiento favorable la materia –laboral- sobre la que versa la actuación.

A través de este comentario no se persigue realizar un análisis centrado en el conflicto de jurisdicciones del personal que presta servicios en centros sanitarios de la red del Sistema Nacional de Salud sino que, tomando como base el fallo del Tribunal y la institución afectada, una fundación sanitaria (fórmula de gestión del Sistema Nacional de Salud de características complejas y singulares), lo que se pretende es aclarar la confusión existente en torno a la naturaleza jurídica de las fundaciones sanitarias constituidas al amparo de la anterior Ley de Fundaciones, la L. 30/1994, de 24 de noviembre, teniendo en cuenta lo anterior, determinar el adecuado procedimiento para modificar el régimen jurídico aplicable a su personal.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS FUNDACIONES SANITARIAS COMO TÉCNICA DE ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS
3. DIFERENCIAS CON LAS FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS
4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE LA FUNDACIÓN HOSPITAL DE MANACOR
5. LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER Y DE LA REGULACIÓN APLICABLE A LA RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR GERENTE DE LA FUNDACIÓN HOSPITAL DE MANACOR

1. INTRODUCCIÓN

El modelo organizativo sobre el que se asienta actualmente nuestro sistema sanitario público tiene su base en la L.14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad – LGS-, una ley que, dictada en desarrollo del art.43 de la Constitución, inició la transformación del sistema sanitario de Seguridad Social existente hacia un Sistema Nacional de Salud de estructura descentralizada -en servicios de salud autonómicos- que condensa los principios, los rasgos y el catálogo prestacional básicos de común aplicación en todo el territorio español (art. 44 y 50 LGS) y que responde al reparto competencial Estado- CC.AA establecido en los arts. 149.1.16 y 148.1.21 de la Constitución.

Dentro de esta estructura organizativa la citada ley diseñó un modelo

de gestión de los servicios sanitarios que se asentaba sobre las bases de una gestión directa de dichos servicios, si bien permitía la posibilidad de determinadas fórmulas de gestión indirecta, es decir, que la prestación de tales servicios sanitarios se llevase a cabo a través de entes privados, ajenos al sistema, mediante su vinculación al sistema sanitario público previa la suscripción de convenios singulares y conciertos (arts. 66, 67 y 90 LGS). Asimismo y por lo que respecta al personal de tales servicios la LGS dispuso la creación de un Estatuto-Marco (art. 84 LGS) en el que quedaría recogido el régimen jurídico que sería de aplicación al personal sanitario y no sanitario que, por aquél entonces, mantenían diferentes regulaciones jurídicas estatutarias y preconstitucionales¹.

Sin embargo, las tradicionales fórmulas administrativas de gestión y financiación para hacer frente a las nuevas realidades se consideraron inadecuadas por el Informe de la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, -conocido como Informe Abril- (1991) el cual, reconoció que factores como: el envejecimiento de la población, la mejora del nivel de vida, el aumento en la demanda de los servicios y su elevado coste constituían aspectos que incidían de forma negativa en la prestación de unos servicios eficaces, eficientes y de calidad sostenidos con unos recursos limitados. Por otro lado, el Informe Abril señalaba como factor causante de la desmotivación de algunos de los profesionales del sector la vigente regulación estatutaria del personal al no dar respuestas a los problemas reales que se derivaban de las relaciones del personal en este ámbito y máxime cuando se pretendía incorporar exigentes criterios de productividad y eficiencia.

De ahí que el citado Informe considerase necesario una descentralización de las funciones de los principales actores del Sistema: financiación, compra de los servicios sanitarios, gestión y provisión, así como la necesidad de evolucionar hacia fórmulas de gestión empresariales más flexibles y eficaces que dotasen de autonomía a los centros sanitarios, optimizasen los recursos disponibles e incrementasen la calidad de sus servicios. Y ello resultaba posible, según el Informe, con la adaptación de los servicios sanitarios hacia fórmulas de gestión privadas pero manteniendo la naturaleza de servicio público puesto que “el carácter de servicio público no está determinado por la forma jurídica en que se organiza, sino básicamente por la naturaleza de la función, por el ori-

¹ D. 3166/1966 de 23 de diciembre por el que se regula el Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad social; O. de 26-4-1973 que regula el Estatuto del personal auxiliar sanitario titulado y auxiliar de clínica de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social; O. 5-7-1971 por la que se regula el Estatuto del personal no sanitario al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social. Dichos estatutos quedaron derogados por la Disposición derogatoria única de la L.55/2003 de 16 de diciembre por la que se regula el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

gen público de los recursos que la financian y, en el caso concreto del Sistema Nacional de Salud, por la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la asistencia”².

Por lo que respecta al personal el Informe consideraba necesario realizar modificaciones en la vinculación del personal y dotar de mayor autonomía decisoria a los responsables de las instituciones asistenciales de manera que éstos pudieran ajustar la plantilla de sus centros sanitarios a los recursos presupuestarios disponibles, lo cual, según el Informe “requiere que se les devuelvan previamente las competencias de dirección y autoridad suficientes para exigir disciplina y establecer incentivos”. Y así el informe distinguía entre el personal actual y el futuro. Para los primeros se recomendó incrementar su flexibilidad de manera que, respetando sus derechos básicos adquiridos y garantizando su retribución básica y la carrera profesional, se permitiera a los responsables de los centros sanitarios establecer retribuciones complementarias y mecanismos de recompensa y sanción. Para el personal de nuevo ingreso el Informe recomendó la laboralización del vínculo.

Sobre la base de tales recomendaciones se dictó, primero, el RDL 10/1996 de 17 de junio sobre habilitación de nuevas formas de gestión, dentro del ámbito de actuación del por aquel entonces vigente INSALUD y transformado posteriormente en la L.15/1997, de 25 de abril, posteriormente la L.50/1998 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y más tarde el reglamento de desarrollo de la L.15/1997, el RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión que, centrado en el ámbito del INSALUD, ampliaron, el trazado inicial establecido en la LGS incorporando otras formas de gestión jurídico-privadas tanto directas como indirectas de los centros y servicios sanitarios mediante la utilización de entes interpuestos con personalidad jurídica propia: empresas públicas, sociedades estatales, fundaciones, fundaciones públicas sanitarias, concesiones y consorcios. Esta habilitación, configurada como un listado abierto, admitía la utilización de cualquier otra entidad de naturaleza o titularidad pública reconocida en derecho siempre que quedase garantizado el servicio a los intereses generales y su pleno sometimiento a la Ley y al Derecho (art. 103.1 Constitución).

La proliferación de estas nuevas fórmulas, tanto en centros de nueva creación como algunos de los ya existentes, comenzó a convivir con el resto de centros públicos y con los centros privados vinculados a la red sanitaria pública. Esta coexistencia de la gestión pública con la privada traducida en diferentes personas jurídicas públicas, privadas o mixtas, cada una de ellas de diferente tipo y régimen, unida a las competencias sanitarias asumidas por las

² Vid. Cita en el Informe Abril, pág.30.

CC.AA³ conforman un complejo mapa sanitario, no sólo a nivel de gestión, sino también y, por lo que a nosotros nos interesa resaltar, en materia de régimen jurídico aplicable y de vinculación del personal, de tal forma que, por los mismos servicios, según la personificación adoptada por el centro sanitario en el que el personal preste sus servicios y según también cuál sea la Comunidad Autónoma en la que se ubique el centros sanitario en cuestión el personal puede quedar vinculado por un régimen jurídico diferente: estatutario, laboral o funcional, y con unas condiciones salariales y de trabajo también diferentes, situación que plantea problemas, como es el que se recoge en la Sentencia objeto de este comentario en donde se cuestiona el orden jurisdiccional competente para resolver la aplicación de un complemento salarial para el personal -laboral- que presta servicios en un Hospital constituido bajo la forma de una Fundación sanitaria.

2. LAS FUNDACIONES SANITARIAS COMO TÉCNICA DE ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

La figura fundacional como técnica organizativa para la realización de actividades de interés ha sido un recurso utilizado por la Administración pero que experimentó un notable interés dentro de la esfera pública desde que el art. 6.4 de la L. 30/1994 de 24 de noviembre de Fundaciones reconociera capacidad a las personas jurídico públicas para crear fundaciones siempre y cuando su régimen jurídico no se lo impidiese (actualmente art. 8.4 L.50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones).

El reconocimiento que se reguló en aquella Ley de Fundaciones permitió a los entes públicos –estatales, autonómicos y locales- organizar sus actividades públicas utilizando esta institución como fórmula privada de gestión habitual⁴, a pesar de la polémica doctrinal suscitada en torno a la “huida” hacia estas formas de organización jurídico-privadas por parte de la iniciativa pública⁵.

El ámbito sanitario ha sido uno de los sectores donde se puede observar ese creciente interés por la utilización de esta institución, en particular desde

³ Una vez finalizado el proceso de traspaso de competencias sanitarias del INSALUD a las CC.AA. que aún se encontraban pendientes de ellas y que eran todas aquellas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 de la Constitución.

⁴ Vid. Piñar Mañas J.L. y Real Pérez A.: “Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador”, Edit. Marcial Pons, Madrid 2000, pag.204. También en Piñar Mañas J.L. “Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia nº1, enero-febrero 2000, pag. 77.

⁵ En relación a las posiciones doctrinales que se barajan al respecto, vid. un resumen de las mismas en Domínguez Martín M.: “Formas de gestión de la sanidad pública en España”, Edit. La Ley, 1ª edic., Madrid, noviembre 2006, pags.131 y ss.

que el RDL 10/1996 convertido, más tarde, en L. 15/1997 y su reglamento el RD 29/2000, de 14 de abril incorporase las fundaciones como una nueva fórmula para la gestión de los servicios públicos sanitarios.

Partiendo de esa habilitación inicial dispuesta en el RD 10/1996, de 17 de junio, - y, por lo tanto, antes de que se transformase en la L. 15/1997 y de que se dictase el RD 29/2000, de 14 de abril –desarrollo reglamentario de la anterior, en cuyo art. 40 quedó reconocido expresamente la capacidad del INSALUD para constituir fundaciones- el INSALUD procedió a crear fundaciones para la gestión de sus servicios sanitarios. Las primeras fueron las fundaciones Hospital de Manacor y Hospital de Alcorcón⁶.

El art. 38 del RD 29/2000 las calificó como un tipo de organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro constituidas por el INSALUD para la gestión y administración de centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria y cuyo patrimonio se destina a la realización de fines sanitarios de interés general.

En otros términos, se tratan de fundaciones privadas, con personalidad jurídica propia e independiente del ente público que la crea⁷. Es decir, son entes privados, lo cual significa que están sometidas al Derecho privado, a pesar de que fueron constituidas por un ente público, el INSALUD -organismo público autónomo dependiente del Ministerio de Sanidad-. Al ser fundaciones privadas y no públicas su regulación difiere de la que se establece para los entes públicos. Y así el RD 29/2000, en su art. 39, dispuso que su régimen jurídico vendría dado por lo dispuesto en sus estatutos y con carácter supletorio por la Ley de Fundaciones, por aquel entonces la Ley 30/1994 y hoy la Ley 50/2002 -concretamente el Capítulo XI que regula las fundaciones del sector público- (D.A.4^a), así como por las demás disposiciones estatales o autonómicas que les fuese de aplicación.

Pero si son fundaciones privadas la cuestión que se llegó a plantear fue la siguiente ¿cómo es que la exposición de motivos del RDL 10/1996 identificó a las fundaciones creadas por entes públicos y reguladas por la L.30/1994 como entes públicos, dotados de personalidad jurídica pero diferentes de los entes públicos que se contienen en el art. 6 de la –entonces vigente- Ley General Presupuestaria? Y más aún ¿cómo es posible que la exposición de motivos de la L.15/1997, dictada en desarrollo del RDL 10/1996, reconozca que “la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley 10/1996 ha permitido al Instituto Nacional de la Salud la puesta en marcha de algunas iniciativas en materia de

⁶ En la Resolución de 21-1-1997 (BOE 6-2-1997) se contiene el Acuerdo de 22-11-1996 del Consejo de Ministros por el que se procedió a la autorización, de la citada Fundación Hospital de Manacor y a la aprobación de su Estatuto de funcionamiento.

⁷ En este sentido vid. Piñar Mañas J.L. “Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia”, op.cit., pag. 77.

gestión y, en concreto, la constitución de fundaciones de naturaleza o titularidad pública?

La respuesta a esta cuestión vino dada por un sector doctrinal que interpretó la titularidad pública de las fundaciones -creadas por entes públicos pero amparadas por la L.30/1994- no en el sentido de titularidad dominical sino en el hecho de que, por un lado, la iniciativa de su creación viniese de parte de un órgano público y no privado y por otro, en el patrimonio que compone la fundación que es público y no privado⁸. Desde esta óptica puede interpretarse el contenido de lo dispuesto en la L. 15/1997 y en su reglamento el RD 29/2000 cuando ambas normas se refieren a la exigencia de que los nuevos entes que se constituyan para la gestión de los servicios sanitarios deben de ser de titularidad pública, entre ellos las fundaciones. Es decir, cuando ambas se refieren al término “titularidad” ha de interpretarse no referido o limitado a titularidad dominical de la propia fundación que se crea, sino al hecho de que la iniciativa para su creación (constitución y capital) provenga de un ente público⁹. Y esta interpretación es la que también se deduce del art. 55 de la L.7/2010 de 21 de julio, del sector público instrumental de Illes Balears que establece que “son fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears las fundaciones constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears o sus entes instrumentales, y también aquellas otras cuyo patrimonio fundacional, con carácter permanente, está integrado en más de un 50% por bienes o derechos cedidos por entidades del sector público autonómico”. Dichas fundaciones del sector público se rigen por el ordenamiento jurídico privado, excepto en los aspectos a que se refiere esta Ley y demás normativa de derecho público que les sea de aplicación¹⁰.

Recientemente el art. 2 de la L.7/2010 de 21 de julio del sector público instrumental de Illes Balears las califica como “organismos de titularidad pública de naturaleza institucional con personificación privada”.

Pese a lo anterior, la naturaleza jurídica de estas fundaciones sanitarias sigue sin quedar clara para muchos que la identifican con una fundación de naturaleza pública, lo cual plantea problemas en orden a confundir el régimen jurídico aplicable a esta figura, el régimen jurídico de su personal, así como el orden jurisdiccional aplicable en cuestiones que afecten a su personal.

La naturaleza de la Fundación Hospital de Manacor es privada. Y ello se confirma con lo dispuesto en el art. 47 de la reciente L.7/2010 al clasificar a las fun-

⁸ Vid. cita de esta corriente doctrinal en Domínguez Martín M.: “Formas de gestión de la sanidad pública en España”, op. cit., pag. 131.

⁹ Vid. Socías Camacho J.M.: “Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario”, Edit. Iustel, 1ª edic., Madrid 2006., pags.124-125.

¹⁰ Semejante redacción es la que se contiene en el art. 44 de la L. 50/2002 al definir a las fundaciones del sector público estatal

daciones del sector público de Illes Balears como “organismos de naturaleza privada de titularidad pública”. Este error interpretativo queda patente en la sentencia comentada, concretamente en el Fundamento Jurídico 2º en donde el TSJ de Illes Balears afirma que la Fundación Hospital de Manacor es de naturaleza pública.

Ahora bien, el hecho que se reconozca naturaleza privada a esta Fundación no impide que la misma se someta a determinadas reglas y límites que la Administración impone a sus órganos públicos, puesto que se trata de una fundación creada por un ente público y no privado. Por ello, esta tipología de fundaciones posee determinadas peculiaridades que impiden su absoluta identificación con el resto de fundaciones privadas que no son creadas por entes públicos. En ello radica su peculiaridad, es decir, en lo que algunos califican como: fundaciones con un “régimen jurídico híbrido, privado y público”¹¹.

En la actualidad la Ley del sector público instrumental de Illes Balears, la L. 7/2010 de 21 de julio (BOIB 29-7-2010) en su D.A. 3ª establece que estas fundaciones se regirán por su normativa específica y, supletoriamente por lo dispuesto para las fundaciones del sector público autonómico. En su defecto, le será de aplicación la D.A 4ª de la Ley de Fundaciones, la L.50/2002 que reconoce la aplicación supletoria de su Capítulo XI “fundaciones del sector público estatal” para las citadas fundaciones sanitarias.

No son pocos los aspectos diferenciales propios de esta institución que las distancian de las fundaciones privadas y que el RD 29/2000 ya vino a señalar: la adecuación de estas organizaciones en materia de contratación a los principios de publicidad y concurrencia (art. 43 RD 29/2000), la vinculación constante con la Administración –en este caso la Sanitaria- en lo que respecta a la composición de sus órganos: en relación al protectorado (primero el Ministerio de Sanidad y luego la Administración Sanitaria autonómica) y en relación con el patronato (primero miembros del INSALUD y con el traspaso de competencias autonómicas miembros de los respectivos Servicios Públicos de Salud), la regulación administrativa aplicable en los supuestos de responsabilidad por daños (art. 35 RD 29/2000 y D.A. 12º L.30/1992) entre otros, o el sometimiento a lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria en lo que se refiere a su régimen presupuestario, económico-financiero, contable, de intervención y de control (art. 45 del RD 29/2000)¹².

No obstante lo anterior, queremos resaltar haciendo referencia a la Fundación Hospital de Manacor otros aspectos que son los relativos a su procedimiento de creación, su ámbito territorial, la titularidad de su patrimonio, el régimen jurídico de su personal y sus límites de actuación.

¹¹ Vid. Piñar Mañas J.L. y Real Pérez A.: “Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador”, Edit. Marcial Pons, Madrid 2000, pag.244.

¹² En este sentido vid. Socías Camacho J.M.: “Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario”, op.cit., pags. 159-160

1.- Procedimiento de creación: un aspecto particular a esta modalidad fundacional es la formación de la voluntad del fundador que, por sí sola no basta para la constitución de la fundación como sucede con el resto de fundaciones privadas, sino que, como requisito previo a su formación se precisa la autorización del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en la que se creen –antes de los traspasos sanitarios el Consejo de Ministros-¹³. Ese fue el procedimiento que se siguió para la constitución de la Fundación Hospital de Manacor. En efecto, la Resolución de 21-1-1997 (BOE 6-2-1997) dio publicidad al Acuerdo de 22-11-1996 del Consejo de Ministros por el que se procedió a la autorización, de la citada Fundación Hospital de Manacor y a la aprobación de su Estatuto de funcionamiento.

Dado que por aquellas fechas la fundación Hospital de Manacor se constituyó con carácter estatal, el Protectorado de la misma quedó en manos del Ministerio de Sanidad¹⁴. Sin embargo, cuando se procedió al traspaso de las competencias sanitarias del INSALUD a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, a partir de ese momento, la fundación Hospital de Manacor pasó a ser competencia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears siendo la Administración Sanitaria autonómica –Consejería de Salud y Servicio Público de Salud- la que procedió a ejercer las funciones de Protectorado que hasta ese momento ostentaba el Ministerio de Sanidad (art. 2 Estatuto de la Fundación en relación con art. 55.3 L.7/2010).

2.- *Ámbito territorial*: a diferencia de lo que puede suceder con otras fundaciones privadas que tienen circunscritas su ámbito de actuación a un espacio geográfico o territorial delimitado, en el caso de esta tipología fundacional al ostentar, en un principio, la competencia de la misma el Estado justificaba que su ámbito de actuación se extendiese por todo el territorio nacional. Es decir, el ámbito funcional se justificaba en base al ámbito competencial. Por esa razón en los estatutos de la Fundación Hospital de Manacor se reconocía el ámbito territorial estatal de la misma, especialmente referido a la actividad docente e investigadora en los campos de la sanidad y de la salud pública (art. 3 Estatuto). No obstante lo anterior y a pesar de que, actualmente, la competencia de la fundación corresponde a la Administración Sanitaria autonómica de las Islas Baleares y que la fundación desarrolla fundamentalmente sus actividades sanitarias en el territorio autonómico, hay que subrayar que su ámbito funcional no se circunscribe al territorio autonómico justificación que se encuentra, no ya en el ámbito competencial, que sabemos que es autonómico, sino en

¹³ Vid. en este sentido Piñar Mañas J.L.: “Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia”, *op.cit.*, pag. 78.

¹⁴ El art. 34 de la L.50/2002 establece que será la Administración General del Estado, en la forma que reglamentariamente se determine, quien ejerza el Protectorado de las fundaciones del sector público de competencia estatal.

su ámbito material, es decir, en el servicio público de carácter general que se presta a todos los ciudadanos con independencia de la Comunidad Autónoma de residencia –los sanitarios, entre los que se incluye la promoción de la salud, la prevención de enfermedades y rehabilitación, la docencia y la investigación en el ámbito de las ciencias de la salud y la formación y actualización de los conocimientos especializados del personal de los servicios sanitarios (servicios reconocidos por el art. 10 RD 29/2000)-, así como la integración de esta Fundación dentro de la red de centros y servicios sanitarios que conforman el Sistema Nacional de Salud y que permite garantizar el derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud¹⁵.

3.- Titularidad del patrimonio de la fundación: A diferencia de lo que sucede con el resto de fundaciones privadas en donde la fundación es la titular de todos los bienes que integran su patrimonio, pues así lo dispone el art. 20 de la L.50/2002 para las fundaciones estatales, cuando se trata de fundaciones creadas por entes públicos, en su patrimonio pueden integrarse bienes cuyo titular sigue siendo el órgano público que las creó y que cede el uso de los mismos a la fundación para el cumplimiento de la finalidad para la cual se ha constituido (art. 44 letra b, L. 50/2002). Esta particularidad aparece en la fundación Hospital de Manacor que, al ser creada por el INSALUD, entidad gestora de la Seguridad Social, incorporó en el patrimonio de la misma –en régimen de cesión de uso- bienes inmuebles perteneciente a la Tesorería General de la Seguridad Social cuya titularidad aún hoy, a pesar de los traspasos de competencias, se sigue conservando¹⁶.

4.- El personal: dado que las fundaciones poseen sus específicas normas reguladoras -sus Estatutos- es en ellos donde queda determinado el régimen jurídico por el que se regulará su personal, siempre y cuando respete la regulación general prevista para las mismas. Así quedó reconocido en el art. 18 del RD 29/2000. En base a lo anterior, y conforme a lo dispuesto en el art. 44 del citado Real Decreto y del art. 20 del Estatuto de la Fundación Hospital de Manacor se establece el Derecho Laboral para la regulación de las relaciones con su personal, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

Por lo que respecta al procedimiento a seguir para la contratación de personal y teniendo en cuenta que se fundó por una persona jurídico-pública la L.50/2002 establece un límite al que deben de sujetarse esta modalidad de fundaciones y es que en el procedimiento de selección de personal deberá respetar los principios constitucionales aplicables a todo el ámbito del sector público de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, principios estos a los que se refiere el art. 20 del Estatuto de la Fundación Hospital de Manacor y a los que hace

¹⁵ Vid. art. 1 en relación con art. 44 de la LGS

¹⁶ Vid. art. 16 RD 29/2000 en relación con el art. 3 de los Estatutos de la Fundación y D.A. 7ª de la LGS

referencia el art. 49 de la L.7/2010.¹⁷

5.- Límites de actuación: Al carecer de la condición de ente público la Fundación Hospital de Manacor su objeto es muy concreto y sujeto a límites: sólo se constituyen para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria sin que, por lo tanto, puedan realizar ningún tipo de potestad pública. Así se estableció en el art. 38 del RD 29/2000, en consonancia con lo dispuesto en el art. 46 de la 50/2002. Éste último prohíbe a las fundaciones del sector público estatal el ejercicio de potestades públicas limitándolas al ejercicio de actividades de interés general correspondientes al ámbito competencial del ente público que la fundó. En los estatutos de la Fundación Hospital de Manacor (art. 6) quedan establecidos sus fines, los cuales se encuentran en consonancia con los fines que se contienen en el art. 10 del RD 29/2000¹⁸.

3. DIFERENCIAS CON LAS FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS

Acabamos de hacer referencia a las fundaciones sanitarias que se crearon por el INSALUD en virtud de la habilitación concedida por el RDL 10/1996, cuyas características propias y particulares respecto del resto las fundaciones privadas hemos intentado condensar en el epígrafe anterior. Sin embargo, el tratamiento de las mismas resultaría incompleto si no se hace referencia a las fundaciones públicas sanitarias y se establecieran sus diferencias con ella, puesto que su misma terminología –fundaciones-, su mismo ámbito de actuación –el sanitario- e incluso su vinculación –aunque diferente- con la Administración Pública pueden plantear problemas de confusión e incluso de identificación entre ellas.

Las fundaciones públicas sanitarias irrumpen en el panorama sanitario meses después de dictarse la L.15/1997 y de que fuesen creadas las fundaciones Hospital de Manacor y Alcorcón.

¹⁷ Vid. también el art.21 del RD 29/2000 y el art. 46.4 L.50/2002.

¹⁸ El art. 6 de los Estatutos de la Fundación Hospital de Manacor establece que los fines de la misma serán los siguientes: a) La prestación de servicios sanitarios, la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, en coordinación con la asistencia primaria y especializada y los diversos niveles sociosanitarios; b) La prestación de servicios sociosanitarios; c) La docencia referida a las ciencias de la salud, así como las actividades de investigación, estudio y divulgación relacionadas con las mismas, colaborando con la Universidad y demás instituciones competentes en esta materia; d) La participación en programas de protección de la salud, prevención de enfermedades, asistencia sanitaria y sociosanitaria y rehabilitación; e) La formación y actualización de los conocimientos especializados del personal sanitario y en particular de los de la propia Fundación; f) Cualquier otro relacionado con las finalidades citadas, que se acuerden por el Patronato; g) Promocionar el desenvolvimiento de los recursos sanitarios a través de acciones y programas propios o con entidades concertadas.

La L. 50/1998 las crea y las regula como una nueva modalidad de gestión pública de los servicios sanitarios pero no las justifica. Ello se lleva a cabo, posteriormente, en el reglamento de desarrollo tanto de la L.15/1997 como del art. 111 de la L.50/1998, esto es, en el RD 29/2000.

Y así el RD 29/2000 justifica su creación en la necesidad de adaptar el contenido de la L.6/1997, de 14 de noviembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado -LOFAGE-, concretamente de las entidades públicas empresariales, a las particularidades que presenta el ámbito sanitario y preservar el régimen jurídico estatutario por el que ha de regirse su personal¹⁹.

Esta nueva figura, que adapta en su denominación el término “fundación”, se mantiene bastante lejos de lo que significa dicho término, pues con ella se está determinando a un órgano público que, hasta su desaparición, se adscribió al INSALUD.

A pesar de su denominación, no estamos ni ante fundaciones privadas ni ante fundaciones del sector público estatal sino ante una adaptación al ámbito sanitario de las entidades públicas empresariales, es decir, de una de las tres modalidades de organismos públicos previstas en la LOFAGE (art. 43) y que fueron creadas con dos particularidades respecto de los entes públicos empresariales: el procedimiento de creación que es por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Sanidad (art. 111.3 L.50/1998 y art. 64 RD 29/2000) en lugar de por Ley (art. 63 LOFAGE) y el régimen de su personal que, con carácter general, es estatutario (art. 111.5 L.50/1998 y art. 73 RD 29/2000) en lugar del laboral previsto para las entidades públicas empresariales (art. 55 LOFAGE).

Se trata de un ente público de naturaleza y titularidad pública, con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios cuya regulación venía dada por lo dispuesto en el art. 111 de la L.50/1998 desarrollado por el RD 29/2000 -en el ámbito del INSALUD hasta su extinción-, por la normativa específica de las CC.AA. que las crean en sus respectivos territorios y supletoriamente, por lo dispuesto en la LOFAGE en relación a las entidades públicas empresariales (art. 63 RD 29/2000). En la actualidad, y para el caso de las Illes Balears las fundaciones públicas sanitarias se regularán por lo que se disponga en su normativa específica y supletoriamente por la L.7/2010 en relación a los entes públicos instrumentales autonómicos (D.A.3ª de la L.7/2010). Por lo tanto,

¹⁹ Algunas opiniones críticas en torno a la creación de esa nueva figura de gestión de la sanidad pública en Freire J.M.: “Comentario crítico sobre las Fundaciones Sanitarias Públicas” y Benito Anguita F.: “Nuevos modelos de organización y gestión en el ámbito sanitario: Fundaciones sanitarias públicas”, ambos artículos en la Revista Foro de Seguridad Social, nº 1, marzo 2000, publicada en la web <http://www.foross.org/>

- a) ni les resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley de fundaciones (D.A. 3ª L.50/2002), ni lo previsto para las fundaciones sanitarias que se crearon en virtud de la Ley 30/1984, consideradas hoy como fundaciones del sector público.
- b) A raíz del traspaso de competencias del INSALUD al resto de autonomías que carecían de ellas las fundaciones públicas sanitarias que constituyan las CC.AA tendrán el régimen jurídico que en cada una de ellas se determine. Lo anterior da pie a que en cada autonomía se configuren fundaciones públicas sanitarias con regímenes jurídicos diferentes²⁰.

La posibilidad de utilizar esta figura sólo se ha llevado a cabo en Galicia que procedió a transformar las fundaciones sanitarias existentes en fundaciones públicas sanitarias²¹ y en las Illes Balears con la creación de la Fundación Pública Sanitaria de carácter asistencial Hospital Comarcal de Inca²². Por parte del INSALUD no se llegó a crear ninguna fundación pública sanitaria.

4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE LA FUNDACIÓN HOSPITAL DE MANACOR

En las Illes Balears la gestión de todos los servicios públicos sanitarios que integran su sistema sanitario público se lleva a cabo a través del Servicio Balear de Salud, un órgano público de carácter autónomo y personalidad jurídica propia que se adscribe a la Consejería de Salud de las Illes Balears.

En sus estatutos, aprobados por D. 39/2006, de 21 de abril (BOIB 29-4-2006) el Servicio Balear de Salud de salud reconoce la diferente vinculación que pueden mantener el personal que presta servicios en los centros sanitarios que lo conforman así como el régimen jurídico que les resulta de aplicación, a cada uno de ellos (arts. 53 y 54):

²⁰ Vid. Domínguez Martín M.: "Formas de gestión de la sanidad pública en España", op.cit pag.95.

²¹ Vid. D 276/2001, de 27 de septiembre (DOG 12-12-2001) por el que se transforman las fundaciones sanitarias de Galicia en fundaciones sanitarias de naturaleza y titularidad pública conforme a lo dispuesto en la disposición adicional séptima de la Ley 5/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Régimen Presupuestario y Administrativo de Galicia, que estableció que la modificación de estas fundaciones y de sus correspondientes estatutos, así como la creación, modificación y extinción de nuevas fundaciones sanitarias, serían aprobadas por decreto del Consello de la Xunta, a propuesta del conselleiro de Sanidad y Servicios Sociales.

²² Creada por Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears el 17-3-2006 y publicado en el BOIB de 25-3-2006.

- a) Personal funcionario, de carrera o interino, que se regirá por la Ley 2/1989, de 22 de febrero, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y sus normas de desarrollo;
- b) Personal funcionario de régimen especial estatutario, fijo o temporal que se regirá por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y demás normas aplicables al personal estatutario
- c) personal laboral, fijo o temporal que se regirá por la legislación laboral común y los convenios colectivos que resulten de aplicación.

Concretamente, el personal de la Fundación Hospital de Manacor se rige por el Derecho laboral, pues así lo dispone el art. 20 de sus estatutos, en consonancia con lo dispuesto por el art. 44 del RD 29/2000 y por la regulación laboral prevista por el art. 49 de la L.7/2010 para el personal que presta servicios en las fundaciones del sector público autonómico de las Illes Balears.

A.- Adaptación de las condiciones salariales, de trabajo y de carrera profesional previstas para el personal estatutario:

Estas diferencias de regímenes jurídicos aplicables al personal que se encuentra prestando los mismos servicios, en un mismo ámbito territorial y dentro de una misma estructura sanitaria —el Servicio Balear de Salud— ha ocasionado la existencia de diferencias en las condiciones salariales y de trabajo entre el personal de este Servicio que se intentaron solventar primero con el Acuerdo de homologación y homogeneización de las condiciones laborales del personal de las fundaciones Hospital Manacor y Hospital Son Llàtzer celebrado en el 2004 entre la Consejería de Salud y los representantes de los trabajadores de dichas fundaciones en el que éstos últimos renunciaron a la negociación de las materias esenciales fijando como único foro de negociación la Mesa Sectorial de Sanidad. En este sentido, se acuerda la aplicación al personal laboral de estas fundaciones —a partir del 1 de enero de 2007— el régimen retributivo, la estructura salarial, las condiciones de trabajo, los acuerdos de acción social y las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar que se contemplan para el personal estatutario.

Posteriormente, se dicta el Plan de Ordenación de los Recursos Humanos aprobado por Resolución del Director Gerente del Servicio de Salud de las Illes Balears el 10 de enero de 2007 (BOIB 25-1-2007) que estableció entre sus objetivos dar cumplimiento a lo dispuesto en la D.A. 5ª de la L. 55/2003 que regula el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, esto es, la homogeneización de las relaciones laborales del personal del Servicio de Salud mediante la unificación del régimen jurídico del personal a través de

la integración voluntaria y de forma gradual – por fases- en la condición de personal estatutario al personal laboral y funcionario de los distintos centros y establecimientos sanitarios del Servicio de Salud.

B.- Modificación del régimen de personal:

El Plan de Ordenación citado pretende el cambio de régimen jurídico del personal de las Fundaciones Hospital de Manacor y Son Llätzer al régimen estatutario mediante la integración directa del personal en las categorías y titulaciones equivalentes conforme al modelo de carrera profesional previsto en la regulación estatutaria²³. Para ello el Plan establece el carácter voluntario de la citada integración, la cual precisa de la solicitud previa del trabajador que acepte el cambio conforme a las condiciones pactadas con la representación legal de los trabajadores.

Dando cumplimiento a dicho plan se aprobó el Acuerdo de la Mesa sectorial de Sanidad de 26 de mayo de 2008 (ratificado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 4 de julio de 2008, BOIB 15-7-2008) por el que se estableció el procedimiento a seguir para acceder al modelo de carrera profesional aplicable tanto para el personal no sanitario como para el personal sanitario que no requiera de titulación universitaria del Servicio Balear de Salud.

A tenor de lo dispuesto en dicho Acuerdo el Director Gerente de la Fundación Hospital de Manacor procedió a dictar Resolución de 28 de octubre de 2008 en la que se convoca el procedimiento para que el personal de la citada Fundación se acogiera a lo previsto en dicho acuerdo. Y es, precisamente, esta Resolución la que es objeto de impugnación ante el Juzgado de lo Social por la representación de la Confederación Sindical de CC.OO, cuya sentencia recurrida en suplicación y estimada por el TSJ de las Illes Balears es la que da pie a este comentario.

Pero teniendo en cuenta que la Fundación posee unas normas de regulación interna en donde viene establecido el régimen jurídico de su personal, en este caso, laboral cualquier modificación que se quiera llevar a cabo respecto de su régimen jurídico, aunque se establezca de forma voluntaria para los trabajadores, debe de quedar reflejado en sus estatutos. De esta forma, entendemos que el proceso de integración voluntaria del personal laboral de la Fundaciones Hospital de Manacor y Son Llätzer a estatutario recogida en el Plan de Ordenación de los Recursos Humanos de las Illes Balears debe de tener su reflejo en los estatutos. En consecuencia, creemos que, antes de ini-

²³ La regulación estatutaria aplicable es la L.55/2003, de 16 de diciembre por la que se regula el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (BOE 17-12-2003), ya que las Illes Balears, aún no ha aprobado su correspondiente regulación autonómica tal y como establecía la D.A.4ª de la L. 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balear (BOE 8-5-2003).

ciar el citado proceso, se debe de realizar la correspondiente modificación en sus estatutos, lo cual exige el acuerdo previo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears²⁴. En nuestra opinión, dicho procedimiento no puede efectuarse directamente por una Resolución del Director Gerente de la Fundación que, basándose en el Plan de Ordenación citado obvie la modificación estatutaria y convoque los procedimientos necesarios para adaptar el cambio voluntario del régimen jurídico laboral al régimen jurídico estatutario porque además contraviene lo dispuesto en el art. 11 de sus estatutos en donde se establece las funciones del Patronato, entre las que se encuentra, “fijar los criterios de actuación dentro del marco fijado por sus estatutos” y “aprobar la política de personal” funciones que el Director Gerente de la Fundación, cargo directivo nombrado por el propio Patronato, asume en esta resolución.

A nuestro juicio la cuestión es importante porque a través de la citada ordenación de los recursos humanos se está eliminando uno de los aspectos característicos de esta modalidad fundacional, que es el régimen jurídico laboral de su personal que, a su vez, hace que las distancie, en este aspecto, de las fundaciones del sector público autonómico (cuyo régimen de personal es el laboral) y las acerque a las fundaciones públicas sanitarias según la regulación prevista, con carácter general, en el RD 29/2000 (que establece la regulación estatutaria del personal) y a lo dispuesto en los estatutos de la Fundación Pública sanitaria Hospital Comarcal de Inca. Y llegados a este punto la cuestión a plantearse sería si en lugar de realizar este procedimiento no hubiese sido más adecuado y menos conflictivo proceder a establecer una regulación autonómica general aplicable a las fundaciones sanitarias de las Illes Balears transformando su naturaleza jurídica y adaptando sus estatutos hacia fundaciones públicas sanitarias tal y como hizo Galicia con sus fundaciones sanitarias, que, curiosamente, mantienen el régimen laboral para el personal de las mismas -sin seguir, por lo tanto, el régimen estatutario previsto en el art. 111 de la L.50/1998 y en el RD 29/2000-.

5. LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER Y REGULACIÓN APLICABLE A LA RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR GERENTE DE LA FUNDACIÓN HOSPITAL DE MANACOR

El objeto de conflicto del que parte la sentencia, como acabamos de comentar es la resolución del Director Gerente de la Fundación Hospital de Ma-

²⁴ La modificación de los estatutos de se debió de ajustar al procedimiento establecido en el art. 45 de la L.50/2002, puesto que se tratan de fundaciones sanitarias a las cuales se les aplica, en lo no dispuesto por su norma específica, lo previsto para las fundaciones del sector público. Actualmente la remisión normativa se realizaría al art. 57.3 de la L.7/2010.

nacor de 28 de octubre de 2008 en la que, con base en el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 26 de Mayo de 2008, convoca un procedimiento extraordinario para realizar el encuadramiento inicial de grado y acceso al modelo de carrera profesional del personal de carácter no sanitario así como del sanitario que no requiere titulación universitaria.

El TSJ de las Illes Balears viene a reconocer a la jurisdicción social como la competente para resolver el conflicto planteado por la representación de CC.OO.

En sus argumentos el TSJ se apoya en el carácter y en la regulación aplicable a la resolución impugnada.

A) Carácter de la resolución: La sentencia de instancia del juzgado de lo social nº 4 otorga a la resolución impugnada carácter administrativo y, en base a ello, se declara incompetente para conocer el fondo del asunto. Sin embargo, el TSJ estima el recurso interpuesto por CC.OO. y reconoce que la jurisdicción social es la competente para resolver la cuestión litigiosa planteada.

Para el TSJ la resolución del Director Gerente de la Fundación Hospital de Manacor no es un acto administrativo. En efecto, la resolución objeto de controversia ha sido dictada por un cargo directivo contratado en régimen laboral por el Patronato de la Fundación para la gestión de la propia Fundación, la cual, tiene, además, naturaleza privada (que no pública como sostiene en sus argumentos el TSJ). En consecuencia, ni el Director gerente de la Fundación Hospital de Manacor es un cargo administrativo ni está investido de carácter público, luego sus actos carecen de carácter administrativo.

B) Regulación aplicable a la resolución impugnada: A mayor abundamiento el TSJ se apoya en su argumentación jurídica en el pronunciamiento seguido por el TS en Sentencia de 11 de marzo de 1993 en el que procede al análisis, no sólo del carácter del acto impugnado sino también de su regulación aplicable. En base a ello, distingue la naturaleza de la regulación aplicable, según sea acto en cuestión dictado por la propia Administración. Así pues, y según el TS si se trata de una convocatoria de acceso a la Administración Pública –aunque esta convocatoria lo sea para personal laboral- la Administración convocante está realizando una potestad administrativa en orden a la selección de personal que se encuentra sujeta al Derecho Administrativo. No sucede lo anterior cuando la propia Administración realiza otras convocatorias, por ejemplo, de promoción interna respecto de personal laboral con el que ya mantiene un vínculo de carácter empresarial sometido al Derecho Laboral.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la Fundación Hospital de Manacor es un órgano de naturaleza privada. Como tal figura jurídico-privada la regulación de los actos que dicte su personal –que es laboral- se somete al Derecho Laboral respetando, eso sí, las peculiaridades y límites de actuación que se derivan de ser un órgano instrumental de los servicios sanitarios públicos de las Illes Balears, de titularidad pública. De ahí que sus actuaciones

se limiten al ejercicio de actividades de interés general estándole vedadas el ejercicio de potestad administrativa –a diferencia de lo que sucede con el supuesto que contempla en la STS de 11-3-1993 y que viene a sustentar parte de la argumentación jurídica de la STSJ de las Illes Balears-. Pero teniendo en cuenta también que su titularidad es pública se deben someter a la Ley de la Función Pública de las Illes Balears en lo que respecta a los sistemas y procedimientos de selección de personal, pues así lo dispone el art. 23 de la L.7/2010 para los entes instrumentales del sector público de las Illes Balears²⁵. Sin embargo, y como afirma la STSJ comentada este no es el objeto del litigio sino la aplicación de un complemento salarial incluido en una convocatoria de acceso al modelo de carrera profesional del personal de dicha fundación y, por consiguiente, el orden jurisdiccional social es el que ha de ser competente para la resolución del pleito inicial.

²⁵ En art. 23.2 de la L.7/2010 establece que “en todo caso, y como mínimo, es de aplicación a todo el personal al servicio de estos entes la regulación establecida en el Estatuto básico del empleado público en cuanto a los deberes de los empleados públicos y el código de conducta, los principios éticos, los principios de conducta, los principios rectores del acceso al empleo público y las normas reguladoras de la reserva de cuota para personas con discapacidad”.

SOBRE LOS NUEVOS REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD POR ENFERMEDAD COMÚN: ANTIGÜEDAD DEL MATRIMONIO Y CONVIVENCIA *MORE UXORIO* ANTES DEL DECESO

Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de Noviembre de 2010

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de una viuda que solicita una pensión de viudedad al INSS. Había estado conviviendo con su pareja más de 17 años, sin hijos, a pesar de lo cual no se habían inscrito en el registro de parejas de hecho. Contrajeron matrimonio 20 días antes de la muerte de unos de los cónyuges.

El INSS, tras la solicitud de la pensión de viudedad por parte de la superviviente de la pareja, resolvió, en diciembre de 2008, el reconocimiento de una prestación temporal de viudedad, por el plazo legal de 2 años.

Frente a la misma, ni el Juez de lo Social ni el Tribunal Superior de Justicia aceptaron las respectivas demanda y recurso de suplicación de la actora que entendía que lo que tenía derecho era a una pensión vitalicia de viudedad.

RESUMEN: Se recurre en casación para unificación de doctrina la Sentencia del TSJ del País Vasco de 12 de enero de 2010 por la que se negaba el derecho a pensión de viudedad a la cónyuge superviviente cuando había contraído matrimonio, que no había llegado al año de duración, y tener más de 16 años de convivencia probados.

Se interpreta el artículo 174.1 de la Ley General de Seguridad Social en relación con su tercer apartado, para determinar si la “convivencia estable y notoria” ha de ser sólo la que se haya inscrito previamente en los registros de pareja de hecho o puede ser una convivencia probada pero no oficializada ante la Administración.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA COMO PARTE DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA
2. NOTAS SOBRE LA REFORMA DE LA LEY 40/2007 Y EN PARTICULAR DE LA PENSIÓN DE VIUEDEDAD
3. LAS MODIFICACIONES PARA EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDEDAD PARA EL SUPUESTO DE MUERTE POR ENFERMEDAD COMÚN.
4. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVIVENCIA PARA LA OBTENCIÓN DE LA PENSIÓN PARA LAS PAREJAS UNIDAS POR MATRIMONIO EN CASO DE MUERTE POR ENFERMEDAD COMÚN

1. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA COMO PARTE DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Nadie pone en duda que la familia constituye una de las instituciones centrales de nuestra sociedad y ello es porque es en el seno de la misma donde se construye la identidad individual y social de las personas.

Es por ello por lo que en la Constitución Española se le ha querido otorgar una protección específica en su art. 39.1, estableciéndose que los poderes públicos han de asegurar “la protección social, económica y jurídica de la familia”.

Ha de recordarse, no obstante, que dicho precepto se encuadra dentro de los principios rectores de la política social y económica, por lo que de conformidad con el art. 53.3 de la CE, necesitan de un desarrollo legal por parte de los poderes públicos que concrete las medidas específicas de protección establecidas para las familias y, sólo producido ese desarrollo legal, podrá reclamarse este derecho ante los Tribunales¹. En cualquier caso con el desarrollo legal se trataría de dotar a las familias de los medios necesarios para el correcto desarrollo de las funciones que socialmente desempeñan.

Esto es, será el legislador ordinario, ante la falta de concreción de la propia CE, el que tenga que fijar las medidas, acciones y objetivos concretos, y que estarán probablemente vinculados a la realidad social y económica que se viva en cada momento, que habrán de adoptarse en cada momento para que pueda cumplirse la protección que establece el art. 39 de la CE. Así pues, serán fundamentales las diversas medidas que desde los distintos “poderes públicos” (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Administraciones Locales) se lleven a cabo para conseguir este objetivo general, además

¹ Artículo 53.3 CE “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen.”

de para intentar conseguir “la pacífica y libre convivencia de los distintos modelos familiares, así como el reconocimiento de todas estas nuevas fórmulas, de acuerdo a las previsiones del art. 9.2 CE”².

El primer problema que nos encontramos es definir qué se entiende por familia, ya que no hay una definición constitucional de la misma, quizás en la precaución de los redactores de la Carta Magna de que los cambios sociales incidirían en la configuración de los distintos, y futuros, modelos de familia.

Y es que hechos como la incorporación de la mujer al trabajo, el descenso del número de matrimonios y la proliferación de las uniones de hecho o more uxorio, la introducción de nuevas culturas que permiten la poligamia, el aumento de las familias “monoparentales”, el aumento de las parejas del mismo sexo, el reconocimiento de las situaciones de adopción o acogimiento (en cualquiera de sus modalidades), etc han permitido observar la proliferación de distintos y nuevos de modelos de familia.

Además, en la CE se recogen dos preceptos diferenciados para el matrimonio y la familia, lo que nos da a entender que el matrimonio, regulado en el art. 32, no ha de suponer el único origen de la familia que ha de ser protegida, de conformidad al art. 39 CE, y que en dicho precepto tienen cabida otras muchas realidades sociales que pueden entenderse como verdaderos núcleos familiares³.

De hecho, observando la doctrina del Tribunal Constitucional, para el mismo no existe un único modelo de familia, indicándose claramente que la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio, sino también a la familia como realidad social, “entendiendo como tal a la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable” de las personas⁴. La indefinición constitucional de la familia permite que el legislador pueda concretar la protección exigida por el art. 39.1 CE en las distintas normas de conformidad a las necesidades particulares de distintas realidades familiares específicas, por lo que el concepto de familia puede variar en las distintas normas que pretenden protegerla (civiles, administrativas, fiscales, laborales o penales).

² Morgado Panadero, P. “Las uniones extramatrimoniales ante la Seguridad Social”, Studia Zamorensia, Segunda Etapa, Vol, VII, 2004, 377.

³ Aunque en algún que otro momento, el Tribunal Constitucional ha confundido “las realidades matrimonial y familia”, lo cual es absolutamente normal, como indican Torres Del Moral, A. y Gómez Sánchez, Y., en “Principio de igualdad y pensiones de viudedad”, Revista de Derecho Político nº 35, 1992, pág. 53.

⁴ Véanse las SSTC 184/1990, 222/1992; 126/1994, por todas, la STC 47/1993 indica que “la Constitución no protege a la familia que se constituye como matrimonio, sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable de una pareja”. También, y en especial, véase el comentario que sobre las mismas realiza González Porras, J.M., en *Uniones de hecho y pensiones de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1992, pags. 15 y sigs.)

Pues bien, por lo que nos interesa, el Derecho de la Seguridad Social es una de las ramas del ordenamiento jurídico que pretende cumplir con el mandato de la protección social y económica de la familia indicado en el art. 39 de la CE. Siguiendo a AGUILERA IZQUIERDO, la protección “más directa” se lleva a cabo a través de las prestaciones familiares, donde “la carga familiar es el objeto del aseguramiento” (al menos en las no contributivas). Otras prestaciones familiares “indirectas” donde “no se trata de compensar las cargas familiares, sólo de proteger de una u otra forma a la familia”, serían las de maternidad, paternidad, riesgos durante el embarazo y durante la lactancia y prestaciones por muerte y supervivencia⁵.

Y es que, respecto de las prestaciones por muerte y supervivencia, que son las que en este momento nos interesan, las mismas tienen como fin “salvaguardar una necesidad y suplir una disminución de ingresos en perjuicio del superviviente del matrimonio por el fallecimiento del cónyuge”. Ahora bien, desde el momento en que los beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia son “miembros de la unidad familiar a los que se les exige además convivencia y dependencia económica del sujeto causante, también está dispensando, aunque sea indirectamente, un grado de protección a dicha familia”⁶.

Conectando con la indefinición del concepto de familia por parte de la Constitución, en específico ámbito de la Seguridad Social, se ha planteado qué tipo de relaciones familiares deben de proteger los poderes públicos⁷, y ha sido precisamente en materia de prestaciones de muerte y supervivencia donde el Tribunal Constitucional ha tenido que justificar la opción legislativa por un determinado modelo de familia, la basada en el matrimonio, aunque no respecto de los hijos ya que los mismos “son iguales ante la ley” independientemente de la naturaleza de su filiación.

En cualquier caso, como indicó Argüelles Blanco, la Seguridad Social debe de proteger “todo tipo de relación estable de familia”, quedando al margen el vínculo que la origine, siendo lo único relevante la existencia de una continuidad, no sólo en el tiempo, sino también en los lazos afectivos que vinculan a las partes, teniendo en cuenta que dentro de los amplios límites establecidos por la Constitución debe aplicarse en cada momento el concepto de familia que sea adecuado a la “realidad social vigente”⁸.

⁵ En “Protección social de la familia: aspectos laborales y de Seguridad Social”, Foro, Nueva época, núm. 9/2009, ISSN: 1698-5583, pág. 68 y sigs. Aunque realmente creemos que prestaciones “familiares indirectas” son en realidad todas las prestaciones económicas de la Seguridad Social, contributivas o no contributivas, ya que con las mismas viene a cubrirse carencia de rentas de las personas, que sirven de soporte necesariamente a la economía familiar en la que se integra.

⁶ Nuevamente, Aguilera Izquierdo, R, op. cit., pág. 70.

⁷ En este sentido vid. López Terrada, E. en *Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 19.

⁸ En *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 22 y sigs

No obstante ello, conviene retener que el TC se remite a su doctrina consolidada sobre “el amplio margen del legislador para configurar el sistema de previsión social y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones (ejemplo: la pensión de viudedad) en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales, y las necesidades de los diversos grupos sociales”. Es decir, si las diferencias de trato se amparan en “causas y fundamentos razonables”, no serán contrarias al artículo 14 CE⁹.

2. NOTAS SOBRE LA REFORMA DE LA LEY 40/2007 Y EN PARTICULAR DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Como se ha advertido anteriormente el modelo de familia tradicional viene experimentando importantes transformaciones en los últimos años, en la obligación de proteger a la familia que establece el art. 39.1 de la CE, los poderes públicos deben de tratar eliminar al máximo todos los obstáculos o dificultades, para que dentro del ámbito privado de cada una de ellas existan verdaderas posibilidades de elección. En este sentido, la Seguridad Social trata de proteger a la familia como institución que agrupa a distintas personas que se prestan ayuda mutua, otorgándoles prestaciones en situaciones de necesidad.

Numerosos estudios doctrinales, propuestos por sociólogos y juristas, abordan la necesidad de modulación y adaptación de los Ordenamientos jurídicos vigentes a los cambios continuos que tienen lugar en la Sociedad¹⁰. Llevadas a cabo distintas regulaciones en el Derecho de familia, desde la regulación de adopción y acogimiento hasta el matrimonio homosexual (regulado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio) hasta las distintas regulaciones autonómicas de las parejas de hecho, quedaba por realizar modificaciones respecto de las prestaciones por muerte y supervivencia para adaptarla a las nuevas realidades familiares¹¹.

Desde su creación, las prestaciones por muerte y supervivencia han sido una de las que menos modificaciones ha sufrido, y las recibidas, en líneas generales lo han sido para mejorar la acción protectora (aumento de los porcentajes, compatibilidad con el matrimonio, elevación de la edad de los huérfanos,

⁹ Así lo indica Rojo Torrecilla, E., en “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la regulación jurídica de las parejas de hecho”, Ponencia en les XIII Jornades de Dret Catalá a Tossa, en <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/4/ert.htm>

¹⁰ Cuenca Alcaine, B., en “El marco jurídico de las uniones de hecho en España”, Noticias Jurídicas, Octubre 2010.

¹¹ Como ha indicado Ojeda Avilés, A “La pensión de supervivencia merece una reordenación porque no solo asistimos a la radical evolución de las pautas sociales, con la proliferación de las parejas de hecho, el aumento de las viudas «históricas», los matrimonios del mismo sexo, la poligamia lícita y otras situaciones impensables hace pocos años, sino también a una mutación del estereotipo de viudas que nuestra sociedad española ofrece”, en “Reformulación de la pensión de viudedad”, RMTAS n° extra 74, 2008, pág. 333.

etc). Por ello, la Recomendación 12ª del Pacto de Toledo propuso la necesidad de modificar la regulación de la protección por muerte y supervivencia “con la finalidad de obtener prestaciones adecuadas a la realidad actual”. De hecho, en el Preámbulo del Pacto de Toledo “renovado” se indicaba que “es de destacar también el propósito de modernización del sistema al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares. Todo ello en el contexto de las exigencias que se derivan de la situación sociodemográfica, de la que resaltan circunstancias tales como el envejecimiento de la población, la incorporación creciente de las mujeres al mercado de trabajo y el fenómeno de la inmigración, así como de los criterios armonizadores hacia los que se apunta en el ámbito de la Unión Europea con el objetivo de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema”.

Especialmente, era necesaria la modificación de la regulación de la pensión de viudedad ya que la DA 54ª de la Ley 30/2005, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, proclama que “una reformulación global de la pensión de viudedad”, teniendo el Gobierno que presentar, previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de ley a tal efecto, que “se dirija a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante” y posibilite, igualmente, el acceso a las uniones de hecho. No cabe duda de que la realidad, cada vez más extendida, de convivencia familiar a través de las uniones de hecho tenía que ser atendida en este aspecto ya por el legislador¹².

De ello se ocupó la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. En la misma se adoptaron normas que afectaban a distintas prestaciones de la Seguridad Social, por lo que se refiere a las prestaciones por viudedad, de forma sintética podríamos decir que los puntos más relevantes de la reforma fueron¹³:

- Que la pensión de viudedad recuperara su carácter de renta de sustitución y, por tanto, quede reservada a aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites¹⁴.

¹² Como indican Rodríguez Piñero, M. y Pardell Vea, “las uniones de hecho aparecen no como fenómenos marginales fuera de la ley, sino como hechos sociales relativamente frecuentes en una sociedad pluralista y tolerante, que crean una problemática social que no puede ser ignorada en un Estado social de Derecho”, en “Uniones de hecho y protección social”, en J.M. Martinell y Mª T. Areces (eds.), *Uniones de hecho*. Edicions de la Universitat de Lleida, 1998.

¹³ En este sentido, Gala Durán, C., en “Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad”, en <http://www.upf.edu/iuslabor/012007/SeguridadSocialcarolina.pdf> en *Iuslabor* 1/2007.

¹⁴ Como indicó, por todos, González González, C, “Constituye la pensión de viudedad una de las prestaciones de la Seguridad Social más cuestionadas por no responder en la actualidad en muchos casos a la finalidad con la que surgió, que no era otra que actuar como renta sustitutiva que permitía el sostenimiento económico de la familia cuando se producía el fallecimiento del cónyuge -históricamente el marido-, cuyos ingresos constituían la única fuente de rentas familiar”, en “Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2009

- Se otorgaba la pensión de viudedad a los supuestos de parejas de hecho y también respecto del auxilio por defunción y de las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte derivada de una contingencia profesional.

- Se modificaron las condiciones de acceso a la pensión de viudedad, en caso de matrimonio, cuando el fallecimiento del causante sea por enfermedad común.

- Se cambiaron las condiciones de acceso a la pensión de viudedad en el caso de las personas separadas judicialmente o divorciadas.

- Se estableció la posibilidad de que la suma de las pensiones de orfandad y de viudedad pueda rebasar el importe de la base reguladora del sujeto causante

A ellos ha de añadirse el deseo “sine die” establecido por la DA 25ª de la Ley 40/2007 de que el Gobierno elaborara un estudio, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad, por lo que aún no nos encontramos con la “reformulación” de la pensión de viudedad que también se solicita por la doctrina¹⁵.

Quizás de todas ellas, la que más ha causado impacto mediático ha sido la referida a la concesión de la pensión de viudedad a las parejas de hecho¹⁶. Debido a la conexión, aunque “indirecta”, que tiene con este comentario, vamos a realizar algunas apreciaciones respecto de la misma.

Inicialmente, el Tribunal Constitucional impuso limitaciones al reconocimiento de la pensión de viudedad para parejas no casadas ya que indicó que matrimonio y unión de hecho no era realidades equivalentes, justificando dicha diferenciación de trato en que el matrimonio viene configurado constitucionalmente como un derecho de los ciudadanos (art. 32 CE), con la consiguiente generación de derechos y deberes entre las partes, lo que no ocurría con la convivencia *more uxorio* (SSTC 45/1989 y 184/1990)¹⁷. Por todo ello, y a pesar de que las uniones de hecho podrían considerarse como familia dicha igualación “entre una y otra clase de familia no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales” (STC 74/1997). “Por todo ello, no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE aquéllas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales... siempre, claro es, que con ello no se coarte

¹⁵ Nuevamente, Ojeda Avilés, A, op. cit.

¹⁶ Decimos que mediático ya que la reforma tiene un impacto reducido en la práctica pues se calcula que sólo se incrementen las pensiones de viudedad en sólo un 2,7%, los requisitos establecidos hacen que, a pesar de que las uniones de hecho constituyan un porcentaje “mucho mayor con relación a las uniones formalizadas en matrimonio”, se dejen fuera de estas prestaciones a todas las parejas “que no han optado por el registro, que son la mayoría”, en este sentido Lamarca I Marques, A. y Alascio Carrasco, L., “Parejas de hecho y pensión de viudedad”, Indret, 4/2007, disponible en: http://www.indret.com/pdf/485_es.pdf, pág. 4.

¹⁷ Véase, nuevamente, Morgado Panadero, P., op. cit., pág. 384.

ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir *more uxorio*” (STC 184/1990)¹⁸. Consecuencia lógica es que se observaron numerosas sentencias que impedían causar derecho a la pensión de viudedad a los sobrevivientes de las parejas de hecho¹⁹.

No obstante, esta última sentencia citada, la STC 184/1990, recuerda que es de configuración legal el acceso a las pensiones de viudedad, por lo que perfectamente, el legislador podría reconocer una pensión de viudedad al superviviente de una pareja de hecho.

Habiendo decidido el legislador regular el acceso a las pensiones de viudedad para las uniones de hecho, no lo ha hecho en la misma medida que para las parejas casadas. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007, “habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de la prestación de viudedad”, por lo que la regulación de las pensiones de viudedad para los supervivientes de las parejas de hecho se aleja de la establecida para los supervivientes de una relación matrimonial.

Tan es así, que para que el superviviente de una pareja de hecho pueda acceder a la pensión de viudedad, además de acreditar una cierta dependencia económica que varía según la existencia de hijos comunes, y una doble exigencia de acreditación de la duración de la convivencia, de un lado, con el certificado de empadronamiento y, de otro, la existencia de la pareja de hecho mediante la inscripción en el registro de parejas de hecho o con el otorgamiento de documento público.

Esto es, de un lado, se exige la demostración de la convivencia ininterrumpida durante cinco años sería más que suficiente para acreditar esta “análoga relación de afectividad a la conyugal” que “conlleva también una convivencia estable y notoria, es decir una convivencia ‘*more uxorio*’ en plena vida común, cual si de verdadero matrimonio se tratase”²⁰. De otro lado, la existencia como pareja de hecho “oficializada” (registrada en oficina pública o mediante documento público) con dos años de antigüedad anteriores a la muerte del trabajador.

Parece un requisito excesivo, se trata de dos exigencias como si se tratase de dos cuestiones distintas y no lo son ya que la convivencia durante cinco

¹⁸ Por más reciente, la STC 69/2007, de 16 de abril, vuelve a reiterar que no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia.

¹⁹ Vid Blanco Pérez-Rubio, L., *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, Madrid, 1992. Alguna sentencia justificó la denegación de las pensiones de viudedad a las parejas de hecho en la “inexistencia de recursos económicos del sistema” para afrontar el pago de las mismas, (SCT 126/1994).

²⁰ Como define Sampedro Corral, M., en “Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia”, RMTAS nº 74, 2008, 109.

años, “absorbería”, a mi juicio, al otro de los requisitos ya que lo que se pretende es acreditar la estabilidad de la situación²¹. Y es que, hablar de parejas estables no casadas implica “referirnos a una situación de coexistencia diaria y con vocación de permanencia, creándose entre los convivientes unidos sentimentalmente un ámbito común de intereses y fines, dentro del núcleo común de su hogar compartido, siendo el deseo de los mismos no sujetarse a reglas preestablecidas que pudieran condicionar su libertad de elección”²².

3. LAS MODIFICACIONES PARA EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD PARA EL SUPUESTO DE MUERTE POR ENFERMEDAD COMÚN

Como se ha dicho más arriba, y por lo que nos interesa a efectos de comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2010, la Ley 40/2007 vino a establecer requisitos más rígidos para la obtención de la prestación de viudedad.

El Acuerdo de Medidas de Seguridad Social para 2006 establecía un nuevo requisito para las pensiones de viudedad de los cónyuges, cuando la muerte fuera derivada de una enfermedad común: que hubiera un vínculo matrimonial previo de dos años o que hubiera hijos en común con derecho a pensión de orfandad.

Afortunadamente para los posibles beneficiarios, la Ley 40/2007 dulcificó los citados requisitos²³, de hecho, tras mantenerse los dos periodos de carencia en orden a la obtención de la prestación de viudedad, el común de 500 días en los casos de muerte por enfermedad común en caso situación de alta o el de 15 años en casos de muerte por contingencias comunes desde situación de no alta, se establece como nuevo requisito para el caso de muerte por enfermedad común (no por accidente no laboral):

Art. 174.1 tercer párrafo: “En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de *enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un*

²¹ En sentido parecido, Molins García-Atance, J., “La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Aranzadi Social* núm. 6/2008, pg. 109.

²² Nuevamente, Cuenca Alcaine, B., *op. cit.*

²³ El Acuerdo de Medidas de Seguridad Social del 2006 establecía dos años de antigüedad en el matrimonio y con independencia de cuándo se originara la enfermedad. La Ley 40/2007 sólo exige un año de antigüedad, que la enfermedad fuera sobrevenida tras el vínculo conyugal y además, permite que si no se tiene esa “antigüedad matrimonial” pueda acudir al tiempo de convivencia como pareja de hecho (en tal caso, como se verá, se amplía a dos años la antigüedad exigida). Además, si hay hijos comunes no es necesario que los mismos sean beneficiarios de la pensión de orfandad, tal y como se preveía en el Acuerdo del 2006.

año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años”.

Esto es, se requiere para acceder a viudedad por una muerte por enfermedad común (anterior al momento del matrimonio) alternativamente:

- Bien que el matrimonio se hubiera celebrado, como mínimo, con un año de antelación a la fecha del fallecimiento, es una limitación de igual alcance y contenido de otras que se han establecido en el ámbito europeo y no es algo desconocido en nuestro ordenamiento²⁴. En los casos de pareja de hecho que posteriormente contrajera matrimonio, y no se hubiere llegado al año de matrimonio antes de la muerte del causante, puede suplirse esta falta si se demuestra una convivencia de dos años sumando el período de convivencia notoria como pareja de hecho más el tiempo de matrimonio.

- Bien, que existan hijos comunes²⁵; ello viene a suponer que han de tener más de un hijo²⁶ pero no es necesario que los mismos sean beneficiarios de la prestación de orfandad.

En el caso de que no se llegue a tales períodos exigidos de convivencia o de cumplimiento de los requisitos de hijos comunes, y reúna el resto de los requisitos, se crea una prestación temporal de viudedad (recogida en el catálogo de prestaciones por muerte y supervivencia del art. 171.1 –nuevo apartado c-), en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y

²⁴ Como indica Rodríguez Iniesta, G., hay que acudir al Mutualismo Laboral (Art. 82 RG Mutualismo Laboral Orden 10 de septiembre de 1954 se exigía haber contraído matrimonio con una edad inferior a los 60 años y con dos años de antelación como mínimo al momento de la muerte) o al SOVI (se exigía haber contraído matrimonio al menos 10 años antes de la fecha del fallecimiento y que hasta el mismo hubieran estado conviviendo, art. 3 Decreto Ley de 2 de septiembre de 1955) para ver un requisito similar, en “La protección por muerte y supervivencia”, en AAVV, *La reforma de las pensiones de Seguridad Social de 2007*, Dir. Cavas Martínez, Laborum, Murcia, 2007, pág. 171.

²⁵ No es dudoso que el matrimonio sin hijos también forme una familia. Postura que, por otra parte ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en STC 45/1989, de 20 de febrero, en la que se indica Que “sea cualfuer el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia originada en el matrimonio”.

²⁶ Y por hacer una interpretación flexible, aunque no concluyente, podría entenderse cumplido este requisito suficientemente en caso de tener varios hijos pero sólo uno de ellos fuera común de la pareja. Más aún, Blasco Lahoz, J.F. y Piñero De La Fuente, A.J., indican que “...la expresión plural, ‘hijos comunes’, podría impedir, en una interpretación estricta, que la existencia de un solo hijo común hiciera aplicable la excepción. Parece todavía menos lógico que un cónyuge del fallecido, con un hijo en común, pueda verse privado de la pensión de viudedad en aplicación de la comentada regla, considerando que encaja plenamente con la contingencia de supervivencia que dice proteger el sistema de Seguridad Social, y la consideración de rentas de sustitución del propio nivel contributivo”, en *La última reforma de la Seguridad Social. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pág. 93.

con una duración de dos años. Es un modo de hacer menos “traumática” esta situación de cambio de estatus del cónyuge sobreviviente que tiene ese plazo para buscar medios económicos para poder subsistir.

En cualquier caso, los nuevos requisitos de esta pensión de viudedad para el caso de muerte por enfermedad común plantean, cuando menos varios interrogantes. Pero quizás los dos más importantes se refieran a la contingencia que provoca la muerte y la segunda a la situación de antigüedad del matrimonio o convivencia. Toda vez que este segundo vamos a verlo en el epígrafe siguiente, vamos a realizar alguna observaciones sobre la contingencia que provoca la muerte.

Se ha dicho por la doctrina que el endurecimiento de requisitos cuando la muerte deriva de una enfermedad común atiende a argumentos de tipo financiero, evitando situaciones próximas a la compra de pensiones, o para evitar situaciones de fraude con matrimonios de conveniencia, “complacencia o simulados”²⁷. Desde luego, estamos con los autores que piensan en sana lógica interpretativa, que el “fraude” no ha de presumirse²⁸ o, dicho de otro modo, que no es razonable que “se establezca una medida de este tipo que puede interpretarse como un presunción iuris et de iure de situación fraudulenta”²⁹.

No sabemos exactamente por qué se ha limitado esta exigencia de que el hecho causante derive de una enfermedad común. Sí intuimos que la exigencia de que la enfermedad común no fuese “sobreenvenida tras el vínculo conyugal” es para evitar posibles situaciones fraudulentas. Pero ¿por qué no se ha aplicado esta regla también a las enfermedades profesionales que se conocieran con anterioridad al matrimonio? “al fin y al cabo los reparos serán los mismos que para una enfermedad no profesional”³⁰.

El otro problema será la determinación del conocimiento de la enfermedad común, si el mismo era o no anterior al matrimonio ya que en más de una ocasión será difícil de determinar cuál es el origen o cuándo surge realmente una enfermedad³¹. Será la labor pericial médica la que tenga aclarar estas cuestiones ya que sin duda serán asuntos que llegarán a los Juzgados de lo Social para dirimirse en los mismos.

²⁷ En este sentido, y por todos, Llorente Álvarez, A., en “La protección por muerte y supervivencia” (i), en AAVV, *Aspectos prácticos de la Reforma de la Seguridad Social*, Dir. Mercader Uguina y Trillo García, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 226-227.

²⁸ Como por ejemplo, Gala Durán, C, op. cit., que propone que se fortalezcan los mecanismos de control ante el fraude, pág. 3 o Llorente Álvarez, A., *ibid*, pág. 227.

²⁹ En este sentido, Blasco Lahoz, J.F. y Piñero De La Fuente, A.J., op. cit., pág. 93.

³⁰ Como indica, Rodríguez Iniesta, G., op. cit., pág. 173.

³¹ En palabras de Llorente Álvarez, A., “Desde otra perspectiva, en enfermedades de larga duración, con momento puntuales de agudización debidos a factores, en muchos supuestos, incontrolables ¿cómo serán entendidas? “exigir este requisitos a enfermos a los que podríamos denominar crónicos o con enfermedades de larga duración, a mi juicio, puede bordear la vulneración del principio de igualdad, al discriminar a los enfermos en relación con los sanos, o presumiblemente sanos, exigiendo a aquéllos más requisitos que a éstos para el nacimiento de una prestación de viudedad”, op.cit., pág. 228.

En fin, que aunque para algunos autores no “resulta descabellada” una limitación de la pensión de viudedad atendiendo bien a la edad del supérstite o bien a la demostración de una antigüedad en la convivencia³². A mi juicio, se echa de menos que en esta reforma de la pensión de viudedad no prime la situación de necesidad del supérstite, frente a otras circunstancias (como la convivencia previa) para el reconocimiento de la prestación³³, porque ello hubiera sido más coherente con la idea de reforzar el carácter de renta de sustitución para el sostenimiento de las cargas familiares de las prestaciones por viudedad. Ha de recordarse, en este sentido, que el Tribunal Constitucional en la STC 154/2006 indicó, FJ 8º, que “...no cabe hacer abstracción [...] de la repercusión que el fallecimiento tiene en las necesidades de la familia...” o en la STC 184/1990, donde establece como uno de los fines de la pensión de viudedad “...compensar frente a un daño, el cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge superstite...”.

4. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVIVENCIA PARA LA OBTENCIÓN DE LA PENSIÓN PARA LAS PAREJAS UNIDAS POR MATRIMONIO EN CASO DE MUERTE POR ENFERMEDAD COMÚN

El segundo de los problemas que llevan consigo los nuevos requisitos establecidos para acceder a las pensiones de viudedad causadas por una enfermedad común se refiere, como anteriormente se dijo, a la exigencia de una antigüedad en el matrimonio o, en su caso, en la convivencia previa al matrimonio.

La doctrina ya se había pronunciado al respecto con claridad, contundencia y acierto. LLORENTE ÁLVAREZ³⁴ ya había dicho que la convivencia que debía de acreditarse, se realizaba, de conformidad a una remisión legal, al art. 174.3 párrafo cuarto, que “tiene una difícil interpretación” por dos motivos:

- Según el párrafo cuarto de la norma, “puede parecer que la convivencia válida será aquella que se produzca entre una pareja ‘constituida con análoga de relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona’. Si ello fuera así, el tiempo de convivencia previo al matrimonio de dos personas, que manteniendo una relación de afectividad análoga a la conyugal, estaban impedidas para contraer matrimonio –por ejemplo, por estar en trámites para divorciarse- y que una vez obtenido el divorcio se casan entre sí, ese período de convivencia, decimos, no sería suficiente para que, sumado al período de convivencia matrimonial, se completarán los dos años que se necesitan, en estos supuestos, a efectos de causar la pensión de viudedad”.

³² En este sentido, Ojeda Avilés, A., op. cit., pág. 334.

³³ Así, Sampedro Corral, M., op. cit., pág. 117.

³⁴ Op. cit., pág. 230.

- De otro lado, "...no se exige que el período a sumar al de vigencia del vínculo matrimonial deba ser un período de convivencia como pareja de hecho formalizada, solamente indica que se "acreditará un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3". A mi juicio, *si la norma hubiera querido que el período de convivencia lo fuera como pareja de hecho así lo debería haber indicado específicamente*. Llegar ahora a esa conclusión por vía interpretativa, entiendo, supone una importante merma de posibles derechos, razón que debe llevar a su rechazo cuando no está prevista expresamente por el legislador. Por consiguiente, probablemente *la remisión se efectúa al primer inciso del citado párrafo cuarto... inciso en el que, por un lado, se define lo que ha de entenderse por pareja de hecho y, por otro, se califica la convivencia y se indica cómo debe acreditarse esta*. En definitiva, mi inclino por considerar que la remisión que efectúa la norma lo es a fin de exigir que la convivencia previa al matrimonio sea estable y notoria y que se acredite mediante el correspondiente certificado de empadronamiento".

Pues bien, este precepto ha producido es una serie de interpretaciones judiciales de interés, que ahora parecen querer cerrarse, con una segunda sentencia del Tribunal Supremo, sala IV, de 17 de noviembre de 2010, ponente Manuel Ramón Alarcón Caracuel, en la que se recoge un supuesto de aplicación de la prestación de viudedad para matrimonios con menos de un año de la fecha de celebración del mismo.

Así pues, lo que tiene que dilucidar el TS en el recurso de casación por unificación de doctrina, si la doctrina correcta es la del STSJ del País Vasco de 12 de enero de 2010, que es la que se recurre, o la de contraste de STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 2008.

Esto es, si una viuda cuyo cónyuge ha fallecido a consecuencia de una enfermedad previa al matrimonio, habiendo durado éste menos de un año tendrá derecho a la pensión de viudedad o por el contrario solamente a la prestación temporal de viudedad, ya que ha de interpretarse el segundo inciso del párrafo tercero del art. 174.1 LGSS que indica que "no se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años".

En vista de que no hay hijos comunes, para este asunto que es origen de la sentencia de 17 de noviembre de 2010, la única forma de acceder a la pensión vitalicia de viudedad, tras el fallecimiento de un cónyuge a consecuencia de una enfermedad diagnosticada con anterioridad al matrimonio (que no ha llegado al año de duración) es *demostrar la convivencia de hecho anterior al matrimonio por una duración, que sumada a la duración del matrimonio sea superior a dos años*.

De hecho, en la sentencia recurrida se recoge que la convivencia de la pareja en total ha sido más de 16 años.

El precepto clave interpretativo es el art. 174.3 párrafo 4 de la LGSS “*se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.*”

Desde luego, este apartado es el “probablemente más desafortunado del precepto”, se ha dicho sobre el mismo que la técnica legislativa del precepto es “bastante defectuosa, aparentemente contradictoria y da lugar a dificultades de comprensión para el operador jurídico, al que le cuesta apreciar, de entrada, la severidad de los requisitos exigidos y el carácter extremadamente restrictivo de la norma, prácticamente un despropósito”³⁵.

El TS entiende esta remisión realizada en el tercer párrafo del art. 174.1 de la LGSS, al cuarto párrafo del art. 174.3, que basta con la acreditación de la convivencia de hecho, no siendo necesario inscripción ni formalización ninguna, puesto que la “acreditación como pareja de hecho” está establecida sólo

³⁵ Así lo indican, Lamarca I Marques, A. y Alascio Carrasco, L., op. cit, pág. 17 y continúan diciendo “... se prevé un sistema cumulativo de acreditación de la pareja de hecho sobre la base de un doble carácter, material o de hecho de la convivencia, y jurídico o formal de la constitución de la pareja. Entendido de esta manera, que no es necesariamente intuitiva, la ley exige una doble prueba de la pareja de hecho, no demasiado coherente, y absolutamente reforzada: realidad material de la convivencia y manifestación formal de querer constituir la pareja de hecho, de acuerdo con los dos medios vigentes: inscripción en un registro o escritura pública notarial. [...] Ello sólo se puede entender si consideramos que la inscripción en el registro y el otorgamiento de escritura pública cumplen únicamente el requisito de manifestación formal de la voluntad de constituir la pareja de hecho, como sucede en el matrimonio con su celebración, mientras que el certificado de empadronamiento acredita la existencia efectiva de la pareja basada en la convivencia, al margen y de forma cumulativa a las manifestaciones formales que se hayan hecho. De otro modo no puede entenderse el requisito mínimo de dos años, ya que si el certificado del registro o el otorgamiento de escritura fuesen suficientes para acreditar la existencia de la pareja sería necesario que tuviesen una antigüedad de cinco años. Podría suceder también que tanto en el registro como en la escritura pública se manifestase una antigüedad de la pareja superior a cinco años, de forma que eso podría plantear dudas en el caso de no existir el empadronamiento en una determinada vivienda.”

para los exclusivos efectos de otorgar la pensión de viudedad a uniones de hecho “pero no cuando se trata de un matrimonio, como es el caso”. Lo que ocurre es que, para evitar matrimonios de conveniencia, cuando el fallecimiento se produce por enfermedad anterior se exige o bien una duración del matrimonio de un año o bien una duración de ese matrimonio más una convivencia anterior por un total de más de dos años. Esto es, la remisión del art. 174.1 al art. 174.3 de la LGSS no se hace a la integridad del mismo, sino de forma exclusiva al primer inciso de ese párrafo cuarto.

Es doctrina que sigue a la suya propia, también, de 20 de julio de 2010, “si el derecho a la pensión en las singulares situaciones matrimoniales que se examinan [fallecimiento por enfermedad común previa al matrimonio que no hubiese alcanzado el año de duración] se sujeta a haberse acreditado *«un periodo de convivencia ... en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años»*, está claro que con tal mandato el legislador únicamente está imponiendo que se cumpla el expresamente citado requisito de la convivencia [por dos años, menos la duración que haya tenido el propio matrimonio], a justificar por el correspondiente empadronamiento [u otro singular medio de prueba, conforme a nuestras indicadas sentencias de 25/05/10 -rcud 2969/09 - y 09/06/10 -rcud 2975/09 -], sin que en forma alguna sea también exigible -para esa convivencia prematrimonial- el requisito de inscripción o escritura pública, que es propio de la pensión correspondiente a la «pareja de hecho» cuyo miembro supérstite pretende el derecho a la pensión, y cuya razón de ser [acreditamiento fehaciente del compromiso de convivencia] ya está cumplidamente atendido por el propio matrimonio posterior; porque -insistimos- el supuesto de que tratamos se encuadra en la vía matrimonial para el acceso a la prestación de viudedad.”

Parece un buen camino interpretativo ya que no sería lógica una solución restrictiva cuando el período de convivencia ha sido tan elevado, esto es, de al menos 5 años, lo que conlleva estabilidad del núcleo familiar, bastante más de lo que duran muchos de los nuevos matrimonios.

**LA AFECCIÓN GENERALIZADA: ENTRE LA
LITIGIOSIDAD HIPOTÉTICA Y LA LITIGIOSIDAD REAL
A LA VISTA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO**

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2010

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: El actor que ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada en la Consejería de Educación Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, desde el año 1990, con la categoría profesional de subalterno, con destino en el IES San Mateo, mantenía entre sus labores la atención de las personas que acuden al centro de trabajo del actor, ya sean padres de alumnos, proveedores del centro, etc., además de controlar todas las entradas y salidas que del mismo se producen, y desviar cuantas llamadas telefónicas recibe en centro de enseñanza. El desempeño de estas funciones emplea más del 50% de su jornada diaria. La falta de criterio de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias no ha fijado los criterios que hayan de reunir determinados puestos de trabajo para el devengo por el trabajador que desempeñe el mismo del complemento de atención al público regulado en el *artículo 46 del III Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias*. El importe de dicho complemento, para la categoría de la parte actora, asciende a 1.367,75. El Juzgado de lo Social núm. 6 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia condenando a la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, a abonar la cantidad de 1.367,75 euros como complemento de atención al público.

La Sala ha de pronunciarse sobre la competencia funcional como cuestión suscitada, en atención a que la cantidad reclamada en la demanda y después en juicio oral es inferior a la que establece el art. 189.1 LPL para la procedencia del recurso del recurso de suplicación valorando, una vez más, el alcance de la afección generalizada.

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Abogado en ejercicio.

RESUMEN: La sentencia introduce como cuestión de previo pronunciamiento al complemento de atención al público de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de Canarias, su valoración sobre la competencia funcional, del Tribunal para conocer sobre el recurso de suplicación, siendo esta una cuestión suscitada a la vista de que la cantidad reclamada en la demanda y después en juicio oral, por ser inferior a los 1.800 euros, pese a lo cual, existe notoriedad en la afectación general y acceso al recurso de suplicación. Dicha valoración se hace reiterando la doctrina que ha sido consagrada por el Tribunal Supremo, concretamente de la también reciente STS 14/12/2010 (recurso 925/2010), al interpretar que la noción de notoriedad del artículo 189.1.b) de la LPL, tiene que ser más flexible y matizada, bastando que por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias que en ella concurren, e incluso por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, será por tanto el propio Tribunal quien en cada caso y a la vista de la circunstancias concretas determine si concurre o no la afección generalizada. Toda la doctrina fijada en las sentencias señaladas son deudoras del giro doctrinal materializado desde la sentencia de fecha 3 de octubre de 2011.

ÍNDICE:

1. UN ANTES DE LA STS DE 3 DE OCTUBRE DE 2003
2. UN DESPUÉS DE LA STS DE 3 DE OCTUBRE DE 2003
3. VALORACIÓN FINAL

1. UN ANTES DE LA STS DE 3 DE OCTUBRE DE 2003

El fondo del asunto, un complemento de atención al público de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de Canarias, la cuantía del procedimiento claramente inferior a 1.803 euros¹, sin embargo el tribunal considera de forma clara y sin rodeos, que es competente para conocer del recurso dado que la competencia funcional fue admitida tanto por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, como ahora por el Tribunal Supremo quien no duda en afirmar la existencia de notoriedad en la afectación general y acceso al recurso de suplicación. No obstante el recurso, en cuanto al fondo del asunto, no prospera

¹ Recordemos que la reforma operada por la ley 13/2009, para la implantación de la nueva oficina judicial establece actualmente el límite de la cuantía recurrible del artículo 189.1 en 1.800 euros a diferencia de lo que hasta ahora se había venido utilizando que era el valor de cambio de la cantidad de 300.000 pesetas cuyo valor suponía los 1.803 euros.

en tanto que hay falta de contradicción. En la sentencia comentada se trata de un subalterno -categoría incluida en la Resolución de 25 de abril de 2005- mientras que en la de contraste se trata de un oficial de puertos, categoría no mencionada en la indicada resolución.

Sabido es que el legislador ha utilizado el límite del interés o la relevancia económica de las resoluciones social, para aquilatar o medir el carácter de recurribilidad que ha de predicarse de dichas resoluciones para merecer la revisión por motivos tasados en la instancia superior. El recurso de suplicación adquiere por tanto su dimensión extraordinaria, no sólo por los motivos tasados que nos ofrece el marco procesal legal, sino por las evidentes limitaciones y requisitos que han de alcanzar las resoluciones para poder acceder al recurso de suplicación. La dimensión económica, fijada en los 1.803'03 euros, ha sido un límite legal interpretado favorablemente en beneficio de la viabilidad del recurso cuando surgen dudas en el alcance y determinación de la cuantía de un procedimiento, cuestión esta que ha sido aquilatada convenientemente por la jurisprudencia a lo largo de los años generando en la actualidad criterios suficientemente seguros para concretar y resolver, el alcance de la cuantía y por lo tanto el acceso al recurso.

Caso bien distinto es aquel en el que la cuantía queda perfectamente delimitada, y su importe no supera el límite establecido. El propio legislador ha pretendido dar una respuesta ante aquellos supuestos en los que si bien la sentencia no adquiriría cuantía de recurribilidad, ha optado por atender el recurso, desde el punto de vista de laafección general o masiva, abriendo el recurso a reclamaciones que siendo de poca entidad económica, adquieren trascendencia desde el punto de vista cuantitativo, al ser susceptibles de ser reclamados de forma general o masiva, haciendo útil la actividad unificadora de los Tribunales de rango superior².

Lo que inicialmente el propio legislador había previsto exclusivamente para los pleitos de Seguridad Social, después recibió ampliación en los asuntos salariales, para extenderse finalmente a todos los conflictos que afectaran a un gran número de trabajadores. De la misma forma que el legislador perfilado el alcance de la figura, también la jurisprudencia ha venido realizando la misma tarea, existiendo un brusco cambio de la línea jurisprudencial que tiene su punto de inflexión en la STS de 3 de octubre de 2003.

Hasta entonces fue la STS 15 abril de 1999 quien advirtiendo la falta de unificación de doctrina sobre el contenido del artículo 189.1.b, considerando que hasta el momento no había tenido una "interpretación inequívoca y uni-

² STCo 1992/108, de 14 de Septiembre.

forme”. Esta sentencia comenzó una línea interpretativa³ de la afección generalizada, buscando un criterio restrictivo, basado en los hechos. Solo cuando la afección masiva es un hecho concreto y acreditado y no un potencial de extensión subjetiva del conflicto, podremos abrir la puerta del recurso. Establece la doctrina de esta sentencia que el tratamiento de la afección equivaldrá al de los hechos. Si es un hecho simple, requerirá de la alegación y la prueba, si es un hecho notorio no requerirá prueba aunque sí alegación de los datos sobre los que pueda derivarse la apreciación de relevancia, todo ello en atención a la *“seriedad de las posiciones de las partes en el recurso”*.

La sentencia de la Sala General de lo Social, contó con seis votos particulares⁴. Dichos votos fundamentaban su aportación en considerar que la afección generalizada no es un hecho sino un concepto jurídico indeterminado que no exige alegación ni prueba, ni en el supuesto de notoriedad, ni cuando el asunto posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por las partes. La prueba de la afección no siempre es posible a las partes en la instancia o bien por ignorancia o bien por la carencia de pruebas.

Esta tendencia se mantuvo hasta la sentencia de septiembre de 2003, fecha en la que la doctrina de los votos particulares de la sentencia de 1999, fueron mayoritarios generando una nueva posición en afección generalizada y notoriedad, permitiendo que este precepto se convierta en una auténtica alternativa a la entrada al recurso, cuando la cuantía no lo permite. La flexibilidad se convierte en el criterio dominante.

2. UN DESPUÉS DE LA STS DE 3 DE OCTUBRE DE 2003

La virtualidad de esta sentencia, al margen del evidente cambio doctrinal en el transcurso de pocos años, supuso la nueva configuración del concepto de notoriedad, lo cual nos ayudaría a determinar, de modo distinto, cuándo puede considerarse, a estos limitados y muy precisos efectos, que un asunto goza de este atributo de «afectación general». La sentencia y el cambio de posición, llega desde un evidente vuelco aritmético, quienes habían sido minoritarios en la doctrina resultante de los votos particulares, consiguieron con Gil Suarez como ponente invertir el sentido de los votos y hacer mayoritario, lo que durante cuatro años había sido posición minoritaria.

³ SSTS (9) de 15 abril 1999; SSTS (2) 16 abril 1999 (RJ 1999, 5995 y 5996), 23 abril 1999 (RJ 1999, 4530), 30 abril 1999 (RJ 1999, 4659), 31 mayo 1999 (RJ 1999, 5003), 29 mayo 2000 (RJ 2000, 4643), 4 diciembre 2000 (RJ 2000, 10415), 8 marzo 2001 (RJ 2001, 3171), 29 marzo 2001 (RJ 2001, 4120).

⁴ Sr. Gil Suárez, que formuló el voto particular, al que se adhirieron los Sres. Sampedro Corral, Salinas Molina, Moliner Tamborero, Marín Correa y Ríos Salmerón.

Aunque la Sala trató de revestirlo de reelaboración de la doctrina, lo evidente resultó ser una simple sustitución. Para ello y partiendo del reconocimiento de que en el relato de los hechos, de las resoluciones recurridas, no consta el elemento fáctico de la afectación general, procede de oficio a examinar su propia competencia funcional. El fundamento segundo convierte en esencial el que hasta ahora había sido el argumento que sostuvo los votos particulares entendiendo que si la cuestión clave es delimitar y determinar el concepto de “afectación general”, debe comenzarse indicando que la “afectación general” es un concepto jurídico indeterminado que aun disponiendo de una dimensión fáctica, queda supera y no se agota con ella. La nueva doctrina se construye superando el nivel de litigiosidad real y apreciando el valor posible o hipotético de generalidad en el conflicto. Se considera ahora que la afectación, es consecuencia de «una situación de conflicto generalizada en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores o los derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social»; y, por tanto, que «no es necesario que se hayan incoado muchos procesos judiciales a consecuencia de la cuestión que la produce, pues basta con la existencia de la situación de conflicto generalizado, y el conflicto existe aunque el pleito no se haya iniciado». La afectación general es un concepto jurídico que no tiene por que venir referido necesariamente a un conflicto judicial presente o pasado, sino meramente posible, explicando los modos o sistemas que tienen que seguir los Tribunales de Justicia para poder apreciar la concurrencia de la misma en cada proceso concreto.

Así los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general, no requieren alegación y prueba, basta con que *«por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias que en ella concurren, e incluso por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, para el Tribunal tal cuestión sea calificable como notoria»*, *«se trata de que la afectación general quede de manifiesto por la intrínseca y peculiar naturaleza de las reclamaciones efectuadas y a la vista de los elementos y circunstancias propios de tales reclamaciones y demás datos obrantes en autos. Y será el Tribunal quien, valorando y sopesando todo ello, decidirá si concurre o no tal afectación»*.

Cuando la cuestión debatida tiene «un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de la partes», el TS equipara esta categoría a la idea de notoriedad, exigiendo que ninguna de las partes lo cuestionen, no siendo necesario que las partes hayan alegado y probado la concurrencia de la afectación general, si bien podrían mostrar su oposición rompiendo la automática apreciación de afectación generalizada.

Ciertamente existe un antes y un después en la posición doctrinal sobre afectación generalizada abierto tras la posición de la Sala Cuarta en su sentencia de 3/10/2003, que fue seguido por sentencias como la de 29/10/2009 (rec. 795/09) donde resolvió que la repetida afectación general era notoria. En ellas

se pone nuevamente en evidencia que el concepto de notoriedad encierra una gran imprecisión, por lo que el alto tribunal reclama que, a los efectos del *art. 189.1 b) de la Ley de Procedimiento Laboral*, ha de estarse a una definición más flexible y matizada de lo que se entiende por notorio, atendida la naturaleza de la cuestión debatida y las circunstancias que en ella concurren. Por su parte, la idea de generalidad que sustenta el segundo supuesto de afectación, exige que las partes no hayan puesto en duda la misma; de suerte que, si en la litis, constara oposición de alguno de los intervinientes, no cabría acudir a este criterio. En dicha sentencia se opta por la recurribilidad en los procesos en que se ventilaban demandas de trabajadores de Telefónica de España, S.A., que accedían a la jubilación anticipada tras un proceso de prejubilación derivado de acuerdos individuales, y discutían sobre cuál había de ser el coeficiente reductor según se calificara el cese como voluntario o involuntario. Dado que la voluntariedad o involuntariedad de la misma suscita la discrepancia con la Entidad Gestora y que la misma no se suscita de forma aislada respecto de un solo trabajador, sino que surge como consecuencia de la eficacia del acuerdo colectivo en el que se apoyó en su día el pase a la situación de prejubilación, la incidencia de la cuestión supera la individualidad para desplegarse potencialmente sobre un número significativo de trabajadores que hubieran alcanzado en su momento la edad y requisitos necesarios para acceder a los planes de prejubilación. Procede, pues, asimismo, la estimación del recurso presente, para reconocer que contra la decisión de instancia cabía recurso de suplicación.

3. VALORACIÓN FINAL

Desde el punto de vista procesalista no ha dejado el semestre grandes novedades en los posicionamientos de la jurisprudencia social, en lo que respecta al proceso laboral. La sentencia seleccionada reitera la doctrina STS 14/12/2010 (recurso 925/2010) y con ella la de 3/10/2003. Sin embargo esta reciente sentencia, que viene a mantener el cambio doctrinal operado tras la sentencia del 2003, nos ha permitido valorar con cierta distancia los efectos del cambio introducido, dimensionando así los efectos que se vaticinaron en la misma y sus dos votos particulares.

Los magistrados opositores del cambio de doctrina en el voto particular articulado en la sentencia de 3 de octubre de 2003, llegaron a pronosticar que *«el cambio de doctrina que ahora se introduce sí que va a tener consecuencias perjudiciales graves sobre la evolución del recurso de suplicación y sobre el efectivo control por parte de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de la afectación general como vía de acceso al recurso»*, aparte de que *«también tendrá una influencia perjudicial sobre la conducta de*

las partes, que ya no necesitarán aclarar desde la instancia su posición sobre la afectación del conflicto, con lo que de nuevo se favorecerá la adopción de posiciones estratégicas en esta materia en función del signo de la sentencia. Se fomentará así una litigiosidad artificial que se produce al confundir, en contra de las previsiones legales, la litigiosidad real con algo tan etéreo, problemático y subjetivo como es la litigiosidad potencial»⁵.

No consideramos que los vaticinios contenidos en los votos particulares se hayan cumplido. Lo cierto es que el cambio bien pudo deberse a una reacción frente al excesivo formalismo de la doctrina anterior sentada en las SSTS 15 abril 1999, que siendo rigurosa en la exigencia de su alegación y prueba de la afectación generalizada hacía perder al recurso su valor instrumental para unificar doctrina sobre asuntos con mera potencialidad de generalidad. La situación actual tiene una mayor interpretación desde el punto de vista jurídico, y por lo tanto desde el punto de vista de la discrecionalidad del Tribunal para apreciar la concurrencia del valor de lo general. No hay por tanto un riesgo en quedar a expensas del Tribunal y de su percepción, en qué supuesto habrá de haber acceso al recurso, cuando la cuantía no exceda de los 1803'03 euros, sobre todo porque recordemos que inicialmente la cuantía ya nos avisa de su no prosperabilidad. Por ello dejar en manos judiciales la apreciación de este elemento jurídico indeterminado, no solo no me parece lo más discutible de la discrecionalidad judicial, sino que ha de prevalecer la presunción de experiencia e intuición jurídica para valorar sobre qué cuestiones menores —económicamente hablando— ha de unificarse doctrina amparándonos en la repercusión general del conflicto, por supuesto desde el punto de vista de la notoriedad o de la alegación y prueba.

Como han reiterado las sentencias invocadas del artículo 281.4 de la LE-Civ resulta que los hechos notorios están dispensados de prueba, pero no de alegación, como corresponde con el principio de aportación de parte que rige en el proceso civil, principio que también es extensible al proceso social. La sustancial diferencia radica en la apreciación real o hipotética de esa generalidad, elemento en el que será fijado finalmente por el criterio judicial, quien dilucide la cuestión. Tratar de encontrar el criterio en una operación comparativa entre el número de trabajadores o beneficiarios que efectivamente se encuentran en una situación litigiosa susceptible de merecer una solución unitaria y el número de trabajadores o beneficiarios potencialmente comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma. Del resultado de dicha operación dependía la recurribilidad de la sentencia por el cauce extraordinario del artículo 189.1.b de la LPL. En este primer paso para interpretar la recurribilidad de la sentencia

⁵ Voto particular de D. Aurelio Desdentado Bonete con adhesión del Sr. Botana López. Voto particular de D. Antonio Martín Valverde.

podemos encontrar las mismas dosis de “discrecionalidad” que en la solución adoptada desde el cambio doctrinal.

Esta *litigiosidad potencial* de la que nos habla el voto particular, resulta una cuestión con aristas, para la que autores como Montoya Melgar⁶ propugna la solución legal, con la intervención del legislador, reelaborando el precepto. Por otro lado es cierto que la STS de 3 octubre de 2003, causante de la doctrina confirmatoria de la que nos sirve de comentario, tampoco zanja las diferencias existentes entre los posicionamientos doctrinales que aun hoy siguen vivos entre sus defensores, motivo por el que no puede darse el debate por resuelto.

Probablemente de cuantas objeciones se presentan en los votos particulares aquellas que llaman la atención sobre la naturaleza y función del recurso de suplicación, o en lo se refiere a la diferencia entre dispensa de prueba y dispensa de alegación tanto de los hechos notorios, como de la evidencia compartida. En este sentido es el profesor Sempere Navarro⁷ quien manifiesta que la clave del problema no está en la afectación masiva sino en el propio diseño de la excepcionalidad del recurso de suplicación, tema que está pidiendo a voces un replanteamiento claro y profundo. Planteamiento de modificación al que Cruz Villalón⁸ se permite poner nombre, hablando del “pequeño recurso de unificación de doctrina dentro de la suplicación”. Por ello siendo partidario de que la vía del recurso no se vea restringida por límites cuantitativos y legales, que podrían modificarse al alza o a la baja según circunstancias, cuando la materia tiene cierto interés y relevancia ya sea por la cuestión de fondo o por la repercusión cuantitativa, considero que no es mala solución que además de la excepcionalidad con la que ha de afrontarse el recurso de suplicación, se deje un resquicio al interés general que ha de presidir la participación de la instancia superior unificando criterios, además de subsanar problemas surgidos en el caso concreto.

⁶ Sempere Navarro, A. V.: Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563). «Artículo 189» Montoya Melgar, A.(Dir.), 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 570.

⁷ Antonio V. Sempere Navarro. Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos. Director de Aranzadi Social. Repertorio de Jurisprudencia núm. 23/2003 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2003.

⁸ Cruz Villalón y Fernández Díaz: *El nuevo proceso laboral: estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*. Comentario al artículo 189.1 b. Editorial Comares. Granada 2011.

Recensión

COMENTARIOS AL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

DIRECCIÓN: LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

Un libro grande, pero sobre todo, un gran libro. La primera impresión que el lector recibe de este volumen es su gran tamaño: son casi 1.500 páginas. No es precisamente un libro liviano; y aquí el mérito no sólo es de los autores (conocida es la tendencia de los investigadores a excedernos cuando un trabajo nos interesa) y del director de la obra, también hemos de reconocer que la editorial ha aceptado el riesgo de elaborar una obra voluminosa. En todo caso, el riesgo queda bastante minimizado, pues cuando encontramos una obra elaborada o dirigida por el Profesor De La Villa, no cabe duda de que estamos ante un auténtico seguro de calidad del resultado final de la misma; y desde luego es lo que ocurre en este caso. Por otra parte, es agradable encontrar que alguien como el Profesor De la Villa, tras años dedicados al estudio, la enseñanza y práctica del Derecho del Trabajo, siga en la brecha, día a día y con una dedicación plena a la más importante y hermosa de las actividades de un docente universitario: la investigación. Es necesario reconocer que el Profesor De La Villa nunca ha dejado de ser un magnífico Profesor de Universidad, pese a su importante dedicación a la asesoría jurídica, y nunca dejará de serlo, por mucho que se vea afectado por la jubilación forzosa (a la que un antiguo civilista de la Facultad de Sevilla le gustaba llamar “jorobación forzosa”). Ejemplos como el suyo son realmente escasos y admirables, pero sobre todo, son necesarios para todos los jóvenes que empiezan a desarrollar funciones docentes en la Universidad.

Pero apenas comencemos a analizar el contenido del libro, comprobaremos que no solo es grande, además, es un estudio profundo, de una gran densidad, de la principal de las leyes laborales; es, por tanto, un gran libro, que destaca entre otros volúmenes existentes que también se dedican a comentar el Estatuto de los Trabajadores, y ello por varias razones. De entrada una especialmente importante en el momento que estamos viviendo en el ámbito jurídico laboral: es la primera obra de sus características que incorpora las novedades normativas introducidas por la Ley 35/2010; se trata, por tanto de un trabajo absolutamente actualizado, publicado en el mejor momento posible. Es una obra totalmente actualizada, y ello siempre es un plus a tener en cuenta. No obstante, los comentarios realizados a los preceptos reformados no son precisamente ligeros, sino que los autores que han hecho frente a dichos preceptos han realizado un trabajo especialmente cuidadoso.

Otra vez, de nuevo el legislador ha decidido intervenir en el ámbito laboral y ha dado otra vuelta de tuerca a la regulación incorporada al Estatuto de los Trabajadores: ciertamente es difícil reconocer hoy los orígenes de esta regulación, y una simple comparación entre las redacciones de 1980 y la actual, evidencian lo mucho que ha cambiado la regulación laboral como consecuencia de múltiples y numerosas reformas laborales; pero incluso un análisis de las diferencias entre la redacción de 1995 del RD-Legislativo y la actual, mostrarían una evolución importante. Y este es un aspecto que expresamente se tiene en cuenta por la obra que presentamos, pues cada una de las normas comentadas comienza justamente con el análisis de sus antecedentes legales, lo que permite recorrer la evolución de la normativa laboral, algo que los investigadores del Derecho del Trabajo solemos valorar de manera muy positiva.

Un segundo motivo, además de la actualidad del trabajo, que hacen importante estos Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, es su cuidada estructura. Como punto de partida cuando un autor se plantea realizar unos comentarios de un texto normativo, suele seguir el propio discurso de la norma, siguiendo el orden establecido por el legislador, yendo artículo a artículo el orden con el que el legislador los ha enumerado. No se ha seguido aquí otra posibilidad de realizar comentarios de grupos normativos homogéneos, posibilidad que, si bien estructuralmente tiene ciertas ventajas, no obstante dificulta a los lectores el acceso a la información buscada. Pero a partir de desarrollar el trabajo en base a la opción de comentarios de cada uno de los artículos, son admisibles múltiples opciones que evidencia la mayor o menor meticulosidad que el autor desea poner en el empeño. Pues bien, es evidente el cuidado y la atención que el Profesor de la Villa ha puesto en esta tarea, y ello destaca desde dos puntos de vista.

En primer lugar, en cuanto a la configuración de una estructura común al comentario de todos y cada uno de los preceptos (más de cien entre artículos y disposiciones) del Estatuto de los Trabajadores. Dicha estructura es simple, ágil y permite acceder a lo que el lector busca con absoluta facilidad. El volumen es, desde este punto de vista, excepcionalmente claro.

Así, el comentario de cada uno de los preceptos se divide en cinco apartados. En primer lugar, los antecedentes de la norma comentada, lo que permite acceder a regulaciones anteriores, ya sean versiones más antiguas del propio Estatuto u otras normas legales y reglamentarias. En segundo lugar se establecen las concordancias de cada uno de los preceptos con el resto de la regulación laboral, facilitando así una visión mucho más completa y de conjunto de la cuestión que nos interesa conocer, estableciendo un enlace con otros preceptos de la propia Ley comentada o externos a la misma. En tercer lugar, se establece una remisión a la jurisprudencia de mayor relevancia para el precepto estudiado, asegurando así que de un solo vistazo podamos conocer

los pronunciamientos que fijan las líneas esenciales de la interpretación judicial sobre el precepto; siendo esta una cuestión de especial interés para los que aprecian el aspecto práctico de un volumen jurídico. Del análisis de las fuentes de conocimiento tampoco se elude la bibliografía, pues el cuarto apartado se dedica a esta cuestión, y puedo asegurar que hay comentarios en los que se ha sido especialmente exhaustivo en este punto (pueden verse en este sentido los comentarios a los primeros preceptos del Estatuto de los Trabajadores), para deleite no sólo de quien desea comenzar a estudiar una determinada materia, sino también para el profesorado en busca de citas a los efectos de la ANECA. Sólo en quinto lugar se pasa al análisis doctrinal de la concreta norma. Pues bien, cada uno de estos cuatro apartados alcanzan un alto nivel de ejecución, hay comentarios que son sinceramente impagables, que prácticamente merecerían una publicación por separado dada su calidad científica. Además, aquí es donde más se nota la mano del director de la publicación, pues partiendo de una base común, ha sabido otorgar a cada precepto la importancia que tiene, permitiendo diferentes dimensiones a cada uno de los preceptos.

Esta estructura se apoya además en un último elemento, poco habitual en los Comentarios legislativos: se ha incluido un amplio índice alfabético, que permite, de un rápido vistazo, identificar donde encontrar la información que se desea. Se trata de una novedad, una excelente idea que supone un plus en la calidad del resultado del trabajo. Este índice se articula en base a un conjunto de voces bastante amplias, que además se desarrollan por todo un conjunto de llamadas diferentes, que en ocasiones llega a ser verdaderamente exhaustiva (hay voces con hasta treinta llamadas diferentes). Es sin duda un magnífico complemento a las concordancias que son tratadas en cada precepto, pues permite realizar un análisis transversal de las diferentes materias recogidas en el índice, remitiéndose a cada precepto en el que se regulan las mismas.

En segundo lugar, esta estructura no sólo se impone como punto de partida a los autores, sino que la labor de dirección asegura que la misma se ha respetado escrupulosamente, consiguiendo así una metodología homogénea que facilita el ensamblado de cada unidad autónoma, redundando en la claridad del trabajo. La estructura es así, punto de partida, elemento instrumental en la elaboración de cada comentario y lugar común al que llegar. Creo que es aquí donde más se nota el trabajo del director del trabajo, que no sólo ha tomado un tiempo necesario para diseñar la estructura del volumen, sino también se ha dedicado a la tarea de controlar, precepto a precepto, que no se produzcan desviaciones del esquema inicial trazado. Sin lugar a dudas la uniformidad es un bien absolutamente deseable en un trabajo de este tipo, en el que intervienen múltiples autores, situación en la que siempre se corre el riesgo de producir un resultado desigual con importantes altibajos en el desarrollo de la obra. En este caso el riesgo no se ha actualizado, pues una de las notas esenciales de este volumen es esa uniformidad.

Un tercer elemento del que deriva la calidad de este trabajo es la exhaustividad de las fuentes utilizadas en la elaboración del mismo. Antes hemos señalado que forma parte de cada comentario un análisis de la bibliografía y jurisprudencia de cada uno de los preceptos, pero los autores no se han limitado simplemente a una mera enumeración de los mismos, sino que han incorporado dichas fuentes a cada uno de los estudios realizados. Para constatar la afirmación que acabo de realizar baste señalar que incluso en materia de elecciones sindicales llegan a citarse Laudos arbitrales que complementan adecuadamente a la doctrina y a la jurisprudencia utilizada y señalada. Se ha realizado un trabajo meritorio por la profundidad del análisis realizado y el rigor del mismo.

Pero para llegar a buen puerto no sólo es necesario contar con un buen Capitán, el buque requiere de buena tripulación. Para estos Comentarios el Profesor De La Villa ha contado para esta travesía con un nutrido grupo de discípulos (hasta un total de 17 coautores de los Comentarios). La mayoría de ellos son investigadores y profesores de Derecho del Trabajo, todos ellos excelentes laboristas considerados individualmente. Pero como colectivo forman un extraordinario grupo de especialistas que podría desarrollar no sólo este trabajo, sino que podrían enfrentarse a cualquier otro desafío de investigación dentro del ámbito laboral. Junto a ellos también se incorporan a este volumen un conjunto de prácticos del Derecho que complementan perfectamente la visión, a veces excesivamente cuadrículada de los que nos dedicamos a las labores de investigación.

La participación de tan nutrido grupo de autores no ha supuesto un resultado heterogéneo, sino que la cuidada planificación del volumen, tanto por su estructura ya comentada, como por el hecho de que se ha intentado asignar grupos normativos homogéneos a cada autor y la labor del director, han evitado dicho resultado.

En conclusión, la obra que se presenta a través de este comentario es de una enorme calidad, tanto en su dimensión científica como en la práctica, pudiendo ser utilizada tanto por investigadores como por prácticos del Derecho; se trata de un volumen absolutamente recomendable, y a buen seguro se incorpora al conjunto de títulos esenciales de la Editorial Iustel.

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

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

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

REAL DECRETO 1365/2010, de 29 de octubre, sobre ampliación de los medios económicos adscritos a los servicios traspasados por el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación (BOJA núm. 236, de 2 de diciembre)

El traspaso de las funciones y servicios en materia de trabajo, empleo y formación a la Comunidad Autónoma de Andalucía se concretó con la aprobación del Real Decreto 467/2003, de 25 de abril; este traspaso incluía los bienes, derechos, obligaciones, medios de personal y créditos presupuestarios que venía realizando el Instituto Nacional de Empleo en esta materia, al dictarse una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que conlleva el incremento de los medios personales que fueron objeto del citado traspaso, ha sido preciso concretar normativamente la transferencia de los créditos presupuestarios necesarios para que la Comunidad Autónoma de Andalucía proceda a abonar las retribuciones de un efectivo de personal que la citada sentencia incorpora a la prestación de servicios en esa Comunidad y hasta la fecha de efectividad del acuerdo de ampliación de medios económicos.

DECRETO 382/2010, de 13 de octubre, por el que se modifica el Decreto 334/2009, de 22 de septiembre, por el que se regulan los centros integrados de Formación Profesional en la Comunidad Autónoma de Andalucía, para adecuarlo a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (BOJA núm. 221, de 28 de octubre)

La modificación aprobada solo afecta parcialmente a dos artículos -el art. 6.4 y el 7.3 del Decreto 334/2009- y su finalidad reside en lograr la simplificación de los procedimientos y los trámites para el acceso de una actividad de servicio y de establecer, en esta materia, la excepcionalidad del régimen de autorizaciones para el establecimiento de centros integrados de Formación

Profesional, poniendo en práctica las disposiciones reguladas en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios de mercado interior.

La modificación aprobada entró en vigor el día 29.10.2010; y se centra en:

- 1.º Atribuir a las Consejerías competentes en materia de educación o de empleo la facultad de crear, suprimir o transformar los centros no dependientes de las mismas en centros públicos integrados de Formación Profesional, previo informe favorable de la Consejería que no inicia este proceso.
- 2.º Establecer la necesidad de contar con determinados informes favorable de las Consejerías que tengan la competencia de empleo o de educación en la tramitación administrativa de determinados expedientes.

ORDEN de 13 de septiembre de 2010, por la que se modifica la Orden de 23 de mayo de 2008, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueban nuevos modelos de solicitudes de inscripción y de renovación, de comunicación de variación de datos, de cancelación de registro y de certificados de inscripción en este Registro (BOJA núm. 195, de 5 de octubre; corrección de errores BOJA núm. 226 de 19 de noviembre).

La creación del Registro de Empresas Acreditadas como contratistas y subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, derivada de la puesta en práctica de las disposiciones contenidas en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción y su normativa de desarrollo, el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, persigue tanto mejorar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores y las trabajadoras en el Sector de la Construcción como reducir la siniestralidad en dicho sector económico. La puesta en práctica del registro en el ámbito de de la Comunidad andaluza se realizó mediante la aprobación de la Orden de 23 de mayo de 2008, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía (publicada en el BOJA núm. 116, de 12.6.2008); sin embargo, la explotación estadística de los datos registrados ha requerido la introducción de modificaciones en la última orden mencionada, lo que se ha realizado mediante la Orden de 13 de septiembre de 2010, la cual modifica las siguientes disposiciones de la Orden de 23 de mayo de 2008:

- 1.º El art. 11.2 que especifica los datos que deben de contener las solicitudes de conformidad con lo establecido en el art. 4.1 del Real Decreto 1109/2007 y en el art. 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. ° La introducción del art. 22 con el que se pretende impulsar la colaboración con el Sistema Estadístico de Andalucía para la elaboración de las estadísticas oficiales en los planes relativos a esta materia.

3. ° La modificación de los modelos de solicitudes de inscripción y renovación de la misma, de comunicación de variación de datos, de cancelación de las inscripciones y de certificados de inscripción en el citado Registro, los cuales se reproducen en los Anexos de la Orden.

En lo que se refiere a la entrada en vigor de las modificaciones, las mismas fueron plenamente operativa al de su publicación en el BOJA, el 6.11.2010.

ORDEN de 5 de octubre de 2010, por la que se regula la distribución de transferencias a los ayuntamientos andaluces para la nivelación de servicios municipales vinculados a la acogida y la integración de inmigrantes (BOJA núm. 211, de 28 de octubre).

La Orden se dicta para facilitar las actuaciones de los municipios andaluces como impulsores de la cohesión social por la presencia de inmigrantes en el territorio andaluz; esta labor se inició con la creación del Fondo de apoyo a la acogida y a la Integración de inmigrantes por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; posteriormente se suscribió un Convenio de Colaboración para el desarrollo de actuaciones inscritas en esta materia por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y por el Presidente de la Junta de Andalucía el día 19 de julio de 2005 para canalizar las intervenciones de nuestro territorio que culminaron con la Conferencia Sectorial de Inmigración celebrada el 25 de marzo de 2010, en la que se asignó a Andalucía un crédito de 7.908.397 euros. Con la aprobación de esta Orden lo que se pretende es establecer las bases para que la Junta de Andalucía derive el 40% de la asignación anteriormente citada a las Corporaciones Locales.

La Orden de 5 de octubre de 2010 consta de 9 artículos, dos disposiciones y un Anexo donde se concreta la relación de ayuntamientos seleccionados junto con los importes a transferir para la nivelación de los servicios municipales vinculados a la acogida y la integración de inmigrantes. A consecuencia de la baremación especificada en el art. 4 de la Orden las provincias más favorecidas son Almería -350.210,75 €- y Málaga -328.587,63 €- al soportar mayor carga de inmigrantes y la menos favorecida, Jaén con 134.365,70 €:

Las cantidades que deberán de ser distribuidas a los Ayuntamientos andaluces con mayor presión inmigratoria indicados en el Anexo de la Orden y por cuantías que se indican en el mismo, deberán de ser destinadas al cumplimiento de los fines indicados en el artículo 8 de la Orden, esto es para realizar acciones que encajen dentro de los ejes, principios rectores y líneas de actuación prioritarias definidos en el Marco de Cooperación para la gestión del Fondo de Apoyo a la Acogida y la Integración de Inmigrantes, el Convenio suscrito al

efecto entre el antiguo Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Junta de Andalucía y el Protocolo de Colaboración entre la Consejería de Empleo y la Famp.

ORDEN de 6 de octubre de 2010, por la que se regula la distribución de transferencias del Fondo Autonómico de Inmigración a los ayuntamientos andaluces (BOJA núm. 211, de 28 de octubre)

Para el cumplimiento del fomento de las relaciones interculturales y de los objetivos básicos de integración y participación social, económica y cultural de Andalucía, previstos en los arts. 37 y 62 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, se requiere la cooperación tanto del Gobierno Central como de las Corporaciones Locales, sobre todo de aquéllas dónde residan mayor número de inmigrantes. La potenciación de esta colaboración precisa de la creación de instrumentos efectivos que puedan potenciarla, uno de ellos es el “Fondo Autonómico de Inmigración”. Este Fondo que completa el “Fondo de Apoyo a la acogida y la integración de inmigrantes” que creó el Gobierno Central en el año 2005, en colaboración con la Junta, está dotado con un crédito de 1.450.000 €, que mediante esta Orden se pone a disposición de los ayuntamientos andaluces a través de una línea de financiación, con el objetivo de responder a determinadas necesidades en materia de inmigración.

Los destinatarios de este fondo serán los Ayuntamientos de Andalucía con mayor presencia de personas inmigrantes –art. 1-; realizándose el reparto en función de la baremación indicada en el art. 4 de la Orden, lo que se traduce en la asignación de las cantidades determinadas a las localidades desglosadas en el Anexo de la disposición. Estas localidades tienen como característica común, un mínimo de 100 personas inmigrantes empadronadas en su censo; y, además, deberán de alcanzar una puntuación, derivada de la aplicación del baremo, superior a la media andaluza en un 40%, siendo la cuantía mínima a percibir por cada localidad de 5.000 € -art. 5-. El abono de las transferencias se realiza en un único pago por la Delegación provincial de la Consejería de Empleo, conforme al calendario autorizado por la Dirección General de Tesorería y Deuda Pública de la Consejería de Hacienda y Administración Pública –art. 6-.

ORDEN de 20 de octubre de 2010, por la que se regula el procedimiento de calificación e inscripción de los Centros Especiales de Empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de incentivos para Centros Especiales de Empleo regulados en el Decreto 149/2005, de 14 de junio (BOJA núm. 223, de 16 de noviembre).

La Orden de 20 de octubre de 2010 pretende conseguir un doble objetivo, cuyas líneas básicas se exponen en los siguientes apartados:

- a) Regula los requisitos necesarios para obtener la calificación y posterior inscripción de los Centros Especiales de Empleo en el Registro

de Centros Especiales de Empleo de la Comunidad Autónoma, estos requisitos se desarrollan en el Capítulo II de la Orden –arts. 4 a 14-.

Se denominan Centros Especiales de Empleo a aquellas entidades que, en aplicación del art. 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, tiene por objeto realizar trabajos productivos, participando de manera regular en las operaciones del mercado con la finalidad de asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que precisen las personas con discapacidad para trabajar en los mismos; sin embargo, para poder ser inscritos en el Registro Especial de Empleo de la Comunidad Autónoma Andaluza, adscrito a la Dirección General de Empleo de la Consejería de Empleo –art. 4-; es necesario que estos Centros cumplan los requisitos que se relacionan en el párrafo 2 del art. 6 de la Orden; es decir, deberán de acreditar personalidad jurídica, justificar la viabilidad y subsistencia del Centro para cumplir sus fines y, además, la plantilla del Centro deberá estar constituida, al menos, por un 70% de personas discapacitadas. La clasificación de estos Centros los agrupa en provinciales y multiprovinciales –art. 7-.

En lo que se refiere a la solicitud de inscripción en el Registro, se establece como deberá de presentarse y la documentación acompañante a la solicitud –art. 8-; los trámites para instruir y calificar la inscripción –art. 9-; la competencia para resolver la calificación, que recae en el titular de la Consejería de Empleo, en su calidad de Presidente del SAE –art. 11-; la forma de concluir el procedimiento de solicitud, autorizando o denegando la inscripción del Centro –art. 11-; el contenido del libro de inscripciones de este Registro, que será público –art. 12-; y, finalmente, el procedimiento para aprobar la descalificación y la cancelación registral de los Centros previamente inscritos cuando los mismos incurran en las causas de pérdida de la calificación desglosadas en el art. 14 de la Orden.

- b) Desarrolla los arts. 23, 24 y 25 del Decreto 149/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido, en la redacción dada por el Decreto 58/2007, de 6 de marzo, con la finalidad de establecer las bases reguladoras de la concesión por la Consejería de Empleo y el Servicio Andaluz de Empleo, en los que se centra el Capítulo III –arts. 15 a 41- de las que podrán beneficiarse las entidades que hubieren obtenido con carácter previo la calificación de Centro Especial de Empleo. El concepto de persona discapacitada se concreta en el art. 3 de la Orden, siendo el de personas afectadas, al menos, por un 33% de discapacidad o quienes tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado

total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas que tengan reconocida una pensión de retiro por incapacidad permanente en el servicio.

Los incentivos se concretan en la aprobación de cuatro tipos de ayudas distintas:

1. Incentivos destinados a la creación de empleo indefinido, desarrollados en los arts. 15 a 18 de la Orden. El incentivo podrá alcanzar una cuantía de hasta 12.021 euros, tanto por nueva contratación como por transformación de un contrato de duración determinada en uno indefinido. La relación laboral podrá ser a tiempo parcial o a tiempo completo, reduciéndose la subvención proporcionalmente en función de la jornada para el primero.

Para el plazo de solicitud de estos incentivos, se establece dos períodos distintos: 1. Desde la formalización de las contrataciones indefinidas o las transformaciones de contrato de duración determinada en indefinidas y hasta el 30 de junio de cada año. 2. En lo que se refieren a las contrataciones realizadas entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de cada año, se formularan en el ejercicio siguiente hasta el 30 de junio del siguiente año.

2. Incentivos al mantenimiento de puestos de trabajo. Su regulación se concreta en los arts. 19 a 24 de la Orden, tiene como finalidad incentivar el mantenimiento de puestos de trabajo ya creados en Centros especiales de Empleo y ocupados por personas trabajadoras con discapacidad durante toda la duración del contrato. La bonificación es del 50% del SMI por puesto de trabajo ocupado por personas por discapacidad, reduciéndose proporcionalmente dicha cuantía cuando se trate de un contrato a tiempo parcial. Estos incentivos podrán solicitarse durante el mes de mayo para la plantilla correspondiente al primer cuatrimestre del año; durante el mes de septiembre para la plantilla correspondiente al segundo cuatrimestre; y en el mes de enero del año siguiente, para la plantilla correspondiente al último cuatrimestre del año.

Por otro lado, los incentivos mencionados podrán ser del 75% del SMI en los supuestos a los que se refiere la Disposición Adicional Primera de la Orden.

3. Incentivos para la adaptación de los puestos de trabajo y la eliminación de las barreras arquitectónicas; se especifican en los arts. 22 a 24 de la Orden, y son de dos tipos, de adaptación de puesto de trabajo –con un máximo de 1.804 euros por puesto de trabajo- y de eliminación de barreras arquitectónicas –con un máximo del 80% del coste de la inversión sin que ésta pueda superar la cuantía de 30.000 euros-. El plazo para la solicitud de estas ayudas va, igualmente, en relación

con la fecha en que se ejecuta la adaptación o la obra, así para las actuaciones realizadas entre el 1 de enero y el 30 de junio, se podrá solicitar el incentivo hasta el 30 de junio del mismo ejercicio, para las realizadas entre el 1 de julio y el 30 de diciembre, las solicitudes podrán formularse hasta el 30 de junio del ejercicio siguiente.

4. Incentivos para el reequilibrio financiero, regulados en los arts. 25 a 27 de la Orden, se conceden con carácter excepcional y extraordinario para equilibrar y reestructurar financieramente a los Centros Especiales de Empleo para logren alcanzar niveles de productividad y rentabilidad que aseguren su viabilidad y estabilidad. Las solicitudes para este tipo de ayudas se podrán presentar hasta el 30 de junio del ejercicio correspondiente.

Por último, la Sección 5ª del Capítulo III (arts. 28 al 41) de la Orden, recoge las disposiciones comunes para todos los incentivos anteriormente mencionados: modelo y forma de presentar las solicitudes, trámites procedimentales, competencia para resolver, así como, entre otras cuestiones, las obligaciones que corresponden a las entidades receptoras de los incentivos.

La entrada en vigor de la Orden de 20 de octubre de 2010 no es inmediata, puesto que salvo la Disposición Adicional Primera para la aplicación del art. 8.1 y 2 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre que entra en vigor el 17.11.2010; la práctica totalidad de la Orden entra en vigor a partir del día 1.1.2011. Por último, su entrada en vigor supone la derogación de: 1. La Orden de 29 de julio de 1985, en lo relativo a los requisitos necesarios para obtener la calificación de Centro Especial de Empleo de la Comunidad Autónoma de Andalucía. 2. La Orden de 4 de octubre de 2002, por la que se desarrollan los incentivos al fomento de empleo en Centros Especiales de Empleo.

ORDEN de 22 de octubre de 2010, por la que se modifica la de 11 de mayo de 2007, por la que se regulan los programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de la calidad en el empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas, en ejecución de la sentencia que se cita (BOJA núm. 227, de 20 de noviembre)

La modificación solo afecta al art. 7.a) de la Orden de 11 de mayo, derivada de la ejecución del fallo de la STS 5.3.2010. Con la nueva redacción se suprime la referencia a la implantación sindical y la remisión que la citada disposición realizaba a los arts. 6 y 7.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical; de manera que los proyectos beneficiados por las ayudas serían los promovidos, al adaptarse el art. 7.a) al fallo de la sentencia, por “organizaciones empresariales y sindicales de ámbito andaluz y carácter intersectorial que, estando inscritas en el Registro de asociaciones empresariales y sindicales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, cuenten con sede en cada una de las provincias andaluzas, y por las organizaciones empre-

sariales de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores”.

Orden de 23 de noviembre de 2010, por la que se suspende la vigencia del Capítulo VII de la Orden de 15 de marzo de 2007, que establece las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, hasta su próxima regulación (BOJA núm. 233, de 29 de noviembre)

El Capítulo que se suspende concreta las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, relativo al Programa para el fomento de la cultura preventiva en materia de riesgos laborales para los trabajadores y trabajadoras autónomos, hasta su próxima regulación; por estar prevista –en aplicación del Acuerdo de 9 de febrero de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2010-2014, la publicación de una nueva regulación de dichas ayudas.

ORDEN de 3 de diciembre de 2010, por la que se modifica la Orden de 26 de diciembre de 2007, por la que se desarrollan los Programas de Orientación Profesional, Itinerarios de Inserción, Acciones Experimentales, Estudios y Difusión sobre el Mercado de Trabajo, Experiencias Profesionales para el Empleo y Acompañamiento a la Inserción, establecidos por Decreto 85/2003, de 1 de abril, y se determinan las bases reguladoras de concesión de ayudas para su ejecución (BOJA núm. 245, de 17 de diciembre)

Para la consecución de mayor racionalización en los medios empleados en la tramitación de los expedientes administrativos relativos a los programas concretados en la Orden de 26 de diciembre de 2007 se aprueba la modificación de determinadas disposiciones contenidas en la citada normativa, en concreto: a) El inciso primero del art. 17 que da nueva definición a lo que ha de entenderse por Acción Experimental, siendo ésta la que tiene por objeto promover acciones de carácter experimental dirigidas a la inserción laboral por cuenta propia o ajena de personas demandantes de empleo inscritas como desempleadas en el SAE; b) El apartado 2 del art. 18 que establece cómo se computan las inserciones laborales de las personas desempleadas contratadas como trabajadoras por cuenta ajena o que inicien una actividad por cuenta propia; c) El apartado 4 del art. 29 que regula un nuevo plazo de presentación de solicitudes, las cuales se presentarán desde el día 1 de febrero hasta el día 1 de marzo del año en que han de desarrollarse las actuaciones; en consecuencia, se deroga de forma expresa la Orden de 17 de diciembre de 2009, por la que se modificaba el plazo de presentación de solicitudes de la Orden de 26 de diciembre de 2007.

Resolución de 13 de octubre de 2010, del Instituto Andaluz de la Mujer, por la que se convoca la concesión de prestaciones económicas a mujeres víctimas de violencia acogidas a Programas de Formación Profesional Ocupacional a desarrollar en los ejercicios 2010/2011 (BOJA núm. 206, de 21 de octubre)

La concesión de las prestaciones se realizará conforme a lo dispuesto en la Orden de 5 de octubre de 2005, conjunta de las Consejerías de Empleo y para la Igualdad y Bienestar Social, que deberá de ser tenida en cuenta, juntamente con esta Resolución, abarcando a los programas de formación ocupacional que se desarrollen en el periodo temporal que va desde noviembre de 2010 a junio de 2011.

La prestación económica será 29 euros por día lectivo de asistencia al programa por parte de cada mujer víctima de la violencia que se acoja al mismo. En lo que se refiere al plazo para solicitar las prestaciones, éste se abrió el día 22.10.2010 y finalizará una vez acaba la impartición de las acciones formativas. La solicitud de la prestación deberá presentarse conforme al modelo especificado en el Anexo 1 de la Orden de 5 de octubre de 2005 y deberá de acompañarse por la documentación complementaria, encontrándose disponible en mismo en la web: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/convocatorias>.

Resolución de 16 de diciembre de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se determinan las Fiestas Locales en el ámbito de Andalucía para el año 2011 (BOJA núm. 251, de 27 de diciembre)

En su Anexo se relacionan las fiestas locales de los respectivos Municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año 2011, en aplicación de lo dispuesto en el art. 37.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

Por otro lado, se han publicado una serie de disposiciones durante el trimestre objeto de estudio para las que a la fecha de publicación de esta reseña, ya ha transcurrido el plazo de presentación de solicitudes, siendo las siguientes:

Resolución de 14 de octubre de 2010, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria para el año 2010 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía de concesión de subvenciones para el desarrollo de acciones de formación de oferta al amparo del Programa de Formación e Inserción Sociolaboral para colectivos con especiales dificultades de inserción, dirigida a los colectivos de personas con discapacidad y personas inmigrantes, al amparo de la Orden de 23 de octubre de 2009 (BOJA núm. 211, 28.10.2010), cuyo plazo de presentación de solicitudes fue de 15 días naturales, a computar desde el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Resolución de 14 de octubre de 2010, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria de concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones de investigación e innovación para el año 2010, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al amparo de la Orden de 23 de octubre de 2009 (BOJA núm. 211, 28.10.2010), cuyo plazo de presentación de solicitudes fue, igualmente, de 15 días naturales, a computar desde el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Resolución de 9 de noviembre de 2010, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se anuncia el trámite de información pública del anteproyecto de Ley Andaluza de promoción del Trabajo Autónomo (BOJA núm. 229, 23.11.2010), siendo su plazo de presentación de alegaciones de cuyo plazo de presentación de solicitudes fue de 15 días hábiles, a computar desde su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Resolución de 3 de diciembre de 2010, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se publican los formularios de solicitud correspondientes a las subvenciones contempladas en los Capítulos IV y V de la Orden de 11 de mayo de 2007 (BOJA núm. 254, de 30 de diciembre).

Esta resolución hace públicos, para la convocatoria de diciembre de 2010, los formularios de solicitud de las subvenciones previstas para los Programas de Talleres de Oficios para jóvenes de hasta 30 años y mujeres, y de Escuelas de Empleo en sectores productivos, regulados en los la Orden de 11 de mayo de 2007, por la que se regulan los programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de la calidad en el empleo (BOJA núm. 104, de 28 de mayo de 2007), exclusivamente en lo que se refiere a sus Capítulos IV y V.

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
REAL DECRETO 1365/2010, de 29 de octubre, sobre ampliación de los medios económicos adscritos a los servicios traspasados por el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación.

Mediante el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, fueron traspasados las funciones y servicios, así como los bienes, derechos, obligaciones, medios personales y créditos presupuestarios correspondientes a la gestión que venía realizando el Instituto Nacional de Empleo, en materia de trabajo, empleo y formación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En virtud de ejecución de sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se ha incrementado en un efectivo la relación de medios personales que fueron objeto de traspaso mediante el real decreto citado, por lo que procede ampliar los medios económicos traspasados para adecuar la valoración del coste efectivo del traspaso a los costes derivados de la ejecución de la sentencia dictada.

Asimismo, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 20 de marzo, establece, en su artículo 184.4.e), que corresponde a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Comunidad Autónoma acordar la valoración de los traspasos de servicios del Estado a la Comunidad Autónoma, y, en su disposición transitoria primera, que la Comisión Mixta Paritaria Gobierno-Junta de Andalucía regulará el proceso, el tiempo y las condiciones de traspaso de las competencias propias de la Comunidad Autónoma, así como que determinará el traspaso de medios materiales y personales necesarios para el ejercicio de tales competencias.

En la sesión plenaria de la Comi-

sión Mixta Paritaria Gobierno-Junta de Andalucía, celebrada con fecha 20 de abril de 2010, se acordó apoderar al Presidente y a la Vicepresidenta de la Comisión Mixta para que, sin necesidad de reunir al Pleno de la citada Comisión y previa conformidad de ambas Administraciones, prestasen su conformidad a los correspondientes Acuerdos de ampliación de medios personales y/o económicos derivados del cumplimiento de sentencias.

De conformidad con todo lo anterior, el Presidente y la Vicepresidenta de la Comisión Mixta Paritaria Gobierno-Junta de Andalucía han prestado su conformidad al Acuerdo por el que se amplían los medios económicos adscritos a los servicios traspasados por el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, que se eleva al Gobierno para su aprobación mediante real decreto.

En su virtud, en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Estatuto de Autonomía para Andalucía, a propuesta del Vicepresidente Tercero del Gobierno y Ministro de Política Territorial y Administración Pública y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 29 de octubre de 2010,

DISPONGO

Artículo 1. *Se aprueba el Acuerdo por el que se amplían los medios económicos adscritos a los servicios traspasa-*

dos por el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, y que se transcribe como anexo a este real decreto.

Artículo 2. En consecuencia, quedan transferidos a la Comunidad Autónoma de Andalucía los créditos presupuestarios correspondientes, en los términos que resultan del propio acuerdo y de la relación anexo número 1.

Artículo 3. La transferencia a que se refiere este real decreto tendrá efectividad a partir del día señalado en el acuerdo.

Artículo 4. Los créditos presupuestarios que se determinen con arreglo a la relación número 1 del anexo, serán dados de baja en los conceptos de origen y transferidos por el Ministerio de Economía y Hacienda a los conceptos habilitados en la Sección 32 de los

Presupuestos Generales del Estado, destinados a financiar el coste de los servicios asumidos por las comunidades autónomas, una vez se remitan al Departamento citado, por parte del Servicio Público de Empleo Estatal, los respectivos certificados de retención de crédito, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la normativa vigente sobre Presupuestos Generales del Estado.

Disposición final única. *Entrada en vigor*

El presente real decreto entrará en vigor el mismo día al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, el 29 de octubre de 2010

JUAN CARLOS R.

El Vicepresidente Tercero del Gobierno y Ministro de Política Territorial y Administración Pública

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ

CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA

DECRETO 382/2010, de 13 de octubre, por el que se modifica el Decreto 334/2009, de 22 de septiembre, por el que se regulan los centros integrados de Formación Profesional en la Comunidad Autónoma de Andalucía, para adecuarlo a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, exige a los Estados miembros, entre otras medidas, la necesidad de simplificar los procedimientos y trámites para el acceso a una actividad de servicio, así como la excepcionalidad del régimen de autorizaciones para el ejercicio de dicha actividad.

Esta Directiva, en su artículo 9, y el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, regulan los Regímenes de autorización

dentro de la Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios.

En el ámbito educativo, la citada Directiva afecta a los centros docentes privados que impartan enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales con validez académica en todo el Estado. En base a ello se hace necesario proceder a la modificación del Decreto 334/2009, de 22 de septiembre, por el que se regulan los centros integrados de formación profesional en la Comunidad Autónoma de Andalucía, concretamente eliminando la doble autorización administrativa a la que el artículo 7 somete a los centros privados

integrados de formación profesional.

Junto a ello, y pese a que la Directiva 2006/123/CE no es de aplicación a los centros públicos integrados de formación profesional, en tanto que prestan servicios no económicos de interés general, razones de coherencia normativa hacen oportuno proceder a la modificación del artículo 6 referido a la creación, transformación y supresión de dichos centros, unificando con ello dichos procedimientos respecto de los centros públicos y de los centros privados.

En su virtud, a propuesta de la Consejera de la Presidencia, a iniciativa de los Consejeros de Educación y de Empleo y de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 13 de octubre de 2010,

DISPONGO

Artículo único. *Modificación del Decreto 334/2009, de 22 de septiembre, por el que se regulan los centros integrados de formación profesional en la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

El Decreto 334/2009, de 22 de septiembre, por el que se regulan los centros integrados de formación profesional en la Comunidad Autónoma de Andalucía, queda modificado como sigue:

Uno. El apartado 4 del artículo 6 queda redactado del siguiente modo:

«4. La Consejería competente en materia de educación podrá crear, suprimir o transformar centros no dependientes de la misma, cualquiera que sea la entidad o institución pública promotora o titular de los mismos, en centros públicos integrados de formación profesional, previo informe favorable de la Consejería competente en materia de empleo. Igualmente, la Consejería competente en materia de empleo podrá crear, suprimir o

transformar centros no dependientes de la misma, cualquiera que sea la entidad o institución pública promotora o titular de los mismos, en centros públicos integrados de formación profesional, previo informe favorable de la Consejería competente en materia de educación.»

Dos. El apartado 3 del artículo 7 queda redactado del siguiente modo:

«3. En los supuestos a que se refieren los apartados anteriores, en la tramitación del expediente administrativo, la Consejería competente en materia de educación deberá contar con informe favorable de la Consejería competente en materia de empleo, para autorizar o revocar las autorizaciones de los centros privados integrados de formación profesional. Igualmente, la Consejería competente en materia de empleo deberá contar con informe favorable de la Consejería competente en materia de educación, para autorizar o revocar las autorizaciones de los Centros privados integrados de formación profesional.»

Disposición final primera. *Desarrollo.*

Se habilita a los Consejeros de Educación y de Empleo para dictar, en el ámbito de sus competencias, cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo de lo dispuesto en el presente Decreto.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 13 de octubre de 2010

JOSÉ ANTONIO GRIÑÁN MARTÍNEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MARÍA DEL MAR MORENO RUIZ
Consejera de la Presidencia

CONSEJERÍA DE EMPLEO

ORDEN de 13 de septiembre de 2010, por la que se modifica la Orden de 23 de mayo de 2008, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueban nuevos modelos de solicitudes de inscripción y de renovación, de comunicación de variación de datos, de cancelación de la inscripción y de certificados de inscripción en este Registro.

Mediante Orden de 23 de mayo de 2008, de la Consejería de Empleo, se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

Esta disposición nace del impulso decidido de la Administración de la Junta de Andalucía y de los agentes económicos y sociales, desde el marco de la Concertación Social, por la adopción de medidas dirigidas a mejorar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores y las trabajadoras en este Sector y a reducir la siniestralidad laboral en el Sector de la construcción y se dicta en ejercicio de las competencias atribuidas por los artículos 63.1.4.º y 47.1.1.ª del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Por otra parte, en la citada Orden se apuesta por la incorporación de las nuevas tecnologías de la información al ámbito de la Administración Pública, y la utilización de los medios electrónicos en las relaciones que establece con los ciudadanos y las ciudadanas, por lo que se habilita la tramitación electrónica de los distintos procedimientos administrativos derivados de este Registro, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de

los ciudadanos a los Servicios Públicos, y 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).

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior establece en su artículo 44 que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva.

El Acuerdo de 17 de noviembre de 2009, del Consejo de Gobierno, para impulsar la transposición en Andalucía de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, en su apartado segundo, dispone que «... la Consejería de Empleo ... iniciará la tramitación de las reformas reglamentarias recogidas en su Anexo», entre ellas, la Orden de 23 de mayo de 2008, contemplando la modificación del artículo 11.2, para eliminar el requisito de documentación original o copia autenticada.

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ha incorporado, parcialmente al Derecho español, la citada Directiva 2006/123/CE.

Esta Ley tiene por objeto establecer las disposiciones y principios necesarios para garantizar el libre acceso a las actividades y su ejercicio realizadas en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier

otro Estado miembro de la Unión Europea, simplificando los procedimientos, evitando dilaciones innecesarias y reduciendo las cargas administrativas a los prestadores de servicios.

La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, adapta la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la citada Ley.

Asimismo, la experiencia adquirida con la puesta en práctica de este Registro, pone de manifiesto la oportunidad de la explotación estadística de los datos de este Registro para el conocimiento del tejido empresarial andaluz. Para posibilitar este tratamiento con fines estadísticos y la conservación de los datos registrados, es preciso introducir diversas modificaciones en la Orden de creación de este Registro, y en la aplicación informática que lo sustenta, de conformidad con lo previsto en la Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, modificada por la Ley 4/2007, de 4 de abril. Concretamente, a través de esta Orden se introduce en los distintos Anexos de recogida de información inscribible la variable de sexo en los datos referidos a personas, se desagrega en subcampos la información geográfica relativa al domicilio, y se incorpora la referencia a la Clasificación Nacional de Ocupaciones en el apartado relativo a la relación de medios personales de la empresa, con el objeto de un adecuado tratamiento de esta información.

En consecuencia, esta Orden se dicta con la finalidad de simplificar los procedimientos regulados en la Orden de 23 de mayo de 2008 y permitir la explotación estadística de los datos contenidos en el registro.

En su virtud, y en uso de las competencias que me están conferidas por el artículo 44.2 de la Ley 6/2006, de 24

de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como por el Decreto 136/2010, de 13 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, a propuesta de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral,

DISPONGO

Artículo único. *Modificación de la Orden de 23 de mayo de 2008, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

La Orden de 23 de mayo de 2008, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, queda modificada como sigue:

Uno. El apartado 2 del artículo 11 queda redactado en los siguientes términos:

«2. La solicitud deberá contener los datos enumerados en el artículo 4.1 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, y los restantes previstos en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y se acompañará de la siguiente documentación:

a) Escritura de poder notarial u otro medio legal de acreditación de la representación, con la que actúa el representante, en el supuesto de que se actúe por representación.

b) Declaración suscrita por el empresario o su representante legal relativa al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 4.1 y 2.a) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, en los términos que se incluyen en el modelo

de solicitud de inscripción recogido en el Anexo II de la presente Orden.

c) Documentación acreditativa de que la empresa dispone de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que podrá adoptar alguna de las formas siguientes, según proceda:

1.^a Acta o actas de designación de las trabajadoras o de los trabajadores designados.

2.^a Acta de constitución del servicio de prevención propio.

3.^a Acta de constitución del servicio de prevención mancomunado.

4.^a Acta de adhesión de la empresa al servicio de prevención mancomunado.

5.^a Concierto o conciertos formalizados con entidades acreditadas como servicios de prevención ajenos.

d) Documentación acreditativa de la formación en prevención de riesgos laborales necesaria y adecuada al puesto de trabajo o función del personal de la empresa, en su nivel directivo y productivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 12, en relación con el artículo 4.2 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

La acreditación de estos requisitos, mediante simples copias, conllevará el compromiso de aportar los documentos originales o copia autenticada de los mismos, a requerimiento del órgano competente.»

Dos. Se introduce un nuevo artículo 22 con la siguiente redacción:

«Artículo 22. Colaboración con el Sistema Estadístico de Andalucía.

1. Con el objeto de impulsar la colaboración entre el Registro y el Sistema Estadístico de Andalucía para la elaboración de estadísticas oficiales se es-

tablecerán los circuitos de información necesarios para la ejecución de las actividades estadísticas que se incluyan en los planes y programas estadísticos de Andalucía sobre esta materia.

2. La información del Registro que se utilice en la confección de estadísticas oficiales estará soportada en un sistema informático y quedará sometida a la preservación del secreto estadístico en los términos establecidos en la Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.»

Tres. Se modifican los modelos de solicitudes.

Se modifican los modelos de solicitudes de inscripción y de renovación de la inscripción, de comunicación de variación de datos, de cancelación de la inscripción, y de certificados de inscripción en el Registro Empresas Acreditadas como contratistas o subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establecidos en los Anexos II, III, IV, V y VI, que quedan establecidos según figuran en la presente Orden.

Disposición adicional única. *Desarrollo y ejecución.*

Se autoriza a la Directora General de Seguridad y Salud Laboral para realizar cuantas actuaciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de la presente Orden.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*

La presente Orden entrará en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 13 de septiembre de 2010

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

CONSEJERÍA DE EMPLEO

ORDEN de 5 de octubre de 2010, por la que se regula la distribución de transferencias a los ayuntamientos andaluces para la nivelación de servicios municipales vinculados a la acogida y la integración de inmigrantes.

La presencia de personas inmigrantes en Andalucía es, hoy, una realidad. La diversidad social, cultural, laboral y económica de nuestra Comunidad exige el compromiso de los gestores públicos en sus actuaciones diarias.

Los municipios andaluces conscientes de su importante papel como impulsores de la cohesión social, están haciendo esfuerzos para adaptar sus servicios públicos, y más específicamente aquellos vinculados a la acogida e integración de los inmigrantes, a las nuevas demandas sociales.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la actualidad de Trabajo e Inmigración, creó el Fondo de apoyo a la acogida y la integración de inmigrantes así como al refuerzo educativo de los mismos en el año 2005.

El 19 de julio de 2005, el Presidente de la Junta de Andalucía y el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales suscribieron un Convenio de colaboración para el desarrollo de actuaciones de acogida e integración de personas inmigrantes, así como el refuerzo educativo de los mismos. Desde entonces, viene funcionando como un instrumento de colaboración con las Comunidades Autónomas y los Municipios. A través del Marco de Cooperación para la Gestión de dicho Fondo se han establecido tanto los principios que deben regir la intervención en esta materia como los ejes en que debe inscribirse la actuación pública al respecto.

Para la financiación del referido Fondo se ha previsto en los corrientes presupuestos del Estado, el crédito correspondiente en la aplicación 19.07.231H.455.00, como «Transferencias Corrientes a las Comunidades Au-

tónomas: Fondo de Apoyo a la acogida e integración de inmigrantes así como al refuerzo educativo de los mismos». Los criterios de distribución, sobre el presupuesto previsto para el ejercicio 2010, se han adoptado en la Conferencia Sectorial de Inmigración celebrada el pasado 25 de marzo de 2010. La asignación resultante del crédito para la Comunidad Autónoma de Andalucía es de 7.908.397 euros. La redistribución de este importe deberá respetar los criterios adoptados en la referida Conferencia Sectorial.

Mediante Protocolo de Prórroga, de fecha 29 de julio de 2010, ha sido prorrogado el «Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Junta de Andalucía, para el desarrollo de actuaciones de acogida e integración de personas inmigrantes así como de refuerzo educativo», suscrito el 19 de julio de 2005. Conforme a su cláusula cuarta, para el presente ejercicio, se fija el compromiso de la Junta de Andalucía de derivar a las Corporaciones Locales de su territorio con una mayor presión migratoria, en un 40% de la asignación con cargo a la aportación que realiza el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Se mantiene el de «mayor presión migratoria» como el criterio que, traducido a los pertinentes indicadores operativos, venga a determinar el reparto de los créditos a las Corporaciones Locales como herramienta de nivelación de los servicios municipales en cuestión.

La presente Orden queda así configurada como un instrumento orientado a enjugar los efectos que, sobre los Ayuntamientos andaluces, ejerce la asimétrica presión del fenómeno mi-

gratorio y suponiendo, en definitiva, una disposición de fondos que vendrán a financiar operaciones o actividades no singularizadas, destinadas a satisfacer el conjunto de las obligaciones. Dichas actuaciones sólo habrán de tener encaje en los ejes acordados en el Marco y transcritos al Convenio, documentos ambos anteriormente aludidos.

Por otra parte, como efecto cruzado de las voluntades de respeto de la autonomía municipal y de permanente concertación de la política de coordinación local de la Junta de Andalucía, previo consenso con la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP) en el Protocolo de Colaboración suscrito para el presente ejercicio, se establecen tanto los principios, ejes y medidas de actuación, como los mecanismos de traslado de información que puedan servir a la mejor evaluación técnica de las actuaciones que, con autonomía, decidan implementar en cada municipio.

En su virtud, en uso de las facultades y competencias conferidas por el artículo 53.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, por los artículos 44.2 y 46.4 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y por el artículo 26 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía,

DISPONGO

Artículo 1. Objeto.

La presente Orden establece los destinatarios, la cuantía, los indicadores y la fórmula de reparto de las transferencias de financiación para la nivelación de servicios municipales vinculados a la acogida e integración de inmigrantes, en el ámbito de las competencias y ges-

ción de la Consejería de Empleo en relación con el Convenio de Colaboración suscrito el 19 de julio de 2005 entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Junta de Andalucía y prorrogado mediante Protocolo de fecha 29 de julio de 2010.

Artículo 2. Destinatarios.

Los créditos del fondo de nivelación de servicios municipales vinculados a la acogida y la integración de inmigrantes están destinados a los Ayuntamientos de Andalucía que se ven afectados por una mayor presencia de personas inmigrantes.

Artículo 3. Financiación.

La financiación de las transferencias reguladas en la presente Orden se realizará con cargo al crédito de 1.724.142,00 € de la aplicación presupuestaria 0.1.15.00.18.00.461.02.31J.5, programa presupuestario Coordinación de Políticas Migratorias, del ejercicio 2010.

Artículo 4. Indicadores y fórmula de reparto.

1. Para calcular las transferencias que se han de realizar a los Ayuntamientos andaluces con mayor presión migratoria, se ha establecido un modelo de baremación que permite determinar la situación de los municipios con mayor presión migratoria. Los criterios y datos aplicados son simples, válidos, fiables y auditables, y se han obtenido de fuentes estables y públicas a través del Instituto de Estadística de Andalucía (IEA) y del Instituto Nacional de Estadística (INE).

2. A los efectos de la presente Orden, se entiende por personas inmigrantes a los nacionales de terceros países que se encuentren empadronados en los municipios de Andalucía a la fecha de 1.1.2009, excluyendo de este cómputo a los nacionales de los países de la Unión Europea y a los nacionales de los países cuyos Índices de Desarrollo Humano (IDH) en el año 2009 sea superior al de España y no estén encuadrados en el grupo anterior (Noruega,

Islandia, Suiza, Japón, Canadá, EE.UU. y Australia). Con carácter transitorio se computarán, a estos efectos el 70% de los nacionales de Bulgaria y Rumanía.

3. Para determinar las cantidades que corresponden a cada provincia, que son las que posteriormente se distribuirán entre los municipios seleccionados, se ha optado por utilizar los criterios del Ministerio de Trabajo e Inmigración para la distribución del mencionado Fondo entre las Comunidades Autónomas, por lo que se ha recurrido a los siguientes criterios y fuentes:

C1 Asignación básica, para cada provincia, en aplicación del criterio de solidaridad interterritorial, de forma que en aquellas provincias en las que haya una presencia menor de inmigrantes cuenten en todo caso con una aportación estable. Para este criterio se distribuye el 20,00% de la cantidad asignada (1.724.142 €), que se repartirá a razón de un 12,50% para cada provincia.

C2 Situaciones especiales, criterio que responde a situaciones concretas de cada provincia, para ello se han tenido en cuenta los siguientes indicadores: frontera exterior, campañas de temporada (agrícola, hostelera, servicios de proximidad, etc.), composición de la población inmigrante, pirámide de edad, así como otros factores de diferente importancia. Para este criterio se distribuye el 25,00% de la cantidad asignada.

C3 Población extranjera extracomunitaria empadronada en cada provincia, a fecha 1 de enero del 2009. Fuente de datos: INE. Para este criterio se distribuye el 17,50% de la cantidad asignada.

C4 Número de personas extranjeras afiliadas a la Seguridad Social, excluido el régimen especial agrario, a fecha de 31 de diciembre de 2009, en cada provincia. Fuente de datos: Ministerio de Trabajo e Inmigración. Para este criterio se distribuye el 12,50% de la cantidad asignada.

C5 Número de personas extracomunitarias afiliadas a la Seguridad Social en el régimen especial agrario, en cada provincia, a fecha de 31 de diciembre de 2009. Fuente de datos: Ministerio de Trabajo e Inmigración. Para este criterio se distribuye el 15,00% de la cantidad asignada.

C6 Renta per capita provincial, correspondientes a 2007, según datos publicados por el INE. Para este criterio se distribuye el 10,00% de la cantidad asignada.

4. El modelo de baremación que permite verificar la situación de los municipios en relación con el fenómeno migratorio se determina mediante la siguiente función: $P = k_1 V_1 + k_2 V_2 + k_3 V_3 + k_4 V_4 + k_5 V_5 + k_6 V_6$.

Siendo P los puntos que obtiene cada municipio en relación con las variables que se enumeran a continuación, con datos de población referidos al 1.1.2009. V1 = Número total de personas empadronadas en el municipio. V2 = Número de personas inmigrantes empadronadas en el municipio. V3 = Desviación del porcentaje de personas inmigrantes sobre la población total del municipio respecto al porcentaje de personas inmigrantes sobre la población total de la provincia. V4 = Tasa de feminización de la población inmigrante en el municipio. V5 = Financiación recibida en los últimos cuatro años destinada a políticas de acogida e integración de inmigrantes mediante subvenciones y transferencias de las Consejerías de Gobernación y de Empleo. V6 = Valoración del Plan de Acción, presentado en el año 2009, en función del análisis de las acciones programadas, desarrolladas y evaluadas y sus aspectos técnicos.

k son los pesos asignados a las variables y que cumplen la siguiente condición $\sum k_i = 200$.

En el caso de que un municipio no haya recibido financiación en el año

2009 mediante la Orden de transferencias entonces $k_1 = 10$, $k_2 = 70$, $k_3 = 55$, $k_4 = 5$, $k_5 = 60$ y $k_6 = 0$.

En el caso de que un municipio haya recibido financiación en el año 2009 mediante la Orden de transferencias entonces $k_1 = 10$, $k_2 = 70$, $k_3 = 55$, $k_4 = 5$, $k_5 = 30$ y $k_6 = 30$.

Una vez determinada la puntuación asignada a cada municipio, se seleccionan aquellos que alcanzan al menos 985 puntos en dicha baremación. En el caso de empate en la puntuación dentro de la misma provincia se selecciona el municipio que cuenta con mayor población inmigrante empadronada a 1.1.2009.

5. En el caso de que un ayuntamiento disminuya en 2010 los fondos respecto a la asignación de 2009, se le asegura el 25% de la cantidad percibida en 2009.

Artículo 5. Distribución de las transferencias.

1. Aplicado el modelo de baremación establecido en el artículo anterior, las cantidades resultantes para cada provincia sobre el total de 1.724.142,00 € a distribuir entre los Ayuntamientos andaluces con mayor presión migratoria, son las siguientes:

Almería 350.210,75 €. Cádiz 142.553,55 €. Córdoba 152.372,57 €. Granada 192.092,07 €. Huelva 208.438,70 €. Jaén 134.365,30 €. Málaga 328.587,63 €. Sevilla 215.521,43 €.

2. De igual modo, en función de las cantidades provinciales resultantes ya establecidas en el apartado anterior y en proporción a la puntuación obtenida conforme al baremo con-templado en el apartado 4 del artículo 4, y lo expuesto en el apartado 5 del mismo artículo, en el Anexo se determinan los Ayuntamientos y el importe a transferir que le corresponde a cada uno de ellos.

Artículo 6. Abono de las transferencias.

Las transferencias se harán efecti-

vas, en un solo pago para cada Ayuntamiento por la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, de conformidad con lo previsto en el calendario autorizado por la Dirección General de Tesorería y Deuda Pública de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

Artículo 7. Constancia de la recepción de las transferencias.

1. Dada su naturaleza de estas transferencias de financiación, los documentos de pago correspondientes se efectuarán en firme.

2. En el plazo de tres meses, a partir de haberse hecho efectivas las transferencias, los municipios receptores remitirán a la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo y a la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, certificación en la que se acredite el ingreso de las transferencias y los números de los asientos contables practicados.

Artículo 8. Actuaciones.

La nivelación de los servicios municipales vinculados a la acogida e integración de inmigrantes se operará por medio de actuaciones que, siendo autónomamente determinadas por cada municipio receptor a través de un Plan de Acción, encajen dentro de los ejes, principios rectores y líneas de actuación prioritarias definidos en el Marco de Cooperación para la Gestión del Fondo de Apoyo a la Acogida y la Integración de Inmigrantes, el Convenio suscrito al efecto entre el antiguo Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Junta de Andalucía y el Protocolo de Colaboración entre la Consejería de Empleo y la FAMP.

Artículo 9. Información.

Los municipios receptores facilitarán la oportuna información de seguimiento, mediante la presentación del citado Plan de Acción, así como la evaluación de las actuaciones desarrolladas conforme a los ejes, principios

rectores y líneas de actuación referidos en el artículo 8.

Disposición adicional única. *Habilitación y seguimiento.*

Se autoriza a la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias para que dicte las instrucciones que sean necesarias para la ejecución, desarrollo y cumplimiento de la presente Orden, con la finalidad de procurar una óptima aplicación de los fondos, poniendo en marcha los mecanismos que permitan realizar el seguimiento y evaluación de las distintas actuaciones, así como la elaboración de las activida-

des de sistematización de información que se establezcan, de acuerdo con el artículo 9.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*

La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 5 de octubre de 2010

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

CONSEJERÍA DE EMPLEO

ORDEN de 20 de octubre de 2010, por la que se regula el procedimiento de calificación e inscripción de los Centros Especiales de Empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de incentivos para Centros Especiales de Empleo regulados en el Decreto 149/2005, de 14 de junio.

El Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido, en la redacción dada por el Decreto 58/2007, de 6 de marzo, reúne en su Capítulo VII la regulación tanto de los incentivos a la contratación indefinida y el mantenimiento de contratos de personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo, como otras ayudas colaterales a las anteriores, pero inherentes a las mismas, como son los incentivos para la adaptación de los puestos de trabajo y la eliminación de barreras arquitectónicas, así como al reequilibrio financiero de los centros especiales de empleo.

Mediante la presente Orden, por un lado, se regula el procedimiento de calificación de los Centros Especiales de Empleo, su inscripción en el Registro de Centros Especiales de Empleo, creado por Orden de 29 de julio de 1985 y, por otro, se establecen las bases reguladoras para la concesión de determinados incentivos destinados a los mismos, es-

tablecidos en la Sección 2.^a del Capítulo VII del citado Decreto 149/2005, de 14 de junio, y hasta ahora regulados por la Orden de 4 de octubre de 2002 por la que se desarrollan los incentivos al fomento del empleo en Centros Especiales de Empleo: Incentivos a la creación de empleo indefinido; Incentivos al mantenimiento de los puestos de trabajo ya creados; Incentivos para la adaptación de puestos de trabajo y la eliminación de barreras; Incentivos para el reequilibrio financiero.

En orden a establecer determinados controles en el procedimiento de calificación de los Centros Especiales de Empleo, así como agilizar la gestión y tramitación de las ayudas a dichas entidades por parte de los órganos administrativos que tienen atribuidas estas competencias, resulta aconsejable elaborar una nueva norma que aborde de forma integral dichos aspectos.

Dado que el objetivo de las medidas desarrolladas en la presente Orden es asegurar un empleo remunerado a

personas con discapacidad igual o superior al 33 por ciento, los incentivos que implementan las mismas no pueden quedar sometidos a un régimen de concurrencia competitiva, no resultando necesario establecer comparación entre solicitudes ni prelación entre las mismas, siendo de plena aplicación lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto 149/2005, de 14 de junio.

Junto a ello, y teniendo en cuenta que los incentivos establecidos en la presente Orden no exceden del 60 por ciento de los costes salariales durante el periodo de un año siguiente a la contratación, están vinculados a la realización de una contratación indefinida así como a un incremento neto del número de trabajadores, les será de aplicación la exención de la obligación de notificar dichos incentivos a la creación de empleo a la Comisión Europea conforme al artículo 3.1 del Reglamento (CE) núm. 2204/2002, de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L.337/3, de 13 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo.

Asimismo, los incentivos para el reequilibrio financiero de Centros Especiales de Empleo, quedarán sometidas al régimen de «minimis» en los términos establecidos en el Reglamento (CE) núm. 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas «minimis» (DOUE L379, de 28 de diciembre).

La tramitación electrónica de los procedimientos establecidos en la presente Orden se sujetan a las prescripciones establecidas por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y al 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, en lo que le sea de aplicación.

En cumplimiento del artículo 9.2.d) de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de Creación del Servicio Andaluz de Empleo, la presente Orden ha sido sometida a las organizaciones que conforman el Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

En consecuencia, en uso de las facultades y competencias conferidas por el artículo 118 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, y por los artículos 44.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, y en virtud de las competencias que me vienen conferidas por la legislación vigente,

DISPONGO

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto y ámbito.

1. La presente Orden tiene por objeto regular los requisitos necesarios para obtener la calificación y posterior inscripción como Centro Especial de Empleo en el Registro de Centros Especiales de Empleo de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Asimismo, y en desarrollo de los artículos 23, 24 y 25 del Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido, en la redacción dada por el Decreto 58/2007, de 6 de marzo, se procede a establecer las bases reguladoras de la concesión por la Consejería de Empleo y el Servicio Andaluz de Empleo de los siguientes incentivos para los Centros Especiales de Empleo:

a) Incentivos a la creación de empleo indefinido. b) Incentivos al mantenimiento de los puestos de trabajo. c) Incentivos para la adaptación de puestos de trabajo y la

eliminación de barreras arquitectónicas. d) Incentivos para el reequilibrio financiero.

Artículo 2. Concepto de Centro Especial de Empleo.

1. De acuerdo con el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, los Centros Especiales de Empleo son aquellas entidades cuyo objetivo principal es realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado y teniendo como finalidad asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran las personas con discapacidad que trabajan en el mismo, a la vez que sea un medio de integración del mayor número de estas personas al régimen de trabajo normalizado. De conformidad con el citado artículo, se entenderá por tales servicios los de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, cultural y deportivos que procuren a la persona trabajadora con discapacidad del Centro Especial de Empleo una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación de su relación social.

Sin perjuicio de dicha función social, los Centros Especiales de Empleo se estructurarán y organizarán como empresas ordinarias.

2. Podrán beneficiarse de los incentivos establecidos en el Capítulo III, aquellas entidades que, cumpliendo los requisitos establecidos en el apartado anterior, hayan obtenido previamente la calificación de Centro Especial de Empleo en los términos establecidos en el Capítulo II y cumplan el resto de los requisitos exigidos en la presente Orden.

Artículo 3. Personas destinatarias.

1. Las medidas contempladas

por la presente Orden están destinadas a personas con discapacidad, entendiéndose por tales, a los efectos de la misma, aquellas que acrediten estar afectadas por una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento a través del oportuno certificado expedido por los servicios públicos competentes. Asimismo, y siempre que se encuentren en edad laboral, se considerarán afectadas por una discapacidad en grado igual al 33 por ciento, quienes tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado total, absoluta o gran invalidez, así como las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de retiro por incapacidad permanente para el servicio.

2. A los mismos efectos se entenderá por persona con discapacidad con especiales dificultades para su inserción laboral, las siguientes:

a) Persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental

o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento.

b) Persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.

CAPÍTULO II

Creación, calificación e inscripción de los Centros Especiales de Empleo

Artículo 4. Registro de Centros Especiales de Empleo.

El Registro de Centros Especiales de Empleo de la Comunidad Autónoma de Andalucía estará adscrito a la Dirección General del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo a la que le correspondan los programas específicos de fomento de la contratación para la integración laboral de personas con discapacidad, como registro administrativo en el que obligatoriamente

deben inscribirse y calificarse aquellos Centros Especiales de Empleo cuya sede y actividad se desarrolle en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Asimismo deberán inscribirse cuantas incidencias relacionadas con los mismos se describen en la presente Orden.

Artículo 5. Entidades promotoras de un Centro Especial de Empleo.

Los Centros Especiales de Empleo podrán ser promovidos por las Administraciones Públicas, bien directamente o en colaboración con otros organismos, por entidades, por personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes, que tengan capacidad jurídica y de obrar para ser empresarios, respecto de sus centros de trabajo ubicados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 6. Requisitos para la calificación como Centro Especial de Empleo.

1. La puesta en funcionamiento y el reconocimiento de un Centro Especial de Empleo requerirá autorización administrativa e inscripción en el registro administrativo especial, que será otorgada por la Dirección General del Servicio Andaluz de Empleo a la que se adscribe el Registro de conformidad con el artículo 4, a solicitud del interesado y acreditación previa del cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Orden.

2. Para ser calificados e inscritos, los Centros Especiales de Empleo, deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Acreditar la personalidad jurídica del titular.
- b) Justificar, mediante el oportuno estudio económico, las posibilidades de viabilidad y subsistencia del Centro en orden al cumplimiento de sus fines.
- c) Acreditar que la plantilla del Centro estará conformada, al menos en un 70 por ciento, por personas respecto de

las que se hubiera declarado una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, con arreglo al procedimiento que, en cada supuesto, les resulte de aplicación, ello sin perjuicio de que puedan contar con personas no discapacitadas para el desarrollo de la actividad.

Artículo 7. Clasificación de los Centros Especiales de Empleo.

Los Centros Especiales de Empleo se clasifican en:

- a) Provinciales: Cuando el centro o centros de trabajo en los que desarrollen su actividad radiquen en el territorio de una única provincia andaluza;
- b) Multiprovinciales: Cuando los centros de trabajo en los que desarrollen su actividad radiquen en dos o más provincias andaluzas.

Artículo 8. Presentación de solicitudes y documentación.

1. Los modelos de solicitudes de calificación e inscripción de un Centro Especial de Empleo, conforme al modelo que figura en el Anexo I, estarán a disposición de las entidades interesadas en las dependencias de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo. Asimismo, también se podrán obtener y confeccionar mediante descarga telemática en la Oficina Virtual de la Consejería de Empleo, accesible a través del enlace correspondiente en su portal www.juntadeandalucia.es/empleo.

2. La solicitud irá dirigida al órgano competente para su resolución conforme a lo establecido en el artículo 10, y se presentarán preferentemente en el Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía de conformidad con lo establecido en los apartados 4 y 5 del presente artículo, y al que se accederá desde la página web del Servicio Andaluz de Empleo, indicada en el apartado anterior.

Las relaciones jurídicas derivadas del procedimiento regulado en el presente apartado se desarrollarán por

medios electrónicos. Para ello, deberán concurrir los requisitos exigidos en el artículo 12.3 del Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de los procedimientos electrónicos, y las entidades solicitantes deberán disponer de la correspondiente firma electrónica reconocida, regulada en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, o del sistema de firma electrónica incorporado al Documento Nacional de Identidad, de conformidad con los artículos 14 y 15 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Las solicitudes así presentadas producirán los mismos efectos jurídicos que las formuladas de acuerdo con el artículo

70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, e incluirán la petición de autorización para realizar las comunicaciones relativas al procedimiento por medios electrónicos, a través de la suscripción automática al sistema de notificaciones telemáticas de la Junta de Andalucía.

El registro telemático emitirá un recibo electrónico, de tal forma que la entidad interesada tenga constancia de que la comunicación ha sido recibida por la Administración y pueda referirse a ella posteriormente. El recibo consistirá en una copia autenticada de la solicitud incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de asiento de entrada en el registro.

Para que las notificaciones administrativas puedan llevarse a cabo por medios electrónicos, será preciso que las entidades solicitantes, en el momento de la iniciación o en cualquier otra fase de tramitación, acepten expresamente dicho medio de notificación como preferente mediante la identificación

de una dirección electrónica al efecto. Asimismo, podrán revocar su consentimiento para que las notificaciones dejen de efectuarse por vía electrónica, en cuyo caso deberán comunicarlo al órgano instructor de conformidad con el artículo siguiente, e indicar una nueva dirección donde practicar las notificaciones.

1. También podrán presentarse las solicitudes de calificación e inscripción de un Centro Especial de Empleo en soporte papel en los correspondientes Registros de la Consejería de Empleo, de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo, o de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo, sin perjuicio de cualquier otra fórmula de las recogidas en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. La solicitud de calificación y registro deberá ser firmada y sellada en todas sus páginas y contener los siguientes datos:

- a) Denominación del Centro Especial de Empleo.
- b) Determinación de la entidad o entidades promotoras del mismo.
- c) Identidad de la persona que lo represente, así como la firma de la misma o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- d) Compromiso por parte de la entidad solicitante del cumplimiento del requisito establecido en el artículo 6.2.c) en el plazo máximo de seis meses desde la fecha de notificación de la resolución de calificación.

5. Asimismo, la solicitud de calificación y registro se acompañará de original o copia auténtica o autenticada de la siguiente documentación:

- a) Estatutos de la asociación, empresa o empresas, en el supuesto de grupo de empresas, que soliciten la calificación así como de la acreditación de la inscripción de las mismas en los co-

rrespondientes registros públicos, salvo que ya estén en poder de esta Administración, en cuyo caso, y siempre no hayan transcurrido más de cinco años desde la finalización del procedimiento al que correspondan, bastará con hacer constar la fecha y órgano o dependencia en que fueron entregados.

b) Autorizaciones y licencias de los organismos competentes que resulten necesarias para la apertura y funcionamiento de la empresa o centro, de la actividad o actividades a desarrollar y por cada centro de trabajo de que se trate.

c) Alta de la empresa en el Impuesto de Actividades Económicas y en la Seguridad Social, y Código CNAE de la actividad o actividades económicas a las que se dedica o va a dedicarse el Centro Especial de Empleo.

d) Memoria comprensiva de:

1.º Antecedentes de la empresa o centro solicitante.

2.º Situación actual de la misma, desde el punto de vista jurídico, social, económico y financiero, con especial referencia a sus características de orden personal y material.

3.º Actividad o actividades que desarrolla o pretenda desarrollar, indicando los resultados que aspire a obtener y su rentabilidad.

4.º Relación de centros de trabajo de la empresa o centro, señalando su ubicación, características y medios, así como la titularidad de los mismos y documentos que la acrediten.

5.º Estudio económico sobre las posibilidades de viabilidad y subsistencia del Centro, en el que se cuantifiquen las diversas partidas de ingresos y gastos de la explotación prevista, así como exposición detallada de todos aquellos recursos que contribuyan al sostenimiento del empresa o centro.

6.º Balance de resultados del último ejercicio, excepto para los supuestos de nueva creación. En aquellos casos en los que un Centro Especial de Empleo

ya calificado solicite la ampliación a otra provincia, deberá aportar además de la documentación anterior, el balance del último ejercicio respecto al ya preexistente.

7.º Memoria de actividad en la que se refleje el número de personas trabajadoras con discapacidad con los que contará el Centro

Artículo 9. *Instrucción de expedientes de calificación e inscripción.*

1. El órgano instructor de los expedientes de calificación y registro de Centros Especiales de Empleo será:

a) La Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo cuando el centro tenga carácter provincial. b) La Jefatura de servicio competente de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo cuando el centro tenga carácter multi-provincial.

2. Una vez presentadas las solicitudes de calificación e inscripción, el órgano instructor procederá al examen de las mismas y de la documentación aportada. En caso de que la solicitud no reúna los requisitos generales o la documentación preceptiva establecidos en el artículo anterior, procederá a requerir a la entidad interesada para que en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, de conformidad con lo establecido en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pudiendo también ser requerida para que aporte información y/o documentación adicional que tenga una especial relevancia para la resolución del expediente. De no ser así, se le tendrá por desistida de su petición, archivándose esta previa resolución que deberá ser dictada en los términos del artículo 42 de la misma Ley.

Artículo 10. *Competencia para resolver sobre la calificación e inscripción.*

1. La competencia para resolver sobre la calificación e inscripción de los Centros Especiales de Empleo,

así como sobre cualquier alteración o modificación esencial de los asientos registrales ya practicados, corresponde a la persona titular de la Consejería de Empleo, en su calidad de Presidente del Servicio Andaluz de Empleo.

2. Sin perjuicio de lo anterior, y sobre la base de la facultad de delegación prevista en el artículo 101 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, la competencia establecida en el apartado anterior se delega en la persona titular de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

Artículo 11. Resolución de expediente de calificación e inscripción.

1. El procedimiento concluirá mediante la emisión de la resolución correspondiente por parte del órgano competente de conformidad con el artículo anterior, por la que se autoriza

o deniega la calificación e inscripción, y que deberá ser notificada en el plazo máximo de seis meses, contados desde el día siguiente a la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. Transcurrido dicho plazo sin que haya sido notificada resolución expresa, el interesado deberá entender estimada su solicitud.

1. La calificación e inscripción en el Registro, no llevará aparejada la obtención de subvenciones, ayudas o cualquier tipo de compensaciones económicas públicas, si bien será requisito indispensable para el acceso a ellas.

2. Para garantizar la eficacia de la inscripción registral, el Centro Especial de Empleo deberá acreditar en el plazo de seis meses, desde la notificación de la resolución de calificación e inscripción, el inicio de actividad, dando cumplimiento al requisito de que al menos el 70 por ciento de la plantilla del mismo está compuesta por personas con discapacidad reconocida en

grado igual o superior al 33 por ciento, aportando la documentación que, en su caso, se le solicite. Para determinar dicho porcentaje mínimo de personas trabajadoras con discapacidad no se computará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.

Artículo 12. Libro de inscripciones.

1. El Registro de Centros Especiales de Empleo formalizará la calificación e inscripción en un Libro de Inscripciones, cuyo contenido será público.

2. El Libro de Inscripciones podrá establecerse tanto por el sistema de hojas cambiables como por procedimiento informático. Los asientos serán extendidos de forma sucinta.

En la hoja abierta a cada Centro se recogerá la siguiente información:

- a) Denominación del Centro Especial de Empleo y número de inscripción.
- b) Fecha de inscripción.
- c) CIF.
- d) En su caso, folio y tomo.
- e) Forma jurídica.
- f) Categoría provincial o multiprovincial.
- g) Actividad o actividades para las que esté autorizado.
- h) Domicilio social, teléfono y, en su caso, fax y correo electrónico.
- i) Representante legal del Centro Especial de Empleo.
- j) Centro o centros de trabajo con indicación del domicilio, plantilla estable y domicilio a efectos de notificaciones.
- k) En el supuesto de que el Centro Especial de Empleo forma parte de un grupo de empresas, nombres, CIF y actividad de todas ellas.
- l) Otras incidencias.

1. En la hoja registral de cada Centro, se anotarán los asientos que recojan los cambios de denominación, forma jurídica de la sociedad titular, actividad económica, categoría provincial o multiprovincial, alteración del domicilio social así como, en su caso, la descali-

ficación que llevará aparejada la cancelación registral del Centro.

2. La alteración de los datos registrales contenidos en el apartado 2.f), g) y j) requerirá autorización previa del órgano al que esté adscrito el Registro de Centros Especiales de Empleo. A estos efectos, y a solicitud de la entidad interesada, se instruirá el oportuno expediente administrativo según lo dispuesto en el artículo 9.

Para la modificación del ámbito territorial del Centro Especial de Empleo, en todo caso, el expediente será instruido por la jefatura de servicio competente de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo requiriendo para su resolución del informe previo de la o las Direcciones Provinciales afectadas.

Cualquier otra alteración no recogida en el anterior párrafo deberá ser comunicada al Registro de Centros Especiales de Empleo, en el plazo de un mes desde la fecha en que se produzcan las incidencias de las que traigan causa, aportando al efecto los datos y documentos oportunos, al objeto que se diligencie dicha modificación en el Registro.

El incumplimiento de estas obligaciones podrá determinar el inicio del expediente para la pérdida de la calificación obtenida.

1. También se deberá comunicar al Registro de Centros Especiales de Empleo los grupos de empresas que se formalicen entre Centros Especiales de Empleo al objeto de hacer constar esta incidencia en el asiento registral correspondiente a cada uno de los Centros afectados.

2. En los supuestos de sucesión en la titularidad del Centro Especial de Empleo será preceptivo asumir los mismos derechos y obligaciones que el Centro cedente, extremo este que deberá acreditarse mediante escritura pública.

Artículo 13. Seguimiento y control.

1. Los Centros Especiales de

Empleo estarán obligados a someterse a cuantas actuaciones de control sean establecidas por el órgano al que se adscribe el Registro, cuando sean necesarias para comprobar la adecuación de su funcionamiento y características a las condiciones legales o reglamentarias de su calificación como tal.

2. Asimismo, al inicio de la actividad y durante el primer semestre de cada año, vendrán obligados a presentar ante el órgano instructor, según proceda en función de su calificación como provincial o multiprovincial, una memoria comprensiva de los siguientes extremos:

a) Identificación del Centro Especial de Empleo:

1.º Denominación.

2.º Titularidad.

3.º Localización territorial, domicilio social y centro o centros de trabajo.

4.º Actividades principales y complementarias, determinando el grado o nivel de cumplimiento de objetivos económicos y de ajuste personal o social, con indicación de las causas

o factores que hubieran tenido repercusión positiva o negativa en el Centro. 5.º Código de cuenta o cuentas de cotización en la Segu-

ridad Social del Centro.

6.º Indicación del CIF correspondiente al Centro.

b) Circunstancias referentes a la plantilla: Relación nominal de todas las personas trabajadoras de la plantilla. Respecto de las personas con discapacidad, dicha relación agrupará a las mismas según el tipo de discapacidad en física, psíquica o sensorial y, en su caso, grado.

En dicha relación deberán contenerse los siguientes datos por cada persona trabajadora que haya estado en plantilla en el año:

1.º Nombre, apellidos, edad y sexo.

2.º Indicación del NIF.

3.º Número de afiliación a la Seguridad Social.

4.º En su caso, porcentaje reconocido de discapacidad, fecha de reconocimiento y revisiones.

5.º Categoría profesional.

6.º Fecha de alta en el trabajo y en la Seguridad Social.

7.º En su caso, fecha de baja en el trabajo y causa de la misma

8.º Tipo de contrato, y de jornada.

c) Circunstancias de la actividad económica:

1.º Liquidación del presupuesto anual.

2.º Balance de situación.

3.º Cuenta de explotación comprensiva de los resultados económicos, con especificación de pérdidas y ganancias.

4.º Acreditación de haber sido presentados en el Registro Mercantil o en los Registros competentes, de acuerdo con la naturaleza jurídica del titular del Centro, los documentos anteriores o aquellos que sean necesarios con sujeción a las normas legales y reglamentarias que fueran de aplicación.

3. El incumplimiento de la presentación de la memoria anual, o la constatación, una vez revisada la misma, de la existencia de cualquier dato que hubiera debido ser comunicado por la entidad en el plazo establecido para ello en el artículo 12.4, podrá ser causa de descalificación y cancelación en el Registro de Centros Especiales de Empleo, que se tramitará conforme lo establecido en el artículo siguiente.

Artículo 14. Descalificación y cancelación registral.

1. Podrán ser causas de pérdida de calificación las siguientes:

a) El incumplimiento de alguno de los requisitos recogidos en el artículo 6.2.

b) El incumplimiento de las obligaciones recogidas en el artículo 12.4.

c) La inactividad del Centro por un período superior a seis meses.

d) El incumplimiento de las obliga-

ciones previstas legalmente, en particular, la presentación de la memoria anual establecida en el artículo anterior.

e) El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión de ayudas, subvenciones y cualquier tipo de compensaciones económicas de las Administraciones Públicas.

f) Por cese voluntario de la actividad a instancias del titular del Centro.

g) El incumplimiento de las obligaciones en materia de reintegro siempre y cuando no se haya efectuado el aplazamiento y/o fraccionamiento del mismo en vía voluntaria o ejecutiva.

h) Cualquier otra causa que, previo expediente instruido al efecto y con audiencia previa del Centro Especial de Empleo afectado, implique un uso indebido de la calificación obtenida.

1. El expediente de descalificación se iniciará a instancia de parte o de oficio por el órgano competente para la calificación e inscripción según el artículo 10. Una vez iniciado el procedimiento de descalificación, el órgano instructor del mismo dará traslado al Centro Especial de Empleo afectado para que, en el plazo de 15 días hábiles desde la recepción de la notificación, presente las alegaciones que estime oportunas. Concluido dicho plazo, y una vez valoradas las mismas, se emitirá propuesta de cancelación de la inscripción, la cual se elevará al órgano competente para su resolución.

2. En todo caso, una vez dictada la citada resolución de descalificación se procederá de oficio a la cancelación de la inscripción del Centro y al cierre de su hoja registral, practicándose el asiento que en su caso proceda.

CAPÍTULO III

Incentivos para Centros Especiales de Empleo

Sección 1.ª Incentivos a la creación de empleo indefinido

Artículo 15. Objeto y cuantía del incentivo.

1. Esta medida tiene por objeto fomentar el empleo estable de personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo, estableciéndose para ello un incentivo cuya cuantía podrá alcanzar hasta 12.021 euros, tanto por nueva contratación con carácter indefinido como por transformación de contrato de duración determinada en indefinido que formalice el Centro Especial de Empleo con persona con discapacidad. Cuando las contrataciones indefinidas se efectúen a tiempo parcial la ayuda se reducirá proporcionalmente a la jornada. Este incentivo se concederá una sola vez por cada puesto de trabajo de carácter indefinido que se cree en el Centro Especial de Empleo.

2. Para beneficiarse de estos incentivos, las nuevas contrataciones indefinidas o transformaciones de contratos de duración determinada en indefinido deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Ser formalizadas a través de los aplicativos Gescontrat@ o Contrat@ (Comunicación de contratos a través de Internet) disponibles en la web de la Consejería de Empleo (www.juntadeandalucia.es/serviciosandaluzdeempleo) con anterioridad a la solicitud de los mismos.

b) Suponer un incremento neto de plantilla. Para determinar el cumplimiento de dicho extremo deberá acreditarse que el número de personas con discapacidad contratadas con carácter indefinido supone un incremento sobre la «plantilla de referencia» equivalente al número de puestos de trabajo de nueva creación por los que se solicita la subvención.

A estos efectos, se entenderá por «plantilla de referencia» la formada exclusivamente por personas con discapacidad contratadas con carácter estable, sin que en ningún caso se compute en

la misma el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social. El cálculo de dicha plantilla se realizará en términos de promedio anual en el período de los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud, o a la fecha del contrato de trabajo por el que se solicita subvención, si esta fuese posterior, y se tendrán en consideración, únicamente, el número de contratos, siendo válidas las contrataciones realizadas bajo cualquier modalidad de contrato indefinido, incluido el contrato fijo discontinuo, sin que se atienda a la jornada establecida en los mismos. Si el número resultante fuere decimal, se redondeará al entero superior más próximo.

Artículo 16. Plazo de solicitud de los incentivos.

Las solicitudes de incentivos establecidos en la presente sección se formularán una vez formalizadas las contrataciones indefinidas o las transformaciones de contrato de duración determinada en indefinidas y hasta el 30 de junio de cada año.

Respecto de las contrataciones o transformaciones efectuadas entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de cada año, las solicitudes de incentivos se formularán en el plazo establecido en el anterior apartado del ejercicio siguiente.

Artículo 17. Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos.

1. La acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para beneficiarse del incentivo regulado en esta sección, se realizará mediante la presentación de original o copia auténtica o autenticada de la siguiente documentación en los términos establecidos en el artículo 29.5:

a) Certificado de discapacidad o documentos acreditativos del grado de discapacidad vigente de la persona contratada; documentación acreditativa del reconocimiento de una pensión de

incapacidad permanente en grado total, absoluta

o gran invalidez; o para el supuesto de personas pensionistas de clases pasivas, documentación acreditativa del reconocimiento de una pensión de retiro por incapacidad permanente para el servicio. Para solicitudes de incentivos en las que sea necesario acreditar un grado de discapacidad superior al 33 por ciento, bastará con la aportación de cualquiera de los documentos establecidos por el artículo 2.2 del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

b) Alta en la Seguridad Social de la persona contratada. Si la empresa estuviera acogida al sistema RED de transmisión telemática de datos a la Seguridad Social será suficiente aportar acreditación firmado por el responsable correspondiente.

c) Autorización firmada por la persona contratada para proceder a la consulta telemática de su correspondiente informe de Vida Laboral emitido por el órgano competente de la Seguridad Social, al objeto de determinar posibles causas de exclusión y a efectos de seguimiento y control.

d) Certificación bancaria acreditativa de la titularidad de la cuenta, firmada por la persona que actúe en representación de la entidad solicitante y por la entidad bancaria.

A los efectos de la tramitación del expediente, el órgano instructor expedirá certificado relativo a la formalización de las contrataciones indefinidas o transformaciones de contratos de duración determinada en indefinida a través de los aplicativos Gescontrat@ o Contrat@.

2. Asimismo, según la actividad o actividades para las que esté autorizada

la entidad en el libro de inscripciones del Registro de Centro Especial de Empleo así como las características del puesto de trabajo incentivado, el órgano instructor podrá requerir la aportación de certificación del representante del Centro Especial de Empleo de haber llevado a cabo la planificación de la actividad preventiva o en su caso del seguimiento de las medidas preventivas.

Artículo 18. Seguimiento y evaluación.

1. A los solos efectos del seguimiento de las ayudas reguladas por la presente sección y, en su caso, posible reintegro de las mismas, el periodo mínimo de mantenimiento de las nuevas contrataciones de carácter indefinido incentivadas será 1.095 días. En el supuesto de incentivos a la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos este periodo mínimo se contabilizará a partir de la fecha de transformación.

Para acreditar el cumplimiento del citado requisito, el Servicio Andaluz de Empleo podrá comprobar la Vida Laboral de la persona contratada mediante acceso a la red telemática.

En caso de contratos fijos discontinuos, el periodo mínimo de mantenimiento se computará atendiendo a los periodos efectivos de trabajo en la empresa, hasta completar un total de 1.095 días de trabajo efectivo.

2. Si por cualquier incidencia la persona contratada causara baja por extinción del contrato sin cubrir el periodo mínimo de mantenimiento establecido por el apartado anterior, en el plazo máximo de tres meses deberá realizarse la sustitución mediante una nueva contratación de persona con discapacidad. El nuevo contrato será de la misma modalidad y características de aquel cuya cobertura se subvencionó.

En el supuesto de Centros Especiales de Empleo de carácter multiprovincial, dicha sustitución podrá realizar-

se mediante una nueva contratación afecta a cualquiera de sus centros de trabajo autorizados.

Las bajas de las personas trabajadoras que pudieran producirse, junto con las altas de las que las sustituyan, deberán ser comunicadas en el plazo de un mes desde la fecha de la contratación por sustitución, aportando junto a dicha comunicación la documentación justificativa de la baja en la Seguridad Social y de la nueva contratación efectuada en los términos que se indica en el artículo 15.

En caso de no llevarse a cabo la sustitución en el tiempo y forma establecidos en este apartado, procederá el reintegro total de la ayuda concedida por esa contratación en los términos establecidos en el artículo 39.

3. Igualmente procederá el reintegro de la cuantía total del incentivo en los siguientes supuestos:

a) Despido declarado improcedente por los órganos jurisdiccionales del Orden Social sin que se hubiese optado por la readmisión de la persona trabajadora.

b) Descalificación del Centro Especial de Empleo en los términos establecidos en el artículo 14, sin que a la fecha de la resolución de descalificación se hubiera cumplido el período mínimo de mantenimiento de contrataciones indefinidas incentivadas.

4. Cuando se produjere la sustitución de la persona trabajadora en la forma expuesta anteriormente, así como cualquier otra incidencia que varíe la situación de alta del trabajador en la empresa, solo se entenderá cumplida la obligación de mantener el contrato incentivado cuando el cómputo de los días cotizados por las distintas personas trabajadoras que se sucedan en el puesto de trabajo cuya cobertura fue objeto de subvención ascienda, como mínimo, a 1.095 días. A los efectos del cómputo de dicho periodo de mante-

nimiento, la entidad estará obligada a comunicar cualquier incidencia que se produzca en la situación laboral de la persona contratada que suponga una situación distinta a la de alta en el Centro Especial de Empleo.

5. En el supuesto de excedencia de la persona trabajadora cuyo puesto se ha incentivado, podrá procederse a la sustitución de la misma, mediante contratación temporal, computándose dichos periodos a efectos del cumplimiento de la obligación de mantenimiento obligatorio durante 1.095 días de los puestos de trabajo creados con el incentivo concedido, en los términos establecidos en el apartado anterior.

Sección 2.^a Incentivos al mantenimiento de puestos de trabajo

Artículo 19. Objeto y cuantía del incentivo.

1. Esta medida tiene por objeto incentivar el mantenimiento de los puestos de trabajo ya creados en Centros Especiales de Empleo y ocupados por personas trabajadoras con discapacidad durante toda la duración del contrato. Con este objeto se establece una ayuda equivalente al 50 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente, por puesto de trabajo, tanto de carácter indefinido como de duración determinada, ocupado por personas con discapacidad a tiempo completo, y la cuantía equivalente cuando se realice a tiempo parcial.

2. Respecto de las bonificación de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta durante toda la vigencia del contrato indefinido, se estará a lo dispuesto por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo y su normativa de desarrollo.

Artículo 20. Plazos de solicitud de los incentivos.

Las solicitudes de ayuda por man-

tenimiento del empleo de puestos de trabajo tanto de carácter indefinido como de carácter temporal se presentarán:

a) Durante el mes de mayo, respecto de la plantilla del Centro Especial de Empleo ocupada por personas con discapacidad correspondiente al primer cuatrimestre del año.

b) Durante el mes de septiembre por la correspondiente al segundo cuatrimestre del año.

c) Durante el mes de enero del año siguiente por la co-rrespondiente al último cuatrimestre del año.

Artículo 21. Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos.

1. La acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para beneficiarse del incentivo regulado en esta sección, se realizará mediante la presentación de original o copia auténtica o autenticada de la siguiente documentación en los términos establecidos en el artículo 29.5:

a) Certificados de discapacidad o documentos acreditativos del grado de minusvalía vigente de las personas cuyo puesto de trabajo se incentiva, en los mismos términos establecidos por el artículo 17.1.a).

b) Contratos de trabajo cuyo mantenimiento se incentiva, salvo en el supuesto de que las contrataciones se hubiesen formalizado a través de los aplicativos Gescontrat@ o Con-trat@, en cuyo caso, y a los efectos de la tramitación del ex-pediente, el órgano instructor expedirá certificado relativo a la formalización de las mismas.

c) Nóminas y justificantes bancarios del abono de los salarios derivados de las contrataciones por las que se solicita el incentivo.

d) Alta en la Seguridad Social de la persona contratada, en los mismos términos establecidos por el artículo 17.1.b).

e) Informe de Vida laboral de la empresa correspondiente al cuatrimestre solicitado.

f) Certificación bancaria acreditativa de la titularidad de la cuenta, en los mismos términos establecidos por el artículo 17.1.d).

2. Asimismo, en base a actividad o actividades para las que esté autorizada la entidad en el libro de inscripciones del Registro de Centro Especial de Empleo así como las características del puesto de trabajo incentivado, el órgano instructor podrá requerir la aportación de certificación del representante del Centro Especial de Empleo de haber llevado a cabo la planificación de la actividad preventiva o en su caso del seguimiento de las medidas preventivas.

Sección 3.^a Incentivos para la adaptación de puestos de trabajo y la eliminación de barreras arquitectónicas

Artículo 22. Objeto y cuantía del incentivo.

1. Esta medida tiene por objeto la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales, así como la eliminación de barreras arquitectónicas para el supuesto de puestos de trabajo ocupados con carácter indefinido por personas con discapacidad.

2. Para ello se establecen dos incentivos:

a) Incentivo por adaptación de puestos de trabajo, cuya cuantía será el coste de la inversión con un máximo de 1.804 euros, por cada puesto de trabajo adaptado.

b) Incentivo por eliminación de barreras arquitectónicas, cuya cuantía podrá alcanzar hasta el 80 por ciento del coste de la inversión, con un límite máximo de 30.000 euros.

3. Para poder ser beneficiario de la citada ayuda, el Centro Especial de Empleo deberá acreditar que se ha procedido a la adaptación del puesto de

trabajo o a la eliminación de barreras arquitectónicas de forma previa a solicitar la ayuda, y en todo caso, dentro del plazo de tres meses desde la fecha de emisión del estudio-memoria descrito en el artículo 24.1.a).

Artículo 23. Plazo de solicitud de los incentivos.

Las solicitudes de incentivos establecidos en la presente sección se formularán hasta el 30 de junio respecto de las actuaciones ejecutadas entre el 1 de enero y la citada fecha del mismo ejercicio.

Respecto de las actuaciones ejecutadas entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de cada año, las solicitudes de incentivos se formularán hasta el 30 de junio del ejercicio siguiente.

Artículo 24. Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos.

1. La acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para beneficiarse del incentivo regulado en esta sección, se realizará mediante la presentación de original o copia auténtica o autenticada de la siguiente documentación en los términos establecidos en el artículo 29.5:

a) Estudio-memoria en la que quede justificada la necesidad de adaptación del puesto de trabajo y/o eliminación de la barrera arquitectónica, firmado por técnico competente, que en ningún caso podrá ser socio, asociado, trabajador por cuenta ajena o persona directamente relacionada con la entidad beneficiaria. En el supuesto de que la adaptación fuese para la utilización de un equipo de trabajo, dicha memoria deberá incluir certificación del responsable de la entidad solicitante de que con dicha adaptación se cumple el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo.

b) Facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa, acreditativos de los gastos realizados con cargo a la cantidad solicitada. La acreditación de los gastos también podrá efectuarse mediante facturas electrónicas, siempre que cumplan los requisitos exigidos para su aceptación en el ámbito tributario.

c) Certificación bancaria acreditativa de la titularidad de la cuenta, en los mismos términos establecidos por el artículo 17.1.d).

2. Sin perjuicio de la acreditación documental establecida en el apartado anterior, y con carácter previo al abono del incentivo, el órgano gestor podrá comprobar la realización efectiva por parte del Centro Especial de Empleo beneficiario de la actuación para la que se concedió el mismo.

Sección 4.ª Incentivos para el equilibrio financiero

Artículo 25. Objeto y cuantía de las ayudas.

1. Con la finalidad de consolidar los puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad se podrá conceder un incentivo con carácter excepcional y extraordinario destinado a equilibrar y reestructurar financieramente a los Centros Especiales de Empleo que les permita alcanzar niveles de productividad y rentabilidad que garanticen su viabilidad y estabilidad.

2. Estas ayudas quedarán sometidas al régimen de «*minimis*» en los términos establecidos en el artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas «*minimis*», y así deberá constar en la solicitud a efectos de seguimiento y control, en los términos que se establecen en el artículo 29.3.g).

3. La aplicación de los fondos

percibidos para esta finalidad deberá producirse en el plazo máximo de dos meses desde que se produzca cada pago según la secuencia de abono establecida por el artículo 34.2. Las ayudas establecidas en la presente sección no serán susceptibles de modificación ni de ampliación de plazo de ejecución.

4. Los Centros Especiales de Empleo que perciban estos incentivos, no podrán volver a obtenerlos hasta transcurridos tres años desde la fecha de concesión.

Artículo 26. Plazo de solicitud del incentivo.

Las solicitudes de ayudas para reequilibrio financiero se formularán hasta el día 30 de junio del ejercicio correspondiente.

Artículo 27. Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos.

La acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para beneficiarse del incentivo regulado en esta sección, se realizará mediante la presentación de original o copia auténtica o autenticada de la siguiente documentación en los términos establecidos en el artículo 29.5:

a) Memoria relativa al Centro Especial de Empleo, en la que consten los siguientes extremos:

1.º La actividad, dimensión, estructura y gerencia del Centro.

2.º La composición de su plantilla, con atención especial a la proporción de personas trabajadoras con discapacidad respecto del total en el Centro, así como a la naturaleza y grado de discapacidad de sus componentes, en relación con su capacidad de adaptación al puesto de trabajo que desempeñen.

3.º La modalidad y condiciones de los contratos suscritos con las personas trabajadoras de la plantilla del Centro, con o sin discapacidad.

4.º Las variables económicas que concurren en el Centro en relación con

su objetivo y función social.

5.º Los servicios de ajuste personal y social que preste el Centro a las personas con discapacidad en su plantilla, entendiéndose por tales, los de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos que procuren a éstas una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación en su relación social.

6.º Documentación acreditativa de que, a la fecha de la solicitud, la situación financiera del Centro pone en grave peligro su subsistencia y, por tanto, el mantenimiento de los puestos de trabajo.

7.º Balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias que permita determinar la necesidad de la ayuda, su finalidad y la garantía de su reestructuración y viabilidad, una vez concedida la subvención.

b) Estudio de viabilidad en el que se analice el impacto de la reestructuración financiera derivada de la aplicación del incentivo concedido y acredite la viabilidad técnica, económica y financiera del Centro Especial de Empleo. Dicho estudio deberá ser realizado por persona física o jurídica con la cualificación necesaria y siempre que tenga esta actividad como objeto social, que en ningún caso podrá ser socio, asociado, trabajador por cuenta ajena o persona directamente relacionada con la entidad beneficiaria.

c) Documentación acreditativa de las deudas líquidas, vencidas y no pagadas por las que se solicita la ayuda.

d) Certificación bancaria acreditativa de la titularidad de la cuenta, en los mismos términos establecidos por el artículo 17.1.d).

Sección 5.ª Normas comunes a los incentivos

Artículo 28. Naturaleza jurídica y régimen de concesión.

1. Los incentivos regulados en la presente Orden tienen la naturaleza

jurídica de subvenciones por lo que, para su gestión, se estará a lo dispuesto en los preceptos básicos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en el Título VII del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, y en el Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía.

2. Teniendo en cuenta la función social de los Centros Especiales de Empleo, así como a las características de los destinatarios de las ayudas establecidas en esta Orden, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 120.1 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, en conexión con el artículo 22.2.c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, las mismas no se someterán al régimen de concurrencia competitiva, no siendo necesario establecer la comparación de las solicitudes ni la prelación entre las mismas, pudiéndose conceder en atención al cumplimiento de los requisitos exigidos en cada una de las modalidades.

Artículo 29. Presentación de solicitudes.

1. Los modelos de solicitudes de las ayudas reguladas en el presente Capítulo, conforme al modelo que figura en el Anexo II, estarán a disposición de las entidades interesadas en las dependencias de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, o mediante descarga telemática en la Oficina Virtual de la Consejería de Empleo, accesible a través del enlace correspondiente en su portal www.juntadeandalucia.es/empleo.

2. La solicitud irá dirigida al órgano competente para su resolución conforme a lo establecido en el artículo

31 y, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente, se presentarán en los mismos términos señalados por el artículo 8.2 y 3.

3. La solicitud de los incentivos regulados en el presente Capítulo deberá contener los siguientes extremos:

a) Los datos identificativos tanto del Centro Especial de Empleo como de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones.

b) Denominación e importe de la ayuda solicitada. En caso de que se presente más de una solicitud de las ayudas contempladas en la presente Orden, deberá hacerse constar tal extremo.

c) Declaración responsable de que la entidad solicitante reúne los requisitos exigidos en cada supuesto, así como de que cumple las obligaciones establecidas en el artículo 38.

d) Declaración responsable de que la entidad solicitante no se halla incurso en ninguna de las prohibiciones para ser beneficiaria de las ayudas, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.

e) Declaración responsable de la entidad solicitante relativa a otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos solicitados y, en su caso, concedidos, para la misma finalidad, por cualesquiera Administraciones Públicas o entes públicos

o privados, nacionales o internacionales, con indicación de la entidad concedente, fecha e importe.

f) En el supuesto de solicitud de las ayudas establecida en la Sección 4.^a, declaración responsable de la entidad solicitante de que no ha recibido ayuda de «minimis» de cualquier naturaleza o forma y finalidad conforme al Reglamento (CE) 1998/2006, de 15 de diciembre, en los últimos tres ejercicios fiscales o, en el caso de haberlas recibido, que en concurrencia con la ayuda que se

solicita, no superan los 200.000 euros, indicando la fecha de la concesión, la entidad concedente y los importes.

1. La presentación de la solicitud conlleva la autorización al órgano gestor para recabar las certificaciones a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía y por la Tesorería General de la Seguridad Social, de estar al corriente de sus obligaciones fiscales, de acuerdo con el artículo 120.2 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía. No obstante, en relación con esta última, en tanto no se articulen los oportunos mecanismos para la transmisión de datos entre Administraciones, la entidad beneficiaria deberá aportar junto con la solicitud de ayuda el correspondiente certificado expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social, acreditativo de que se encuentra al corriente de sus obligaciones frente a la Seguridad Social.

2. La solicitud deberá acompañarse de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos para cada incentivo.

3. No serán admitidas a trámite las solicitudes presentadas fuera de los plazos establecidos en esta Orden para los distintos incentivos, resolviéndose la inadmisión de las mismas, que deberá ser notificada a las entidades beneficiarias en los términos previstos en el artículo 59 de la mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Artículo 30. Instrucción de los expedientes de incentivos.

1. El órgano instructor de los expedientes de ayudas establecidos en este Capítulo será:

a) La Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo respecto de los expedientes que no han sido objeto de delegación de competencia para resolver

de conformidad con lo dispuesto en el siguiente artículo.

b) En los supuestos en los que la competencia para resolver se haya delegado en la persona titular de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, los expedientes de incentivos serán instruidos por la Jefatura de Servicio de la citada Dirección General, competente por razón de la materia.

c) Para el supuesto en que la delegación se haya hecho a favor de la persona titular de la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo, los expedientes de incentivos serán instruidos por la Jefatura de Servicio de la citada Dirección Provincial, competente por razón de la materia.

2. Dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano instructor, este procederá a su examen comprobando que está debidamente firmada y selladas en todas su páginas, y que la información declarada es completa y correcta, y dirigirá a la entidad solicitante una comunicación con indicación de la fecha en que la solicitud ha tenido entrada en dicho registro, el plazo máximo establecido para adoptar y notificar la resolución del procedimiento de concesión de la subvención, así como el efecto desestimatorio que produciría el silencio administrativo.

Si en la solicitud no se hubieran cumplimentado los extremos exigidos y/o no se hubieran acompañado de la documentación preceptiva, en la misma comunicación el órgano instructor requerirá a la entidad solicitante para que en el plazo de diez días proceda a la oportuna subsanación, de conformidad con lo establecido en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pudiendo también ser requerida para que aporte información y/o documentación adicional que tenga una especial

relevancia para la resolución del expediente. De no ser así, se le tendrá por desistida de su petición, archivándose esta previa resolución que deberá ser dictada en los términos del artículo 42 de la misma Ley.

3. A la vista del expediente completo, el órgano instructor elevará propuesta de resolución al órgano concedente.

Artículo 31. Competencia para resolver.

1. La competencia para resolver sobre los incentivos establecidos en la presente Orden corresponde a la persona titular de la Consejería de Empleo, en su calidad de Presidente del Servicio Andaluz de Empleo.

2. No obstante lo anterior, y a excepción de las ayudas contempladas en la Sección 4.º, en base a la facultad de delegación prevista en el artículo 101 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, la competencia para resolver se delega en los siguientes supuestos:

a) En el supuesto de las acciones incentivadas en la Sección 1.ª:

1.º Cuando el Centro tenga carácter provincial, la competencia para resolver se delega en la persona titular de la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

2.º Cuando el Centro tenga carácter multiprovincial, la competencia para resolver se delega en la persona titular de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

b) En el supuesto de acciones incentivadas en las Secciones 2.ª y 3.ª, la competencia para resolver se delega en la persona titular de la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

Artículo 32. Resolución de expedientes de solicitud de ayudas.

1. La resolución de concesión será

motivada y contendrá como mínimo los extremos exigidos en el artículo 28.1 del Decreto 282/2010, de 4 de mayo, así como para el supuesto de que la Unión Europea participe en la financiación de las mismas, se indicará la cuantía o porcentaje de la ayuda aportada por el instrumento comunitario que corresponda. En el supuesto de incentivo al reequilibrio financiero, la resolución de concesión deberá contemplar expresamente el sometimiento del mismo al régimen de «minimis», siéndole de aplicación lo establecido en el artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 1998/2006, de 15 de diciembre.

2. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de concesión de las ayudas será de seis meses contados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su instrucción. Transcurrido el citado plazo sin que recaiga resolución expresa, las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio administrativo conforme a lo establecido en el artículo 120.4 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

Artículo 33. Modificación de la resolución de concesión.

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 121 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de las ayudas y, en todo caso, la obtención concurrente de incentivos o ayudas otorgadas por otras Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión.

1. Para el supuesto de las ayudas establecidas en la Sección 1.ª, de forma inmediata a la aparición de las circunstancias que motiven la modificación y con antelación a la finalización del plazo de seguimiento inicialmente

concedido, la entidad beneficiaria deberá solicitar al órgano concedente la modificación de la resolución de concesión justificando suficientemente la misma.

2. El acto por el que se acuerde la modificación de la resolución de concesión de la ayuda será adoptado por el órgano concedente de la misma mediante resolución emitida con anterioridad a la finalización del plazo de ejecución inicialmente previsto, previa instrucción del correspondiente expediente en el que, junto a la propuesta razonada del órgano instructor se acompañarán los informes pertinentes y, según el caso, la solicitud o las alegaciones de la entidad beneficiaria.

Artículo 34. Abono del incentivo.

1. El abono de las ayudas establecidas en las Secciones 1.^a, 2.^a y 3.^a se realizará como pago en firme y por la totalidad de la cuantía concedida.

2. El abono de las ayudas establecidas en la Sección 4.^a se ordenará en dos fases: a) Hasta el 75 por ciento, en concepto de anticipo, se tramitará a partir de la fecha de concesión de la ayuda. b) El 25 por ciento restante una vez aportados los documentos justificativos de los gastos realizados con cargo a la cantidad anticipada. Dicha documentación deberá presentarse en el plazo máximo de dos meses desde la fecha de notificación de la resolución de concesión. Para ello, y en cualquier caso, las entidades beneficiarias deberán cumplir las condiciones de justificación y liquidación que a tal efecto se establecen en el artículo siguiente, así como aquellas otras que el órgano concedente de la ayuda pueda dictar en la correspondiente Resolución de concesión.

3. Las entidades beneficiarias presentarán en el plazo de un mes desde que se produzcan los respectivos pagos, certificación de ingreso en contabilidad con especificación del número de asiento contable.

4. Los pagos se efectuarán mediante transferencia bancaria a la cuen-

ta que la entidad empleadora solicitante haya acreditado.

5. Sin perjuicio de las prescripciones respecto del abono de las ayudas establecidas para cada supuesto, no podrá proponerse el pago de subvenciones a beneficiarios que no hayan justificado en tiempo y forma las subvenciones concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Administración Autonómica o sus Organismos Autónomos.

El órgano que, a tenor del artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, sea competente para proponer el pago, podrá mediante resolución motivada exceptuar la limitación mencionada en el párrafo anterior, cuando concurren circunstancias de especial interés social, sin que en ningún caso se pueda delegar esta competencia.

Artículo 35. Justificación y liquidación.

1. Se considerará gasto realizado el que ha sido efectivamente pagado con anterioridad a la finalización del periodo de justificación y sea conforme con lo establecido en la normativa autonómica y nacional en materia de ayudas, así como, en su caso, en la normativa comunitaria.

2. Constituye un acto obligatorio para la entidad beneficiaria de las ayudas establecidas en la Sección 4.^a la presentación ante el órgano tramitador, y en el plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de finalización de la acción objeto de la subvención, de cuenta justificativa con aportación de justificantes de gasto, regulada en el artículo 72 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Subvenciones. Dicha cuenta contendrá la siguiente información:

a) Una memoria de actuación justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión de la

subvención, con indicación de las actividades realizadas y de los resultados obtenidos.

b) Una memoria económica justificativa del coste de las actividades realizadas, que contendrá:

1.º Una relación clasificada de los gastos e inversiones de la actividad, con identificación del acreedor y del documento, su importe, fecha de emisión y, en su caso, fecha de pago. En el supuesto de que la subvención se otorgue con arreglo a un presupuesto, se indicarán las desviaciones acaecidas.

2.º Las facturas o documentos de valor probatorio equivalente en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa incorporados en la relación a que se hace referencia en el párrafo anterior y, en su caso, la documentación acreditativa del pago.

3.º Una relación detallada de otros ingresos o subvenciones que hayan financiado la actividad subvencionada con indicación del importe y su procedencia.

4.º En su caso, la carta de pago de reintegro en el supuesto de remanentes no aplicados así como de los intereses derivados de los mismos.

3. En el supuesto de subvenciones concedidas por importe inferior a 60.000 euros podrá tener carácter de documento con validez jurídica la cuenta justificativa simplificada regulada en el artículo 75 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio. Dicha cuenta contendrá la siguiente información:

a) Una memoria de actuación justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y los resultados obtenidos.

b) Una relación clasificada de gastos e inversiones de la actividad, con indicación de la entidad o persona acreedora y del documento, su importe, fecha de emisión y, en su caso, fecha de

pago. En caso de que la subvención se otorgue con arreglo a un presupuesto estimado, se indicarán las desviaciones acaecidas.

c) Un detalle de otros ingresos o subvenciones que hayan financiado la actividad subvencionada con indicación del importe y su procedencia.

d) En su caso, carta de pago de reintegro en el supuesto de remanentes no aplicados así como de los intereses derivados de los mismos.

El órgano concedente requerirá a la entidad beneficiaria la remisión de justificantes de gastos que supongan al menos el 5% del importe de la subvención, a efectos de obtener evidencias razonables sobre la adecuada aplicación de dicha subvención.

4. Una vez realizada la justificación final por la entidad beneficiaria, procederá, en su caso, la liquidación del expediente bien mediante el cierre del mismo, bien mediante la apertura del procedimiento de reintegro cuando proceda, por la cuantía no justificada.

Artículo 36. Compatibilidad de las ayudas.

1. Los incentivos regulados por la presente Orden serán compatibles entre sí y con cualquier otra ayuda para el mismo fin no otorgada por la Consejería de Empleo, o por institución en la que ésta participe mayoritariamente, dentro de los límites legalmente establecidos.

No obstante lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, el importe de las ayudas en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con incentivos o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por las entidades beneficiarias, procediendo en caso contrario el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad incentiva-

da, así como los intereses de demora correspondientes.

2. Si la nueva contratación indefinida por la que se solicita la ayuda regulada en la Sección 1.^a fuera susceptible de ser incentivada con cuantías distintas por concurrir circunstancias en la persona trabajadora objeto de la contratación que así lo posibilitaran, la entidad empleadora deberá optar por aquella que considere más conveniente.

Artículo 37. Exclusiones generales y específicas.

1. Con carácter general, y de conformidad con lo establecido por el artículo 13.2 y 3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y en el artículo 116.2 y 4 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de Andalucía, serán excluidas como posibles beneficiarias de las ayudas reguladas en la presente Orden, las entidades que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declaradas culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas

jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social o tener deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen.

h) Haber sido sancionada mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, o el Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

i) Las asociaciones incurso en las causas de prohibición previstas en el artículo 4.5 y 6 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, ni aquellas respecto de las que se hubiera suspendido el procedimiento administrativo de inscripción por encontrarse indicios ra-

cionales de ilicitud penal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.4 de la misma Ley, en tanto no recaiga resolución judicial firme en cuya virtud pueda practicarse la inscripción en el correspondiente registro.

j) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionada por resolución administrativa firme por alentar o tolerar prácticas laborales consideradas discriminatorias por la legislación vigente.

2. Tampoco podrán obtener la condición de posibles beneficiarias de los incentivos al empleo aquellas entidades empleadoras que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

a) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionadas por resolución administrativa firme en los últimos tres años por falta muy grave en materia de prevención de riesgos laborales.

b) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionadas por resolución administrativa firme, por despido improcedente, en el año inmediatamente anterior a la apertura de la convocatoria de las ayudas, siempre que no se hubiese optado por la readmisión de la persona trabajadora.

c) Haber sido excluidos por sanción firme de los beneficios derivados de los programas de empleo, de acuerdo con el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

d) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 124 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, tampoco podrán obtener la condición de beneficiarias aquellas entidades empleadoras que no hayan justificado en tiempo y forma las subvenciones concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Adminis-

tración de la Junta de Andalucía y sus agencias.

Sin perjuicio de las acciones legales a que hubiere lugar, los supuestos recogidos en las letras a) y/o c), no afectarán a la concesión de incentivos al mantenimiento de puestos de trabajo establecidos en la Sección 2.^a

3. Los incentivos recogidos en la presente Orden no se aplicarán en los supuestos siguientes:

a) Contrataciones consideradas relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2.1. a), b), c), d), e), f), h) e i) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o en otras normas.

b) Contrataciones de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas o entidades sin ánimo de lucro.

c) Contrataciones realizadas con personas que, en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de formalización del contrato, hubiesen prestado servicios en la misma empresa o grupo de empresas mediante un contrato por tiempo in-definido. Se entienden incluidos en este supuesto los casos de vinculación laboral anterior de la persona trabajadora con empresas a las que la entidad empleadora solicitante haya sucedido en virtud de lo establecido en el artículo 44 del citado Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

d) No se aplicarán incentivos a la contratación indefinida de personas trabajadoras que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato con cualquier otra entidad calificada como Centro Especial de Empleo.

Los supuestos recogidos en las letras c) y d), no serán de aplicación a los

incentivos por transformación de contratos de duración determinada en indefinida establecidos en la Sección 1.^a

Artículo 38. Obligaciones de las entidades empleadoras beneficiarias.

1. Con independencia de las obligaciones específicas contempladas para cada ayuda en esta Orden, y las que expresamente se recojan en la resolución o convenio de concesión, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y del artículo 116.2 y 116.3 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, son exigibles las siguientes obligaciones genéricas:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.

b) Justificar ante el órgano concedente el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como, en su caso, comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades incentivadas, así como cualquier alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión del incentivo. Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos.

e) Acreditar, con anterioridad a la propuesta de resolución de concesión,

que se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social y que no tiene deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

f) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable a la entidad empleadora beneficiaria en cada caso.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

h) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 39.

i) Hacer constar, en toda información o publicidad que realicen sobre la actividad objeto de la ayuda, que la misma ha sido incentivada por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de las normas que sobre información y publicidad se dicten por la Unión Europea, respecto a las subvenciones financiadas con fondos comunitarios. El incumplimiento de la presente obligación podrá dar lugar al reintegro de las ayudas recibidas.

j) Comunicar a las personas contratadas que dichas contrataciones o la adaptación del puesto de trabajo, han sido incentivadas por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía y, en su caso, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo. A los efectos de seguimiento y control de la citada comunicación, la Consejería de Empleo podrá solicitar, durante el período mínimo de mantenimiento del puesto de trabajo, la acreditación de dicha comunicación a las personas contratadas. El incumplimiento

de la presente obligación podrá dar lugar al reintegro de las ayudas recibidas.

1. Asimismo, las entidades empleadoras beneficiarias están obligadas a comunicar al órgano concedente de la ayuda cualquier cambio de domicilio a efectos de notificaciones durante el período en el que la ayuda es reglamentariamente susceptible de control.

2. La negativa al cumplimiento de estas obligaciones se considerará resistencia, excusa, obstrucción o negativa a los efectos de previstos en el artículo siguiente, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, pudieran corresponder.

Artículo 39. Reintegro.

1. Además de los supuestos de invalidez de la resolución de concesión establecidos por el artículo 36 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de la ayuda hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 30 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión contenidas en el artículo 38.1.i) y j), de conformidad con el artículo 18.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en el artículo 14 de la Ley 38/2003, de

17 de noviembre, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades beneficiarias, así como de los compromisos por éstas asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se reflejen al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

g) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades beneficiarias, así como de los compromisos por éstas asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

h) Incumplimiento de las normas medioambientales, en su caso, al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que

quede acreditado el incumplimiento por parte de la entidad beneficiaria de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniere obligada.

i) Incumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención y riesgos laborales. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte de la entidad beneficiaria de las medidas en la referida materia.

j) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro.

Igualmente procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada, así como la exigencia del interés de demora correspondiente.

2. En materia de reintegro de las ayudas contempladas en esta Orden serán de aplicación las reglas contenidas por el artículo 125 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de Andalucía.

Artículo 40. Publicidad.

1. Las ayudas concedidas se publicarán en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, expresando el programa y el crédito presupuestario al que se imputen, la entidad beneficiaria, la cantidad concedida y la finalidad de las ayudas. La citada publicación no será necesaria en los casos contenidos por el artículo 18.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

2. Las entidades que se beneficien de estos incentivos deberán manifestar de modo expreso su colaboración con el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y, en su caso, del Fondo Social Europeo, en todas las actuaciones que así lo requieran.

Para ello, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Manual de Diseño Grá-

fico para su utilización por el Gobierno y Administración de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 245/1997, de 15 de octubre, en la redacción dada por el Decreto 149/2007, de 15 de mayo, así como en la normativa de la Unión Europea, Reglamento (CE) núm. 1828/2006, de la Comisión de 8 de diciembre de 2006 por el que se fijan normas de desarrollo para el Reglamento (CE) núm. 1083/2006, del Consejo, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, y el Reglamento (CE) núm. 1080/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

El Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo podrá establecer las características que a tal efecto deberán reunir los materiales impresos o audiovisuales que elaboren las entidades beneficiarias. Con independencia de ello, siempre que la entidad beneficiaria elabore cualquier tipo de material o indumentaria de trabajo con cargo a la ayuda concedida, deberá llevar la identificación de su financiación por parte de la Consejería de Empleo en el formato que el Servicio Andaluz de Empleo establezca, teniendo la entidad promotora la obligación de conservar un original de los mismos a disposición de los órganos de gestión y control competentes, por cuanto que el Servicio Andaluz de Empleo podrá darle la utilidad y publicidad que estime conveniente.

Junto a ello, la entidad beneficiaria estará obligada a comunicar a las personas destinatarias finales de las acciones reguladas en la presente Orden que las mismas han sido incentivadas por el Servicio Andaluz de Empleo.

Artículo 41. Dotación presupuestaria.

En cualquier caso, la concesión de las ayudas reguladas en la presente Orden estará condicionada a la disponibi-

alidad presupuestaria en el momento de imputación de los respectivos compromisos de créditos suficientes al efecto en las correspondientes aplicaciones y en los proyectos de inversión y destinados a financiar las actuaciones que se contemplan en la presente Orden, pudiéndose adquirir compromisos de carácter plurianual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

Disposición adicional primera.

Aplicación del artículo 8.1 y 2 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y de la protección de las personas desempleadas.

1. Conforme a lo establecido en el artículo 8.1 y 2 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y de la protección de las personas desempleadas, durante el período comprendido entre el 10 de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2010, el importe de los incentivos al mantenimiento de los puestos de trabajo ya creados en Centros Especiales de Empleo establecidos en el artículo 19, será del 75 por ciento del salario mínimo interprofesional.

El período de vigencia de dicho incremento se extienden desde el 10 de julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011 para el supuesto de trabajadores con especiales dificultades para su inserción laboral.

En el caso de contratos a tiempo parcial, la subvención experimentará una reducción proporcional a la jornada laboral realizada.

2. Para la aplicación del incremento previsto durante los periodos señalados, se establecen las siguientes reglas:

a) Respecto de las solicitudes de incentivos formalizadas al amparo de la Orden de 4 de octubre de 2002, y desde el 10 de julio de 2009 hasta la fecha de

publicación de la presente Orden, las entidades podrán solicitar el incremento en el plazo de diez días naturales a contar desde el día siguiente al de la citada publicación.

b) Respecto de las solicitudes que se formalicen a partir de la publicación de la presente Orden y hasta el 31 de diciembre de 2010, o en el supuesto de trabajadores con especiales dificultades para su inserción laboral hasta el 31 de diciembre de 2011, las mismas se realizarán por el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional.

1. Los Centros Especiales de Empleo que soliciten el incremento previsto respecto del período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2011, para el supuesto de puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad con especiales dificultades para su inserción laboral, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3.2, deberán aportar certificado acreditativo del tipo de discapacidad y grado de la misma, en los términos establecidos por el artículo 30.3.

2. La gestión y tramitación de las ayudas establecidas en los párrafos anteriores se realizará por las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo en cuyo territorio tengan sede los Centros Especiales de Empleo afectados y que cuenten en sus plantillas con personas con discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento.

Disposición adicional segunda.

Desarrollo normativo y ejecución.

Se faculta a la Dirección Gerencia 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. Así mismo se le faculta para que, en su caso, proceda a aplicar futuros incrementos de los incentivos establecidos en la presente Orden llevados a cabo por la normativa estatal.

Disposición transitoria única. *Retroactividad de las normas de seguimiento y evaluación.*

Las contrataciones vinculadas a las solicitudes de incentivos, tanto para creación como para mantenimiento de puestos de trabajo, tramitadas al amparo de la Orden de 4 de octubre de 2002, quedan sometidas a las normas de seguimiento y control establecidas en la presente Orden.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*

Quedan derogadas la Orden de 29 de julio de 1985, en lo relativo a requisitos necesarios para obtener la calificación de Centro Especial de Empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía,

y la Orden de 4 de octubre de 2002 por la que se desarrollan los incentivos al fomento del empleo en Centros Especiales de Empleo.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*

La presente Orden entrará en vigor el día 1 de enero de 2011, salvo lo establecido en la Disposición adicional primera para la aplicación del artículo 8.1 y 2 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre que será desde el día siguiente al de su publicación.

Sevilla, 20 de octubre de 2010

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

CONSEJERÍA DE EMPLEO

ORDEN de 22 de octubre de 2010, por la que se modifica la de 11 de mayo de 2007, por la que se regulan los programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de la calidad en el empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas, en ejecución de la sentencia que se cita.

El artículo 7.a) de la Orden de 11 de mayo de 2007, por la que se regulan los programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de la calidad en el empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas, ha sido objeto del recurso contencioso-administrativo núm. 434/2007, interpuesto por la Unión Sindical Obrera (USO) seguido por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales.

En fecha 13 de diciembre de 2008 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia estimatoria del citado recurso por vulneración de los artículos 14 y 28 de la CE declarando la nulidad del inciso del artículo 7.a).

Contra la misma, la Junta de Andalucía interpuso recurso de casación núm. 453/2008 ante el Tribunal Supre-

mo, quien en fecha 5 de marzo de 2010, ha emitido sentencia desestimatoria del mismo y subsiguiente confirmación del fallo contenido por la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de diciembre de 2007.

En su virtud, de conformidad con lo dispuesto en el art. 118 de la Constitución y 17.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 104 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y a propuesta de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo,

DISPONGO

Primero. Ejecutar en sus propios términos el fallo de la Sentencia de 5 de marzo de 2010 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Adminis-

trativo, sección séptima, en el recurso de casación núm. 453/2008 contra la Sentencia de 13 de diciembre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso núm. 434/2007, seguido a instancia de la Unión Sindical Obrera (USO), cuya parte dispositiva contiene el siguiente pronunciamiento:

«No ha lugar al recurso de casación número 453/2008, interpuesto por la Junta de Andalucía, contra la sentencia de 13 de diciembre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso contencioso-administrativo núm. 434/2007, seguido por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Unión Sindical Obrera (USO) contra la Orden de 11 de mayo de 2007, de la Consejería de Empleo por la que se regulan los programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de la calidad en el empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas.»

Segundo. Modificar el artículo 7.a) de la Orden de 11 de mayo de 2007 por la que se regulan los programas de

fomento de la empleabilidad y la cultura de la calidad en el empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas.

Se modifica el apartado a) del citado artículo, quedando el mismo redactado con el siguiente tenor literal:

«a) Los proyectos descritos en el apartado a) del artículo 6 podrán ser promovidos por organizaciones empresariales y sindicales de ámbito andaluz y carácter intersectorial que, estando inscritas en el Registro de asociaciones empresariales y sindicales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, cuenten con sede en cada una de las provincias andaluzas, y por las organizaciones empresariales de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores».

Tercero. La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 22 de octubre de 2010

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

CONSEJERÍA DE EMPLEO

ORDEN de 23 de noviembre de 2010, por la que se suspende la vigencia del Capítulo VII de la Orden de 15 de marzo de 2007, que establece las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, hasta su próxima regulación.

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

Capítulo VII el Programa para el fomento de la cultura preventiva en materia de riesgos laborales para los trabajadores y trabajadoras autónomos.

En aplicación del Acuerdo de 9 de febrero de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Traba-

jo 2010-2014, se inició en el mes de julio la tramitación de una nueva Orden de Bases que adaptará el programa de subvenciones en prevención de riesgos laborales para autónomos al Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía.

En consecuencia, estando prevista la publicación de la nueva regulación de las ayudas recogidas en la actualidad en el Capítulo VII de la Orden 15 de marzo de 2007, relativo al Programa para el fomento de la cultura preventiva en materia de riesgos laborales para los trabajadores y trabajadoras autónomos, se hace necesario proceder a la suspensión de su vigencia.

En su virtud y en uso de las facultades que me han sido conferidas al amparo del artículo 44.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y del artículo 26.2.a de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía,

DISPONGO

Artículo único. *Suspensión de la vigencia.*

Queda suspendida la vigencia del Capítulo VII de la Orden de 15 de mar-

zo de 2007, que establece las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, relativo al Programa para el fomento de la cultura preventiva en materia de riesgos laborales para los trabajadores y trabajadoras autónomos, hasta su próxima regulación.

Disposición transitoria única. *Régimen Transitorio de Procedimientos.*

Los procedimientos administrativos de ayudas referidas al Capítulo VII de la Orden de 15 de marzo de 2007, que establece las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de los establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, que aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo de Andalucía que estén siendo tramitados a la entrada en vigor de la presente Orden, continuarán rigiéndose por la normativa vigente en el momento de su inicio.

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, 23 de noviembre de 2010

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

CONSEJERÍA DE EMPLEO

ORDEN de 3 de diciembre de 2010, por la que se modifica la Orden de 26 de diciembre de 2007, por la que se desarrollan los Programas de Orientación Profesional, Itinerarios de Inserción, Acciones Experimentales, Estudios y Difusión sobre el Mercado de Trabajo, Experiencias Profesionales para el Empleo y Acom-pañamiento a la Inserción, establecidos por Decreto 85/2003, de 1 de abril, y se determinan las bases re-guladoras de concesión de ayudas para su ejecución.

Mediante Orden de 17 de diciembre de 2009, se procedió a modificar el apartado 4 del artículo 29 de la Orden de 26 de diciembre de 2007, por

la que se desarrollan los Programas de Orientación Profesional, Itinerarios de Inserción, Acciones Experimentales, Estudios y Difusión sobre el Mercado

de Trabajo, Experiencias Profesionales para el Empleo y Acompañamiento a la Inserción, establecidos por Decreto 85/200, de 1 de abril, y se determinan las bases reguladoras de concesión de ayudas para su ejecución, estableciendo como plazo para la presentación de las solicitudes de ayudas contempladas en la misma los meses de enero y febrero del año en que hayan de desarrollarse las actuaciones.

En aras a una mayor racionalización de los medios empleados en la tramitación de los expedientes administrativos iniciados en virtud de las oportunas solicitudes, con la consiguiente mejora en la eficacia y celeridad en la resolución de los mismos, a fin de cumplir con el mandato impuesto a raíz de la entrada en vigor de la Orden de 25 de junio de 2009, por la que se modifican los plazos para la resolución y notificación de diversos procedimientos administrativos en el ámbito de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, se ha estimado oportuno una nueva modificación del plazo de presentación de solicitudes, así como de las normas de seguimiento del cumplimiento en el objetivo de los proyectos de acciones experimentales.

En su virtud, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 44.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma, y del artículo 26.2.a) de la Ley 9/2007, de 2 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía,

DISPONGO

Artículo único. Modificación de la Orden de 26 de diciembre de 2007, por la que se desarrollan los Programas de Orientación Profesional, Itinerarios de Inserción, Acciones Experimentales, Estudios y Difusión sobre el Mercado de Trabajo, Experiencias Profesionales para el Empleo y Acompañamiento a

la Inserción, establecidos por Decreto 85/2003, de 1 de abril, y se determinan las bases reguladoras de concesión de ayudas para su ejecución.

Se da nueva redacción al inciso primero del artículo 17 de la Orden de 26 de diciembre de 2007, quedando el mismo redactado del siguiente tenor literal:

«Se considerará Acción Experimental la que tenga por objeto promover acciones de carácter experimental dirigidas a la inserción laboral tanto por cuenta ajena como propia de personas demandantes de empleo inscritas como desempleadas en el Servicio Andaluz de Empleo.»

Se da nueva redacción al apartado 2 del artículo 18 de la Orden de 26 de diciembre de 2007, quedando el mismo redactado del siguiente tenor literal:

«2. Con carácter general, se computará una inserción laboral cuando, durante la vigencia del programa, la persona desempleada sea contratada como trabajadora por cuenta ajena o inicie actividad empresarial por cuenta propia, por un periodo no inferior a 6 meses. A tales efectos deberán acreditarse al menos 6 meses de alta.

En el caso de inserciones mediante contrataciones por cuenta ajena se deberán cumplir las siguientes condiciones de inserción:

a) En el caso de que los 6 meses de referencia no sean consecutivos, el período mínimo que podrá computarse será de 1 mes de alta continuada en las condiciones de contratación reguladas en el presente artículo.

b) La jornada laboral especificada en el contrato de las personas beneficiarias podrá ser a tiempo completo o parcial. En el caso de que sea a tiempo parcial la dedicación mínima deberá ser al menos de media jornada, teniendo en cuenta que su valor para el cómputo de inserción del proyecto será proporcional a la duración de esa jornada. Quedarán exceptuadas de este cómputo proporcional las contrataciones a tiempo

parcial de carácter indefinido o con una duración mínima de un año.

c) No se considerará inserción la contratación de las personas beneficiarias mediante contratos de formación, contratos realizados en Centros Especiales de Empleo, contratos acogidos a los programas de interés social, o cualquier otra contratación sujeta a ayudas o programas promovidos desde la Consejería de Empleo. Excepcionalmente, para las personas con discapacidad que carezcan de experiencia laboral podrán ser computados como objetivos de inserción los contratos de formación siempre que se produzcan en empresas privadas.

En todo caso, una vez transcurridos 6 meses desde la finalización del programa, el Servicio Andaluz de Empleo podrá comprobar el cumplimiento de los objetivos de inserción antes señalados.»

Se da nueva redacción al apartado 4 del artículo 29 de la Orden de 26 de diciembre de 2007, quedando el mismo redactado del siguiente tenor literal:

«4. Las solicitudes se presentarán desde el día 1 de febrero hasta el día 1

de marzo del año en que han de desarrollarse las actuaciones.»

Disposición transitoria única.
Retroactividad de las normas de seguimiento y evaluación.

Los proyectos de acciones experimentales subvencionados al amparo de la convocatoria del año 2010 de la Orden de 26 de diciembre de 2007, quedan sometidos a lo dispuesto en la presente Orden.

Disposición derogatoria única.
Derogación normativa.

Queda derogada la Orden de 17 de diciembre de 2009, por la que se modificaba el plazo de presentación de solicitudes de la Orden de 26 de diciembre de 2007.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*

La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 3 de diciembre de 2010

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

