



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

84

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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



CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

VOCALES

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

COMITÉ DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

SECRETARIO

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

Suscripciones y distribución:

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

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

mazuecos@comares.com

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

DISEÑO: Manuel Jesús Jiménez López

DEPOSITO LEGAL: SE-1.077/96

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

Imprime: EDITORIAL COMARES



TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
N.º 84/2006

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- Deslocalización empresarial y Derecho del Trabajo: en busca de respuestas 11
WILFREDO SANGUINETI RAYMOND
- La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. La propuesta Bolkestein 25
EDUARDO ROMÁN VACA
- Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar 45
YOLANDA VALDEOLIVAS GARCÍA
- Eficacia de cuotas en relación con el derecho a prestaciones de los autónomos 85
MARÍA JOSÉ CERVILLA GARZÓN

2. MERCADO DE TRABAJO

- La productividad Laboral se estanca. Informe de coyuntura sobre el Mercado de Trabajo en España y Andalucía durante el cuarto trimestre de 2005 125
SANTOS M. RUESGA BENITO, JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO Y CARLOS RESA NESTARES

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO
Universidad de Almería
Convenio colectivo y autonomía individual en masa 155
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

**PODERES EMPRESARIALES**

Universidad de Córdoba

- Derechos de las trabajadoras-madres y poder empresarial: la coincidencia del período de baja maternal y de vacaciones anuales 167
 M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

- La responsabilidad empresarial en orden a prestaciones en la sucesión de empresa 179
 SOFÍA OLARTE ENCABO

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

- La naturaleza laboral de la prestación de servicios de los profesores contratados por la administración pública en régimen administrativo ... 191
 M.^a LUISA PÉREZ GUERRERO

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

- El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la autoridad laboral: ¿extinción por despido colectivo o por mutuo acuerdo de las partes? 205
 MANUEL GARCÍA MUÑOZ

4. INFORMES Y DOCUMENTOS

- Memoria sobre la actuación y funcionamiento del SERCLA en el año 2005 223

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

- DECRETO 280/2005, de 20 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas de carácter extraordinario a favor de personas ancianas y enfermas o inválidas incapacitadas para el trabajo, beneficiarias de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.
 BOJA núm. 5, de 10 de enero de 2006 296

- DECRETO 281/2005, de 20 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas.
 BOJA núm. 5, de 10 de enero de 2006 298



REAL DECRETO 1562/2005, de 23 de diciembre, de ampliación de medios económicos adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, en materia de gestión de la Formación Profesional Ocupacional (Formación Continua). BOJA núm. 15, de 24 de enero de 2006	299
REAL DECRETO 1563/2005, de 23 de diciembre, sobre ampliación de medios económicos adscritos al traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por el Real Decreto 957/2005, de 29 de julio, de las funciones y servicios en materia Educativa, de Empleo y Formación Profesional Ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina. BOJA núm. 15, de 24 de enero de 2006	302
DECRETO 30/2006, de 7 de febrero, por el que se acuerda la elaboración del Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía. BOJA núm. 38, de 24 de febrero de 2006	305
DECRETO 48/2006, de 1 de marzo, de ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas. BOJA núm. 42, de 3 de marzo de 2006	309
ORDEN de 27 de enero de 2006, por la que se regulan las bases y el procedimiento de concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a empresas que desarrollen su actividad en la Comunidad Autónoma de Andalucía para la realización de acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. BOJA núm. 31, de 15 de febrero de 2006	313
ORDEN de 8 de febrero de 2006, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social. BOJA núm. 46, de 9 de marzo de 2006	323

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





1

Estudios







DESLOCALIZACIÓN EMPRESARIAL Y DERECHO DEL TRABAJO: EN BUSCA DE RESPUESTAS *

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Habilitado para el Acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad
Universidad Miguel Hernández de Elche*

EXTRACTO

España ha pasado, en poco más de dos décadas, de ser sede de importantes inversiones a sufrir en carne propia los efectos de la deslocalización de actividades productivas. Las repercusiones potenciales de este fenómeno, en buena medida consecuencia natural de desarrollo económico y social alcanzado desde entonces, pueden verse amplificadas debido al proceso de creciente internacionalización económica en el que nos encontramos inmersos.

Estas repercusiones no se miden, sin embargo, sólo en términos de pérdida neta de puestos de trabajo, sino también de presión para la degradación de las condiciones de trabajo y la reducción de los niveles de protección social. De ahí que resulte del mayor relieve interrogarse, como se hace en el presente estudio, por las líneas políticas más adecuadas para responder con perspectiva de futuro a las presiones que sobre nuestro sistema de relaciones laborales ejerce la oleada deslocalizadora actualmente en curso.

* El presente artículo reproduce, con las indispensables modificaciones derivadas de su transformación a un texto escrito, la conferencia pronunciada por el autor en el marco de las «Jornadas sobre Intenacionalización Empresarial», celebradas en Zamora como Curso de Verano de la Universidad de Salamanca entre el 11 y el 13 de junio de 2005, bajo la dirección de la Profesora María Silvia Velarde Aramayo.



ÍNDICE

1. UN FENÓMENO HASTA PACE POCO INÉDITO EN ESPAÑA
2. EL INQUIETANTE ROSTRO DE LA NUEVA OLEADA DESLOCALIZADORA
3. LOS SISTEMAS LABORALES NACIONALES FRENTE AL FENÓMENO DESLOCALIZADOR: ELEMENTOS PARA LA ARTICULACIÓN DE UNA RESPUESTA AJUSTADA A LA NUEVA SITUACIÓN

1. UN FENÓMENO HASTA PACE POCO INÉDITO EN ESPAÑA

En los últimos años los medios de comunicación han colocado en el primer plano de la actualidad un concepto de connotaciones económicas y jurídicas escasamente utilizado en el pasado, al menos en España. Se trata del concepto de deslocalización empresarial.

A través de este concepto se suele hacer referencia a la opción, asumida con cada vez más frecuencia por las empresas situadas en los países con mayores niveles de desarrollo, de desplazar todas o algunas de sus actividades productivas hacia otras regiones y países con menores costes de producción, y especialmente con costes laborales y de protección social inferiores, con el fin de obtener ventajas competitivas a partir de su nueva ubicación.

La prensa diaria, tanto española como de los demás países de Europa Occidental, se encuentra repleta de información sobre empresas que, incluso siendo rentables en los países donde se ubican, optan por abandonar esa localización o al menos externalizar una parte de sus volúmenes totales de producción para aprovechar los beneficios que son capaces de ofrecerles otros emplazamientos situados en países menos desarrollados.

Es cierto que los procedimientos seguidos no son siempre semejantes. Si bien en algunos casos se opta por la solución más radical, consistente en el traslado de la totalidad o parte de las instalaciones de la empresa al nuevo destino, a través de la creación de filiales y a la apertura de nuevos establecimientos; en otros el camino elegido resulta menos traumático, al pasar por el desvío de parte de la producción hacia plantas en funcionamiento situadas en otros países o incluso, simplemente, por la subcontratación de ciertas tareas o procesos con empresas especializadas ubicadas en el extranjero. El resultado, sin embargo, es siempre el mismo: una reducción del volumen de actividad —y, por consiguiente, de empleo— en el país de ubicación inicial de la producción y un correlativo incremento de ambas dimensiones en el de destino de la misma. Casos de uno y otro tipo se han registrado ya bastantes en España en lo que llevamos de la presente década. Basta recordar los nombres de empresas como Samsung, Panasonic, Lear, Philips, Moulinex, Fontaneda, Sony, Delphy, Inditex o Famosa, entre otras, que han optado por desplazar total o parcialmente sus actividades hacia países del Magreb, el Este de Europa o el sudeste asiático; o tener en cuenta la manera como ha venido basculando la producción de los modelos de automóviles



entre las diversas factorías que tienen abiertas las multinacionales del sector en nuestro país y en los del Este Europeo.

Los diarios son también pródigos a la hora de proporcionar referencias a las consecuencias laborales de este tipo de prácticas. En especial, abunda la información sobre las protestas emprendidas por los trabajadores afectados por los cierres de centros o las reducciones de actividad, cuyos empleos se han visto o se verán a corto plazo afectados por estas decisiones.

No es infrecuente, sin embargo, que, al lado de esta información, se dé cuenta también de la suscripción, a propósito de la iniciación de estos procesos o incluso de la mera información acerca de la posibilidad de ponerlos en marcha, de acuerdos de diverso tipo con el personal de las empresas afectadas, en los que se pacta la permanencia de los centros de trabajo y las actividades productivas amenazadas o en proceso de externalización —o, eventualmente su retorno— a cambio de concesiones laborales de diverso tipo. Piénsese en la congelación o incluso la reducción de los salarios (por ejemplo a través de la renuncia a las gratificaciones extraordinarias), en el incremento del tiempo de trabajo sin aumento correlativo de los salarios, en la introducción de una mayor flexibilidad horaria (vía trabajo en sábados, bolsas de horas, etc.), en la introducción de dobles escalas salariales, por lo general en perjuicio de los trabajadores de nuevo ingreso, etc.

Los ejemplos más llamativos de este último tipo de pactos vienen de Alemania. Es el caso de la multinacional Siemens, que consiguió elevar mediante un acuerdo colectivo la jornada de su personal de 35 a 40 horas semanales; o de Daimler Chrysler, donde los trabajadores renunciaron al aumento salarial del 3 % estipulado en el convenio colectivo. Situaciones similares, no obstante, se vienen produciendo también en España en los últimos años. El referente inicial viene dado por la suscripción, en diciembre de 2002, de un acuerdo colectivo en la factoría Volkswagen de Navarra en virtud del cual, con el objeto de salvar un excedente de plantilla de 600 trabajadores, los representantes del personal aceptaron una reducción paralela de un 5 % en la jornada y los salarios y la creación de una bolsa de días de trabajo pagados pero no laborados, a disposición de la empresa para atender cualquier aumento productivo (los denominados «días Volkswagen»). Con posterioridad, los acuerdos de este tipo no sólo se han hecho cada vez más frecuentes, sino que han llegado en algunos casos a impregnar la lógica de la negociación colectiva ordinaria. Este es el caso, por ejemplo, de la negociación colectiva del sector del automóvil, principal actividad industrial española, toda la cual parte en la actualidad del presupuesto de la moderación salarial y la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo.

De todos modos, en contra de lo que todas estas informaciones inducirían a pensar, la deslocalización empresarial no es, ni mucho menos, un fenómeno nuevo. De hecho, a partir de los años setenta, tanto España como



Portugal se vieron beneficiadas por importantes inversiones extranjeras, especialmente provenientes de países comunitarios, fruto de la decisión de numerosas empresas multinacionales de establecerse en la Península Ibérica para aprovechar la «ventaja comparativa» que suponían nuestros inferiores costes laborales. Es evidente que ese crecimiento se hizo «a costa» de otras plantas situadas —o con posibilidades de situarse— en los países comunitarios de entonces.

Lo que ocurre es que hoy España, como resultado del proceso de desarrollo económico y social en el que se ha visto inmersa en las últimas dos décadas, ha terminado por perder —o, en todo caso, ver sumamente mermada— esa ventaja comparativa. En la actualidad, si bien el coste laboral por hora trabajada es todavía en España casi la mitad que en Alemania (aproximadamente 15 euros frente a 29), resulta casi el doble del correspondiente al país más caro de Europa del Este (Eslovaquia, con 9 euros), pudiendo llegar a ser cinco veces superior al menos caro (Lituania, con 3), o incluso diez, si se lo compara con China (donde es apenas de 1,5).

Así pues, a misma lógica que en su momento hizo aconsejable invertir en España induce ahora a hacerlo en otros destinos. De allí que las inversiones extranjeras en la península vengán cayendo vertiginosamente en los últimos años, al extremo de situarse el descenso nada menos que en el 50 % ente 2000 y 2003. Y de allí también que se estime que en los últimos tres años se han perdido como consecuencia de las decisiones de deslocalización adoptadas por empresas situadas en nuestro territorio al menos al menos 10.000 puestos de trabajo ubicados en sectores diversos, como pueden ser el textil, el de componentes del automóvil o el de montaje, todos ellos caracterizados por su especialización en actividades de escaso valor añadido.

2. EL INQUIETANTE ROSTRO DE LA NUEVA OLEADA DESLOCALIZADORA

De todas formas, vistas las cosas con perspectiva, estos procesos no tendrían en principio porqué alarmarnos demasiado. Al fin y al cabo, otros países europeos como Francia o Alemania los han experimentado antes, sin que por ello hayan terminado convertidos en páramos industriales.

Existen evidencias, sin embargo, de que la oleada deslocalizaciones empresariales actualmente en marcha a nivel mundial se encuentra dotada de una potencialidad desconocida en el pasado, al ser el número de empresas capaces de recurrir a estas prácticas y los sectores susceptibles de verse afectados por ellas muy superiores a los del pasado.

Esta superior capacidad de incidencia de las deslocalizaciones sobre la distribución geográfica de las actividades productivas y el empleo se expli-

ca por la influencia de factores diversos, todos los cuales facilitan —e incluso puede decirse que alientan— esta clase de prácticas.

Entre estos factores pueden ser mencionados especialmente los siguientes:

- 1.º La progresiva desaparición de las trabas impuestas a los movimientos de capitales, que posibilita su movimiento sin trabas a escala mundial.
- 2.º La constante reducción de las tarifas arancelarias impuestas por los Estados a la importación de productos provenientes del extranjero, que favorece la globalización de los intercambios comerciales.
- 3.º El avance de los procesos de integración regional, que abre ámbitos geográficos cada vez más amplios para la circulación incondicionada de capitales, bienes y servicios. Ejemplo paradigmático, aunque no único, de ello es el de la Unión Europea, donde los avances cualitativos en el proceso de integración económica se han visto acompañados de una considerable ampliación de su espacio de actuación (ampliación a veinticinco del número de Estados miembros).
- 4.º La gradual mejora de las infraestructuras aéreas, marítimas y terrestres, así como la cada vez más intensa reducción de los costes de transporte de las mercancías, que contribuyen a relativizar la importancia de las distancias y el aislamiento geográfico.
- 5.º El desarrollo de nuevas tecnologías que permiten a las empresas transferir fases enteras de sus procesos productivos hacia destinos remotos, pero sin dejar por ello de estar integradas dentro los mismos. La fragmentación de las cadenas de producción es, de este modo, geográfica y no funcional, al ser posible, a pesar de las distancias, llevar a cabo su gestión de manera directa y en tiempo real sirviéndose de los avances tecnológicos. Ello facilita el control «a distancia» de procesos productivos complejos que con anterioridad sólo podían ser gestionados de forma directa y su consiguiente localización en cualquier espacio geográfico.
- 6.º La mejora de los niveles educativos y de formación profesional de los trabajadores de numerosos países con niveles salariales significativamente reducidos, pero no por ello carentes de condiciones para el desarrollo de procesos productivos complejos. Este es el caso de los países del Este Europeo. Pero también de la India y muy especialmente de China, cuya inmensa población (se calcula que 200 millones de campesinos dejarán las zonas rurales en busca de un empleo urbano en los próximos 20 años) hace pensar, además, que este país mantendrá la ventaja comparativa que suponen los bajos salarios por mucho tiempo.



La concurrencia de todos estos factores induce a los expertos a pronosticar que, por ejemplo, China está en condiciones de concentrar dentro de los próximos veinte años nada menos que el 40 % de la producción mundial. Es decir, de convertirse, literalmente, en «la factoría del mundo».

Por si lo anterior no fuera poco, es preciso tener presente, además, que la oleada deslocalizadora actualmente en fase de desarrollo no es solamente industrial, como ha ocurrido en el pasado, sino que afecta igualmente a los servicios. Y que, en virtud de ello, no sólo está en condiciones de afectar a trabajadores escasamente cualificados, sino a personal cualificado e incluso a numerosas profesiones liberales.

Esta expansión del ámbito potencial de expresión del fenómeno encuentra su causa, como no es difícil de aventurar, en el ingente desarrollo experimentado en los últimos años por las tecnologías de la información y las comunicaciones, que ha hecho posible que un sinnúmero de actividades que no precisan de contacto personal con el cliente ni especiales conocimientos locales puedan ser trasladadas a cualquier lugar del globo donde existan los trabajadores adecuados y las infraestructuras necesarias. Las barreras geográficas terminan, así, por ser irrelevantes.

De allí que en los últimos años se haya venido expandiendo con cada vez más fuerza un incipiente mercado internacional de servicios «a distancia», dentro del cual destacan ciertos países, por lo general especializados en determinado tipo de actividades. Es el caso de Marruecos, Irlanda, Sudáfrica o ciertos países de América Latina para la atención de llamadas a distancia (call centres); de Jamaica, Barbados, Filipinas o China para el procesamiento de datos; o de la India, Rusia o Brasil, respecto del desarrollo informático (industria del software).

El potencial externalizable es aquí amplísimo, pudiendo ir desde, por ejemplo, actividades de vigilancia por circuito cerrado (como hacen ya algunos bancos suizos, que sitúan a los «vigilantes» de sus sedes nada menos que en África), hasta labores medicas complejas (del tipo del análisis de radiografías, que puede hacer ya sin especiales dificultades, por ejemplo, especialistas médicos situados en la India). Tanto es así que se calcula que nada menos que el 10 % del empleo mundial (160 millones de puestos) es susceptible de ser transferido hacia emplazamientos remotos en el futuro.

3. LOS SISTEMAS LABORALES NACIONALES FRENTE AL FENÓMENO DESLOCALIZADOR: ELEMENTOS PARA LA ARTICULACIÓN DE UNA RESPUESTA AJUSTADA A LA NUEVA SITUACIÓN

La incidencia que es capaz de desplegar sobre los sistemas laborales nacionales de los países avanzados un fenómeno de potencialidades tan



intensas como las descritas es enorme. Ésta no se mide, sin embargo, sólo —y quizá tampoco principalmente— en términos de pérdida de puestos de trabajo.

De hecho, las evidencias disponibles parecen dar a entender que, más allá de ciertos sectores y actividades especialmente vulnerables, las deslocalizaciones no están teniendo, al menos de momento, una incidencia particularmente significativa sobre el empleo, tanto a nivel de España como de los demás países europeos. Es decir, se pierden empleos, pero éstos se localizan preferentemente en determinados sectores productivos y no llegan, por su volumen, a afectar de modo especialmente relevante los índices generales de ocupación.

La supresión sin más de los puestos de trabajo potencialmente «relocalizables» no es, sin embargo, la única consecuencia de estos procesos.

No debemos perder de vista que en muchas ocasiones la deslocalización de las actividades productivas termina por no ser necesaria, ya que la sola amenaza de su realización es capaz de ejercer una presión prácticamente irresistible sobre los Estados y los sindicatos para que éstos acepten una reducción de los niveles de protección de los trabajadores. Al fin y al cabo, como consecuencia de los cambios antes descritos, la aplicación de las leyes y los convenios colectivos nacionales no resulta ya inevitable para los empresarios, ya que éstos pueden eludirla ahora sin demasiadas dificultades recurriendo a la relocalización o la subcontratación de su producción en el extranjero.

La consecuencia de esta situación de evidente debilidad, tanto estatal como sindical, no es otra que una mayor permeabilidad hacia las demandas de los agentes económicos. Los Estados se viene mostrando, así, más proclives actualmente que en el pasado a degradar la tutela garantizada a los trabajadores con el fin de reforzar la competitividad de las empresas ubicadas en su territorio y captar inversiones extranjeras. La evolución reciente de la mayor parte de ordenamientos laborales europeos, dirigida a ofrecer a los empresarios un marco de relaciones laborales más flexible —a la vez que más precario para los trabajadores— así lo pone de relieve.

Algo semejante puede decirse, con todo, de la actitud de los sindicatos. También éstos muestran actualmente una mayor disponibilidad a negociar concesiones en materia de protección a cambio de inversiones o de la permanencia de las actividades productivas en su territorio. De ello son expresión los ya aludidos pactos de moderación salarial y flexibilidad en el uso de la fuerza de trabajo cuya firma viene sucediéndose en Europa Occidental, España incluida.

La nueva oleada de deslocalizaciones está generando, de esta forma, no sólo pérdidas netas de puestos de trabajo, como en principio pudiera pensarse, sino también una fuerte presión en favor de las políticas nacionales

de desregulación de las relaciones de trabajo, así como una lenta pero constante degradación de las condiciones de trabajo garantizadas por la negociación colectiva.

Esta presión es tan fuerte que hay quien entiende que aquello que verá más perjudicado a mediano y largo plazo por este fenómeno no será tanto la localización de los empleos, sino los salarios y las condiciones de trabajo de quienes los ocupan, ya que buena parte de los puestos relocalizables terminarán permaneciendo en su ubicación inicial —por más que de iniciarse ahora esas actividades no se situarían ya allí— pero sujetos unas condiciones laborales bastante peores que las del pasado.

El riesgo que ello supone es evidente y ha sido puesto de manifiesto en más de una ocasión por quienes se dedican al estudio de esta clase de fenómenos: la utilización de la degradación de la protección laboral como mecanismo para evitar deslocalizaciones y captar inversiones es capaz de generar una inédita competencia a la baja entre los sistemas sociales de los países afectados —una suerte de «campeonato mundial de la desregulación»— en el altar de la cual se verían sacrificadas las condiciones de trabajo de los trabajadores en aras de una competitividad imposible de ser alcanzada por ninguno de ellos de manera definitiva, al irse anulando recíprocamente las concesiones realizadas, haciendo necesario recurrir a otras para obtener una nueva «ventaja comparativa». Las condiciones de trabajo de los trabajadores del tercer mundo terminarían, así, por ser el «modelo» al que tenderían a aproximarse las de los trabajadores de los países desarrollados, sin que ni siquiera esto les garantice un resultado favorable de manera definitiva o al menos estable. En tanto que las de los trabajadores de dichos países no estarían en condiciones de experimentar nunca una mejora, al pender siempre sobre ellas el riesgo de una deslocalización, no ya norte-sur, sino sur-sur.

Naturalmente, no es éste un resultado deseable para nadie. De allí que hace ya algún tiempo se hayan levantado voces que reclaman la introducción de algún tipo de freno a este más que previsible proceso de degradación.

Esta es la fuente de la que emanan las distintas propuestas de internacionalización de la protección de los trabajadores. Y en especial de garantía a nivel global del respeto de un núcleo básico de derechos laborales, considerados fundamentales. Unos derechos que han sido identificados por la Organización Internacional del Trabajo en 1998 a través de su trascendental Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, que atribuye dicha condición a los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva, a la prohibición del trabajo forzoso, a la proscripción del trabajo infantil y al respeto del principio de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo. Y para cuya vigencia a nivel global se vienen diseñando en



los últimos años instrumentos diversos, todos ellos de novedosa factura, como la inclusión en los tratados internacionales de libre comercio, generales o de carácter bilateral, de «cláusulas sociales», que supediten la efectividad de los beneficios de ellos se derivados a su efectivo respeto, la adopción por parte de las empresas multinacionales que operan en países del tercer mundo de «códigos de conducta» en materia laboral, basados en su acatamiento, o la suscripción con ese mismo propósito de acuerdos colectivos de escala internacional o global con dichas empresas.

Es importante advertir, de todas formas, que estas propuestas, además de haberse mostrado de momento escasamente eficaces, salvo en relación con la abolición de las formas más visibles y execrables de explotación, no están en condiciones de abolir *per se* las grandes diferencias de costes laborales que separan a los países avanzados de los menos avanzados, en la medida en que estas diferencias son expresión, precisamente, de su menor nivel de desarrollo económico y social y, por consiguiente, también de productividad. Dichas diferencias, pues, subsistirán mientras la brecha entre ambas clases de naciones se mantenga, sin que el respeto de los derechos laborales fundamentales sea capaz de anularlas.

Si esto es así, cabe preguntarse qué pueden hacer los Estados y los agentes sociales de los países desarrollados frente al fenómeno deslocalizador. ¿Es que no les queda acaso más opción que la de rendirse a las presiones desreguladoras si quieren competir internacionalmente y preservar los empleos en su territorio?

Para responder a este decisivo interrogante es preciso partir de reconocer que la reducción de la protección laboral es capaz, efectivamente, de proporcionar a los países —y a las empresas— ventajas comparativas sobre los demás o de anular las que beneficiaban a sus competidores. Dichas ventajas, sin embargo, resultan precarias, en la medida en que son susceptibles de ser anuladas con gran facilidad, como antes se vio, mediante movimientos en la misma dirección de los países con los que se concurre. Esta estrategia contribuye, además, a distorsionar el funcionamiento eficiente de las empresas y a frenar su competitividad, ya que quita a los empresarios todo incentivo para la inversión y la mejora de los procesos productivos, haciéndolos depender de los bajos salarios y la precariedad de las condiciones de trabajo para sobrevivir.

Vistas las cosas con perspectiva, pues, es éste un modelo «cortoplacista», que resulta sumamente vulnerable en el medio y largo plazo, en la medida en que no es capaz de generar ventajas competitivas estables sino puramente coyunturales. Sus costes no son, por ello, sólo de equidad, como pudiera pensarse, sino también de eficiencia. Tanto es así que se ha llegado a afirmar que la necesidad de bajos salarios es reveladora la falta de competitividad de los países y afecta a largo plazo a su prosperidad.

Ahora bien, descartada esta opción, tampoco parece que sea una alternativa válida la de permanecer impasibles ante la actual oleada deslocalizadora, negándose a articular respuestas por considerarla inevitable o irrelevante.

Frente a este tipo de posturas, salta a la vista la necesidad de poner en marcha políticas activas, dirigidas, de forma paralela, tanto a tratar de encauzar el fenómeno, retrasando, condicionando o limitando sus efectos negativos, como a impulsar desarrollos empresariales alternativos, que sean sostenibles a medio y largo plazo.

Estas políticas deberían articularse alrededor de tres ejes básicos:

- 1.º Garantizar un efectivo respeto de los derechos laborales fundamentales de los trabajadores.

Aunque aplicable especialmente a los países menos avanzados, esta recomendación es igualmente útil para los desarrollados. Un efectivo respeto de principios elementales como el de igualdad y no discriminación, o de los derechos colectivos de libre sindicación y negociación colectiva, constituye un requisito esencial para un funcionamiento sano y equilibrado de las relaciones laborales. Un componente sin el cual cualquier proyecto de desarrollo empresarial a largo plazo resulta inviable.

Este es un respeto que parecería encontrarse plenamente garantizado, tanto en España como en los demás países de nuestro entorno europeo, por la existencia de normas expresas que prohíben la discriminación, el trabajo forzoso y la explotación infantil, a la vez que garantizan, por lo general al máximo nivel, los derechos de organización y actuación colectiva de los trabajadores. La existencia de elevados índices de precariedad en el empleo, que en el caso de España duplican la media europea, arroja importantes dudas, no obstante, sobre la vigencia real y efectiva de estos derechos elementales. No debe perderse de vista que la proclamación formal de dichos derechos de poco sirve cuando la permanencia en el empleo del trabajador depende exclusivamente de la libre decisión de quien lo emplea. En estos casos, cualquier diferencia salarial o de trato, cualquier demanda de trabajo extraordinario no retribuido o retribuido irregularmente o cualquier pretensión de aquietamiento reivindicativo se convierte, por mor de su precaria situación, en irresistible para unos trabajadores cuya principal aspiración no es otra que la de conservar el empleo mediante prórroga de su contrato.

Asegurar, mediante el combate de la precariedad laboral, la vigencia de los derechos laborales fundamentales constituye, así, un desafío de primer orden para un sistema de relaciones laborales que,



como el español, encuentra en ella un escollo de primer orden para su funcionamiento eficiente y equitativo.

- 2.º Atribuir a las empresas un grado razonable de flexibilidad para la gestión de su personal, que les permita adaptar su funcionamiento a las oscilaciones constantes del mercado.

Aquí tiene, como salta a la vista, un papel importante que jugar el legislador, que ha de articular un marco normativo lo suficientemente elástico como para permitir esa adaptación. Este es el camino que empezaría a recorrerse en España en 1994, cuando por primera vez se optó por incluir mecanismos de «flexibilidad interna» que sustituyesen al uso y abuso de la contratación temporal como instrumento flexibilización. Y en el que quizá queden todavía etapas por transitar.

A su lado también ostenta un papel estelar la negociación colectiva, que debe profundizar en el empleo de fórmulas de polivalencia funcional y flexibilidad, tanto salarial como de distribución del tiempo de trabajo, sacando el mayor partido posible a los espacios que para ello le abre la ley, pero sin transgredirlos. El resultado de ello debe ser, como salta a la vista, conseguir una mayor adaptabilidad —y, por tanto, variabilidad— del contenido de dichas condiciones, en función de las circunstancias concretas a las que se encuentre sujeta la actividad de las empresas en cada momento. Esta es un vía en la que también se ha empezado a avanzar, como lo expresa la negociación colectiva de varios sectores —entre ellos especialmente el automotriz— donde no son infrecuentes este tipo de fórmulas.

Evidentemente, el presupuesto de todo ello es que, aún dentro del respeto de los límites legales, los trabajadores de los sectores más proclives a la deslocalización han de aceptar hoy unas condiciones de trabajo más exigentes y flexibles que en el pasado. En especial, deben admitir que sus salarios se adecuen más directamente a la situación de la empresa y a la evolución de la productividad, y que su tiempo de trabajo fluctúe de forma paralela a las oscilaciones de la demanda. Al fin y al cabo, si se consiguió, por ejemplo, que el modelo «Modus» de Renault se fabricase exclusivamente en Valladolid fue gracias a que se aceptó asumir una producción que podía variar entre 200.000 y 380.000 coches al año, colocando para ello en el convenio colectivo mecanismos flexibilizadores de diverso tipo (bolsas de horas, un tercer turno, reordenación de las vacaciones, trabajo en sábados, etc.); de la misma forma que, más recientemente, las medidas laborales pactadas con los representantes con el fin de mejorar la productividad (cuyo resultado es la reducción del tiempo de montaje de un coche de 21 a 16 horas) han hecho posible

que General Motors haya apostado por su planta de Figueruelas para la producción del nuevo «Meriva».

No está demás advertir, con todo, que este tipo de medidas, si bien pueden contribuir a mantener la localización de los empleos existentes, tampoco los hacen inmunes a las fluctuaciones del mercado. Descorazonador resulta comprobar, a estos efectos, cómo los esfuerzos desplegados para conseguir la exclusividad de la fabricación del Renault Modus en Valladolid se han visto truncados debido a la escasa demanda de este modelo, que ha determinado que en la actualidad esta factoría se encuentre produciendo alrededor de la mitad de vehículos que en el pasado, al no compatibilizar ya su producción con otro de la misma marca.

3.º Adoptar políticas públicas de fomento de la inversión, la mejora de los procesos productivos y la capacitación de los trabajadores.

Siendo imposible competir con determinados países en términos de costes laborales, es preciso hacerlo desarrollando actividades de ofrezcan un mayor valor añadido. Ello sólo es posible si se fomenta la inversión en investigación y desarrollo e infraestructuras y se apuesta por una mayor cualificación y formación del capital humano. El objetivo debería ser conseguir una progresiva redefinición del modelo productivo, que deberá dejar de apostar por un tipo de producción en el que el coste de la mano de obra es el elemento clave, para orientarse hacia sectores de mayor valor añadido, en los que la calidad, la innovación y la adecuación a las necesidades de los clientes son predominantes.

Esta es, precisamente, la lógica de la Estrategia de Lisboa, adoptada por los Estados miembros de la Unión Europea con el fin de responder conjuntamente a los retos de la globalización haciendo de Europa la economía del conocimiento más avanzada del mundo en el año 2010. Y es aquí donde radica, precisamente también, la principal debilidad de España, que ha dejado de ser competitiva en términos de costes laborales, pero que todavía no ha desarrollado la capacidad de innovación ni los niveles de cualificación profesional de sus trabajadores requeridos para ser sede de proyectos empresariales más sofisticados.

Naturalmente, no es ésta una transición fácil, dada la actual configuración del tejido productivo español, dentro del cual predominan las pequeñas y medianas empresas, con escasos recursos para destinar a la investigación, y los niveles relativamente bajos de inversión en I+D de los que se parte (España invirtió en I+D el año 2003 el 1,05 % del PIB, casi la mitad de lo que como media lo hicieron sus socios europeos, que llegaron en conjunto al 1,93 %, situándose-

se así muy lejos del objetivo del 3 % fijado para 2010 por el Consejo Europeo de Barcelona). Con todo, existen algunos proyectos en marcha dirigidos paliar esta situación, como el Programa «Ingenio 2010», cuyo objetivo es conseguir que la inversión española en I+D se sitúe en el 2 % del PIB en 2010, el «Plan de Internacionalización de Empresas de Alto Contenido Tecnológico», en el que estarían participando casi 3.000 sociedades, o los «Planes País», diseñados para fomentar la presencia de productos españoles en nuevos mercados, superando la excesiva dependencia de nuestro comercio exterior de la Unión Europea.

Así pues, si bien la deslocalización es un fenómeno en buena medida inevitable, fruto del proceso de internacionalización económica en el que estamos inmersos, es posible adoptar medidas con el fin de tratar encauzarlo y restringir en la medida de lo posible sus efectos.

El resultado final de la aplicación de dichas medidas debería ser triple:

- 1.º Limitar sus efectos a lo estrictamente inevitable. Es decir, a aquellas actividades de escaso valor añadido e intensivas en mano de obra, en las que los costes laborales juegan un papel decisivo. En estos casos puede ser incluso aconsejable que sean las propias empresas afectadas las que se anticipen y lideren estos procesos, reteniendo las actividades de mayor valor añadido (el diseño, la marca, la imagen y el desarrollo tecnológico) y externalizando las demás, como de hecho viene ocurriendo ya con las empresas líderes de algunos sectores manufactureros, como el textil o del calzado. El proceso de internacionalización emprendido por muchas empresas españolas de estos sectores, que se han servido de la posibilidad de situar los distintos eslabones de sus cadenas de producción allí donde se dan las condiciones más favorables para su desarrollo como mecanismo defensivo frente a la competencia exterior y herramienta de crecimiento, debería, en consecuencia, mantenerse e incluso profundizarse.
- 2.º Restringir sus consecuencias en aquellos sectores en los que esto es posible, por conservarse de todas formas ventajas comparativas, acudiendo para ello a medidas que incrementen la competitividad de estas empresas. Unas medidas entre las cuales se cuentan los pactos de flexibilidad funcional, retributiva y horaria a los que se ha hecho referencia antes.
- 3.º Favorecer el crecimiento en sectores menos vulnerables a las presiones deslocalizadoras, por depender menos de los bajos costes laborales. Éste es el ámbito en el que resultan decisivas las políticas públicas de fomento de la inversión en I+D y en formación profesional, cuyos efectos solamente pueden ser apreciados a mediano y largo plazo.



Demás está decir que es en el último de estos ámbitos donde se juega el futuro del empleo de calidad en España, siendo las antedichas políticas de flexibilidad laboral apenas un complemento de las que aquí han de adoptarse.





LA DIRECTIVA RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR. LA PROPUESTA BOLKESTEIN

EDUARDO ROMÁN VACA

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

EXTRACTO

La libre circulación y prestación de servicios es un objetivo perseguido por la Unión Europea desde el mismo momento de su creación. A ese objetivo pretendió responder en su día la Comisión con la denominada Propuesta Bolkestein (técnicamente: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior).

Desde su presentación a comienzos de 2004, la propuesta levantó fuertes críticas en determinados sectores políticos, sindicales y sociales, desarrollándose una campaña para detener su aprobación (Stop Bolkestein) casi sin precedentes en la Unión Europea. Quizás habríamos de acudir, para poder obtener un punto de comparación, a la organizada por las entidades contrarias al Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Fruto del correspondiente informe del Parlamento Europeo y de la resolución adoptada en primera lectura, en estos momentos nos encontramos con una propuesta «modificada» de abril de 2006.

Objeto del presente estudio es, de un lado, analizar el contenido de la propuesta de Directiva; de otro adentrarnos en esas objeciones a que nos hemos referido que desde el principio se le opusieron; finalmente, ocuparnos de las modificaciones producidas a lo largo de la tramitación comunitaria, para ver hasta qué punto han sido atendidas las demandas sociales contrarias a la primera redacción.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: UN CAMINO CONTESTADO
2. LA PROPUESTA BOLKESTEIN
 - 2.1. Objetivo: la liberalización de los servicios
 - 2.2. Técnicas de liberalización: de la prohibición de requisitos al principio del país de origen
 - 2.3. El desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea
3. RAZONES ESGRIMIDAS PARA EL RECHAZO DE LA PROPUESTA BOLKESTEIN
 - 3.1. Pérdida de eficacia del control de actividades empresariales
 - 3.2. Invitación a la deslocalización de empresas
 - 3.3. Coexistencia de dos regímenes jurídicos para una misma actividad
 - 3.4. Deterioro del nivel de los servicios
 - 3.5. Liberalización también de los servicios de interés general
 - 3.6. Mayor desprotección de los trabajadores desplazados
4. PRINCIPALES MODIFICACIONES VERIFICADAS EN LA TRAMITACIÓN POSTERIOR
 - 4.1. Ámbito de la Directiva: los servicios de interés general
 - 4.2. Técnicas de liberalización
 - 4.2.1. Requisitos prohibidos
 - 4.2.2. Evaluación de requisitos
 - 4.2.3. El principio del país de origen
 - 4.3. Las relaciones laborales

1. INTRODUCCIÓN: UN CAMINO CONTESTADO

El 13 de enero de 2004 la Comisión de las Comunidades Europeas presentó la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior», más conocida como Propuesta o Directiva Bolkestein, nombre que debe al antiguo comisario, el liberal holandés Frits Bolkestein, a cuya iniciativa se debe ¹.

Desde el mismo momento de su presentación, la Propuesta despertó airadas opiniones en contra, fundamentalmente de los grupos Socialista e Izquierda Unitaria Europea y de la Confederación Europea de Sindicatos, a los que se unieron numerosas entidades sociales. Entre nosotros, se posicionaron en contra organizaciones de las siguientes centrales sindicales: Comisiones Obreras, Confederación General del Trabajo, Confederación Intersindical Galega, Solidaridad Obrera, Unión General de Trabajadores.

El Partido Popular Europeo, por su parte, instó a la Comisión y a los Estados miembros a que adoptaran «a la mayor brevedad» la Propuesta Bolkestein, lo que fue rechazado en el Parlamento Europeo por un corto margen: 269 votos en contra, 242 a favor y 33 abstenciones. Una enmienda presentada por la izquierda, que pedía la retirada de la Propuesta de Di-

¹ A partir de ahora nos referiremos a este texto como Propuesta Bolkestein; puede consultarse en http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/pdf/2004/com2004_0002es01.pdf.



rectiva, tampoco fue aceptada. La situación, como se ve, se hallaba bastante equilibrada.

Siguiendo el curso ordinario de la tramitación comunitaria, el Parlamento elaboró el informe correspondiente sobre la Propuesta Bolkestein, denominado Informe Evelyne Gebhardt en atención a la parlamentaria socialdemócrata alemana ponente, cuya última versión, de 15 de diciembre de 2005, contiene un total de 213 enmiendas², a éstas se suman otras de los grupos parlamentarios, hasta alcanzar un total de 404 enmiendas.

La votación de esas enmiendas, para la adopción por el Parlamento de un texto en primera lectura, se produjo el pasado 16 de febrero. Dos días antes, el 14 de febrero, Estrasburgo fue testigo de una de las quizás mayores manifestaciones a escala europea de los últimos tiempos, en contra de la adopción de la Directiva.

En la sesión parlamentaria, las enmiendas que solicitaban el rechazo de la propuesta no prosperaron (153 votos a favor de las mismas, 486 en contra y 1 abstención). El texto final del Parlamento (técnicamente denominado Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior) fue aprobado por 394 votos a favor, 215 en contra y 33 abstenciones³. Esta Resolución ha sido parcialmente tenida en cuenta por la Comisión Europea, que con fecha 4 de abril de 2006 ha aprobado la «Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior»⁴.

Siguiendo el complejo procedimiento de producción normativa de la Unión Europea, debe ahora pronunciarse el Consejo, y posteriormente el Parlamento en segunda lectura.

La importancia de la normativa a que nos venimos refiriendo y el rechazo social levantado son tales que hemos considerado oportuno realizar el presente estudio, aun antes de la adopción de un texto definitivo, partiendo de la propuesta original. Describimos pues primeramente el contenido de la Propuesta Bolkestein; analizamos a continuación —dada la contestación habida— algunas de las razones que, tanto con carácter general como más específicamente con relación al mercado de trabajo europeo, se utiliza-

² A los últimos informes del Parlamento Europeo puede accederse a través de la siguiente dirección: www.europarl.eu.int/activities/expert/reports.do?WS=10&SV=30&language=ES.

³ El texto, al que nos referiremos en adelante como Resolución del Parlamento, se puede consultar en la página de la Eurocámara —www.europarl.eu.int—, siguiendo la secuencia «actividades-trabajos parlamentarios-textos aprobados», eligiendo finalmente la fecha en cuestión —16 de febrero de 2006—.

⁴ El texto en, http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0160es01.pdf.

ron en contra de la propuesta; finalmente, nos acercamos al Informe Evelyne Gebhardt y la Resolución de 16 de febrero, y a cómo los mismos han sido atendidos por la Propuesta modificada de 4 de abril, para ver hasta qué punto se ha alterado la idea inicial.

2. LA PROPUESTA BOLKESTEIN

2.1. Objetivo: la liberalización de los servicios

El fin último de la Propuesta de Directiva —así lo señala su preámbulo— es garantizar el progreso económico y social (considerando 1), y para ello entiende necesario eliminar los obstáculos jurídicos que impiden el establecimiento de un auténtico mercado interior, algo que considera absolutamente prioritario de cara a convertir la economía europea en la más competitiva y dinámica del mundo (considerando 3).

En definitiva, pues, se pretende hacer viable el mercado interior. Por ello, el objeto de la Propuesta Bolkestein no es otro que facilitar el ejercicio de dos libertades básicas (artículo 1):

- la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en cualquier Estado de la Unión
- la libre circulación de servicios por los diferentes países de Europa

Ahora bien, ¿qué se entiende por servicio? Según la Propuesta de Directiva, «cualquier actividad económica no asalariada... consistente en realizar una prestación a cambio de una remuneración» (artículo 4.1). Así pues, cubriría cualquier tipo de servicio, público o privado, sea o no de interés general, con tal de que conlleve remuneración.

El mismo preámbulo (considerando 14, suprimido en el Informe Gebhardt y en la Resolución del Parlamento, pero que permanece en la Propuesta modificada de la Comisión) a título ejemplificativo nos decía que entre esas actividades se encontraban las siguientes:

- a) «Servicios destinados a las empresas, como los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento y seguridad de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal, incluidas las agencias de trabajo temporal, o, incluso, los servicios de agentes comerciales».
- b) «Servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores, como los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, o, también, los transportes, la distribución, la organización de



ferias o alquiler de vehículos, las agencias de viajes y los servicios de seguridad».

- c) «Servicios destinados a los consumidores, como los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios audiovisuales, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, los servicios relacionados con la atención sanitaria y la salud o los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad».

En cuanto al modo de prestación, continuaba el preámbulo afirmando que «estas actividades pueden constituir al mismo tiempo servicios que requieren una proximidad entre prestador y destinatario, servicios que implican un desplazamiento del destinatario o del prestador y servicios que se pueden prestar a distancia, incluso a través de internet».

Con tan extensas expresiones, lo único que quedaba fuera eran prácticamente los servicios prestados por la Administración de forma gratuita, o, dicho en palabras de la Propuesta de Directiva, «las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, en el cumplimiento de su misión en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial» (preámbulo, considerando 16, hoy modificado, entre otras cosas, para añadir al Estado los entes regionales y locales; al margen quedaban con todo —artículo 2— los servicios financieros, los servicios y redes de comercio electrónicas y algunos otros, como los transportes).

2.2. Técnicas de liberalización: de la prohibición de requisitos al principio del país de origen

Para facilitar aquellas dos libertades (de establecimiento de los prestadores de servicios y de circulación de éstos), la Propuesta Bolkestein utiliza tres técnicas, a saber:

- 1.^a La prohibición de que, para acceder a una actividad de servicios o su ejercicio, se establezcan determinados requisitos
- 2.^a La necesidad de evaluar otros requisitos a priori no prohibidos
- 3.^a El principio del país de origen para la determinación de la normativa aplicable

Comentamos a continuación cada una de estas técnicas.

Los requisitos prohibidos los expone el artículo 14, que indica que un Estado no podrá supeditar el establecimiento de un prestador de servicios, o la libre prestación de un servicio en su territorio, a, entre otros, los siguientes requisitos:

- a) los que supongan discriminación por la nacionalidad o sede del prestador

- b) disponer el establecimiento principal en el territorio nacional, o que el establecimiento haya de revestir una determinada forma (agencia, sucursal, filial)
- c) demostrar la existencia de una necesidad económica o demanda en el mercado, evaluar los efectos económicos de la actividad a desarrollar, o comprobar que se adecua a la programación económica del lugar de prestación del servicio
- d) prestar aval financiero o suscribir un seguro con un organismo establecido en el territorio nacional
- e) haber estado inscrito o ejercido la actividad en el territorio nacional durante un período de tiempo

En cuanto a la segunda técnica, la evaluación, el artículo 15 de la Propuesta Bolkestein exige a los Estados miembros que examinen sus ordenamientos jurídicos, a fin de conocer si el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio está supeditado a cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Límites cuantitativos o territoriales (en función de la población o distancia entre prestadores)
- b) exigencia de que el prestador haya de adoptar una forma jurídica determinada
- c) requisitos relativos a la posesión de un capital
- d) disponer de determinada cualificación profesional
- e) prohibición de disponer de varios establecimientos
- f) número mínimo de trabajadores
- g) obligación de respetar tarifas mínimas o máximas
- h) medidas en relación con las ventas con pérdidas o las rebajas
- i) exigencia de dar acceso a determinados servicios realizados por otros prestadores

Realizado ese primer examen, es decir, conociendo ya de forma concreta los requisitos, de entre los mencionados, que existen en su ordenamiento, el Estado habrá de proceder a comprobar que tales requisitos cumplan tres condiciones:

1. No discriminación: en función de la nacionalidad o sede del prestador
2. Necesidad: estar justificados «por una razón imperiosa de interés general»
3. Proporcionalidad: adecuación al objetivo perseguido

Por lo demás se establecía que, tras la entrada en vigor de la Directiva, los Estados habrían de notificar a la Comisión todo proyecto de disposición —legal, reglamentaria o administrativa— que prevea requisitos de este tipo, así como su justificación, disponiendo aquélla de tres meses para examinar su compatibilidad con el Derecho comunitario, pudiendo adoptar una decisión instando al Estado a que no adoptase tales disposiciones o las supri-



miera en caso de haberlo hecho ya (artículo 15.6, hoy suprimido como más adelante veremos).

Nos queda finalmente ocuparnos de la última técnica aludida, la que quizás resulte más novedosa: el principio del país de origen. Dice así el artículo 16.1 de la Propuesta Bolkestein: «Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores estén sujetos únicamente a las disposiciones nacionales de su Estado miembro de origen». Y ello —indica el segundo párrafo del precepto— se refiere a las disposiciones «relativas al acceso a la actividad de un servicio y a su ejercicio, y en particular a las que rigen el comportamiento del prestador, la calidad o el contenido del servicio, la publicidad, los contratos y la responsabilidad del prestador».

Esta regulación contiene numerosas excepciones (servicios postales, de distribución de energía eléctrica o de gas, derechos de autor, etc.: artículo 17), pero, en cualquier caso, se trata de una novedosa normativa que, a juicio de la Propuesta de Directiva, habría de beneficiar tanto a las empresas como a los destinatarios de los servicios:

«Con el fin de asegurar una aplicación eficaz de la libre circulación de servicios y de garantizar a los destinatarios y a los prestadores que puedan disfrutar de servicios y prestarlos en toda la Comunidad sin tener en cuenta las fronteras, procede establecer un principio por el cual un prestador, en principio, únicamente debe estar sujeto a la ley del país en el que está establecido. Este principio es indispensable para permitir a los prestadores y, especialmente, a las PYME que disfruten de plena seguridad jurídica para aprovechar las oportunidades que les ofrece el mercado interior. Por lo tanto, este principio facilita la libre circulación de servicios entre Estados miembros y, combinado con las medidas de armonización y asistencia recíproca, también permite que los destinatarios tengan acceso a una mayor variedad de servicios de calidad procedentes de otros Estados miembros» (preámbulo, considerando 37, modificado tanto en el Informe Gebhardt y la Resolución del Parlamento, como en la nueva Propuesta de abril de 2006).

Además, no sólo es que se aplique la legislación del país de origen, sino que en la Propuesta de Directiva el control corresponde a las autoridades del mismo, y no a las del Estado en que se presta el servicio: «El Estado miembro de origen se encargará de controlar al prestador y los servicios que realice, incluso cuando preste sus servicios en otro Estado miembro» (artículo 16.2).

2.3. El desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea

Algunas dudas se levantaron acerca de si también a las relaciones laborales les sería de aplicación el principio del país de origen, de suerte que

los trabajadores desplazados por una empresa radicada en un Estado a otro se registrarían por la legislación del primer país. En realidad no sería así, ya que el artículo 17.5 de la Propuesta de Directiva excluye de aquel principio las materias que abarca la Directiva 96/71/CE (sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios; Directiva por cierto que suscita críticas en las instancias sindicales por la a su juicio escasa protección que brinda)

De todas formas, la Propuesta Bolkestein no dejaba de tener algunas importantes consecuencias laborales. En principio, como hemos dicho, en el caso de los trabajadores comunitarios contratados en un país y desplazados a otro Estado miembro, se seguiría aplicando la Directiva 96/71. No es éste el momento de adentrarnos en el contenido de esta Directiva, que como se sabe dispone la aplicación de ciertas condiciones de trabajo y empleo existentes en el país de desplazamiento (artículo 3), a la vez que confiere el control del cumplimiento de la normativa al país en que se efectúa la actividad laboral. Con todo, alguna regulación al respecto se contiene en la Propuesta de Directiva Bolkestein, que de un lado hace hincapié en la obligación para el Estado de origen de facilitar una serie de datos al de desplazamiento, así como de colaborar con éste para garantizar el cumplimiento de las condiciones de empleo y trabajo aplicables, y de otro dispone (artículo 24) que el Estado de desplazamiento no puede imponer al prestador o al trabajador las siguientes obligaciones:

- «a) obligación de obtener una autorización de las autoridades competentes nacionales o de estar inscrito en un registro por ellas u otra obligación equivalente;
- b) obligación de formular una declaración...
- c) obligación de disponer de un representante en territorio nacional;
- d) obligación de llevar y mantener documentos sociales en el territorio nacional o en las condiciones aplicables en el territorio nacional»

Por lo que hace a los trabajadores extracomunitarios, el artículo 25 de la Propuesta de Directiva establece que «cuando un prestador desplace a un trabajador nacional de un tercer país al territorio de otro Estado miembro con el objetivo de prestar sus servicios, el Estado miembro de desplazamiento no podrá imponer al prestador o al trabajador desplazado por este último la obligación de disponer de un documento de entrada, de salida o de estancia o de un permiso de trabajo destinado a acceder a un empleo u otras condiciones equivalentes». Como obligación adicional, para el Estado de origen, se señala que habrá de hacer lo necesario para que sólo sean trasladados trabajadores residentes legalmente y con un empleo regular en su territorio, debiendo readmitirlos una vez cumplido su cometido en el Estado de desplazamiento.



Expuesto hasta aquí de modo sintético el contenido de la Propuesta Bolkestein, procede ahora adentrarnos en las razones que para algunos justifican su rechazo.

3. RAZONES ESGRIMIDAS PARA EL RECHAZO DE LA PROPUESTA BOLKESTEIN

Los efectos de la Propuesta podían ser múltiples y muy variados; nosotros nos vamos a centrar sólo en seis de los aspectos que han sido destacados como negativos, aspectos que, aunque trataremos de forma separada, evidentemente se hallan muy relacionados entre sí.

3.1. Pérdida de eficacia del control de actividades empresariales

Efectivamente, como dijimos el artículo 16.2 indica que «el Estado miembro de origen se encargará de controlar al prestador y los servicios que realice, incluso cuando preste sus servicios en otro Estado miembro», lo que, de inmediato, plantea dos cuestiones.

La primera hace al interés que puede tener un país en controlar a sus nacionales, personas físicas o sociedades, que prestan un servicio en otro Estado, y para nacionales de otros países.

Pero aún más, y entramos en la segunda cuestión: dando por hecho ese interés, ese celo por ejercer un control, éste le corresponde a unas autoridades que, en algunos casos, pueden encontrarse a miles de kilómetros de distancia, de donde cabe preguntarse por la eficacia de una actividad de control ejercida en tales condiciones.

3.2. Invitación a la deslocalización de empresas

En aplicación del principio del país de origen es a la legislación de éste a la que se estaría sometido, y es este país el que, en todo caso, podría ejercer una actividad de control. Siendo ello así, ¿dónde interesaría situar las empresas?

La respuesta —al menos en términos económicos— parece obvia: en aquellos países menos estrictos, cuyos estándares son inferiores. En tal sentido, el referido principio incitaría al capital bien a trasladarse a los países cuya normativa, más atrasada, le es sin embargo más favorable, con lo que el dumping social estaría servido; bien a crear en esos países empresas fantasma (un simple apartado de correos puede en ocasiones bastar para entender a la empresa radicada en un Estado), a las que trasvasar formalmente



personal e infraestructura, no obstante lo cual se seguiría operando donde siempre, aunque en condiciones económicamente más ventajosas que otras empresas, como seguidamente razonamos.

3.3. Coexistencia de dos regímenes jurídicos para una misma actividad

Como consecuencia precisamente de lo anterior, en los países más avanzados de Europa nos podríamos encontrar, de un lado, con las empresas nacionales, sometidas por tanto a la legislación nacional, que puede tener unos mínimos relativamente aceptables, y de otro con empresas de otros países que, por el principio del país de origen, se encontrarían sometidas a su propia legislación (que establece estándares inferiores). Ello, obviamente, provocaría una presión, a la baja, sobre las empresas nacionales, con el riesgo de que siguieran uno de estos dos caminos para no ser vencidas por las extranjeras: bien rebajar la calidad del servicio, para que les fuese más económico su prestación, bien presionar a su vez a sus gobiernos para que rebajasen los niveles o estándares mínimos.

3.4. Deterioro del nivel de los servicios

Como vimos, la Propuesta Bolkestein prohibía a los Estados imponer algunos requisitos para el establecimiento de un prestador de servicios, o para la libre prestación de un servicio en su territorio. Otros requisitos habría que evaluarlos y justificarlos en su caso.

En relación con esta materia el riesgo radica en la desaparición (efectiva en cuanto a los prohibidos, potencial respecto a los evaluables) de requisitos que, en ocasiones, no son fruto de un antojo de la autoridad nacional, sino que responden a la necesidad de defender el interés de los consumidores, de los empleados o incluso de la propia empresa (de cara, por ejemplo, a garantizar su viabilidad económica). Piénsese en determinadas medidas relacionadas con la venta por debajo del valor de coste, en la necesidad de que existan precios mínimos, o un capital inicial, o un número determinado de trabajadores para hacer frente a la gestión que se espera, etc. Con la posible desaparición de algunos de estos requisitos podría resentirse tanto el nivel de protección como el de calidad del propio servicio.

3.5. Liberalización también de los servicios de interés general

Ya comentamos que quedaban excluidos, del ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva, los servicios públicos por los que no se exige re-



muneración, es decir, los prestados gratuitamente por la Administración. Sentado ello, se plantean dos cuestiones.

De un lado la que hace a los servicios prestados por la Administración pero por los que se exige algún tipo de tasa. En principio entrarían dentro de aquel ámbito: ¿supondría ello su liberalización?

De otro nos encontramos con los denominados servicios de interés general, servicios que, aun suministrados por empresas privadas, sirven para configurar un modelo social determinado (pensemos, por ejemplo, en la atención domiciliaria, la ayuda a personas dependientes, educación, suministros energéticos, etc.). Son servicios como decimos en ocasiones asumidos por la empresa privada, pero que el Estado no ha dejado al albur del mercado, sino que ha establecido unos niveles mínimos, unos controles, unas determinadas normas de protección. Se ha conseguido así, al menos en algunos países de Europa occidental, unos estándares sociales que, grosso modo, podemos entender que forman parte del llamado Estado del bienestar. El argumento a favor de esa intervención pública es obvio: no parece que la simple competencia, basada en criterios económicos, garantice la calidad social de estos servicios.

La importancia de los servicios de interés general es tal que la Confederación Europea de Sindicatos, ya hace tiempo, instó a la Comisión a elaborar una Directiva marco sobre los mismos, con un doble objeto: identificarlos y definir las obligaciones universales en su prestación. Se trataba en definitiva de dotarlos de una normativa específica y de sustraerlos a la mera ley del mercado.

Pues bien, no sólo no se atendió la sugerencia de los sindicatos, sino que estos servicios no se encuentran excluidos de la Propuesta de Directiva Bolkestein, viéndose también afectados por la política liberalizadora que preconiza. ¿Deberían entonces dejar de existir esos requisitos mínimos, controles, etc., dispuestos por los Estados?

3.6. Mayor desprotección de los trabajadores desplazados

Dijimos que, en relación con estos trabajadores, continuaría en vigor la Directiva 96/71, que encomienda al Estado en que se realiza la prestación el control del cumplimiento de la normativa laboral. Sin embargo, la Propuesta Bolkestein, sutilmente, venía a dificultar la aplicación de la Directiva 96/71: efectivamente, al impedir como vimos el artículo 24 la exigencia de determinadas obligaciones (obtener autorización, formular declaraciones, mantener documentos sociales, etc.), haría más complicado aquel control, y no parece desde luego que el sistema de cooperación que se establecía entre los dos Estados implicados supliera esa carencia.

En cuanto a los trabajadores extracomunitarios, si las normas y prácticas en materia de extranjería y admisión al trabajo fueran iguales en los diversos Estados miembros, una regulación como la recogida en el artículo 25 de la Propuesta de Directiva no ofrecería excesivos problemas. No siendo así, esa regulación contiene en sí misma el mecanismo para vadear las disposiciones sobre trabajadores extranjeros no comunitarios de algunos países (que en ocasiones tratan justamente de proteger a estos trabajadores): bastaría con contratarlos, aun «regularmente», en Estados cuya normativa o práctica sean más favorables a los intereses empresariales, para después desplazarlos a otros Estados.

4. PRINCIPALES MODIFICACIONES CONTENIDAS EN LA TRAMITACIÓN POSTERIOR

El Informe, como ya dijimos, contenía un total de 213 enmiendas a la Propuesta de Directiva Bolkestein, 71 al preámbulo y el resto al articulado; a éstas se les sumaron las de diferentes grupos políticos, hasta alcanzar un total de 404. Algunas de estas enmiendas suponen cambios de importancia, otras no tanto. Obviamente no vamos a estudiarlas todas; nos limitaremos a las principales que hacen a los temas abordados con anterioridad, deteniéndonos en cómo las mismas han sido atendidas en la Propuesta modificada de 4 de abril.

4.1. **Ámbito de la Directiva: los servicios de interés general**

Como dijimos, la Propuesta Bolkestein, y amén de las exclusiones expresas, sólo dejaba fuera de su ámbito prácticamente los servicios prestados por la Administración de forma gratuita; la no exclusión ni de los servicios prestados por entes administrativos con exigencia de alguna contraprestación económica, ni de los llamados servicios de interés general (suministrados por empresas privadas), fácilmente podía dar lugar bien a un intento de liberalización de los mismos, bien a la desaparición de requisitos o mínimos exigidos por los Estados a los prestadores de aquéllos.

Frente a ello reaccionó el Parlamento distinguiendo entre servicio de interés general, prestados por los Estados en cumplimiento de sus fines y a los que no se debe aplicar la Directiva, y servicios de interés económico general —«es decir, servicios correspondientes a una actividad económica que esté abierta a la competencia»— (considerando 8 bis de la Resolución de 16 de febrero), afirmando el articulado que «la presente Directiva no abordará la liberalización de los servicios de interés económico general reserva-

dos a entidades públicas o privadas ni a la privatización las entidades públicas prestadoras de servicios» (artículo 1.3, fruto de las enmiendas 72 y otras que se le sumaron).

La posición actual, contenida en la Propuesta modificada de 4 de abril, recoge con matizaciones importantes las indicaciones del Parlamento. Podemos sintetizarla como sigue:

- a) La distinción entre servicios de interés económico general y servicios de interés general se basa en la existencia o no de contraprestación:

«La presente Directiva incluye únicamente aquellos servicios que se realizan con una contrapartida económica. Los servicios de interés general ... no están incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Los servicios de interés económico general son servicios que se realizan con una contrapartida económica» (considerando 7 bis).

- b) Entre las exclusiones del artículo 2 (ahora más numerosas que antes: servicios bancarios, servicios y redes electrónicas, de transporte, jurídicos, audiovisuales, actividades de juegos de azar, atención sanitaria, profesiones vinculadas al ejercicio del poder público —notarios—, agencias de trabajo temporal, servicios sociales, servicios de seguridad, etc.) se hace referencia expresa a los «servicios de interés general» [artículo 2.2.a)].
- c) La Propuesta modificada de Directiva no presupone necesariamente la liberalización de los servicios de interés económico general. Ello deriva de la interpretación conjunta del artículo 1.2 y del nuevo considerando 6 ter. Dice así el primero: «La presente Directiva no trata la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas y privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios»; en cuanto al considerando referido, el mismo indica lo siguiente:

«Conviene que lo dispuesto en la presente Directiva sobre la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios se aplique siempre que las actividades de que se trate estén abiertas a la competencia y, por tanto, no se obligue a los Estados miembros ni a liberalizar servicios de interés económico general ni a privatizar entidades públicas que respeten este tipo de servicios, ni a abolir los actuales monopolios para otras actividades o determinados servicios de distribución».

- d) Finalmente, y entendemos que aun cuando exista competencia al respecto, no se impide a los Estados establecer requisitos mínimos o controles en la prestación de servicios de interés económico general: «La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados

miembros de definir, de conformidad con la legislación comunitaria, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas públicas y a qué obligaciones específicas deben supeditarse» (artículo 1.3; nótese de todas formas que la referencia a la legislación comunitaria limita la capacidad de actuación de los Estados en esta materia).

4.2. Técnicas de liberalización

Las técnicas utilizadas para facilitar el libre mercado de servicios eran tres como vimos: prohibición de exigir algunos requisitos, necesidad de evaluar otros y aplicación del principio del país de origen. También aquí se han introducido modificaciones, algunas de cierta importancia.

4.2.1. *Requisitos prohibidos*

En lo que hace a los requisitos prohibidos, dos son las modificaciones que nos interesan. Una hace a la posible supeditación, de la autorización que haya de concederse, a demostrar la necesidad económica o demanda del servicio, a la evaluación de sus efectos o a su adecuación a la programación seguida por la autoridad del territorio en que se va a prestar el servicio. En la primera redacción (Propuesta Bolkestein) se vetaba prácticamente cualquier tipo de subordinación a la planificación o programación de dicha autoridad, pretendiendo el Parlamento en cambio introducir el siguiente añadido: «esta prohibición no se refiere a los requisitos de planificación que no persiguen fines económicos, sino que están al servicio de razones imperiosas de interés general» (artículo 14.5 de la Resolución de 16 de febrero, fruto de la enmienda 140). Ello daría cierto margen a las autoridades públicas, habida cuenta sobre todo de la amplia definición parlamentaria del concepto de «razón imperiosa de extensión general», que

«abarca, entre otros, los ámbitos siguientes: la protección del orden público, la seguridad pública, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, incluida una atención sanitaria equilibrada para todos, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, la equidad de las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente, incluido el entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural» (artículo 4.7 bis, introducido por la enmienda 308).



La Comisión, en su Propuesta modificada de 4 de abril, asume las sugerencias parlamentarias, reproduciendo casi literalmente ambas redacciones: tan sólo se dan matizaciones sin trascendencia.

La segunda modificación se refiere a la prohibición de exigir un aval o seguro concertado con un prestador u organismo establecido en el territorio nacional. El Informe Gebhardt y la Resolución del Parlamento suavizan la prohibición, cuando la exigencia responda a determinados fines: «... esto no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros requieran garantías financieras como tal ni impide ... que un Estado miembro requiera que se suscriba un seguro a través de o con empresas a las que haya concedido derechos especiales o exclusivos, ni afecta a los requisitos relativos a la participación en un fondo de compensación colectivo, por ejemplo, para los miembros de órganos u organizaciones profesionales» (artículo 14.7 de la Resolución de 16 de febrero, fruto de la enmienda 142). La Comisión, nos dice la exposición de motivos de la Propuesta modificada de 4 de abril, «acepta la enmienda 142 en cuanto al fondo, pero cambia la redacción en el artículo pertinente por coherencia con el Derecho comunitario y añade una nueva aclaración en un nuevo considerando 32 bis»; éste señala que «En cuanto a las garantías financieras o al seguro, la prohibición de requisitos solamente se refiere a la obligación de que las garantías financieras o el seguro pedidos deben proceder de una institución financiera establecida en el Estado miembro de que se trate». En consecuencia, el artículo 14.7, sobre requisitos prohibidos, queda en la Propuesta modificada redactado de la siguiente forma: «obligación de constituir un aval financiero, de participar en él o de suscribir un seguro con un prestador u organismo establecido en territorio nacional; ello no afectará a la posibilidad de los Estados miembros de exigir garantías financieras como tales ni a los requisitos relativos a la participación en fondos colectivos de compensación, por ejemplo, para miembros de colegios u organizaciones profesionales».

4.2.2. *Evaluación de requisitos*

En cuanto a los requisitos a evaluar, las modificaciones que nos interesan afectan a dos materias. De un lado el Parlamento suprime en su Resolución determinados requisitos de entre los que había que evaluar según la Propuesta Bolkestein (las prohibiciones y obligaciones relacionadas con las ventas con pérdidas y rebajas, y los requisitos que obliguen al prestador a dar acceso a determinados servicios realizados por otros prestadores; enmiendas 147, 148 y 242). La Propuesta modificada asume la supresión.

De otro se procede igualmente por el Parlamento a la supresión de las previsiones de la Propuesta original en relación con los requisitos a intro-

ducir tras la entrada en vigor de la Directiva. Como se recordará, había que notificar tal circunstancia a la Comisión, que disponía de tres meses para decidir que no se adoptasen o se suprimiesen esos requisitos. Objeto de crítica esta regulación, en cuanto concedía un excesivo protagonismo a la Comisión, el Informe y la Resolución del Parlamento la suprimen (enmienda 151), al igual que la Propuesta modificada de 4 de abril.

4.2.3. *El principio del país de origen*

Éste era posiblemente el aspecto más socialmente rechazado de la Propuesta Bolkestein. A ese rechazo ha respondido el Parlamento mediante una enmienda conjunta del Partido Popular Europeo y el Partido Socialista Europeo (la 293), que obtuvo a su favor un mayor número de votos que el obtenido por el conjunto de la Resolución del Parlamento. La enmienda ha sido aceptada por la Propuesta modificada, dándose una nueva redacción al artículo 16. El contenido del precepto actual, que abandona la expresión «principio del país de origen» (en su lugar se alude a libre prestación de servicios), lo podemos esquematizar como sigue:

- a) Se habla ahora del necesario respeto por un Estado del establecimiento o prestación de un servicio por un prestador de otro Estado: «Los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores de servicios a prestar un servicio en un Estado miembro distinto de aquél en el que estén establecidos».
- b) No se podrá supeditar el acceso a una actividad o su ejercicio a requisitos que no cumplan los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (nótese la similitud con lo dicho en relación con los requisitos a evaluar).
- c) No pueden establecerse restricciones mediante la imposición de determinados requisitos (establecimiento en territorio nacional, autorización por las autoridades nacionales —salvo los casos expresamente previstos en la normativa comunitaria—, necesidad de contar con infraestructura en el territorio de prestación del servicio, requisitos en orden al uso de equipos o material —salvo los precisos para la salud y seguridad en el trabajo—, etc.).
- d) Finalmente, es admitida la posibilidad de imponer ciertos requisitos por determinadas razones:

«Las presentes disposiciones no impedirán que el Estado miembro en el que se presta el servicio imponga, respecto a la prestación de una actividad de servicios, requisitos que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente ... Tampoco impedirán que el Estado miembro aplique, de conformidad con el Derecho comunitario,



sus disposiciones en materia de condiciones de empleo, incluidas las establecidas por convenios colectivos» (artículo 16.3 de la Propuesta modificada; las negociaciones para introducir también en la enmienda razones de política social y protección de los consumidores no fructificaron)

4.3. Las relaciones laborales

En este apartado el Parlamento fue consciente de las dudas, a que antes nos referimos, que en algunos sectores se habían suscitado en torno a si la Propuesta era o no aplicable a las relaciones laborales. La eurocámara dejó clara la respuesta negativa, señalando así el artículo 1.7 de la Resolución de 16 de febrero (fruto de la enmienda 72 del Informe Gebhardt y otras que se le sumaron):

«La presente Directiva no se aplicará ni afectará al Derecho laboral, como por ejemplo a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores. En particular, respetará cabalmente el derecho a negociar, concluir, ampliar y aplicar los convenios colectivos, y el derecho de huelga y de otras acciones sindicales de conformidad con la legislación relativa a las relaciones laborales en los Estados miembros. Tampoco afectará a las legislaciones nacionales en materia de seguridad social en los Estados miembros».

Con algunas matizaciones, la Propuesta modificada recoge la propuesta del Parlamento, que la Comisión desdobra en dos apartados del artículo 1:

«6. La presente Directiva no afectará al Derecho laboral, es decir, a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores, que los Estados miembros aplican de conformidad con el Derecho comunitario. Tampoco afectará a las legislaciones nacionales en materia de seguridad social en los Estados miembros contempladas en el artículo 4 del Reglamento (CEE) 1408/71 sobre la aplicación de los regímenes de seguridad social.

7. La presente Directiva no afectará al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluido el derecho de negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y de emprender una acción sindical».

En cuanto al desplazamiento de trabajadores resultan tajantes el Informe Gebhardt y la posterior Resolución del Parlamento: directamente pre-

tenden suprimir los artículos 24 y 25 de la Propuesta Bolkestein (enmiendas 182, 183, 248 y 249), de un lado por considerar que el lugar adecuado para tratar la materia es la Directiva 96/71, de otro atendiendo a alguna de las críticas que antes apuntamos. He aquí la justificación de las correspondientes enmiendas de supresión que emplea el Informe:

«Por razones de seguridad jurídica y de coherencia, toda aclaración relativa al desplazamiento de los trabajadores debe abordarse en la Directiva 96/71/CE ... En cualquier caso, los artículos 24 y 25 son contraproducentes. El artículo 24 prohíbe a los Estados miembros en los que se presta el servicio que sometan a los prestadores de servicios a obligaciones que son fundamentales para los servicios de inspección de dichos Estados miembros. Al hacer esto, la Directiva reduce sustancialmente la eficacia de las inspecciones laborales llevadas a cabo por dichos Estados miembros. Las disposiciones laborales sólo pueden aplicarse efectivamente en los Estados miembros en los que se realiza el trabajo. En su redacción actual, el sistema de cooperación administrativa propuesto por la Comisión carece de las garantías necesarias para servir a la aplicación del Derecho laboral».

La Comisión ha asumido plenamente las enmiendas, desapareciendo de la Propuesta modificada aquellos dos artículos.

En resumen cabe señalar que, en lo que nos interesa y en parte para dar satisfacción a las críticas en su día suscitadas, la Propuesta modificada adoptada por la Comisión el 4 de abril asume parcialmente el Informe Gebhardt y la Resolución del Parlamento en primera lectura, pudiéndose destacar lo siguiente:

- 1.^a Distinguiéndose ahora entre servicios de interés general, excluidos de la nueva normativa, y servicios de interés económico general, la Propuesta modificada no presupone necesariamente (tampoco lo impide) la liberalización de estos últimos, ni impide a los Estados establecer condiciones o requisitos a los prestadores de los mismos, siempre «de conformidad con la legislación comunitaria».
- 2.^a En cuanto a las técnicas de liberalización utilizadas, se corrigen algunas cuestiones en punto a los requisitos prohibidos y a evaluar
- 3.^a El principio del país de origen es sustituido por una regulación que, junto al necesario respeto a las libertades de prestación y establecimiento, permite a los Estados imponer determinados requisitos, por razones de orden, seguridad y salud públicos o medio ambiente
- 4.^a En orden a las relaciones laborales queda claro que no quedan cubiertas por la Directiva de liberalización de servicios. A los trabajadores desplazados les sigue siendo de aplicación en su integridad la normativa comunitaria precedente (Directiva 96/71)



Estas modificaciones pretenden en parte como hemos dicho dar respuesta a la amplia movilización social en contra de la Propuesta Bolkestein. El lector juzgará hasta qué punto satisfacen las objeciones que se formularon. Pero sí puede afirmarse, de todas maneras, que la Propuesta modificada difiere de la redacción original, alterando algo —nuevamente al lector le corresponde decidir si con acierto o no— su deriva liberal.

La última palabra no está dicha todavía: aún deben pronunciarse el Consejo y nuevamente la Eurocámara. En todo caso, los datos aquí ofrecidos permiten al lector hacerse una idea de la situación actual y de la probable situación futura.





LAS PRESTACIONES FAMILIARES A LA LUZ DE LAS POLÍTICAS DE APOYO A LA FAMILIA Y DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

YOLANDA VALDEOLIVAS GARCÍA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

El trabajo aborda la protección ofrecida dentro de nuestro sistema de Seguridad Social a las familias con hijos, entendidas como unidades que deben hacer frente a gastos suplementarios derivados de la responsabilidad del mantenimiento y formación de hijos a cargo, cuando se dan las circunstancias condicionantes previstas, haciéndolas merecedoras de una compensación económica del estado de necesidad en que incurrir a través de prestaciones contributivas y no contributivas, económicas y no económicas, periódicas y de pago único.

Desde esta perspectiva, y analizando tanto la vigente regulación como sus precedentes, en un recorrido normativo que evidencia algunas interesantes conclusiones y líneas de tendencia en la evolución de estas prestaciones, se reflexiona acerca de la verdadera virtualidad de esta acción protectora para superar la situación de necesidad o debilidad económica que pretende compensar, a propósito de las políticas pretendidamente de apoyo a la familia y de las medidas diseñadas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de trabajadores y, sobre todo, trabajadoras.

A partir de ese dual planteamiento, emerge el verdadero significado y alcance que el sistema público de protección social dispensa al hecho familiar, evidenciando, junto a avances significativos en pos de un entendimiento más amplio y flexible del concepto de familia protegible y de las cargas familiares que la gravan, un simultáneo distanciamiento de la realidad que subyace al hecho familiar y, sobre todo, de los medios e intensidad de la protección necesaria para su consideración como eficaz.

Por lo demás, el artículo se circunscribe al estudio de las prestaciones familiares del sistema de Seguridad Social, contemplado en el capítulo correspondiente de la Ley General e Seguridad Social, sin perjuicio de introducirse consideraciones sobre la más amplia protección pública de la familia, que sirven para contextualizar esta técnica y para reconocer su alcance real a los fines de cumplir los objetivos generales de apoyo familiar.

ÍNDICE

1. LAS CARGAS FAMILIARES COMO OBJETO DE PROTECCIÓN SOCIAL
2. LA DOBLE MODALIDAD CONTRIBUTIVA Y NO CONTRIBUTIVA DE PRESTACIONES FAMILIARES
3. LA PRESTACIÓN FAMILIAR DE LA MODALIDAD CONTRIBUTIVA
 - 3.1. Beneficiarios de la protección
 - 3.2. Requisitos y contenido de la protección: su virtualidad desde la perspectiva de género y de conciliación de la vida familiar y laboral
 - 3.3. ¿Una nueva situación protegida? La violencia de género como causa de prestación no económica
4. LAS PRESTACIONES FAMILIARES DE LA MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA
 - 4.1. Asignación económica por hijo a cargo
 - 4.1.1. El sujeto causante de la prestación: el hijo a cargo
 - 4.1.2. Los beneficiarios de la asignación y los requisitos de acceso a la protección
 - 4.1.3. El contenido de la protección
 - 4.2. La prestación por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos
 - 4.3. La prestación por parto o adopción múltiple
5. CONCLUSIONES

1. LAS CARGAS FAMILIARES COMO OBJETO DE PROTECCIÓN SOCIAL

Buena parte de los Estados de nuestro entorno geográfico y socioeconómico se caracterizan por el diseño de políticas públicas de protección a la familia. Políticas que se traducen en el apoyo económico a los hogares que soportan obligaciones financieras adicionales como consecuencia de tener hijos a cargo y, precisamente, es dicha tenencia el principal —si no único— bien de carácter familiar protegido. Protección que, sin embargo, se articula por parte de los diversos ordenamientos nacionales de Seguridad Social a través de fórmulas heterogéneas, y aun contradictorias, que no hacen sino manifestar plurales concepciones sobre aquella necesidad de protección y, desde luego, sobre las técnicas utilizadas para superarla. En síntesis, existen sistemas que consideran esencial y prioritario el apoyo a las familias vía fiscal, como fórmula de redistribución de la riqueza y de las cargas sociales e instrumento neutralizador de lo que, en otro caso, pudiera derivar en graves dificultades económicas, cuando no en pobreza o exclusión social, situaciones a las que pueden no resultar ajenos los mayores gastos que determina una unidad familiar amplia, así como razones de solidaridad, en la medida en que los hijos representan la continuidad e intercambio generacional y son futuros sostenedores del gasto social. Otros sistemas, por el contrario, y aun con idéntico fundamento, expresan la tutela a través del sistema público de protección social, mediante técnicas diversas que atienden a diferentes hechos causantes: viudedad, orfandad, tenencia de hijos u otros familiares a cargo, condicionadas por reglas más o menos flexibles de acreditación de un estado de necesidad. Finalmente, y en el modelo opuesto,



otros sistemas reclaman la máxima abstención estatal, argumentando que la conformación de la familia pertenece a la esfera estrictamente privada, frente a la que debe permanecer ajena cualquier política pública, obligada a prescindir de todo apoyo económico o de otra índole. Resultado de tan dispares planteamientos, y en lo que ahora más importa, es el heterogéneo grado de protección a la familia que muestran los países de nuestro entorno en el sistema de Seguridad Social, en contraste con el más fácil parangón apreciable en las restantes prestaciones sociales.

A partir de lo anterior, cabe una doble observación. En primer lugar, que el apoyo a las familias a través del reconocimiento de prestaciones en el marco de la Seguridad Social no supone, desde luego, el único ingrediente que adorna las actuales políticas de aseguramiento de su bienestar social, aun teniendo una singular relevancia. Y, en segundo lugar, que las contempladas en el Capítulo IX LGSS y desarrolladas por el RD 1335/2005, de 11 de noviembre (en adelante, RPF), tampoco son las únicas prestaciones públicas, dentro y fuera del sistema de Seguridad Social, dirigidas a la atención de las cargas familiares y, más concretamente, al cuidado de los hijos biológicos y adoptivos o menores acogidos en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

Respecto de la primera observación, recuérdese que forman parte de las políticas públicas de apoyo a la familia que reclama el art. 39 CE, actuaciones de muy diverso tenor, internas y externas al sistema de Seguridad Social. Tal es el caso de las desgravaciones fiscales, muy frecuentes y extendidas en nuestro entorno; o de la reducción en el coste o la facilitación del uso de determinados bienes y servicios, especialmente los que guardan relación con el cuidado de los hijos menores -aunque no solo estos-; pasando, en fin, por una política de igualdad básica de género que permita, de un lado, un reparto más equitativo de los roles sociales en relación con el hogar y las responsabilidades familiares, y, de otro, que garantice la no exclusión directa o indirecta de la mujer con responsabilidades familiares del mercado de trabajo, asegurando su incorporación o retorno al mismo de forma compatible con la condición de madre, para que la decisión de tener hijos no repercuta sobre la actividad laboral y viceversa¹. Porque, respecto del

¹ De ahí la necesidad de tratar el empleo de las mujeres desde una estrategia transversal que garantice la verdadera igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras. En este sentido, sobre esa exigencia y las razones que explican la desigual incidencia de normas laborales aparentemente neutras desde la perspectiva de género, pero capaces de consolidar las diferencias sexistas, fundamentalmente las relativas a la ordenación del tiempo de trabajo, *vid.* G. TUDELA CAMBRONERO y Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, *Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral*. Madrid (Fundación Alternativas), 2005, págs. 64 y ss. (además, en http://www.falternativas.org/base/download/ca4f_05-10-05_Lab%20%20ALTERNATIVAS%2072.pdf).

logro de la igualdad real entre sexos y su repercusión en los sistemas de protección de la familia, conviene recordar que la primera tiene una influencia decisiva sobre la estructura familiar, determinando ciertas trabas, de no poca entidad, para el cumplimiento de las responsabilidades derivadas de esta última. De ahí que los sistemas de protección social deban sustituir o complementar la atención a las cargas familiares, atenuando sus efectos, a través de la promoción de servicios públicos de asistencia a la infancia y a la familia en general, que garanticen y permitan conciliar el cuidado y atención de las obligaciones familiares con el desarrollo de una actividad profesional por parte de las mujeres, en tanto que sujetos que atienden de forma preferente y primordial ese rol social.

Desde esta última perspectiva, los modelos de protección social de la familia deben responder a estrategias coherentes con la situación sociolaboral de la mujer, tomando en consideración algunas significativas variables. En primer lugar, las mujeres son más proclives que los hombres a abandonar temporalmente el mercado de trabajo en períodos vitales que coinciden con mayores responsabilidades familiares, habitualmente asumidas casi en exclusiva por ellas². En segundo lugar, el hecho de que las mujeres son las destinatarias principales de los contratos a tiempo parcial, ya concertados *ab initio*, ya resultado de reducciones de jornada, por presuntas razones de conciliación de la vida familiar y laboral³. Por último, un tercer elemento diferenciador en el empleo de trabajadores y trabajadoras es que estas últimas soportan también más elevadas tasas de temporalidad y desempleo, pese a acreditar, paradójicamente, tasas de actividad y de empleo inferiores⁴. To-

² Conforme indican las fuentes del Instituto de la Mujer, del total de excedencias disfrutadas por cuidado de hijos o familiares, a diciembre de 2003, última fecha con datos procesados, el 96,38 por 100 correspondía a mujeres; por su parte, el 98,46 por 100 de los permisos de maternidad/paternidad fueron reconocidos a madres.

³ El trabajo a tiempo parcial está inevitablemente asociado a las mujeres, que, de acuerdo con fuentes de la EPA, copan su utilización en un 80 por 100 del total, sin que en muchas ocasiones las connotaciones sexistas que acompañan a este contrato sean resultado de la libre opción de las mujeres por trabajar menos horas para facilitar la conciliación de la vida laboral y extralaboral, sino consecuencia de lo que se plantea como única alternativa de trabajo asalariado ofrecida a las mismas, que viene a consolidar su situación de subempleo; todo ello sin perjuicio de que, sobre todo si el trabajo a tiempo parcial deriva de una reducción de jornada en aplicación del art. 37.5 y 7 ET o es acordada colectiva o individualmente, el efecto aludido merezca una consideración bien diversa. Sobre el tema, *vid.* G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *op. ult. cit.*, págs. 49 y ss.; también, C. CASTAÑO, C. IGLESIAS, E. MAÑAS y M. SÁNCHEZ-HERRERO, *Diferencia o discriminación. La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo y el impacto de las tecnologías de la información*. Madrid (CES), 1999, págs. 78 y ss., 84-85 y 99.

⁴ Así se deriva claramente de los indicadores facilitados por la EPA y el servicio público de empleo, que muestran, a fecha de 12 de abril de 2006, que mientras la tasa de actividad de los hombres se sitúa en un 68,95 por 100, la de las mujeres disminuye hasta el 46,95 por



das las anteriores circunstancias merecen atención en la previsión de reglas en materia de prestaciones sociales por razón de cargas familiares, como demuestra el nivel contributivo de las prestaciones familiares por hijo a cargo, sin perjuicio de que, como se dirá, aún exista espacio para dar más eficaz respuesta desde el sistema de protección social a la desigualdad por razón de sexo que provocan las cargas familiares en este ámbito.

Por lo que se refiere a la segunda observación anticipada, al margen de las medidas contempladas en el Capítulo IX citado, existen otras prestaciones públicas que atienden igualmente al cuidado de los hijos. Así, y aun dentro del entramado institucional de la Seguridad Social, cabe citar las pensiones de orfandad (art. 175 LGSS) que, atendiendo a distinta causa, constituyen también una fórmula de protección de los hijos. Fuera del marco de la Seguridad Social, pero con repercusión sobre sus prestaciones, existen diversas técnicas de ayuda por hijos, como las previstas en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas⁵, u otras de carácter asistencial, complementarias de las anteriores, que dispensan las Administraciones autonómica y local, cuyo fundamento y finalidad están íntimamente relacionados con la protección otorgada por la Seguridad Social, y con la que, aun respondiendo a idéntico propósito de cuidado y atención de las cargas familiares, no es incompatible, por situarse extramuros de aquel sistema.

En conclusión, la protección a la familia se articula a través de un plural y heterogéneo catálogo de instrumentos, ubicados dentro y fuera del sistema de Seguridad Social, y de cuya correcta interrelación depende, en buena medida, la global eficacia del modelo de apoyo y promoción familiar. No obstante, a continuación se tratará básicamente de las técnicas protectoras empleadas por nuestro sistema de Seguridad Social en el reiterado Capítulo IX, del Título. II de la LGSS. La razón es que, sin ser el único elemento de

100, al tiempo que la tasa de empleo oscila desde un 64,37 por 100 entre los primeros a un 41,50 por 100 entre las segundas; asimismo, en orden a la tasa de paro, si la de los hombres se sitúa en el 6,64 por 100, la de las mujeres asciende a un 11,61 por 100; finalmente, en lo relativo al índice de temporalidad, a 30 de noviembre de 2005, el 33,6 por 100 que reflejan los hombres se eleva al 37,0 por 100 de las mujeres. Sobre el tema, puede consultarse también C. CASTAÑO, C. IGLESIAS, E. MAÑAS y M. SÁNCHEZ-HERRERO, *op. ult. cit.*, págs. 45 y ss., 84, 95 y 100.

⁵ Por cierto, también con incidencia sobre las prestaciones familiares de la Seguridad Social, otorgando un régimen más favorable, en el nivel contributivo y no contributivo, a las familias con la cualidad de numerosas. Sobre las medidas de carácter laboral y de Seguridad Social de esta norma, véase, más ampliamente, Y. VALDEOLIVAS, «Comentario a la Ley 40/2003, de 18 de diciembre, de Protección a las Familias Numerosas: Apuntes desde una perspectiva laboral», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2004, núm. 6 (www.iustel.com).

apoyo al bienestar de la familia, la protección por hijo o menor acogido a cargo, que generalmente adopta la forma de prestaciones económicas periódicas o de pago único, constituye idealmente uno de los más valorables y de más eficaz incidencia, por su carácter inmediatamente dirigido a la superación del estado de necesidad provocado por la configuración de una unidad familiar con hijos que, desde la perspectiva estrictamente económica, solo generan gastos. Además, nótese que esta clase de fórmulas protectoras constituye elemento intrínseco del sistema de Seguridad Social, fuertemente nucleado en torno a la familia y estructuralmente condicionado por el hecho familiar.

Pese a ello, y paradójicamente, este modelo legal de protección familiar por tenencia de hijos a cargo en sus diversas prestaciones representa en nuestro sistema, cuantitativa y cualitativamente, una fórmula insuficiente, si no simbólica en la mayoría de los casos, para actuar con eficacia sobre la realidad fáctica que la subyace y el estado de necesidad que la justifica. Los rigurosos requisitos relativos al límite de ingresos de la unidad familiar que permite acceder a la prestación económica, salvo excepciones⁶, determina que solo un muy pequeño porcentaje de familias sea beneficiario de la protección⁷; protección que, por cierto, es gravada como renta personal, a diferencia de nuevo de la mayoría de sistemas europeos en que tales ayudas no tributan o lo hacen solo en ciertos casos⁸. Si a ello se suma su genéricamente escasa cuantía, máxime si puesta en relación con la prevista en otros sistemas de nuestro entorno⁹, y cuya revisión al alza en fechas no muy le-

⁶ Como son las relativas a las asignaciones por hijos minusválidos y las prestaciones por parto o adopción múltiples (arts. 182.3 y 187 LGSS, respectivamente).

⁷ Conforme a los datos ofrecidos por el Instituto de Política Familiar en su reciente *Informe sobre la evolución de la familia en España 2005*, el 89 por 100 de las familias españolas no puede acceder a prestaciones por hijo a cargo que, en cambio, perciben la mayoría de las familias europeas, no sometidas a límite de ingresos, salvo Italia y Portugal, aunque con topes significativamente más elevados que el nuestro. Puede consultarse el informe en http://www.ipfe.org/informe_evolucion_familia_esp_2005.pdf.

⁸ Cfr. el RD-Leg. 3/2004, de 5 de marzo. Ello supone una modificación del régimen inmediatamente anterior, que preveía la exención de tributación a los efectos del IRPF de las prestaciones económicas de carácter familiar, conforme al art. 7.h) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora de ese impuesto, en su redacción dada por Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de modificación parcial de la anterior, hoy derogadas por aquella primera (DD Única).

⁹ De nuevo, según el Instituto de Política Familiar (*ibidem*), España es globalmente el país que menos ayudas reconoce a la familia en el contexto de la UE de los quince: 105 euros por persona y año frente a los 518 (cinco veces más) de media europea; por ejemplo, Grecia triplica nuestra cifra, Francia y Alemania la multiplican por 6 y 7, respectivamente, y, en el extremo, Luxemburgo aumenta en 16 veces nuestra cuantía. Situación que se reproduce casi literalmente en el más concreto marco de las prestaciones por hijo a cargo, dado que al hecho de tener la tercera cuantía más baja en este tipo de prestaciones (tras Grecia y Portugal) se



janas no elude la valoración inicial, la conclusión no permite un juicio favorable sobre la real protección dispensada y sobre su idoneidad para atender la carga que justifica su desenvolvimiento. En otros términos, si se trata de asegurar a la unidad familiar con hijos un nivel de vida y bienestar equivalente al que disfrutaría sin ellos, combatiendo su empobrecimiento mediante la compensación eficaz de las cargas económicas que supone la atención de los hijos, la realidad no responde cabalmente a ese objetivo. De ahí la irrelevante incidencia social de este tipo de técnica protectora.

La impresión de conjunto es, pues, la consideración efectiva de este tipo de prestaciones sociales como ayudas dirigidas casi en exclusiva a situaciones marginales o, si se prefiere, básicamente destinada a las familias con cargas cualificadas por la condición de minusvalía de los hijos a cargo. Ciertamente, la ausencia de tope económico en estos casos amplía sensiblemente el radio de protección de la asignación por tales sujetos causantes, haciendo realmente de esta prestación, más que una técnica protectora del estado de necesidad causado por el cuidado de hijos, una fórmula de apoyo a los discapacitados, respecto de quienes se altera la naturaleza asistencialista o compensadora de un estado de necesidad económica que se cifra en no superar unos determinados ingresos por una presunción absoluta de que el estado de necesidad existe, cualquiera que sea la situación económica real del beneficiario, por el solo hecho de tenerse a cargo hijos minusválidos. Situación general la descrita que, por lo demás, no se vio alterada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre de reforma de la LGSS, limitada a prever ciertas reglas más favorables cuando de familias numerosas se trata y a introducir al menor acogido como sujeto causante de las asignaciones económicas, sin mejorar la protección en términos cuantitativos ni flexibilizar los rigurosos requisitos de límite máximo de ingresos para acceder a la misma. Modelo que cabe extender al RPF, último hito normativo en esta protección.

La situación se describe gráficamente en el siguiente cuadro, donde se evidencian las consideraciones recién expuestas, toda vez que, para hijos causantes menores de 18 años, se observa que disminuye progresiva y sensiblemente, en términos absolutos y porcentuales, el número de familias beneficiarias de prestaciones, así como el importe total abonado por este concepto.

añade que se impone, para causar derecho a ellas, un límite de ingresos que la mayoría de los países europeos obvian o elevan de forma muy notable respecto de nuestro tope anual, como se anticipó. Resulta ilustrativo advertir que una familia española necesitaría tener 13 hijos e ingresos inferiores a 10.111 euros anuales para disfrutar de las mismas prestaciones que una familia alemana con dos hijos e independientemente de sus recursos. Desde otro punto de vista, una familia española con renta anual de 20.000 euros necesitaría tener 6 hijos para acceder a las prestaciones familiares por hijo a cargo, elevándose a 10 dicho número si los ingresos alcanzan los 30.000 euros.

**EVOLUCIÓN DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES POR HIJO A CARGO.
TOTAL SISTEMA. PERÍODO 2001-2005**

Año	Mes	Hijos menores de 18 años (abono semestral)			Hijos menores de 18 años (abono mensual)			Hijos minusválida			Hijos mayores de 18 años (abono mensual)			Núm de familias	
		Sin minusvalía	Hijos minusvalía $\geq 35\%$	Total hijos menores de 18 años	Núm de familias	Hijos $\geq 65\%$	Hijos minusvalía $\geq 75\%$	Total hijos > 18 años	Núm de familias	Hijos $\geq 65\%$	Hijos minusvalía $\geq 75\%$	Total hijos > 18 años	Núm de familias		
		Número	Importe*	Número	Importe*	Número	Importe*	Número	Importe*	Número	Importe*	Número	Importe*	Número	Importe*
2001.	diciembre	1.016.532	142.836,28	71.762	20.508,89	1.088.294	163.345,17	645.155	78.296	19.135,54	49.559	18.169,32	127.855	37.304,86	124.203
2002.	diciembre	998.919	140.588,14	71.103	20.285,32	1.070.022	160.873,46	638.787	82.981	20.828,23	51.689	19.460,91	134.670	40.289,14	130.898
2003.	diciembre	975.002	137.398,99	72.646	20.723,32	1.047.648	158.122,31	625.982	87.043	22.609,94	53.442	20.905,98	140.485	43.605,92	136.622
2004.	diciembre	895.670	125.443,54	73.336	20.930,12	969.006	146.373,66	574.431	89.177	23.907,82	54.385	21.870,39	143.562	45.778,21	139.720
2005.	enero								89.520	25.570,49	54.542	23.369,07	144.062	48.939,56	140.222
	febrero								89.540	25.576,21	54.505	23.353,05	144.045	48.929,26	140.218
	marzo								89.460	25.553,35	54.477	23.341,22	143.937	48.894,57	140.105
	abril								89.841	25.662,18	54.512	23.356,21	144.353	49.018,39	140.513
	mayo								89.907	25.681,04	54.444	23.327,08	144.351	49.008,11	140.526
	junio	806.339	112.896,83	73.302	20.866,06	879.641	133.763	526.779	90.278	25.787,01	55.295	23.426,05	144.247	48.975,69	140.430
	julio								90.283	25.788,44	54.673	23.425,19	144.956	49.213,63	141.142
	agosto								90.130	25.744,73	54.649	23.414,91	144.779	49.159,64	140.961
	septiembre								90.428	25.829,85	54.848	23.500,17	145.276	49.330,03	141.473
	octubre								90.542	25.862,42	54.978	23.555,87	145.520	49.418,29	141.717
	noviembre								90.431	25.830,71	54.960	23.548,16	145.391	49.378,87	141.589
	diciembre	865.404	121.390,74	73.871	21.057,71	939.275	142.448	557.355	90.431	25.830,71	54.960	23.548,16	145.391	49.378,87	141.589
2001.	diciembre	-8,56	-8,83	0,21	0,39	-8,02	-7,76	-7,34	6,10	10,46	4,93	9,25	5,64	9,87	5,62
2002.	diciembre	-1,73	-1,57	-0,92	-1,09	-1,68	-1,51	-0,99	5,98	4,30	7,11	5,33	3,33	8,00	5,39
2003.	diciembre	-2,39	-2,27	2,17	2,16	-2,09	-1,71	-2,00	4,90	8,89	3,39	7,43	4,32	8,23	4,37
2004.	diciembre	-8,14	-8,70	0,95	1,00	-7,51	-7,43	-8,24	2,45	5,32	1,76	4,61	2,19	4,98	2,27
2005.	enero								2,14	8,83	1,81	8,47	2,01	8,66	2,08
	febrero								1,83	8,49	1,57	8,21	1,73	8,36	1,81
	marzo								1,67	8,32	1,32	7,95	1,54	8,15	1,61
	abril								1,52	8,17	0,89	7,49	1,28	7,85	1,35
	mayo								1,50	8,14	0,84	7,44	1,25	7,81	1,33
	junio	-0,83	-0,35	1,14	1,61	-0,67	-0,05	-1,70	1,36	8,00	0,70	7,29	1,11	7,66	1,19
	julio								1,34	7,98	1,97	7,24	1,58	7,62	1,17
	agosto								1,31	7,94	0,65	7,24	1,06	7,60	1,14
	septiembre								1,16	7,78	0,66	7,25	0,97	7,53	1,05
	octubre								1,16	7,78	0,77	7,25	1,01	7,58	1,10
	noviembre	-3,38	-3,23	0,73	0,61	-3,07	-2,68	-2,97	1,47	8,11	1,06	7,67	1,31	7,90	1,39
	diciembre								1,41	8,04	1,06	7,67	1,27	7,87	1,34

* En miles de euros
Fuente: MTAS, Secretaría de Estado de la Seguridad Social



2. LA DOBLE MODALIDAD CONTRIBUTIVA Y NO CONTRIBUTIVA DE PRESTACIONES FAMILIARES

Una de las principales novedades de la vigente redacción del Capítulo IX, del Título II LGSS, operada por art. 19 Ley 52/2003, sería el reconocimiento exclusivamente no contributivo y la no exigencia de requisitos de previo aseguramiento de las prestaciones económicas de carácter familiar (arts. 181 y ss.), considerándose, en cambio, en buena lógica, como modalidad contributiva la prestación de carácter no económico (art. 180). En efecto, la actual calificación como modalidad no contributiva de las prestaciones familiares en la triple formulación protectora del art. 181 LGSS merece una positiva valoración, avalada por la mejor técnica legislativa respecto de la redacción precedente, aun cuando el contenido protector de conjunto no se vea alterado. Que antes de la reforma el art. 86.2.b) LGSS atribuyera expresamente esa naturaleza a las asignaciones económicas percibidas en concepto de prestaciones familiares por hijo a cargo, era susceptible de interferir en la más correcta interpretación de la acción protectora, induciendo a la falsa conclusión de haberse eliminado la doble modalidad que esta contingencia todavía seguía diferenciando, por cierto de forma más artificiosa que real, al no someterse en ningún caso a requisito alguno de cotización y al coincidir tanto la exigencia del límite de ingresos como el contenido protector. Pero no era tal la conclusión a extraer entonces, porque las prestaciones familiares disponían, desde luego, de ese doble nivel de protección, relevante, si no en la cuantía de las prestaciones, sí en otros elementos de su régimen jurídico, de modo que una correcta interpretación de aquella norma permitía referir el carácter no contributivo a los exclusivos efectos de financiación. No se transformaba, pues, la naturaleza jurídica de la prestación, subsistente un nivel contributivo que sumaba a un régimen jurídico que se comportaba en muchos aspectos como si se tratara de un nivel asistencial el dato añadido de su financiación exclusivamente presupuestaria.

Sirva lo anterior para confirmar lo oportuno de la nueva regulación, que supera la inadecuación de mantener la doble modalidad protectora de la prestación económica por hijo a cargo. Por ello, el modelo vigente solo mantiene la naturaleza contributiva para la prestación no económica, cuyo propio esquema protector responde correctamente a la exigencia de previo encuadramiento o aseguramiento en el sistema, al basarse en una causa de excedencia que obliga a que el beneficiario proceda de una situación de actividad laboral efectiva. Por el contrario, las prestaciones económicas quedan enmarcadas en todas sus modalidades en el nivel no contributivo, entendiendo el legislador que el derecho a su percepción ni requiere previos actos de

enquadramiento en el sistema o en un concreto régimen protector ni, menos aún, períodos previos de carencia. Ello a partir de la consideración de este tipo de prestaciones no como sustitutivas de salarios perdidos, lo que es propio de la protección contributiva, sino de la sola existencia de un estado de necesidad que se acredita por la tenencia de hijos si unido a un nivel bajo de ingresos de cualquier naturaleza. De ahí que ahora resulte más coherente la regulación legal de esta materia con lo dispuesto en el también reformado art. 86.2.b) LGSS, que denomina no contributiva solo a la protección dispensada en la sección 2.^a del Capítulo IX, Título II LGSS, otorgando a la prevista en la sección 1.^a, a contrario, carácter contributivo.

Culmina, entonces, una tendencia progresivamente universalista de las prestaciones familiares, que ha venido remarcando de forma progresiva su independencia de elementos de aseguramiento previo, cuyo penúltimo hito se concretó en la previsión, por Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, de una modalidad no contributiva de la asignación económica por hijo a cargo que se sumaba a la contributiva preexistente, y que continuó con la aprobación de la prestación económica de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos (art. 2 RD-Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, y RD 1368/2000, de 19 de julio, de desarrollo de las prestaciones económicas de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos y por parto múltiple), ya incorporadas, con un objeto más amplio, en la LGSS, consolidando la naturaleza no contributiva con que nacieron. Juicio positivo que no oculta que lo avanzado en universalización de la protección, con la desaparición de la modalidad contributiva de las prestaciones familiares de carácter económico y su definición como no contributiva, se ve defraudado por la ausencia del que hubiera debido ser equivalente progreso en el contenido protector, así como, sobre todo, flexibilización de los rigurosos requisitos de límite de ingresos del beneficiario y de incompatibilidades hoy previstas.

3. LA PRESTACIÓN FAMILIAR DE LA MODALIDAD CONTRIBUTIVA

Los arts. 180 LGSS y 2 RPF prevén la prestación familiar no económica, equivalente a la consideración como período de cotización efectiva de un cierto tiempo del total que dura la excedencia laboral para el cuidado de hijos u otros familiares en las condiciones previstas por los arts. 46.3 ET, para el personal laboral, y 29.4 Ley 30/1984, de 2 de agosto, para el personal funcionario o contratado administrativo. El derecho a la protección presupone, pues, la concurrencia de las circunstancias suspensivas de la rela-



ción de trabajo referidas en las citadas normas, alejándose de la situación protegida en las prestaciones familiares de la modalidad no contributiva en un doble sentido, simultáneamente más amplio y más estrecho.

Lo primero, por la extensión de la consideración de las cargas familiares que permiten acceder a la protección a familiares diversos de los hijos a cargo. Emerge, de forma novedosa tras la reforma de la regulación de esta contingencia, un nuevo sujeto causante, el familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida; sujeto hasta ahora ignorado a efectos de prestaciones familiares, en clara coherencia con la denominación clásica que se daba a esta protección, adjetivada como prestaciones familiares por hijo a cargo que, por definición, excluía cualquier atención a sujetos diversos de los hijos y ahora ausente del rótulo del Capítulo IX. Clara mejora del régimen legal precedente y mayor coherencia de la regulación de la protección social con la de la excedencia, como corresponde al cabal entendimiento de que el estado de necesidad es idéntico y el presupuesto que desencadena la acción protectora merecedora de igual tratamiento.

Lo segundo, porque se reduce la noción de hijo a cargo causante de la prestación respecto del nivel no contributivo, como deriva de la propia naturaleza de la protección dispensada, pues la excedencia presupuesta de la misma se aplica solo hasta el límite de edad de los tres años del menor, si el hijo es biológico, o en los tres años siguientes a la resolución administrativa o judicial que declara la adopción o acogimiento familiar, permanente o preadoptivo¹⁰, si se trata de hijos adoptados o acogidos.

3.1. Beneficiarios de la protección

Son beneficiarios de la prestación no económica los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social acogidos al disfrute de la excedencia por cuidado de hijos, lo que presupone su situación de alta en el mismo (art. 4 RPF). Aunque la protección se extiende a los sujetos incluidos en cualesquiera regímenes especiales del sistema de Seguridad Social, conforme a la DA 8.ª LGSS, sin perjuicio de que, según la DT 2.ª RPF, la gestión de las prestaciones familiares que venía efectuando hasta la entrada en vigor de la norma el ISM, se atribuye ahora al INSS.

¹⁰ En los términos previstos en los arts. 172 a 173 *bis* CC. Únicamente se excluye como situación protegida el acogimiento familiar simple, de carácter transitorio y que persigue la inserción del menor en su propia familia biológica.

La prestación no económica no se condiciona a tope alguno de ingresos por el beneficiario o a cualquier otra circunstancia de las que se aplican a las prestaciones familiares de la modalidad no contributiva, bastando con el mero disfrute de la situación de excedencia. Cabe, pues, que, aun no teniendo derecho a la asignación o habiéndolo perdido por cualquier causa, se sea beneficiario de la prestación no económica o, por aludir a una situación diversa, que el derecho a la asignación recaiga sobre un progenitor y la prestación no económica sobre el otro, dado que esta última depende exclusivamente de la suspensión de la relación laboral por cuidado de hijos o familiares dependientes; como cabe igualmente que, por un mismo sujeto causante, la prestación no económica se reconozca a ambos progenitores simultáneamente, lo que es causa de incompatibilidad en la asignación, pero que aquí deriva de que la excedencia es un derecho individual de cada trabajador.

3.2. **Requisitos y contenido de la protección: su virtualidad desde la perspectiva de género y de conciliación de la vida familiar y laboral**

La protección se traduce en crear la ficción de tener por cotizado el primer año de reserva del puesto de trabajo de que goza el trabajador en excedencia por cuidado de hijos u otros familiares en situación de dependencia y carentes de actividad retribuida, o del período inferior cuando no se completa un año de excedencia (art. 5.3 RPF), ampliándose tal período cuando la unidad familiar acredita la cualidad de familia numerosa, de la categoría general o especial, hasta quince y dieciocho meses, respectivamente ¹¹. Período de cotización efectiva que, frente a la regulación precedente,

¹¹ Conforme a los arts. 2 a 4 Ley 40/2003 y 1 RD 1621/2005, de 30 de diciembre, de desarrollo de la anterior, es familia numerosa de la categoría general la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, comunes o no. A esta se equiparan la de dos hijos, si uno de ellos tiene una discapacidad igual o superior al 65 por 100 o estuviera incapacitado para trabajar, la de dos ascendientes si ambos tuvieran esas mismas condiciones, las de padre o madre separados o divorciados con tres o más hijos, comunes o no, que dependen económicamente, aunque estén en distintas unidades familiares y no vivan en el domicilio conyugal, la de dos o más hermanos huérfanos absolutos sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con su tutor pero no se hallen a sus expensas y, en fin, la de tres o más hermanos huérfanos absolutos mayores de dieciocho años o dos si uno es discapacitado en grado igual o superior al 33 por 100, si conviven y tienen entre ellos dependencia económica. Por su parte, es familia numerosa de la categoría especial la unidad familiar de cinco o más hijos, la de cuatro si tres de ellos proceden del mismo parto, adopción o acogimiento múltiples o la de cuatro en otras circunstancias si los ingresos anuales de la unidad familiar, dividido por el número de miembros, no superan en cómputo anual el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, incluidas las pagas extraordinarias. En todos los casos anteriores, se exige a los hijos o herma-



tiene efectos solo para las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad¹², excluyendo, pues, a efectos de cómputo de la cotización en esos períodos, cualesquiera otras prestaciones del sistema. Mención nada inocua, por su influencia en la exclusión de prestaciones tales como la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, el riesgo durante el embarazo y el desempleo que, pese a la más clarificadora dicción legal actual, ya estaban excluidas por la original norma reglamentaria de desarrollo en el primer y tercer supuesto y por la propia naturaleza de la contingencia en el segundo.

El fundamento de la protección, ya se dijo, es la atención y cuidado de los hijos o de otros familiares dependientes, susceptible de arrostrar efectos jurídico-laborales si el padre o la madre o el cuidador de otro familiar se acogen al derecho al disfrute de una excedencia de hasta tres años, en el caso de hijos, o hasta un año en el caso de familiares dependientes, salvo mejora convencional. Excedencia cuyo régimen es la suspensión del contrato de trabajo con reserva del mismo puesto durante el primer año y de un puesto del mismo grupo profesional o de categoría equivalente durante el tiempo restante; a efectos de Seguridad Social, ello se traduce en el cese de la obligación de cotización, pese a su condición de situación asimilada al alta, considerándose ficticiamente como período cotizado a los fines de evitar los eventuales efectos negativos que para la global protección del sistema de Seguridad Social derivarían de la baja y subsiguiente ausencia de cotización, especialmente, a efectos de pensiones. En definitiva, el legislador parece manifestar el deseo de que quienes se acogen a este tipo de excedencia no sufran merma alguna en sus derechos de protección social como con-

nos ser solteros y menores de veintiún años o discapacitados sin límite de edad, convivencia y dependencia económica, a lo que se suma la exigencia de poseer la nacionalidad española o la de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, y residencia en territorio español o en un Estado de los citados anteriormente si uno de los ascendientes trabaja por cuenta propia o ajena en España. En los demás supuestos, se aplica el principio de igualdad de trato con los españoles si se cumplen las condiciones previstas en la LO 4/2000, de 11 de enero. No obstante, aunque estos últimos requisitos de nacionalidad y residencia acreditan la condición de familia numerosa, la protección de esta modalidad contributiva no requiere que los hijos residan en España, a diferencia de la actual exigencia del nivel no contributivo. En todo caso, en las condiciones descritas, y al margen la valoración que merezca la eventual consideración de otras formas de convivencia no previstas por la norma, la carga familiar resulta en todos los supuestos mencionados digna de una especial tutela, lo que explica su régimen más favorable, que también es objeto de atención, aun solo en consideración a los hijos naturales o adoptivos, en las prestaciones familiares no contributivas.

¹² Sobre la consideración de la excedencia por cuidado de hijo a efectos de protección de la maternidad sobrevenida, véanse las SSTS 20 ene. 95, AR. 393, 30 may. 00, AR. 8192 y 14 nov. 02, AR. 3042.

secuencia de la laguna de cotización durante el primer año o plazo superior que dura este supuesto suspensivo del contrato de trabajo; y es que la merma o reducción de la cuantía de los subsidios por maternidad o pensiones a que se pudiera causar derecho por los progenitores por tal laguna o, en el más extremo de los casos, la imposibilidad de acceder a aquella protección por no tener cubiertos los necesarios períodos de carencia o no estarse en situación de alta a efectos de acceder a la protección que, sin la ficción aludida, resultaría excluida durante el período excedente, podría volverse en contra de la opción de los trabajadores en favor del disfrute de la excedencia, dejando vaciada de contenido una interesante previsión legal de apoyo a la familia.

De suerte que la medida actúa como estímulo al ejercicio del derecho, si bien solo durante el primer año o período superior en las familias numerosas, único plazo en que se entiende no interrumpida la cotización. Esto es, pese a que la excedencia puede durar en el caso de hijos hasta tres años, solo a una porción de ese tiempo se atribuye la condición de período cotizado, aunque el nacimiento o adopción de cada nuevo hijo da derecho al inicio de un nuevo período de excedencia que, poniendo fin al anterior, es origen de una nueva prestación no económica con idénticos efectos asegurativos durante el correspondiente período (art. 5.4 RPF). Con todo, la solución más eficaz para el cumplimiento del propósito protector descrito y el mayor grado de conciliación de la vida familiar y laboral sería extender al período completo de disfrute efectivo de la excedencia la condición de período cotizado, atribuyendo las más amplias consecuencias en materia de aseguramiento y protección social coherentes con la situación contractual, que atribuye el carácter de forzosa a la excedencia y determina la reserva del puesto de trabajo, dado que tal es el elemento realmente justificativo del tratamiento especial en el ámbito de la Seguridad Social. Máxime si la propuesta se valora desde la imprescindible perspectiva de género y desde la constatación de que las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral afectan, de hecho, principalmente a las mujeres, en tanto casi exclusivamente cuidadoras o sostenedoras de las cargas familiares¹³.

¹³ Véase, al respecto, el *Libro Blanco sobre atención a las personas en situación de dependencia en España*, que evidencia cómo, pese a su incorporación masiva al mercado de trabajo, las mujeres siguen ejerciendo casi en exclusiva la función de cuidadoras, haciendo renunciar a muchas de ellas a ejercer una profesión o a tener un trabajo fuera del hogar u obligándolas a compatibilizar su vida laboral y familiar, con las inevitables adaptaciones de ambas funciones y, en lo que aquí más interesa, de su faceta laboral (Cap. III, págs. 50 y ss.; puede consultarse en http://www.seg-social.es/imserso/mayores/LIBRO_BLANCO.pdf). De esta forma, si las mujeres activas no encuentran en la red de servicios sociales apoyos a su labor de cuidadoras, su trabajo quedará inevitablemente perjudicado. Ello por no aludir a la clara y progresiva disminución que, como advierte el citado Libro Blanco, se está produciendo en Espa-



Por ello, aun no alcanzando todavía el grado de lo plenamente satisfactorio, resultan elogiables las previsiones de modificación del art. 180 LGSS contenidas en la DA 17.^a Once del Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres¹⁴, en el sentido de considerar como período cotizado no uno sino dos años del período de excedencia por cuidado de hijos, ampliados a 30 y 36 meses en caso de familia numerosa de la categoría general y especial, respectivamente. Aun sin cubrir esa ampliación de la ficción de cotización el total del tiempo de posible disfrute de la excedencia ni incrementar la que puede causarse por cuidado de otros familiares dependientes —que sí ven, en cambio, incrementada la duración de la causa suspensiva de uno a dos años (DA 10.^a Ocho—, lo cierto es que la medida representa una mejora significativa del régimen vigente, aún más apreciable si se advierte que, cuando la excedencia hubiera ido precedida por una reducción de jornada del art. 37.5 ET, las cotizaciones efectuadas en esta última circunstancia se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía correspondiente a la jornada completa.

No cabe duda de que soluciones como las señaladas, junto a proteger más eficazmente el objeto de tutela subyacente, son capaces de combatir las desigualdades por razón de sexo, evitando las negativas consecuencias laborales y de protección social que sufren las trabajadoras como consecuencia de un reparto desequilibrado y sexista de roles sociales. Tales medidas implican hacer recaer sobre el sistema público un coste adicional, al dar por cotizados períodos por los que no se han ingresado cuotas, pero computados como de cotización a efectos de pensiones futuras, para hacer realidad la compensación de una contribución al sistema, si no en cuotas, sí en especie de quienes han atendido a responsabilidades familiares. Además, ello no afecta a las empresas, para las que la contratación de mujeres ya resulta suficientemente disuasoria a juzgar por los datos estadísticos, atribuyendo al sistema de protección social en exclusiva un coste que parece en consonancia con el mandado del art. 9 CE, dirigido además a revalorizar socialmente y reconocer utilidad también económica a una función básica, el cuidado de la familia, merecedora de un trato preferente que ponga fin a la perpetua-

ña, desde 1960 hasta ahora, del potencial cuidador femenino, que obliga a una progresiva sustitución del apoyo familiar informal por un sistema de recursos formales de apoyo, con implicación de los poderes públicos. De ahí la urgencia de contar, en otro orden de cosas, con la pronta entrada en vigor (prevista para 2007) de las importantes medidas diseñadas en el Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 21 de abril de 2006, y que puede consultarse en http://sociales.mtas.es/inicioas/dependencia/proyecto_ley_dependencia.pdf.

¹⁴ Cuyo texto puede verse en <http://www.mtas.es/mujer/mujeres/igualdad/Anteproyecto%20igualdad.pdf>.

ción de la infraprotección a que conduce una exacta proporcionalidad entre cotizaciones efectuadas y prestaciones reconocidas¹⁵. El fundamento de tal opción es interpretar que los años dedicados a tareas de cuidado de los hijos y familiares también son años productivos que, aun no remunerados, resultan compensables por la sociedad que, en su conjunto, se beneficia de tales tareas mediante el instrumento de la protección social, haciendo efectivo el principio redistributivo intrínseco y consustancial a tal sistema público, además de servir de vehículo para la eliminación de una discriminación indirecta de las mujeres resultado de su singular y desfavorable situación sociolaboral.

¹⁵ Siendo las mujeres uno de los colectivos que más bienestar aportan a la sociedad, con la asunción de cargas sociales que, de otro modo, habrían de sostenerse por vías alternativas, es paradójico que sean luego quienes menos beneficios sociales perciben por el esfuerzo realizado, como se evidencia al abandonar la actividad laboral para dedicarse a la atención de la familia, por perjudicar el acceso a la protección social futura. De ahí la oportunidad de establecer fórmulas que permitan tener por cotizados los períodos invertidos en la dedicación a tareas familiares, haciendo la ficción de que los trabajadores —casi exclusivamente, las trabajadoras— han seguido cotizando durante todo el tiempo que han dejado de prestar actividad laboral o han reducido su dedicación a la misma para atender a responsabilidades familiares. Fórmula que pasa por la modificación de la actual regulación contenida en el art. 21 O. TAS/2865/03, de 13 de octubre, en relación con el convenio especial de trabajadores que reducen la jornada por motivos familiares —y aun del art. 22 de la misma norma respecto de los trabajadores contratados a tiempo parcial, si puede acreditarse que el motivo de la inferior jornada es el cuidado familiar—. En efecto, ahora el único trato de favor que encuentran estos trabajadores es la posibilidad de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social para mantener las bases de cotización, a costa del conveniado, en las cuantías por las que se venía cotizando con anterioridad a la reducción de jornada —en el contrato a tiempo parcial, hasta completar la cotización mínima correspondiente a su categoría profesional—. Con la acción positiva propuesta, el efecto sería idéntico, pero el coste de esas cotizaciones lo asumiría el sistema público. Opción en la que se alinea el propio Pacto de Toledo en su revisión de 2003 (Res. del Congreso de los Diputados, de 2 de octubre 2003), que aboga por estudiar mecanismos que incorporen los períodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como «elementos a considerar en las carreras de cotización para evitar que los costes y las percibidas como desventajas de asumir responsabilidades familiares no constituyan un obstáculo a la natalidad en la medida en que redunden en penalizaciones y menores niveles de protección individual».

En esta línea de argumentación, recuérdese que el TJCE ha estimado injustificada por razones de política social del Estado la no eliminación de medidas que provocan discriminaciones indirectas que, en realidad, obedecían a motivos económicos o presupuestarios, distinguiéndose, pues, entre política social e intereses financieros. Siendo las razones económicas eje de la política social y determinando la naturaleza y alcance de la protección social, en sí mismas no constituyen un objetivo perseguido por esa política, excluyendo justificar una decisión en perjuicio de uno de los sexos, cuya admisión supondría, precisamente, una discriminación indirecta basada en el sexo, condicionante espacial y temporalmente del principio de igualdad a la situación financiera de los Estados. *Vid.*, al respecto, las SS.TJCE 24 feb. 94, C-343/92 (Asunto Roks); 17 jun. 98, C-243/95 (Asunto Hill y Stapleton); 20 mar. 03, C-187/00 (Asunto Kutz-Bauer); 11 sep. 03, C-77/02 (Asunto Steinicke); 23 oct. 03, C-4 y 5/02 (Asunto Schönheit); 10 mar. 05 C-196/02 (Asunto Nikoloudi).



Al margen de las propuestas reseñadas, y volviendo al régimen vigente, al período considerado como cotizado se atribuyen efectos no solo para completar la cotización necesaria para causar derecho a las prestaciones del sistema referidas, sino también para determinar su cuantía, afectando al cálculo de las bases reguladoras y tipos aplicables (art. 6 RPF). En este sentido, nótese que la cotización carece de efectos para causar derecho más adelante al subsidio por incapacidad temporal y a la prestación por desempleo, aun permitiéndose la exclusión del período de excedencia efectivamente disfrutado del cómputo del período anterior en que debe producirse la cotización (art. 4 Ley 4/1995, de 23 de marzo, por la que se regula el permiso parental y por maternidad). Pero los efectos no se desenvuelven únicamente respecto de prestaciones futuras, sino de las que pueden causarse y protegerse durante el disfrute mismo de la situación de excedencia, incluida la asistencia sanitaria, única mencionada expresamente por el citado precepto reglamentario, pues los beneficiarios de la prestación no económica por hijo a cargo se encuentran, ya se dijo, en situación asimilada al alta (art. 36.1.3.º RD 84/1996, de 26 de enero), a los fines de acceder a las oportunas prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social¹⁶, excluidas, desde luego, aquellas que solo proceden desde la situación de activo —por ejemplo, de nuevo la incapacidad temporal, como expresaba la precedente norma reglamentaria hoy derogada o el riesgo durante el embarazo—.

Por su parte, sobre el modo de cuantificar la base de cotización que ha de estimarse durante el período de cotización ficticia, se prevé su determinación por la base media del beneficiario correspondiente a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia laboral, computándose, de no existir tal período previo de cotización, la base media efectivamente acreditada correspondiente al período inmediatamente anterior al inicio de la excedencia (art. 7 RPF). Planteamiento normativo que permite considerar como base de cotización la que debiera haberse estimado normalmente de no existir la suspensión del contrato y, con ella, la ausencia de cotización, garantizando al trabajador, durante el período de referencia, una consideración, a efectos de Seguridad Social, si no idéntica, muy cercana a la que se reconocería de no haberse acogido al régimen de excedencia.

Sobre el reconocimiento y actualización de la prestación, los empresarios deben comunicar a la TGSS, en el plazo de quince días, el inicio y finalización del disfrute por sus trabajadores de los períodos de excedencia laboral para el cuidado de hijos o familiares con reserva de puesto de trabajo, pudiendo ser constitutiva de infracción laboral la omisión de esta comu-

¹⁶ Para un supuesto de maternidad sobrevenida en situación de excedencia por cuidado de hijos, cfr. la STS(ud) 14 nov. 02, AR. 3042.

nicación (art. 8 RPF), probablemente solo calificable como leve por su inclusión en el art. 21.4 LISOS. No obstante lo anterior, el derecho a la consideración como período cotizado del tiempo de que se trate no se reconoce de oficio por la entidad gestora, ni de forma automática con la sola comunicación empresarial, sino que requiere la solicitud del beneficiario, aunque debe entenderse que no existe plazo para dicha solicitud. O, como señalaba de manera expresa el derogado art. 20 RD 356/1991, el derecho al reconocimiento de la prestación es imprescriptible, pudiendo ser reclamado en cualquier momento, dando lugar a la revisión de la cuantía de las prestaciones ya causadas o al reconocimiento de nuevas prestaciones anteriormente denegadas por no haberse computado como efectivamente cotizado el período de excedencia. Pero la imprescriptibilidad no significa que los efectos económicos de la revisión o del reconocimiento de la prestación se retrotraigan al momento inicial en que aquellos pudieron producirse, actuando los mismos exclusivamente a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presentó la solicitud, como corresponde al régimen general de prescripción del reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social (art. 43.1 LGSS); lo que significa que los efectos económicos más favorables no se retrotraen más allá de ese plazo, provocando la pérdida de los que hubieran correspondido antes de ese período inmediatamente anterior a la solicitud¹⁷. En suma, es factible que la solicitud de prestación familiar de la modalidad contributiva no se realice por el beneficiario hasta el momento en que la misma haya de surtir efectos, bien para determinar una cuantía superior de la prestación a que se tenga derecho, pues la consideración de ese período de cotización puede elevar la base reguladora o el porcentaje a ella aplicable, bien para causar derecho a una prestación que, de no computarse ese año, no llegaría a nacer.

3.3. ¿Una nueva situación protegida? La violencia de género como causa de prestación no económica

Con una finalidad netamente distinta de la hasta aquí expuesta, la DA Única RPF ha venido a extender la consideración como período de cotización efectiva, respecto de las trabajadoras —extensible a las autónomas— los períodos suspensivos del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo que hubieran tenido lugar como consecuencia de situaciones de violencia de género, de acuerdo con los arts. 45.1.n) y 48.6 ET, a los efectos del reconocimiento del derecho a prestaciones de la Seguridad Social, con

¹⁷ Sobre el tema, cfr. la STSJ Comunidad Valenciana 4 dic. 03, Jur. 207809. Y, en general, señalando que aquí no existe regla especial sobre prescripción, la STS 15 mar. 04, Ar. 2042.



los mismos efectos y régimen jurídico que los recién analizados. Así, los seis meses que, como regla general, se puede suspender el contrato de trabajo con reserva de puesto como consecuencia de ser víctima de violencia de género, ampliables hasta un máximo de dieciocho si, a resultas de actuaciones de tutela judicial, la efectividad del derecho de protección requiriese esa prolongación, son considerados, a efectos de prestaciones futuras, como período cotizado.

Sin perjuicio de la positiva valoración que merece la introducción en nuestro sistema de protección social de una medida como la descrita, coherente, además, con los efectos reconocidos en el plano contractual, en tanto representa una técnica eficaz de protección de un colectivo especialmente débil y digno de tutela, lo cierto es que no puede ocultarse que su ubicación en esta norma responde más a criterios de oportunidad que de adecuada técnica legislativa. Y es que resulta poco discutible la asimetría que incorpora la figura en una norma que desarrolla las prestaciones familiares de la Seguridad Social, con las que no guarda relación alguna la situación de violencia de género. Falta de sistematicidad que no niega la virtualidad de la previsión, pero que hubiera recomendado su más correcta ubicación en la normativa reguladora de las situaciones asimiladas al alta y de los efectos en orden a la cotización.

En otras palabras, pese a su apariencia, no estamos ante una nueva prestación familiar, sino, en su caso, ante una nueva contingencia del sistema de Seguridad Social, aun cuando su protección siga exactamente el modelo de la prestación no económica de la modalidad contributiva de las prestaciones familiares, con la que, sin embargo, no debe confundirse. Nueva contingencia que, otra vez en buena técnica legislativa, debiera haberse traducido en su incorporación expresa al art. 38 LGSS.

4. LAS PRESTACIONES FAMILIARES DE LA MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA

En este nivel, el art. 181 LGSS dispone tres tipos de prestaciones que, pese a compartir una misma finalidad —protección de la familia frente a las cargas que provocan los hijos y asimilados—, y una misma técnica protectora —todas consisten en prestaciones dinerarias, periódicas o a tanto alzado— disponen de peculiaridades propias en la definición de la situación protegida y, desde luego, en su contenido prestacional. También aquí resulta más adecuada la nueva dicción legal dada por Ley 52/2003, que agrupa y enuncia en un mismo precepto y regula en un mismo texto legal, prestaciones que antes se encontraban dispersas y que, aun definidas dentro de la rama de la protección familiar, dificultaban su global comprensión; además,

ello permite ahora la más fácil aplicación de disposiciones comunes. Como es igualmente oportuna la nueva norma reglamentaria de desarrollo, que viene a corregir algunas previsiones de la anterior difícilmente conciliables con el régimen legal modificado.

4.1. Asignación económica por hijo a cargo

Reconocida en el art. 181.a) LGSS, el supuesto de hecho objeto de la protección es la tenencia de un hijo, en las condiciones que se verán, como sujeto causante de la protección y elemento determinante de los perfiles de la situación protegida. Es tal circunstancia de riesgo familiar, concretado en la tenencia de hijos, la causa de la protección, que procura complementar el salario de que disponen las familias para afrontar esa nueva correlación entre ingresos y gastos¹⁸. Pero no cualquier hijo reúne las condiciones exigidas para ser considerado causante de la protección, de modo que el concepto esencial a estos fines es el de hijo a cargo del beneficiario, al que se somete toda la regulación de esta técnica protectora; concepto de hijo a cargo que, simultáneamente, ha ampliado y estrechado su contenido en la última reforma, ahondando, en este segundo caso, la crítica a lo parco de la protección por esta causa.

4.1.1. *El sujeto causante de la prestación: el hijo a cargo*

El primer dato destacable en relación con el concepto, y en la línea ampliatoria anticipada, es que a los hijos naturales y adoptivos que siempre habían causado derecho a la protección se han venido a sumar ahora los menores acogidos, en régimen de acogimiento familiar o preadoptivo. Opción razonable, porque, aun no tratándose de hijos en sentido estricto, el beneficiario de la prestación asume, respecto de los acogidos, el ejercicio de los deberes de protección, guarda y atención propios de aquellos primeros, determinando, así, cargas familiares equivalentes; equiparación, además, co-

¹⁸ Precisamente el exclusivo carácter dinerario de la técnica protectora empleada para superar el estado de necesidad que provoca la tenencia de hijos o menores acogidos a cargo es uno de los puntos más criticables del régimen jurídico de la contingencia, al obviarse otros modelos tanto o más eficaces a tales fines, como el acceso en especiales condiciones a servicios sociales complementarios indispensables para los hijos, y susceptibles de asegurar un mayor bienestar económico y familiar que las medidas tradicionalmente adoptadas por nuestro ordenamiento, de cuyo escaso importe ya se ha dado cuenta, defraudando la finalidad protectora por permitir difícilmente atender, sin recursos adicionales, a tales servicios sociales, aun de carácter público.

herente también con la prestación familiar de la modalidad contributiva que, en remisión al régimen jurídico del art. 46.3 ET, ya consideraba al acogido, antes de la reforma, sujeto causante de la prestación no económica. El resultado es lo innecesario ahora, para rodear la exclusión, del anterior recurso de considerar a los acogidos dentro del ámbito de la contingencia por la vía indirecta de considerarlos abandonados o huérfanos absolutos, haciéndoles a ellos mismos beneficiarios de la protección abonada a sus representantes legales o a quienes los tengan a su cargo. Con todo, lo que la nueva redacción no altera es la imposible consideración de beneficiario de prestaciones familiares a quien tenga una situación de necesidad provocada por otros miembros de la unidad familiar -ascendientes sin recursos propios, por ejemplo- ni derivada de la atención a otros hijos que no reúnan acumulativamente los requisitos de edad, convivencia y dependencia económica exigidos al efecto, aunque determinen una carga económica similar o aun superior para la unidad familiar. Primera limitación criticable del objeto de las prestaciones familiares que, por cierto, contrasta con situaciones legislativas precedentes que reconocían las asignaciones, además, con independencia de los ingresos de los beneficiarios¹⁹.

En suma, se considera hijo a cargo a aquel que reúna tres requisitos esenciales: convivencia con el beneficiario de la prestación, dependencia económica del mismo y minoría de edad o mayoría si unida al grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 [arts. 3.a) y 9 RPF].

Respecto a la convivencia, la normativa se limita a señalar que se entiende subsistente entre padres e hijos, a efectos de causar derecho a las prestaciones, cuando el alejamiento de estos últimos de la unidad familiar responde a una mera separación transitoria motivada por estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares. Lo que subyace a esta exigencia es, pues, la acreditación de vida en común, dado que solo esta permite constatar la existencia de una carga para la unidad familiar, sin quebrar por ausencias temporales del hijo y razones justificadas que no niegan la permanencia de los gastos que origina su atención y cuidado²⁰. También se considera que existe convivencia cuando se trata de hijos minusválidos ingresados permanentemente en centros especiales si el beneficia-

¹⁹ Tal era el caso del subsidio familiar, instaurado por Ley 18 julio 1938, y del plus familiar, regulado por OM 28 abril 1942. Al respecto, más ampliamente, M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección social de la familia*. Valencia (Tirant lo blanch), 2005, págs. 102 y ss.

²⁰ Estimando la permanencia de la relación de convivencia que evita la pérdida de la consideración como hijo a cargo de quien vive transitoriamente de forma separada de los progenitores por razones justificadas, véanse las SS.TSJ Galicia 27 ene. 99, AS. 5209; Madrid 29 jun. 99, AS. 5925 y Canarias-Las Palmas 17 dic. 99, AS. 1270; considerando que la misma no se rompe por habitar en vivienda propia adaptada a la minusvalía que no cuestiona la necesidad de protección, la S.TSJ Castilla y León 31 oct. 94, AS. 3758.

rio costea parcialmente la estancia en el centro o atiende de cualquier otro modo a los gastos generados por el hijo. Pero no existe convivencia cuando el hijo reside establemente fuera de España, a diferencia de la legislación y jurisprudencia anterior a la reforma legal, pues la residencia en nuestro territorio es ahora requisito exigible del beneficiario y del hijo a cargo, como se verá a continuación. En todo caso, el criterio de la convivencia ha de entenderse de forma flexible y adaptada a la finalidad de la protección, que es básicamente vivir a expensas del beneficiario, lo que, en la práctica, puede amplificar de forma considerable la aparente limitación de los supuestos que no inciden en la existencia de convivencia a las solas ausencias temporales y por las razones referidas.

Sobre el requisito de la dependencia económica, se considera que no está a cargo del beneficiario el hijo que trabaja por cuenta propia o ajena, si obtiene ingresos anuales, en concepto de rendimientos del trabajo, superiores al 75 por 100 del SMI, también en cómputo anual, o es perceptor de una pensión contributiva de cualquier régimen público de protección social, con la sola excepción de la pensión de orfandad o en favor de familiares nietos o hermanos (art. 9.4 RPF); en estos casos, se ha eliminado ya la incompatibilidad con la pensión de orfandad de mayores de 18 años, aun cuando esa compatibilidad solo existe de hecho para huérfanos minusválidos mayores de edad, pues los no minusválidos dejan de ser causantes de la asignación económica al cumplir los 18 años²¹. Incompatibilidad luego ampliada por los arts. 189.3 LGSS y 30.3 RPF, para el caso de hijos con minusvalía, a la condición de pensionista de las modalidades no contributivas de invalidez o jubilación, aun cuando esa incompatibilidad ya no se extiende, por reforma expresa de la norma legal por DA Única Ley 8/2005, de 6 de junio, a la condición, por parte del hijo minusválido, de beneficiario de las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio, ya derogadas, o de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona de la Ley 13/1982, de 7 de abril²². En conclusión, el régimen vigente, frente al precedente, toma en consideración los ingresos del hijo cuando los

²¹ En todo caso, la regla anterior suponía un notable recorte de los ingresos a percibir en las unidades familiares monoparentales por fallecimiento de uno de los progenitores y con hijos minusválidos incapacitados para trabajar, así como para los propios minusválidos mayores de edad huérfanos absolutos y con idéntica incapacidad laboral, quebrando en buena medida la regla básica con que operaba nuestro tradicional modelo de protección familiar, que no atendía a los ingresos de la unidad familiar cuando de hijos minusválidos se tratara. Situación corregida con la actual redacción legal y reglamentaria.

²² Sobre el fundamento y régimen jurídico de esta incompatibilidad, puede verse, más ampliamente, Y. VALDEOLIVAS, «Comentario al art. 189 LGSS», en AA.VV., *Ley General de Seguridad Social. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina* (Dir. L.E. de la Villa). Madrid (Colex), 2004, págs. 759 y ss.



mismos no eliminan la condición de vivir a expensas del beneficiario, superando la crítica que se hacía al respecto y que restringía, a veces sin justificación, la protección²³.

En cuanto al requisito de edad, solo son hijos a cargo los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad con una minusvalía igual o superior al 65 por 100, de suerte que los demás hijos, aun cuando convivan y tengan dependencia económica de los padres, no dan derecho a la prestación. Si el criterio de la edad no plantea problemas, sin perjuicio de advertir sobre su asimetría con el régimen previsto para la pensión de orfandad, siendo un elemento objetivo de asequible acreditación, no cabe decir lo mismo de la minusvalía, cuya determinación, influyendo de forma notable sobre el reconocimiento y cuantía de la prestación económica, es compleja y puede provocar mayor inseguridad jurídica (arts. 182 *ter* LGSS, 15 RPF y Anexos I a III del RD 1971/1999, de 23 de diciembre). Determinación que no elude, desde luego, junto a la valoración objetiva de la discapacidad misma, la atención a factores no técnicos, sino sociales, de carácter complementario, y relativos al entorno familiar, así como a la situación laboral, educativa y cultural que dificulten la integración social del minusválido u otros elementos del entorno habitual de la persona (arts. 4.1 y 5.2 RD 1971/1999)²⁴.

4.1.2. *Los beneficiarios de la asignación y los requisitos de acceso a la protección*

Como corresponde a una acción protectora enmarcada en el régimen de las modalidades no contributivas, la norma ignora las condiciones de afi-

²³ Así, se denegaba la prestación a los beneficiarios que, aun sumados los eventuales ingresos del hijo, no superaban los topes máximos de renta previstos (SSTS(ud) 9 nov. 92, AR. 8791, 19 jul. 93, AR. 5974, y 22 may. 00, AR. 5515). No obstante, llegó a admitirse la dependencia del hijo cuando, aun percibiendo ciertos ingresos, necesitaba completarlos con la aportación de otro sujeto para mantenerse o para atender conjuntamente las necesidades del grupo familiar, entendiéndose que no todo ingreso del hijo excluía realmente el beneficio legal de la prestación por hijo a cargo (SSTSJ Cataluña 13 mar. 97, AS 1854, 15 jun. 98, AS 2786, 24 ene. 01, AS. 573 y 17 oct. 02, AS 3574; Galicia 27 ene. 99, AS. 5209 y 21 nov. 00, AS. 3863). También, declarando la compatibilidad entre la asignación económica por hijo a cargo y el subsidio por desempleo equivalente al 75 por 100 SMI, la STSJ La Rioja, 15 oct. 98, Ar. 3862; considerando compatible la prestación por hijo a cargo con la de orfandad SOVI, la STS(ud) 12 feb. 01, Ar. 2517.

²⁴ Dicho grado se expresa en un porcentaje que atiende inicialmente a la estricta discapacidad, pero modificable, en su caso, y de resultar un porcentaje de valoración de aquella no inferior al 25 por 100, con la adición, hasta un máximo de quince puntos, de la puntuación obtenida en el análisis de los factores sociales complementarios (art. 5.3 RD 1971/1999). Para determinar si existe necesidad de concurso de una tercera persona, la valoración inicial

liación, alta y cotización del sujeto beneficiario, limitándose a exigir, para causar derecho a este tipo de prestaciones familiares, la acreditación del estado de necesidad que pretende cubrirse, básicamente concretada en la existencia de los sujetos causantes de la prestación y en la limitación de ingresos de la unidad familiar, sumada, como es usual en las prestaciones no contributivas, la exigencia de residencia legal en España y la incompatibilidad de la asignación con otras prestaciones de similar naturaleza en otro régimen público de protección social (arts. 182.1 LGSS y 10.1 RPF).

Por lo que afecta a la residencia en España, se trata de establecer un elemento de vinculación con el Estado que protege esa necesidad, actualizado en el dato de residir en nuestro territorio, aunque, a diferencia de lo exigible en otras contingencias, no se impone un período mínimo de residencia previa y prolongada, bastando aquí la mera residencia legal en el momento de la solicitud y reconocimiento del derecho, mantenida durante su percepción. La explicación reside en la diferente naturaleza de la prestación que se materializa en una pensión respecto de esta otra concretada en una mera asignación económica, de duración habitualmente temporal, salvo en el caso de hijos minusválidos, y de cuantía, además, sensiblemente inferior, lo que recomienda exigencias menos rigurosas. Por lo demás, dicha residencia no se entiende interrumpida por ausencias del territorio español inferiores a noventa días a lo largo de cada año natural, cualquiera que sea su causa, ni respecto de los trabajadores españoles trasladados por su empresa fuera del territorio español en situación asimilada a la de alta y cotizando en el correspondiente régimen de Seguridad Social español, ni las motivadas por causas de enfermedad debidamente justificadas (art. 28.4 RPF).

Todavía en relación con la residencia en territorio español, aparece, tras la reforma aprobada por Ley 52/2003, la condición de que la misma exista también en el sujeto causante de la prestación, lo que es susceptible de restringir el acceso a la misma. Tal regla viene a modificar una sólida doctrina judicial, amparada en el anterior silencio legal, que había reconocido el derecho a la asignación —en el nivel contributivo, no así en el no contributivo— a extranjero que trabaja en España cuyo hijo reside en el país de origen del progenitor, entendiéndose, con razón, que la situación de necesidad es idéntica si el hijo reside fuera de España pero a expensas y a cargo del progenitor que trabaja en nuestro país²⁵. La solución resulta coherente con

debe atribuir un grado de minusvalía igual o superior al 75 por 100, y la necesidad de asistencia por tercero se deriva cuando se obtenga en la aplicación del oportuno baremo un mínimo de quince puntos (art. 5.4.a) RD 1971/1999).

²⁵ Véanse ahora, por todas, con resumen de la doctrina anterior a la reforma y la nueva interpretación aplicable tras la misma, las SSTSJ Canarias (Las Palmas) 25 nov. 04, AS 3807; Cataluña 20 oct. 05, JUR 43369 y Aragón 31 ene. 06, rec. núm. 1127/2005.

el nuevo modelo no contributivo de esta modalidad, que elude exigir actividad en nuestro país, aunque lo cierto es que ahora se deniega al trabajador extranjero encuadrado en el sistema español de Seguridad Social por realizar actividad profesional en nuestro país la asignación económica por el hijo que depende económicamente de él pero reside fuera de España que antes le hubiera sido reconocida, y que hoy solo disfrutaría por la vía de las interrupciones temporales de la convivencia. Lo anterior produce, pues, una restricción de la situación protegida que el anterior nivel contributivo permitía eludir.

En orden a la tenencia de hijos, se prevé, para los casos de separación judicial o divorcio, o situaciones de análoga afectividad a la conyugal²⁶, que el percibo de la asignación se conserve para el padre o la madre a cuyo cargo queden aquellos, lo que produce básicamente dos efectos. De una parte, el relativo al eventual desplazamiento de la asignación desde el progenitor que era beneficiario inicialmente hacia el que, en la nueva situación familiar, convive con los hijos y se hace cargo de ellos, de no coincidir ambos sujetos. Se altera, así, la regla aplicable a los supuestos de convivencia de los padres, conforme a la cual, si ambos son potenciales beneficiarios de la asignación, decidirán de mutuo acuerdo quién es el beneficiario, dando preferencia ahora a efectos de la percepción de la asignación al progenitor con quien conviva el hijo tras la ruptura del matrimonio; y con independencia de que dicho sujeto causante perciba ingresos provenientes del deber de alimentos del otro progenitor, pues los únicos ingresos computables son los del beneficiario. De otra, el que afecta a dejar de considerar para el cómputo de ingresos máximos anuales los de ambos progenitores conjuntamente, valorando exclusivamente los del que se hace cargo del hijo o menor acogido sin minusvalía, único supuesto en que la prestación se condiciona a la acreditación de necesidad económica, pudiendo, así, causarse tras esta ruptura de la convivencia el derecho a la asignación que, durante la misma, no procedía por superarse conjuntamente el límite de ingresos anuales.

Tercer y decisivo requisito condicionante de la asignación es el relativo al límite de ingresos anuales, cualquiera que sea su naturaleza, percibidos por el beneficiario o por ambos progenitores, si existe convivencia, así como, en su caso, los del huérfano absoluto o hijo abandonado que sea beneficiario por sí mismo de la asignación, aunque estén a cargo de otra persona, no computándose si no coinciden beneficiario y sujeto causante de la asignación (art. 10.4 a 6 RPF). Verdadero punto neurálgico del acceso a la protección, esta exigencia posee la regulación más detallada, a la que se han in-

²⁶ Como expresa ahora de manera explícita el art. 11.2 RPF, acogiendo la interpretación extensiva que se hacía para las uniones de hecho (Y. VALDEOLIVAS, «Comentario al art. 182 LGSS», en *op. ult. cit.*, pág. 726).

corporado tras la última reforma algunas novedades derivadas de la aplicación en este contexto del concepto de familia numerosa que hasta ahora estaba ausente. Su fundamento, común a todo nivel no contributivo y técnica asistencialista, responde a la existencia de un verdadero estado de necesidad protegible y digno de compensación por la Seguridad Social, el exceso de gastos que conlleva la tenencia de hijos a cargo, pero lo cierto es que, como se dijo, la actual cuantía del límite de ingresos anuales no garantiza en absoluto la suficiencia económica²⁷. Incongruencia que se extiende al hecho de que los ingresos computables a estos fines son solo los de los beneficiarios individualmente considerados, o conjuntamente si los padres conviven, excluidos otros que la unidad familiar allegue si percibidos por otros miembros e incluso por los propios hijos causantes; si se pretende atender al estado de necesidad, sería adecuado considerar la totalidad de los recursos que ingresan en la unidad familiar donde se sitúa el hijo a cargo, interpretando que todos ellos sirven al sostenimiento de la misma, procedan del miembro que procedan²⁸.

Con todo, el requisito de limitación de ingresos cuenta con algunas excepciones relevantes. Primero, se prescinde de tope para asignaciones económicas por hijo a cargo minusválido, menor o mayor de edad —con minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 en el primar caso e igual o superior al 65 por 100, en el segundo— cuestión sobre la que ya se re-

²⁷ La cuantía máxima, que debe actualizarse cada año por LPGE en un importe al menos equivalente al incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social, equivale, para 2006, a 8.968,89 euros anuales, elevándose a 15.290,76 euros anuales en el caso de familias numerosas, con un incremento de 2.476,67 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, este incluido (DDAA 2.ª LPGE/06 y 6.ª RD 161/2005, de 30 dic.). Si se observa, se calcula la actualización de los ingresos máximos en atención a un concepto incongruente, cual es la revalorización de las pensiones contributivas, en vez de adoptar como referencia, por ejemplificar, el de la cuantía de ingresos anuales por debajo de la cual no existe obligación de presentar declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas, lo que, sin duda, sería más correcto. El criterio asumido legalmente hubiera sido más adecuado para actualizar la cuantía de la asignación, con la que sí existe identidad de razón, pero respecto de la que justamente es ignorado por el legislador, al menos en alguno de sus tramos, no así para revisar el límite de ingresos que no condiciona la cuantía de la prestación, sino la existencia misma del derecho a aquella. Algunas observaciones críticas sobre el modo de fijación del límite de ingresos y sobre qué ingresos computan, en Y. VALDEOLIVAS, «Comentario al art. 182 LGSS», cit., págs. 728 y 730.

²⁸ Declarando no computables los ingresos obtenidos por los hijos, a cargo o no, la STS(ud) 7 jul. 99, AR. 6444 y las SSTSJ Cataluña 13 mar. 97, AS. 1854, y Castilla y León 15 abr. 97, AS. 1538; en contra, la STSJ Galicia 27 sep. 96, AS. 2782. Por ello, se ha llegado a excluir del cómputo de ingresos a efectos de obtener complementos por mínimos de la pensión de viudedad lo percibido en concepto de asignaciones económicas por hijo a cargo (SSTSJ Castilla y León 19 ene. 99, AS. 1057 y 23 feb. 99, AS. 5429; en contra, la STSJ Castilla y León 22 jun. 98, AS. 6313).

flexionó. Segundo, no se excluye de la protección a quienes, aun superando la cuantía mencionada, obtienen ingresos inferiores a la cantidad que resulta de sumar a dicha cifra el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo por el número de hijos a cargo del beneficiario o la cuantía mayor en el caso de familias numerosas, sin perjuicio de que la cuantía anual de la asignación se vea reducida a la diferencia entre los ingresos computables efectivamente percibidos por el beneficiario y el producto de aquella multiplicación. Tercero, ahora para restringir la protección, se establecen reglas específicas en el cómputo de ingresos en situaciones de convivencia de los progenitores, con independencia del vínculo matrimonial o extramatrimonial, en el sentido de computar conjuntamente los obtenidos por ambos, lo que supone un serio recorte a la protección, máxime cuando la convivencia de los progenitores ni sirve para aumentar el límite de ingresos anuales ni permite el reconocimiento de asignación simultáneamente al padre y a la madre. Pese a todo, tal regla, por su propia naturaleza, se aplica en exclusiva a los hijos comunes de los convivientes y a cargo de estos, de suerte que, en familias reconstituidas, cuando de la unidad familiar formen parte hijos comunes de ambos cónyuges junto a hijos de solo uno de ellos, ha de considerarse que el cómputo de los ingresos para tener derecho a la asignación económica por estos últimos solo atenderá a los ingresos del progenitor.

Última condición de acceso a la protección es no ser beneficiario de otras prestaciones sociales de carácter público -contributivas o no, hay que entender- y excluidos los regímenes privados de protección social. Esto es, se limita a prestaciones reconocidas en cualquiera de los regímenes que integran la estructura del sistema de Seguridad Social, lo que permite afirmar que no queda vetada la coincidencia de las prestaciones por hijo a cargo con otras similares provenientes de la acción asistencial de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales, o de sistemas foráneos, aun cuando los ingresos obtenidos por aquellos conceptos compatibles computarán a efectos del límite de ingresos del beneficiario. Y, desde luego, se limita a prestaciones públicas, no privadas, quedando excluidas las mejoras voluntarias (arts. 39 y 191 y ss. LGSS), aunque tengan identidad de causa, y ya se gestionen por empresas, Mutualidades de Previsión Social o entidades aseguradoras de cualquier clase, y previstas o no en convenio colectivo. Se trata, en realidad, de una regla de incompatibilidad con otras prestaciones sociales de naturaleza pública, y cualquiera que sea el régimen de protección que las reconozca, si se advierte una identidad de razón o una idéntica naturaleza con las que, en esos otros regímenes, se pudieran estar percibiendo, lo que supone una reiteración de la regla contemplada, en sede más adecuada, en el art. 189.2 LGSS. Incompatibilidad que se refiere no solo al beneficiario que pudiera serlo doblemente de asignación y prestación análoga, sino que afecta también al otro progenitor.

Además, al margen de los progenitores, también son beneficiarios de la asignación económica que, en su caso, hubiera correspondido a sus padres o acogedores, los huérfanos de padre y madre, perciban o no pensión de orfandad, y los hijos abandonados por aquellos, si no se encuentran en régimen de acogimiento familiar —en este último caso, causarían para quienes los tienen acogidos la asignación de que se trata, trasladando la condición de beneficiarios a estos últimos—. Tales huérfanos o abandonados han de ser menores de dieciocho años o mayores de esa edad con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, pues tales casos son los únicos en que puede reconocerse la asignación. El precepto no amplía el supuesto de hecho protegido, ni se extiende a situaciones en que la asignación no se hubiera reconocido al padre o madre²⁹, limitándose a reemplazar al titular del estado de necesidad, entendiéndose que el hijo o menor abandonado está a cargo de sí mismo por no existir progenitores, ya por fallecimiento —huérfano absoluto—, ya por abandono, sustituyendo su ausencia, para mantener la protección, por el reconocimiento de la prestación al propio hijo a cargo o menor abandonado sin acogimiento. La condición de beneficiario de la asignación del hijo a cargo es meramente supletoria de la reconocible a alguno de los progenitores, y opera solo cuando no hay ni padre ni madre por fallecimiento o abandono del hijo. Lo que determina que, salvo en los casos de menores de edad no minusválidos en que habría de atenderse a los ingresos del hijo, en las restantes situaciones el hijo a cargo será beneficiario de la asignación económica cuando el último progenitor al momento de fallecer o antes del abandono ya tuviera reconocida tal asignación o hubiera podido corresponderle de haberse solicitado. Con todo, cuando la asignación se reconoce al hijo a cargo huérfano absoluto, de existir pensión de orfandad percibida por el mismo, el resultado será un acceso menos asequible a la asignación que el que existiría de ser beneficiario alguno de los progenitores; porque si, en este último supuesto, en el límite de ingresos no computa lo percibido por el hijo en concepto de pensión de orfandad, tales ingresos sí se consideran cuando el beneficiario es el propio hijo pensionista, restringiendo por esta vía la protección y eludiendo, de facto, una sustitución automática por el hijo de la posición de beneficiario que hubiera debido reconocerse al progenitor.

4.1.3. *El contenido de la protección*

La asignación no determina una protección única y uniforme para todo beneficiario, pues su concreta cuantía económica dependerá de la específi-

²⁹ Cfr., en este sentido, la STSJ Castilla y León-Burgos 27 may. 04, Jur. 186819.



ca situación familiar, colocando al solicitante, básicamente en atención al número de hijos o menores acogidos a cargo del beneficiario y a su grado de minusvalía, en alguno de los cuatro tramos o importes que pretenden ajustarse a los distintos grados del estado de necesidad: menores de dieciocho años, menores de dieciocho con minusvalía igual o superior al 33 por 100, mayores de edad con minusvalía igual o superior al 65 por 100 y, finalmente, mayores de edad con minusvalía igual o superior al 75 por 100 que requieran el concurso de una tercera persona para valerse³⁰. Ello remarca el carácter progresivo y redistributivo de las prestaciones familiares, incrementando las asignaciones económicas a las unidades familiares que padecen necesidades o cargas más acuciantes por la incidencia de aquellas variables relativas al número y grado de minusvalía de los hijos a cargo, y reconociéndolas a quienes, incluso excediendo el límite de ingresos, requieren, en ciertas condiciones, si no una protección completa, sí al menos una compensación parcial de sus necesidades. Y es que la primera de las cuatro situaciones familiares predeterminadas solo da derecho a percibir el importe íntegro establecido, ya se dijo, si el solicitante de la asignación no supera el máximo de ingresos anuales fijado, pues, en otro caso, aun conservando el derecho a la prestación económica, la misma será objeto de la aludida reducción proporcional al exceso de ingresos obtenidos (arts. 182.1.c) LGSS y 10.1.c) y 13 RPF); por el contrario, las otras tres cuantías nunca son objeto de recorte, por no condicionarse a límite alguno de ingresos (arts. 182.3 LGSS y 10.1.c) RPF).

Con todo, el teórico criterio redistributivo que informa la previsión de las diversas cuantías de la asignación se ve afectado seriamente por lo insignificante de la protección, que cuestiona su virtual eficacia para incidir realmente en las economías familiares, en especial en los dos primeros tramos. A lo que se suma la falta de atención a otros criterios determinantes de la protección que pueden resultar singularmente agravantes de la situación de necesidad familiar, como lo es, por ejemplificar, la existencia de un solo progenitor o la concurrencia de otros hijos que, a expensas del beneficiario, no tienen la consideración legal de a cargo, pese a las reglas más favorables en materia de límite de ingresos respecto de las familias numerosas.

4.2. La prestación por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos

Introducida en nuestro sistema por RD-Ley 1/2000 e incorporada tras la Ley 52/2003 al articulado de la LGSS (arts. 181.b), 185 y 186 LGSS y

³⁰ Las cuantías son, en el orden señalado, 291,01 euros anuales, siempre que no se supere el tope de ingresos obtenido por el beneficiario para menores de 18 años; 581,66 euros

3.b) y 19 a 22 RPF), esta técnica protectora prevé una prestación económica de pago único y a tanto alzado cuando concurre el hecho causante previsto. Se trata, así, de una fórmula indemnizatoria, a diferencia de la asignación, con la que, sin embargo, comparte idéntico objetivo de protección familiar, si bien su finalidad directa es ahora compensar solo a determinadas unidades familiares que asumen mayores gastos como consecuencia del cuidado de tres o más hijos, presuponiendo que la familia se ve obligada a destinar un nivel de recursos sensiblemente superior al de unidades con solo uno o dos hijos a cargo. Hubiera podido establecerse, en sustitución de esta prestación a tanto alzado, un régimen especial de las asignaciones por hijo a cargo reconocidas en los arts. 182 y ss. LGSS para cuando se tienen tres o más hijos, aumentando en tal caso la cuantía de las reconocidas a partir del tercero y sucesivos —ahora solo se dispone un incremento del límite de recursos que permite acceder a la asignación—, aunque se ha optado por esta otra alternativa que, de hecho, solo compensa la situación de necesidad inicial y en un momento puntual, el de incorporación de un nuevo hijo a la familia, mediante el reconocimiento de una prestación de pago único. Con todo, dado que la prestación a la que ahora se alude y la asignación económica por cuantos hijos a cargo existan en la unidad familiar son compatibles, el pago a tanto alzado que reconoce este precepto no obsta, desde luego, que ese tercer y sucesivos hijos sean sujetos causantes de una nueva asignación que, de idéntica cuantía a las anteriores, salvo grados de minusvalía añadidos, se sumarán a las que el beneficiario ya venía percibiendo por los dos hijos anteriores. Aún más, puede suceder que, por el juego de las reglas especiales más favorables en el tratamiento de las familias numerosas o por el incremento del 15 por 100 por cada nuevo hijo a partir del segundo del límite de ingresos anuales que permite acceder a la prestación, sea a partir del tercero o sucesivos cuando pueda desenvolverse la protección económica.

En cuanto a la situación protegida, tras la incorporación a la LGSS, no solo se prevé el nacimiento de hijos naturales sino también adoptados, en

anuales, sin atender a tope de ingresos, para menores con minusvalía igual o superior al 33 por 100; 3.569,52 euros anuales, cantidad equivalente, en cómputo mensual, a la cuantía de la pensión de invalidez, en la modalidad no contributiva, para mayores de edad con minusvalía igual o superior al 65 por 100 y, en fin, 5.354,28 euros anuales, cantidad equivalente, en cómputo mensual, a la pensión de invalidez, en la modalidad no contributiva, más el complemento por necesidad del concurso de tercera persona, para esta minusvalía cualificada (DA 2.^a LPGE/06, que ha actualizado los dos últimos importes, manteniéndose idénticos los dos primeros desde su fijación por RD-Ley 1/2000, sin posterior actualización). Cuantías generadas por cada hijo a cargo, multiplicándose en su importe anual por el número de sujetos causantes a cargo del beneficiario.

una adecuada ampliación del hecho causante que, no obstante, sigue excluyendo, sin aparente justificación, el acogimiento familiar; de suerte que la familia con dos o más hijos que acoja a un menor en régimen de acogimiento familiar permanente o preadoptivo no causa derecho a esta prestación. Incoherencia en la ordenación de la contingencia, que deja fuera una situación generadora de idéntico estado de necesidad que las expresamente amparadas, y que se hace más patente cuando se compara con la nueva regulación legal de la asignación económica, que equipara de manera explícita al menor acogido con el hijo a cargo a efectos de la identificación de los sujetos causantes de la protección.

No se alcanza a entender, pues, tal exclusión, salvo criterios estrictamente económicos que, a la vista de la insignificante cuantía de la prestación, resultan más que discutibles. Si a efectos de compensación de cargas familiares se estima merecedor de la asignación aquel sujeto que vive a expensas del beneficiario, en lo que aquí interesa, durante su minoría de edad, no puede cuestionarse que el acogido queda enmarcado en tal situación de hecho, al tener los acogedores en relación con aquel las mismas obligaciones que incumben respecto de los hijos. En este sentido, de tratarse de un acogimiento que otorgara a la familia acogedora una compensación económica, como permiten las normas civiles, la regla podría tener justificación, pero carece de ella cuando tal compensación es inexistente. Por otro lado, y de nuevo buscando razones a la exclusión, si lo que quisiera protegerse es solo al recién nacido por su presunta mayor onerosidad para la familia, de nuevo emerge la incongruencia, porque o debieran excluirse también las adopciones de menores que no tienen esa condición o incluirse el acogimiento de recién nacidos.

No obstante, adviértase que en el cómputo del tercer y sucesivos hijos se consideran todos los que, ya nacidos o adoptados con anterioridad, tienen la consideración de hijo a cargo, ya sean de uno solo de los progenitores de ese tercero o sucesivos hijos, ya de ambos. Lo que significa, por aplicación de la cualidad de hijo a cargo, que computan no solo los hijos naturales y adoptivos, sino también los menores acogidos, produciéndose una nueva paradoja: no siendo el menor acogido sujeto causante de esta prestación, sí es objeto de atención, en cambio, a efectos de tener al nuevo hijo nacido o adoptado como tercero o sucesivo. Esto es, el menor acogido es considerado a efectos de la identificación de la situación protegida pero ignorado en orden a la condición de sujeto causante de la protección³¹.

³¹ Por cierto, respecto de los hijos causantes, es oportuno señalar que, aunque la nueva redacción del art. 185.1 LGSS parece más restrictiva que su antecedente en lo relativo a la exigencia de que el nacimiento o adopción deben producirse en España, pudiendo interpretarse

En este mismo orden de consideraciones, se prevén algunas otras circunstancias susceptibles de ampliar el supuesto de hecho protegido. De una parte, se reconoce el derecho a la prestación a quienes, con independencia del número de hijos ya nacidos o adoptados y a cargo, lleguen a tener en un mismo parto o adopción tres o más hijos; lógica previsión porque, aun no teniéndose hijos a cargo en el momento del nacimiento o adopción triple o superior, es obvio que tal circunstancia ya provoca por sí sola la contingencia de que se trata, compatible, además, con la de nacimiento o adopción múltiple, pues, como mínimo, la unidad familiar ya estará conformada por tres o más hijos a cargo determinantes de la prestación en cuestión. De otra, también se concede un tratamiento más favorable para cuando los hijos a cargo que se consideran para identificar la situación protegida tienen la condición de minusválidos en un grado igual o superior al 33 por 100, señalándose que los mismos computan doble; así, en una unidad familiar que tenga a cargo un solo hijo con dicho grado de minusvalía, el segundo nacido o adoptado será causante de la prestación económica.

En cuanto a los beneficiarios de la prestación, en clara correspondencia con los requisitos exigidos para el caso de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, los arts. 185.2 LGSS y 19 RPF remiten expresamente solo a los apartados a), c) y d) del art. 182.1, aunque lo cierto es que también la letra b), relativa a la tenencia de hijos a cargo, resulta obligada, y aún más exigente, dado que han de tenerse como mínimo dos hijos que reúnan esa cualidad, salvo acreditación de la minusvalía antes referida. De este modo, en general, la prestación se somete a las exigencias de residir en España, no superarse el límite de ingresos anuales previsto y, en fin, de incompatibilidad con otras prestaciones que el padre o la madre tengan derecho a percibir en cualquier otro régimen público de protección social, en los términos analizados para el supuesto de la asignación económica. De ahí que sea irrelevante, pudiendo haber bastado con la primera fórmula de remisión, la especificación relativa al cómputo conjunto, en caso de convivencia entre el padre y la madre, de los ingresos percibidos por ambos en orden a la consideración al aludido tope de ingresos anuales, pues dicha regla ya está especificada en ese otro precepto citado.

que el nacido fuera de nuestro país carece de protección y, sobre todo, por el notablemente mayor nivel de gastos, que la adopción internacional queda excluida de la misma, el art. 20.1 RPF ha venido a zanjar tal consideración. Así, se reproduce el régimen original que reconoce el derecho si producido el nacimiento o adopción en el extranjero cuando el nacido se integra de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en nuestro país. Sobre la interpretación más lógica, aun criticada, previa a la aprobación de la reciente norma reglamentaria, *vid.* Y. VALDEOLIVAS, «Comentario al art. 185 LGSS», en *op. cit.*, pág. 747.



En lo que afecta al contenido de la protección, la prestación consiste en el abono por una sola vez de una cantidad equivalente a 450,76 euros, en una cuantía uniforme para todo beneficiario, en lógica correspondencia con el carácter no contributivo de la prestación, que prescinde, pues, de períodos previos de cotización y de cálculo personalizado de bases reguladoras. No obstante, esa cuantía inicialmente uniforme puede verse reducida de superarse el límite de ingresos, en idénticos términos a los expresados para la asignación³², y, como en este último caso se trata de igual importe al previsto en la norma original, con lo que se observa que desde 2000 no se ha producido el más mínimo incremento del alcance de la protección, ni siquiera por la vía de la actualización año a año al incremento del índice de precios al consumo. En conclusión, la prestación por tercer y sucesivos hijos, ya testimonial en el primer año de su aplicación en nuestro sistema, agrava ese carácter de forma progresiva, lo que cuestiona la verdadera virtualidad de la acción protectora. Una vez más vuelve a cobrar razón la tesis de que nuestro sistema de prestaciones familiares, con todas las valoraciones añadidas que quepa introducir en el debate, se mueve más en la línea de la protección de los hijos minusválidos que en la sola protección de la tenencia de hijos que conviven en la unidad familiar y a expensas de la misma, sumando a una muy reducida cuantía de las prestaciones, ni siquiera actualizadas al IPC, una limitación de ingresos realmente bajos que condicionan el acceso a la protección.

4.3. Prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples

La tercera y última protección familiar en la modalidad no contributiva se concreta en una prestación económica de pago único por parto o adop-

³² Aunque será muy poco relevante el juego de esta excepción a la limitación de ingresos, pues para que entre en juego ha de ser muy pequeño el exceso sobre el límite anual, máxime al disponerse que no se reconocerá la prestación cuando la diferencia aludida sea inferior al importe anual de la asignación por hijo o menor acogido no minusválido, esto es, menor a 291 euros. En todo caso, una vez reconocida la prestación, la misma tendrá una cuantía no íntegra sino reducida y equivalente a la diferencia entre los ingresos efectivamente percibidos por el beneficiario y aquel importe conjunto. Solución más flexible y menos restrictiva a la prevista, aunque ello alejara el régimen aplicable del que es propio de la asignación por hijo a cargo, y aun extensible también a esta última, hubiera sido la de mantener la posibilidad de reconocimiento de la prestación cuando se supera el límite de ingresos si los percibidos siguen siendo inferiores a los que se obtendrían de sumar a aquellos el importe de las prestaciones familiares, pero sin reducir a continuación la cuantía de las prestaciones efectivamente reconocidas; de esta forma, considerado el reducido importe de los ingresos atendidos y la también escasa cuantía de las prestaciones, se aseguraría una protección algo menos parca.

ción múltiples. Como la anterior, esta protección, una vez incorporada al articulado de la LGSS en sus arts. 187 y 188, desarrollados por los arts. 23 a 26 RPF, y frente al modelo precedente del RD-Ley 1/2000, ha venido a ampliar el hecho causante al supuesto de adopción, antes excluido por considerarse solo los hijos biológicos. No es cuestionable que se está en presencia de una técnica prestacional que responde a idéntico objetivo de protección a la familia que las que originalmente eran contenido exclusivo de las prestaciones familiares denominadas por hijo a cargo, únicas reguladas inicialmente dentro de la LGSS, aun cuando su finalidad directa es aquí compensar solo determinado hecho familiar que presupone la asunción de mayores gastos como consecuencia de la incorporación coetánea en un mismo acto -parto o adopción- de dos o más hijos. Ello presupone que la familia se ve obligada a destinar un nivel de recursos sensiblemente superior que cuando el crecimiento de la unidad familiar se produce por la incorporación de un solo hijo. Esto es, no se protege en atención a tener nuevos hijos a cargo, lo que vendría cubierto, en su caso, vía asignación económica, compatible, desde luego, con la prestación que ahora interesa, sino porque la familia ha de cuidar de forma simultánea de varios hijos consecuencia del parto o adopción múltiples.

Como se dijo, destaca en la regulación vigente la ampliación operada en la identificación de la situación protegida o de los beneficiarios de la prestación, toda vez que la original quedaba limitada al parto múltiple, excluyendo, pues, la situación, que ahora también se contempla como merecedora de protección, de la adopción múltiple. Opción adecuada, pues ambos acontecimientos comparten un idéntico estado de necesidad atendible, no excusable ni siquiera considerando que solo el primer caso presupone la presencia de al menos dos recién nacidos como sujetos particularmente tutelables, toda vez que, al margen de que la adopción múltiple no excluye mecánicamente tal posibilidad, tampoco parece que la cualidad de recién nacidos añada realmente nada digno de diferenciarse de la condición de recién adoptados. Así, el resultado es una solución más coherente con el sentido de la prestación y con el principio de igualdad que, a efectos de protección social, dispone nuestro sistema público para los hijos cualquiera que sea su filiación, natural o adoptiva, y cuyo régimen anterior resultaba, así, criticable. Con todo, tampoco puede obviarse en esta línea argumental la actual exclusión de la prestación, en absoluto casual y coincidente con la que es propia de la modalidad protectora anterior, del acogimiento familiar múltiple, de suerte que la familia que acoja simultáneamente a dos o más menores en dicho régimen no causa derecho a esta prestación. Nueva incoherencia en la ordenación de la prestación que excluye como protegible una situación determinante del mismo estado de necesidad que las expresamente amparadas, máxime tras la incorporación de la adopción múltiple, y que contrasta con la nueva

regulación legal de la asignación económica, que equipara de manera explícita al menor acogido con el hijo a cargo a efectos de la identificación de los sujetos causantes de la protección. A estos efectos, pueden tenerse por reproducidos los argumentos críticos que, sobre esta misma cuestión, se realizaron respecto de la prestación por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos, a los que puede añadirse, para este concreto caso, otro que refuerza la consideración crítica. En efecto, si se advierte que el art. 3.2 RD 1251/2001 prevé, dentro de la contingencia de maternidad, un subsidio especial para los casos de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor de forma simultánea, sin diferencias, pues, a efectos de protección entre las tres figuras descritas, se cuenta con una nueva razón que refuerza la incongruencia legislativa, insalvable con la sola explicación de que estamos ante diversos riesgos protegidos.

Por lo demás, y ahora en valoración positiva, el art. 24.1 RPF ha venido a solventar también para este caso la regulación legal restrictiva que impone, sin aparente excepción, la exigencia de que el parto o adopción múltiples se produzcan en España, al reputar producido en nuestro país el nacimiento o la adopción que tenga lugar en el extranjero cuando se acredite que el hijo se ha integrado de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en territorio español. Asimismo, recuérdese que en los casos de parto o adopción múltiple, cuando uno de los hijos nacidos o adoptados esté afectado por una minusvalía igual o superior al 33 por 100, el mismo computará doble (art. 24.2 RPF). Reglas ambas que reproducen el régimen de la modalidad protectora que antecede a esta.

En relación con los sujetos beneficiarios de la prestación, a diferencia, ahora sí, de las restantes prestaciones familiares previstas, esta última no se condiciona a límite alguno de ingresos, de suerte que procede su reconocimiento cualquiera que sea la situación económica de la unidad familiar. Sin duda, con ello, y a la vista del particular contenido protector, se está resaltando que lo que se persigue con esta acción protectora es únicamente un reequilibrio inicial, mediante el pago de una sola vez del correspondiente importe, de la economía familiar en el instante en que se incorporan de forma coetánea dos o más hijos a la unidad de que se trate. Desde ese instante, las cargas económicas que la presencia de dos o más nuevos miembros pueda determinar en la misma serán cubiertas, en su caso, por otro tipo de modalidades protectoras. Abstracción de los ingresos que no obsta la aplicación de otros dos requisitos comunes a las asignaciones económicas y a las prestaciones por tercer y sucesivos hijos, a los que la norma remite expresamente. Tales son la residencia legal en España y la exigencia de que el padre o la madre no tengan derecho a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social, en los términos ya analizados. En definitiva, la prestación por nacimiento o adopción múltiple

tiples se separa en un punto importante del régimen común de las prestaciones familiares, en general sometidas, salvo hijos causantes minusválidos, a la acreditación de carencia de ingresos por no superarse el límite anualmente dispuesto. Por el contrario, aquellas quedan sometidas únicamente a la concurrencia del hecho causante, a la residencia legal en España, que no evita, pues, el acceso a la protección por los extranjeros que dispongan de aquella condición, y a la incompatibilidad con prestaciones idénticas dentro del sistema de Seguridad Social.

Por lo que afecta al contenido protector, se trata de una prestación económica a tanto alzado y de pago único equivalente a una cuantía que atiende exclusivamente al número de hijos nacidos o adoptados de forma simultánea, y que en vez de determinarse en un importe expresado de modo directo, se establece en referencia al concepto de salario mínimo interprofesional: 4 veces el SMI si el número de hijos nacidos o adoptados es igual a dos, 8 veces dicho importe si los hijos nacidos o adoptados son tres y, finalmente, 12 veces el SMI si los nuevos hijos son cuatro o más. Al respecto, cabe hacer algunas consideraciones. De una parte, que a partir de cuatro hijos, la cuantía de la prestación no se ve progresivamente aumentada por cada hijo nacido o adoptado, prescindiendo entonces de su número efectivo, lo que elimina en tales casos el carácter progresivo de la protección; si puede razonarse que no será muy frecuente la situación familiar de incorporación simultánea de cinco o más hijos nacidos o adoptados, ello no puede ocultar el hecho de que, allí donde se produzca esta circunstancia, la protección percibida resultará menos compensadora del estado de necesidad que intenta cubrirse por esta vía. De otra, y ahora de carácter más positivo, que la determinación de la cuantía de la prestación en atención al importe del salario mínimo interprofesional asegura una constante actualización de la protección, al menos en idéntica cuantía al incremento anual de aquel, lo que garantiza, como mínimo, y al margen de la consideración que merezca su concreto alcance protector, la conservación de su valor económico o la equivalencia de su poder adquisitivo año tras año; en este sentido, se evita ahora que, como sucede con la asignación económica en sus dos primeros tramos y la prestación por nacimiento o adopción de tercer y sucesivos hijos, la falta de revisión por el legislador de las cuantías reconocidas al beneficiario reduzca progresivamente el contenido protector.

Finalmente, la prestación por parto y adopción múltiples resulta perfectamente compatible con las restantes prestaciones familiares, no solo por la ausencia de regla legal expresa de incompatibilidad, sino también porque ello resulta es con su diversa finalidad protectora. Aun compartiendo todas ellas idéntico estado de necesidad acreditado en la existencia de cargas familiares, cada una identifica una diversa situación protegida, que agrava aquel estado de necesidad común, y que se compensa en cada caso por conceptos



distintos. Asimismo, también resulta compatible la prestación de que se trata con el subsidio especial por parto múltiple y adopción o acogimiento de más de un menor previsto en el art. 3.2 RD 1251/2001, que se concreta en un subsidio equivalente al que correspondería percibir por un hijo por cada uno de los nacidos, adoptados o acogidos, durante las seis semanas posteriores al parto o desde la resolución administrativa o judicial que constituya la adopción o el acogimiento.

5. CONCLUSIONES

La familia constituye una realidad nuclear en la organización social, en tanto forma de atención básica de las necesidades de los individuos, y es también objeto específico de protección social por los bienes y valores que incorpora, que la hacen merecedora de una tutela singular y diversa de la individual de cada uno de los miembros que la componen, en tanto institución que cumple una función social primordial. Pues bien, la configuración del global modelo de prestaciones familiares, dentro y fuera de la Seguridad Social, es capaz, en buena medida, de favorecer o dificultar la consecución de dicha función, haciendo ineludible la existencia de una política integral y coordinada de apoyo a la familia. En especial, y desde el campo que nos es más propio, los ordenamientos laboral y de Seguridad Social se manifiestan como instrumentos particularmente sensibles en la garantía del cumplimiento de esas responsabilidades y objetivos familiares, conciliando la vida laboral con la vida familiar, favoreciendo un reparto equitativo de las cargas familiares entre ambos sexos y aliviando o compensando a las familias de los deberes asistenciales de cuidado y apoyo de sus miembros que, en su ausencia, debieran ser cubiertos por otros medios y recursos, así como de los costes que, por edad o circunstancias especiales como enfermedad o minusvalía, exige su atención y asistencia. Pues bien, en este contexto, y desde el más estricto plano del sistema de Seguridad Social, como se ha constatado, la actuación es todavía manifiestamente mejorable. Así lo advierte el Consejo de Europa en diversos informes, resaltando que la maternidad, el hijo y la familia, son los «parientes pobres de la política social». De suerte que la retórica valoración e importancia sociopolítica concedida a la familia contrasta, si no choca abiertamente, con la frecuente indiferencia y aun penalización que la misma sufre en la realidad de las medidas adoptadas para su protección.

En efecto, y en lo que toca a la protección de las cargas que representa la tenencia de hijos, como objetivo esencial perseguido por la contingencia que denominamos prestaciones familiares, al tiempo que se reclama un incremento de la natalidad para renivelar la evolución demográfica de la po-

blación y su envejecimiento, que desequilibra el sistema de protección social, se advierte la ausencia de políticas «profamiliares» que incentiven aquel cambio mediante la compensación de las cargas que implica el tener hijos a cargo, por las ya aludidas razones de unir a unas prestaciones económicas muy escasas en su cuantía, unos requisitos de nivel máximo de ingresos para su disfrute muy rigurosos. Si la eficacia de un sistema de protección a la familia se mide por la acreditación de que el conjunto de prestaciones y ayudas de todo tenor otorgadas a una unidad familiar con hijos permite el mismo nivel de vida o un bienestar equivalente al que esa misma unidad disfrutaría sin hijos y, en consecuencia, sin aquella protección adicional, la insuficiencia de nuestro sistema está más que probado. Pero se trata de un reto que debe afrontar la Seguridad Social si se pretende mantener el objetivo de neutralizar las graves dificultades que contribuyen a la irregular progresión de nuestra tasa de natalidad.

Es desde planteamientos de tal tenor desde los que se ha querido abordar el estudio de nuestro vigente sistema de prestaciones familiares, a los efectos de desentrañar su real incidencia sobre el objetivo que persigue este tipo de protección, no otro que, de una parte, luchar contra el empobrecimiento de las familias, garantizando, a las que se encuentran en circunstancias especialmente gravosas, unos ingresos mínimos; de otra, influir sobre una política familiar que, lejos de cualquier intención exclusivamente fatalista, aun sin desdeñarla, permita compensar las cargas que provoca el nacimiento de hijos. Sin duda, la composición familiar ha de responder a la opción libre y responsable de sus miembros, pero no es menos cierto que dicha elección puede verse alentada o restringida como consecuencia de la previsión de ciertos incentivos o, en sentido opuesto, de su imprevisión o incluso actuación de medidas disuasorias.

Asimismo, todo ese entramado normativo debe adaptarse a las novedosas formas de vida, organización familiar y estructuras de los hogares que han surgido en los últimos tiempos, y que reclaman, a su vez, nuevas políticas capaces de responder a las necesidades que plantean. Las prestaciones familiares no pueden mantenerse ajenas a fenómenos de creciente frecuencia e importancia, como son las familias monoparentales, las parejas sin vínculo matrimonial y aun del mismo sexo con y sin hijos, las familias reconstituidas que aportan hijos de anteriores relaciones a la nueva unidad familiar, el retraso en el abandono por parte de los hijos del núcleo familiar, el incremento de la atención de personas dependientes en las células familiares o la reducción de la media de miembros de la unidad familiar, entre otras. Realidades sociales todas ellas que han de ser necesariamente tomadas en consideración por los poderes públicos en su finalidad de proteger de modo eficaz a las familias, y que demandan de aquellos un original modelo de prestaciones sociales que tome como base el paradigma sociofa-



miliar actualmente vigente y radicalmente enfrentado al que hemos conocido hasta ahora, pues solo así podrá darse satisfacción a las necesidades genuinas de la nueva realidad familiar. De este modo, las transformaciones de las estructuras demográficas y sociales que tienen su anclaje último en la composición de las familias son elementos de inexcusable atención en el diseño de los modelos de protección social de sus necesidades. Algunos sistemas ya han demostrado que las adaptaciones de aquellas políticas a las nuevas realidades sociológicas no sólo son posibles, sino inevitables y positivas, interviniendo activamente en la evolución de las formas familiares con medidas tales como la remuneración del cuidado de hijos, personas mayores o minusválidos, el incremento de la deducción fiscal por hijos, el reconocimiento, a efectos de causar derecho a futuras prestaciones, de los períodos dedicados al cuidado de hijos o el incremento de las contribuciones de las familias sin hijos, por su no colaboración en la sustitución generacional que sirve de sostén al sistema. Si se repara, el incremento del gasto que la Seguridad Social destine a prestaciones familiares no constituye sino una inversión de futuro, pues el hijo de hoy será el activo laboral de mañana que proveerá los requerimientos de ingresos futuros del sistema público.

Para cumplir tales objetivos, y en línea con lo ya expuesto, resulta prioritario avanzar en la universalización de las prestaciones familiares y, desde luego, en su progresiva equiparación a la media de los países europeos en cuantía y condiciones de disfrute. Prestaciones familiares que no han de conformarse con la garantía de recursos actuales o durante la situación de necesidad que el cuidado de hijos u otros familiares pueda representar para la unidad de que se trate, sin menospreciar, desde luego, su evidente importancia, sino que deben asegurar también que no se vean perjudicados, como consecuencia de la atención a dichas cargas, el acceso o contenido protector de prestaciones futuras. El esquema de protección es, pues, plural y heterogéneo, como corresponde a la amplitud y complejidad de la realidad tutelada, haciendo de la familia en cuanto tal un objeto de protección social específico que engloba, además, la protección de cada uno de sus miembros individualmente considerados, así como de las relaciones, derechos y obligaciones y responsabilidades nacidas en su seno. Es en tales condiciones como queda cabalmente asegurado el mandado constitucional a los poderes públicos de apoyo y protección integral a la familia.





EFICACIA DE CUOTAS EN RELACIÓN CON EL DERECHO A PRESTACIONES DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

M.^a JOSÉ CERVILLA GARZÓN

Profesora Asociada Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Doctora en Derecho

Universidad de Cádiz

EXTRACTO

En numerosos supuestos, la validez de ciertas cuotas ingresadas o debidas por los trabajadores autónomos al Sistema de Seguridad Social presentan dudas en cuanto a su eficacia para poder ser computadas cuando estos trabajadores soliciten prestaciones de Seguridad Social, en lo que se refiere al cálculo del período de carencia o de su base reguladora. Es necesario, pues, analizar su régimen jurídico vigente teniendo en cuenta que, en varios casos, éste ha padecido innumerables vaivenes legislativos en escaso margen de tiempo con la consiguiente inseguridad jurídica que ello suele implicar.

Pero otro defecto del cual adolece esta materia y que determina la necesidad de un análisis pormenorizado de la misma es la ausencia, en diversos supuestos, de un régimen jurídico uniforme para todos los trabajadores autónomos, con independencia del Régimen de Seguridad Social en el cual se encuentren afiliados ya sea el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA), el Régimen Especial Agrario (en adelante REA) o el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (en adelante REM). Es evidente que, en el proceso de convergencia entre los tres Regímenes en el cual estamos inmersos desde que fue consensuado el Pacto de Toledo, ésta debe de ser una de las cuestiones a las que debe prestarse atención para que se unifique su aplicación a todos los autónomos teniendo en cuenta, además, que ya se ha iniciado el proceso de acercamiento de las cotizaciones entre el RETA y el REA.

Dada la importancia que, a nuestro juicio, tiene esta necesidad de unificación, el análisis de los supuestos que nos parecen más relevantes por su complejidad para determinar la eficacia real de las cuotas debe diversificarse diferenciando entre aquellos que sólo son aplicables a los trabajadores del RETA, pues no se prevé su regulación para otros autónomos (las diferencias en la base de cotización por aplicación de una base superior a la que corresponda y las cuotas «bonificadas»), aquellos que ya cuentan con un régimen jurídico unitario (las que provienen de otro Régimen por aplicación del cómputo recíproco, las ingresadas después del cese en la actividad pero antes de solicitar la baja, las no abonadas y prescritas y las que han sido objeto de solicitud de un aplazamiento) y aquellos en los cuales está pendiente tal igualación (las anteriores a la solicitud de alta y las ingresadas fuera de plazo pero antes de la concurrencia del hecho causante).

ÍNDICE

1. SUPUESTOS DE EXCLUSIVA APLICACIÓN AL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS
 - 1.1. Diferencias en la base de cotización por aplicación de una base superior a la que corresponda
 - 1.2. Las cuotas «bonificadas»
2. SUPUESTOS CON IGUAL RÉGIMEN JURÍDICO PARA TODOS LOS AUTÓNOMOS
 - 2.1. Las que provienen de otro Régimen por aplicación del cómputo recíproco
 - 2.2. Las ingresadas con posterioridad al cese en la actividad y anterioridad a la solicitud de baja
 - 2.2.1. Régimen especial de Trabajadores Autónomos
 - 2.2.2. Agrario
 - 2.2.3. Mar
 - 2.3. Las no abonadas y prescritas
 - 2.4. Las que han sido objeto de solicitud de aplazamiento
3. SUPUESTOS CON NECESIDAD DE UNIFICAR SU RÉGIMEN JURÍDICO PARA TODOS LOS AUTÓNOMOS
 - 3.1. Las anteriores al alta
 - 3.1.1. Régimen especial de Trabajadores Autónomos
 - 3.1.2. Agrario y Mar
 - 3.2. Ingresadas fuera de plazo pero antes de la concurrencia del hecho causante
 - 3.2.1. Ineficacia en el Régimen especial de Trabajadores Autónomos
 - 3.2.2. Eficacia absoluta en el Agrario
 - 3.2.3. Eficacia parcial en el Mar

1. SUPUESTOS DE EXCLUSIVA APLICACIÓN AL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS**1.1. Diferencias en las bases de cotización por aplicación de una base superior a la que corresponda**

Tal y como se establece en el art. 57.3 b) de la Orden reguladora del RETA (en adelante ORETA)¹, no producirán efectos para las prestaciones las cotizaciones efectuadas con arreglo a una base superior a la que corresponda a la persona de que se trate, por el período a que se refieran y en la diferencia correspondiente a ambas bases². Dado que los efectos se limitan a la diferencia entre la cuota abonada y la que debería haberse ingresado de conformidad con la legalidad vigente, deducimos que estas normas inciden en la cuantía de las cuotas que deben ser tenidas en cuenta para calcular la base reguladora de las prestaciones, que no en la determinación de las cuotas válidas para completar los períodos mínimos de cotización.

¹ Orden de 24 de septiembre de 1970.

² En similares términos, art. 28.3 b) del Decreto regulador del RETA (en adelante DRETA), cual es el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.



Esta norma tiene su sentido porque los trabajadores incluidos en este Régimen eligen su base de cotización dentro de los límites comprendidos entre una base mínima y una base máxima, legalmente establecidas en la correspondiente Orden de Cotización anual³. Por tanto, existe una evidente similitud con el sistema aplicable al RGSS que, además, impone los mismos efectos a las cotizaciones efectuadas sobre base superior en materia de prestaciones⁴.

Pero no existe en este Régimen una única base máxima, sino que es preciso diferenciar entre tres supuestos en los que ésta va a tener una cuantía diferente:

- a) Los trabajadores menores de cincuenta años⁵ a la fecha de la promulgación de la Orden de Cotización: se les aplica la base máxima establecida con carácter general⁶.
- b) Los trabajadores que tengan cumplida dicha edad o ésta sea superior a la fecha de su promulgación, tienen establecida una base máxima de cuantía inferior a los anteriores⁷, que se aplica con dos excepciones⁸:

* Que con anterioridad vinieran cotizando por una base de cuantía superior durante cinco o más años⁹, pues, en este caso, la

³ Art. 24.1 ORETA. La Orden TAS/77/2005, de 18 de enero, por la que se regulan las normas de cotización a la Seguridad Social, establece en su art. 14.1 que la base mínima es de 770,40 euros mensuales y la máxima es de 2813,40 euros mensuales.

⁴ El art. 23.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto-Ley 5/2000, de 4 de agosto) establece que, cuando se han falseado documentos para que los trabajadores obtengan prestaciones fraudulentamente o existe connivencia entre el empresario y éstos para obtener prestaciones superiores a las que procedan, el trabajador debe devolver las cantidades indebidamente percibidas, de lo cual responderá solidariamente el empresario.

⁵ Límite de edad introducido por la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, que, por lo tanto, deroga el límite establecido por el art. 25.1 ORETA en cincuenta y cinco años.

⁶ Art. 14.3 Orden TAS/77/2005, de 18 de enero, por la que se regulan las normas de cotización a la Seguridad Social.

⁷ Art. 14.5 Orden TAS/77/2005, de 18 de enero, por la que se regulan las normas de cotización a la Seguridad Social, fija su cuantía en 1.465,50 euros.

⁸ La mención que se realiza al cónyuge superviviente del titular del negocio, que se pone al frente del mismo a consecuencia de su fallecimiento, o a los dados de alta con 45 o más años de edad en el art. 14.5, párrafo primero, de la Orden TAS/77/2005, de 18 de enero, sólo afecta a la cuantía de su base mínima, que es superior. Además, incluso si, por error, se ha cotizado por una base superior a la permitida, la base reguladora de las prestaciones se calcula sobre la base legal, y no la real, según sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de abril de 2004 (Ar: JUR 2004/152283).

⁹ Este plazo se incluye, novedosamente, en la Orden TAS para el año 2005, pues anteriormente no existía esta limitación temporal. Como indica FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., tales restricciones intentan reforzar la imposibilidad de que los autónomos efectúen actuaciones frau-

pueden mantener o incrementarla, como máximo, en el mismo porcentaje en que haya aumentado la base máxima de cotización aplicable a los trabajadores menores de cincuenta años ¹⁰.

- * Que durante los doce meses anteriores a su alta el trabajador haya causado baja en cualquier Régimen de Seguridad Social, supuesto en el cual el límite máximo quedará elevado, en su caso, hasta la base coincidente con aquella por la que últimamente hubiesen cotizado o, si no existiese coincidencia, con la más próxima por exceso ¹¹. Entendemos que la baja a la que se refiere el precepto es la voluntaria, pues la de oficio se contempla en el supuesto que posteriormente analizaremos (c) ¹². Ahora bien, tal y como tiene declarado el propio Tribunal Supremo, si las bases por la que viniese cotizando en el Régimen anterior fuesen de cuantía declarada fraudulenta con posterioridad a la elección de las bases del RETA, no se podrán tener en cuenta los incrementos indebidos en la cuota a efectos de prestaciones ¹³.

Lo que sí es preciso matizar es si dicho plazo incluye o no los períodos de tiempo en los cuales el trabajador no está prestando servicios pero está en situación asimilada al alta, lo que supone que no cotiza pero también que

dulentas. «Ampliación de plazos en la opción por contingencias profesionales y en la elección de bases de cotización de los trabajadores autónomos», *Información Laboral* núm. 27, 2005, pág. 8.

¹⁰ Esta regla, establecida por el art. 14.5 de las sucesivas Ordenes por la que se dictan normas para la cotización era, hasta la promulgación de la Orden TAS/192/2002, por la que se dictan las normas de cotización para el año 2002, diferente de la incluida en el art. 26.2.2 ORETA, pues éste establecía que la base por la que vinieran cotizando se incrementaría con el porcentaje de incremento que hubiese experimentado el Salario Mínimo Interprofesional vigente antes de efectuar la elección, redondeada al múltiplo señalado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, sin que pudiese superar el tope máximo de cotización vigente. Su Disposición Adicional Décima ha subsanado esta anomalía, modificando su contenido para asimilar el de ambas normas.

¹¹ Art. 25.2 ORETA.

¹² Interpretación que también es posible deducir de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 28 de mayo de 2004 (Ar:1648).

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2003 (Ar: 5192). En el supuesto contemplado, el trabajador cotizó en el RGSS y, habiendo cumplido los cincuenta años, inicia actividad en el RETA, acogiéndose en este Régimen a unas bases similares a las del RGSS que eran superiores a las mínimas establecidas para los trabajadores mayores de cincuenta años. Posteriormente a dicha elección, las bases por las que cotizó en el RGSS en los últimos años son declaradas de cuantía fraudulenta por lo que, a efectos de calcular la cuantía de su pensión de jubilación, no se tienen en cuenta las bases reales por las que cotizó al RETA, sino la última declarada no fraudulenta del RGSS incrementada con el IPC.

no está totalmente fuera del Régimen en el cual estuvo incluido. En una interpretación literal del precepto, parece que el cómputo de los doce meses se iniciaría una vez finalizado el periodo de situación asimilada, puesto que lo exigido no es el cese en la obligación de cotizar, sino la baja efectiva en un Régimen ¹⁴.

Es evidente que el objetivo de estas normas no es otro que el de evitar los incrementos voluntarios y desproporcionados en las bases de cotización de los últimos años de la vida laboral del trabajador, cuya lógica no sería otra que la de producir el correlativo incremento en la base reguladora de las prestaciones y, muy en particular, la de la pensión de jubilación (nótese que la limitación en la edad encaja con los quince años exigidos como período mínimo de cotización para acceder a ella) ¹⁵.

- c) Independientemente de cual sea su edad en el momento de solicitarla, los trabajadores cuya alta en el RETA se haya practicado de oficio, como consecuencia, a su vez, de una baja de oficio en el RGSS o en otro Régimen de trabajadores por cuenta ajena, podrán optar entre mantener la base de cotización por la que venían cotizando en el Régimen en el cual causaron baja o elegir una base de cotización aplicando las reglas generales previstas en el RETA ¹⁶. En definitiva, en este supuesto, si el trabajador opta por mantener su base anterior, su límite máximo será su misma cuantía si es que ésta es superior a las bases máximas establecidas por el RETA. Si es inferior, entendemos que se le aplican las bases máximas establecidas para este Régimen sin mayor particularidad.

Sin embargo, podemos observar que ninguno de los tres supuestos analizados hacen referencia a una situación particular: la de aquellos trabajadores autónomos que estuviesen en situación de pluriactividad simultánea con un Régimen que no contempla estas excepciones en función de la edad del trabajador, caso del RGSS. Se pueden plantear dudas a la hora de determinar la base máxima de cotización de los trabajadores autónomos si

¹⁴ Esta interpretación es la que acoge el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en sentencia de 28 de mayo de 2004 (Ar: 1648), en relación a un trabajador que cesa en el RGSS, queda en situación asimilada al alta al percibir prestaciones por desempleo y estar inscrito en el INEM durante más de un año, y en un corto plazo se da de alta en el RETA solicitando la base máxima, lo cual se le permite.

¹⁵ CEA AYALA, A. y SUÑER RUANO, E. *El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, Madrid 1995, pág. 67. En igual sentido, ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. *Compendio de Seguridad Social*, cuarta edición renovada, editorial Tecnos, Madrid 1991, pág. 332 y BLASCO LAHOZ, J.F. *El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1995, pág. 203.

¹⁶ Art. 14.4 Orden TAS/77/2005, de 18 de enero, por la que se regulan las normas de cotización a la Seguridad Social.

concurrir los siguientes factores: por una parte, que el trabajador, una vez cumplidos los cincuenta años, cese en su actividad como asalariado y mantenga el alta en el RETA; por otra, que en el RETA viniese cotizando por una base inferior a la máxima en él establecida para los trabajadores con cincuenta años pero aquella por la cotizase en el RGSS fuese de cuantía superior.

Para completar esta laguna legal, la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social¹⁷ se refiere a los supuestos en los cuales el cese en la actividad asalariada se produce por causas ajenas a la voluntad del trabajador, es decir, por actuación de oficio ante un encuadramiento indebido de la actividad o por despido del mismo. Entiende que, en tales casos, debe permitirse al trabajador autónomo la elevación de su base máxima de cotización hasta la base por la que viniese cotizando en el RGSS, con argumentaciones no exentas de toda lógica jurídica.

En primer lugar, porque las excepciones legales anteriormente analizadas intentan evitar que se frustren «legítimas expectativas de llegar a percibir una pensión proporcional a lo cotizado» y, de adoptarse en estos casos un criterio diferente, se estaría ofreciendo una solución opuesta a tal intencionalidad. Pero, a nuestro juicio, el argumento fundamental se halla en el contenido de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el Convenio Especial en el Sistema de Seguridad Social. Esta permite al trabajador en pluriactividad, que causa baja en todos los Regímenes, la suscripción de tales Convenios, pudiendo elegir una base de cotización limitada por el promedio de las bases cotizadas durante los doce meses anteriores al cese¹⁸, y sin restricciones en función de su edad. En el supuesto contemplado, no tendría sentido que, si el trabajador causa también baja en el RETA, tenga este límite y, si mantiene el alta en el RETA, se le permita cotizar por una base menor, pues ello supondría una penalización del trabajo frente a la inactividad profesional.

Tales razonamientos pueden ser igualmente aplicables en los supuestos en los cuales la baja en el RGSS se produzca por causa de encuadramiento indebido de la actividad en él y su correlativo encaje en el campo de aplicación del RETA.

Los Tribunales Superiores de Justicia aplican la misma solución y añaden una justificación más: en el RETA no es posible cotizar, de forma sepa-

¹⁷ Resolución de 5 de diciembre de 1995 (Tribuna Social núm. 63, marzo 1996), en la cual se hace referencia expresa a la imposibilidad de encajar estos supuestos en las reglas de la Orden TAS/77/2005, de 18 de enero, por la que se regulan las normas de cotización a la Seguridad Social o en las normas propias del RETA. Se contempla la situación de un trabajador que continúa de alta en el RETA y es despedido improcedentemente en el RGSS.

¹⁸ Arts. 2.2 c) y 23.



rada, por el ejercicio simultáneo de dos actividades distintas en él integradas (lo que se conoce como pluriempleo¹⁹), por lo que, en estos supuestos, pasaría de cotizar en dos Regímenes distintos a cotizar sólo en el RETA por ambas actividades²⁰. En definitiva, la excepción antes mencionada en la letra c) se aplica, «mutatis mutandi», a las situaciones de pluriactividad simultánea.

Ahora bien, ¿y si el cese en la actividad asalariada por el trabajador se produce de forma voluntaria? En tales casos, entendemos que, si la jurisprudencia hace extensiva la regla c) a los casos de pluriactividad, no tendría sentido aplicar una solución diferente cuando la situación sea similar a la contemplada por la regla b) antes vista, es decir, que con anterioridad al cumplimiento de los cincuenta años se viniese cotizando por una base de cuantía superior. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el precepto no predetermina el Régimen en el cual se estuviese cotizando por una base superior²¹, sino que tan sólo exige que «viniese cotizando» por ella. Esto supone que, si el cese en la actividad asalariada se produce una vez cumplidos los cincuenta años, el trabajador podría mantener la base elegida en el RGSS hasta esa fecha.

Esta norma no puede ser de aplicación en el REM, puesto que su dinámica cotizatoria es distinta al no existir la posibilidad de elegir las bases²². En el REA, sin embargo, dado que su sistema de cotización se iguala al establecido para el RETA a partir del 1 de enero de 2004 no tendría sentido no hacer extensiva esta regla a los trabajadores en él incluidos.

1.2. Las cuotas «bonificadas»

La Ley de Medidas de Reforma Económica, promulgada en el año 2003²³, incorporó como novedad en la cotización de los autónomos inclui-

¹⁹ Arts. 9.1 4.º del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación (Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, en adelante RCL) y 7.4 2.º del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas (Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, en adelante RA).

²⁰ En este sentido resuelven los Tribunales Superiores de Justicia de Sevilla, en sentencia de 11 de septiembre de 1997 (Ar: 5308), y de Madrid, en sentencia de 17 de febrero de 1997 (Ar: 396).

²¹ Art. 14.5 Orden TAS/77/2005, de 18 de enero, por la que se regulan las normas de cotización a la Seguridad Social.

²² La cuota se calcula sobre una base única determinada anualmente por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Art. 52.2 RCL y Anexo III Orden TAS/139/2005, de 27 de enero, por la que se establecen las bases de cotización a este Régimen.

²³ Ley 36/2003, de 11 de noviembre.

dos en el RETA la aplicación de unas bases mínimas de cotización más reducidas para aquellos que en la fecha de alta tuviesen 30 o menos años de edad o fuesen mujeres con 45 o más años, añadiendo una nueva Disposición Adicional Trigésimo quinta en la LGSS. Esta Disposición se introdujo como supuesto modo de beneficiar a tales autónomos, pues la cuota a ingresar por ellos resultaba más reducida que para el resto de los autónomos. Sin embargo, dicho beneficio también acarrea un perjuicio considerable en su futuro derecho a prestaciones: la base reguladora de las mismas se calcularía teniendo en cuenta las bases sobre las que efectivamente se hubiese cotizado, lo que implicaba que la elección de estas cuotas bonificadas tenía el negativo efecto rebote de disminuir la cuantía de sus prestaciones.

Tales perjuicios han quedado suprimidos con la reforma que introduce la Ley de Presupuestos Generales para el año 2005²⁴ en el contenido de la citada Disposición. Así, en la actualidad la reducción se aplica directamente en la cuota ya calculada²⁵, y no en la base de cotización, siendo financiada con cargo al Presupuesto de la Seguridad Social y del Servicio Público de Empleo Estatal. Por lo tanto, al quedar intacta la base de cotización no disminuye posteriormente el cálculo de la base reguladora de las prestaciones. En definitiva, estas cuotas «bonificadas» hoy día no tienen ningún efecto en el posterior derecho a prestaciones²⁶.

Entendemos que la misma consecuencia se aplica a las bonificaciones en la cuota previstas para las trabajadoras autónomas que vuelvan a ejercer actividades como tales después de agotar el período de descanso por maternidad, recientemente introducida por la Ley de Presupuestos Generales para el año 2006²⁷. Y ello porque la bonificación incluye el 100% de la cuota por contingencias comunes, aplicando el tipo vigente a la base mínima de cotización, independientemente de la base real por la que cotice la trabajadora.

Al igual que establecíamos en el epígrafe anterior, en un proceso de igualación de la cuota a ingresar para todos los autónomos esta posibilidad debe ser reconocida a todos ellos por igual y con idénticas consecuencias.

²⁴ Ley 2/2004, de 27 de diciembre.

²⁵ Que alcanza el 25% de la misma.

²⁶ *Vid.* comentario de FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. «Ampliación de plazos en la opción...», *ob. cit.*, pág. 3.

²⁷ Disposición Adicional Sexagésima quinta. Se concede si ejercen actividad como autónomas en los años siguientes, y durante un período de doce meses.



2. SUPUESTOS CON IGUAL RÉGIMEN JURÍDICO PARA TODOS LOS AUTÓNOMOS

2.1. Las que provienen de otro Régimen por aplicación del cómputo recíproco

Según doctrina del propio Tribunal Supremo, es posible que las cuotas necesarias para cubrir el período mínimo de cotización provengan de otro Régimen por aplicación de las normas del cómputo recíproco²⁸. Por otra parte, con anterioridad a la inclusión de la Disposición Adicional Trigésimo novena en la LGSS dicho Tribunal no exigía el cumplimiento de determinados requisitos específicamente exigidos a los trabajadores autónomos (como es el de estar al corriente en el pago de las cuotas) si el Régimen al cual correspondía reconocer el derecho a prestación era otro distinto²⁹. Introducida esta reforma, el cumplimiento de tal requisito se exige incluso si el Régimen que reconoce el derecho a la prestación es alguno de los que no acogen trabajadores por cuenta propia³⁰.

2.2. Las ingresadas con posterioridad al cese en la actividad y anterioridad a la solicitud de baja

El cumplimiento del acto administrativo de solicitud de la baja en el Sistema de Seguridad Social fuera de los plazos legalmente establecidos y, por lo tanto, cuando ya no se desarrolla la actividad que permite el encuadramiento en el Régimen correspondiente, plantea dos tipos de problemas diferentes³¹. Por una parte, en cuanto al mantenimiento de la obligación de cotizar, dado que, según sea la eficacia que el ordenamiento jurídico le otorgue a estos actos de naturaleza constitutiva o declarativa³², dicha obligación se extinguirá con el cese en la actividad o con la presentación formal del parte de baja. Por otra, en cuanto al derecho a las prestaciones del Siste-

²⁸ Sentencia de 16 de enero de 2001 (Ar: 771).

²⁹ Sentencias de 25 de noviembre de 1997 (Ar: 8621) y de 29 de noviembre de 1997 (Ar: 8634).

³⁰ Como afirman DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., «*La seguridad social de los trabajadores autónomos*», editorial Lex Nova, Valladolid 2004, pág. 233, ello supone romper el principio de aplicación de las normas del régimen que reconoce.

³¹ Como afirma el Tribunal Supremo en diversas resoluciones, los actos de alta y baja tienen una «clara dirección bidireccional». Entre otras, sentencias de 30 de marzo de 1998 (Ar: 3161) y de 26 de octubre de 1995 (Ar: 7924).

³² MARTÍNEZ LUCAS, J.A. «La baja en el Régimen General de la Seguridad Social (I)», *Actualidad Laboral* Tomo II, 1991, pág. 241.

ma, puesto que, si es posible cotizar una vez se ha cesado en la actividad, es necesario que el legislador determine la validez de tales cuotas a efectos de completar los períodos de carencia o calcular la base reguladora de las prestaciones.

Históricamente, los tres Regímenes que integran trabajadores por cuenta propia han establecido una regulación particular de ambos aspectos. Y tras la promulgación del RCL y del RA puede parecer, a simple vista, que no se ha logrado la necesaria identidad entre ellos, pues todavía se mantienen reglas específicas.

En un análisis pormenorizado de todas las normas vigentes que regulan esta cuestión observamos que, sin embargo, sí puede afirmarse que existe un régimen jurídico unitario en relación con los efectos de las bajas presentadas fuera de plazo en la obligación de cotizar y el derecho a prestaciones. Procedamos a demostrar tal afirmación, para lo cual es necesario referirnos, de forma separada, a la evolución normativa sufrida por los tres Regímenes que nos afectan en la determinación de estas cuestiones.

2.2.1. *Régimen especial de Trabajadores Autónomos*

En la evolución histórica de su regulación de los efectos de las bajas presentadas de forma extemporánea, este Régimen se caracteriza por la clara división en tres etapas³³:

- 1) La transcurrida desde la promulgación del DRETA y del ORETA hasta la promulgación del Real Decreto 497/1986, de 10 de febrero, por el que se modifican los arts. 10, 13 y 28.3 DRETA³⁴.
 - 2) La transcurrida desde la entrada en vigor de dicha norma y la promulgación del Real Decreto 2110/1994, de 28 de octubre, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, Agrario y de Empleados de Hogar.
 - 3) La determinada por la entrada en vigor de dicha norma, el RCL y el RA hasta la actualidad.
- 1) En este período de tiempo, la determinación de los efectos de las bajas extemporáneas venía establecida en los arts. 10.2 y 13 DRETA, 18 y 21 ORETA. Respecto de la obligación de cotizar, tales pre-

³³ No es novedosa esta afirmación, ya realizada por BLASCO LAHOZ, J.F. *El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, ob. cit., pág. 194 y ss.

³⁴ BOE de 12 de marzo.

ceptos otorgaban a las solicitudes de baja una eficacia meramente declarativa, conectando tal obligación y, por ende, los efectos de las bajas, con el mantenimiento de las condiciones y requisitos que permitieron la integración en el Régimen³⁵. En definitiva, no existía obligación de cotizar una vez se produjese el cese efectivo en la actividad profesional. Por ello, en el período transcurrido entre dicho cese y la solicitud de baja formal, en caso de que se ingresaran cotizaciones, éstas no producían efectos para las prestaciones³⁶ y debían ser reintegradas al trabajador. Con tales previsiones, la única sanción prevista para el incumplimiento de la obligada solicitud de la baja en el plazo legalmente previsto era la pecuniaria de naturaleza administrativa. Esta postura es la que denominó la jurisprudencia como «doctrina no formalista»³⁷.

- 2) Con la entrada en vigor del Real Decreto 497/1986, de 10 de febrero, que modifica el contenido de los preceptos anteriormente mencionados, este régimen jurídico da un cambio radical en sentido contrario. Su nueva redacción implicó la adopción de un criterio favorable a la consideración de las solicitudes de baja como actos constitutivos de la relación jurídica con la Seguridad Social, al quedar establecido, de forma expresa, que las bajas tendrán efectos cuando dejen de concurrir los requisitos determinantes de la inclusión en el Régimen «*siempre que se hayan comunicado en el modelo oficial y dentro de plazo*»³⁸. Asimismo, se determina que la obligación de cotizar, en caso de que la baja no haya sido notificada en forma y plazo, no se extinguirá hasta el momento en que el intere-

³⁵ Art. 10.2 DRETA «Las bajas tendrán efectos desde el día primero del mes siguiente a aquel en que en la persona de que se trate dejen de concurrir las condiciones y requisitos determinantes de su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial». Art. 13.1 «...Se mantendrá la obligación de cotizar mientras subsistan tales condiciones y se extinguirá al vencimiento del último día del mes natural en que las mismas dejen de concurrir en la persona de que se trate». En idénticos términos se expresaban los arts. 18 y 21 ORETA.

³⁶ En numerosas resoluciones, el Tribunal Central de Trabajo negó toda eficacia, a efectos de prestaciones, a las cotizaciones ingresadas por períodos en los cuales no se ejerce ninguna actividad profesional. *Vid.* sentencias de 6 de junio de 1984 (Ar: 5069), 17 de noviembre de 1975 (Ar: 5091) y 26 de marzo de 1974 (Ar: 1506). En su sentencia de 18 de octubre de 1974 (Ar: 4145) estableció que no era prueba del cese en las actividades la solicitud de baja en la Licencia Fiscal necesaria para su ejercicio.

³⁷ Entre otras, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de noviembre de 1995 (Ar: 4767). El Tribunal Supremo la justifica en sentencia de 2 de marzo de 1977 (Ar: 1789), aludiendo a razones de equidad y para evitar el enriquecimiento sin causa de la Administración.

³⁸ Art. 10.3 DRETA.

sado la comunique efectivamente o la TGSS actúe de oficio por conocimiento del cese en la actividad³⁹.

Por otra parte, en cuanto a los efectos que las cotizaciones debidas por el tiempo transcurrido entre el cese en la actividad y la fecha de solicitud formal de la baja o de su práctica de oficio pudiesen tener en cuanto al derecho a las prestaciones, de forma taxativa quedó establecido que «*el alta así mantenida no surtirá efecto alguno*»⁴⁰.

En definitiva, las sanciones previstas para los trabajadores autónomos que incumplían su obligación de solicitar la baja en el plazo legal quedaron considerablemente endurecidas: por una parte, seguían estando vigentes las sanciones pecuniarias de naturaleza administrativa; por otra, tenían que abonar cotizaciones desconectadas con el ejercicio de actividad profesional alguna que, además, eran ineficaces en relación a cualquier aspecto relacionado con su derecho a prestaciones⁴¹.

Sin embargo, a pesar de la claridad con la que, a nuestro juicio, el legislador quiso endurecer las consecuencias de las bajas extemporáneas para los trabajadores del RETA, la jurisprudencia ha interpretando el contenido de estos preceptos siguiendo la doble tesis (formalista «versus» realista) que se había consolidado acerca del sentido real del art. 70 LGSS⁴².

En cuando al contenido de ambas posturas, los seguidores de la conocida como «tesis formalista» entendieron que estos preceptos otorgan una eficacia constitutiva a la formalización de la baja sin que tengan una natu-

³⁹ En la nueva redacción del art. 13.2 DRETA se establece que «La obligación de cotizar se mantendrá para los sujetos responsables mientras subsistan las condiciones y requisitos determinantes de su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial, y se extinguirá al vencimiento del último día del mes natural en que dejen de concurrir dichas condiciones y requisitos en la persona de que se trate, siempre que se haya comunicado la baja en el modelo oficial y dentro de plazo; en otro caso, la obligación de cotizar sólo se extinguirá a partir del vencimiento del último día del mes natural en que el interesado hubiere comunicado la baja». En iguales términos se pronunciaba su apartado 3, en cuanto a las bajas practicadas de oficio.

⁴⁰ Art. 13.3 DRETA.

⁴¹ Como «tipo de sanción» califican esta situación, aun cuando en relación al RGSS, ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. *Compendio de Seguridad Social*, ob. cit., pág. 157.

⁴² Resumida por ALCÁNTARA Y COLÓN, J.M. «Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: baja fuera de plazo. Efectos. Tesis jurisprudenciales», *Tribuna Social* núm. 58, octubre 1995. Este alude a la existencia de una tercera corriente interpretativa, en la cual se admite la extinción de la obligación de cotizar en la fecha del cese en la actividad pero por imposibilidad de efectuar trabajo alguno con posterioridad. En esta línea actuarían los Tribunales Superiores de Justicia de Santa Cruz de Tenerife y de Madrid, en sentencias de 30 de diciembre de 1994 (Ar: 4958, en el caso de un extranjero al que se le acaba el permiso de trabajo) y de octubre de 1994 (Ar: 4088, en el caso de un trabajador que emigra al extranjero a trabajar



raleza sancionadora, puesto que, simplemente, pretenden evitar la elusión de sus obligaciones legales por parte del autónomo⁴³.

Muy al contrario, para los Tribunales que aplicaron la «tesis realista» la eficacia de la baja seguía siendo declarativa, con la consiguiente extinción de la obligación de cotizar desde la fecha de cese efectivo de la actividad. Por lo tanto, estos preceptos sólo contenían una presunción «iuris tantum» de que el cese en la actividad se produce cuando se solicita formalmente la baja, siendo, por lo tanto, susceptibles de prueba en contrario.

No podemos olvidar que, aun cuando se aprecian evidentes similitudes entre el régimen jurídico del RETA y del RGSS, el precepto aplicable a este último estaba vigente, sin modificaciones en su contenido, desde la propia Ley de Seguridad Social de 1966⁴⁴. Sin embargo, en el RETA se produjo un cambio normativo muy explícito, que fue privado de todo sentido por los seguidores de la «tesis realista». No queremos decir con ello que no sea más razonable el otorgamiento de una mera eficacia declarativa al acto de comunicación de la baja, con la consiguiente conexión entre el cese en la actividad y el cese en la obligación de cotizar. Sólo ponemos de manifiesto que no fue ésta la opción tomada por el legislador y que los Tribunales Superiores de Justicia quizás se extralimitaron al intentar dar a los preceptos comentados este sentido⁴⁵.

Por otra parte, la alusión efectuada por el Tribunal Supremo al «enriquecimiento sin causa»⁴⁶ puede ser objeto de crítica desde la perspectiva

durante cuatro años, sin haber solicitado previamente la baja). A nuestro juicio, esto no es más que la aplicación de la «tesis realista» por admisión de prueba en contra del cese anterior a la baja en la actividad.

⁴³ Entre otras, sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Baleares de 18 de noviembre de 1994 (Ar: 4457) y de 29 de marzo de 1993 (Ar: 1484); Madrid de 8 de junio de 1994 (Ar: 2714); Valladolid de 18 de mayo de 1992 (Ar: 610); Sevilla de 31 de enero de 1992 (Ar: 1070). Pero la que mejor argumenta esta postura es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de julio de 1994 (Ar: 3186), en la que se indica que lo que hacen estas normas es una adaptación al régimen jurídico del RGSS, cumpliendo con la tendencia a la máxima homogeneidad impuesta en el art. 10 LGSS.

⁴⁴ Art. 70.3. Incluso en los Seguros Sociales Unificados se mantenía la obligación de satisfacer la cuota «hasta el momento en que ponga en conocimiento del Instituto Nacional de Previsión, en forma reglamentaria, la baja del productor a su servicio» (art. 16 Decreto de 4 de junio de 1959).

⁴⁵ Como indicó, con acierto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de julio de 1994 (Ar: 3186), era conveniente dulcificar estas consecuencias de «lege ferenda». Sigue esta postura ALCÁNTARA Y COLÓN, J.M. «Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: baja fuera de plazo. Efectos. Tesis jurisprudenciales», ob. cit., pág. 39.

⁴⁶ Sentencia de 2 de marzo de 1977 (Ar: 1789). También se alude a este argumento para aplicar la tesis realista en diversas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, caso

de que, en nuestro Sistema de Seguridad Social, no existe una correlación directa entre cotización y prestación⁴⁷, por lo que los Entes Gestores públicos ni se enriquecen ni dejan de hacerlo⁴⁸.

En cualquier caso, es evidente que esta situación provocaba una manifiesta inseguridad jurídica puesto que, en función de la línea jurisprudencial asumida por el juzgador, los trabajadores se veían o no en la obligación de cotizar con posterioridad al cese en la actividad⁴⁹.

- 3) En la nueva regulación jurídica de las bajas extemporáneas quedan claramente diferenciados sus efectos en cuanto a la obligación de cotizar y en cuando al derecho a las prestaciones, que procedemos a analizar de forma independiente.

En cuanto a la obligación de cotizar, la promulgación del Real Decreto 2110/1994, de 28 de octubre, viene a paliar la confusa situación anteriormente expuesta, modificando nuevamente los arts. 10 y 13 DRETA en un sentido claramente conforme a la adopción de las tesis realistas⁵⁰. Se acoge, pues, la que parece la solución más ajustada a derecho y menos gravosa para el empleo autónomo⁵¹. Así, si bien se continúa afirmando que la baja surte efectos desde el primer día del mes siguiente a aquel en que se produce el cese en la actividad, siempre que se solicitase en la forma y plazo establecidos⁵², se puntualiza que «...los interesados podrán demostrar, por cualquier medio de prueba admitido en derecho, que el cese en la actividad tuvo lugar en otra fecha a efectos de la extinción de la obligación de cotizar»⁵³.

de las sentencias dictadas por el de Las Palmas (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de octubre de 1999 (Ar: 3977), Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de noviembre de 1998 (Ar: 4393) y Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de mayo de 1997 (Ar: 1810).

⁴⁷ MARTÍNEZ LUCAS, J.A. «La baja en el Régimen General de la Seguridad Social», ob. cit., pág. 252.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife de 23 de diciembre de 1993 (Ar: 5231). ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. *Compendio de Seguridad Social*, ob. cit., pág. 157, también entendieron rechazable este argumento.

⁴⁹ RUIZ LANDÁBURU, M.J. «Bajas extemporáneas y cotización a la Seguridad Social», *Tribuna Social* núm. 110, febrero 2000, pág. 30.

⁵⁰ Como reiteradamente afirman los Tribunales Superiores de Justicia. Por todas, sentencias del de Las Palmas de 29 de octubre de 1999 (Ar: 3977) y del de Navarra de 26 de octubre de 1999 (Ar: 3627), ambos de Salas de lo Contencioso-Administrativo.

⁵¹ En palabras de ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. *Instituciones de Seguridad Social*, decimoctava edición, editorial Cívitas, Madrid 2002, pág. 467, el mantenimiento de la cotización sin actividad es «incongruente y desproporcionado».

⁵² En este sentido, arts. 10.2 y 13.2.

⁵³ Art. 13.3.2.



En conclusión, definitivamente se establece una presunción «*iuris tantum*» de cese en la actividad en la fecha en que se solicitan las bajas y que éstas pueden tener efectos retroactivos si se prueba un cese anterior⁵⁴.

Posteriormente, la promulgación del RCL y del RA, que derogan los comentados preceptos⁵⁵, confirman, en los mismos términos, esta nueva regulación jurídica de los efectos de las bajas extemporáneas en la obligación de cotizar⁵⁶.

Pero la aplicación de estas normas plantea una serie de incógnitas relativas a su eficacia temporal, su adecuación con el principio de jerarquía normativa y los medios de prueba admisibles para el empleo autónomo, que procedemos a analizar.

En primer lugar, respecto de las situaciones en las cuales van a desplegarse todos sus efectos, se plantean problemas provocados por dos circunstancias distintas: el difuso contenido de sus disposiciones transitorias y la existencia de una tendencia jurisprudencial y doctrinal a darles eficacia retroactiva.

Así, el Real Decreto 2110/1994, de 28 de octubre, establecía en su Disposición Transitoria Segunda, apartado 2, que los nuevos efectos otorgados a las bajas se aplicarían «*desde la fecha de entrada en vigor del mismo a las situaciones que se hayan producido desde la misma*». Tales «situaciones» posteriores a la norma pueden ser entendidas en un doble sentido: las de cese efectivo en la actividad o las de presentación formal de la baja⁵⁷. Más clarificadora nos parece la Disposición Transitoria Tercera, apartado 2, RA en la cual entendemos se atiende a la fecha de solicitud de la baja para aplicar su contenido, independientemente del momento en que se produzca el cese real en la actividad⁵⁸, al establecer que «*únicamente se aplicarán*

⁵⁴ MARTÍNEZ LUCAS, J.A. «El nuevo régimen jurídico de las bajas de trabajadores en el Sistema de la Seguridad Social», *Actualidad Laboral* núm. 22, junio 1996, pág. 445.

⁵⁵ Disposición Derogatoria Unica RCL, apartado 1.3.º y Disposición Derogatoria Unica RA, apartado 1.2.º.

⁵⁶ Arts. 14.2 2 y 45.2 1.º RCL: «En los casos en que no se solicite la baja o ésta se formule fuera de plazo y en modelo o medio distinto de los establecidos, no se extinguirá la obligación de cotizar sino hasta el día en que la Tesorería General de la Seguridad Social conozca el cese en el trabajo por cuenta ajena, en la actividad por cuenta propia o en la situación determinante de la inclusión en el Régimen de Seguridad Social de que se trate». Los arts. 14.2. y 45.2 2.º incluyen idéntico contenido que el derogado art.13.3.2 LRETA. En el RA, su art. 47.3 1.º remite la regulación del RETA a la establecida, con carácter general, por su art. 35.2, en cual se expresa en iguales términos que el RCL.

⁵⁷ La Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1995 la interpreta en el sentido de que debe ser acreditado el cese real de la actividad con posterioridad a su entrada en vigor

⁵⁸ Así también lo interpreta MARTÍNEZ LUCAS, J.A. «El nuevo régimen jurídico de las bajas de trabajadores en el Sistema de la Seguridad Social», ob. cit., pág. 451. Muy poco clari-

desde el 11 de diciembre de 1994, a las situaciones que se hayan formalizado después de dicha fecha».

Sobre la posible aplicación retroactiva de estas normas, algunas resoluciones judiciales afirman su legalidad en función de que, aun cuando ninguna de ellas alude a esta cuestión, su redacción es más favorable para el administrado (y no restrictiva de derechos, lo que impide la aplicación de art. 9.3 CE) y corrige los anteriores resultados injustos para éste⁵⁹. En virtud del principio general de irretroactividad de las normas que impone el art. 2.3 del Código Civil, que sólo permite la retroactividad cuando se dispone de forma expresa⁶⁰, esta teoría nos parece difícilmente aceptable, toda vez que las normas mencionadas prevén exactamente lo contrario, es decir, el despliegue de sus efectos a las situaciones originadas desde su entrada en vigor⁶¹.

Sin embargo, podemos afirmar que, en cualquier caso, este nuevo régimen se está aplicando «de facto» a bajas solicitadas con anterioridad a la promulgación del Real Decreto 2110/1994, de 28 de octubre. Así, existe una llamativa tendencia en las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia ha aplicar, de forma automática, la «tesis realista» cuando tienen que pronunciarse sobre sus efectos, si la resolución es dictada con posterioridad a la entrada en vigor de esta norma⁶².

ficador es el Informe-Consulta 51/2000, de 21 de febrero, sobre reclamación de cuotas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en los supuestos de baja retrasada, dictado por la TGSS (publicado en «Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos» núm. 10, 2000). De hecho, remite, sin más, a la aplicación estricta de las Disposiciones Transitorias de ambas normas, sin atender a que incluyen un sentido diferente.

⁵⁹ Así lo hacen las sentencias del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia de 4 de noviembre de 1998 (Ar: 4271), 23 de septiembre de 1998 (Ar: 3206) y 20 de mayo de 1998 (Ar: 1561). Apoya esta teoría RUIZ LANDÁBURU, M.J. «Bajas extemporáneas y cotización a la Seguridad Social», ob. cit., pág. 31.

⁶⁰ «Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario».

⁶¹ Así lo entiende, también, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en sentencia de 6 de abril de 1996 (Ar: 520).

⁶² Existe un elevadísimo número de pronunciamientos jurisprudenciales relativos a esta cuestión, siendo el número de resoluciones que aplica la «tesis realista» abrumadoramente superior. Entre varias, sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Valencia de 6 de noviembre de 2002 (Ar: JUR 2003/139895), de Andalucía de 31 de mayo de 2001 (Ar: JUR 2001/246096) y de Galicia de 13 de marzo de 1998, (Ar: 4667). Muy minoritarias son las resoluciones que acogen el criterio formalista, entre las que podemos citar, por todas, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña de 26 de mayo de 2003 (Ar: JUR 2004/34699) y de Madrid de 30 de abril de 2002 (Ar: JUR 2003/161357. De la Sala de lo Social, sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de octubre de 1995 (Ar: 3721) y de Cataluña de 3 de febrero de 1997 (Ar: 716), en la que niega sus efectos a las cotizaciones así



Definitivamente, las reglas incluidas en los derogados arts. 10.3 y 13.2 DRETA deben dejar de aplicarse, en todo caso, puesto que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha estimado la cuestión de ilegalidad que sobre los mismos le había sido planteada⁶³. Eso sí, dicha jurisprudencia sólo excluye la aplicación de estos preceptos con posterioridad a su publicación, pero no invalida los actos jurídicos anteriores a la misma dictados a la luz de su contenido⁶⁴.

En segundo lugar, se puede plantear su posible interdicción del principio de jerarquía normativa, dado que una norma de rango legal, cual es la LGSS, en su art. 106.3 establece determinados efectos para las bajas extemporáneas y podría interpretarse que se está articulando una modificación de su contenido en normas de rango inferior⁶⁵.

En nuestra opinión, en el contenido de estas normas no se efectúa una modificación de su contenido sino, más bien, su desarrollo o ampliación. De hecho, en todas ellas se mantiene la afirmación efectuada por él en el sentido de que es la solicitud de baja la que extingue la obligación de cotizar y, simplemente, han añadido un inciso nuevo a través del cual establecen la posibilidad de probar el cese anterior en la actividad. Es por ello por lo que no creemos que determinen una conculcación de este principio al ser normas que complementan y no sustituyen al art. 106.3 LGSS.

efectuadas en relación al cómputo del período de carencia de una prestación por incapacidad temporal.

En muchos casos, además, se alude como argumento de apoyo el cambio normativo, entre varias, sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (Salas de lo Contencioso-Administrativo) de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2000 (Ar: 662) y de Navarra de 26 de octubre de 1999 (Ar: 3627).

⁶³ Sentencia de 10 de febrero de 2003 (Ar: 2372). Precisamente, una de las razones por las cuales el Tribunal acepta pronunciarse sobre esta cuestión, aun cuando se trata de preceptos derogados, es que «puede resultar necesario... su enjuiciamiento... si no puede descartarse una eventual aplicación del reglamento impugnado, en función del tiempo en que estuvo vigente hasta su definitiva derogación. Criterio éste que, aplicado al devenir normativo que se contempla en el presente proceso, no permite concluir con seguridad que se haya producido una pérdida sobrevenida del objeto de la pretensión impugnatoria, como revela los reiterados pronunciamientos de distintas Salas de T.T.SS.JJ.» (Fto. Jco. cuarto). En la sentencia de 12 de mayo de 2004 de dicho Tribunal se reproducen idénticos argumentos.

⁶⁴ Por Resolución de la TGSS de 14 de julio de 2003 (Tribuna Social núm. 157, enero 2004, pág. 95), dicha Entidad Gestora afirma que las actuaciones realizadas por ella, mientras la normativa anterior estaba en vigor, deben reputarse conforme a derecho, pues la citada sentencia no modifica las situaciones jurídicas creadas en la aplicación de las controvertidas disposiciones, sólo excluye su aplicación posterior. En el mismo sentido, *vid.* Resolución de 9 de septiembre de 2004 (Tribuna Social núm. 169, enero 2005).

⁶⁵ Como así afirma MARTÍNEZ LUCAS, J.A. «El nuevo régimen jurídico de las bajas de trabajadores en el Sistema de Seguridad Social», *ob. cit.*, pág. 445.

En tercer lugar, toda vez que en las normas expuestas lo que se articula es una presunción «*iuris tantum*» de cese en la actividad en la fecha de formalización de la baja, se impone una delimitación de los medios de prueba que podrían ser admitidos para demostrar los ceses anteriores del trabajo ejercido por cuenta propia. En este sentido, es preciso aclarar, con carácter previo, que estas normas no van a establecer ninguna limitación en cuanto el número de ellas o su naturaleza⁶⁶.

Los documentos que, «a priori», deberían ser admitidos son aquellos propuestos por el art. 47.4 RA para acompañar a las solicitudes de baja como medios de prueba determinantes de su procedencia⁶⁷. Estos son: los documentos acreditativos del cese en la titularidad de cualquier empresa individual o familiar o de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario y otro concepto análogo; la declaración de baja en la matrícula del Impuesto de Actividades Económicas⁶⁸; la documentación acreditativa de la extinción o el cese de las licencias, permisos o autorizaciones administrativas, que sean necesarias para el ejercicio de la actividad de que se trate⁶⁹. Como excepción, la «*declaración responsable del interesado*», lógicamente, no podría tener virtualidad a estos efectos.

⁶⁶ Literalmente establecen que «podrán probar *por cualquiera* de los medios admitidos en derecho» (la cursiva es de la autora).

⁶⁷ O, como especifica el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en sentencia de 6 de noviembre de 2002 (Ar: JUR 2003/139895), debe tratarse de prueba oponible a un ente público, es decir, «no bastarían meros documentos privados, testigos... etc.... sino de documentos públicos al modo recogido en los arts. 1216 y ss. del Código Civil».

⁶⁸ Matrícula limitada, hoy día, a pocas actividades autónomas tras la promulgación del Real Decreto 1041/2003, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan determinados censos tributarios y se modifican otras normas relacionadas con la gestión censal del Impuesto sobre Actividades Económicas.

⁶⁹ Es evidente que cada caso dependerá de la actividad determinante de la inclusión en el Régimen. De forma mayoritaria, los Tribunales Superiores de Justicia admiten como prueba de cese la acreditación de la baja en el Impuesto de Actividades Económicas de forma conjunta con otras circunstancias, como el alta en el RGSS. Entre varias, se pronuncian, en este sentido, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Aragón de 13 de abril de 1999, (Ar: 2800), de la Comunidad Valenciana de 16 de enero de 1999 (Ar: 248) y de Galicia de 13 de marzo de 1998 (Ar: 1667). En sentido contrario, sentencias el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 1997 (Ar: 1179) y de 23 de junio de 1995 (Ar: 2247). También la admiten junto con la acreditación de la pérdida de la titularidad de su establecimiento las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Baleares de 19 de enero de 1999 (Ar: 138), Comunidad Valenciana de 13 de enero de 1999 (Ar: 237) y Baleares de 29 de enero de 1998 (Ar: 1560), o de la licencia administrativa correspondiente en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de julio de 1998, (Ar: 2975) y junto con la inclusión en la cartilla de la Seguridad Social de un familiar en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia



Por otra parte, también debería ser tenida en consideración la acreditación de una imposibilidad física para el desarrollo de la actividad, como sería el caso de una invalidez⁷⁰ y, en su momento, se tuvo lógicamente en cuenta el cumplimiento del Servicio Militar⁷¹.

Mucho más problemática se plantea la admisión del alta en otro Régimen de Seguridad Social como prueba de cese en la actividad autónoma, puesto que, de forma expresa, el RETA establece que la inclusión en él no queda afectada por la realización simultánea de otras actividades, por cuenta ajena o propia, que den lugar a su inclusión en alguno o algunos de los restantes Regímenes de Seguridad Social⁷². Por otra parte, la exigencia de «habitualidad» en el ejercicio de la actividad para quedar incluido en dicho Régimen presenta unos contornos muy difusos⁷³.

(Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de marzo de 1998 (Ar: 1667). Pero también se llega a admitir, en numerosas resoluciones, la sola acreditación de la baja en dicho impuesto. Por todas, sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña de 23 de marzo de 2000 (Ar: 412), de Baleares de 15 de octubre de 1997 (Ar: 2009) y de Granada de 4 de noviembre de 1996 (Ar: 2652). No la admiten como único medio de prueba, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de diciembre de 1995 (Ar: 896). E, incluso, la falta de acreditación de la baja en él, pero sí la del desahucio judicial del establecimiento, se admite en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de marzo de 1998 (Ar: 3555). En todo caso, *vid.* consideración efectuada en la anterior nota al pie.

⁷⁰ MARTÍNEZ LUCAS, J.A. «El nuevo régimen jurídico de las bajas de trabajadores en el Sistema de Seguridad Social», *ob. cit.*, pág. 445, nota al pie 22.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de octubre de 1999 (Ar: 3627).

⁷² Art. 2.2 ORETA. Una consolidada doctrina jurisprudencial no considera excluyente de la habitualidad la concurrencia de actividades autónomas con otras ejercidas por cuenta ajena a tiempo completo. Por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1999 (Ar: 7941), 18 de noviembre de 1997 (Ar:8541) y 20 de diciembre de 1996 (Ar:8966). Sin embargo, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Canarias de 29 de octubre de 1999 (Ar: 3977) y de Navarra de 4 de junio de 1997 (Ar: 1180), sí admiten el alta en el RGSS como prueba de cese. En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de noviembre de 1998 (Ar: 4270) se admite porque se produce una baja posterior en el Impuesto de Actividades Económicas.

⁷³ Art. 2 DRETA. Según BALLESTER PASTOR, I. «El trabajador autónomo de la industria y de los servicios en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 17, enero-marzo 1995, pág. 85, «...hay que conectarla con la continuidad de la actividad profesional, y no se puede confundir con la periodicidad. La habitualidad significa que existe un hábito al realizar la labor, mientras que la periodicidad significa que la actividad se realiza sólo cada cierto tiempo y repetidamente». Lo que está claro es que las actividades esporádicas están excluidas, *vid.* sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 19 de junio de 2000 (Ar: 2142), y del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 11 de diciembre de 1997 (Ar:4707).

Sin embargo, también es preciso tener en cuenta que hay actividades incluidas en este Régimen cuyo ejercicio no requiere de los documentos anteriormente mencionados, por lo que la realización de una actividad incluida en otro Régimen sí podría ser más determinante a los efectos de probar el cese en su ejecución. Nos referimos a dos supuestos en particular: el de los escritores de libros y el de los religiosos de la iglesia católica. En el primer caso ⁷⁴, existen dos elementos de control de efectivo ejercicio de la actividad que evitan acudir a este dato para probar el cese: su necesaria incorporación a las entidades asociativas mencionadas en el art.3 Decreto 262/1970, de 29 de octubre ⁷⁵, y su obligación de presentar una declaración jurada anual en la que afirmen el mantenimiento de los requisitos que permiten su inclusión en el Régimen ⁷⁶. En el segundo ⁷⁷, sí va a resultar un dato fundamental a tener en cuenta al no contar con otros elementos probatorios ⁷⁸.

En cuanto a la incidencia de estas normas en el derecho a las prestaciones, el art. 10.2.1 DRETA, según la redacción dada por el Real Decreto 2110/1994, de 28 de octubre, estableció que, cuando el trabajador no solicite la baja o ésta se practique de oficio fuera de plazo establecido, el alta así mantenida no surtirá efecto alguno en cuanto al derecho a las prestaciones, sin perjuicio de los efectos que en orden a la obligación de cotizar se determinan en el apartado 3 del artículo 13.

Derogado tal precepto por el art. 47.3.1.º RA, éste, de forma análoga, establece para tales casos que el trabajador no será considerado en situación de alta en cuanto al derecho a las prestaciones. La norma aplicable con carácter general, cual es el art. 35.2.4.º RA, determina que, si se prueba el cese en fecha anterior a la baja, ésta se va a producir sin perjuicio, en su caso, de la devolución de las cuotas que resulten indebidamente ingresadas como respecto del reintegro de las prestaciones que resulten indebidamente percibidas, salvo que actúe la prescripción.

⁷⁴ Integrados en el RETA por Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre.

⁷⁵ La Agrupación Sindical de Escritores, la Sociedad General de Autores de España, la Asociación Colegial de Escritores, la Asociación de Escritores y Artistas, así como aquellas otras, legalmente constituidas, que sean homologadas por el Ministerio de Trabajo

⁷⁶ Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 28 de julio de 1972. Lógicamente es este un medio de prueba mucho menos fiable.

⁷⁷ Integrados en el RETA por Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre.

⁷⁸ Como medio de prueba lo admite la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de julio de 1998 (Ar: 3461). De hecho, acerca de este colectivo se ha llegado a poner en tela de juicio que sea admisible el mantenimiento del alta en el RETA cuando realizan una actividad incluida en el RGSS, debido a que su integración en aquel Régimen tiene como única finalidad la de evitar su desprotección total, situación que queda corregida en este caso. *Vid.* LÓPEZ ANIORTE, M.C. *Ámbito Subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, editorial Aranzadi, Pamplona 1996, págs. 355 y 356.



2.2.2. *Agrarios*

En este Régimen los efectos de las bajas extemporáneas deben ser analizados en función de dos etapas diferenciadas:

- 1) La transcurrida desde la promulgación de la Ley reguladora del REA (en adelante LREA)⁷⁹ hasta la promulgación del RCL y el RA.
- 2) La transcurrida desde la promulgación del RCL y el RA hasta la actualidad.
 - 1) El LREA incluyó un precepto específico para determinar los efectos de las bajas extemporáneas en la obligación de cotizar, cual es el art. 41.3, según el cual la obligación de cotizar subsiste, sin interrupción, hasta la fecha de presentación en regla de la baja del trabajador en el censo.

La primera observación que puede ser efectuada sobre su contenido es la similitud con la norma aplicable al RGSS (el art. 106.3 LGSS) y su evidente diferencia con los arts. 10.2 y 13 DRETA, en su originaria redacción. Sí es cierto que su contenido es más explícito, pues si bien el art. 106 LGSS establece que la obligación sólo se extinguirá con la solicitud en regla de la baja, la norma del REA incide en su subsistencia «sin interrupción» hasta la fecha de presentación de la baja.

Por lo tanto, se plantearon los mismos problemas interpretativos sobre la eficacia declarativa o constitutiva de la formalización de la baja que en el RGSS y, de igual forma, los Tribunales Superiores de Justicia le otorgaron, en unos casos, la eficacia constitutiva⁸⁰ y, en otros, la eficacia declarativa⁸¹.

En cuanto a su incidencia en el derecho a prestaciones no se hace mención alguna. Aplicando, por defecto, las normas establecidas para el RGSS, no tendrían validez las cuotas ingresadas una vez se produzca el cese en la actividad.

- 2) Este precepto no pudo quedar derogado con la promulgación del RCL y del RA, dado que es mayor el rango de la norma que lo integra (una Ley) frente al que aquellas (son Reglamentos). Sin embargo, al igual que afirmamos anteriormente en referencia al art. 106.3 LGSS, el contenido de sus arts. 14.2 y 35.2, respectivamente, van a suponer un complemento o desarrollo a lo que el art. 41.3 LREA establece, por lo que son perfectamente aplicables y consti-

⁷⁹ Decreto 2123/1971, de 23 de julio, por que el que se aprueba el Texto Refundido de sus normas reguladoras.

⁸⁰ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 20 de diciembre de 1994 (Ar: 4940) y de Cataluña de 19 de noviembre de 1994 (Ar: 387).

⁸¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Granada de 25 de enero de 1995 (Ar: 169).

tuyen una consolidación de la interpretación no formalista de su contenido ⁸².

Sobre la adecuación de su régimen jurídico con el consolidado para el RETA en el art. 47.3 1.º RA, sólo se aprecian diferencias en la mención explícita que éste efectúa a que el trabajador «no será considerado en situación de alta en cuanto al derecho a prestaciones». En cualquier caso, entendemos que, de igual forma, se va a aplicar este inciso a los trabajadores autónomos del REA, puesto que en el RGSS tampoco tienen efectos para las prestaciones las cuotas debidas por el empresario por los períodos en los cuales sus trabajadores ya no efectúan ninguna actividad. E iguales consideraciones a las allí efectuadas podemos realizar sobre la aplicación transitoria de este nuevo régimen jurídico.

Sobre los medios de prueba que aquí serían admisibles para demostrar un cese anterior en la actividad al de la fecha de la baja formal, pese a que para el REA no existe un precepto similar al art. 47.4 RA, también deberían aceptarse como tales las solicitudes de baja en la declaración censal y los documentos que los cuales se acredite la pérdida de la titularidad de la explotación en la que ejerza su actividad. Por otra parte, habida cuenta de los estrechos márgenes que deja a la concurrencia de actividades distintas la exigencia de la «habitualidad» y de «medio fundamental de vida» para mantener el encuadramiento ⁸³, sí va a tener mayor validez como prueba de la falta de cumplimiento de los mismos el alta en otro Régimen de Seguridad Social, máxime si lo es a tiempo completo.

2.2.3. *Mar*

De igual forma que en el REA, pueden ser diferenciados en él dos etapas en la regulación jurídica de la cuestión objeto de análisis:

- 1) Desde la promulgación del REM hasta la entrada en vigor del RCL y el RA.
- 2) Desde la promulgación del RCL y el RA hasta la actualidad.
- 1) En función del contenido del art. 29.1 del Reglamento regulador del REM (en adelante RREM) ⁸⁴, la obligación de cotizar sólo se extingue con la comunicación de la baja del trabajador a las correspondientes Delegaciones Provinciales o Locales el Instituto Social de la Marina, en la forma y plazo en él preceptuados. La comuni-

⁸² Vid. sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de junio de 1999 (Ar: 2101).

⁸³ Art. 2 LREA.

⁸⁴ Decreto 1867/1970, de 9 de julio.



cación de la baja fuera de plazo que en cada caso proceda, sólo extinguirá la obligación de cotizar a partir del cuarto día inmediatamente anterior a aquel en que la comunicación haya tenido entrada en la dependencias del citado Instituto.

Por lo tanto, este Régimen adoptó igual solución a la integrada en el REA y en el RGSS, e iguales precisiones pueden ser aquí trasladadas. Lo que sí es posible apreciar es que su contenido es más explícito en cuanto a la adopción de una postura formalista al problema de las bajas extemporáneas, que parece dejar poco margen a su posible interpretación como presunción «*iuris tantum*» que admite prueba en contra.

- 2) El RCL va a derogar expresamente este precepto⁸⁵, supuesto admisible en este caso pues, a diferencia del REA, la norma que lo integra no es una ley sino su Reglamento de desarrollo. Al no prever, ni esta norma ni el RA, ninguna particularidad en cuanto a los efectos de las bajas extemporáneas en este Régimen, éstos quedan subsumidos en las normas de general aplicación, es decir, los arts. 14.2 RCL y 35.2 RA.

En definitiva, su régimen jurídico queda asimilado al del REA y el RETA, variando considerablemente su postura anterior al admitir la prueba de cese anterior en la actividad a la fecha de baja formal. En relación a los medios de prueba que puedan ser en él admitidos, en iguales términos que el REA va a tener mayor validez el alta en otro Régimen de Seguridad Social, por ser sus normas de encuadramiento similares a las de dicho Régimen, y la documentación acreditativa de la pérdida de la titularidad de la nave en la que desarrollan su actividad.

2.3. Las no abonadas y prescritas

De forma reiterada, los Tribunales deniegan toda eficacia, a efectos de acreditar el cumplimiento de los períodos mínimos cotizados, de las cuotas no abonadas y respecto de las cuales ha prescrito el plazo para exigir su reintegro⁸⁶. Tal interpretación es razonable desde la perspectiva de que, como contrapartida, no van a determinar que el trabajador sea considerado como incumplidor del requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas, lo

⁸⁵ Disposición Derogatoria Única, apartado 1, 2.º.

⁸⁶ Con relación al RETA, sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1993 (Ar: 736) y de los Tribunales Superiores de Justicia de Murcia de 14 de septiembre de 2000 (Ar: 3761), Santa Cruz de Tenerife de 10 de noviembre de 1999 (Ar: 4183), Burgos de 10 de mayo de 1999 (Ar: 2598) y Valladolid de 31 de mayo de 1999 (Ar: 2205), entre otras. En relación al REA, sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1998 (Ar: 456).

que es muy lógico pues, si no, los efectos negativos del incumplimiento repercutirían durante toda su vida laboral. Ahora bien, si las cuotas prescritas lo son con posterioridad al hecho causante de la prestación pero antes de su solicitud, en tal caso sí determinan el incumplimiento de dicho requisito ⁸⁷.

2.4. Las que han sido objeto de solicitud de aplazamiento

Respecto de las cuotas que hayan sido objeto de solicitud de aplazamiento en su pago por los trabajadores autónomos ⁸⁸, si éste se produce con anterioridad a la concurrencia del hecho causante se tiene al trabajador al corriente en el pago. Así se deduce del art. 31.3 Reglamento General de Recaudación (en adelante RGR), en virtud del cual la concesión del aplazamiento dará lugar a que el deudor «*sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social*» ⁸⁹.

Cuestión distinta es que, en estos casos de solicitud de aplazamiento en el pago de las cuotas, el abono de la prestación de vaya a producir desde la fecha en que tal solicitud se efectúa.

Los Tribunales están aplicando soluciones diferentes a este problema, según cual sea la prestación de que se trate. Así, en el caso de prestaciones por incapacidad temporal se estima que el pago debe dar comienzo a partir del ingreso de la última cuota debida, que es cuando el trabajador puede ser considerado al corriente en el pago ⁹⁰. Por lo tanto, se puede dar la circunstancia de que finalice tal situación y, si no se han acabado de pagar los plazos, la prestación no haya llegado a ser abonada. Tal circunstancia puede producirse, con mucha facilidad, cuando la situación a proteger sea la de maternidad. Para evitar, en ambos casos, la desprotección total de los trabajadores, nos parece que es mejor solución la de abonar la presta-

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003 (Ar: 7203). Y ello porque el art. 28.2 DRETA se aplica a las cuotas «exigibles» en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación. Otra solución, además, supondría la legalización de posibles «compras» de pensiones, sólo condicionadas a dejar pasar el plazo de prescripción del derecho a reclamar el cobro de las cuotas.

⁸⁸ Posibilidad reconocida por los arts. 31 y ss. del Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 1414/2004, de 11 de junio).

⁸⁹ De forma unánime, así lo establecen numerosísimas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, entre ellas, sentencias del Tribunal de Madrid de 15 de junio de 1999 (Ar: 5900); Cataluña de 2 de septiembre de 1997 (Ar: 3154); Valladolid de 22 de febrero de 2000 (Ar: 1524); Las Palmas de 11 de junio de 1998 (Ar: 3149).

⁹⁰ Así actúa el Tribunal Superior de Justicia de Granada, en cuya sentencia de 17 de mayo de 2000 (Ar: 5166) no reconoce el pago de la prestación por incapacidad temporal hasta el día primero del mes siguiente a aquel que se finalizó el ingreso de las cuotas pendientes.



ción correspondiente con el correlativo descuento de los aplazamientos debidos.

Una solución similar ha sido admitida en distintas resoluciones para la pensión de jubilación, pues se permite el abono desde la fecha del hecho causante y el pago simultáneo de los aplazamientos⁹¹. Nótese que, sin embargo, esta circunstancia va a posibilitar una cierta «compra de pensión», pues el trabajador bien puede, si tiene deudas por cuotas, solicitar previamente a jubilarse el aplazamiento y, posteriormente, solicitar su pensión correspondiente que cobrará sin mayores dificultades⁹².

Ahora bien, acerca de la legalidad de esta solución, el art. 40 LGSS permite, en términos generales, la compensación o descuento en las prestaciones cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social. Sin embargo, apreciamos que es necesario su desarrollo en el RGR, pues esta concreta posibilidad no está contemplada en su articulado.

3. SUPUESTOS CON NECESIDAD DE UNIFICAR SU RÉGIMEN JURÍDICO PARA TODOS LOS AUTÓNOMOS

3.1. Las anteriores al alta

Los trabajadores incluidos en el RGSS tienen previsto un mecanismo legal que evita la pérdida de su derecho a prestaciones cuando se ha incumplido la obligación de darles de alta, en el art. 29.2 RA⁹³. Tal y como en él se establece, las cotizaciones debidas tendrán plenos efectos, tanto en lo re-

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 (Ar: 10644) y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 14 de enero de 2002 (Ar: 572), en la cual, tras suspenderse el pago de la pensión por incumplimiento del abono de las cuotas aplazadas, se reanuda dicho pago una vez se concede un nuevo aplazamiento al deudor. Los efectos económicos, en tales casos, entendemos deben reanudarse teniendo en cuenta lo establecido por el art. 43 LGSS, es decir, a partir de los tres meses anteriores al cumplimiento de este requisito.

⁹² Lo pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de junio de 2000 (Ar: 2957).

⁹³ Según el art. 29.2 RA «los trabajadores por cuenta ajena o asimilados incluidos en el campo de aplicación de los Regímenes del sistema de Seguridad Social se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta en los mismos, a efectos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiese incumplido sus obligaciones al respecto. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral. Respecto a las restantes contingencias se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 125 de la Ley General de la Seguridad Social».

ferente a la acreditación de los períodos mínimos de carencia como en el cálculo de su base reguladora.

Dado que en el trabajador por cuenta propia coincide el sujeto obligado a solicitar la afiliación y el perjudicado si ésta no se efectúa, se hace innecesario el establecimiento de tales mecanismos destinados a evitar el daño que produce el incumplimiento de obligaciones que afectan a un tercero ⁹⁴.

Pero a la hora de sancionar al autónomo incumplidor de su obligación de solicitar el alta el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social no actúa igual. En concreto, los incluidos en el RETA poseen una normativa que les es más beneficiosa, pues permite mantener la validez de las cuotas debidas a efectos de prestaciones, como procedemos a exponer ⁹⁵.

3.1.1. *Régimen especial de Trabajadores Autónomos*

A. *Precedentes normativos y jurisprudenciales*

La Orden Ministerial de 30 de mayo de 1962, por la que se aprueban los Estatutos de la Mutualidad de los Trabajadores Autónomos de la Industria, de los Servicios y de las Actividades directas para el Consumo, no incluyó ningún precepto en el cual se negara la eficacia para acceder a sus prestaciones de las cotizaciones ingresadas por periodos en los cuales el trabajador debía estar en ella afiliado y no cumplió dicha obligación. Por lo tanto, una vez efectuado el pago tenían los mismos efectos que las ingresadas con posterioridad al alta y, en la actualidad, deben aplicarse tales reglas para las cuotas ingresadas en la Mutualidad ⁹⁶.

⁹⁴ O, como afirma BLASCO LAHOZ, J.F., la responsabilidad no puede recaer sobre «el empresario aquí inexistente», *El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, ob. cit., pág. 241. En sentido similar, el Tribunal Central de Trabajo, en sentencia de 15 de diciembre de 1984 (Ar: 9732), establece que no puede haber ninguna «suerte de compensación de culpas» con la Entidad Gestora del Sistema de Seguridad Social, incluso si ésta no invita al cumplimiento de las cuotas no abonadas. El propio Tribunal Constitucional ha afirmado que «ese deber y esa responsabilidad versan forzosamente sobre el propio trabajador autónomo, único que decide afiliarse cuando debe o decide no hacerlo hasta un momento dado», sentencia 189/1987, de 24 de noviembre.

⁹⁵ VALDÉS ALONSO, A. advierte de los graves perjuicios a los que se les puede someter con el establecimiento de medidas excesivamente severas para controlar su efectivo cumplimiento, en «El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 26, 2000, pág. 35.

⁹⁶ Así lo dice el propio Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 25 de junio de 1996 (Ar: 5306), 23 de marzo de 1995 (Ar: 2180) y 24 de enero de 1994 (Ar: 374). En el mismo sentido, sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco de 31 de



Una vez vigente el RETA, el art. 28.3 d) DRETA niega toda eficacia, a efectos de prestaciones, a las cotizaciones efectuadas en relación con personas que no estén de alta en el RETA en el período a que aquellas correspondan. Sin embargo, de forma bastante imprecisa también se determina que, una vez practicada el alta, las cotizaciones que le hayan precedido adquirirán efectos «en cuanto sean obligatorias»⁹⁷.

Posteriormente, se produce un cambio en su redacción, introducido por el Real Decreto 497/1986, de 10 de febrero⁹⁸. Con él se viene a confirmar, sin lugar a dudas, la ineficacia de las cotizaciones realizadas cuando, reuniendo los requisitos para estar incluidos en este Régimen Especial, el trabajador no hubiera solicitado el alta dentro del primer día del mes natural a que aquellas correspondan⁹⁹.

La finalidad del mismo no es otra que la de evitar el fraude denominado como la «compra de pensiones» de los trabajadores autónomos¹⁰⁰, definido por el Tribunal Constitucional como aquel que se produce «si las afiliaciones extemporáneas se producen intencionalmente cuando interesa reclamar prestaciones en fecha inmediata o próxima, disponiendo así el interesado de la posibilidad de completar, a su comodidad, el periodo de caren-

enero de 1996 (Ar: 213), y de Murcia de 29 de septiembre de 1992 (Ar: 4648) y, en sentido contrario, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de enero de 1990 (Ar: 1). La Resolución de la Dirección General de Previsión de 30 de septiembre de 1964 ya había admitido, en interpretación del art. 5 de estos Estatutos, la validez, a todos los efectos, de las cuotas correspondientes a períodos de alta. En el mismo sentido, Resolución de la TGSS de 11 de enero de 1996 (TS núm. 63, marzo 1996).

⁹⁷ Esta imprecisión provocó numerosos pronunciamientos del Tribunal Central de Trabajo, favorables a negar la eficacia de las cuotas. Por todos, sentencia de 20 de mayo de 1980 (Ar: 2840).

⁹⁸ BOE de 12 de marzo.

⁹⁹ La redacción de dicho apartado d) queda establecida de la forma que sigue: «Las cotizaciones realizadas, reuniendo los requisitos para estar incluidos en este Régimen Especial, si no se hubiera solicitado el alta dentro del primer día del mes natural a que aquellas correspondan. Esta interpretación es aceptada unánimemente por la jurisprudencia. Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1986 (Ar: 5424), de los Tribunales Superiores de Justicia de Granada de 12 de diciembre de 1989 (Ar: 405), y de Burgos de 9 de octubre de 1989 (Ar: 1129), y del Tribunal Central de Trabajo de 18 de enero de 1988 (Ar: 1053 y 1215) y de 12 de enero de 1988 (Ar: 1000). Sobre un análisis de esta norma y sus precedentes, *vid.* TATAY PUCHADES, C. «Omisión contributiva del trabajador por cuenta propia y prestaciones de Seguridad Social: un análisis normativo y jurisprudencial», *Tribuna Social* núm. 3, marzo 1991.

¹⁰⁰ Tal y como lo denomina, entre otros, BLASCO LAHOZ, J.F. *Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, ob. cit., pág. 264. Ya afirmó el Tribunal Central de Trabajo, en sentencia de 4 de noviembre de 1987, que cuando se intenta dar eficacia retroactiva a las cuotas anteriores al alta se «pone de manifiesto una evidente intención de comprar su pensión».

cia»¹⁰¹. Este fraude descansa en dos premisas fundamentales: primera, en una supuesta ausencia de controles eficaces para conectar el inicio de la actividad de los autónomos con la solicitud de alta en el Sistema de Seguridad Social, de manera que su inclusión en el mismo parece producirse voluntariamente y no de forma obligatoria, por regla general¹⁰²; segunda, en que no es posible reclamar todas las cuotas porque juega el límite de la prescripción, por lo que el trabajador sabe que hay determinados periodos no cotizados que no van a suponerle un desembolso económico al solicitar el alta extemporánea.

Tal normativa, por los negativos efectos que produce en el acceso a las prestaciones del Sistema para los trabajadores autónomos, fue objeto de numerosos Recursos de Amparo ante el Tribunal Constitucional por presunta vulneración del art. 14 CE sin que, en ningún caso, se concediese el amparo¹⁰³.

B. Regulación actual

Todas las normas que, a continuación, procedemos a mencionar en orden cronológico ascendente, van a ser determinantes a la hora de precisar los efectos actuales de las cuotas analizadas:

- 1.º) La Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo¹⁰⁴, modifica sustancialmente el contenido de la norma anteriormente aplicable. Así, su Disposición Adicional Décima confiere plena eficacia, a efectos de prestaciones, a las cotizaciones exigibles correspondientes a periodos anteriores a la formalización del alta, una vez hayan sido ingresadas con los re-

¹⁰¹ Sentencia 189/1987, de 24 de noviembre, Fto. Jco. quinto. TORTUERO PLAZA, J.L. en «Sobre los efectos de la cotización del autónomo que no está de alta», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 37, enero-marzo 1989, pág. 128, incluye un ejemplo muy ilustrativo sobre cómo se articula el fraude en el supuesto más común, cual es el acceso a la pensión de jubilación.

¹⁰² TORTUERO PLAZA, J.L. *ibidem*, pág. 129.

¹⁰³ La sentencia 189/1987, de 24 de noviembre (seguida por varias posteriores), se pronuncia acerca de si existe o no trato discriminatorio entre quienes se afiliaron al RETA tan pronto como se dieron en ellos las condiciones determinantes del deber de afiliación y han estado cotizando oportunamente, y entre quienes se acogieron al RETA de forma tardía y pagaron extemporáneamente, denegando que exista tal diferencia de trato. Por otra parte, la sentencia 73/1988, de 21 de abril, contempla la posible desigualdad que se pudiese haber producido por los sucesivos cambios de criterio, tanto administrativos como judiciales que este tema había planteado, que tampoco acepta el Tribunal.

¹⁰⁴ BOE de 31 de diciembre.

cargos que legalmente procedan. Asimismo, y sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan por su ingreso fuera de plazo, se establece que las referidas cotizaciones también darán lugar al devengo de intereses, exigibles desde la correspondiente fecha en que debieron ser ingresadas y de conformidad con el tipo de interés legal del dinero vigente en el momento del pago.

- 2.º) Se incluye una Disposición Adicional Novena en la LGSS que reproduce, literalmente, dicho texto.
- 3.º) El Real Decreto 2110/1994, de 29 de octubre, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, Agrario y de Empleados de Hogar¹⁰⁵, ratifica el contenido de la Ley 22/1993¹⁰⁶. Sin embargo, también va a introducir una matización relativa a la fecha a partir de la cual se desencadenarán sus efectos, que en la propia Ley no estaba precisada: «...únicamente se aplicarán a partir de la entrada en vigor de la Ley 22/1993 ...y para las situaciones de formalización de alta que se hayan producido a partir de la misma» (Disposición Transitoria Segunda)¹⁰⁷.
- 4.º) Cuando se promulga el RA, su art. 47.1 1.º especifica que, sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan por su ingreso fuera de plazo, las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta serán exigibles y producirán efectos en orden a las prestaciones una vez hayan sido ingresadas, con los recargos que legalmente correspondan, salvo que por aplicación de la prescripción no fueren exigibles dichas cuotas ni por ello válidas a efectos de prestaciones.
- 5.º) La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en su Disposición Adicional Segunda viene a ratificar las matizaciones realizadas por el Real Decreto 2110/1994 sobre la fecha de efectos de la Ley 22/1993. Para ello, introduce en la Disposición Adicional Novena LGSS el apartado siguiente: «Lo previsto en los párrafos anteriores únicamente será de aplicación con respecto a las altas que se hayan forma-

¹⁰⁵ BOE de 10 de diciembre.

¹⁰⁶ Art. 5.

¹⁰⁷ CEA AYALA, A. propuso otro peculiar criterio en cuanto a los efectos de la nueva regulación: que se concediese validez únicamente a las cuotas abonadas después del 1 de enero de 1994, sin atender a la fecha de alta. «Puntos más conflictivos del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos», *Revista del Centro de Estudios Financieros* núm. 135, 1994, pág. 136.

lizado a partir de 1 de enero de 1994»(nótese que dicha fecha es aquella en la que entró en vigor la Ley 22/1993).

- 6.º) Se incluye en el RA una Disposición Transitoria Tercera en cuyo apartado primero se introduce la misma precisión efectuada por la norma anteriormente citada ¹⁰⁸.

En conclusión: abonados los recargos e intereses legalmente aplicables, siempre y cuando no se trate de cuotas prescritas ¹⁰⁹ (es decir, que son reclamables las correspondientes a los últimos cuatro años desde que se inicia la actividad, que es el plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de las deudas por cuotas «ex» art. 21.1 LGSS) y únicamente para las altas producidas en fecha posterior a 1 de enero de 1994, las cotizaciones ingresadas por periodos en los cuales existía la obligación de estar de alta sin que ésta se efectuara son plenamente válidas en cuanto al derecho a prestaciones.

Sobre el contenido de tan profusa normativa, deben ser tenidas en cuenta las siguientes matizaciones efectuadas por la jurisprudencia:

- Las cuotas prescritas y cuyo pago no es exigible no podrán ser tenidas en cuenta a efectos de completar los periodos mínimos de cotización exigidos ¹¹⁰.
- El hecho causante de la prestación de que se trate también se debe de haber producido con posterioridad a la entrada en vigor de la norma que instaura esta posibilidad, es decir, en fecha posterior a 1 de enero de 1994 (además de que el alta también se debe solicitar en fecha posterior) ¹¹¹.
- Es independiente que el pago se haga a requerimiento de la Seguridad Social o de modo voluntario ¹¹².
- Si el pago se produce con posterioridad a la concurrencia del hecho causante de la prestación no podrá tener eficacia para comple-

¹⁰⁸ 1. «Los efectos que, para los cotizaciones correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se prevén en el apartado 2.1 del artículo 47 (nótese el error al citar el apartado, pues se refiere al 1 1.º) de este Reglamento únicamente se aplicarán a partir de 1 de enero de 1994 y para las situaciones de formalización del alta que se hayan producido a partir de dicha fecha».

¹⁰⁹ En este sentido, también aplicable el art. 35.1 3.º RA.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de abril de 1998 (Ar: 1352).

¹¹¹ Por todas las resoluciones que lo afirman, *vid.* sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2003 (Ar: 1260) y del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 1 de abril de 1998 (Ar:1469) En igual sentido, GARCÍA-CASILLAS DÍAZ, J.M. «De nuevo sobre el pago extemporáneo de las cuotas de Seguridad Social y sus efectos sobre las prestaciones económicas de los trabajadores por cuenta propia», *Aranzadi Social* Tomo V, 1997, pág. 289.

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992 (Ar: 1045).



tar el periodo mínimo de cotización, únicamente para cumplir con el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas ¹¹³.

Merece ser objeto de un análisis más pormenorizado el aspecto de su contenido que ha suscitado mayor polémica jurisprudencial. Nos referimos a la necesidad de que el alta se haya producido con posterioridad a 1 de enero de 1994, que, como ya hemos analizado, primero se exigió vía Real Decreto y, posteriormente, se vio confirmado por la Ley 66/1997, produciéndose entre la vigencia de ambas disposiciones normativas un intervalo de treinta y ocho meses.

Respecto de la matización efectuada por el Real Decreto 2110/1994, el Tribunal Supremo había establecido una consolidada doctrina ¹¹⁴ en virtud de la cual le negaba todo valor jurídico ¹¹⁵. En definitiva, el Tribunal interpretó que había que atender a la fecha del hecho causante y no a la del alta para aplicar esta norma ¹¹⁶, lo cual no podía quedar establecido de distinta forma por una norma de rango inferior a la Ley y, en los mismos términos, lo confirmó en numerosísimas sentencias posteriores ¹¹⁷. Por lo tanto, anulado el contenido del Real Decreto, si el hecho causante de la prestación se

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1994 (Ar: 379). *Vid.* GARCÍA-CASILLAS DÍAZ, J.M. «De nuevo sobre el pago extemporáneo de las cuotas de Seguridad Social ...», *ob. cit.*, págs. 292 y 293.

¹¹⁴ A partir de su sentencia de 11 de octubre de 1996 (Ar: 7618).

¹¹⁵ «Esta Sala de lo Social ha mantenido reiteradamente que la legislación aplicable en materia de Seguridad Social es la vigente en el momento de la producción del hecho causante»; «La Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 2110/1994, incurre en «ultra vires», al ir manifiestamente en contra de la Ley e introducir una delimitación, relativa al reconocimiento del derecho, no previsto por la norma que desarrolla, razón que determina su aplicabilidad»; «Esta delimitación del ámbito temporal de la norma...realizada por el precepto reglamentario y no por la Ley que reconoce la nueva situación jurídica, equivale, como se ha dicho, a una extralimitación en la potestad reglamentaria de la administración que, asimismo, es contraria con la doctrina sobre el hecho causante, dictada por esta Sala en aplicación de la Disposición transitoria 1 de la Ley General de la Seguridad Social, al distinguir, lo que no ha hecho la Ley y con clara intencionalidad restrictiva, la eficacia de ciertas cotizaciones anteriores al alta». Todas ellas contenidas en su Fto. Jco. tercero.

¹¹⁶ En aisladas sentencias del Tribunal Supremo, sin embargo, sí se había entendido que la norma aplicable es la vigente en el momento del alta, *Vid.* sentencia de 10 de octubre de 1996 (Ar: 7613).

¹¹⁷ Por todas, sentencias de 3 de noviembre de 1999 (Ar: 8516), de 22 de julio de 1998 (Ar: 6214), de 26 de enero de 1998 (Ar: 1058), de 16 de diciembre de 1997 (Ar: 9322), de 7 de julio de 1997 (Ar: 5698), de 20 de mayo de 1997 (Ar: 4276) y de 5 de mayo de 1997 (Ar: 3653). Los Tribunales Superiores de Justicia aplicaron de forma unánime esta doctrina. Por todas, sentencias de los Tribunales de Sevilla de 21 de febrero de 1998 (Ar: 6093), de Aragón de 5 de noviembre de 1997 (Ar: 5038), de Cantabria de 4 de noviembre de 1997 (Ar: 5044), de Navarra de 24 de junio de 1997 (Ar: 2108), de Valladolid de 27 de mayo de 1997 (Ar: 1710) y de las Palmas de 15 de mayo de 1997 (Ar: 2307).

producía a partir de 1 de enero de 1994 eran válidas las cotizaciones ingresadas por periodos anteriores a la formalización del alta, en cualquier caso.

La Administración reacciona contra esta doctrina y, para frenar su aplicación, incorpora la Disposición Adicional Segunda en la Ley 66/1997 con el mismo contenido que el Real Decreto 2110/1994. Con ello, la anterior justificación del Tribunal para considerarlo «ultra vires» ya no pueda ser mantenida pues, si una norma de igual rango que la Ley 22/1993 establece una limitación al alcance de ésta, toda su argumentación anterior es automáticamente inaplicable.

Esto significa que, a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley 66/1997 (es decir, desde el 1 de enero de 1998), cuando el hecho causante de las prestaciones sea posterior a esta fecha sólo van a tener validez las cotizaciones ingresadas por periodos en los cuales no se había efectuado el alta para aquellas que hayan sido solicitadas a partir de 1 de enero de 1994. Así lo han entendido, de forma unánime, los Tribunales Superiores de Justicia¹¹⁸ y lo reconoce el propio Tribunal Supremo en diversas resoluciones¹¹⁹.

A modo de resumen, podemos determinar que, en la actualidad y como consecuencia de estos vaivenes normativos, se producen tres tipos de situaciones con relación a la validez de las cotizaciones correspondientes a periodos anteriores a la formalización del alta de los trabajadores por cuenta propia:

- * Cuando el hecho causante de la prestación se haya producido con anterioridad al 1 de enero de 1994, dichas cotizaciones carecen de validez¹²⁰.
- * Cuando el hecho causante de la prestación se haya producido entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1997, dichas cotizaciones tienen plena eficacia, independientemente de la fecha en que se efectuase el alta en el RETA.

¹¹⁸ Por todas, sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2002 (Ar: 2964), de la Comunidad Valenciana de 13 de diciembre de 2001 (Ar: 2002\3282), del País Vasco de 12 de septiembre de 2000 (Ar: 3421), de Murcia de 15 de mayo de 2000 (Ar: 1845), de Madrid de 25 de abril de 2000 (Ar: 5288), de Galicia de 5 de abril de 2000 (Ar: 973), de Cataluña de 1 de febrero de 2000 (Ar: 5078), de Madrid de 28 de enero de 2000 (Ar: 1299), de Cataluña de 26 de enero de 2000 (Ar: 867), de Madrid de 10 de noviembre de 1999 (Ar: 7371) y del País Vasco de 8 de junio de 1999 (Ar: 6191).

¹¹⁹ Por primera vez en la sentencia de 27 de marzo de 2001 (Ar: 3407), en cuyo Fto. Jco. segundo estableció que «Ciertamente en la fecha en que se produjo el hecho causante ya estaba en vigor la modificación que la Ley 66/1997 hizo...Por tanto, el supuesto de autos...no podía beneficiarse del reconocimiento que había efectuado la Ley 22/1993 y que había dado lugar a una copiosa jurisprudencia». Posteriormente recoge este criterio la Sentencia de 24 de julio de 2001 (Ar: 8080).

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 21 de febrero de 2003 (Ar: 2003/149067).



- * Cuando el hecho causante de la prestación se haya producido a partir del 1 de enero de 1998, dichas cotizaciones tienen plena eficacia si el alta en el RETA se ha producido en fecha posterior al 1 de enero de 1994 ¹²¹.

Dos tipos de valoraciones se pueden realizar en relación con las cuestiones anteriormente analizadas. Una que versa sobre el propio contenido de las normas actualmente vigentes y su adecuación a la función a la que sirven. Otra relativa a los trabajadores que se van a ver incluidos en ellas.

En cuanto a la primera de ellas, es evidente que la sombra que planea sobre el otorgamiento de validez a las cotizaciones abonadas extemporáneamente por periodos anteriores al alta es la del posible fraude a la Seguridad Social ¹²². Es cierto que quizás peca de severidad el sancionar al trabajador con el pago de las cotizaciones, incrementadas con recargos y sanciones, y, además, negarles validez para el acceso a prestaciones, porque se produce una sanción doble ¹²³. Sin embargo, el otorgamiento de validez a dichas cuotas no implica que se abandone la lucha contra el fraude, sino que éste se debe trasladar a un momento anterior y traducirse en un incremento de los mecanismos para evitar que se puedan producir las altas extemporáneas ¹²⁴. Cuando tales mecanismos fallan, la solución más ajustada a derecho no nos parece sea la de negar la validez a las cuotas. Pero tampoco nos parece que contribuya a evitar el fraude la tendencia del legislador a reducir el plazo de prescripción para reclamar el pago de las cotizaciones, sobre todo en el supuesto en que dicho fraude es más frecuente y más perjudicial, cual es el acceso a la pensión de jubilación ¹²⁵.

Por lo que a los trabajadores incluidos se refiere, su limitación a aquellos dados de alta a partir de 1 de enero de 1994 nos parece la consecuencia

¹²¹ En diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia no se aplica la Ley 66/1997 porque el hecho causante se produce con anterioridad a su entrada en vigor, por lo que siguen aplicando anterior doctrina del Tribunal Supremo. Entre otras, sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Extremadura de 7 de julio de 2005 (Ar: JUR 2005/185822), de Asturias de 21 de febrero de 2003 (Ar: JUR 2003/149067), de Galicia de 5 de abril de 2000 (Ar: 973) y de Madrid de 10 de noviembre de 1999 (Ar: 7371) y de 20 de enero de 1998 (Ar:78).

¹²² Así lo afirma también ALONSO OLEA, M. *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo V, 1987, pág. 372.

¹²³ Aun cuando el Tribunal Constitucional afirmase en su sentencia 173/1988, de 3 de octubre, que «la negación de eficacia a las cuotas ingresadas extemporáneamente no supone sanción alguna», opinión en la que coincidimos con TATAY PUCHADES, C. «Omisión contributiva del trabajador por cuenta propia...», ob. cit., pág. 13.

¹²⁴ Como ya habían recomendado autores como TORTUERO PLAZA, J.L. «Sobre los efectos de la cotización del autónomo que no está en alta», ob. cit., pág. 140.

¹²⁵ Reducción de cinco años a cuatro que se produjo en virtud del art. 24 de La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE de 31 de diciembre). Algún autor ha destacado el posible uso fraudulento de estas previsiones en

de una opción legislativa que quería adoptar una solución a medio camino entre negar la validez a las cuotas y conceder su eficacia en términos absolutos, con el consiguiente ahorro de la Administración al limitar el acceso a las prestaciones del RETA a determinados trabajadores a él afiliados¹²⁶. Sin embargo, produce dos consecuencias evidentemente injustas. En primer lugar, contradice arbitrariamente a una doctrina a la que el Tribunal Supremo ha recurrido en innumerables ocasiones para reconocer el derecho a prestaciones, cual es la de atender única y exclusivamente a la fecha del hecho causante. En segundo lugar, se están produciendo evidentes diferencias de trato entre trabajadores autónomos según la normativa vigente en la fecha del hecho causante de la prestación de que se trate¹²⁷, y una cierta inseguridad jurídica derivada del complicado juego normativo y jurisprudencial al que hay que atender para resolver determinados supuestos de pago extemporáneo de cuotas.

Entendemos, por lo tanto, que la Ley 66/1997 debía haber anulado el contenido del Real Decreto 2110/1994, confirmando, así, la postura del Tribunal Supremo y manteniendo como fecha de efectos del cambio de las reglas determinantes de la validez de las cuotas anteriores al alta la del acaecimiento del hecho causante de la prestación.

3.1.2. *Agrario y Mar*

Las normas anteriormente citadas sólo mencionan al RETA. Por otra parte, en la normativa reguladora del REA y del REM no encontramos ningún precepto de contenido similar ni existe dentro de las normas de común aplicación dentro del Sistema (como el RA o el RCL). En relación al REA, tampoco se puede entender que las normas aplicables a sus trabajadores autónomos con anterioridad a la entrada en vigor de este Régimen Especial contuvieran una previsión más favorable¹²⁸.

el cobro de otras prestaciones, caso de la incapacidad temporal, como MERCADER UGUINA, M. «El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)», *Relaciones Laborales* núm. 9, mayo 2004, pág. 22.

¹²⁶ Justificación última a la que también aluden DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., «*La seguridad social de los trabajadores autónomos*», ob. cit., pág. 229.

¹²⁷ BLASCO LAHOZ, J.F. *Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, ob. cit., pág. 274 ya calificó el contenido de la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 2110/1994 como de injusto y discriminatorio. Como afirman los autores arriba, citados, se ha creado una situación a todas luces insatisfactoria, ibidem, pág. 229.

¹²⁸ Como así afirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 24 de noviembre de 1995 (Ar: 4252).

La conclusión evidente, tal y como viene afirmando de manera reiterada la jurisprudencia ¹²⁹, es que las cuotas ingresadas por los trabajadores autónomos incluidos en estos Regímenes, por periodos anteriores a la formalización del alta, carecen de total validez en cuanto a su derecho a prestaciones ¹³⁰.

Ni que decir tiene que esta regulación es sensiblemente más desfavorable para estos trabajadores, lo cual induce a buscar una posible justificación a la misma. El razonamiento que apoya tal diferencia de tratamiento entre trabajadores autónomos nos parece sólo puede encontrarse en la menor contribución de éstos a la financiación del Sistema que deriva, como contraprestación, en un mayor endurecimiento de los requisitos que les sean exigidos para su acceso a las prestaciones que tengan reconocidas ¹³¹. Sin embargo, el abono de las cotizaciones, incrementadas con los intereses y recargos correspondientes tal y como tiene establecido el RETA, al margen de suponer una sanción más que suficiente al incumplimiento de la obligación de solicitar el alta, también puede determinar un aumento en la recaudación, efecto que se contradice con esta argumentación ¹³². Además, en el REA ya no es de aplicación tal argumento, pues ya hemos aludido anteriormente al inicio del proceso de igualación de cuotas con el RETA.

¹²⁹ Que rechaza la inclusión de este supuesto en los art.16 LREA y 48 RREA (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1998, Ar: 3258 y de 17 de junio de 1993, Ar: 5076, y de los Tribunales Superiores de Justicia de Tenerife de 26 de noviembre de 1996, Ar: 3806 y de Valladolid de 20 de junio de 1995, Ar: 2349). Asimismo, rechaza la aplicación al REA de la Ley 22/1993 y de la Disposición Adicional Novena LGSS (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1998, Ar: 3258 y de 15 de diciembre de 1997, Ar: 9319, y de los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria de 26 de junio de 1998, Ar: 2183 y de Valladolid de 13 de febrero de 1996, Ar: 1049). En sentido contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en sentencia de 17 de febrero de 1997 (Ar: 539) entiende aplicable al REA la Ley 22/1993 sin incluir ningún tipo de justificación en este sentido.

¹³⁰ En este sentido, AGUILERA IZQUIERDO, R. «Las cotizaciones ingresadas extemporáneamente por los trabajadores agrícolas: desigualdad entre Regímenes Especiales de la Seguridad Social», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, monográfico *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid 1999, Pag. 122, GARCÍA-CASILLAS DÍAZ, J.M. «De nuevo sobre el pago extemporáneo de las cuotas de la Seguridad Social...», ob. cit., pág. 293, HURTADO GONZÁLEZ, L. y MARÍN ALONSO, I. *La Seguridad Social agraria*, ediciones Laborum, Murcia 1999, pág. 157 y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M. *Sistema de Seguridad Social*, quinta edición, editorial Tecnos, Madrid 2003, pág. 541.

¹³¹ AGUILERA IZQUIERDO, R. «Las cotizaciones ingresadas extemporáneamente...», ob. cit., pág. 129. Otra justificación alegada, de contenido mucho más difuso, ha sido la de la «presión ejercida por los sectores u otras razones extrajurídicas concurrentes en el momento en que se efectúa la regulación, GARCÍA-CASILLAS, J.M. «De nuevo sobre el pago extemporáneo de las cuotas de la Seguridad Social...», ob. cit., pág. 295.

¹³² En este sentido, AGUILERA IZQUIERDO, R. *ibidem*, pág. 130.

Lo que, en cualquier caso, nos parece evidente, es que no hay ninguna particularidad en la actividad que se desarrolla en cada uno de estos sectores que apoye esta diferencia. Desde esta perspectiva, se puede poner en tela de juicio su adecuación con el cumplimiento del principio de igualdad ¹³³. Es por ello por lo que habría que establecer a una regulación unitaria de esta cuestión, máxime si las cuotas a ingresar por los trabajadores del REM llegan a igualarse con las previstas para el resto de los autónomos.

3.2. Ingresadas fuera de plazo pero antes de la concurrencia del hecho causante

Es difícil encontrar una justificación objetiva al diverso tratamiento recibido por tales cotizaciones en cuanto a sus efectos en el cómputo de los períodos mínimos de cotización, dado que, como procedemos a analizar, los tres Regímenes que incluyen trabajadores autónomos lo van a regular de forma distinta.

3.2.1. Ineficacia en el Régimen especial de Trabajadores Autónomos

Las cuotas ingresadas por los trabajadores incluidos en este Régimen, con posterioridad al plazo legalmente establecido para ello, cuando están legalmente en situación de alta y con anterioridad a la concurrencia del hecho causante de cualquiera de las prestaciones a las que puedan causar derecho, van a resultar ineficaces a los efectos de completar sus períodos mínimos de carencia. Esta singular situación ¹³⁴ deriva del contenido de los arts. 28.3 c) DRETA y 57.3 c) ORETA, en virtud de los cuales no producirán efectos para las prestaciones las cotizaciones que, «*por cualquier causa*», hubiesen sido ingresadas indebidamente en su importe y períodos correspondientes.

La sanción que esta norma conlleva ¹³⁵ resulta excesivamente dura si tenemos en cuenta que a estos trabajadores les resultan de aplicación, al igual

¹³³ Como así manifiestan AGUILERA IZQUIERDO, R., «Las cotizaciones ingresadas extemporáneamente.», ob. cit., pág. 131 y GARCÍA-CASILLAS DÍAZ, J.M., «De nuevo sobre el pago extemporáneo de las cuotas de la Seguridad Social...», pág. 296.

¹³⁴ Confirmada por la jurisprudencia en las sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 1994 (Ar: 379) y del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 6 de junio de 1995 (Ar: 2552).

¹³⁵ Como tal la califica MONEREO PÉREZ, J.L. «Eficacia de las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta en el RETA», *Actualidad Laboral* núm. 24, 1985, pág. 1220.



que a todos, los recargos legalmente establecidos para las cuotas ingresadas fuera de plazo en el RGR¹³⁶. No se aprecia, por otra parte, ninguna singularidad en la actividad protegida que justifique esta diferencia de trato frente al resto de Regímenes de Seguridad Social.

3.2.2. *Eficacia absoluta en el Agrario*

Puesto que no incluye ninguna norma de contenido similar a la incluida en el RETA, es posible afirmar la plena validez de las cuotas ingresadas antes del hecho causante en este Régimen¹³⁷, siempre y cuando hayan sido abonadas con los recargos legalmente correspondientes.

El único precepto incluido en sus normas reguladoras que contenía una limitación en este sentido era el art. 16 LREA. Se establece en él que las cuotas ingresadas fuera de plazo por los trabajadores por cuenta propia que correspondan a períodos anteriores en los que figuraron en alta, se les computarán a los efectos de completar los correspondientes períodos de carencia, así como para determinar el porcentaje en función de los años de cotización de la pensión de vejez. En ambos casos, limita tales efectos, puesto que sólo se computarán las cuotas correspondientes al período inmediatamente anterior a la fecha de ingreso de las mismas hasta un máximo de seis mensualidades. Todo ello, se indica, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan a estos trabajadores en orden a la cotización.

Sin embargo, la mencionada restricción del cómputo a seis mensualidades se suprimió con la promulgación de la Ley 20/1975, de 2 de mayo, por la que se perfecciona la acción protectora de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario¹³⁸.

Tal y como viene interpretando la jurisprudencia este precepto, se refiere a las cuotas ingresadas con anterioridad al hecho causante y no a las posteriores¹³⁹.

¹³⁶ Art. 75.

¹³⁷ Así lo reconoce la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 23 de septiembre de 1994 (Ar: 3400).

¹³⁸ Artículo Único. Antes de su promulgación, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1973 la jurisprudencia aplicaba literalmente el precepto, computando sólo las cuotas de los seis meses inmediatamente anteriores. *Vid.* VELÁZQUEZ BOBES, R. «Validez de las cuotas ingresadas fuera de plazo en el Régimen Especial de la Seguridad Social Agraria», *Revista de Seguridad Social* núm. 1, enero-marzo 1979, pág. 110

¹³⁹ Las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Sevilla de 16 de abril de 1998 (Ar: 6046) y de Galicia de 17 de febrero de 1998 (Ar: 32) deniegan la posibilidad de efectuar pagos posteriores al hecho causante. Además, reiteradamente el Tribunal Supremo establece que, la única excepción al requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas, es la establecida para las prestaciones por muerte y supervivencia (por todas, sentencias de 20 de



Por lo tanto, éstas son las que se computan, en la actualidad, sin limitación alguna ¹⁴⁰.

3.2.3. *Eficacia parcial en el Mar*

En este Régimen, al igual que sucede en el REA, no existe ningún precepto similar al incluido en el RETA y sí uno de idéntico contenido al art. 16 LREA, cual es el art. 65.1 RREM. Por lo tanto, podemos dar por reproducidas las consideraciones anteriormente efectuadas sobre las cuotas a las que el precepto se refiere, pues no tendría sentido efectuar aquí una interpretación diferente ¹⁴¹.

Pero, paradójicamente, en este Régimen no se ha efectuado la derogación del límite de las seis mensualidades, lo que supone, aplicando literalmente la norma comentada, que sólo son válidas las cuotas abonadas extemporáneamente hasta dicho límite temporal, siendo ineficaces todas las que exceden de seis mensualidades. Al no incluir el precepto ninguna especificación en cuanto a las prestaciones afectadas, parece que debe ser extendida a todas las incluidas en su acción protectora.

Lo que no está claro en el contenido de esta norma es si tal limitación abarca a todas las cotizaciones que puedan ser ingresadas a lo largo de la vida del trabajador (es decir, si una vez que se han abonado extemporáneamente seis mensualidades ya va a resultar imposible que puedan tener validez otras cuotas ingresadas fuera de plazo), o si el cómputo se inicia cada vez que se causa derecho a una prestación. Que duda cabe que sería necesario acogerse a la interpretación más favorable al trabajador, ante la desigual situación en que esta norma les sitúa frente a sus homónimos del REA y, por lo tanto, aplicar la limitación por cada prestación a la que pueda causar derecho.

septiembre de 1999, Ar: 8555, 29 de septiembre de 1998, Ar: 8555, 20 de enero de 1998, Ar: 5 y 14 de diciembre de 1992, Ar:10079). De igual forma interpreta el precepto ALMANSA PAS-TOR, J.M. *Derecho de la Seguridad Social*, séptima edición, editorial Tecnos, Madrid 1991, pág. 594.

¹⁴⁰ En este sentido, *vid.* Resolución de 16 de febrero de 1988, de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, sobre validez de cotizaciones ingresadas fuera de plazo, correspondientes a trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario.

¹⁴¹ Aunque no apoya esta teoría GARCÍA-CASILLAS DÍAZ, J.M. «De nuevo sobre el pago extemporáneo de las cuotas de Seguridad Social...», *ob. cit.*, pág. 286.



2

Mercado de Trabajo







LA PRODUCTIVIDAD LABORAL SE ESTANCA

INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN
ESPAÑA Y ANDALUCÍA DURANTE EL CUARTO TRIMESTRE DE 2005 *

SANTOS M. RUESGA BENITO

Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

CARLOS RESA NESTARES

Investigador del Colegio de México

EXTRACTO

En el cuarto trimestre de 2005, la economía española sigue en una dinámica de crecimiento económico superior a la media europea, aunque muestra un importante desequilibrio en el sector exterior. La evolución de las principales variables laborales sigue siendo muy positiva, en especial en lo que se refiere a la creación de empleo. En este contexto hay que tener en cuenta que las ganancias de productividad laboral no muestra signos de recuperación. En lo que atañe a la evolución del mercado de trabajo en Andalucía hay que recoger la favorable evolución del empleo y la reducción del paro acaecidos a lo largo del año 2005.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles en abril de 2006.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. CUARTO TRIMESTRE

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	4.º Trim. 05	21.155,51	0,95	3,2	3.510,50	2,1	4,4
Tasa de actividad	Porcentaje	4.º Trim. 05	57,72	0,5	1,7	55,11	1,6	1,7
Hombres	68,95	-0,1	1,1	68,55	1,0	1,5
Mujeres	46,95	1,4	2,5	42,16	2,6	1,8
16-19 años	27,73	-12,3	9,7	28,32	-12,7	1,0
20-24 años	67,14	-2,4	5,1	67,83	-1,1	7,0
25-54 años	81,32	0,9	0,2	76,06	1,9	0,4
Más de 55 años	19,50	3,0	7,0	16,85	8,0	4,1
Ocupados	Miles	4.º Trim. 05	19.314,26	0,5	3,3	3.025,20	1,8	6,3
Agricultura	1.006,78	1,5	2,5	283,50	11,8	10,3
Industria	3.288,51	-0,7	-0,4	343,20	2,6	10,9
Construcción	2.422,83	1,1	6,8	455,30	4,7	6,5
Servicios	12.596,14	0,8	6,2	1.943,10	-0,3	5,0
Asalariados del sector público	..	4.º Trim. 05	2.868,00	-1,6	0,0	504,60	-4,3	..
Asalariados temporales	..	4.º Trim. 05	5.350,36	-1,2	11,3	1.131,20	3,0	..
Parados encuestados	..	4.º Trim. 05	1.841,25	4,3	-11,1	485,30	4,3	-5,3
Hombres	821,18	2,7	-9,6	218,50	5,8	-9,9
Mujeres	1.020,08	5,6	-12,3	266,90	3,1	-11,6
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	4.º Trim. 05	8,70	3,3	-17,6	13,83	2,1	-13,9
Hombres	6,64	2,3	-14,4	10,20	4,2	-13,1
Mujeres	11,61	3,8	-20,2	19,50	0,0	-14,6
16-19 años	27,70	3,2	-4,7	30,99	-2,9	-3,0
20-24 años	16,15	5,1	-17,0	22,06	6,6	-7,4
25-54 años	7,67	4,5	-18,9	12,32	2,2	-17,6
Más de 55 años	5,54	7,8	-17,1	10,42	14,9	2,0
Parados de larga duración	Porcentaje	4.º Trim. 05	28,73	-0,3	-17,2	32,8	10,1	1,1
Parados registrados	Miles	4.º Trim. 05	2.083,80	3,8	-0,9	481,2	5,7	4,7
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	4.º Trim. 05	81,70	1,5	11,0
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	4.º Trim. 05	540,9	5,4	17,5	540,9	5,4	17,5
Coste laboral por trabajador	€/mes	4.º Trim. 05	2.234,72	9,6	2,6	2.011,17	7,2	1,1
Industria	2.584,60	10,1	3,2	2.238,79	7,6	-0,7
Construcción	2.196,54	10,1	2,6	2.171,68	4,2	2,8
Servicios	2.140,20	9,4	2,8	1.920,43	8,3	1,1
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	4.º Trim. 05	146,5	6,7	0,0	147,8	2,6	0,3
Accidentes mortales de trabajo	Total	4.º Trim. 05	309	-12,0	20,7
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	4.º Trim. 05	1.071	16,5	-0,8	115	64,3	-28,1
Trabajadores Extinción de empleo	11.306	81,3	60,3	1.109	203,0	90,2
Suspensión de empleo	10.627	49,9	10,1	559	83,3	-0,7
Reducción de jornada	88	-72,6	20,5	8
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	4.º Trim. 05	201,00	76,3	-17,6
Participantes	Miles	..	143,13	653,9	-17,3	0,6	100,0	-99,5
Jornadas no trabajadas	355,28	845,5	-55,0	4,4	4.300,0	525,9
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	4.º Trim. 05	3,5	3,5	3,2
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	4.º Trim. 05	-15,7	-18,4	-11,1
Inflación	Porcentaje	4.º Trim. 05	3,6	3,4	3,4	3,3	3,2	3,3
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	4.º Trim. 05	7,1	-0,5	4,2
Tipo de interés (Euribor 12) meses)	Porcentaje	4.º Trim. 05	2,2	2,2	2,3

(*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.



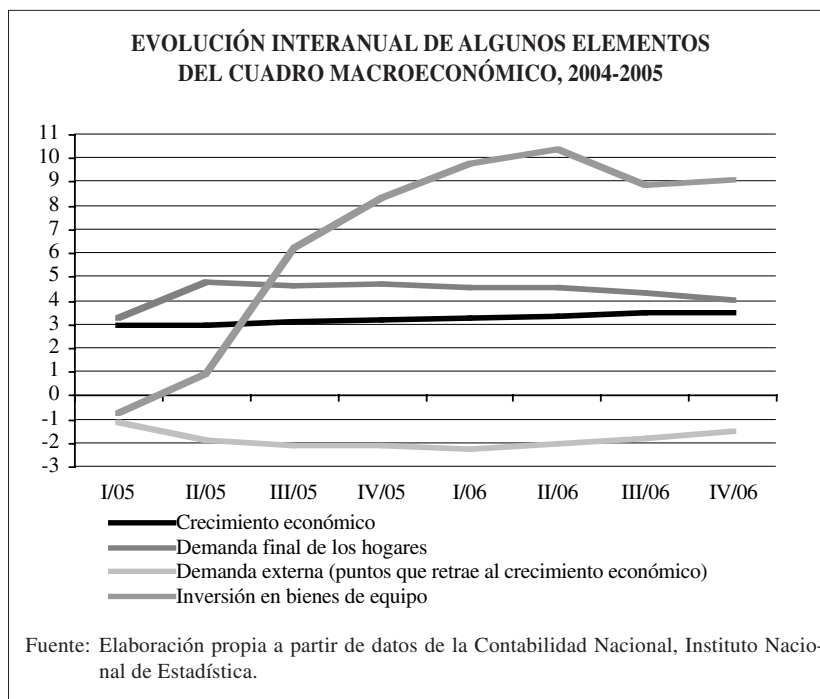
ÍNDICE

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. DESEMPLEO
5. CONDICIONES DE TRABAJO
6. LA COYUNTURA ECONÓMICA EN ANDALUCÍA

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA

La economía, bien. El empleo, razonable. Las cosas podrían ir mucho mejor, sin duda. Pero las graves amenazas que se ciernen sobre la economía española, en particular desde el sector externo, parecen no tener la capacidad de golpear a la tremenda confianza de los consumidores y a su perspectiva de que éste es un ciclo ya muy largo de la economía española que no va a acabar nunca. En cierto modo, todas las crisis desde el crack de 1929 y con anterioridad tienen el mismo diagnóstico: una bonanza de las expectativas de los consumidores que no está soportada por un crecimiento paralelo de la productividad y que acaba destruyendo esa misma fe ciega en la expansión continuada en cuestión de meses. Pero esta misma perspectiva en algunos casos acaba en crisis y en otros no. La economía española parece estar en el segundo grupo, lo cual no garantiza que sea así a perpetuidad.

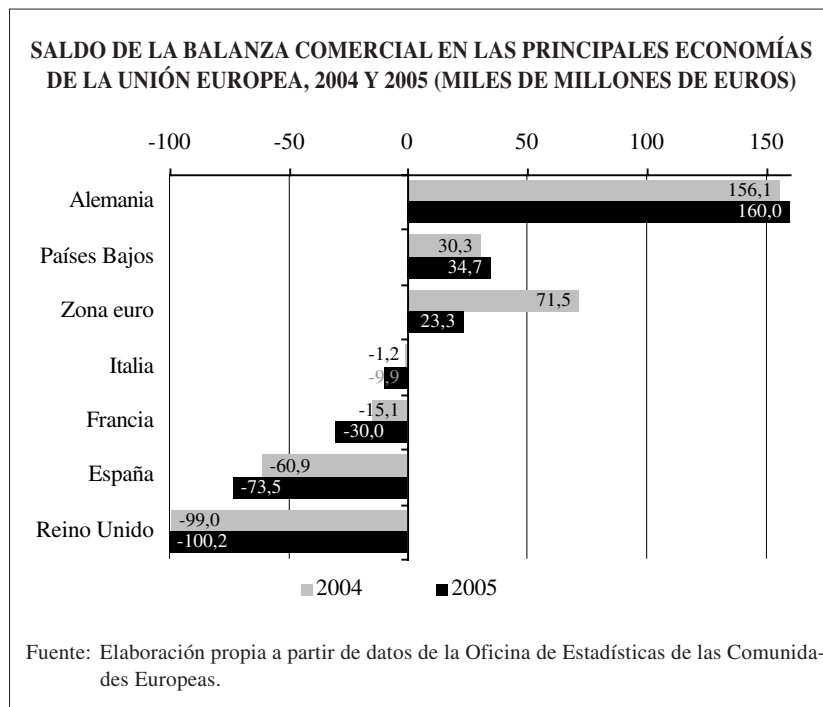
Durante el último trimestre de 2005, la economía española creció en un 3,5 por ciento interanual, lo cual llevó el crecimiento total a lo largo del año a una media del 3,4 por ciento. Se comenzó el año con aumentos del 3,3 por ciento y se concluye con dos décimas por encima. En su conjunto, 2004 ofreció un crecimiento del 3,1 por ciento y esta bonanza se ha visto superada a lo largo del pasado año por tres décimas más. Y lo mejor de todo es que algunos de los problemas más graves del cuadro macroeconómico mejoraron sensiblemente a lo largo del año, aunque están lejos de desaparecer. El sector exterior, por ejemplo, comenzó 2005 retrayendo 2,2 puntos porcentuales de crecimiento a la economía española y lo concluyó con un saldo negativo que atempera esa bonanza en 1,5 puntos porcentuales. Una mejora sensible, cualquiera que sean los parámetros de evaluación, aunque no por ello deja de ser preocupante la existencia de tamaño déficit externo.



Pero, atendiendo a la lógica matemática, si el efecto nocivo de importaciones y exportaciones se redujo en siete décimas y el crecimiento sólo mejoró en tres décimas, el resultado es que el crecimiento de la demanda interna está disminuyendo, lo cual puede no ser una mala noticia. De hecho, el menor crecimiento de las importaciones, que pasó de estar por encima del diez por ciento anual en 2004 al 6,6 por ciento del último trimestre de 2005, se debe en gran medida a esa contracción de la demanda interna. Y la reducción de la demanda interna debe contemplarse bajo la perspectiva de que existía, y aún se mantiene en buena parte, un sobrecalentamiento generalizado del consumo. El aumento del cuatro por ciento interanual en el consumo final de los hogares durante el último trimestre de 2005 representa una reducción de casi siete décimas con respecto al mismo periodo del año anterior. Y la caída del crecimiento del gasto de las administraciones públicas es aún mayor. Pasa del seis por ciento al 4,6 por ciento de aumento interanual durante el último año.

El déficit comercial en 2005 se elevó hasta los 73,5 mil millones de euros en 2005, un veinte por ciento más que el año anterior. En la Unión Europea sólo el Reino Unido tiene una balanza comercial tan negativa. Pero, a diferencia de España, en el país insular el déficit comercial se mantuvo en

los mismos diferenciales que el año previo y el valor de las exportaciones registraron un crecimiento superior al de las importaciones. Por el contrario, España contabilizó el menor incremento de las exportaciones de toda la Unión Europea. El crecimiento del dos por ciento estuvo muy por debajo del aumento medio de las exportaciones del siete por ciento en la zona euro y del diez por ciento en la Unión Europea, lo cual pone de manifiesto la existencia en España de un sector exportador muy poco dinámico.



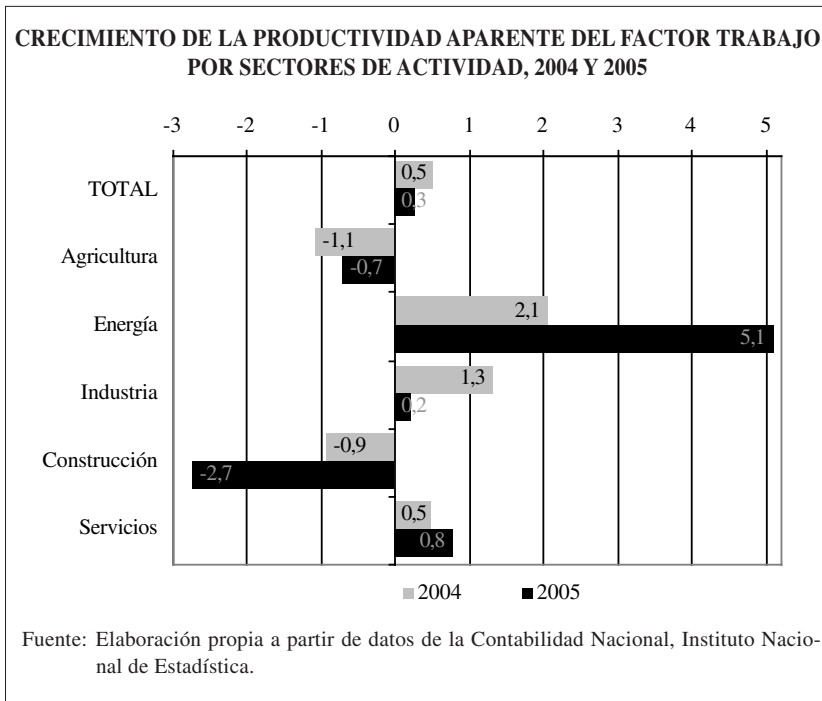
Relacionado con la reducción del consumo interno, la economía española muestra una mayor propensión a la inversión, en particular en los bienes de equipo, que son los que, en principio, garantizan aumentos en la productividad del factor trabajo y crecimientos de largo plazo. A principios de 2004 aún se registraban números rojos en la evolución de la inversión en bienes de equipo. El panorama cambió radicalmente a lo largo del 2005 y en cada uno de los trimestres se mantuvo un crecimiento en el entorno del diez por ciento interanual. Durante el último periodo del año, el aumento fue del 9,1 por ciento. La inversión en construcción, por su parte, mantiene su nivel de crecimiento por encima del cinco por ciento.

Pese a esta mejora de la inversión, la productividad laboral no muestra signos de recuperación. El año comenzó con un aumento interanual del 0,3 por ciento en la productividad aparente del factor trabajo. Y lo concluyó en la misma senda del crecimiento mínimo para un descenso de casi el cincuenta por ciento en la variación positiva de la productividad laboral. Esta mala relación entre evolución inversora y productividad laboral puede tener dos causas que no son excluyentes. La primera es que toda inversión necesita de un proceso amplio de maduración. La segunda es que los sectores que atraen inversión y los que crean empleo están ampliamente separados. Por ramas de actividad parece observarse esta tendencia. Según los datos de la Contabilidad Nacional, el número de empleos equivalente a tiempo completo en el sector industrial recuperó la senda alcista tras un desastroso año anterior. Pero el incremento del empleo manufacturero, el más proclive a incorporar crecimientos de productividad, es despreciable, por debajo del uno por ciento. Y lo que es más grave, durante el último año ha descendido de manera insólita. En el extremo contrario, el crecimiento del empleo en la construcción, donde la productividad laboral es sensiblemente inferior a la media, estuvo cerca de alcanzar los dos dígitos durante el conjunto del año y superó con holgura las cifras del año anterior para datos de crecimientos de la productividad negativos. Por el lado de la productividad, por lo tanto, no hay mejora, ni aparente ni no aparente.

**CRECIMIENTO ECONÓMICO Y DEL EMPLEO
(PUESTOS DE TRABAJO EQUIVALENTES A TIEMPO COMPLETO)
POR SECTORES DE ACTIVIDAD, 2004 Y 2005**

	Actividad		Empleo	
	2004	2005	2004	2005
Agricultura	-1,1	-0,7	0,0	0,0
Energía	2,0	4,4	-0,1	-0,6
Industria	0,3	0,6	-1,0	0,4
Construcción	5,1	5,5	6,1	8,5
Servicios	3,6	3,9	3,1	3,1
Total	3,1	3,4	2,6	3,1

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Contabilidad Nacional, Instituto Nacional de Estadística.



2. LA OFERTA DE TRABAJO

La población activa creció en casi doscientas mil personas durante el último trimestre de 2005. En cualquier otro periodo del año supondría una cifra bastante reducida en comparación con lo que venía ocurriendo a lo largo de los tres últimos años. Sin embargo, el cuatro trimestre del año se caracteriza por atraer a poca población al mercado de trabajo y esas doscientas mil personas nuevas es un notable crecimiento sobre la tendencia del mismo año. Entre 1999 y 2004, el momento de mayor crecimiento de la población activa tanto por el crecimiento de los activos nativos como por la llegada de extranjeros al mercado de trabajo, la cifra de nuevas incorporaciones a la actividad fue de entre setenta y cinco y ciento veinticinco mil personas en cada cuarto trimestre del año, bastante por debajo de la cifra alcanzada en el último trimestre de 2005. En conjunto, la tasa de actividad se elevó en casi tres décimas porcentuales hasta alcanzar el 57,7 por ciento.

Frente a las características de la nueva población activa en periodos anteriores, la cantidad de extranjeros que se incorpora al mercado de trabajo se reduce en su proporción. Durante el último trimestre de 2005 aparecieron poco más de cincuenta mil extranjeros nuevos en la población activa, lo

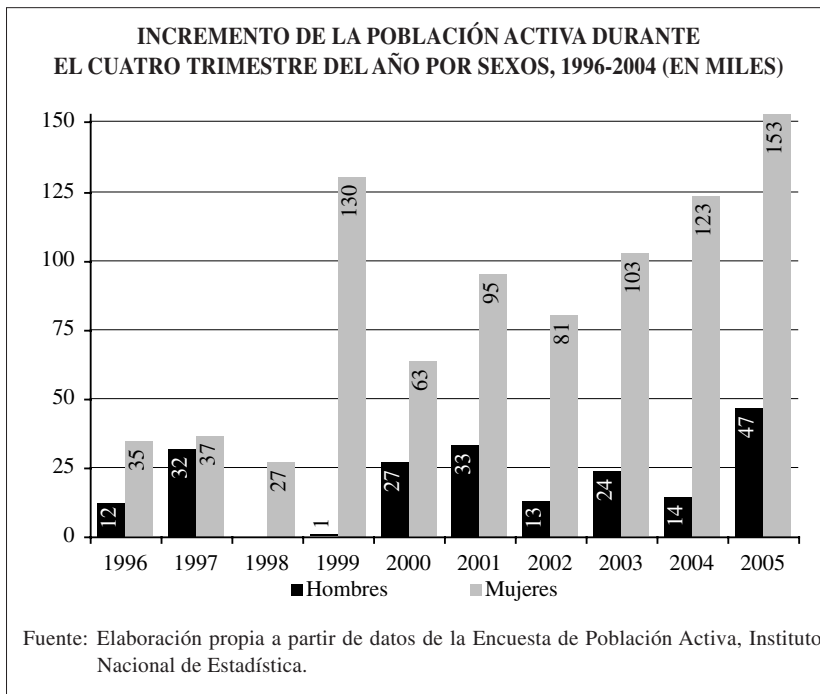


cual supone algo por encima del veinticinco por ciento del total de nuevas incorporaciones. La cifra es sustancialmente menor a la registrada durante los cinco últimos años, donde los extranjeros representaron entre el cuarenta y el cincuenta por ciento del crecimiento de la población activa. En total, en España existen casi dos millones y medio de extranjeros en la población activa, lo cual supone el 11,5 por ciento del total. Hace diez años eran menos del uno por ciento, lo cual habla de un tremendo crecimiento en un periodo muy breve de tiempo. Su tasa de actividad, además, es notablemente superior a la de los españoles: del 73,8 por ciento frente al 57,7 por ciento de los nativos. Aparte de una tasa de actividad ligeramente superior entre las mujeres extranjeras frente a las mujeres locales, lo que hace la gran diferencia es el hecho de que la población mayor de sesenta y cinco años, propensa a estar en estado de inactividad por jubilación, es casi inexistente entre los extranjeros.

Por lo tanto, el explosivo crecimiento de la población activa está relacionado con una notable capacidad del mercado de trabajo para atraer a personas que en el pasado no estaban dispuestas a trabajar, ya sea por sus circunstancias personales o por el comportamiento del mercado laboral. Y estos nuevos atractivos hacen mella sobre todo entre la población local, que supone tres cuartas partes de los nuevos entrantes a la población activa. Y entre los nuevos entrantes, las mujeres son mayoría en una proporción de tres a uno con respecto a los hombres. Fueron más de ciento cincuenta mil las mujeres que se incorporaron al mercado de trabajo durante el cuarto trimestre de 2005, mientras que la cifra de hombres que alcanzó la categoría de población activa se elevó en apenas cincuenta mil. En términos relativos, el diferencial de crecimiento es aún más notable por la desventajosa situación de partida de las mujeres. La población activa creció en un 1,8 por ciento entre las mujeres tan sólo en el último trimestre, mientras que el incremento entre los hombres fue mucho más moderado, del 0,4 por ciento. Esta notable incorporación de mujeres está en consonancia con lo sucedido en los anteriores cuartos trimestres de cada año. Es un periodo en el que los hombres fuera del mercado de trabajo no se sienten atraídos por las perspectivas de empleo generadas en esta época. Mientras tanto, para las mujeres la temporada navideña supone una oportunidad para incorporarse a ese breve tirón de la demanda que se produce en el sector servicios.

El último trimestre del año dio cuenta de casi un tercio del crecimiento de la población activa a lo largo del año 2005, una cifra considerable a tenor de la serie histórica en lo que supone una aceleración nueva y muy reciente de la incorporación de nuevos miembros a la actividad laboral. 2005 supuso una ligera recuperación en el crecimiento de la actividad con respecto al año anterior y es el tercer año desde la llegada de la democracia política en el que se ha registrado un mayor incremento de la población ac-

tiva. En el conjunto del año, y a pesar del fuerte incremento del último trimestre, la actividad se elevó de manera más significativa entre los hombres que entre las mujeres. Mientras que se incorporaron casi trescientos cincuenta mil hombres al mercado de trabajo a lo largo del año, el crecimiento neto del número de activas fue de apenas trescientas mil. En términos relativos, no obstante, el aumento de la actividad fue más notable entre las mujeres porque partían de una posición de partida más rezagada. La población activa femenina creció en un 3,7 por ciento hasta alcanzar una tasa de actividad del cuarenta y siete por ciento. El crecimiento más moderado entre los hombres, del 2,9 por ciento, significó que la tasa de actividad masculina alcanzó cotas históricas del sesenta y nueve por ciento. El número de activos extranjeros, mientras tanto, se elevó a lo largo del último año en un dieciocho por ciento, lo que supone un retroceso con respecto a las tasas de crecimiento observadas desde 2000.



3. LA DEMANDA DE TRABAJO

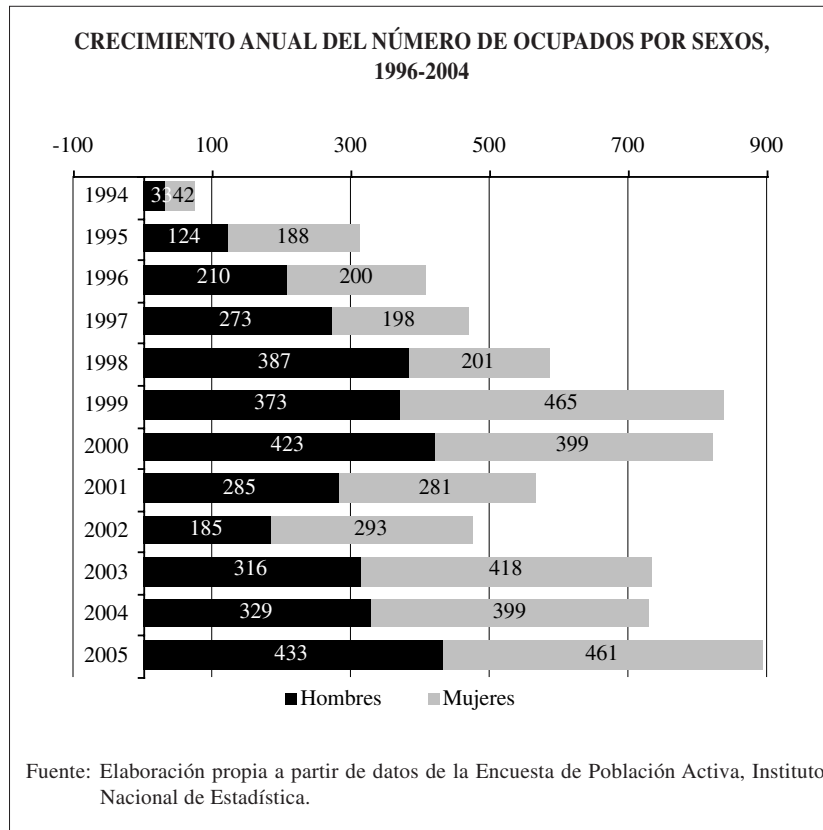
En el último trimestre de 2005 se crearon ciento veintitrés mil empleos netos. En total, existen poco más de diecinueve millones de personas con

empleo en España. De los casi ciento veinticinco mil empleos creados, el ochenta por ciento, casi cien mil, fueron a parar a mujeres, lo cual es coherente tanto con la evolución histórica como con el comportamiento de la actividad femenina. Por una parte, las mujeres se incorporan más al mercado de trabajo en este periodo del año porque existen oportunidades disponibles en el sector terciario, sobre todo en lo relacionado con la actividad navideña. Por otra parte, entre 1996 y 2004, en promedio, el noventa y cinco por ciento de los empleos creados durante este periodo final del año fueron a parar a las mujeres, lo que viene a compensar una relación más desfavorable para las mujeres en los tres trimestres anteriores.

En conjunto, el cuarto trimestre no suele ser un buen periodo para la creación de empleo. Aunque desde 1995 no registran destrucciones de empleo neto durante este lapso del año, el pasado cuarto trimestre de 2005 fue un trimestre de particular bonanza, dado que se registró el mayor aumento del empleo de toda la historia estadística con la excepción del pasado año. La reducción en más de veinticinco mil empleos con respecto a la variación de la ocupación en el mismo periodo del año anterior implica una tendencia ya percibida hacia la desaceleración en la creación de empleo que ya era posible percibir en periodos anteriores si se descontaban los efectos del cambio estadístico. Así, el crecimiento del empleo neto en el conjunto del año fue de casi novecientos mil ocupados nuevos, lo cual supone una ligera reducción con respecto a las cifras superiores al millón de empleos anuales en la senda de la creación de empleo que se registró el trimestre anterior. Aún con ello, las cifras de creación de empleo durante 2005 fueron netamente superiores a cualquier otro año de la historia moderna española y se situaron por encima de los hasta ahora, históricos años de 1999 y 2000 a la cabeza de la generación de empleo en España.

El último año ha venido a repetir las pautas de reparto de los nuevos empleos por sexos de periodos precedentes. Con independencia de cuál sea la cuantía del crecimiento global de la ocupación, a las mujeres siempre les corresponde aproximadamente la mitad. De la última década de crecimiento del empleo, 1998 fue el peor para ellas dado que sólo uno de cada tres nuevos empleos fueron para las mujeres. Por el contrario, 1997 y 2002 fueron los mejores años para el empleo femenino pues las mujeres acapararon entonces por encima del sesenta por ciento del crecimiento de la ocupación. Esta distribución casi equitativa de los nuevos empleos creados por sexos en la economía española favorece a las mujeres puesto que partían de una posición más rezagada. En 2005 se alcanzó la mejor ratio entre tasa de ocupación masculina y femenina de la historia, aunque la distancia entre ambas se mantiene entre las más altas de los países desarrollados. Pese a que tanto la tasa de ocupación de los hombres como de las mujeres se encuentran en máximos históricos, la mejora de las mujeres con respecto al pasado es mu-

cho más sustancial. En total, la tasa de ocupación de los individuos de entre dieciséis y sesenta y cuatro años es en la actualidad del sesenta y siete para los hombres y del cincuenta y tres por ciento para las mujeres.



Si en el caso de la actividad se percibía una ligera reducción en la llegada de inmigrantes al mercado de trabajo español, una tendencia mucho más moderada se contempla en cuanto a su participación en el reparto de empleo. Casi el cuarenta por ciento de los nuevos empleos netos generados a lo largo del último trimestre de 2005 fueron a parar a inmigrantes, lo cual supone sólo una ligera reducción con respecto a la media del año. En total, a lo largo del año, el número de extranjeros con empleo en España aumentó en casi un veinte por ciento mientras que la misma tasa de variación referida a los españoles alcanzó un incremento mucho más limitado del 3,3 por ciento. Las estadísticas muestran que el aforismo que dice que los inmigrantes llegan a España a trabajar es cierto. La tasa de ocupación de los mayores de

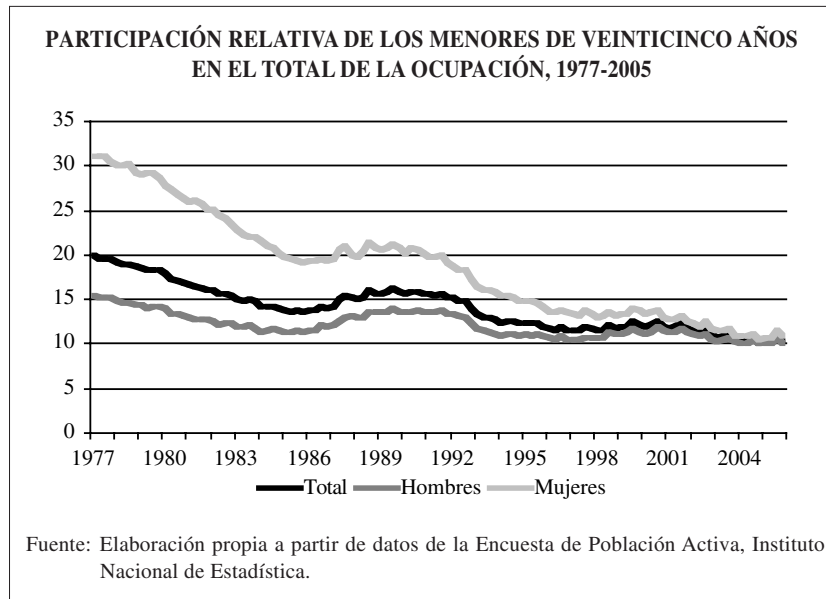


dieciséis años es del sesenta y seis por ciento entre los inmigrantes, quince puntos porcentuales superior a la registrada entre los españoles.

Pese a que los empleos de temporada que corresponden a la época navideña podrían favorecer una mayor participación juvenil en el mercado de trabajo, nada de eso ocurre en la realidad. Los jóvenes, que sí participan en mayor cuantía en el mercado de trabajo durante los meses del verano, mantienen cotas menores de ocupación a las que se registraron en el tercer trimestre. No obstante, se incrementa su participación con respecto al año anterior, lo que supone una reversión de la tendencia histórica de menores tasas de ocupación entre los más jóvenes. Durante el cuarto trimestre de 2005 se redujo en un 6,2 por ciento el número de ocupados menores de veinticinco años, pero se incrementó en un 6,9 por ciento con respecto al mismo periodo del año anterior. El aumento interanual es más significativo cuando se observa que se produce cuando se van incorporando cohortes mucho más reducidas al mercado de trabajo. En total, casi dos millones de jóvenes menores de veinticinco años se encuentran en el mercado de trabajo, una cifra no alcanzada desde la cumbre de la anterior fase expansiva del empleo en 1991.

El comportamiento de la población juvenil ha tendido a homogeneizarse con independencia de su sexo. En los años ochenta, las mujeres jóvenes trabajaban en proporciones parecidas a las de sus homólogos masculinos. La gran diferencia se producía a edades más tardías donde se retiraban del mercado prematuramente, por lo general para dedicarse al cuidado de los niños y a otras actividades domésticas. La situación ha cambiado de manera radical. Aunque aún la tasa de participación de las mujeres jóvenes es ligeramente inferior a la de los hombres jóvenes, en buena medida explicable por la mayor permanencia de las mujeres en el sistema educativo formal, la tasa de abandono posterior es mucho menor. Así, el porcentaje de jóvenes en el total de la población ocupada es muy parecido para hombres y para mujeres. Los menores de veinticinco años representan un diez por ciento del total de la población ocupada para ambos sexos.

El segundo elemento de cambio en la participación juvenil en el mercado de trabajo está relacionado con su temporalidad. No sólo es que más de dos tercios de los menores de veinticinco años tengan un contrato de duración determinada. Es que los jóvenes hoy combinan a lo largo de la vida laboral periodos de trabajo y de inactividad en proporciones mucho mayores que en los años ochenta. La temporada estival se ha convertido en la gran fuerza de la participación juvenil en el mercado de trabajo, con crecimientos de hasta el veinte por ciento sobre otros periodos.



Si las mujeres son las que abarcan la mayor proporción de nuevo empleo creado en el cuarto trimestre de 2005, su participación novedosa en el mercado de trabajo aumenta conforme lo hace su edad. El mayor aumento de la ocupación en ese periodo tuvo lugar para tramos de edad superiores a los cuarenta y cinco años, donde el crecimiento trimestral en la población ocupada es superior al cuatro por ciento. Esta cifra es muy superior a la de los varones de la misma edad, lo cual se explica en parte porque las tasas de ocupación de los hombres con esas edades ya son de por sí muy altas y son escasas las posibilidades para su incremento, y también en comparación con las mujeres de edades menos avanzadas.

El crecimiento de la ocupación durante el último tramo de 2005 se debió en un tercio al aumento de los empresarios con asalariados y en los dos tercios restantes al crecimiento entre la población asalariada. Más de cincuenta mil nuevos empresarios aparecieron en ese trimestre, lo cual representa un crecimiento superior al cinco por ciento hasta superar de nuevo el umbral del millón de empleadores en España. Un dato sorprendente es que pese a la naturaleza eminentemente temporal de buena parte de la contratación durante los cuartos trimestres del año, la conversión de contratos temporales en fijos parece que tuvo un mayor impacto en ese periodo. Así, el número de asalariados con contrato indefinido creció en más de ciento cincuenta mil personas, mientras que el número de temporales se redujo en sesenta y seis mil trabajadores. La tasa de temporalidad se reduce ligeramente hasta situarse en el 33,8 por ciento del total de los asalariados.

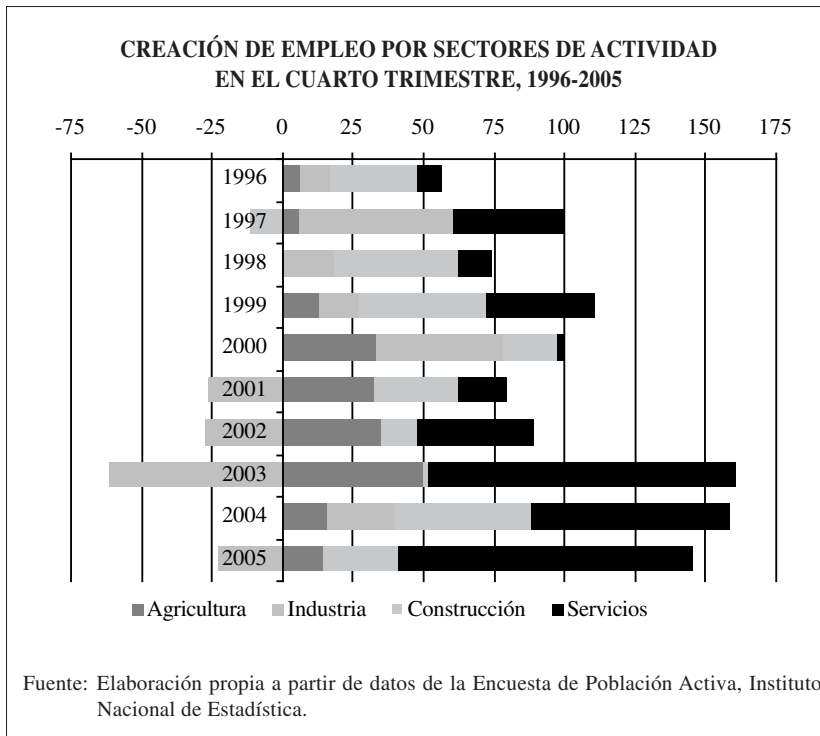


Con más coherencia con respecto a la naturaleza estacional del empleo navideño y también por la naturaleza, en muchos casos fraudulenta, de los nuevos empleos indefinidos, el empleo a tiempo parcial registró un gran estirón en el periodo, en lo que es la enésima perpetuación del crecimiento de la actividad a tiempo parcial en España. El setenta y un por ciento del empleo neto creado en el cuarto trimestre de 2005 fue a parar a trabajadores a tiempo parcial. La tasa de parcialidad se sitúa en el doce por ciento del total de la ocupación, un porcentaje tres puntos por debajo de la media europea pero sustancialmente más alta de la existente hace tan sólo tres años, donde no superaba los dos dígitos. Por lo tanto, parece superada en el mercado de trabajo español la tradicional reticencia a la contratación a tiempo parcial, incluso si ello se debe a que sobreviva un notable cantidad de fraude en este tipo de contratación, que al fin y a la postre tiende a significar empleo a tiempo completo pero con completa disponibilidad horaria de parte del empleador. El caso más notorio es el de los empleados domésticos en cualquiera de sus modalidades. No obstante, la tasa de parcialidad, como en todos los países desarrollados, se encuentra muy sesgada en contra de las mujeres. La tasa de parcialidad entre los hombres es del 4,4 por ciento, mientras que entre las mujeres es del 23,3 por ciento. Es decir, casi una de cada cuatro mujeres trabaja con un contrato a tiempo parcial.

El segundo elemento que muestra esa cohesión entre la naturaleza de la nueva ocupación y las cifras es la distribución sectorial de la generación neta de empleos. El sector servicios aglutinó la casi totalidad del empleo de nueva creación, la construcción atemperó su línea de crecimiento y la industria perdió empleos. Nada que no se haya visto en periodos precedentes. Si bien la pérdida de empleos industriales ya casi se ha vuelto una tradición, lo mismo que el repunte coyuntural del empleo en el sector agrario gracias a algunos cultivos de temporada, el casi monopolio de la generación de empleos por el sector servicios durante la última etapa del año es algo novedoso. Hasta hace tres años, el sector servicios entraba en la etapa final del año en un periodo de atonía con respecto a la contratación que pensaba en el resto del año, y en particular en los trimestres intermedios, para ganar cuota de mercado laboral.

Pero la tendencia se ha revertido a partir de entonces y es el sector servicios el que más cantidad de empleo genera a lo largo de todo el año, con independencia del tiempo climatológico. En el último trimestre de 2005, el sector servicios acaparó el ochenta y seis por ciento del empleo generado. En el conjunto del año, la misma proporción fue del ochenta y uno por ciento. En cualquier caso, la desindustrialización y la terciarización del empleo, tendencias que corren en paralelo, tienden a agudizarse con el tiempo. El sector industrial perdió un 0,4 por ciento de su empleo, lo cual parece un escasa destrucción de empleo en el área, pero que debe contemplarse a la

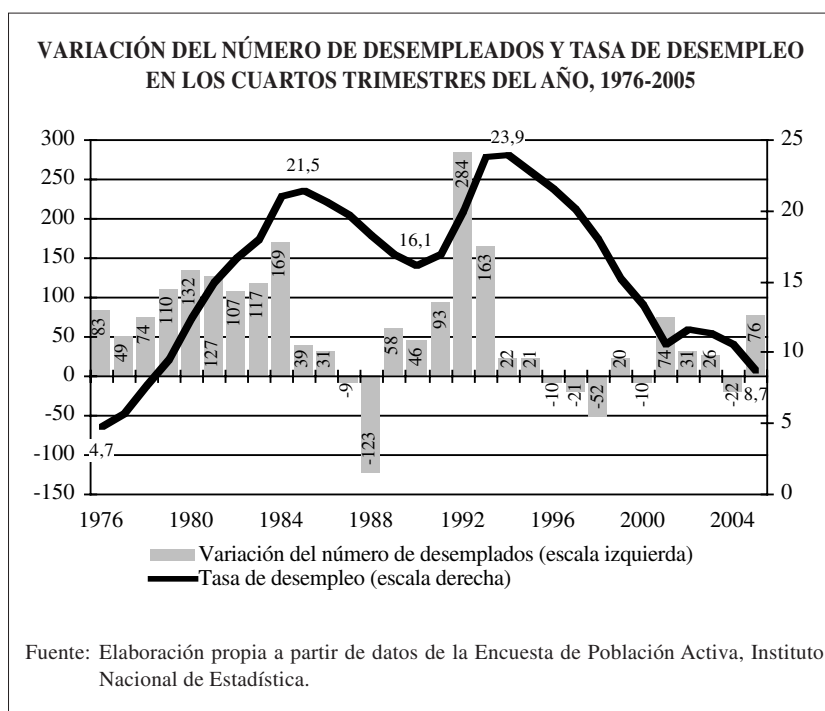
luz de una economía que fue capaz de generar casi un millón de empleos en los otros sectores de actividad, con lo que su retraso resulta mucho más alarmante.



4. DESEMPLEO

Dado que el crecimiento de la población activa fue superior al incremento de la demanda de empleo durante el último trimestre de 2005, el resultado neto fue un aumento del número total de desempleados. Prácticamente la historia de siempre en los cuartos trimestres pero con mayor intensidad y una fuerte dosis de carga negativa y, por lo tanto, pesimista. Entre 1976 y 1993 sólo dos años escaparon del tradicional crecimiento del número de desempleados para concluir el año. Incluso en los mejores años del mercado de trabajo español, el segundo lustro de los años noventa, la última parte del año suponía una congelación en el ritmo de reducción del desempleo. Unas veces por encima, otras veces por debajo, la disminución del número de desempleados variaba del tono rojo al negro con normalidad pero

siempre en números muy bajos. Este último trimestre, por lo tanto, ha venido a resultar una sorpresa en ese ámbito. El aumento del número de desempleados en setenta mil constituye el más grande desde 1993, que fue el último de la depresión más intensa que ha sufrido el mercado de trabajo español hasta la fecha. Y aunque en el conjunto del año la reducción del desempleo fue de casi doscientas cincuenta mil personas, lo cual llevó la tasa de desempleo a las cifras más bajas del último cuarto de siglo, este último repunte puede traducirse en dos visiones enfrentadas: o una tendencia de más largo plazo donde los cambios metodológicos ya dejen ver el bosque de una ralentización del crecimiento del empleo o, quizás, un mero paso atrás para tomar mayor impulso.



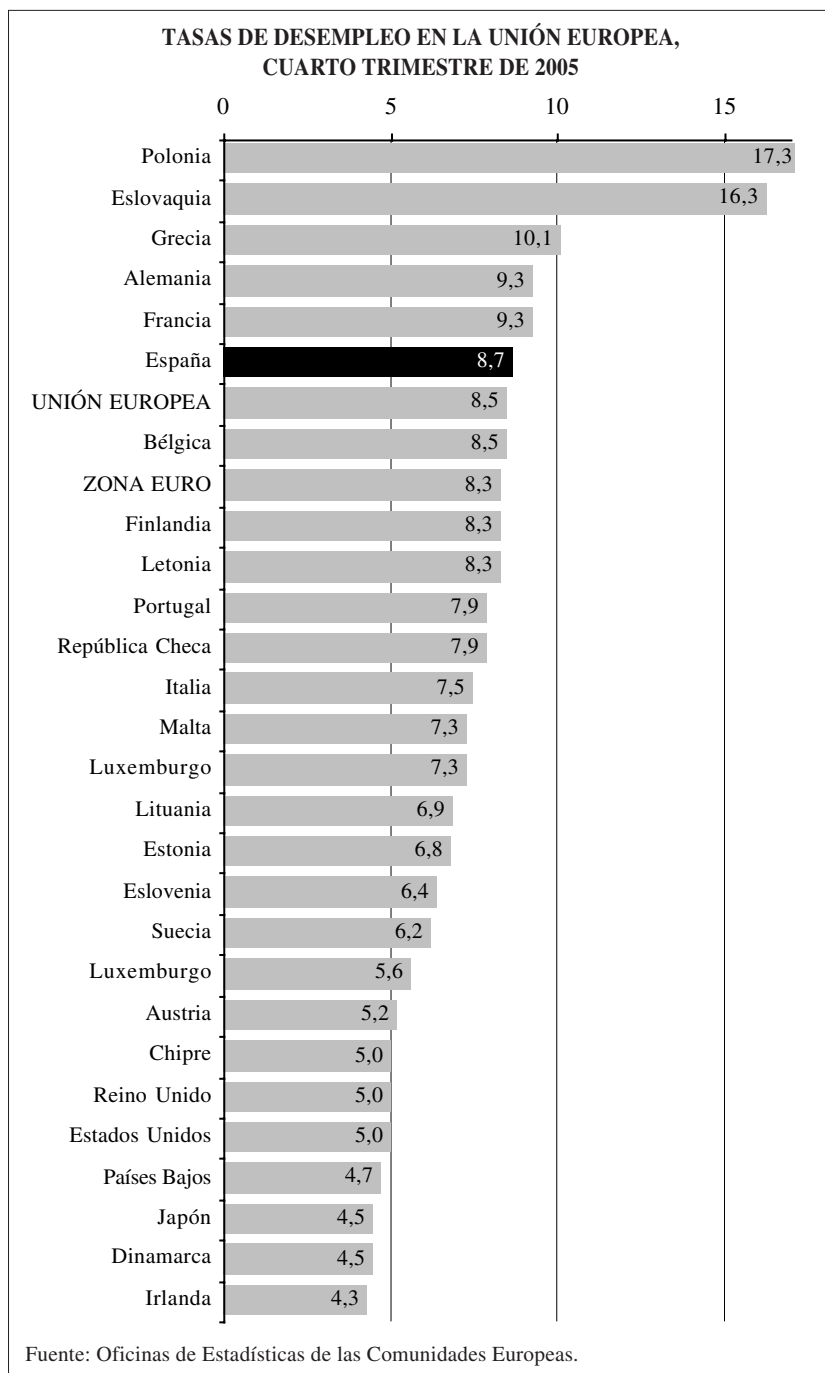
Si la actividad y la ocupación estuvieron caracterizadas en el sprint final del año pasado por un acaparamiento de las mujeres de edades adultas, lo mismo puede decirse del desempleo. De los más de setenta y cinco mil nuevos desempleados, sesenta y cinco mil eran mujeres en edad adulta, lo cual viene a considerar que una importante masa de mujeres a edades avanzadas quiso encontrar empleo a la llamada tardía de la bonanza, lo cual, por otra parte, suele ser una característica de las etapas finales del ciclo econó-



mico. La mitad de las nuevas activas consiguieron su objetivo y un empleo, la otra mitad no y fueron a engrosar las filas del desempleo. En conjunto, se profundiza en la feminización del desempleo, ya que las mujeres tienen una tasa de paro que duplica la de los hombres (11,7 por ciento de las primeras frente a 6,9 por ciento de los segundos) y constituyen el cincuenta y cinco por ciento del total de desempleados. Por el contrario, el desempleo disminuyó entre los más jóvenes, lo cual viene a acercar de manera gradual su tasa de paro a la media general. La causa de esta disminución del desempleo juvenil es multipolar: cohortes más reducidas, incorporación más tardía al mercado de trabajo y mejores oportunidades para encontrar un empleo con independencia de las condiciones y circunstancias del mismo, con casi completa seguridad temporal y mal pagado.

En conjunto, la tasa de desempleo se elevó durante esa última parte de 2005 hasta el 8,7 por ciento, lo cual supone que España recupera la delantera a la tasa de desempleo en el conjunto de la Unión Europea, aunque sea por dos décimas porcentuales. El crecimiento de casi tres décimas en la tasa de desempleo es el más importante de todos los países europeos, desbaratándose así el progresivo proceso de convergencia que pudo observarse a lo largo de la última década, en la que las tasas de desempleo en España y en la Unión Europea siguieron caminos inversos, acortándose su diferencial. En todo caso, en la actualidad, sólo Polonia, Eslovaquia, Grecia y las dos economías más importantes de Europa, la francesa y la alemana, muestran tasas de desempleo superiores a la española.

Un aspecto que convierte en aún más negativo esta reciente alza del desempleo es que afecta con mayor intensidad a las personas de referencia en los hogares y a sus parejas. Así, la tasa de desempleo entre las personas de referencia, que vienen a ser los individuos que mayor aportación económica realizan al sostenimiento del hogar, aumentó en casi cinco décimas hasta bordear el umbral del seis por ciento. Un aumento algo menor lo registraron las parejas de la persona de referencia, alcanzando la tasa de desempleo entre ellos el ocho por ciento. Por el contrario, la tasa de desempleo disminuyó exclusivamente entre aquellos que comparten el hogar, pero que no son parte de la familia nuclear que lo vertebró.

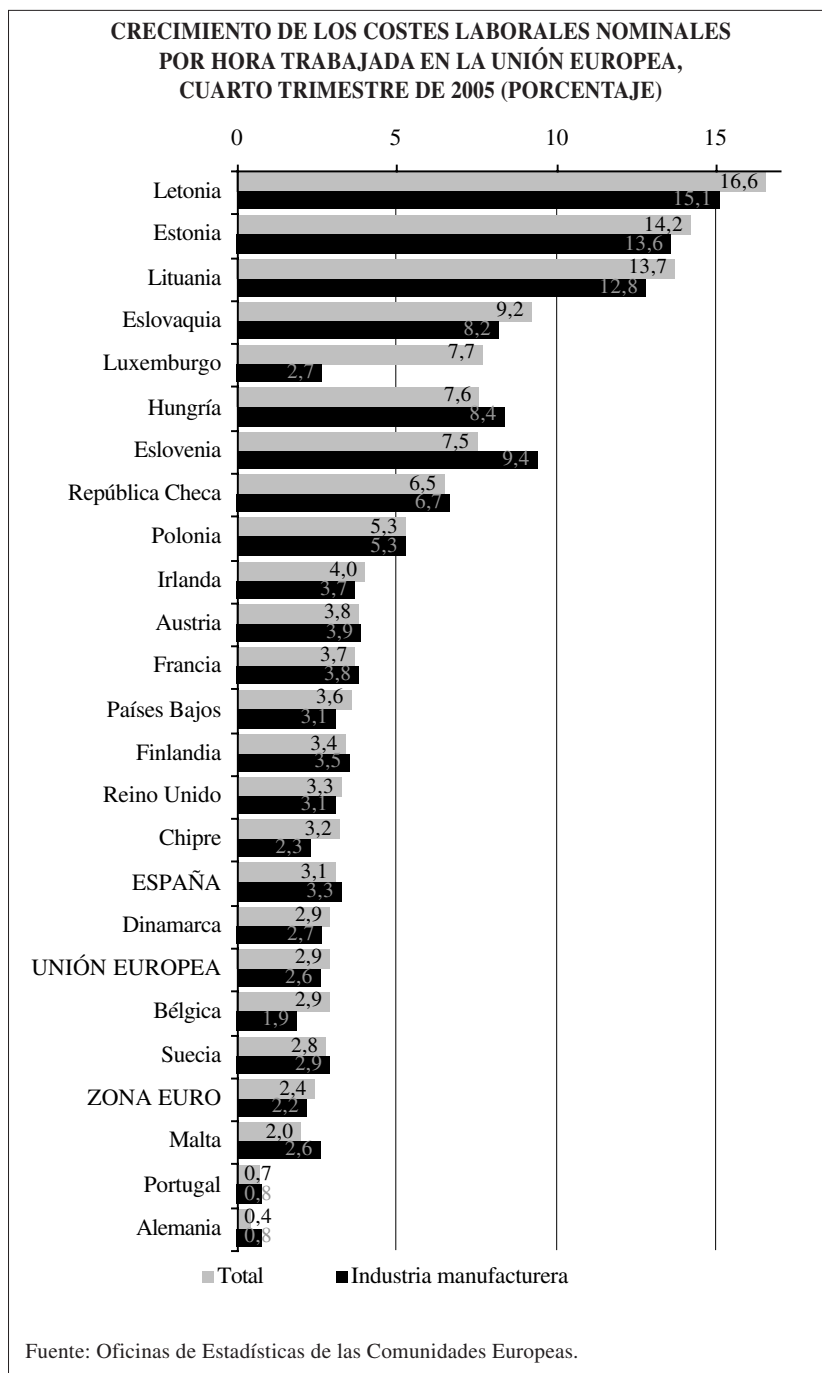




5. CONDICIONES DE TRABAJO

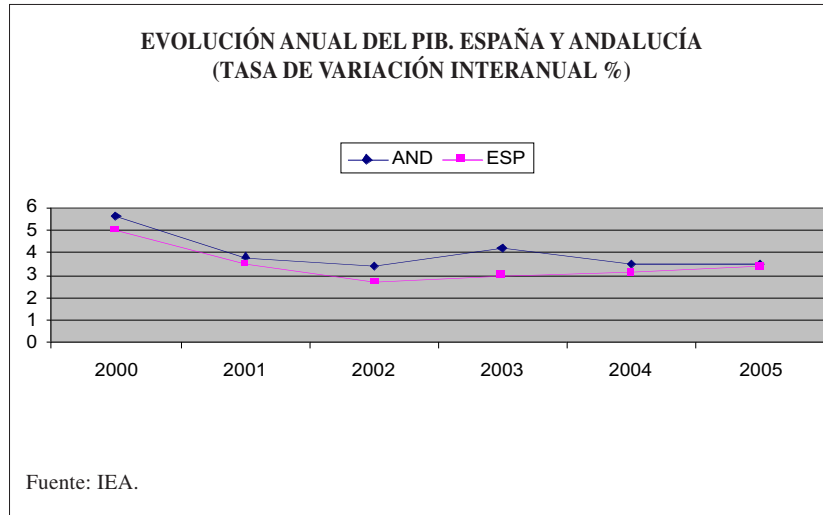
El coste laboral, lo mismo que los salarios, que son su componente principal, continuaron con un crecimiento por debajo de la inflación, lo cual en principio, y sin considerar los perjuicios del diferencial inflacionario con los mayores socios comerciales, supondría una mejora de la competitividad. En el último trimestre de 2005, los costes laborales superaron los dos mil doscientos euros mensuales, lo cual se corresponde con un crecimiento del 2,6 por ciento con respecto al mismo periodo del año anterior. Es la primera vez desde hace tres años en los que se sobrepasa por debajo el umbral del tres por ciento en el ritmo de crecimiento de los costes laborales. La distribución por sectores de ese incremento agudizó la disparidad salarial, dado que fue más intenso en la industria, donde superó holgadamente el tres por ciento y más bajo en la construcción, que es el sector que históricamente ha acumulado los salarios medios más bajos de las tres ramas de actividad no agrícola. La reducción de la jornada laboral implica que se genera un crecimiento en los costes laborales medios por hora trabajada superior al mensual: del 3,1 por ciento con respecto al mismo periodo del año anterior. En este caso, el crecimiento está más repartido, dado que tanto los servicios como la industria se igualan en este apartado, donde sólo queda rezagada la construcción.

Los costes laborales en España crecen ligeramente por encima de su aumento en la zona euro y en la Unión Europea a lo largo del cuarto trimestre de 2005, en buena medida como resultado del negativo diferencial de inflación que registra España con respecto a sus vecinos comunitarios. El crecimiento del 3,1 por ciento en el coste laboral por hora trabajada en España se sitúa dos décimas por encima de la media de la Unión Europea y es siete décimas porcentuales superior al registrado en la zona euro. No obstante, un gran número de países europeos registra crecimientos del coste laboral por encima del que se observa en España, entre otros todos los países de Europa del este junto a economías más desarrolladas como la de Francia, Austria, los Países Bajos y el Reino Unido. En el punto contrario, Alemania muestra cómo el control del precio de los costes laborales, que además va asociado con fuertes crecimientos de la productividad, no es siempre garantía de que la mayor competitividad de los productos se traduzca en una mejora del clima económico. Portugal se encuentra en el mismo tren, con un crecimiento de los costes laborales bajísimo, la receta tradicional de la economía neoclásica para la bonanza de la economía, en combinación con una fuerte crisis económica.



6. LA COYUNTURA ECONÓMICA EN ANDALUCÍA

Una vez analizado el comportamiento del conjunto del mercado de trabajo español en el contexto internacional, vamos a proceder a pasar revista a la evolución de las variables laborales más características del mercado de trabajo en Andalucía en el último trimestre de 2005. Pero antes de llevar a cabo este análisis, vamos a recoger algunos datos sobre la evolución del conjunto de la economía andaluza. Según los datos facilitados por el Instituto de Estadística de Andalucía referidos a la Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía con base 2000, la economía andaluza creció un 3,5% en el conjunto del año 2005 con respecto a 2004, una décima superior al crecimiento experimentado por la economía nacional. El sector que más creció es de nuevo el de la agricultura (6,3%). El sector agrícola experimentó un descenso del 5,0%. En cuanto a la industria se refleja un aumento de la tasa de variación interanual del 0,9%, dos décimas por debajo de crecimiento del sector en España. Las ramas del sector industrial crecieron un 4,1%, dos décimas superiores a lo ocurrido en el total nacional. En los últimos dos años, el crecimiento económico en Andalucía tiende a la convergencia con la media española, haciéndose más pequeño desde 2003.

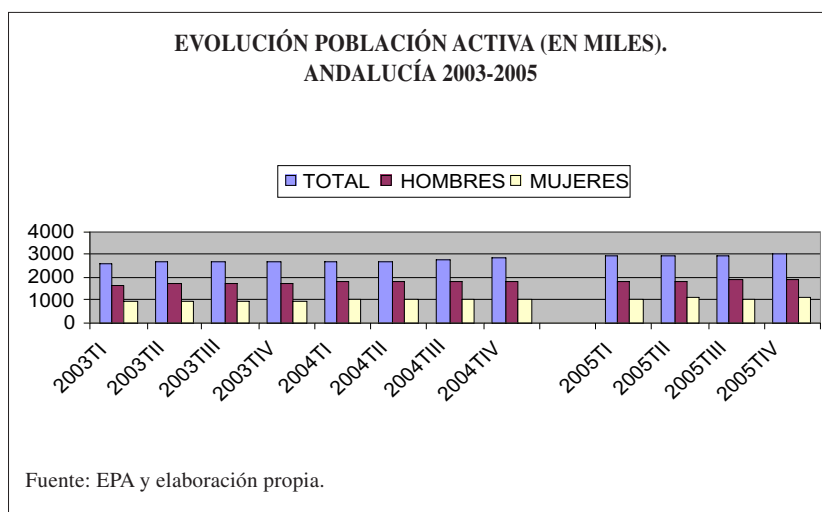


En los últimos años, el crecimiento económico andaluz se ha situado en torno al 3,5% una tasa sostenida en la economía andaluza, En este entorno de crecimiento económico se inscribe la evolución de las variables laborales más relevantes, que a continuación vamos a exponer.

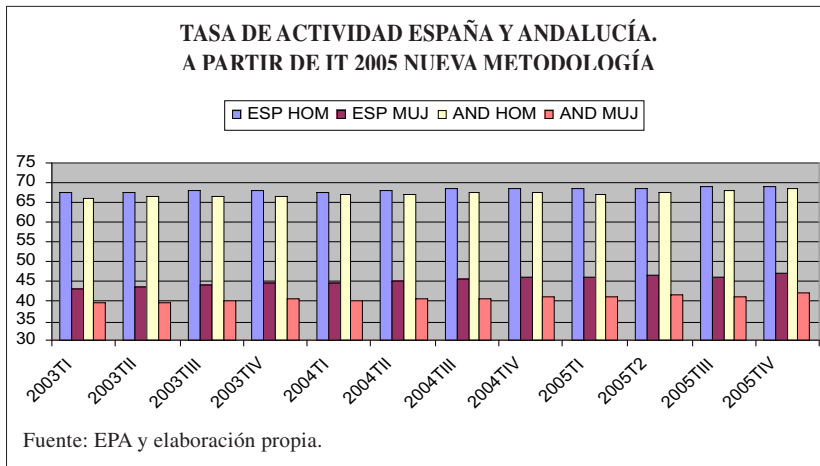
OFERTA DE TRABAJO

Siguiendo los datos de la EPA realizada por el Instituto Nacional de Estadística y explotada por el Instituto de Estadística de Andalucía para los datos andaluces, el número total de personas laboralmente activas se situó en el cuarto trimestre de 2005 en Andalucía en un total de 3.510.500 personas, lo que supone un aumento de 72.300 personas respecto al trimestre anterior. El incremento de población activa en este trimestre se distribuyó en un aumento de 32.100 hombres y 40.200 mujeres. La tendencia creciente de la población activa se mantiene.

Como consecuencia de esta evolución, la tasa de actividad de Andalucía se ha situado en el 55,11%, aumentando 0,87 puntos en el trimestre y 0,92 puntos respecto al mismo trimestre del año anterior. La diferencia con la tasa media de actividad nacional (57,72%) se ha situado en 2,61 puntos.



La tasa de actividad masculina ha crecido alcanzando la cifra de 68,55% acercándose a la media nacional (68,95%), mientras que la femenina queda en el 42,16%, siendo el valor nacional 46,95%. La convergencia en la tasa de actividad masculina es prácticamente total entre Andalucía y España, mientras que se sigue reduciendo la diferencia entre las tasas de actividad femeninas nacional y regional. Como se observa en el gráfico, la diferencia entre la tasa andaluza y nacional se explica fundamentalmente por el colectivo femenino.

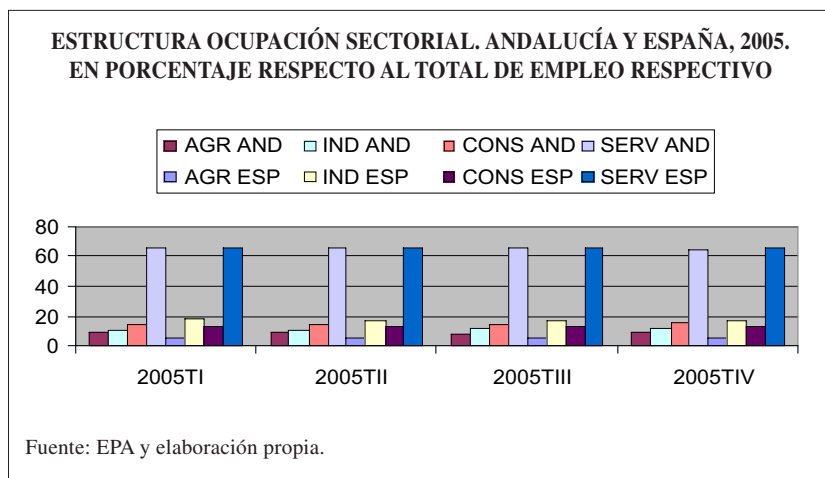


DEMANDA DE TRABAJO

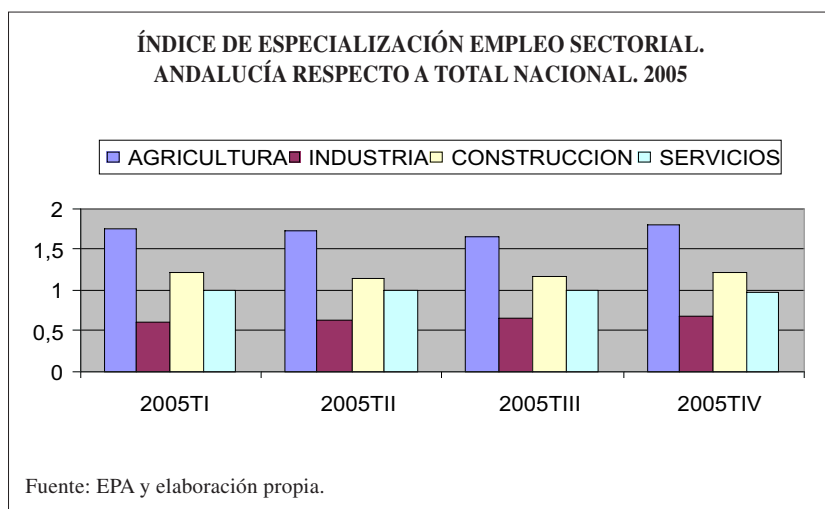
En lo que respecta a la evolución del último trimestre de 2004, en Andalucía, la cifra de ocupados superó los tres millones (3.025.200), lo que constituye un hito importante en la evolución de la economía andaluza. Con respecto al cuarto trimestre del año anterior, la ocupación ha crecido en 180.500 personas (99.100 hombres y 81.400 mujeres).

En cuanto a los sectores de actividad económica, el empleo ha crecido en el último año de forma sustancial en los servicios (92.700 personas) seguido de la industria (33.600), la construcción y la agricultura. Como se sabe, la ocupación en Andalucía está fundamentalmente ligada al sector servicios, que ocupa a casi dos millones de personas. Una cifra tan elevada ocasiona una excesiva concentración o especialización en este sector productivo. El análisis del sector exigiría un estudio más desagregado del comportamiento de diversos subsectores.

Otra forma de comparar la estructura del empleo entre el total nacional y la comunidad andaluza es a través del índice de especialización que se construye dividiendo el peso del empleo en un sector respecto al total andaluz por el peso de ese mismo sector en el conjunto de España. Si el valor es superior a la unidad, la especialización del empleo en ese sector corresponde a Andalucía, si el valor es menor que uno, la especialización corresponde a España. Si el valor es cercano a uno, ambos pesos relativos son semejantes. Se puede observar en el gráfico que mientras que el peso del sector servicios es muy parecido en Andalucía y en España (índice de especialización cercano a 1) el peso del sector de la construcción en el empleo andaluz es mucho mayor que en el conjunto del mercado de trabajo nacional (índices cercanos al 1,20) y aún mayor es el peso del empleo en la Agricultura



respecto al total en Andalucía que en España (en torno a 1,70). Por el contrario, la importancia relativa de la ocupación en el sector de la industria en Andalucía es mucho menor que en el conjunto de España (índice con valores en torno a 0,60).

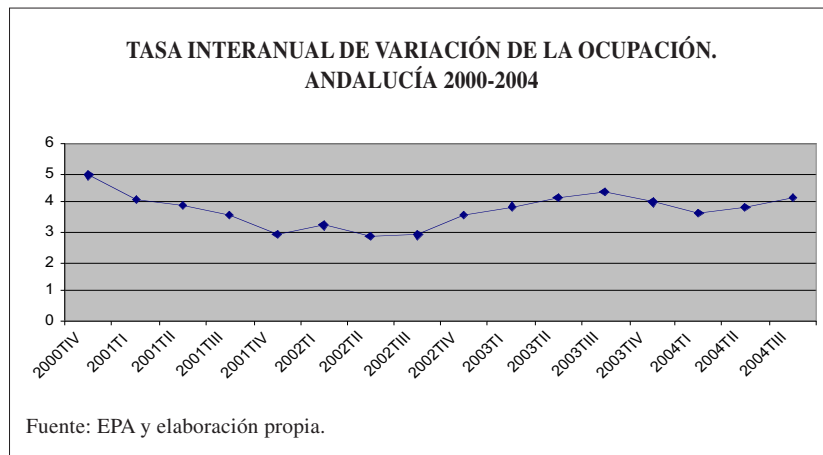


La situación profesional que más abunda en Andalucía es la de asalariado (2.478.700 personas). Fundamentalmente en el sector privado más de un millón novecientas mil personas y que a su vez se dividen en 982.800 asalariados con contratos indefinidos y 991.300 con contratos temporales.

Una proporción que no se mantiene en el sector público (364.700 trabajadores con contrato indefinido y 139.900 con contrato temporal).

En términos relativos en el mercado laboral de Andalucía, las mujeres están expuestas a un tipo de contratación en la que el tiempo parcial y la temporalidad son mayores que entre los hombres.

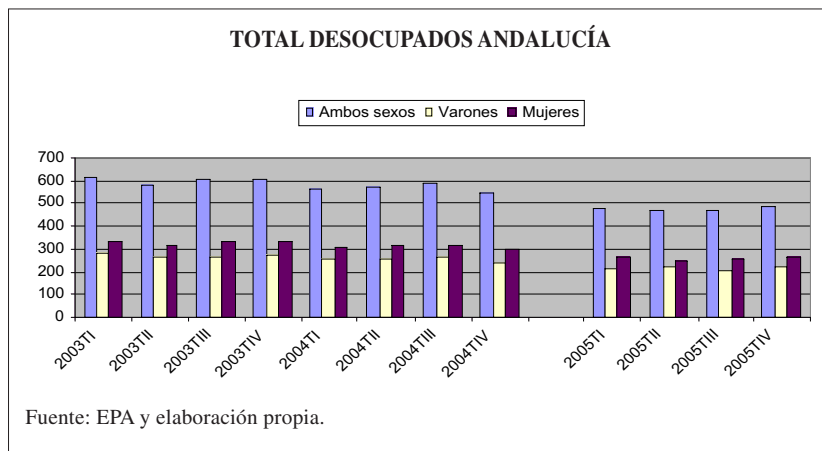
En relación a la evolución de la ocupación y el crecimiento económico, al que nos hemos referido al comienzo del epígrafe, el cambio de metodología de la EPA nos impide hacer un enlace con los datos anteriores a 2004, pero se observa en el gráfico que el ritmo de crecimiento de la ocupación interanual en el periodo considerado es en general superior al 3%, y sigue muy de cerca la senda de crecimiento económico, lo que significa que el crecimiento se está ligando fundamentalmente a aumentos de empleo más que aumentos de productividad, aunque es necesario un análisis más detallado de esta cuestión.



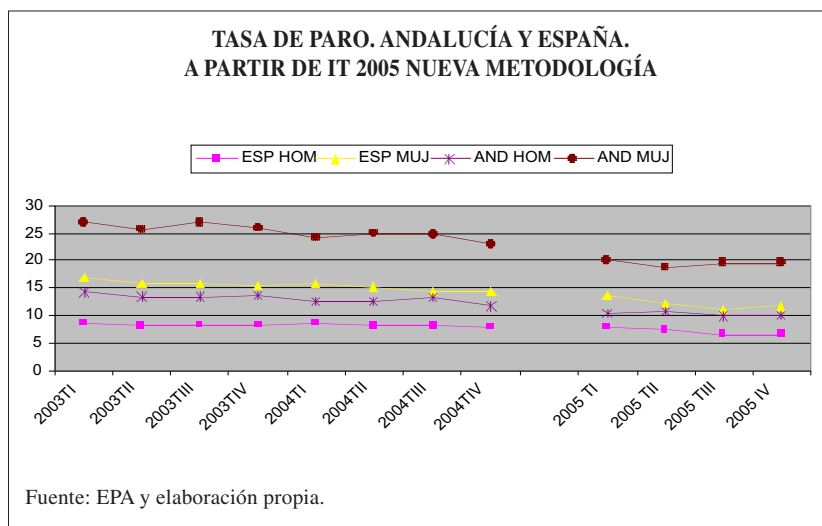
DESEMPLEO

Según los datos de la EPA referidos a Andalucía, el número de desempleados se situó en el cuarto trimestre de 2005 en 485.300 personas, lo que supone una reducción de 59.100 personas en este trimestre respecto al mismo periodo de 2004, lo que significa una caída del 10.86% en el año. Esta evolución, situó la tasa de paro andaluza en este cuarto trimestre de 2005 en el 13.83% una cifra muy baja en términos históricos y que mantiene la tendencia a la reducción de la tasa de paro en Andalucía, acentuando la convergencia con la media nacional, cuya diferencia se ha situado en 5,13 puntos.

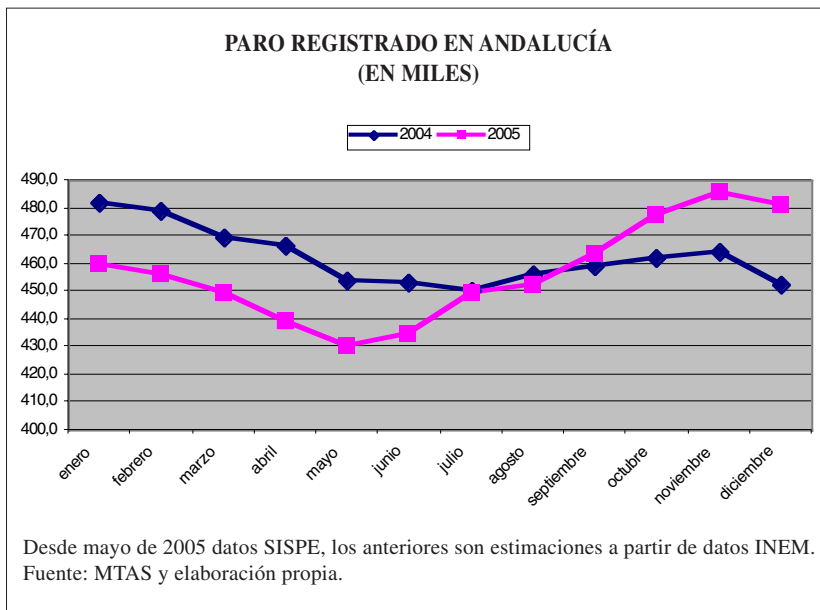
La reducción del desempleo en este trimestre respecto al mismo trimestre del año anterior ha afectado fundamentalmente a las mujeres (35.000 mujeres menos frente a 24.100 hombres desempleados). Estas variaciones suponen una reducción del 11.60% para las mujeres y del 9.93% para los hombres.



La evolución descrita del desempleo, situó la tasa media de paro en Andalucía en el 13.89%, 0,29 puntos superior a la del trimestre anterior y 2.24 puntos inferior a la del mismo trimestre de 2004. La tasa de paro masculina alcanzó el 10,20%, frente al 76,64% nacional, mientras que la tasa de paro femenina andaluza se situó en el 19,50%, frente al 11,61% de la tasa nacional.



La evolución del desempleo puesto de manifiesto por la Encuesta de Población Activa, puede ser contrastada con la información aportada por el SISPE, que a partir de mayo ha proporcionado los datos según la nueva metodología. Los datos anteriores son estimaciones en términos SISPE facilitadas por el INEM. Como se observa, en comparación con los datos de informes anteriores, los niveles de paro registrado son ahora superiores, aunque la tendencia decreciente del desempleo y el impacto de la estacionalidad a lo largo del año está presente. A destacar que, al final del cuarto trimestre, el número de parados registrados en Andalucía se ha situado en 481.000 personas cifra muy parecida a la que aporta la EPA, habiéndose puesto de manifiesto la convergencia entre las dos cifras de desempleo que proporcionaba las dos maneras de medirlo de las que se disponía y que han sido tradicionalmente bastante diferentes en las cifras que aportaban en términos absolutos.







3

Comentarios de Jurisprudencia







NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

CONVENIO COLECTIVO Y AUTONOMÍA INDIVIDUAL EN MASA

Sentencia Tribunal Constitucional 238/05, de 26 de septiembre

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ *

SUPUESTO DE HECHO: La organización sindical Asociación de Cuadros del Grupo Caja Madrid interpone recurso de amparo constitucional contra la resolución judicial dictada por la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003. En el mismo se plantea la supuesta vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical por dicha sentencia al admitir la introducción de un horario singular, directamente pactado por los trabajadores afectados, al margen de las organizaciones sindicales con representatividad en la empresa y contrario a lo previsto en el convenio colectivo aplicable. La creación del colectivo de empleados comerciales es posterior a la aprobación de este convenio, por lo que no se pudo prever una jornada singular como sí existe en relación a otros específicos colectivos de trabajadores. A cambio de asumir un horario de trabajo distinto al previsto en el convenio colectivo, los trabajadores que voluntariamente accedan al nuevo cuerpo obtendrán una compensación económica, un aumento de los días de descanso y una determinada cantidad en concepto de dieta. La Sala del Tribunal Supremo, del mismo modo que había mantenido la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entiende que el acuerdo alcanzado por la empresa con los trabajadores que aceptan inscribirse en la nueva categoría no es una modificación unilateral del convenio colectivo, sino un pacto novatorio contractual entre la empresa y dichos trabajadores.

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

RESUMEN: El Tribunal Constitucional entra a conocer el recurso de amparo y admite a trámite la demanda contra la Sentencia del Tribunal Supremo. La cuestión a debatir, a tenor de las alegaciones de las partes enfrentadas, consiste en si el derecho a la negociación colectiva y, por ende, el derecho fundamental de libertad sindical, se ha visto vulnerado como consecuencia de la oferta y posterior aceptación de unas condiciones de trabajo distintas de las previstas en el convenio colectivo aplicable. Para la parte empresarial, en ningún momento se puso en cuestión el contenido de dicho convenio, siendo además más beneficiosa la situación de aquellos trabajadores que voluntariamente aceptaron la propuesta empresarial. Por el contrario, tanto la organización sindical impugante como el Ministerio Fiscal, mantienen que la oferta llevada a cabo por la empresa supone una limitación del derecho a la libertad sindical de los representantes de los trabajadores, por cuanto que con dicha oferta se pretende sustituir el mecanismo de modificación convencional legalmente previsto.

ÍNDICE

1. ESPACIOS DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL
2. INTERÉS GENERAL FRENTE INTERÉS PLURAL
3. REAFIRMACIÓN DE UNA LÍNEA DOCTRINAL: EL VOTO PARTICULAR
4. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA STC 238/05, DE 26 DE SEPTIEMBRE

1. ESPACIOS DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL. LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL EN MASA

La sentencia 238/05, de 26 de septiembre, entra a conocer una manifestación de un problema de enorme calado jurídico-laboral, que no es otro que las relaciones entre autonomía individual y colectiva en el marco de nuestro sistema de fuentes. Estas situaciones están siempre sujetas a sutiles equilibrios en muchas ocasiones no resueltos expresamente por nuestro ordenamiento jurídico. La parquedad del art. 3 ET a la hora de definir el espacio de la autonomía individual y su relación con las fuentes del derecho, especialmente el convenio colectivo, puede acarrear importantes problemas interpretativos. Al mismo tiempo, la delimitación de dichos espacios va más allá de una mera reflexión jurídica y engarza directamente con la concepción que del propio Derecho del Trabajo, y de sus características básicas, se parta. Para comprender en toda su extensión la sentencia ahora comentada habremos de transitar por la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha ido elaborando durante los últimos quince años ¹.

¹ En general, sobre las relaciones entre la autonomía individual y colectiva, puede verse ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, CES, Madrid, 2000.



El Tribunal Constitucional configuró en su sentencia 105/92, de 1 de julio, el primero de los grandes pilares de la doctrina constitucional en esta materia. El recurso de amparo que dio lugar a este pronunciamiento tuvo como objeto la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 26 de enero de 1988, que había aceptado la licitud de una práctica empresarial según la cual se ofrecía de manera genérica a la totalidad de la plantilla la posibilidad de modificar individualmente el régimen de jornada establecido en el convenio colectivo, a cambio de lo cual se ofertaba una compensación dineraria².

En la citada sentencia se entraba por vez primera a analizar el fondo del asunto, al contrario de lo que había ocurrido con anterioridad cuando fue denegada la admisión a trámite de un supuesto semejante por Auto 1074/88, de 26 de septiembre. Esta tendencia empresarial, y la confirmación de su validez por el Tribunal Central de Trabajo, había sido objeto de críticas por parte algún sector de la doctrina, llegando a ser calificado como un mecanismo de fuga de la regulación uniforme del convenio colectivo estatutario³.

En síntesis, la doctrina contenida en la sentencia 105/92 consiste en afirmar que el espacio natural que en el sistema de fuentes tiene asignada la autonomía de la voluntad no puede imponerse respecto del lugar atribuido a la autonomía negocial del conjunto de los trabajadores formulada a través del convenio colectivo. La consecuencia inmediata que la sentencia del Tribunal Constitucional extrae de esta necesaria subordinación es que el convenio colectivo sólo puede ser objeto de modificación a través de los procedimientos de modificación y denuncia de estén arbitrados al efecto por el legislador. De lo contrario, «de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37 C.E.»⁴.

Esta sentencia pretendía, por tanto, evitar que mediante la cobertura de actuaciones bilaterales y plurales se impusieran adhesiones en masa que ocultasen «una trasgresión del resultado colectivo, a través de una vía formalmente individual, aunque realmente colectiva, y que margina el papel de los

² Dicha práctica fue analizada y criticada —con anterioridad incluso a las sentencias del Tribunal Constitucional que entraron a conocer de la misma— por GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Autonomía individual “en masa” y antisindicalidad», *R.L.*, 1989-II, págs. 263 y ss.

³ Cfr. CASAS BAAMONDE, M.E. y BAYLOS GRAU, A., «La organización del trabajo y autonomía individual: la “desregulación” del convenio colectivo», *R.L.*, 1988-I, 171 y ss.

⁴ Fundamente Jurídico Sexto de la STC 105/92, de 1 de julio.

sindicatos como interlocutores negociales y desconoce la fuerza vinculante del convenio».

No obstante, esta doctrina del Tribunal Constitucional fue matizada con posterioridad por el propio Tribunal en la sentencia 208/93, de 28 de junio. En resumen, en esta última se valoraba la constitucionalidad de un supuesto de modificación individual de las condiciones retributivas, consistente en la introducción de una serie de gratificaciones temporales y pluses de disponibilidad, compensando así la creación de una obligación de disponibilidad asumida por ciertos trabajadores, no encontrándose ninguna de estas condiciones contempladas en el propio convenio colectivo. El Tribunal Constitucional en 1993 admitió la validez de lo acordado justificando su decisión fundamentalmente en el hecho de que las mismas no perjudicaban a los trabajadores. Junto a ello, el Tribunal se basaba en que las medidas cuestionadas se encontraban exentas de ánimo alguno de antisindicalidad, dado que las condiciones ofertadas por la empresa en esta ocasión no suponían una tentativa de soslayar y evitar la intervención de los representantes sindicales, puesto que dichas medidas no tenían la trascendencia, importancia y significación necesarias para que la presunta pretensión antisindical pudiera considerarse existente ⁵.

Se introducían además dos argumentos de capital importancia en lo que respecta a las relaciones entre autonomía individual y colectiva: los relativos a la capacidad del contrato de trabajo para regular aquellas materias que no lo hubieran sido por el convenio colectivo, y al hecho de que «la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión».

En definitiva, el Tribunal Constitucional abrió, en la sentencia 208/93, nuevas vías de potenciación de la autonomía individual: por una parte, se aceptaba la regulación de las materias no contempladas en el convenio colectivo; y, por otra, se reconocía la capacidad de aquélla para la consagración de condiciones de trabajo que no supusieran una alteración sustancial que marginase el pacto colectivo.

Estas declaraciones del Tribunal Constitucional fueron reiteradas posteriormente en la STCo 74/96, de 30 de abril, en la cual se consideraba que, si bien no es descartable la hipótesis de que a través de pactos favorecedores suscritos individualmente entre trabajador y empresa se cobije una estrategia empresarial destinada a mermar la posición profesional que en el ámbito de la mediación laboral corresponde por mandato constitucional a

⁵ Fundamento Jurídico Cuarto.



las organizaciones sindicales, ello no ocurre de manera automática. Más recientemente, la STC 107/00, de 5 de mayo, tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto un tanto diferente por cuanto que no se trataba de alterar un convenio colectivo vigente, sino de suplantar el espacio que debiera ocupar un convenio dejado de negociar ante la imposibilidad de que las partes llegaran a un acuerdo. Dado que este acuerdo no se alcanza, la empresa procede a una negociación individualizada con sus trabajadores. Ante esta situación, el Tribunal Constitucional reiteró que la autonomía individual no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente el contenido efectivo del convenio.

2. EL INTERÉS GENERAL FRENTE AL INTERÉS PLURAL

La Sentencia ahora comentada retoma la línea de la primera de las sentencias anteriormente citadas, esto es, la STC 105/92. En primer lugar, el Tribunal Constitucional soslaya el posible defecto de la demanda consistente en la falta de alegación al derecho fundamental en las sentencias de instancia. Considera que la preservación de los derechos fundamentales no puede estar sometida a excesivos rigores formalistas. Además, tanto en la demanda ante el Tribunal Superior de Justicia como en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo se alegó la vulneración del derecho a la negociación colectiva como consecuencia de la modificación pretendida por la empresa del horario y la remuneración de ciertos trabajadores. De modo que, concluye el Tribunal Constitucional, si bien no se produjo una alegación expresa al derecho a la libertad sindical, sin embargo, sí que se mencionó de manera meridianamente clara el derecho a la negociación colectiva. De esta manera, el Tribunal Constitucional no sólo elimina toda trascendencia a la necesidad de mencionar el derecho fundamental vulnerado desde el primer momento procesal, sino que también afirma la intrascendencia de que el proceso en cuestión se enmarque o no procesalmente hablando en el marco de un conflicto colectivo. Es decir, el carácter colectivo exigido por el art. 41 para la modificación de las condiciones de trabajo deja de ser significativo a efectos de entender vulnerado el derecho a la negociación colectiva, y, por ello, el derecho fundamental a la libertad sindical.

Una vez superado el obstáculo procesal, el Tribunal Constitucional entra en el fondo del asunto: la posible inconstitucionalidad de las ofertas genéricas del empresario para llevar a cabo una modificación de condiciones de trabajo al margen de los procedimientos previstos convencionalmente,

así como la trascendencia que el carácter más o menos beneficioso de la oferta puede tener a efectos constitucionales.

El espacio natural de la autonomía individual en nuestro Derecho del Trabajo está delimitado, como regla general, según el art. 3.1 c) E.T., al establecimiento de condiciones que no sean menos favorables para el trabajador o contrarias respecto de lo establecido en las normas legales o convencionales. Partiendo de este punto, y obviando cualquier otro elemento concurrente, se debería haber llegado a la conclusión de que el nuevo horario habría de ser admitido por cuanto que no supone un excesivo perjuicio para el trabajador que acepte voluntariamente dicho cambio, dado que vendría suficientemente compensado todo perjuicio por la gratificación económica y el descanso que obtendría a cambio. En definitiva, con este elemento de análisis particularizado se habría de llegar a la conclusión de que la modificación contractual no habría de ser contraria al ordenamiento jurídico-laboral. Ello nos lleva a la necesidad de definir qué circunstancias pueden llevar a entender que la autonomía individual ha de quedar supeditada a la colectiva, incluso cuando ello suponga un perjuicio para el trabajador afectado. Es más, en el supuesto en cuestión, es el interés individual de una pluralidad de trabajadores el que se ve afectado. Es decir, un número significativo de trabajadores ha conseguido, merced a la oferta genérica de la empresa, unas condiciones superiores a las que venían disfrutando por la aplicación del convenio colectivo.

La Sentencia ahora comentada, como ya se hizo en la STC 105/92, y apartándose del posicionamiento posterior de este tribunal, niega la posibilidad de hacer prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en el convenio colectivo legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial. De lo contrario, mantiene el Constitucional, «quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 CE» (F.J. Cuarto). Todo ello a pesar de que no se produce una modificación o derogación expresa del contenido del convenio colectivo, que se mantendría en vigor para el resto de los trabajadores y en los aspectos no afectados por el nuevo horario para los trabajadores que aceptaran la genérica oferta empresarial.

Sin embargo, los convenios colectivos no han de «petrificar» las condiciones pactadas. Por el contrario, ha de conjugarse semejante fuerza vinculante con la necesidad de adaptar el convenio colectivo a las alteraciones de las condiciones económicas, técnicas, etc., si bien el procedimiento a seguir habrá de ser el previsto en el propio convenio colectivo y en el Estatuto de los Trabajadores. La resistencia al cambio del convenio se predica frente a la autonomía individual, que, como es el caso, puede incluso intro-



ducir una modificación que sea más beneficiosa para el trabajador individualmente considerado. Frente a los procedimientos estatutarios, en concreto el del art. 41 ET, o los previstos en los convenios, no cabría objetar ningún tipo de reserva consitutucional. Es decir, la inconstitucionalidad de la modificación no viene ni por el contenido de la modificación ni por el carácter de lo modificado (el convenio colectivo), sino únicamente por la utilización de un instrumento no autorizado por el convenio colectivo empleado para dicha modificación⁶.

No obstante, el razonamiento ahora mantenido por el Tribunal Constitucional no se refiere a una situación de hecho idéntica a la mantenida por el mismo Tribunal en la sentencia 105/92. En aquella ocasión, a través de la autonomía individual en masa, se pretendía modificar el horario de trabajo a un colectivo de trabajadores en nada diferenciado del resto. Sin embargo, en esta ocasión esos trabajadores sí se encuentran individualizados, pues se adscriben a un colectivo de nueva creación como consecuencia de la introducción de un nuevo servicio no previsto en la norma convencional. Es decir, que el supuesto de hecho tiene más similitudes con el de la citada STC 208/93, de 28 de junio, al final del FJ cuarto, que admitió la introducción de nuevas condiciones de trabajo a través de la autonomía individual en masa cuando se refería a nuevas situaciones no previstas en el convenio colectivo en el momento de su negociación.

El Tribunal Constitucional ha vuelto a la línea jurisprudencial más acertada de descartar la posibilidad de que a través de la autonomía individual, como consecuencia del carácter plural de los acuerdos modificatorios, se llegue a un vaciamiento de la futura negociación colectiva, como supondría el poder crear, al margen de los procedimientos negociadores, regulaciones para las nuevas realidades que el discurrir de la empresa pudiera crear. Es decir, que la autonomía colectiva es portadora de un valor superior que la convierte en el instrumento adecuado para la regulación general de las condiciones de trabajo en la empresa, frente a la autonomía individual, que pese a ser plural, sólo esta presidida por un supuesto interés particular de los afectados.

Concluye el Tribunal Constitucional otorgando el amparo a los recurrentes por vulneración del derecho a la libertad sindical, siendo intrascendente el análisis de la legalidad ordinaria en el que se fundaron los razonamientos de los tribunales *a quo*, pues carecían de relevancia desde el plano constitucional desde el que la cuestión debió ser abordada. Desde este plano, «el empresario unilateralmente o en concierto con los trabajadores indi-

⁶ En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 107/00, de 5 de mayo y 225/01, de 26 de noviembre.

vidualmente considerados podrá incidir, por supuesto, en la disciplina de las relaciones laborales, pero no podrá hacerlo frente al derecho a la negociación colectiva del Sindicato, lo que incluye el respeto al resultado alcanzado en el correspondiente procedimiento de negociación y a su fuerza vinculante». Todo ello independientemente de la voluntad concurrente de los destinarios del cambio horario. Sobre este argumento gravitó, precisamente, el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Supremo. Es ésta la justificación central utilizada por estos Tribunales para inadmitir la pretensión de los representantes de los trabajadores, negando incluso la legitimidad de estos últimos para impugnar el acuerdo por la vía del proceso de conflicto colectivo previsto en el art. 41 ET, dado que se trata, mantiene el Tribunal Superior de Justicia, de una cuestión que afecta directamente a legítimos intereses individuales de los trabajadores, cuya vida prodría verse alterada como consecuencia de un proceso en el que no han sido parte ni han tenido por tanto oportunidad de ser oídos.

En conclusión, la concurrencia de la voluntad de las partes a favor de la alteración del contrato, el posible carácter más beneficioso de la modificación de las condiciones de trabajo y la ausencia de voluntariedad en la antisindicalidad del comportamiento empresarial, no son suficientes para admitir la validez de la negociación de unas condiciones de trabajo distintas de las convencionales, y ello aun en el caso de que el convenio no pudiera haber regulado semejante cuestión, al no existir aún el nuevo puesto de trabajo a cubrir por el específico grupo de trabajadores. Para poder llegar a semejante conclusión, se ha de partir del carácter superior del interés colectivo sobre el interés individual. La autonomía colectiva y su manifestación típica, el convenio colectivo, son portadores del interés colectivo de los trabajadores, de modo que, aun admitiendo que una alteración del contenido del convenio puede ser beneficioso para uno o varios trabajadores, ello sería contrario a ese hipotético interés colectivo.

Esta rigidificación de la jurisprudencia constitucional con respecto al modelo desarrollado por la STC 105/92, y contrario incluso al previsto en el de la STC 208/93, hace comprensible la reacción de uno de magistrados de la Sala, que, fiel a un posicionamiento doctrinal anterior, reacciona frente al parecer mayoritario de dicha Sala, manteniendo una posición discrepante al respecto.

3. REAFIRMACIÓN DE UNA LÍNEA DOCTRINAL: EL VOTO PARTICULAR

El Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, aborda la resolución del caso planteado desde una posición de clara potenciación del papel que

ha de desempeñar la autonomía individual en el marco de las relaciones de trabajo. Efectivamente, este magistrado, desde el comienzo del primer fundamento de su voto particular, muestra su desconcierto ante el hecho de que un cambio de horario admitido y deseado por los trabajadores se vea imposibilitado por la decisión de declarar la oferta empresarial como contraria al derecho a la libertad sindical. Con posterioridad, cuestiona la intrascendencia que, a juicio del parecer mayoritario de la Sala, tiene la no invocación directa del derecho fundamental lesionado.

Este voto particular entronca con una tradición —si bien ciertamente minoritaria no por ello menos persistente—, que ha cuestionado el principio básico de nuestra disciplina que considera que la autonomía individual en Derecho del Trabajo sólo es, en la mayor parte de los casos, formalmente bilateral. En este sentido, y frente a anteriores sentencias del Tribunal Constitucional en las que se cuestionaba la constitucionalidad de ciertas incidencias de la autonomía individual en el convenio colectivo, se alertó de la necesidad de dejar un mayor espacio a la autonomía individual⁷. Se parte de la convicción de que el trabajador individual de la sociedad post-industrial no necesita los mismos niveles de protección que los del obrero de la sociedad industrial propiamente dicha. Para conseguir abrir esos espacios, se apela a interpretaciones más flexibles de nuestro Derecho y, especialmente, del art. 3 ET. En concreto, el término «contrarias» se trata de distinguir de posibles condiciones «distintas»⁸. Apelando a una interpretación literal de dicho precepto estatutario, se pretende abrir unos mayores espacios a favor del contrato de trabajo como fuente de regulación de aspectos significativos de las relaciones de trabajo. Según estos autores, no todas las condiciones de trabajo distintas a las previstas en el convenio colectivo de referencia han de catalogarse como contrarias a las mismas. Por el contrario, la voluntad individual del trabajador, óptimo calibrador de sus auténticas necesidades, puede justificar la introducción de unas condiciones particularizadas y alejadas a las disfrutadas vía convencional por el resto de los trabajadores.

Partiendo de estas premisas, y centrándose en el supuesto planteado por el recurso de amparo, el magistrado emisor del voto particular mantiene que

⁷ Cfr. BORRAJO DACRUZ, E., «Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y perspectivas», *A.L.*, núm. 3, 1993, pág. 54; y APILLUELO MARTÍN, M., «La libertad sindical, negociación colectiva y autonomía individual (A propósito de la STCo 208/1993, de 28 de junio)», *A.L.*, núm. 6/7 (13 febrero) 1994, págs. 90 y ss.

⁸ DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C., «Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo», *R.L.*, núm. 20-21 (octubre-noviembre), 1991, págs. 106 y ss.



la concurrencia del consentimiento del trabajador es suficiente para que las trabas previstas en el art. 41 ET a las modificaciones unilaterales de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo no tengan aplicación. Como consecuencia de que los trabajadores consintieron dicha modificación, estaríamos ante decisiones consensuadas e individuales no impugnables por la vía del conflicto colectivo del art. 41 ET.

En definitiva, este magistrado, como los autores que se adscriben a posicionamientos semejantes, justifican todos sus razonamientos en la defensa del derecho de los trabajadores individuales a gobernar, al menos en partes significativas, sus condiciones de trabajo. Olvida, por tanto, el magistrado discrepante que, desde un punto de vista social, poco han cambiado las circunstancias que llevaron a los clásicos de nuestra disciplina a cuestionar la realidad de la autonomía individual bilateral en el Derecho del Trabajo, y la consideración de ésta como una mera cortina que oculta el enorme poder de imposición que implica la desigualdad económica existente entre trabajador y empresario. Dicha desigualdad supone que una potenciación de semejante instrumento de regulación conlleva un aumento de las facultades unilaterales del empresario. En un momento como el actual, con unos elevadísimos índices de precariedad, las posibilidades de negociación de que disponen los trabajadores al margen de los instrumentos colectivos son prácticamente inexistentes.

4. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA STC 238/05

Al margen de lo establecido en el Voto Particular, la STC 238/05 ha de ponerse en relación, como es habitual en este lugar, con los más recientes pronunciamientos mantenidos por el máximo garante de nuestra Constitución. En apariencia, el Tribunal Constitucional parece contradecir en esta ocasión pronunciamientos recientes que inciden en la línea de entender la negociación colectiva y el fruto de la misma, el convenio colectivo, como instrumentos adecuados de flexibilización y gestión empresarial. Efectivamente, el aumento de las capacidades reguladoras de la autonomía individual y, por ende, la capacidad de que el pacto individual ocupe el lugar reservado al convenio colectivo, supone un avance en el tantas veces citado proceso de flexibilización del Derecho del Trabajo. Como acabamos de mantener, posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales como los descritos parten de que, en aras de conseguir una mayor flexibilidad, ha de potenciarse el papel regulador de la autonomía individual, mucho más ductil a la hora de adaptar las condiciones de trabajo a las cambiantes circunstancias económicas de la empresa. Por tanto, partiendo de este razonamiento, se podía llegar a la conclusión de que defender una negociación colectiva fuerte frente



a posibles modificaciones individuales conlleva necesariamente impedir que este terreno sea ocupado por los principios del nuevo Derecho del Trabajo flexible.

Sin embargo, esta apariencia se quiebra con un análisis un poco más detallado de la misma. En concreto, al mismo tiempo que el Tribunal Constitucional impide, con mayor rigor que en sentencias anteriores, el fenómeno conocido como autonomía individual en masa, deja bien sentado que ello no implica petrificar la modificación *ante tempus* del convenio. En ningún momento cuestiona la constitucionalidad del procedimiento modificador del convenio colectivo previsto en el art. 41 ET, que salva por el carácter también colectivo del mismo.

Es decir, lo trascendente de la cuestión ahora analizada no es tanto que el convenio colectivo se viera afectado durante su vigencia y, en consecuencia, alguna de sus previsiones no desplegara los efectos pretendidos por los negociadores, sino el de impedir que dicha modificación se lleve a efecto por vías no colectivas. Efectivamente, el propio Tribunal, aun sin ser ése el motivo del recurso de amparo, se preocupa de advertir que el convenio colectivo una vez negociado no queda petrificado e inmune a cualquier alteración de las circunstancias técnicas, económicas, organizativas y de producción de la empresa. Es decir, la flexibilidad se encuentra garantizada ya en nuestro Derecho del Trabajo a través especialmente del art. 41 ET. De este modo, siempre que se garantice el carácter colectivo del procedimiento modificador, aunque éste no fuera el previsto en el Título III E.T., el convenio colectivo cedería su resistencia a una hipotética alteración extemporánea de su contenido. Partiendo de estas premisas, se puede llegar a la conclusión de que la voluntad del Constitucional no era tanto la de impedir la flexibilización del convenio colectivo cuanto la de preservar la función de éste como instrumento de flexibilización de las condiciones de trabajo⁹.

⁹ Especialmente significativo es el razonamiento mantenido desde la perspectiva de la patronal del sector bancario en el supuesto analizado. Desde esta perspectiva, se mantiene que el Tribunal Constitucional con este pronunciamiento no sólo protege el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva, sino también el derecho de las Asociales patronales, dado que lo contrario supondría impedir la autorregulación de las normas de competencia empresarial en el sector (Cfr. HERNANDO DE LARRAMENDI SAMANIEGO, A., «Vulneración del derecho a la negociación colectiva y adecuación del conflicto colectivo para impugnar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo vía “acuerdos individuales en masa”», *R.L.*, núm. 24, 2005, págs. 58 y ss).





PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL

Universidad de Córdoba

DERECHOS DE LAS TRABAJADORAS-MADRES Y PODER EMPRESARIAL: LA COINCIDENCIA DEL PERÍODO DE BAJA MATERNAL Y DE VACACIONES ANUALES

Sentencia Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 2005

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ *

SUPUESTO DE HECHO: La parte actora, concretamente una trabajadora, se constituyó en incapacidad temporal derivada de enfermedad común con fecha 30 de junio de 2003, cuando ya estaba en situación de embarazo del que dio a luz, por adelantamiento del parto, el día 23 de julio siguiente, fecha a partir de la cual se constituyó en situación de baja por maternidad. Para ese entonces, la empresa ya había confeccionado el calendario de vacaciones para toda la plantilla, habiendo asignando a la trabajadora como período vacacional el periodo comprendido inmediatamente posterior al parto.

Al transcurrir el periodo de baja por maternidad y, en consecuencia, el mes asignado para el disfrute de las vacaciones anuales, la actora solicitó el reconocimiento de un nuevo período, petición que fue denegada por la empresa. En primera Instancia, y tras la pertinente formalización judicial de la contienda se le reconoció a la trabajadora el derecho a disfrutar 31 días de vacaciones dentro del mismo año natural, condenando a la empresa a que, en caso de imposibilidad de fijación de dicho período dentro del año, le indemnizase con la cantidad de 850 €. Dicha resolución se revocó sin embargo en fase de Suplicación, absolviéndose plenamente a la empresa de los pedimentos de la demanda.

* Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

RESUMEN: El TS, en unificación de doctrina, va a estimar el recurso de casación (núm. 4291/2004) interpuesto por la trabajadora, de conformidad con la doctrina del TJCEE y el mandato de la Directiva 92/85, en el sentido de expresar la necesidad de garantizar la plenitud de derechos por razón de la maternidad y la necesaria consideración de discriminatoria de cualquier otra interpretación de la normativa nacional por ser atentatoria a la igualdad de sexos; y sin que quepa, pues, ningún paralelismo con las reglas propias de la incapacidad temporal, al tratarse de materias distintas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES: UNA REMINISCENCIA A LAS POSICIONES DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA
 - 1.1. Especial referencia al Caso *Merino Gómez*
 - 1.2. Repercusión de la sentencia en el ámbito nacional
2. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA STS DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005, DICTADA EN UNIFICACIÓN DOCTRINA
3. REFLEXIÓN CRÍTICA

INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar con el comentario de la sentencia seleccionada, y como punto de partida inexcusable, habría que dejar constancia de una realidad incuestionable, a nuestro modo de ver, y es que la maternidad de la trabajadora, ha constituido, desde siempre, un auténtico obstáculo para la integración, estabilidad y carrera profesional de las mujeres en el mercado de trabajo. A pesar de la tendencia iniciada hace ya varias décadas a través de la normativa comunitaria e internacional —y no hace tanto, desde nuestro propio panorama normativo— para la erradicación de las discriminaciones y el fomento de medidas para la integración del colectivo femenino en el mundo laboral en las mismas condiciones que el varón, aún hoy en día, la discriminación que sufre la mujer es una realidad palpable. Si, además, a la cualidad femenina se une la condición de mujer embarazada o madre, las probabilidades de ser víctima de conductas empresariales arbitrarias o discriminatorias se incrementan notablemente. La maternidad y las cargas familiares son consideradas por los empresarios como factores negativos que inciden sobre la mujer y van a contribuir a una desigualdad en el rendimiento en el trabajo con respecto al hombre, o van a provocar inconvenientes en la organización empresarial, con las consiguientes pérdidas de beneficios.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dejado sentado que la discriminación por causa de embarazo y maternidad constituye un supuesto de discriminación directa según el Derecho Comunitario en



materia de igualdad¹, lo que significa que las justificaciones posibles a un tratamiento que resulte perjudicial para una mujer embarazada o que ha dado a luz, son inexistentes o muy limitadas.

Sin embargo, a veces, la ausencia de claridad y contundencia en la regulación de determinadas cuestiones, suscita, entre las partes implicadas, conflictos de gran trascendencia práctica. Un ejemplo palpable es el tratado en la STS de 10 de noviembre de 2005: la coincidencia del período de baja maternal y el de vacaciones.

1. CONSIDERACIONES GENERALES: UNA REMINISCENCIA A LAS POSICIONES DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

La inexistencia de previsión alguna en la normativa, tanto nacional como internacional², acerca de la coincidencia entre el periodo de suspensión del contrato por maternidad y el fijado para el disfrute de las vacaciones anuales, nos exige la consulta de la línea continuada por los tribunales en los últimos años. Éstos, siguiendo una postura rigurosa y poco flexible, han determinado que, en el caso de coincidencia del período de baja maternal y el tiempo fijado para el descanso anual, la trabajadora sólo tendrá derecho a la prestación por maternidad, sin que quepa la reclamación del importe correspondiente a las vacaciones no disfrutadas, ni el disfrute en época distinta³.

Estas decisiones judiciales se han basado, en gran medida, en los argumentos esgrimidos para negar el derecho a disfrutar de las vacaciones cuando sobreviene una incapacidad temporal⁴ como consecuencia de enfermedad o accidente, partiendo, quizás, de una obsoleta identificación entre el esta-

¹ *Vid.*, como ejemplo, a causa de una negativa de contratación, Caso *Dekker*, C-117/88, S. 8-noviembre-1990; Caso *Mahlburg*, C-207/98, S. 3-febrero-2000. A causa de un despido, Caso *Webb*, C-32/93, S.-14-junio-1994 y, más recientes, Caso *Tele Danmark* y *Jiménez Melgar*, ésta última respecto a la negativa de renovación de un contrato de duración determinada.

² El artículo 6.2 del convenio 132, alude a los períodos de incapacidad por enfermedad o accidente, de los que dice que «no podrán ser descontados como parte de las vacaciones pagadas anuales...»; sin embargo, no hace mención alguna a la maternidad.

³ *Vid.*, como ejemplos, STS de 27 de junio de 1996 (Ar. 5389) que toma como base la STS de 30 de noviembre de 1995 (Ar. 8771), dictada en unificación de doctrina. También la STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de julio de 1996 (Ar. 3274) y la STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 1997 (Ar. 1841). En estos casos, y en atención al pacto colectivo por el que se fija el período vacacional, se deniega el derecho de la trabajadora a un nuevo señalamiento.

⁴ Según la línea mantenida por el Tribunal Supremo el empresario no puede garantizar que las vacaciones se disfruten con buena salud. Recordemos la STCT de 26 de abril de 1984, cuya frase hizo fortuna. Desde la normativa internacional, el artículo 6.2 del convenio 132, alude a los períodos de incapacidad por enfermedad o accidente, de los que dice que «no podrán ser descontados como parte de las vacaciones pagadas anuales...».

do de maternidad y el de enfermedad o incapacidad para el desarrollo de las actividades derivadas del puesto de trabajo.

El TJCE, en el caso *Merino Gómez*⁵ (18 de marzo de 2004) se pronunció positivamente acerca del derecho de la trabajadora embarazada a disfrutar sus vacaciones anuales en período distinto al pactado previamente en acuerdo colectivo establecido entre la empresa y los representantes de los trabajadores, por coincidir con el de su baja maternal. Según el Tribunal, la base sustancial para este pronunciamiento se encuentra en el artículo 11, apartado 2. a), de la Directiva 92/85 que establece que, en el supuesto de que la trabajadora esté disfrutando de un permiso de maternidad, deberán garantizarse todos los derechos inherentes al contrato de trabajo.

El pronunciamiento fue especialmente significativo para nuestro Derecho nacional porque, como hemos referido, los tribunales españoles, ante situaciones idénticas, habían sostenido el criterio de que la trabajadora no tenía derecho a disfrutar sus vacaciones en periodo distinto del fijado por el acuerdo colectivo alcanzado por la empresa, al primar el respeto a lo así pactado sobre el derecho individualizado al disfrute por parte de la afectada. Resulta interesante dedicar, aunque sea de soslayo, unas líneas al contenido del fallo del TJCE, traído a colación por el Tribunal Supremo en la sentencia que ahora analizamos.

1.1. Especial referencia al Caso *Merino Gómez*

El Juzgado de los Social núm. 33 de Madrid, basándose en la Jurisprudencia del TJCE sobre el artículo 7 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y las Directiva 92/85 (artículo 8) y 76/207⁶, llega a la conclusión, siguiendo, una línea opuesta a la predominante, de que

⁵ La Sra. *Merino Gómez* prestaba servicios en la empresa «Continental Industrias» desde el 12 de septiembre de 1994 con la categoría de operaria. Estuvo disfrutando de baja maternal desde el 5 de mayo al 24 de agosto de 2001. En el año 2000, la actora había podido elegir turno de vacaciones y, por tanto, conforme a las reglas establecidas en el acuerdo colectivo de 7 de mayo de 2001, no habría podido acceder en el año 2001 al turno excepcional del mes de septiembre para disfrutar de vacaciones anuales. No obstante, la Sra. Merino solicitó disfrutar de vacaciones desde el 25 de agosto al 21 de septiembre de 2001 o, subsidiariamente, desde el 1 de septiembre al 27 de septiembre de 2001, es decir, un periodo de vacaciones a continuación del término del periodo de su baja por maternidad. La empresa no le concedió el periodo de vacaciones reclamado, por lo que la afectada formuló demanda contra la misma relativa a las vacaciones reclamadas.

⁶ Vid., Caso *BECTU* (C-173/99), S. 26-junio-2001; Caso *Boyle y otros* (C-411/96), S. 27-octubre-1998; y Caso *Thibault* (C-136/95), S. 30-abril-1998, respectivamente.



la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación de la mujer por razón de su embarazo y/o lactancia implica que una trabajadora debe tener derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en un periodo distinto no coincidente con el de su descanso maternal, en el caso de que las fechas prefijadas de las vacaciones coincidan con la fecha de disfrute del permiso de maternidad de la trabajadora. Para el Tribunal, admitir el solapamiento de ambos periodos de descanso supondría la anulación de uno de ellos; en el caso en cuestión, el periodo de vacaciones. El órgano jurisdiccional considera además que, conforme a la normativa comunitaria, el acuerdo colectivo de fijación de vacaciones debería haber contemplado la especial situación de las trabajadoras embarazadas, garantizando el doble derecho a descanso maternal y a vacaciones ⁷. Por último recuerda, para el caso de que su interpretación del Derecho Comunitario sea confirmada en el punto principal del litigio que, atendiendo al derecho nacional —más favorable—, la trabajadora tendría derecho al disfrute de 30 días de vacaciones y no 28 días, tal y como reconoce el artículo 7 de la Directiva 93/104.

Con el fin de determinar si las interpretaciones realizadas son las correctas, el Juzgado de lo Social decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal Comunitario dos cuestiones prejudiciales. La primera de ellas trata de vislumbrar si las Directivas 93/104 (art. 7.1), 92/85 (art. 11.2.a)) y 76/207 (art. 5.1), garantizan el derecho de la trabajadora a disfrutar de vacaciones anuales en periodo distinto del pactado y no coincidente con el de la baja maternal. Para el caso de que la respuesta fuera positiva, la segunda cuestión versa sobre la aplicación preferente del derecho nacional, que prevé unas vacaciones más largas que las vacaciones mínimas establecidas en la Directiva 93/104.

El TJCE resuelve las cuestiones prejudiciales de forma clara y precisa. Con respeto a la cuestión principal planteada, el Tribunal de Justicia afirma que el derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse como un principio de Derecho Social Comunitario respecto del que no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de los Estados Miembros puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva 93/104 ⁸.

Reconocido el derecho al disfrute de vacaciones en fecha no coincidente con la del permiso de maternidad, el TJCE admite el derecho de la trabajadora a unas vacaciones anuales más largas, previstas por la normativa nacional, (art. 38.1 ET, que establece una duración no inferior a treinta

⁷ Se basa en la sentencia del Caso *Lewen* (C-333/97). S. 21-octubre-1999.

⁸ Recordemos que, de acuerdo con el artículo 7.1 de la D. 93/104, las modalidades de aplicación nacionales deberán en cualquier caso respetar el derecho a un periodo de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas.

días naturales) que las vacaciones mínimas fijadas en la normativa comunitaria (art. 7.1 de la Directiva 93/104, que determina un periodo de cuatro semanas).

1.2. Repercusión de la sentencia en el ámbito nacional

Una vez que el Tribunal precisó cuál era el estado de la cuestión en el Derecho Comunitario, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid debió aplicar el derecho tal y como lo interpretó el Tribunal de Justicia. Asimismo, esta sentencia serviría de guía a otros órganos jurisdiccionales nacionales a los que se sometiese un problema idéntico.

Sin duda, este pronunciamiento ha dado inicio a una novedosa línea de tendencia, divergente a la que hasta ahora se había defendido desde los tribunales y cuya muestra más reciente la encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo, dictada para la unificación de doctrina, de 10 de noviembre de 2005.

El juzgador parte de una premisa, que ha sido la defendida tradicionalmente por el Supremo: el empresario no puede garantizar que las vacaciones se disfruten con buena salud⁹. Es por ello que hace hincapié en la conveniencia de señalar el distinto tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con respecto a aquella otra que se produce con anterioridad al período vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa. Según afirma el Alto Tribunal, la coincidencia en el tiempo de una baja por incapacidad temporal, devenida bien sea de enfermedad

⁹ No olvidemos que, tras repasar los pronunciamientos existentes en esta materia llegamos a la conclusión de que éstos, habitualmente, han mantenido que, aunque la intención de la norma no es sino evitar que el empresario impute las vacaciones a los períodos de tiempo de suspensión, el empresario no estará obligado a facilitar al trabajador unas vacaciones posteriores si iniciadas éstas se inicia un período de suspensión. Recordemos la STCT de 26 de abril de 1984, cuya frase hizo fortuna; y otros pronunciamientos posteriores, tales como STCT de 6 de septiembre de 1988 (Ar. 5449) y STS de 7 de septiembre del mismo año (Ar. 5458). También más recientes, STS de 20 de enero de 1995 (Ar. 392); y las STSJ de Andalucía (Málaga) de 31 de enero de 1997 (Ar. 252), STSJ de Madrid de 28 de junio de 1996 (Ar. 3218), STSJ de Aragón de 28 de febrero de 1996 (Ar. 918) y STSJ de Madrid de 17 de septiembre de 1997 (Ar. 3244). Todos ellos supuestos de fijación colectiva de la fecha de vacaciones; el respeto al pacto colectivo impide hacer un nuevo señalamiento. No obstante, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 enero de 1996 (128) da derecho al trabajador que estuvo en ILT en el momento señalado para el disfrute de sus vacaciones a un nuevo señalamiento pues «no consta que la fijación de otro período vacacional al trabajador conlleve perjuicios notables a la empresa».



común o por maternidad, con el período preestablecido en la empresa para el disfrute de vacaciones, responde a la protección y defensa de un interés jurídico completamente distinto al que es propio del descanso por vacación anual, que no es otro que el de propiciar una recuperación, tanto física como psíquica, tras la prestación, continuada o no, de servicios durante todo el año en la empresa. Veamos, más detenidamente, los términos de la sentencia.

2. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA STS DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005, DICTADA EN UNIFICACIÓN DOCTRINA

En base a argumentos que seguidamente expondremos, el Tribunal considera que negar la compatibilidad de la vacación anual con el disfrute del período por baja maternal supone, en primer lugar, establecer una clara discriminación entre el hombre y la mujer, puesto que solo esta última, que teóricamente, al menos, ha de prestar servicios laborales en igualdad de condiciones que el varón, se vería discriminada al ver mermado o suprimido su derecho a la vacación anual a causa de la maternidad.

Por otra parte, la tesis contraria a la expuesta en el fallo se opondría, ostensiblemente, al artículo 38 ET y 48.4 ET pero, también, a la necesaria y cada día más exigida compatibilización de la vida familiar con la vida laboral.

Con respecto a la primera cuestión, no nos cabe duda que la postura mantenida hasta ahora por los tribunales no sólo desfavorecía a las mujeres por razón de su embarazo y, en consecuencia, por una cuestión relacionada directamente con el sexo (discriminación directa), sino que favorecía claramente al empresario, liberado de tener que pagar salario durante un tiempo en el que, por estar dedicado a las vacaciones, no debía percibir trabajo¹⁰.

La sentencia analizada, basándose en el fallo del TJCE en el caso Merino Gómez, referido, nos deja claro que, puesto que la finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales (disfrute de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y salud) es diferente a la del derecho al permiso de maternidad (que tiene por objeto la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo) si coinciden estas fechas no pueden considerarse cumplidas las exigencias de las Directivas relativas a las vacaciones anuales retribuidas.

¹⁰ Pensemos, además, que aquellas que no tengan derecho a la prestación por no cumplir los requisitos exigidos verán también extinguido el derecho a percibir el salario que les hubiese correspondido si sus vacaciones no hubieran coincidido con el período de suspensión.



Además, al igual que lo hizo el Tribunal de Luxemburgo, el juzgador hace especial hincapié en el artículo 11.2.a) de la Directiva 92/85, que es contundente a la hora de determinar que en el caso de un permiso de maternidad deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo y, por tanto, el derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas. Nos recuerda el Tribunal que es jurisprudencia reiterada que el ejercicio de derechos conferidos a las mujeres en virtud del artículo 2.3 de la D. 76/207 por disposiciones relativas a la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y la maternidad, no pueden dar lugar a un trato desfavorable respecto a las condiciones de trabajo¹¹. En consecuencia, el estar disfrutando del permiso de maternidad no puede privar a la trabajadora del disfrute de un derecho inherente al contrato de trabajo, de forma que deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad; y ello, a pesar de que, en virtud de acuerdo colectivo, se había fijado, con carácter general, el calendario de vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla.

En relación con el segundo argumento esgrimido, el Tribunal da por sentado que, en el caso contemplado, la denegación del disfrute del periodo de vacaciones en fecha distinta a la señalada supone una clara contradicción con el texto estatutario, y en concreto con el artículo 38 en relación con el apartado 4 del artículo 48¹².

Una clara muestra de apoyo a esta línea jurisprudencial la encontramos en el anteproyecto de ley de garantía de la igualdad entre hombres y mujeres, aprobado recientemente¹³. Como en la propia Ley se especifica, su ob-

¹¹ La Directiva 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, considera en su artículo 2.7, párrafo 3 que un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad constituye discriminación por razón de sexo.

¹² Según argumentó el Supremo, el recurso interpuesto por la actora tiene que merecer una favorable acogida porque por cuanto si es indudable que conforme al artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores todo trabajador tiene derecho a una vacación anual retribuida, no sustituible por compensación económica, que habrá de tener una duración de 30 días naturales y que se habrá de fijar en Convenio Colectivo o contrato individual, debiendo planificarse anualmente dicho período vacacional de común acuerdo entre el empresario y el trabajador y subsidiariamente por la Jurisdicción Laboral competente, siendo obligación de la empresa fijar el calendario de vacaciones y que del mismo tenga conocimiento con dos meses de antelación el trabajador, no lo es menos, sin embargo, que el apartado 4 del artículo 48 del mismo Texto Estatutario establece la suspensión del contrato de trabajo, con el consiguiente descanso por maternidad, en el supuesto de parto, por lo que, necesariamente, han de compatibilizarse ambos derechos reconocidos en la misma norma laboral básica.

¹³ A la fecha de redacción de este comentario, el Anteproyecto de la Ley Orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres había sido aprobado en Consejo de Ministros, en sesión del día 3 de marzo de 2006.



jeto es hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular, mediante la eliminación de la discriminación de la mujer en cualesquiera ámbitos de la vida y, singularmente, en la esfera laboral, entre otras. Se hace una especial incidencia al derecho a la protección de la maternidad, manifestando la norma que las mujeres tienen derecho a esta protección como mecanismo de consecución de la igualdad de oportunidades; por ende, la regulación de tal salvaguarda se orientará hacia la asunción social de las consecuencias de embarazo, parto y de la lactancia natural; de tal forma que todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo.

En congruencia con lo expuesto, entre las reformas normativas propuestas se prevé la del artículo 38, apartado 3, en dónde se añade un nuevo párrafo en los siguientes términos: «Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario laboral de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan».

Si el anteproyecto llegara a ver la luz manteniéndose en los términos expuestos, se conseguiría erradicar una de las prácticas discriminatorias más frecuentes y silenciosas llevadas a cabo por los empresarios. Sin embargo, no dudamos de que, independientemente de lo que le depare el futuro a este texto normativo, la sentencia ahora analizada abre camino en la larga andadura de la igualdad entre sexos.

La sentencia analizada considera, además, que el desconocimiento por parte del empresario del derecho a un nuevo señalamiento del periodo vacacional rebatiría, claramente, la cada día más exigida compatibilización de la vida familiar y laboral.

Con respecto a este argumento no podemos obviar que, tras la Ley 39/99, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, el padre puede disfrutar, si así lo decide la madre y siempre bajo unos condicionantes, de hasta diez semanas de permiso por nacimiento de hijo (esto es, todo el tiempo previsto para el permiso de maternidad, excepto el periodo de seis semanas de disfrute obligatorio para la madre), por lo que en caso de solapamiento de este periodo con el fijado para sus vacaciones anuales tendría derecho, por razones de equidad e invocando el principio a la igualdad entre hombre y mujeres, a un nuevo señalamiento del periodo vacacional.

También hay que traer a colación que, como no podía ser menos, el anteproyecto de ley de igualdad trata los derechos de conciliación de la vida personal y familiar como manifestación del derecho de las personas trabajadoras a la libre configuración de su tiempo, por lo que se busca la corresponsabilidad a través del reparto de las tareas domésticas y del cuidado de personas dependientes¹⁴. Prueba de ello es la contemplación de un permiso de titularidad paterna, en exclusiva, esto es, independiente del de la madre, de ocho días de duración —que desde hace tiempo se venía reivindicando desde los sindicatos—. De tal forma que, insistimos, si el anteproyecto llega a buen puerto y podemos hablar de un permiso de paternidad individualizado, éste tampoco podrá verse empañado por la coincidencia con el periodo vacacional¹⁵.

Huelga decir que, en estos casos, no estamos ante una protección del estado biológico de la maternidad pero sí del «status paterno». Si bien el primero no puede dar lugar a un trato desfavorable o perjudicial en lo que respecta a las condiciones de trabajo de las afectadas, tampoco puede hacerlo el estado de aquél que ejerce la función paterna haciendo uso de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Y ello se deduce claramente del contenido del artículo 2.7, párrafo 4 de la Directiva 2002/73/CE que otorga a los trabajadores que disfruten de un permiso por paternidad una protección similar a la prevista para las trabajadoras en el permiso por maternidad¹⁶.

Una postura divergente sólo podría calificarse de retrógrada, opuesta a un principio esencial del Derecho Social Comunitario, como es el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, y más concretamente a esta Directiva citada —cuyo plazo límite de transposición a los ordenamientos internos finalizó el 5 de octubre de 2005—.

¹⁴ En este sentido, *vid.*, GARCÍA NINET, «Avance sobre el borrador de anteproyecto de ley de garantía de la igualdad entre mujeres y hombres», en *Tribuna Social*, 183/2006 (Editorial).

¹⁵ El propio texto del anteproyecto lo deja claro en el Capítulo III sobre Medidas de Igualdad en el empleo para la Administración General del Estado, cuando se refiere a los empleados públicos.

Artículo 53. *Vacaciones.*—«Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado y los representantes de los empleados públicos, cuando el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan. Gozarán de este mismo derecho quienes estén disfrutando de permiso de paternidad».

¹⁶ La Directiva, además, refuerza el derecho de la mujer en permiso por maternidad a, una vez finalizado, mantener sus condiciones de trabajo y a beneficiarse de cualquier mejora producida en las mismas durante su ausencia y a la que hubiera podido tener derecho.



3. REFLEXIÓN CRÍTICA

Los términos de la sentencia analizada nos recuerdan que la maternidad es un estado biológico propio de la mujer que cumple una importante función social; por tal razón, se protege desde el ordenamiento comunitario hasta el punto de que, como hemos visto en los supuestos antes analizados, el empresario está obligado a asumir todas las consecuencias económicas y organizativas producidas por esta situación, sin que el perjuicio económico que pueda sufrir éste, justifique la desprotección o el trato perjudicial¹⁷.

Los argumentos empleados por el Alto Tribunal, nos invitan a reflexionar, aunque sea someramente, sobre otros dos puntos íntimamente relacionados con lo expuesto.

El primero de ellos versa sobre un aspecto que, aunque podemos dar por supuesto, merece la pena señalar específicamente: la extensión de todos los argumentos esgrimidos en los razonamientos del Tribunal a la maternidad adoptiva y a los supuestos de acogimiento permanente o preadoptivo. Y queremos hacer una especial referencia a la materia porque el Supremo utiliza entre los argumentos que justifican su fallo la distinta finalidad del periodo de suspensión previsto para los casos de maternidad y el de interrupción contractual contemplado para las vacaciones anuales. Mientras que en este último caso se pretende propiciar una recuperación, tanto física como psíquica, una vez prestado los servicios durante todo el año en la empresa, en el caso de la maternidad, se quiere propiciar a la mujer un periodo de asueto, necesario para descansar después del parto y atender al hijo.

Con todos nuestros respetos, parece el Alto Tribunal no haber abandonado, aún, el concepto tradicional y estricto —y ya obsoleto— de los periodos de descanso por maternidad o alumbramiento. Había que aceptar la configuración de estos espacios de liberación del trabajo como *periodos de adaptación a la nueva realidad producida tras el nacimiento del hijo o adopción o acogimiento del menor*¹⁸, con todas las consecuencias que en cuanto a la concreción o identificación de los bienes o valores jurídicos dignos de ser protegidos provoca. Valorar estos intereses supone dejar atrás el desfasado

¹⁷ O, en este caso concreto, sin que el parto y el puerperio puedan impedir, el disfrute de las vacaciones anuales, como derecho inherente al contrato de trabajo que es; y ello aunque esto suponga desvirtuar lo pactado por un acuerdo colectivo, acuerdo que desconoce la normativa comunitaria *ad hoc*.

¹⁸ La frase de BORRAJO DACRUZ en «La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del Trabajo». *Documentación Laboral*, 7/1983., pág. 33, nos puede ayudar a entender la evolución normativa habida: «En primer lugar, el Derecho se ocupó del trabajo de la mujer para establecer un régimen protector; en segundo lugar, el derecho se ocupa actualmente del trabajo de la mujer para tratarlo en condiciones de máxima igualdad con el trabajo del hombre».

concepto de descanso por maternidad al que estábamos acostumbrados (requerido por motivos de salud) y exige reconsiderar la cuestión desde una perspectiva mucho más congruente y conciliable con la realidad socio-laboral actual.

No debemos olvidar que la maternidad, en cuanto concepto amplio o valor general, incluye una serie de subconceptos o valores concretos que son protegidos específicamente; Por un lado, el cumplimiento de un objetivo con un claro contenido físico y por otro lado, de un fin familiar, que a la vez se desdobra en dos propósitos: la atención y cuidado del menor y la formación e integración en un núcleo familiar, excediendo este objetivo de la madre y el menor, hasta la familia en su conjunto. Por consiguiente, no se trata sólo de la protección de la salud de la madre y del bienestar del hijo, mediante la atención de ésta, sino del fomento de las relaciones entre la madre/padre e hijo, con todo lo que ello conlleva; estamos hablando, por tanto, de la salvaguarda de la institución familiar.

El otro punto, ya aludido, en nuestro comentario, hace referencia al *rol* paterno en el marco de la compatibilización de la vida familiar y laboral. La creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo, sin exoneración de las responsabilidades familiares que tradicionalmente le habían sido asignadas, ha desembocado en un permanente conflicto entre sus obligaciones laborales y sus tareas maternas, tensión que sólo puede ceder ante una solución equilibrada que parta de una idea básica, el valor social de la paternidad y la formulación de una normativa que la tome en consideración en su justa medida.

En los tiempos actuales en los que, desde los poderes públicos, se intenta concienciar a las personas trabajadoras de que el padre y la madre deben responsabilizarse por igual en la ardua tarea de la crianza de los hijos, estableciendo instrumentos adecuados para ello, es el empresario, en cuanto titular de las facultades inherentes a su poder de dirección, el que deberá hacerse eco de estos derechos reconocidos, procurando la puesta en práctica de los mismos en el desenvolvimiento de la relación de aquellos que prestan su fuerza de trabajo, ya sean mujeres, ya sean hombres. Sólo con la implicación y compromiso del empresario las previsiones normativas podrán tener la virtualidad y eficacia anhelada.



PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN ORDEN A PRESTACIONES EN LA SUCESIÓN DE EMPRESA

Sentencia Tribunal Supremo, de 22 de noviembre de 2005

SOFÍA OLARTE ENCABO *

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora inició su prestación de servicios en la Cooperativa de Enseñanza Landaberri (Ikastola Ladaberri) el 10 de junio de 1977, como limpiadora del centro escolar en régimen de reducción de jornada al 25 por ciento de la ordinaria. No obstante, no fue dada de alta en Seguridad Social hasta el día 1 de marzo de 1985. Por decreto 45/1994 del Gobierno Vasco dicho centro confluyó en la Red Pública de Enseñanza, con integración del personal docente en las plantillas del Gobierno Vasco y la del personal no docente en la plantilla del Ayuntamiento de Lasarte-Oria manteniendo el régimen laboral. Dicha trabajadora solicitó el 11-11-2002 la prestación de jubilación declarándose que no reunía el período mínimo de cotización de 15 años exigible. Formulada reclamación previa ante tal denegación la misma fue desestimada, lo que dio origen a demanda de prestación de jubilación. El Juzgado de lo Social núm. 1 de San Sebastián en Sentencia de 9 de enero de 2004 declaró el derecho de la actora a percibir una pensión por importe inicial del 68 por ciento de la base reguladora de 416,44 euros mensuales mas las revalorizaciones y mejoras que procedan, con responsabilidad en su abono, en cuanto al 81 por ciento de la prestación a las Entidades de la Seguridad Social y en cuanto al 18,2 por ciento de la prestación al codemandado Ayuntamiento de Lasarte, de-

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

biendo éste constituir en el Servicio Común el capital coste necesario para cubrir la cuota de responsabilidad. Esta sentencia fue recurrida en suplicación por el Ayuntamiento de Lasarte-Oria ante la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, que dictó Sentencia el 14 de septiembre de 2004 desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Lasarte-Oria y confirmando la sentencia de instancia.

RESUMEN: El Tribunal Supremo (Sentencia de 22 de noviembre de 2005, en unificación de doctrina, Rec. 4428/2004, Ponente: Excmo. Sr. D. Martínez Garrido) admite el recurso, casando la STSJ País Vasco de 14 de septiembre de 2004, por lo que absuelve a esta Corporación de las pretensiones formuladas en su contra respecto a la parte de la prestación de jubilación por faltas de cotización en período anterior a que el Ayuntamiento se hubiera hecho cargo de la titularidad de la escuela, por considerar que el art. 127.2 LGSS al establecer la responsabilidad solidaria, alcanza sólo a prestaciones causadas antes de la sucesión.

ÍNDICE

1. CONFIGURACIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN ORDEN A PRESTACIONES EN LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA
2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA STS DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2005: UNA SOLAPADA INVO-LUCIÓN JURISPRUDENCIAL
3. PRESUPUESTOS PARA UNA DOCTRINA ALTERNATIVA

1. CONFIGURACIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN ORDEN A PRESTACIONES EN LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA

Con carácter general, el reconocimiento de derecho a prestaciones se produce con cargo a la correspondiente entidad gestora, siempre que se cumplan los denominados requisitos generales y particulares de cada prestación. Sin embargo, cuando no se cumplen dichos requisitos generales (afiliación-alta-cotización) surge la responsabilidad empresarial, sin perjuicio, en su caso, de que proceda el anticipo de las prestaciones por la entidad gestora o la responsabilidad subsidiaria de ésta.

La naturaleza (su alcance y los criterios de moderación) de la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización es un tema no del todo bien resuelto en nuestro ordenamiento, por la falta de desarrollo reglamentario del artículo 126 LGSS, tal y como pone de manifiesto la falta de consenso doctrinal al respecto, la constante contradicción entre la práctica administrativa y la doctrina jurisprudencial y el diferente sentido de los pronunciamientos judiciales al respecto.

Se trata de una responsabilidad legal, en cuanto derivada de la infracción de una obligación legal, a la que la ley atribuye el carácter de requisito general obligatorio para causar derecho a una prestación. Se trata, además, de una responsabilidad administrativa, aunque no se satisface con las sanciones administrativas típicas tales como la multa, incapacitación o privación de derechos no personales. Y también se ha caracterizado como responsabilidad civil objetiva de carácter especial¹.

La calificación de esta responsabilidad como sanción administrativa especial, no parece muy acertada, además implicaría la aplicación de principios generales propios de éstas, en particular los de legalidad material, reserva de ley formal, prohibición de analogía, irretroactividad, culpabilidad y proporcionalidad, lo que no siempre se respeta en este campo.

La introducción de un supuesto de responsabilidad privada en una relación —como es la de prestación— de naturaleza jurídica pública, ya que se trata de una función del Estado, ha sido aceptada matizadamente por nuestro TC que considera que el derecho a la seguridad social es un derecho de configuración legal, lo que deja al legislador un espacio suficiente como para admitir supuestos de responsabilidad privada en el seno de un sistema de protección social público, siempre que se trate de aspectos relativamente poco importantes que no alcancen a desnaturalizar la esencia pública del sistema (STC 37/1994).

Desde este punto de vista, se considera que la responsabilidad empresarial en orden a prestaciones es una institución «anómala» en nuestro ordenamiento jurídico, que es expresiva de la persistencia y del peso que sobre nuestro sistema de Seguridad Social tiene la idea de aseguramiento de riesgos. Por ello toda interpretación al respecto ha de ir en la línea de garantizar la efectividad de los derechos de los beneficiarios, sin poner en entredicho el carácter público del sistema, respetando los principios de graduación y de proporcionalidad, a cuyo efecto es hoy inaplazable el desarrollo reglamentario del art. 126.2 y 3 LGSS².

De otro lado, nuestro ordenamiento, «expande» esta responsabilidad, estableciendo una solidaridad legal, en supuestos en los que intervienen dos

¹ En este sentido, GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Madrid, Aranzadi, 1997, págs. 186 a 192, destacando el aspecto resarcitorio. En otra línea, como responsabilidad específica de Seguridad Social o responsabilidad por ilicitud de Seguridad Social, *vid.* ALONSO SECO, J.M.: «Responsabilidad legal en orden a las prestaciones de Seguridad Social: regulación, jurisprudencia, alternativas para una modificación legal», en *RTSS* núm. 4, 1991, págs. 15 y ss.

² En este sentido, *vid.* nuestro trabajo, *El derecho a prestaciones de Seguridad Social. Un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997, págs. 158 y ss.

o más empresarios, tales como contratas y subcontratas, sucesión de empresas o cesión temporal de trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 LGSS en relación con los artículos 42, 43 y 44 del ET. Con anterioridad, el art. 97.2 de la LGSS establecía dicha responsabilidad en los mismos términos, recogiendo la doctrina del Decreto-ley de 15 de febrero de 1952, desarrollada por la Orden de 28 de diciembre 1966 y Decreto de 17 de diciembre de 1970.

El tema al que se refiere el supuesto de hecho aquí analizado se refiere concretamente a la transmisión de la empresa, en este caso *inter vivos*, regulada en el apartado 2 del artículo 127.2 LGSS en relación con el art. 44 del ET. Cuando se produce una transmisión de la empresa, las relaciones de trabajo permanecen inalteradas pese al cambio en la persona del empresario (novación subjetiva), por lo que tras la misma, las relaciones subsistirán en los mismos términos, incluidas las relaciones instrumentales de Seguridad Social.

La continuidad automática de las relaciones laborales y subrogación del nuevo empresario en la posición jurídica del anterior alcanza a la totalidad de la posición jurídica, activa y pasiva y ello tanto en los supuestos de transmisión *inter vivos* como *mortis causa*. Adicionalmente, se establece una responsabilidad solidaria entre el adquirente y el anterior titular en el pago de las prestaciones causadas (devengadas y no cumplidas) antes de la sucesión, quedando, por tanto, el cedente libre de responsabilidad por lo que respecta a las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, salvo que por aplicación de lo dispuesto en el art. 44.3 del ET, el cumplimiento de dichas obligaciones se haya pretendido eludir precisamente mediante la transmisión de empresa (cuando la transmisión sea declarada delito), lo que comportaría la responsabilidad solidaria de ambos empresarios de las obligaciones nacidas con posterioridad.

De esta manera la LGSS «al crear la solidaridad pasiva persigue un refuerzo de la posición del acreedor»³, sin embargo, el alcance del precepto es limitado material y temporalmente.

Primero, materialmente, porque no alcanza a las obligaciones contraídas por el empresario que tengan un origen punitivo o sancionador, que por definición son personales e intransferibles. En general, no se aplica a las obligaciones derivadas de hecho ilícito del precedente titular (multas, recargos de prestaciones por omisión de medidas de seguridad en el trabajo), salvo que tales obligaciones pudiesen configurarse —lo cual no parece viable— como una carga del negocio, verdaderas obligaciones *propter rem* unidas a la empresa con independencia de la persona de su titular.

³ MONEREO PÉREZ y VIÑAS ARMADA, «Comentario al artículo 127», en VV.AA. *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, dir. MONEREO, Comares, 1999, Tomo I, 1193.



La solidaridad afecta, por tanto, a las obligaciones ya causadas e insatisfechas antes de la sucesión en la titularidad de la empresa. Es decir, las prestaciones causadas y las cotizaciones que adeudara el anterior empresario. La solidaridad de deudores es aplicable a todas las obligaciones de Seguridad Social que hayan surgido antes de la transmisión (prestaciones causadas y cotizaciones devengadas antes de la transmisión), correspondiendo la satisfacción y el pago de las referidas prestaciones y cotizaciones indistintamente al cedente o al cesionario. El criterio de imputación de responsabilidades, sin perjuicio de la autonomía de las partes, se rige por un principio de proporcionalidad, ya que cedente y cesionario sólo responden solidariamente del importe de prestaciones y cotizaciones correspondientes adeudadas con anterioridad a la transmisión, en tanto que las referidas al tiempo posterior a la cesión recaen únicamente sobre el titular, quedando el cedente libre de estas obligaciones, salvo el caso de transmisión fraudulenta.

Y segundo, está limitada temporalmente, porque, la responsabilidad sólo alcanza a las prestaciones causadas antes de la sucesión. Es precisamente en este punto en el que se observa un cambio en la orientación jurisprudencial cuando se trata de prestaciones causadas con posterioridad pero afectadas por un incumplimiento en materia de afiliación, alta y/o cotización del empresario anterior, yendo desde la admisión de la solidaridad aplicando el plazo general en el ámbito de la Seguridad Social, cinco años, defendiendo luego el plazo de prescripción de tres años del artículo 44.3 del ET, hasta la exclusión de toda responsabilidad, como sucede más recientemente y es el caso de la Sentencia que a continuación comentamos.

Y es que el artículo 127 LGSS no establece un plazo específico de prescripción respecto de las obligaciones de Seguridad Social, por lo que cabe bien la aplicación del plazo de prescripción general de las obligaciones de seguridad social —cinco años— respecto al reconocimiento de las prestaciones, bien la aplicación del plazo de tres años previsto en el artículo 44.3 del ET respecto a las obligaciones laborales.

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA STS DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2005: UNA SOLAPADA INVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

El TS resuelve sobre la responsabilidad del Ayuntamiento de Lasarte respecto a parte del importe de una prestación de jubilación (solicitada en 11 de noviembre de 2002) de una trabajadora de un colegio del que es titular dicha corporación, como consecuencia de faltas de cotización en período lejano en el tiempo y anterior a que el Ayuntamiento se hubiera hecho cargo de la titularidad de dicha escuela.

La Sentencia de instancia, del Juzgado núm. 1 de San Sebastián declaró «el derecho de la actora a percibir una prestación de jubilación por im-

porte inicial del 68 por ciento con responsabilidad en su abono en cuanto al 81,8 por ciento de la prestación de la entidades de la Seguridad Social, y en cuanto al 18,2 por ciento al Ayuntamiento de Lasarte (actual titular de la empresa). El TSJ desestimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Lasarte. El período de descubierto alcanza desde 10 de junio de 1977 hasta el 1 de marzo de 1985, período en que el titular de la empresa era la Cooperativa de Enseñanza Landabarri (habiéndose producido la transmisión en 1994). Es decir, que en el caso concreto habrían transcurrido más de cinco años.

El Ayuntamiento de Lasarte interpone el recurso de casación unificadora de doctrina, proponiendo como sentencia de contraste la STS de 28 de enero de 2004, que resuelve un supuesto en el que se había reconocido prestación de jubilación a una trabajadora, existiendo descubiertos anteriores a la subrogación como empleadora del Ayuntamiento de Móstoles. Aunque la sentencia de instancia a que se refiere la sentencia de contraste declaró la parcial responsabilidad de dicha Corporación, el TS, estimando el recurso de casación unificadora interpuesto por la Corporación, la eximió de responsabilidad por haber transcurrido más de tres años desde que se habían cometido las infracciones en materia de cotización

En el fundamento jurídico tercero, el TS adelanta su posición al respecto señalando que la doctrina correcta se encuentra en la STS invocada de contradicción. Sin embargo, más que a esta sentencia, se remite a la expresa previsión del art. 127.2 de la LGSS que limita la responsabilidad solidaria a las prestaciones que se hayan causado antes de la transmisión o sucesión, lo que excluye, según esta interpretación literal, dicha responsabilidad respecto a prestaciones que se hayan causado después de dicha sucesión. Además, alude expresamente, aunque no lo esgrime como fundamento, como parte de su razonamiento, al límite de tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, establecido en el artículo 44.3 del ET.

La STS que comentamos se aparta parcialmente, sin embargo, de la sentencia de contraste, ya que la construcción en la que se fundamenta aquélla no es exactamente la misma. En efecto cuando en el fundamento jurídico tercero se remite a la TS de 28 de enero de 2004 y reproduce el siguiente tenor literal: «se hace preciso (...) determinar si la responsabilidad patrimonial de este en cuanto a prestaciones, es ilimitada en el tiempo se le aplica lo previsto en el artículo 44.3 del ET, para las obligaciones laborales u otro criterio análogo. Que la responsabilidad por obligaciones en materia de prestaciones no puede ser ilimitada parece evidente, no puede mantenerse indefinidamente la posibilidad de una responsabilidad empresarial por este concepto en casos de sucesión de empresas, por causas que tienen su origen en un incumplimiento de obligaciones de cotización por empresa cedente,



debe establecerse un límite». La sentencia de contraste da un salto cualitativo y cambia de discurso, porque, aunque inicialmente plantea la necesidad de establecer un límite temporal a dicha responsabilidad, como si esta fuera su línea de razonamiento, finalmente, a tal efecto, se remite sin más al art. 97.2 LGSS —aplicable al período de cotización anterior a 1984, pero de contenido idéntico al art. 127.2 LGSS— que es la normativa aplicable con preferencia a ninguna otra, al tratarse de «una cuestión de Seguridad social», que claramente —dice— que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación industrial o negocio el adquirente responderá solidariamente con el anterior a sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. Es decir, que de plantear la necesidad de establecer un límite temporal llega a la conclusión final de que no hay ninguna responsabilidad en orden a prestaciones causadas con posterioridad a la transmisión.

Aunque la STS de 28 de enero de 2004, invocada aquí como sentencia de contraste, resuelva a favor de una interpretación literal del art. 97.2 de la LGSS, al menos deja planteado que lo realmente importante es establecer un límite, que parece sugerir que es de tres años conforme a lo dispuesto en el art. 44.3 del ET —en lugar del de cinco años, que es el plazo de prescripción de la obligaciones de cotización—.

Decimos que la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2005 que aquí analizamos se aparta, porque realmente la sentencia de contraste (STS de 28 de enero de 2004) sentó una doctrina distinta, ya que al menos deja abierta la posibilidad de aplicar el plazo de prescripción de tres años. En efecto, en este caso se trataba de una reclamación por las diferencias de pensión de jubilación, por responsabilidad solidaria del Ayuntamiento de Móstoles con el titular anterior de la explotación —Fundación Fuente Cisneros— que incurrió en falta de cotización. En el fundamento jurídico segundo de la STS de 28 de enero de 2004 se alude a las razones por las que el Juzgado de lo Social desestimó la responsabilidad de la cesionaria («no haber reclamado la demandante el pago de las cotizaciones adeudadas y no prescritas» a la cesionaria, por lo que prescripción de la obligación de cotizar implica la imposibilidad de reclamar contra ésta los incrementos de la prestación de jubilación, cuyo hecho causante es posterior a la cesión). En cambio, la STSJ impugnada en este caso limitó el incremento porcentual de la base reguladora a los últimos cinco años, extrapolando lo establecido en materia de prescripción de cotizaciones.

De otro lado, aunque es cierto que el artículo 44.1 del ET establece con carácter general en los cambios de titulares de una empresa, que el nuevo empresario queda subrogado en los derechos no solo laborales sino de la Seguridad Social del anterior, incluyendo compromisos por pensiones, también es cierto que el apartado 3 de dicho precepto, cuando limita a tres años la responsabilidad solidaria de ambas empresas, solo se refiere a las obliga-

ciones laborales. Y este es el criterio defendido finalmente por el TS, tanto en la sentencia de contraste como en la aquí analizada, aplicando rígidamente lo dispuesto en el art. 127.2 de la LGSS, desgajando así la responsabilidad solidaria ex art. 44.1 ET en relación con la obligación de cotizar, de la responsabilidad en orden a prestaciones por incumplimiento precisamente de la obligación de cotizar.

En efecto, tal y como establece el artículo 104 de la LGSS, el empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización, existiendo una responsabilidad solidaria de los sujetos a los que se refiere el art. 127.1 y 2 de la LGSS. La responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio del art. 127.2 se extiende «a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión». El TS parte, por tanto, de una radical separación de la responsabilidad solidaria en materia de cotización y de prestaciones, del sistema de Seguridad Social.

Esta posición contrasta con la posición mantenida con anterioridad por la jurisprudencia⁴ y por la doctrina científica que, precisamente en el caso de la pensión de jubilación considera que la responsabilidad solidaria alcanza al cesionario en el caso de incumplimiento de los deberes de alta y cotización cometidos con anterioridad al cambio de titularidad⁵.

El TCT en su sentencia de 14 de julio de 1979⁶ declaraba con toda rotundidad la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario en el abono de prestaciones económicas por aquellas obligaciones surgidas por incumplimiento de los deberes empresariales de alta y cotización a la Seguridad Social a cargo del empresario cedente. Parece evidente que la imputación de responsabilidad en orden a prestaciones, aun causadas con posterioridad a la cesión, es inseparable del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o alta, ya que dicha responsabilidad surge precisamente de un incumplimiento anterior del que sí es responsable solidario el cesionario.

Es decir, que la jurisprudencia anterior vinculaba la responsabilidad en orden a las prestaciones y la responsabilidad por descubierto de cotizaciones, reclamando indistintamente la normativa laboral (art. 79 LCT, art. 18.2 LRL y finalmente art. 44. ET) y la de Seguridad Social (artículos 25 de la OM de 28 de diciembre de 1966, art. 4 Decreto de 12 de diciembre de 1970, art. 97.2 LGSS y art. 68.1 LGSS). El art. 44.3 conectado con el apartado 1 del mismo precepto del ET comprendería extensivamente no sólo la respon-

⁴ Vid. sobre jubilación, STCT de 9 de diciembre de 1969, 4 de marzo de 1974, 14 de julio de 1980 y de 16 de diciembre de 1980, aplicando el artículo 97.2 LGSS/74.

⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, MTSS, Madrid, 1988, pág. 544.

⁶ A/4909.

sabilidad solidaria por obligaciones laborales en sentido estricto, sino que incluiría también las referidas a prestaciones y cotizaciones de Seguridad Social Y si bien, el art. 97.2 LGSS —como hoy 127.2 LGSS— limita materialmente su campo de aplicación a las obligaciones de Seguridad Social ya devengadas e incumplidas con anterioridad a la sucesión en la titularidad de la empresa, no establece un límite temporal de duración de la responsabilidad ni respecto a las obligaciones de Seguridad Social anteriores a la transmisión —al igual que el art. 44.1 ET— ni en cuanto a la exigibilidad de la responsabilidad con posterioridad a la transmisión.

El art. 44.1 del ET dispone un plazo máximo de tres años para dicha exigibilidad después de la transmisión, tratándose de un plazo de prescripción de tres años durante los que los interesados pueden reclamar las obligaciones laborales pendientes y no satisfechas con anterioridad a la transmisión, siempre que no esté prescrita la acción para exigir las, pero no un límite temporal de las propias obligaciones que se pueden retrotraer a un plazo superior a tres años anteriores al cambio de titularidad (Monereo).

En cambio, el art. 97.2 LGSS —ni actualmente el art. 127.2 LGSS— no establece plazo específico de prescripción, siendo de aplicación el general en Seguridad Social respecto a prestaciones y cotizaciones, y, transcurrido dicho plazo de cinco años, decaería la acción para ejercitarlo. Por tanto, no sería aplicable el plazo de 3 años del art. 44.1 ET, aunque éste también se refiera a obligaciones relativas a la Seguridad Social y, de esta forma el art. 97.2 de la LGSS, al no establecer plazo alguno, dejando aplicable la regla general, habría venido a reforzar la posición del acreedor.

Es cierto que en el caso que nos ocupa habría transcurrido dicho plazo y la conclusión sería la misma que mantiene el TS, sin embargo, disentimos en los razonamientos en los que funda su decisión, ya que parte de una interpretación meramente literal que no atiende a la imposibilidad de escindir responsabilidad en orden a prestaciones y responsabilidad por descubiertos de cotización, ya que éstos son los que generan aquélla.

Además, el sucesor podría limitar su responsabilidad respecto a las obligaciones nacidas e incumplidas con anterioridad al cambio de titularidad mediante la obtención de un certificado de garantía de no responsabilidad por la entidad gestora, quedando la deuda limitada al importe resultante de la certificación. En este sentido, el artículo 127.2 LGSS establece que «reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Entidad Gestora que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes», configurándose como un trámite administrativo similar a la certificación negativa por descubiertos en la entidad gestora como mecanismo para limitar la responsabilidad del empresario en caso de contratas y subcontratas.

Por tanto, se puede hablar de una involución jurisprudencial sin que se haya producido ningún cambio normativo, ya que entre el art. 97.2 LGSS/74 y el art. 127.2 LGSS/94 no se ha producido ningún cambio que justifique una interpretación opuesta. Y lo que es más grave, una involución —desde la perspectiva de las garantías del acreedor— que no ha sido suficientemente fundamentada por el TS, ya que no se remite a otro argumento que no sea el de la interpretación literal del texto, cuando una interpretación sistemática del mismo en relación con lo dispuesto en el art. 44.1 ET y 104 LGSS llevarían a la conclusión contraria.

El hecho de que los Tribunales Superiores de Justicia y los Juzgados de lo Social reconozcan la procedencia de dicha responsabilidad solidaria en orden a prestaciones por defectos de cotización anteriores a la transmisión evidencia que, hasta la fecha, éste era el criterio doctrinal y jurisprudencial tradicionalmente mantenido. De hecho, es altamente significativo que prácticamente desde la entrada en vigor de la LGSS hasta la fecha no existan pronunciamientos del TS al respecto, mientras que sí los ha habido en los Juzgados de lo Social y los Tribunales Superiores de Justicia imputando esta responsabilidad solidaria en orden a prestaciones. De hecho ni la sentencia comentada, ni la invocada de contraste, del TS de 28 de enero de 2004, aluden a sentencias anteriores del TS en este sentido.

3. PRESUPUESTOS PARA UNA DOCTRINA ALTERNATIVA

De todo lo que antecede, se desprende que estamos ante un tema escasamente tratado por los tribunales. El propio Tribunal Supremo tras un período muy amplio —prácticamente veinticuatro años— no ha tenido ocasión de pronunciarse ni en relación con lo dispuesto en el artículo 97.2 LGSS/74 ni en el artículo 127.2 LGSS, en relación con la extensión o no de la responsabilidad solidaria del cesionario en orden a las prestaciones por descubiertos de cotización del cedente.

Sin gran profusión, fue el TCT quien consideró la inescindibilidad entre la solidaridad respecto a la obligación de cotizaciones anteriores a la transmisión y la responsabilidad en orden a las prestaciones que el descubierto genera para el cedente. Y es esta línea la que han seguido los Tribunales Superiores de Justicia y los Juzgados de lo Social en los escasos pronunciamientos al respecto. E igualmente, éste era el criterio que se ha defendido en la doctrina científica especializada (Monereo).

De tal forma que se puede afirmar que la primera sentencia del Tribunal Supremo correctora de la doctrina anterior es precisamente la de 28 de enero de 2004, que pasó en gran medida desapercibida para los analistas. Una sentencia que planteando el problema de determinar un límite temporal en cuanto a la extensión de la responsabilidad solidaria entre cedente y

cesionario, sugiriendo el de tres años del art. 44 ET, termina entregándose a una interpretación literal del artículo 127.2 LGSS, y es ésta directamente, la doctrina que recoge la STS de 22 de noviembre de 2005, sin más consideraciones, sentando así una nueva jurisprudencia que tendrá repercusiones en las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia.

Desde nuestro punto de vista se pueden oponer argumentos más sólidos si la cuestión se aborda desde una perspectiva teleológica y sistemática, más coherente con los principios de interpretación integrada que sostienen nuestro ordenamiento jurídico.

A tal efecto se han de tener en cuenta los siguientes presupuestos, en gran parte mantenidos por el propio TS:

1. La continuidad automática de las relaciones laborales y subrogación del nuevo empresario en la posición jurídica del anterior ex art. 44 ET, alcanza a la totalidad de la posición jurídica activa y pasiva, y ello tanto en los supuestos de transmisión *inter vivos* como *mortis causa*. Adicionalmente, se establece una responsabilidad solidaria entre el adquirente y el anterior titular en el pago de las prestaciones causadas (y devengadas y no cumplidas) antes de la sucesión, quedando, por tanto, libre el cedente de las prestaciones causadas con posterioridad a la transmisión —salvo aplicación analógica de lo dispuesto el artículo 44.3 cuando la transmisión fuese declarada delito—.
2. El artículo 127.3, al establecer la solidaridad entre cedente y cesionario, pretende reforzar la posición del acreedor, no obstante su alcance es limitado objetiva y temporalmente. Temporalmente, porque la solidaridad no alcanza a las prestaciones causadas con posterioridad a la sucesión, no obstante, a efectos interpretativos es relevante tener en cuenta la finalidad del precepto.
3. Un problema particular, que exige tratamiento diferenciado es el de las prestaciones causadas con posterioridad a la transmisión pero que se ven afectadas, genéticamente, por un incumplimiento empresarial anterior a la transmisión, en especial incumplimiento de la obligación de cotización. Casos en los se impone una interpretación finalista y sistemática que tenga en cuenta la relación entre el derecho a la prestación y la responsabilidad empresarial en orden a prestaciones por descubiertos de cotización —respecto de los que sí rige la regla de la solidaridad—.
4. Lo coherente será aplicar la regla de la solidaridad en supuestos de incumplimiento-responsabilidad empresarial en orden a prestaciones al momento anterior a la transmisión, aunque la prestación se cause con posteridad, si aquella tiene su origen en la falta de cotización anterior a la transmisión.



5. Dicha extensión de la responsabilidad solidaria ha de tener un límite temporal que, que entendemos, por su vinculación, ya que son presupuestos conexos o coligados, a la obligación de cotización, ha de ser de cinco años que es el de prescripción de dicha obligación.
6. Los adquirentes pueden limitar dicha obligación mediante la expedición de certificados que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes, pero es aconsejable que se produzca el anunciado desarrollo reglamentario.
7. La pendiente regulación reglamentaria del régimen de responsabilidad empresarial en orden a prestaciones sería una vía idónea y un momento oportuno para regular la extensión de la responsabilidad solidaria en orden a prestaciones en los supuestos de sucesión de empresa —y también en los de contratación y subcontratación y cesión de trabajadores— para lograr una regulación global, coherente y sistemática.





DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

LA NATURALEZA LABORAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS PROFESORES CONTRATADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de julio de 2005

M.^a LUISA PÉREZ GUERRERO *

SUPUESTO DE HECHO: La demandante venía prestando sus servicios para el Ministerio de Defensa, ocupando la categoría profesional de titulada superior, como profesora de idiomas. Las relaciones de la demandante con el Ministerio se articularon mediante sucesivos contratos anuales de naturaleza administrativa, figurando de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y cobrando por día impartido mediante factura anual global al finalizar el curso, para impartir clases de inglés en la Escuela de la Armada en los cursos anuales de acceso a distintas escalas, realizando una jornada de Lunes a Viernes de 9 a 13 horas y estando sometida al programa de estudios de dicha Escuela. En fecha 3 de septiembre de 2002 la demandante causó baja médica por IT siendo el diagnóstico ingreso en el hospital por maternidad con amenaza de aborto debiendo guardar, por prescripción médica, reposo absoluto. La demandante causó alta médica en fecha 22 de noviembre de 2002. Con fecha 19 de diciembre de 2002, el Director de la Escuela comunicó verbalmente a la actora su cese con efectos del día 20 de diciembre por terminación del contrato administrativo suscrito. La demandante formuló la correspondiente reclamación administrativa previa que fue desestimada por silencio administrativo e interpuso demanda de despido improcedente ante el Juzgado de lo Social. La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ferrol, de fecha 12 de junio de 2003, que resolvió la de-

* Profesora Ayudante Doctora. Departamento Anton Menger. Universidad de Huelva. Grupo de investigación SEJ-322.

manda sobre despido estimó la misma declarando que la actora es personal laboral fijo de carácter discontinuo en temporada irregular, declarando el despido improcedente y condenando al Ministerio de Defensa a optar entre la readmisión de la actora con derecho a ser llamada o la correspondiente indemnización.

La sentencia fue recurrida ante la Sala de Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que vino a desestimar el recurso confirmando la sentencia recurrida en el único punto combatido, sobre la competencia del orden jurisdiccional social; siendo recurrida ante el Tribunal Supremo mediante recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 41/2004).

RESUMEN: El Tribunal Supremo declara la naturaleza laboral de la prestación de servicios llevada a cabo por una profesora de inglés en el ámbito de la Administración Pública con contrato administrativo.

ÍNDICE

1. CUESTIONES PLANTEADAS: LA TENDENCIA EXPANSIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO
2. LOS ANTECEDENTES DE HECHO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, ELEMENTOS COMUNES DE DIFERENTES PRONUNCIAMIENTOS
3. LA DEPENDENCIA COMO CRITERIO DETERMINANTE DE LA NATURALEZA LABORAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS
4. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL CON LA ADMINISTRACIÓN Y SU CARÁCTER INDEPENDIENTE DE LA DENOMINACIÓN OTORGADA POR LAS PARTES
5. COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
6. CONCLUSIONES

1. CUESTIONES PLANTEADAS: LA TENDENCIA EXPANSIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO

La Sentencia que comentamos suscita un gran número de cuestiones que recuerdan la vuelta a la tendencia a la «laboralidad» tan característica de la jurisprudencia del orden social; o lo que se ha venido en denominar por algunos como «tendencia expansiva del Derecho del Trabajo»¹ que quedaba más acentuada con la presunción de laboralidad contenida en la Ley de Contrato de Trabajo y que, a pesar de las reformas legislativas ha quedado patente en nuestros tribunales de justicia. Tras un análisis de las últimas reformas legislativas, podemos afirmar que el legislador ha retomado esa tendencia expansiva del Derecho del Trabajo y ha reconducido al ámbito

¹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 186.



laboral ciertas prestaciones de servicios que no recibían hasta el momento tal calificación.

Precisamente por ello, hemos seleccionado la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2005 que, en línea con otros pronunciamientos similares de este tribunal, viene a confirmar una tendencia que se inició años atrás con la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo. Esta tendencia jurisprudencial ha venido acompañada por una práctica cada vez más generalizada del legislador de declarar la naturaleza legal de ciertas prestaciones de servicios que, acogiendo las notas de ajenidad y dependencia propias de la relación laboral, no eran calificadas como tales o al menos ofrecían ciertas dudas en su calificación.

No obstante, son diversas las cuestiones que se plantean a raíz de la sentencia comentada; cuestiones que se encuentran en la actualidad legislativa, y otras que son objeto de crítica por parte de la doctrina laboralista al generar ciertos conflictos en su aplicación.

Así, poniendo el acento en el criterio de la dependencia se reconoce la naturaleza laboral de una relación de carácter administrativo, a pesar de la voluntad declarada de las partes contratantes de aplicar el régimen administrativo. Resulta asimismo de aplicación al caso la presunción de laboralidad contenida en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante), y la sanción del artículo 15 ET que declara el carácter indefinido de la relación laboral que tiene su origen en una contratación en fraude de ley.

Traemos, de nuevo, a colación cuestiones relacionadas con la contratación temporal en las Administraciones Públicas y la protección de los trabajadores sometidos a la «temporalidad» durante un largo período de tiempo en este mismo ámbito; así como la competencia del orden jurisdiccional social en la solución de conflictos jurídicos relacionados con la determinación de la naturaleza de los contratos suscritos con la Administración cuando se dan ciertas notas de laboralidad.

2. LOS ANTECEDENTES DE HECHO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, ELEMENTOS COMUNES DE DIFERENTES PRONUNCIAMIENTOS

Conforme a lo expuesto en la sentencia comentada, las relaciones jurídicas de la demandante con el Ministerio de Defensa consistían en impartir clases de inglés en la Escuela de la Armada y se articularon mediante sucesivos contratos anuales de naturaleza administrativa, figurando la demandante de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y cobrando por día de clase impartido mediante factura anual global al finalizar el curso. Hechos éstos que no se discuten en ninguna de las Sentencias que se pronunciaron sobre el tema, y que, según la opinión del recurrente son cla-

ramente determinantes del carácter administrativo de la relación que unía a la demandante con la Administración.

Los contratos suscritos por la demandante con el Ministerio de Defensa tenían la duración temporal del curso a impartir, siendo por períodos cortos de tiempo, nunca superiores al año. Con fecha 27 de marzo y 26 de junio de 2000, el Ministerio dictó sendas resoluciones por las que designa a la demandante para impartir clases de inglés suscribiendo con ella un contrato «menor de asistencia» conforme a las facultades que concede el RD 1437/2001, de 21 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de convenios, contratos y acuerdos técnicos en el ámbito del Ministerio de Defensa y en concordancia con el artículo 200 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La demandante causó baja médica por incapacidad temporal en fecha 3 de septiembre de 2002, debiendo permanecer en esta situación hasta el 22 de noviembre, causando baja por maternidad el 3 de marzo de 2003, teniendo reconocido el subsidio hasta 15 de junio de 2003. Se trata pues de una trabajadora que causa baja por maternidad, estando precedida de un cierto período de incapacidad temporal por riesgo de aborto.

Pero hemos de considerar que el Juzgado de lo Social núm. 2 de Ferrol tuvo ocasión de pronunciarse con anterioridad al caso que planteamos sobre una demanda de declaración de derechos interpuesta por una compañera de la demandante y a la que se unió ésta. La primera Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ferrol desestimó la demanda en la que se solicitaba la declaración de derecho por considerar las actoras (profesoras de la Academia) la condición de trabajadoras vinculadas por contrato por tiempo indefinido, en el centro de trabajo de la Escuela donde imparten clases. El Juzgado desestimó la demanda al considerar que las actoras no tenían un horario fijo como el resto de profesores por contrato laboral sino que acudían al centro cuando tenían clase y estaban dadas de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Estos elementos hacen presumir, para el juzgado de instancia que no existe una relación de naturaleza laboral. De este modo, en esta sentencia se indica que «el hecho de que las actoras presten sus servicios como profesoras siguiendo un programa de la asignatura que imparten, libros obligatorios y recomendados y el sistema de calificación y evaluaciones previamente fijado por la Administración demandada no es suficiente para convertir su relación en laboral... su contratación es autorizada en función de su carga lectiva que se cifra anualmente en horas, retribuidas a medio de facturación de las horas impartidas. Por lo tanto... no cabe concluir que concurren en dicha relación las notas propias de una relación laboral».

En cambio, la segunda sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ferrol sí consideró aquéllos elementos suficientes para determinar la natu-



raleza laboral de la prestación de servicios de la actora; estimó la demanda interpuesta por la actora frente a la comunicación verbal de cese del Director de la Escuela, por concluir el contrato administrativo suscrito entre la actora y la Escuela. La demandante interpuso demanda de despido improcedente contra el Ministerio de Defensa, que fue estimada por este juzgado y declaró a la actora personal laboral fijo de carácter discontinuo en temporada irregular y declaró el despido improcedente, condenando al Ministerio de Defensa a optar entre la readmisión con derecho a llamada o la indemnización correspondiente.

De este modo, obtenemos en períodos sucesivos dos sentencias de los Juzgados de lo Social de Ferrol sobre asuntos similares, si bien en sentido contrario. En el primer caso se declara la naturaleza administrativa de la relación y en el segundo, quizás por el diferente planteamiento de la cuestión y de las circunstancias de la demandante —en situación de baja por maternidad—, concluye con la declaración de la naturaleza laboral de la prestación de servicios y el carácter improcedente del despido.

Ambas sentencias fueron recurridas, siendo ésta última recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que confirmó la misma en Sentencia de 1 de diciembre de 2003. A su vez, el Abogado del Estado formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste la del TSJ de Madrid de 20 de julio de 2001. El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, desestimó el recurso, confirmando la sentencia recurrida.

3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA NATURALEZA LABORAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS, UNA CONSTANTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Para el análisis de las cuestiones que planteamos en el presente comentario, hemos de partir del presupuesto de que las Administraciones Públicas, en ocasiones, adquieren el *status* de empresario o empleador², propiamente dicho, contratando a su servicio a trabajadores por cuenta ajena en virtud de un contrato de trabajo; actuando en la vida jurídica bajo el sometimiento a las normas laborales, mercantiles, etc... Así, podemos observar una doble tipología del personal al servicio de la Administración Pública: de un lado, el personal laboral por cuenta ajena y, por otro, de dos grupos específicos: funcionarios públicos —entendiendo por tales no sólo los de

² Terminología utilizada por ejemplo por VALVERDE ASENCIO, A., *La responsabilidad administrativa del empresario en la relación laboral*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 385.

carrera sino todos los incluidos en el ámbito de la regulación estatutaria; es decir, interinos y cualesquiera otras prestaciones que la Ley incluya en el ámbito administrativo³— y personal estatutario⁴. Ambos se encuentran excluidos del concepto de trabajador por cuenta ajena sujeto al Estatuto de los Trabajadores⁵, pero no del concepto de trabajador en sentido amplio⁶.

La contratación de colaboradores para la realización de una actividad profesional de consultoría y asistencia al amparo de lo dispuesto en el Título IV del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP en adelante) quedaría, pues, excluida del concepto de trabajador por cuenta ajena, e incluso de los otros dos tipos de personal al servicio de la Administración Pública. Pero será preciso, para aplicar plenamente el régimen jurídico administrativo previsto en el citado texto normativo que se den los presupuestos exigidos en el mismo.

Así, la LCAP permite que se rijan por esta Ley los *contratos de consultoría y asistencia y los de servicios* que celebre la Administración. Entre otros, se califican como tales los que tengan por objeto «el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones Públicas», si bien, se exige para que este tipo de contratación que su duración sea de carácter temporal, no superior a dos años. Lo cual debe ponerse en relación con lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, según la cual «no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo», salvo en lo que se refiere a la celebración, con carácter excepcional, de contratos para

³ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo* (6.^a edición), pág. 651.

⁴ Existe en el artículo 103.3 —«la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos...»— de la Constitución Española una opción genérica a favor de un régimen estatutario de funcionarios públicos. Vid. en este sentido, PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 6.^a edición, pág. 651. Vid. también, en relación a las condiciones de trabajo del personal estatutario, LÓPEZ GANDÍA, J. «El personal estatutario y las fuentes de regulación de sus condiciones de trabajo», en *Actualidad Laboral*, tomo 1990-II.

⁵ Vid. artículo 1.3 a) del TRET: «Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley... La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias». Todo ello derivado del propio artículo 103 de la CE. Vid. en este sentido ALONSO OLEA, M., *Derecho del Trabajo*, 10.^a edición, p. 67 y ss.; PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 6.^a edición, pág. 651; MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 21.^a edición, pág. 286.

⁶ Para tal afirmación VALVERDE ASENCIO, A. se apoya en el supuesto de la LOLS, en la que el concepto de trabajador se extiende al funcionario. Vid. *La responsabilidad administrativa...*, op. cit. pág. 186.



la realización de «trabajos específicos y concretos no habituales», sometidos en este caso a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Y es precisamente ese requisito de habitualidad el que lleva al Tribunal Supremo a dudar de la naturaleza administrativa de los contratos celebrados entre la demandante y el Ministerio de Defensa.

Por su parte, el artículo 200 de esta Ley prevé un régimen específico para la contratación de actividades docentes. Cuando el contrato tenga por objeto la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración, se aplicarán las disposiciones de esta Ley, excepto en lo que se refiere a la preparación y adjudicación del contrato.

Si nos centramos en la normativa laboral relativa a la naturaleza de la relación, hemos de considerar, en primer lugar, el artículo 1.3 a) del Estatuto de los Trabajadores que excluye de la calificación laboral las relaciones de servicio cuando las mismas se regulan al amparo de una Ley por normas administrativas o estatutarias. Es el juego de estos preceptos el que ha permitido a la Administración Pública la formalización de contratos de colaboración temporal que, debido a su carácter excepcional y, sobre todo, al carácter específico y no habitual de la actividad desarrollada, han recibido la calificación de contratos administrativos. Pero, el problema viene determinado por la finísima línea que divide la naturaleza administrativa de la laboral; o la calificación de prestación de servicios o contrato laboral, clásica en la doctrina y jurisprudencia social⁷.

Todos estos elementos exigidos por la legislación administrativa, según el Tribunal Supremo, impiden considerar la relación objeto de litigio en la Sentencia comentada de naturaleza administrativa, ya que no se dan los presupuestos que habilitan a la Administración a realizar este tipo de contratos de colaboración al amparo de la LCAP. Así, cuando la actividad efectivamente realizada ha sido la prestación de servicios habituales y permanentes en régimen de dedicación temporal y dependencia, y no se trata, como exige la propia Ley, de la realización de «trabajos específicos, concretos y no habituales», es adecuado considerar la naturaleza laboral de la prestación ya que no consistió en «un producto delimitado de la actividad

⁷ En relación con la diferencia entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios, *vid.* LUJÁN ALCARAZ, J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, o MARTÍN VALVERDE, A., «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1990, y «Contrato de trabajo y figuras afines: arrendamientos de obras y de servicios, contrato de sociedad y contrato de transportes», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992, XX, págs. 9 y ss.

humana» sino de la «actividad en sí misma independientemente del resultado de la misma»⁸. Añadiéndose a esto que la actividad propia de la Escuela en la que se contrató a la demandante era precisamente la de impartir docencia en cursos de formación del personal al servicio de la Administración.

Además, son hechos probados en la sentencia que comentamos que la demandante realizaba el horario de trabajo previamente fijado por el Ministerio de Defensa, así como el programa de la asignatura que imparte, libros obligatorios y recomendados y el sistema de evaluación y calificaciones. En varias sentencias relacionadas con la de referencia el Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideró que la actividad efectivamente realizada había sido la «prestación de servicios habituales y permanentes en régimen de dedicación temporal y dependencia». Siendo estos pronunciamientos confirmados por el Tribunal Supremo. Son pues las notas de la ajenidad y dependencia las que han hecho a los Tribunales definir la relación de servicios como relación de naturaleza laboral⁹.

La ajenidad en cuanto que el trabajo realizado por la demandante se lleva a cabo bajo la organización del empleador, la Administración, que organiza la docencia imponiendo un programa y los materiales y elementos necesarios para desarrollar la actividad, tales como sistema de evaluación y calificaciones. La dependencia por su parte, en cuanto forma de «subordinación estricta en todos los aspectos y circunstancias —de tiempo, lugar y modo— de la prestación de trabajo»¹⁰, constituye así mismo una de las notas características de la relación de naturaleza laboral. En efecto, tal y como se hace constar en los antecedentes fácticos de la sentencia, la demandante prestaba sus servicios sometida a un horario de trabajo e impartía docencia bajo las órdenes y los criterios aplicados en la Escuela; siendo estos elementos determinantes del fallo de los Tribunales.

Y todo este entramado jurídico se completa con la aplicación de la presunción contenida en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, que resulta igualmente aplicable a la Administración cuando actúa como empleador o empresario en los términos definidos en el artículo 1.º del ET¹¹. Conforme a este precepto, el carácter laboral de la prestación de servicios

⁸ Por todas STS de 27 de julio de 2005 (Ar. 8344), de 19 de mayo de 2005 (Ar. 5444) y de 2 de febrero de 1998 (Ar. 1248). *Vid.* También STSJ Galicia de 6 de junio de 2003 (Ar. 274829) y de 1 de diciembre de 2003 (Ar. 2004/395).

⁹ Por todas, destacando estas notas como determinante de la naturaleza laboral de la relación, *vid.* STS de 24 de septiembre de 1998 (Ar. 7425), de 5 de diciembre de 1996 (Ar. 4978) y 22 de abril de 1997 (Ar. 3491).

¹⁰ *Vid.* MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 46.

¹¹ *Vid.* en este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *La presunción de...*, *op. cit.* pág. 195, con toda la jurisprudencia citada en el mismo.



para la Administración se presume *ope legis* y salvo prueba en contrario por el contenido de este precepto del Estatuto de los Trabajadores¹², cuando la relación con la Administración no se encuentra amparada por un precepto de rango legal que habilite a ésta a realizar un contrato de naturaleza administrativa.

En ocasiones, como en el supuesto de hecho de la sentencia que comentamos, la norma legal de habilitación existe, pero la Administración, a juicio del Tribunal Supremo, ha realizado un uso abusivo de la misma. Siendo esta la razón por la que este Tribunal exige, para desvirtuar la presunción de laboralidad del artículo 8 la «correspondencia real entre el tipo legal y la prestación de trabajo efectivamente concertada»¹³. Si este presupuesto no se cumple, tampoco podrá desvirtuarse la presunción del artículo 8 del Estatuto.

Consecuentemente, cuando se declara la naturaleza laboral de la relación por falta de alguno de los presupuestos exigidos por la LCAP, nos encontramos ante una Administración que actúa como auténtico empleador, en el sentido del artículo 1.º del Estatuto de los Trabajadores, con todo lo que ello conlleva; y deberá asumir el conjunto de obligaciones y responsabilidades propias de cualquier empleador que contrate trabajadores por cuenta ajena. Por todo ello, en principio, no debería presentar dudas la capacidad de la Administración Pública para incurrir en infracciones de la legislación laboral y de Seguridad Social constitutivas de ilícitos administrativos que dan lugar al nacimiento de responsabilidades exigibles por el Estado¹⁴, o de otro tipo de responsabilidades derivadas de los citados incumplimientos¹⁵. Y decimos en principio porque en realidad la aplicación de preceptos como la sanción del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, que declara el carácter indefinido de los contratos realizados en fraude de ley, al ámbito de las Administraciones Públicas no ha sido del todo pacífica. La ingente producción jurisprudencial del Tribunal Supremo ha tratado de otorgar cierta

¹² Así, conforme a una reiterada jurisprudencia del TCT, consolidada por el TS, afirmamos que « lo que fundamentalmente determina la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autorice y su sometimiento a la misma (...) por lo que sólo el contrato regido y amparado en normas administrativas y acomodado a las mismas tiene tal naturaleza, rompiendo la presunción del artículo 8.1 a favor del contrato de trabajo». *Vid.* por todas, STCT de 18 de noviembre de 1986, STS de 16 de febrero de 1984 y STS de 19 de febrero de 1990. *Vid.* de nuevo RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *op. cit.* pág. 197.

¹³ *Vid.* SSTS 23 de octubre de 1985 y 6 de julio de 1988, junto a una numerosa doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en el mismo sentido.

¹⁴ *Vid.* MONTAÑA MELGAR, A., «La responsabilidad de las Administraciones Públicas por incumplimiento de la legislación laboral», en *Relaciones Laborales*, tomo 1987-II, pág. 19.

¹⁵ *Vid.* por todas, STS de 18 de marzo de 1991 (Ar. 1875).

cordura a la problemática declaración del carácter laboral indefinido de los contratos celebrados en fraude de ley por las Administraciones Públicas, especialmente en relación con la necesidad de conciliar este precepto del ET con los principios de mérito y capacidad recogidos en el artículo 103 de la Constitución Española ¹⁶.

No obstante, hemos de aclarar, como lo hacen algunos autores, que las irregularidades cometidas en la realización de contratos al amparo de la LCAP no tienen, en principio, entidad suficiente para determinar la naturaleza laboral de la relación suscrita mediante contrato administrativo. Es más bien el juego de la presunción del artículo 8 ET y la existencia de las notas características de la relación laboral descritas en el artículo 1.1 ET las que determinan la calificación de la naturaleza laboral de la relación. Siendo además la falta de presupuesto para llevar a cabo la contratación prevista en el artículo 196 de la LCAP la que impide desvirtuar la citada presunción ¹⁷.

Cuestión distinta es que, tras la consideración de la naturaleza laboral de la relación que une a la demandante con la Administración, resulte procedente aplicar los preceptos que generan el carácter indefinido de la relación laboral al haberse realizado la contratación en fraude de ley. Así, el Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, confirma la decisión del TSJ de Galicia que vino a declarar improcedente el despido e indefinida la relación laboral de la demandante con el Ministerio de Defensa.

4. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL CON LA ADMINISTRACIÓN Y SU CARÁCTER INDEPENDIENTE DE LA DENOMINACIÓN OTORGADA POR LAS PARTES

En la actualidad, es reiterada ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo que indica que «la mera apariencia formal de contratación administrativa no puede alterar la verdadera relación existente entre las partes» ¹⁸; aplicando lo dispuesto en el artículo 1254 del Código Civil, según el cual la auténtica naturaleza de los contratos es independiente de la denominación que le otorguen las partes que los estipulen. En aplicación de este *principio de realidad* se ha venido afirmando que «si las entidades públicas actúan

¹⁶ Vid. en relación con esta problemática, STS de 19 de enero y 13 de octubre de 1999 (Ar. 810 y 7493). Vid. también un comentario a esta jurisprudencia en SEMPERE NAVARRO y QUINTANILLA NAVARRO, *La contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Aranzadi, 2003, págs. 106 y ss.

¹⁷ Vid. SEMPERE NAVARRO y QUINTANILLA NAVARRO, *op. cit.* pág. 33.

¹⁸ Vid. STSJ Galicia de 30 de mayo de 2001, en la que se invocan las SSTs de 3 de junio, 21 de enero y 29 de septiembre de 1999.



como empresarias, no es posible desconocer el carácter laboral que les tenga unidas con sus trabajadores»¹⁹.

Esta tendencia jurisprudencial resulta, en cierto modo contradictoria con la que tradicionalmente venía manteniendo el Tribunal Supremo, consecuencia de la aplicación de la normativa sobre contratos del Estado de 1985, en virtud de la cual, al ser tan sutil la diferencia entre la naturaleza laboral o administrativa, no es posible considerar como criterio diferenciador «su objeto o elementos característicos, ni la naturaleza de los servicios a prestar determina la naturaleza del contrato», siendo el único elemento definitivo la normativa reguladora de cada contrato en concreto²⁰. De este modo, se admitía el juego de la presunción del artículo 8 ET, pero entendiendo que la misma quedaba desvirtuada «si de las cláusulas del contrato o de los términos en que los servicios se prestaron, o aun no documentada la contratación, apareciese que la relación estaba sometida a distinto régimen»²¹.

En la actualidad, el Tribunal Supremo afirma que para reconocer la naturaleza administrativa de la relación será preciso cumplir los presupuestos que la norma con rango de ley exija para concertar el contrato administrativo. Y este es precisamente el presupuesto que no se cumple en el supuesto de hecho de la sentencia que comentamos. Considera el TS que hay ocasiones en las que resulta prácticamente imposible la distinción entre el carácter laboral o administrativo de la prestación, debiendo tomarse como criterio determinante la normativa que regula cada una de las relaciones de servicio. Pero para que se trate de una prestación de naturaleza administrativa, sometida por tanto a la normativa administrativa, deberán cumplirse los presupuestos establecidos en la Ley competente para la celebración de ese tipo de contratos. De este modo, en el momento en que no se cumplen los requisitos exigidos por la Ley para la formación de este tipo de contratos, sea cual sea la voluntad de las partes expresada en el propio contrato, la naturaleza devendrá de carácter laboral por el juego de la presunción de laboralidad del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta última tendencia jurisprudencial fue iniciada por algunos Tribunales Superiores de Justicia y confirmada recientemente por el Tribunal Supremo²².

¹⁹ Vid. en este sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V., y QUINTANILLA NAVARRO, R., *op. cit.* pág. 27.

²⁰ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *La presunción de existencia... op. cit.* pág. 194, apoyando esta afirmación en una numerosa jurisprudencia. Vid. en este sentido, la STS de 28 de febrero de 1992, según la cual «solo el bloque regulador del contrato por voluntad de las partes es capaz de diferenciar una modalidad de otra».

²¹ Vid. en este sentido, SEMPERE NAVARRO y QUINTANILLA NAVARRO, *La contratación...*, *op. cit.* pág. 28.

²² Vid. por todas, STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 1998 (Ar. 4943), STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2001 (Ar. 1309), SSTs 27 de julio y 19 de mayo de 2005.

5. COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Otra de las cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo en la Sentencia comentada y que fue objeto de recurso en unificación de doctrina, interpuesto por el Abogado del Estado, es la competencia de la jurisdicción social en la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos celebrados con las Administraciones Públicas. Cuestión que no ha estado exenta de polémica y que ha desencadenado una tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo hacia el reconocimiento de la *vis atractiva* de la jurisdicción social en asuntos de este tipo.

Diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo conforman ya una jurisprudencia clásica que considera que «la delimitación del ámbito laboral y el administrativo se mueve en zonas muy imprecisas»²³, aunque también aclara que cuando la Administración actúa como empleador o empresario, la competencia para resolver las impugnaciones que sus trabajadores realicen respecto de las decisiones adoptadas en el ejercicio de su poder directivo o disciplinario corresponde al orden jurisdiccional social²⁴; y no en vano, la doctrina laboralista ha dedicado importantes esfuerzos para arrojar cierta luz al «difícil y complejo problema» de la delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo²⁵.

Por su parte, la Ley de Procedimiento Laboral atribuye al orden jurisdiccional social el conocimiento de las cuestiones litigiosas contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral (art. 2.e); como sucede en este supuesto de hecho en que la Administración actúa como empleador o empresario. No obstante, el Abogado del Estado en la sentencia comentada alega falta de jurisdicción al tratarse de la impugnación de una resolución administrativa del Ministerio de Defensa sometida al Derecho Administrativo. Extremo éste que es rebatido por el propio Tribunal Supremo al considerar la naturaleza laboral de la relación que une a la deman-

²³ Vid. por ejemplo SSTS de 18 de diciembre de 1982, de 13 de febrero de 1985 y de 27 de noviembre de 1986.

²⁴ Vid. por todas SSTS de 2 de febrero de 1998 (Ar. 1248) y de 22 de junio de 1992 (Ar. 4605).

²⁵ Resulta de interés el completo estudio realizado por MERCADER UGUINA, J.R., *Delimitación de competencias entre le orden social y el contencioso-administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, especialmente páginas 73 y ss. Vid. también, sobre el conflicto de jurisdicción CASTILLO BLANCO, F., «Las problemáticas fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público», en REDA, 1995, núm. 86, págs. 214 y ss. y CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., «Delimitación del ámbito del orden contencioso-administrativo frente al social», en *Actualidad y Derecho*, 1993, núm. 16, pág. 3.



dante con la Administración. Así, en este sentido, se invocan las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero, 3 de junio y 29 de septiembre de 1999, en las que se reconoce la competencia del orden social para conocer de las irregularidades de la contratación administrativa para la realización de trabajos específicos, concretos y no habituales.

Y es que, en el caso que se nos presenta, no se trata de la impugnación de un acto administrativo sometido al Derecho Administrativo, sino de la declaración de improcedencia de un acto de despido llevado a cabo por la Administración y la negativa de ésta de atribuir a la relación el carácter laboral y, por tanto, indefinido. Todo ello nos lleva a situar el litigio en el ámbito jurisdiccional social.

El Tribunal Supremo recuerda que precisamente la difícil delimitación entre el ámbito laboral y el administrativo, ha llevado al legislador laboral «a señalar como criterio diferenciador el ámbito normativo regulador, y no la naturaleza del servicio prestado, en forma tal que ese bloque normativo al que voluntariamente se acogen las partes es el que destruye la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1, lo que significa la necesidad de que el contrato incorpore expresamente esa remisión excluyente del orden social».

Sin embargo, frente a estas consideraciones es preciso tomar en cuenta que también la doctrina jurisprudencial ha señalado «la necesidad de analizar las posibles irregularidades que pudieran existir en la contratación, indicando normalmente que las mismas no alteran la naturaleza jurídica de la relación», si bien, las Administraciones Públicas no podrán quedar exentas «de someterse a la relación laboral, cuando actuando como empresarios, celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo»²⁶.

6. CONCLUSIONES

Advertimos, como indicábamos al inicio de este comentario, que resulta loable la tendencia a lo «laboral» de las prestaciones de servicios retribuidos, subordinados y por cuenta ajena y coincidimos con quienes consideran que existe una preferencia legal por la calificación laboral de esta clase de prestaciones²⁷.

²⁶ Por todas, STS de 18 de marzo de 1991 (Ar. 1875) y STS de 2 de febrero de 1998 (Ar. 1248).

²⁷ Vid. en este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *La presunción de existencia...*, op. cit. pág. 200.



Y no podemos dejar de valorar el sentido de pronunciamientos jurisprudenciales como el que comentamos, que se unen a la tendencia de las nuevas normas de nuestro ordenamiento jurídico, de reconocer el carácter laboral de toda prestación de servicios que reúna las características antes descritas. Buena prueba de ello son las recientes reformas legislativas que afectan a relaciones laborales que han adquirido este carácter por la vía del mandato legal, como la de los abogados que prestan servicios para despachos profesionales, la de los profesores universitarios —calificada como tal en la Ley Orgánica de Universidades— o la aproximación de la figura del «becario» al ámbito laboral a través de la aprobación del Estatuto del Becario. Son algunos ejemplos de la tendencia a la laboralidad de las prestaciones de servicios por cuenta ajena.

Por lo que se refiere a la prestación de servicios en la Administración, nos queda un halo de duda en torno a si la existencia de prestaciones de servicios de naturaleza laboral en este ámbito pertenece aún a una «especie a extinguir» un tanto «desnaturalizada» o, por el contrario, constituye una tendencia que admitiremos como algo natural o incluso adecuado en el marco del Derecho del Trabajo.





EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

EL ACOGIMIENTO VOLUNTARIO A UN PLAN DE PREJUBILACIÓN AUTORIZADO POR LA AUTORIDAD LABORAL: ¿EXTINCIÓN POR DESPIDO COLECTIVO O POR MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES?

Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 2004

MANUEL GARCÍA MUÑOZ *

SUPUESTO DE HECHO: El Anexo XII del Convenio Colectivo interprovincial de Compañía Sevillana de Electricidad para los años 1997-2002 (BOE 2/10/1998) preveía un plan de reordenación de la plantilla, mediante el compromiso de las partes de formalizar ante la Autoridad Laboral un Expediente de Regulación de Empleo, al amparo del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, para la extinción de los contratos de trabajos de aquellos trabajadores que voluntariamente solicitaran su baja laboral definitiva. Con la posibilidad, además, de los empleados fijos en activo que tuvieran 55 años y no hubieran cumplido los 65 años de acogerse, también voluntariamente, a las reglas de «prejubilaciones» establecidas, siendo forzosa su aceptación para la empresa y de acuerdo con las condiciones económicas que en el citado Acuerdo se contenían.

La representación de los trabajadores dio su conformidad a la regulación de empleo prevista y la Dirección General del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales autorizó a la Compañía Sevillana de Electricidad extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores de su plantilla pertenecien-

* Profesor Doctor Asociado del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

tes a los centros de Andalucía, Extremadura y Madrid que, cumpliendo los requisitos exigidos, voluntariamente decidieran «prejubilarse» conforme a las condiciones previstas en el mencionado Anexo XII.

Determinados trabajadores, todos con edades inferiores pero próximas a los 65 años, manifestaron su voluntad de acogerse al sistema de prejubilaciones existente y firmaron los contratos de extinción de su relación laboral. Por su parte, la empresa, consecuentemente, abonó a los trabajadores, durante su etapa de prejubilación, las cantidades correspondientes a las condiciones económicas reflejadas en el Anexo XII del Convenio Colectivo. Posteriormente, los trabajadores reclamaron a la empresa las cantidades resultantes de las diferencias entre la cuantía de la indemnización legal y los pagos a cuenta realizados por la empresa, incrementadas con los intereses legales. Ante la negativa de la empresa de satisfacer los importes reclamados, los trabajadores afectados presentaron la preceptiva papeleta de conciliación y, acto seguido, al resultar ésta sin avenencia, se interpuso por la representación procesal de los trabajadores la correspondiente demanda judicial ante el Juzgado de lo Social competente.

La Sentencia de Instancia estimó parcialmente la demanda de los trabajadores y condenó a la empresa a abonar a los demandantes determinada cantidad económica. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) estimó también parcialmente el Recurso de Suplicación, y revocando la Sentencia en el sentido de desestimar la demanda respecto de uno de los actores y rebajando la cantidad a percibir por otro.

RESUMEN: Con la Sentencia que se comenta (RJ 2004/5366), que casa la dictada en Suplicación —que condenaba a la empresa a abonar a los trabajadores demandantes la diferencia, no prescrita, entre las indemnizaciones que les hubiera correspondido percibir si la extinción se hubiera producido por despido colectivo y las que realmente recibieron de la empresa, al acogerse al plan de prejubilación existente en esos momentos—, confirma el Tribunal Supremo, nuevamente, la doctrina que viene manteniendo desde casi dos décadas sobre la calificación jurídica de la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores que deciden acogerse voluntariamente al plan de prejubilación propuesto por la empresa, aceptado por los representantes de los trabajadores y autorizado por la Autoridad Laboral. Doctrina que, básicamente, sostiene que los trabajadores que deciden cesar en la empresa de acuerdo con lo previsto en un plan de prejubilación, consensuado con los representantes de los trabajadores y aprobado por la Administración Laboral, no extinguen su relación laboral como consecuencia de un despido colectivo regulado en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, sino por mutuo acuerdo de las partes, algo que se prevé como causa de extinción del contrato de trabajo en el art. 49.1 a) de la misma norma. Y, por ello, conse-



cuentemente, estos trabajadores no pueden reclamar la indemnización prevista para las extinciones operadas conforme a las reglas legales que configuran el despido colectivo (como es sabido, indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de 20 mensualidades), sino que solamente pueden exigir las indemnizaciones o los beneficios establecidos en el plan de prejubilación que les sea de aplicación (en este caso, consistían en un complemento de la prestación por desempleo, la garantía de una prestación por jubilación superior a la que le hubiera correspondido y otras mejoras).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA LÓGICA Y LAS REGLAS DEL DESPIDO COLECTIVO
3. LA LÓGICA Y LAS REGLAS DE LA EXTINCIÓN POR MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES
4. EL CRITERIO UNIFICADO DEL TRIBUNAL SUPREMO
5. LA POSIBLE ALTERNATIVA AL CRITERIO UNIFICADO
6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Una vez más, las cuestiones relacionadas con la llamada prejubilación suscitan la intervención de los Tribunales de Justicia, incluida su última instancia, para resolver las controversias surgidas entre las partes de la relación individual de trabajo. En este caso, la controversia, exteriorizada mediante una mera reclamación de cantidad que lleva a que en la práctica se concrete en una cuestión simplemente económica, en el fondo encierra una polémica dogmática sobre la naturaleza del acto que extingue el contrato de trabajo para acceder a la situación de prejubilación. Ello es debido, fundamentalmente, a que esta situación no está prevista por nuestra legislación social como una contingencia protegida por el Sistema español de Seguridad Social, a la que se accede por cesar en la prestación de servicios por una o unas causas concretas (como sucede, por ejemplo, en la contingencia de desempleo), ni por nuestra legislación laboral como una causa específica de extinción de la relación de trabajo (como ocurre, significativamente, con la incapacidad permanente en sus grados de total, absoluta o gran invalidez).

Efectivamente, por una parte, la falta de configuración jurídica del riesgo de prejubilación, como una contingencia cubierta con prestaciones de Seguridad Social establecidas singularmente para proteger a esta situación, determina que la misma se proteja mediante la articulación de diferentes medidas, normalmente de Seguridad Social, establecidas para reparar otras situaciones previstas expresamente por la ley (básicamente, la de desempleo, en nivel contributivo y asistencial), combinadas con otras privadas, dispen-

sadas directamente por las empresas o indirectamente por entidades de aseguramiento. Por otra parte, la ausencia de la prejubilación, como causa específica de extinción de la relación laboral recogida en elenco de causas extintivas del contrato de trabajo contenido en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, conlleva que frecuentemente se subsuma en la causa genérica de ruptura de la relación de trabajo por mutuo acuerdo de las partes (art. 49.1 a) ET). Por ello, en estos supuestos, generalmente, se aplica a la extinción de la relación laboral las reglas consensuadas por las partes en el acuerdo extintivo (denominado «pacto de prejubilación»), lo pactado en convenio colectivo para esta tipo de acuerdos y, en fin, la normativa sobre obligaciones y contratos del Código Civil.

Sin embargo, la finalización de la relación laboral por la que se accede a la situación de prejubilación no siempre, aunque en su fase final se pueda materializar en un pacto entre el trabajador y el empresario, está motivada por causa del mutuo acuerdo de las partes, sino que, como se ha señalado por la doctrina, la causa podrá ser cualquiera de las recogidas en la regulación laboral. Y, entre ellas, podrá ser, siempre que concurren los requisitos para ello, en la que se fundamenta el despido colectivo, en cuyo caso surge la duda sobre cuál debe ser el régimen jurídico por el que se ha de regir la extinción de la relación laboral, es decir, si el contenido en la ley para este tipo de extinción (art. 51 ET), completado, en tanto que mejore la regulación legal, por lo establecido en el convenio colectivo aplicable, por lo fijado por las partes en el contrato de trabajo y, en su caso, en el acuerdo en que se pueda plasmar la extinción, o, por el contrario, únicamente, por las condiciones pactadas en este último acuerdo, amparado o no por lo dispuesto, convencionalmente, en un plan de prejubilación, específicamente, o de reordenación de plantilla, genéricamente.

Ante esta alternativa, quizás no resulte redundante, en estos momentos, resaltar, si bien sea sucintamente, de una lado, la lógica que apoya la regulación del despido colectivo y, consecuentemente, las reglas legales que la conforman, y, de otro, las que estructuran y rigen la extinción por mutuo acuerdo de las partes, para, a continuación, expresar la doctrina unificada del Tribunal Supremo, reiterada en la presente sentencia, sobre esta cuestión, finalizando con la indicación del régimen jurídico que, en nuestra opinión, de acuerdo con la lógica y las reglas antes expresadas, debe aplicarse al supuesto enjuiciado en la mencionada sentencia.

2. LA LÓGICA Y LAS REGLAS DEL DESPIDO COLECTIVO

El fundamento en que descansan en las causas legales que habilitan el ejercicio del despido colectivo, como en las que justifican el del despido

objetivo y el del disciplinario, es el objetivo de desequilibrio sobrevenido en los intereses de las partes de la relación laboral que llevaron a cada una de ellas, en su inicio, a constituirla. Ciertamente, la relación de trabajo, caracterizada por ser, entre otras, sinalagmática —en tanto que el trabajador y el empresario se comprometen a realizar prestaciones recíprocas, realización de servicios productivos y remuneración económica, respectivamente— y onerosa —al asumir cada una de las partes una carga para obtener una ventaja— se mantiene siempre que exista un relativo equilibrio entre las cargas y las ventajas que suponen las prestaciones comprometidas por cada uno de los sujetos que constituyen la relación de trabajo. De modo que cuando se rompe objetivamente este relativo equilibrio, al convertirse la prestación de una de las partes en excesivamente onerosa respecto a la contraprestación que por su realización recibe, la legislación laboral prevé diversos mecanismos jurídicos para restaurarlo y, si ello no es posible, para que se pueda extinguir la relación laboral. Si bien, en este último caso, con la previsión de que el trabajador afectado pueda recibir, como mínimo, una compensación económica del empresario, en los términos fijados por la ley, por la pérdida de su empleo y pueda recibir del Sistema de Seguridad Social, en forma de prestación dineraria, una renta sustitutoria, por no ser imputable a su voluntad dicha pérdida, durante un período de tiempo determinado o hasta que encuentre otra ocupación remunerada. En este sentido, el despido colectivo cumple esta doble función, puesto que si directamente permite extinguir un determinado número de contratos de trabajo, cuyo mantenimiento resulta desproporcionado para los intereses de la empresa, indirectamente con ello intenta evitar que un futuro, más medio que a la largo plazo, se tenga que proceder a extinguir un número más elevado de relaciones de trabajo o, incluso, todas las existentes en la empresa. Las causas, por tanto, que facultan al empresario para ejercer esta modalidad de despido evidencian la falta de correspondencia entre los intereses de las partes, que puede poner en peligro la continuidad, actual o futura, de la actividad productiva y que, por afectar a un considerable número de trabajadores, en un reducido período de tiempo, necesitan ser constatadas objetivamente, tanto por los propios afectados, los trabajadores a través de sus representantes o por ellos directamente si éstos no están constituidos, mediante un control interno, como por la Administración Laboral, mediante un control externo del despido.

Efectivamente, la tramitación del despido colectivo exige la existencia simultánea, de un lado, de un presupuesto cualitativo, que se traduce en la concurrencia de causas económicas, si con la conclusión de las extinciones de las relaciones laborales precisas se supera una situación negativa de la empresa, o técnicas, organizativas o de producción, si con la finalización de determinados contratos de trabajo se garantiza la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización

de los recursos, Y, de otro lado, un presupuesto cuantitativo, que concurre cuando la extinción de los puestos de trabajo afecta a un determinado número de trabajadores, computado en un reducido período de referencia, en el que se tienen en cuenta, además, las extinciones realizadas por iniciativa del empresario por otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio contratado, siempre que su número sea significativo. Con ello, quiere evitar la ley que el empresario eluda las reglas del despido colectivo haciendo desaparecer el presupuesto cuantitativo necesario, mediante la reducción de los contratos extinguidos formalmente por otras causas diferentes, por lo que, igualmente, serán declaradas nulas y sin efectos las extinciones tramitadas, como despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en períodos sucesivos de noventa días, con este objetivo elusivo.

Como anteriormente se indicaba, la constatación de ambos supuestos corresponde, por disposición legal, tanto a los representantes de los trabajadores y a los propios trabajadores —si la unidad empresarial, por cualquier motivo, no cuenta, en el momento de la tramitación del expediente de regulación de empleo, con estructuras de representación— como a la Autoridad Laboral. Esta última, personificada por la Administración autonómica o estatal competente por razón de la materia, realiza un control externo sobre la legalidad del expediente que comprende, como es sabido, básicamente, en primer lugar, una verificación formal de legalidad, mediante la recepción y examen de la solicitud y de la documentación que se acompaña para acreditar la causas motivadoras y la justificación de las medidas a adoptar. En segundo lugar, un traspaso de información a las que entidades que puede afectar la regulación de empleo y a los órganos y organismos competentes, mediante la comunicación de la iniciación del expediente a la entidad gestora de la prestación por desempleo y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que puedan aportar su parecer sobre la conveniencia y oportunidad de la regulación de empleo que se propone y los efectos que puede causar en la dispensación de prestaciones de Seguridad Social y su incidencia en la dinámica del empleo en general y, particularmente, en el sector afectado. En tercer lugar, una operación cautelar, consistente en la excitación al empresario y a las autoridades competentes para que procedan a la inmediata paralización de las medidas que se pudieran estar adoptando para hacer ineficaz cualquier pronunciamiento sobre el expediente. En último lugar, una actividad decisoria, reglada o discrecional, a través de la emisión de una resolución administrativa, bien autorizando el despido colectivo si se ha alcanzado acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, bien autorizándolo o denegándolo si no se ha logrado dicho acuerdo, así como, en su caso, la remisión del expediente a la instancia judicial com-



petente si estimara la existencia de fraude, dolo, coacción, abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, o que éste pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Por su parte, los representantes de los trabajadores o, si estos no existen, los propios trabajadores, en su condición de parte interesada, efectúan un control interno sobre la oportunidad del expediente. Control que, como también es sabido, se concreta en la celebración de un período de consulta en el que las partes conjuntamente constaten la causas motivadoras del despido y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y negocien la adopción de las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y la viabilidad del proyecto empresarial.

En definitiva, la tramitación del expediente de regulación de empleo no tiene otro objeto que el empresario y los trabajadores, bajo el control o supervisión de la Autoridad Laboral, en su calidad de garante del interés general, constaten, por una parte, la existencia de las causas que impiden el mantenimiento del equilibrio necesario para que la actividad productiva continúe desarrollándose en los mismos términos de competitividad en el mercado. Y, por otra, la necesidad de recuperar el citado equilibrio antes de que resulte imposible, mediante la consecución de un acuerdo entre ambas partes en el que se establezcan las inevitables medidas de reordenación de la plantilla, bien a través de la reducción del tiempo de trabajo, y consecuentemente, de los costes salariales de todos o de algunos de los trabajadores empleados, bien mediante la extinción de un número determinado de asalariados.

3. LA LÓGICA Y LAS REGLAS DE LA EXTINCIÓN POR MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES

En la extinción por mutuo acuerdo del trabajador y el empresario, en contraste con la extinción por despido colectivo, el fundamento subyacente en cualquiera de las causas que la justifica no es el objetivo desequilibrio sobrevenido de los intereses de las partes de la relación laboral, sino el subjetivo desequilibrio apreciado por cada una de ellas o por ambas simultáneamente. Efectivamente, en este supuesto, como en el del despido colectivo, el relativo equilibrio entre las ventajas y las cargas que el empresario y el trabajador asumen con la constitución de la relación de trabajo se rompe. Pero, en este caso, no necesariamente por razones objetivas basadas en la existencia de una situación económica negativa para la empresa o de una situación técnica, organizativa o productiva que no garantice la viabilidad

futura de la empresa y del empleo en la misma por una inadecuada organización de los recursos, sino normalmente por motivos subjetivos de cada una de las partes de la relación laboral que no le permiten continuarla en los mismos términos en que venía realizándose y que, por ello, desean extinguirla. La subjetividad en la apreciación de las causas que aconsejan finalizar el contrato de trabajo determina que no sea preciso establecer un control externo distinto al judicial para su constatación, sino que simplemente la declaración de voluntad del empresario y el trabajador, dirigida a consensuar la terminación del contrato, es suficiente para que se produzca su extinción. Igualmente, la mencionada subjetividad conlleva que legalmente no se establezcan las obligaciones que las partes asumen con la extinción, que —como, por ejemplo, prevé la regulación del despido colectivo—, preferentemente, tienden a minimizar las consecuencias negativas que de la extinción surgen para el trabajador, esto es, la pérdida de su empleo, mediante el derecho a recibir, al menos, una determinada indemnización económica de parte del empresario. En cambio, el legislador facultad a las partes para que fijen las obligaciones que pueden desencadenarse para trabajador y empresario por la terminación de la relación de trabajo por mutuo acuerdo, sin imponer ninguna de ellas, ni siquiera sea con carácter mínimo. Son, por tanto, el empresario y el trabajador los que deciden conjunta y voluntariamente extinguir la relación de trabajo y, consecuentemente, ellos deciden si quieren asumir con este acto extintivo alguna obligación distinta y adicional a la resultante de la propia terminación del contrato y, en su caso, el contenido y el régimen jurídico de la misma (indemnización o asignación económica o compromiso de hacer o no hacer, etc.).

En síntesis, no existe una tutela jurídica especial prevista por la legislación laboral, ni por la legislación social (más al contrario, puesto que no considera situación legal de desempleo la derivada del mutuo acuerdo de las partes, por ser, en lo que le corresponde al trabajador, imputable a su voluntad, que le permita acceder a las prestaciones de desempleo) que discipline esta forma de finalización del contrato de trabajo distinta a la que prevé, con carácter general, la legislación común para la extinción de las obligaciones contractuales.

4. EL CRITERIO UNIFICADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Con la lógica y las reglas de la extinción de la relación de trabajo por despido colectivo y por mutuo acuerdo de las partes, junto con las condiciones establecidas colectivamente en el denominado plan de prejubilación que puedan ser de aplicación, y, concretamente, el que motiva la finalización de los contratos de trabajo de los demandantes, el Tribunal Supremo

viene siguiendo el criterio que de forma sintética se recoge en esta sentencia y en otras anteriores, desde que en 1989 (STS, Sala de lo social, de 17 de julio de 1989, RJ 1989\5486) resolvió un supuesto, similar en su causa y fundamento, al actual. Este criterio básicamente se apoya en las siguientes líneas argumentativas e interpretativas expresadas en la STS, Sala de lo Social, de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2003\1952): a) «*el despido colectivo regulado en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, por una parte, implica la autorización a la empresa para rescindir un número de contratos trabajo determinado, pero, por otra, obliga a determinados trabajadores a sufrir la rescisión de su relación laboral*»; b) «*estos dos aspectos son generalmente complementarios y la facultad de despedir se corresponde con la necesidad de sufrir un despido*»; c) normalmente, cuando el expediente de regulación de empleo recoge un plan de prejubilación de acceso voluntario, «*esta correspondencia y complementariedad no se produce más que desde el punto de vista colectivo, ya que, en efecto, la autorización*» administrativa, «*concedida a la empresa de extinguir un máximo de contratos de trabajo, obliga al colectivo de trabajadores a padecer esta reducción de plantilla, en el máximo fijado, pero desde un punto de vista individual ningún trabajador queda obligado o constreñido al despido, puesto que su cese en la empresa es siempre voluntario*»; d) por este carácter voluntario, «*con respecto a cada uno de los trabajadores que cesan, no puede propiamente hablarse de despidos, pues éste siempre implica la rescisión de la relación laboral por voluntad exclusiva del empresario*»; e) «*si en cierto sentido puede afirmarse que de modo remoto la causa del cese es consecuencia de un expediente de regulación de empleo y en este sentido es de aplicación el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, no puede ignorarse que la causa próxima del cese es la voluntaria prejubilación*»; f), por todo ello, «*es perfectamente razonable y equitativo que las indemnizaciones*» autorizadas por la Autoridad Laboral y pactadas entre «*empresa y representantes de los trabajadores ... y que garantizan el paso de la prejubilación a la jubilación forzosa prevalezca frente a la del núm. 8 del art. 51*»; g) esta última solución «*no contradice la doctrina constante de la Sala de que la indemnización del art. 51.8 es de derecho necesario, sino que se atiene a la excepcionalidad del caso enjuiciado*», esto es, expediente de regulación de empleo que autoriza la extinción voluntaria de trabajadores para pasar a la situación de prejubilación.

Esta criterio jurisprudencial es el que el Tribunal Supremo aplica a las extinciones de trabajo amparadas en lo establecido en el Anexo XII del Convenio Colectivo aplicable a los actores, en el cual básicamente se establece: a) «*las partes firmantes del Convenio acuerdan formalizar ante al autoridad laboral competente un expediente de regulación de empleo al amparo del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores ... para las extinciones de con-*

tratos de trabajo de aquellos trabajadores que voluntariamente soliciten su baja laboral definitiva»; b) «podrán acogerse voluntariamente a las prejubilaciones los empleados fijos en activo que tengan cincuenta y cinco años y no hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad, siendo forzosa su aceptación para la empresa» c) «el importe de la compensación a percibir por el empleado, desde la fecha de efecto de su prejubilación hasta la primera fecha de jubilación posible posterior a la fecha de la finalización del período de prestación contributiva por desempleo, alcanzará el 100 por 100 de la retribución neta que hubiera percibido de haber permanecido en activo, desde el día 1 de enero siguiente a la fecha de efecto de la prejubilación, un incremento salarial anual del 2 por 100»; d) «a la cantidad así calculada le será deducida el importe neto de la prestación por desempleo que el empleado pueda percibir y, una vez agotada ésta, el subsidio por desempleo que legalmente le correspondiera. En todo caso, se considerará que los trabajadores acogidos al programa de prejubilaciones agotarán las prestaciones contributivas de desempleo antes de acceder a la condición de jubilación»; e) «con efecto desde la fecha de agotamiento de la prestación contributiva por desempleo y mientras el empleado no pueda acceder a la situación de jubilación, el trabajador deberá concertar un Convenio especial con la Seguridad Social, a fin de poder mantener en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas los derechos en curso de adquisición respecto a la correspondiente pensión oficial de jubilación y percibirá las cuotas correspondientes. La empresa le facilitará su formalización, así como los trámites conducentes a la actualización de bases de cotización y el abono de las cuotas correspondientes»; f) «desde la primera fecha de jubilación posible, una vez agotado el período de prestación contributiva por desempleo, el trabajador tendrá derecho a: una renta vitalicia creciente al 2 por 100 equivalente a la disminución de la pensión oficial de la Seguridad Social derivada de la jubilación anticipada y/o de la congelación de bases de cotización en el período de prejubilación. Para los trabajadores que se jubilen con anterioridad al cumplimiento de la edad de sesenta y cinco años, una renta temporal creciente al 2 por 100 anual, hasta la edad de sesenta y cinco años, equivalente a la que le correspondería por su nuevo sistema de previsión social en el momento de su jubilación anticipada considerando que el trabajador tuviera en ese momento sesenta y cinco años. Para los trabajadores que se jubilen con anterioridad al cumplimiento de la edad de sesenta y cinco años, una renta temporal hasta la edad de sesenta y cinco años igual a las aportaciones del nuevo sistema de previsión social computando el salario regulador bruto que le hubiera correspondido, en cada momento, de haber permanecido en activo, de acuerdo con el presente convenio vigente en el momento de su prejubilación computándose desde el día 1 de enero siguiente a la fecha de efecto de la

prejubilación, un incremento salarial anual del 2 por 100»; g) «las cantidades resultantes tendrán la consideración de indemnización diferida por la extinción de la relación laboral y se abonarán en la forma de rente mensual; o en la forma que las partes firmantes del Convenio acuerden»; h) compromiso de la empresa de que «si el prejubilado falleciera su cónyuge e hijos, o en ausencia de éstos sus beneficiarios recibirán el resto de la indemnización prevista para la fase de la prejubilación»; i) compromiso de la empresa de «suscribir con una entidad aseguradora de acreditada solvencia un contrato de seguro para externalizar la totalidad de los compresos de pago» de las condiciones económicas establecidas; j) compromiso de la empresa de pago de las percepciones económicas, tanto de «complementos establecidos y calculados con carácter indemnizatorio, como de la prestación de desempleo si se anulara o suspendiera»; k) compromiso de previsión social, «a efectos de las aportaciones a futuro del nuevo sistema de previsión social, recibiendo el trabajador prejubilado el mismo tratamiento que el de un trabajador en activo, hasta el cumplimiento de la primera edad de jubilación posible posterior a la finalización del percibo de la prestación contributiva por desempleo»; l) compromiso de la empresa de los denominados derechos sociales, residencias de descanso, beneficio de fluidos y becas y utilización de vivienda de la empresa, a efectos de que el trabajador prejubilado tenga respecto a ellos el mismo tratamiento que el de un trabajador en activo. Todo ello, reforzado mediante el compromiso de la empresa de buscar, mediante la Comisión de Control u Seguimiento que se prevé instituir, soluciones ante cualquier modificación legislativa y cualquier eventualidad que pueda producirse, y completado con un plan de empleo en los términos que se acuerdan.

La aplicación del criterio unificado a las extinciones de los trabajadores que voluntariamente, dato esencial sobre el que se construye este criterio, se acogen al régimen establecido en este plan de prejubilación, así como a otros similares, determina que el Tribunal Supremo concluya, como se ha adelantado, que las mencionadas extinciones no son objeto de un despido colectivo, sino que derivan del mutuo acuerdo de las partes, por lo que los trabajadores carecen del derecho a reclamar la superior indemnización que les hubiera podido corresponder por la extinción basada en despido colectivo (STS, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2004, RJ 2004\5366).

5. LA POSIBLE ALTERNATIVA AL CRITERIO UNIFICADO

Sin embargo, argumentado con la lógica y las reglas del despido colectivo y del mutuo acuerdo de las partes y las condiciones establecidas específicamente en el plan de prejubilación detallado y en otros sustancial-

mente idénticos, así como con la apreciación de algunas de las líneas que comprenden el criterio unificado y algunos datos normativos no resaltados suficientemente en las sentencias que acogen dicho criterio, se puede, en nuestra opinión, elaborar otro criterio aplicable a este supuesto de hecho. Efectivamente, coincidimos con el Tribunal Supremo, como expresa una de las líneas de su criterio unificado, que «*el despido colectivo regulado en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, por una parte, implica la autorización a la empresa para rescindir un número de contratos de trabajo determinado, pero, por otra, obliga a determinados trabajadores a sufrir la rescisión de su relación laboral*». Y, como señala otra de estas líneas, que la determinación de los trabajadores obligados a sufrir la rescisión de su relación laboral se basa, de acuerdo con lo pactado con la representación de los trabajadores y autorizado por la Autoridad laboral, en la voluntariedad del propio trabajador afectado. Sin embargo, no compartimos el criterio unificado de que la rescisión no pueda calificarse como despido colectivo, pues, entendemos que el modo de determinación de los trabajadores afectados por el despido colectivo no implica, en todo caso, que éste deje de tener tal naturaleza, sino que el modo acordado y autorizado para determinar los trabajadores que pueden cesar en sus contratos —puesto que el acuerdo y la autorización por sí solos no extinguen la relación laboral, sino que la extingue la decisión final del empresario y el acuerdo individual al que puede llegar para ello con cada trabajador—, no impide que la rescisión se califique de despido colectivo. Ello es debido a que son los trabajadores, directamente o a través de sus representantes, y el empresario los que acuerdan el modo, que consideran más adecuado a todas las circunstancias que motivan el ejercicio del despido colectivo (en muchas ocasiones, sobre los datos obtenidos en estudios y sondeos de las condiciones, aspiraciones y posiciones de los trabajadores que puedan estar afectados por la regulación de empleo), para determinar los contratos de trabajo que pueden ser extinguidos y, en la mayoría de las ocasiones, el modo más adecuado suele ser el que permite a los propios trabajadores, que cumplan concretos requisitos, acordar voluntariamente con el empresario extinguir su relación laboral, de conformidad con las condiciones pactadas en la consulta y autorizadas por la Autoridad Laboral e, incluso, las que pueda individualmente consensuar con el empresario. Sin que ello, en nuestra opinión, suponga que la extinción de los contratos de trabajo se deba a una causa y una forma distintas a la que motiva y en la que se instrumentaliza el despido colectivo.

Así, si, efectivamente, el modo para determinar los contratos de trabajo afectados por un despido colectivo fuera lo determinante en esta vía de extinción, expresamente el legislador hubiera lo hubiera establecido. De manera que cuando el modo de determinación no coincidiera con lo establecido legalmente, no sería necesaria la tramitación del expediente de re-



gulación de empleo, sino que directamente el empresario y cada trabajador individual o grupo de trabajadores acordarían la rescisión de su relación laboral, aunque concurriera alguna o algunas de las causas motivadoras del despido colectivo y afectara al número de trabajadores fijados para su ejercicio. Sin estar, por tanto, en este caso, las extinciones sometidas a autorización administrativa y a la indemnización determinada legalmente a favor de los Trabajadores. En cambio, a nuestro modo de ver, la regulación del despido colectivo no se configura en función del modo de determinación de los contratos de trabajo que pueden ser extinguidos, sino en función de la concurrencia de determinadas causas y en el número de contratos afectados por la extinción, computado en un concreto período de referencia. Así pues, si estos dos presupuestos existen, las rescisiones de contratos de trabajo se han de tramitar conforme al procedimiento establecido legalmente y los trabajadores afectados tendrán derecho, en todo caso, a recibir la indemnización fijada también legalmente, independientemente del modo por el que se seleccione los contratos que pueden ser objeto de extinción y la forma concreta en que finalmente se produzcan las extinciones de los contratos. Ello no impide, desde luego, que la indemnización fijada por la ley pueda ser mejorada por convenio colectivo o por el acuerdo que se logre en el período de consulta o individualmente por cada trabajador, ni que pueda abonarse, igualmente, en la forma y con los medios que se acuerden colectiva e individualmente, pero impone que, en todo caso (norma calificada de Derecho necesario por el Tribunal Supremo), la indemnización a que tienen derecho los trabajadores objeto de despido colectivo sea, como mínimo, la establecida legalmente. En cualquier caso, habría de comprobarse, por tanto, que las condiciones pactadas colectivamente y aceptadas individualmente por el trabajador, cuya relación laboral queda extinguida de acuerdo con el modo establecido para su determinación y la forma para su materialización, se corresponden y engloban la indemnización fijada legalmente.

Por su parte, en el supuesto concreto enjuiciado en esta sentencia, las extinciones de los trabajadores tienen su cobertura en el Anexo XII del Convenio Colectivo aplicable, en el que como literalmente se ha expuesto, son las partes firmantes del Convenio las que acuerdan formalizar ante al autoridad laboral competente un expediente de regulación de empleo al amparo del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores para las extinciones de contratos de trabajo de aquellos trabajadores que voluntariamente soliciten su baja laboral definitiva. Y son las partes las que, igualmente, pactan, posteriormente autorizadas por la Autoridad Laboral, las condiciones de las extinciones que se produzcan en atención a este acuerdo y que, significativamente, como se ha podido observar, sobre todo las condiciones económicas giran en torno a la prestación —principalmente contributiva, aunque también asistencial—, por desempleo que puedan percibir los trabajadores afectados por el

despido. Prestaciones por desempleo que, como es sabido, solamente se reconocen por la entidad gestora si el sujeto protegido cumple los requisitos legalmente establecidos, entre los que se encuentra, en primer lugar, que el solicitante esté en situación legal de desempleo, a la que no se accede si la extinción del contrato de trabajo se debe al mutuo acuerdo de las partes, y sí, en cambio, si se debe, entre otros, al despido colectivo. Por tanto, si los trabajadores que voluntariamente deciden acogerse al plan de prejubilación contenido en el acuerdo, y objeto del expediente de regulación de empleo, no extinguieran su contrato de trabajo en virtud de un despido colectivo, sino en virtud del mutuo acuerdo con el empresario, no podrían acceder a las prestaciones contributivas por desempleo —que, insistimos, se configuran en el eje de las condiciones económicas pactadas para estos trabajadores en el mencionado Anexo XII—, por no determinar esta forma de extinción una situación legal de desempleo idónea para que la prestación pueda ser reconocida.

Todo ello nos lleva a que, junto con el criterio unificado del Tribunal Supremo, también se pueda sostener este criterio alternativo —en ocasiones, respaldado por las soluciones expresadas por algunos Juzgados de lo Social y por algunas de las Salas de lo Social de diferentes Tribunales Superiores de Justicia y que han dado lugar a la casación unificadora— que, en nuestra opinión, puede resolver, de acuerdo con una interpretación literal y espiritual, de una forma más favorable para los intereses de los trabajadores y de una forma más ajustada a la regulación legal, los supuestos en los que voluntariamente los trabajadores extinguen su relación laboral, al acogerse a un plan de prejubilación, tramitado en el preceptivo expediente de regulación de empleo del despido colectivo.

6. CONCLUSIONES

La falta de configuración legal de la contingencia de prejubilación como situación protegida por la Seguridad Social y como causa específica de extinción de la relación laboral conlleva que, en la práctica, el acceso a la misma genere algunas cuestiones controvertidas que excitan la intervención de los tribunales de justicia para su resolución. Resolución que en la mayoría de las ocasiones, y así sucede en el caso enjuiciado en la presente sentencia, requiere que se califique jurídicamente, en primer lugar, la vía de extinción de la relación laboral que impulsa el paso a la situación de prejubilación y, en segundo lugar, de acuerdo, con su calificación, el régimen jurídico aplicable a dicha situación de prejubilación.

La vía de extinción puede ser cualquiera de las recogidas en la regulación laboral, de conformidad con la causa que motive la extinción, aunque



si la extinción finalmente se materializa en un acuerdo individual pactado voluntariamente entre el trabajador y el empresario, en atención a la condiciones establecidas en un expediente de regulación de empleo, según el criterio unificado del Tribunal Supremo, la extinción no es calificada como despido colectivo, sino como mutuo acuerdo de las partes, puesto que, si bien la causa remota del cese es un expediente de regulación de empleo del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, la causa próxima es la voluntaria prejubilación del trabajador.

De acuerdo con este criterio, el trabajador que extingue de este modo su relación laboral no tiene derecho, consecuentemente, a la indemnización legal establecida para el despido colectivo, sino la fijada, en su caso, en el acuerdo pactado en el expediente de regulación de empleo y en el acuerdo de cese consensuado por el propio trabajador con el empresario. No obstante, la calificación de la extinción como mutuo acuerdo de las partes, aunque no esta prevista como situación legal de desempleo, no parece que impida el reconocimiento a las prestaciones previstas para proteger la contingencia de desempleo, lo cual es jurídicamente, en cierto modo, incoherente.

En contraste como este criterio unificado, también puede sostenerse un criterio alternativo, según el cual se considera que la extinción es calificada como de despido colectivo y que, por tanto, el trabajador afectado ha de tener derecho, como mínimo, a la indemnización prevista legalmente para esta forma de extinción, independientemente del modo en que se integre y la forma en que se satisfaga, así como a las prestaciones de desempleo, por constituir este cese del trabajo una situación legal de desempleo que permite el acceso a dichas prestaciones.

La regulación de la situación de prejubilación, como causa de extinción de la relación laboral y como contingencia protegida por el Sistema de Seguridad Social, probablemente, evitaría ciertas controversias interpretativas y aplicativas, despejando la litigiosidad que, en muchas ocasiones, genera.





4

Informes y Documentos







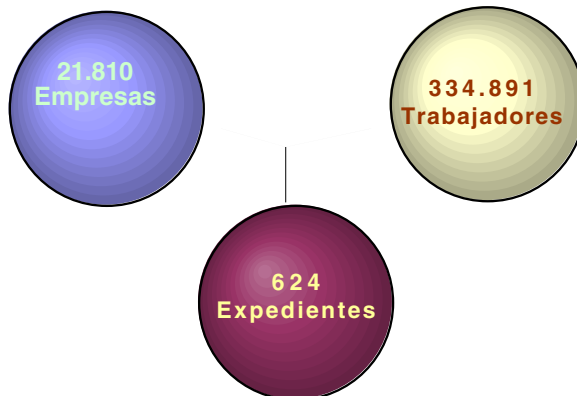
MEMORIA SOBRE LA ACTUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL SERCLA EN EL AÑO 2005

ÍNDICE

1. EXPEDIENTES PRESENTADOS
2. TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES
3. RESULTADOS OBTENIDOS

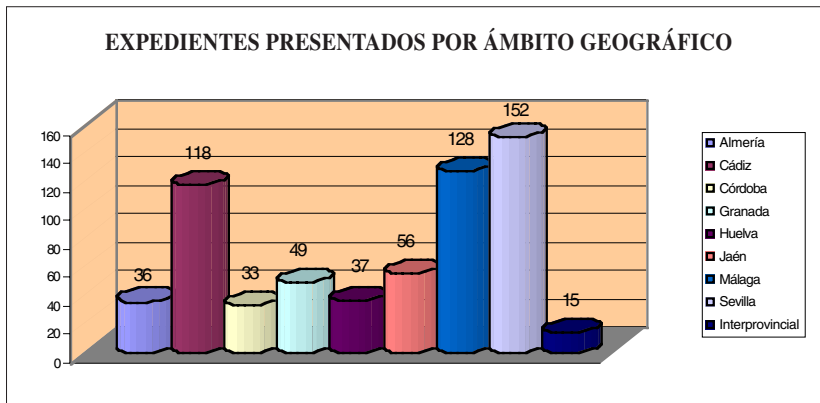
1. EXPEDIENTES PRESENTADOS

En 2005 se presentaron ante el SERCLA un total de 624 conflictos colectivos, cuya afectación personal alcanzó a 334.951 trabajadores, lo que supone el 22,69% de los trabajadores incluidos en la negociación colectiva andaluza y el 13,51% de la población asalariada en Andalucía. Estos conflictos afectaron a 21.810 empresas, es decir, el 9,12% de las incluidas en el campo de aplicación de los convenios colectivos de ámbito andaluz.



Al abordar un análisis de los conflictos iniciados en el año 2005 desde una perspectiva geográfica, se aprecia que la distribución territorial de los 624 expedientes promovidos pone de manifiesto que las mayores cifras corresponden a las provincias de Sevilla, Málaga, y Cádiz, representando la suma de estas tres provincias las dos terceras partes del total de los expe-

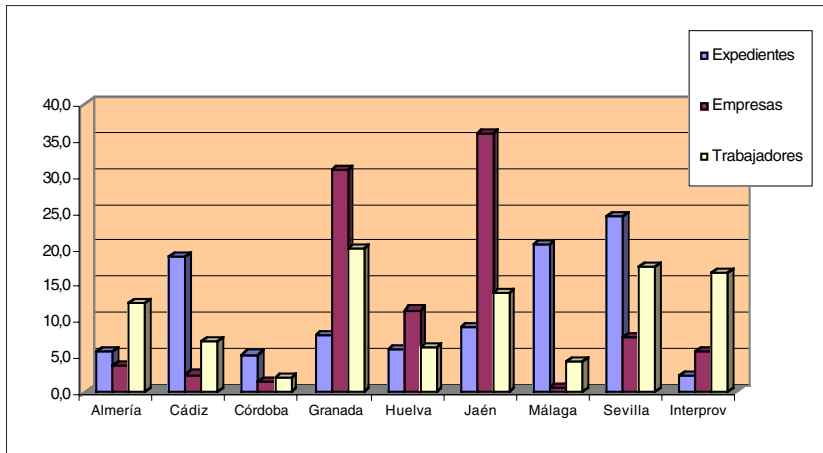
dientes presentados. En este sentido, puede establecerse un paralelismo entre población ocupada y número de conflictos promovidos, dado que dichas provincias son las que tienen mayor número de población ocupada en el conjunto de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por otro lado, las menores datos en cuanto a conflictos promovidos corresponden tanto a la provincia de Córdoba como al ámbito interprovincial. En la interposición de conflictos ante el SERCLA es imprescindible mencionar la singularidad de la provincia de Cádiz, única en la que el Sistema cuenta con tres centros de actuación. De los 118 conflictos iniciados en esta provincia, la mitad se presentaron en Algeciras. De este modo, la sede de la comarca del Campo de Gibraltar, como ya ocurriera en anualidades anteriores, registró un volumen de expedientes presentados superior al de la mayoría de las provincias de la Comunidad Autónoma.



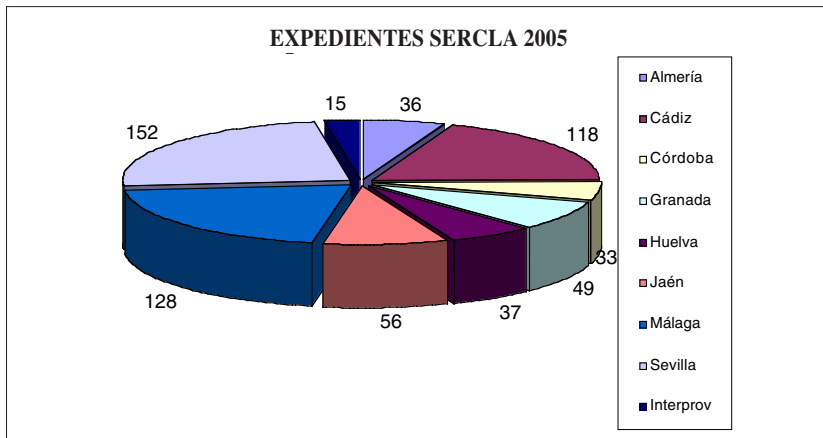
En lo que se refiere a las empresas afectadas por los expedientes iniciados en el año 2005 ante este Sistema, sobresalen los datos correspondientes a la provincia de Jaén, provincia a la que pertenecen un alto porcentaje (35,9%) de las empresas interesadas en los conflictos promovidos ante el SERCLA en esta anualidad, dato éste en el que resulta decisiva la presentación de conflictos sectoriales pertenecientes a las actividades económicas de Hostelería (2 conflictos), Madera y Corcho (2 conflictos), Derivados del Cemento y Comercio de Materiales de Construcción, así como del Comercio del Metal y Electricidad.

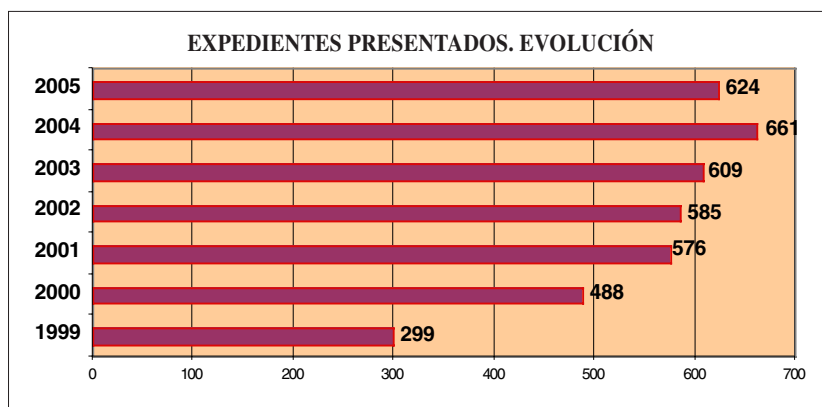
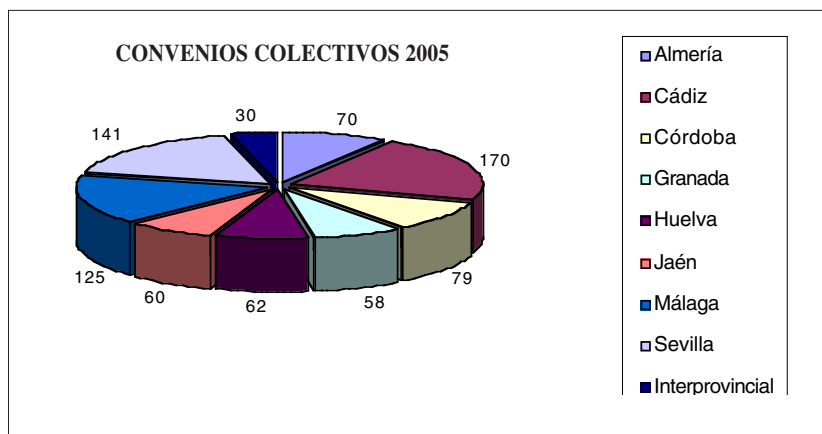
Y en cuanto a la distribución provincial de los trabajadores afectados por los conflictos presentados, decir que se aprecia que la cifra más reducida corresponde a Córdoba, sólo el 2% del total de los trabajadores. En el extremo opuesto se sitúa Granada, provincia que ostenta casi la quinta parte del total de los trabajadores incluidos en los conflictos promovidos ante

el SERCLA en 2005, dato en el que influye la tramitación de un conflicto del sector de la Construcción y otro del sector Comercio de la referida provincia.



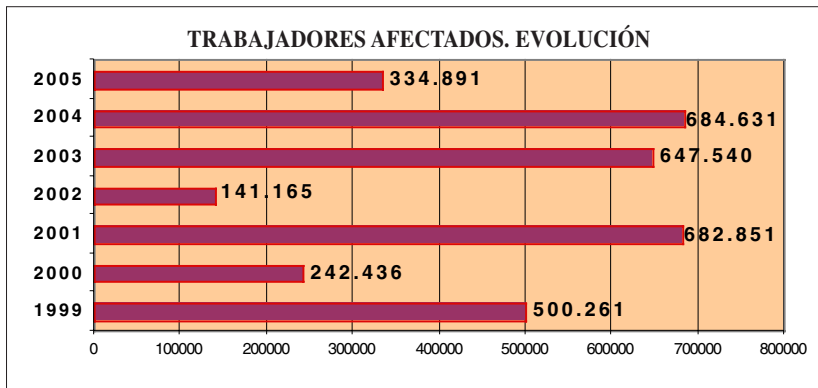
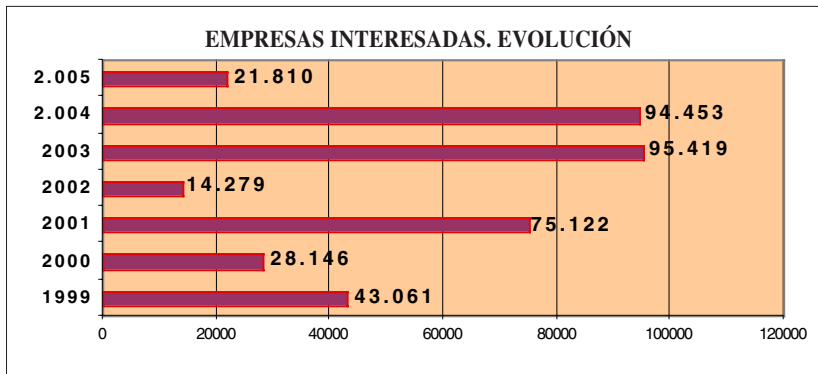
Teniendo en cuenta que en torno al 80% de los conflictos presentados ante el SERCLA se refiere a controversias derivadas de la negociación colectiva, resulta plenamente justificado que los ámbitos geográficos con menor número de convenios vigentes sean los que registran menor número de solicitudes de iniciación. Asimismo coinciden las provincias con mayor número de convenios colectivos vigentes con aquellas en las que se promueven más procedimientos ante el Sistema. No obstante, mientras Cádiz tiene en el conjunto de la Comunidad Autónoma mayor cuota de convenios que de conflictos, en Sevilla y Málaga ocurre lo contrario.





La anualidad 2005 resultó ser la primera en la que el SERCLA registró menor número de conflictos que el año precedente. Esta circunstancia no se había producido desde que este Sistema iniciara sus actuaciones en 1999. Como se verá más adelante, ello se debió a la menor presencia tanto de conflictos previos a huelga como de intereses, manteniéndose en similares términos el número de conflictos jurídicos.

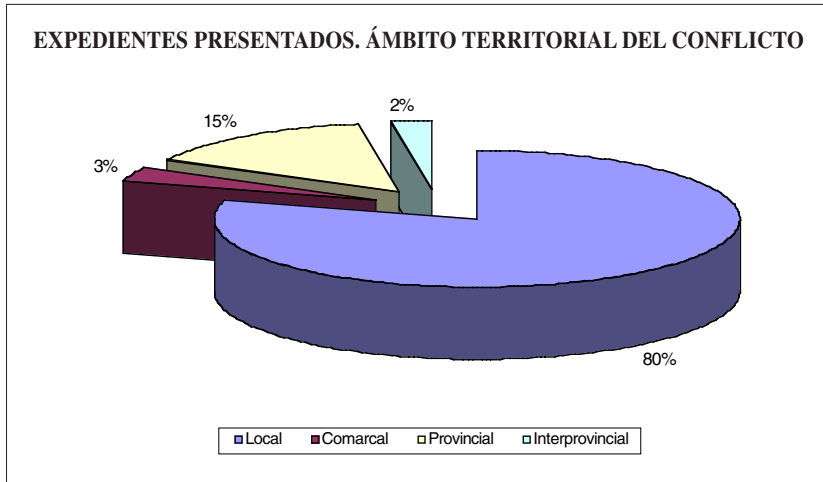
El SERCLA, asumido por los protagonistas de las relaciones laborales como un elemento dinamizador de la vida laboral del que se carecía con anterioridad, se ha consolidado como gestor de la práctica totalidad de las controversias laborales de Andalucía. En los siete años transcurridos desde que el Sistema comenzó sus actuaciones, se ha solicitado la intervención del mismo en 3.842 conflictos laborales, los cuales han tenido 372.290 empresas interesadas y 3.233.775 de trabajadores afectados.



1.1. **Ámbito territorial**

Los conflictos promovidos ante el SERCLA en 2005 tienen mayoritariamente un ámbito territorial local. Al mismo se adscriben 495 de los 624 presentados. A continuación se sitúan los conflictos de ámbito provincial (93). La incidencia tanto de los conflictos de ámbito comarcal (21) como interprovincial (15) resulta minoritaria.

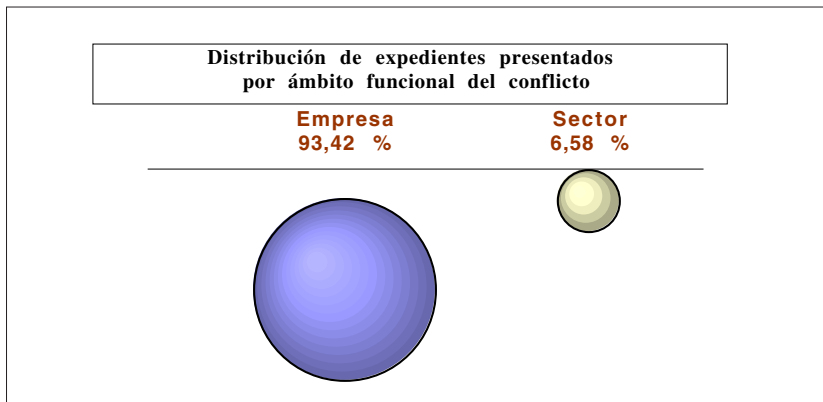
Si estos datos se comparan con los del año anterior, se observa que en 2005 se mantiene la relevancia de los conflictos de ámbito comarcal, así como un leve descenso en los de carácter provincial. El local continúa siendo el conflicto predominante presentado ante el SERCLA. Tras siete años de funcionamiento de este Sistema, se puede concluir que el conflicto colectivo laboral promovido ante el mismo tiene carácter local, que a su vez prácticamente se corresponde con conflicto de empresa, siendo ello consecuente con la estructura igualmente atomizada de la negociación colectiva



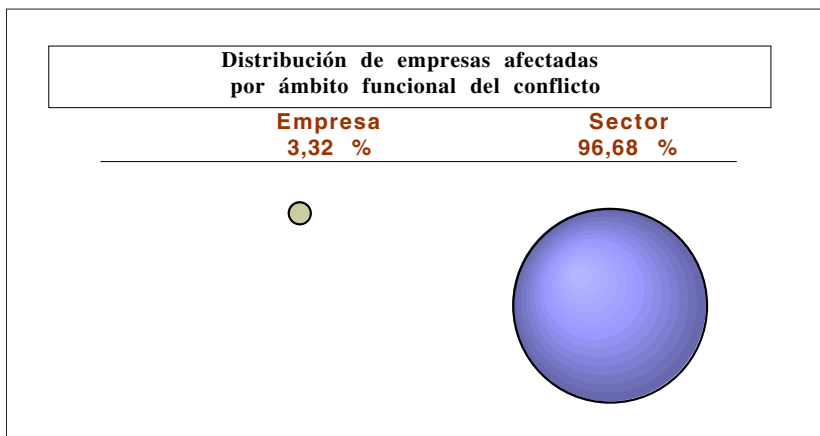
andaluza y las características de un tejido productivo donde predominan las empresas con un sólo centro de trabajo.

1.2. Ámbito funcional

Como ya ocurriera en anteriores anualidades, la inmensa mayoría de los expedientes presentados ante el SERCLA en 2005 corresponde a conflictos de empresa (583). Los procedimientos de conflicto de sector ascienden a 41. Aquí se aprecia una cierta coherencia con lo que sucede en la negociación colectiva andaluza, en la cual los convenios de empresa suponen el 78,11% del total de los vigentes en la Comunidad Autónoma, siendo el 21,89% restante de carácter sectorial.



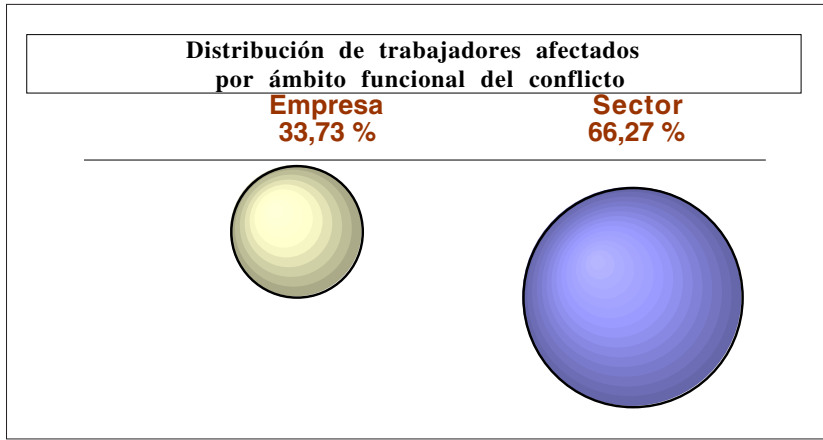
La mayoría de las empresas afectadas por los expedientes presentados en 2005 ante el SERCLA se incardina en el ámbito de los conflictos de sector (96,68%), siendo muchas menos las encuadradas en los conflictos de empresa (3,32%). Aquí apreciamos el paralelismo con lo que sucede en la negociación colectiva andaluza, en la cual al 99,74% de las empresas les son aplicables convenios de sector, teniendo convenios colectivos de empresa el 0,26% restante.



En cuanto al campo de afectación de los trabajadores, cabe destacar que mientras 113.052 son los incluidos en el ámbito de aplicación de los conflictos de empresa planteados, los trabajadores afectados por conflictos de sector interpuestos ante el Sistema en 2005 ascienden a 221.899. Aquí también resulta oportuno recordar que en Andalucía, el 92,93% de los trabajadores concernidos por la negociación colectiva andaluza están afectados por convenios de sector, siendo aplicables los convenios de empresa al 7,07% restante.

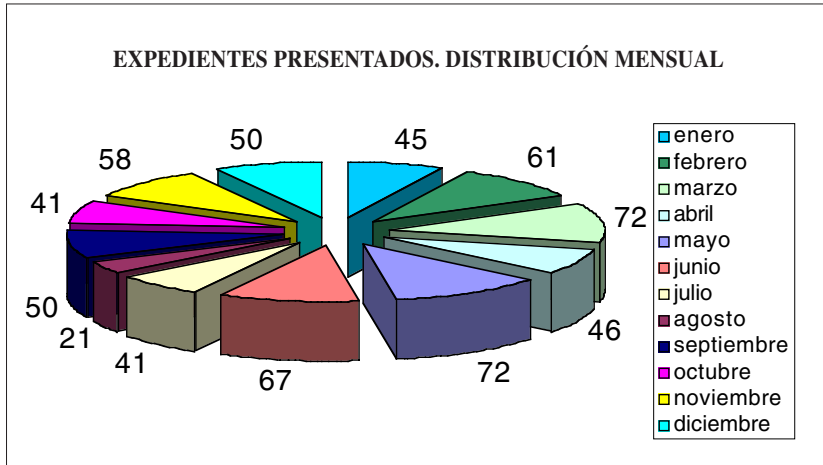
En cuanto al campo de afectación de los trabajadores, cabe destacar el aumento en cuanto al número de los que se incluyen en los conflictos de empresa con respecto al año 2004, observándose un claro descenso en relación a los trabajadores incluidos dentro del conflicto de sector. Si en dicha anualidad estos trabajadores suponían un 87,59% del total de los trabajadores, en el 2005 se sitúan en el 66,27% del total de los trabajadores.

Por el contrario, los interesados por conflictos de empresa han experimentado un apreciable aumento, pasando del 12,40% del año 2004 al 33,73% de la anualidad 2005.



1.3. Ámbito temporal

La media mensual de expedientes presentados durante el año 2005 alcanzó la cifra de 52 expedientes presentados, siendo los meses de marzo y mayo los que registraron la mayor cifra en el número de conflictos promovidos, siguiéndole junio y febrero, los de menor actividad fueron julio, agosto y octubre.

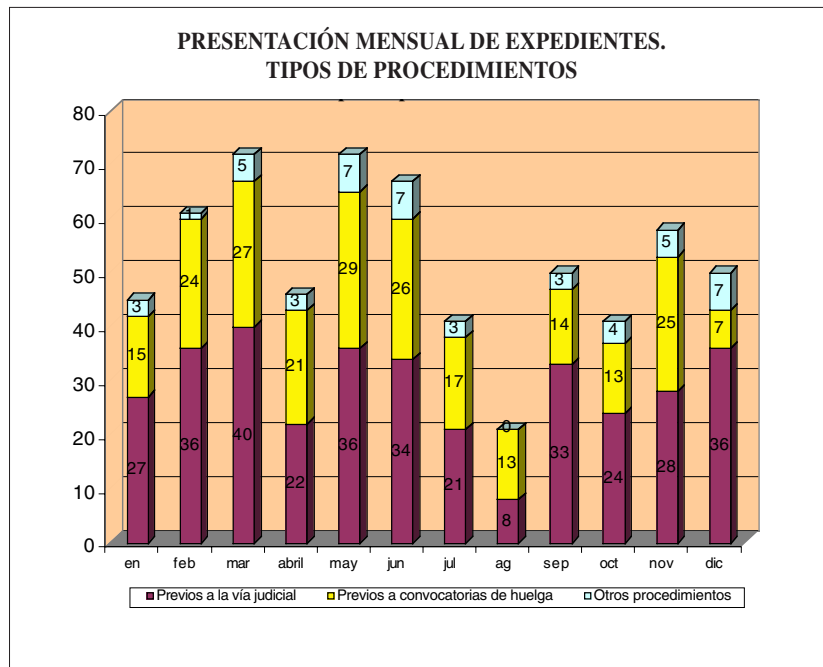


Si al analizar la fecha de presentación de los expedientes nos fijamos en el tipo de conflicto, se observa que el procedimiento previo a la vía judicial alcanza su cota máxima en el mes de marzo (40), siendo diciembre y

enero los meses en que este tipo de procedimiento supone un mayor porcentaje respecto al total de procedimientos iniciados en el Sistema (72,34% y 60% respectivamente). Agosto es la mensualidad en que esta modalidad procedimental tiene menor relevancia en el global del Sistema, al alcanzar un 38,09% del conjunto de expedientes presentados.

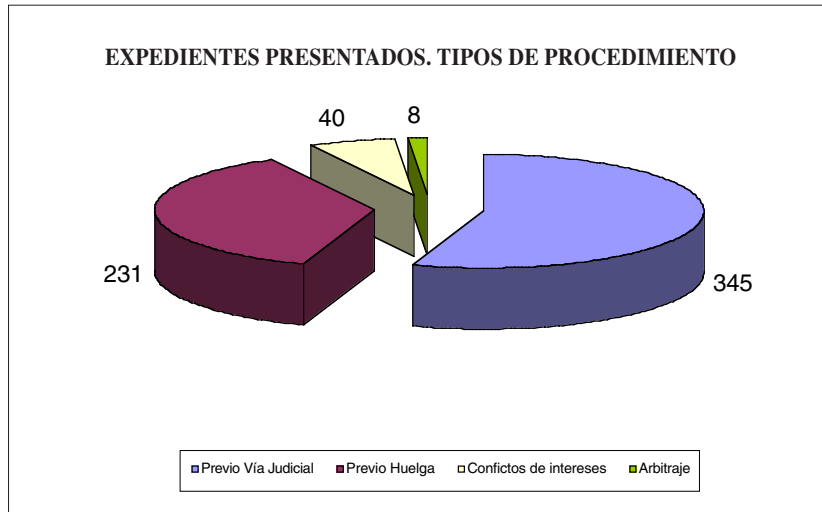
Marzo y mayo fueron los meses en los que más procedimientos previos a la convocatoria de huelga se promovieron ante el SERCLA en el año 2005 (27 y 29 respectivamente). No obstante el mayor peso relativo de esta modalidad procedimental en el global de los conflictos interpuestos se registró en los meses de agosto y noviembre, períodos en los que los previo a huelga significan el 61,90% y 43,10% respectivamente del total de los presentados en el Sistema.

Por último, otros procedimientos distintos al previo a vía judicial y al previo a huelga, fueron promovidos en mayor número en los meses de mayo, junio y diciembre, si bien en este último alcanzaron una mayor cuota sobre el conjunto de los promovidos (12,76%). De otro lado, si se efectúa una comparativa con los años anteriores, se observa como la cifra máxima de presentación de expedientes en el SERCLA (70), alcanzada en febrero de 2004, ha sido superada en los meses marzo y mayo de 2005 con un total de 72 expedientes.

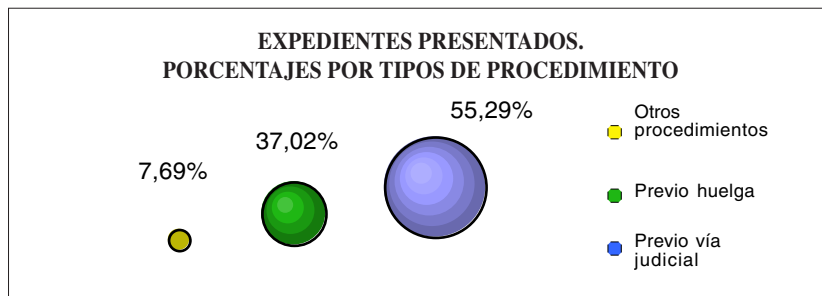


1.4. **Ámbito procedimental**

En 2005, en línea con lo sucedido en años anteriores, el procedimiento más utilizado fue el previo a la vía judicial, perteneciendo a esta modalidad el 55,29% del total del Sistema en este periodo. A continuación se situó el previo a la convocatoria de huelga, que abarcó (37,02%) de los expedientes presentados, siendo otros procedimientos promovidos en menor medida (7,69%).

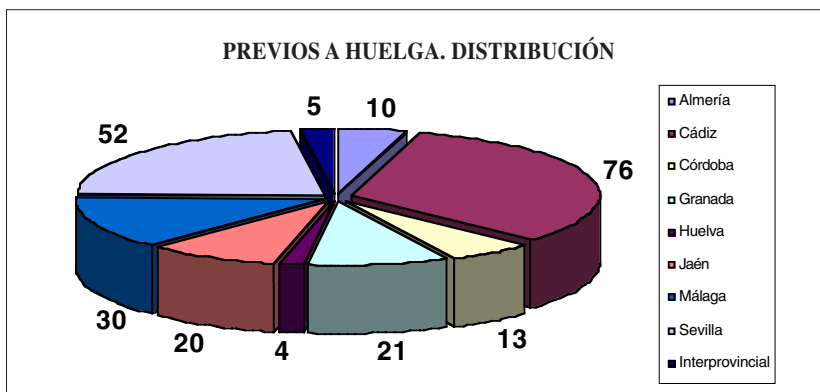
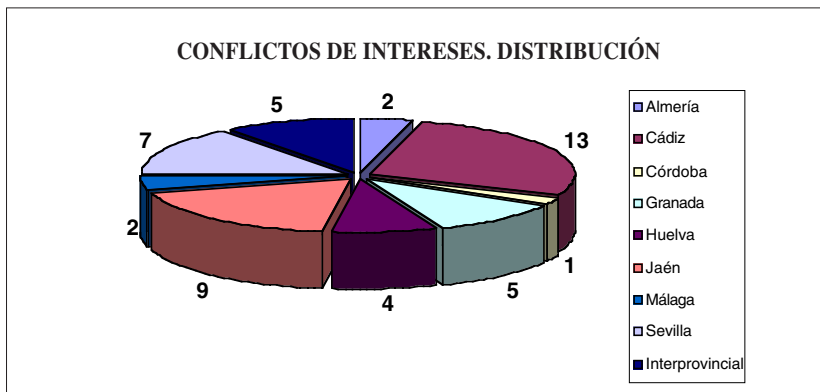
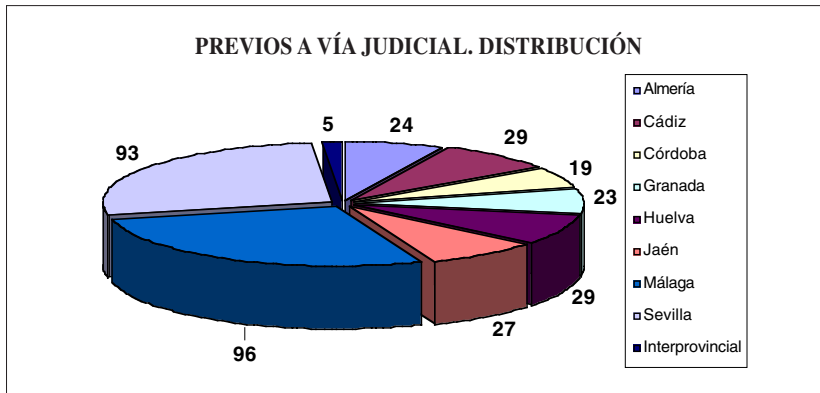


Los 8 arbitrajes solicitados a lo largo de 2005 suponen el 1,28% del total de expedientes presentados en el año ante el Sistema. Los 40 conflictos de intereses, presentados bajo el tipo de procedimiento general significan el 6,41% del global de los conflictos interpuestos.



Estos datos suponen que, respecto al año anterior, en el conjunto del Sistema aumentó en 2005 la relevancia del procedimiento previo a la vía

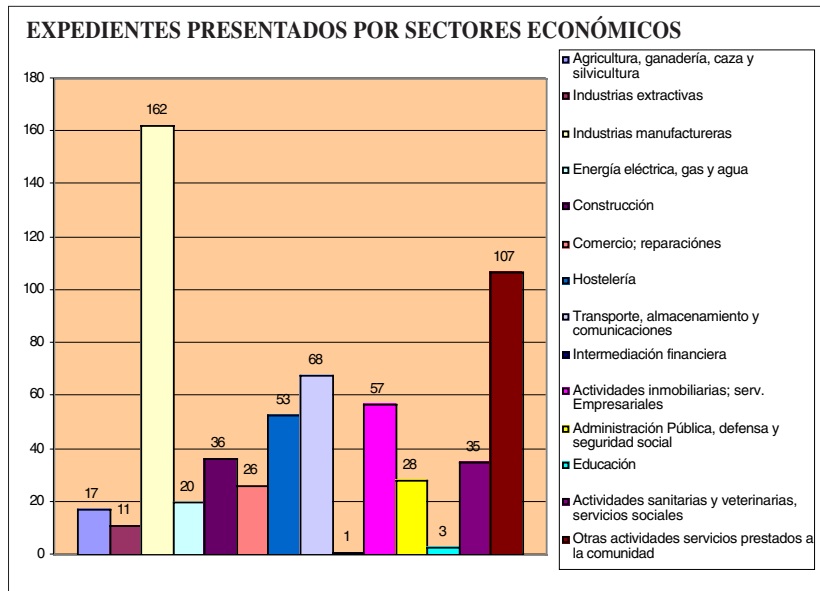
judicial en 3 puntos porcentuales, observándose un decremento tanto de los previos a huelga (0,5 puntos porcentuales) como de los conflictos de intereses (2,5 puntos porcentuales).



1.5. Ámbito en función de actividades productivas

Las actuaciones del SERCLA en el año 2005 por actividades productivas, se centraron en mayor proporción en el sector de Industrias Manufactureras, que abarcó el 25,96% del total de expedientes presentados. Ahondando en el desglose de este sector, se observa que casi la mitad de los expedientes encuadrados en el mismo, pertenecen a Metalurgia (74), situándose a continuación las Industrias de Productos Alimenticios y Bebidas (36), y la Industria Química (11).

Otros sectores afectados de forma significativa fueron los de Otras actividades servicios prestados a la comunidad (17,15%), así como Transporte, almacenamiento y comunicaciones (10,90%). Los conflictos pertenecientes a Hostelería suponen el 8,49% del total. Por el contrario, la menor incidencia se registró en el sector de la Educación (0,48%).

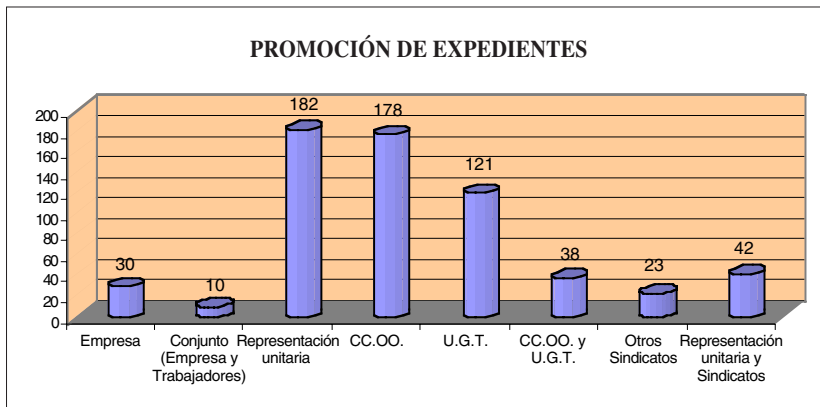


En cuanto a las empresas afectadas, el mayor porcentaje corresponde al sector de Industrias Manufactureras (27,69%), y ello debido a la presentación de varios conflictos sectoriales encuadrados en dicha actividad. A poca distancia le siguen las empresas encuadradas en el sector de la Hostelería (23,88%). En cuanto a los trabajadores, la cifra más alta de los afectados por los procedimientos iniciados ante el SERCLA en el año 2005 pertenece al sector de Industrias Manufactureras (27,97%) a continuación le sigue el sector de la Construcción (14,23%), en tercer lugar se sitúa el sector de Administración Pública con el 11,32% de trabajadores afectados.

1.6. Promoción

El 29,17% de los 624 expedientes presentados en el año 2005 ante el SERCLA fue promovido por representantes unitarios de los trabajadores en la empresa. El 51,60% de los procedimientos fue de promoción sindical, siendo destacable el hecho de que a las Organizaciones Sindicales firmantes del Acuerdo por el que se constituyó el SERCLA les correspondió la promoción del 54,01% del total. También es perceptible la actividad de convocatoria, aunque en menor medida, respecto a sindicatos distintos de los firmantes del Acuerdo, habiendo promovido éstos el 3,69% del total.

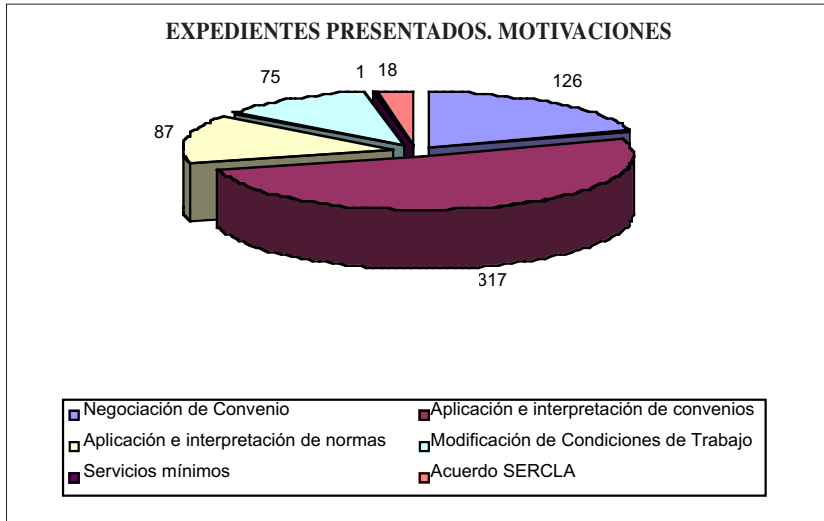
Los promovidos conjuntamente por representantes de los trabajadores y sindicatos alcanzaron el 6,73%. Los planteados conjuntamente por empresarios y trabajadores supusieron el 1,60%. Las empresas promovieron el 4,81% de los procedimientos.



1.7. Motivación

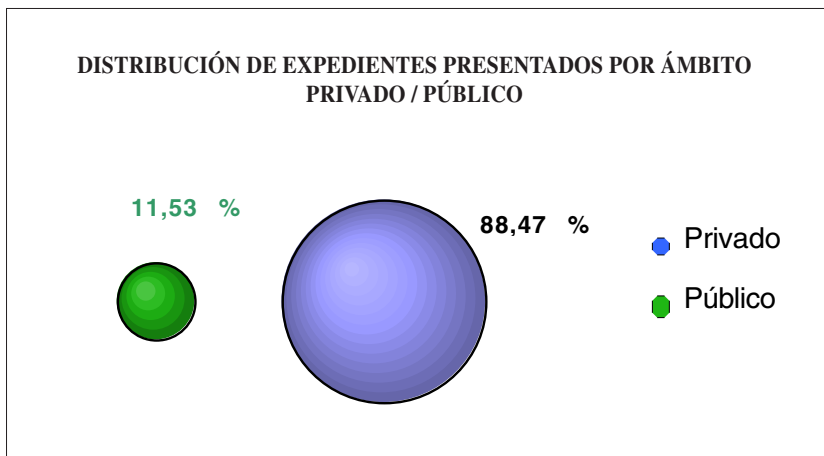
Los procedimientos que tienen su motivación en la aplicación e interpretación de los convenios colectivos suponen en el año 2005 el 50,80% del total. Los expedientes presentados cuyo objeto se refiere a la negociación de convenio abarcan el 20,19% del global. Resulta claramente inferior el porcentaje de conflictos (13,94%) que se derivan de la interpretación y aplicación de normas, lo cual es consecuencia de la prevalencia en la ordenación de las condiciones de trabajo de la norma convencional o pactada frente a la heterónoma. Como consecuencia de modificaciones de condiciones de trabajo pactadas, se ha planteado el 12,02%. La práctica totalidad de los mismos han alegado como motivo específico supuestos incumplimientos de requisitos de orden procedimental. El cumplimiento de anteriores acuerdos alcanzados en sede SERCLA motiva el 2,88% de los conflictos

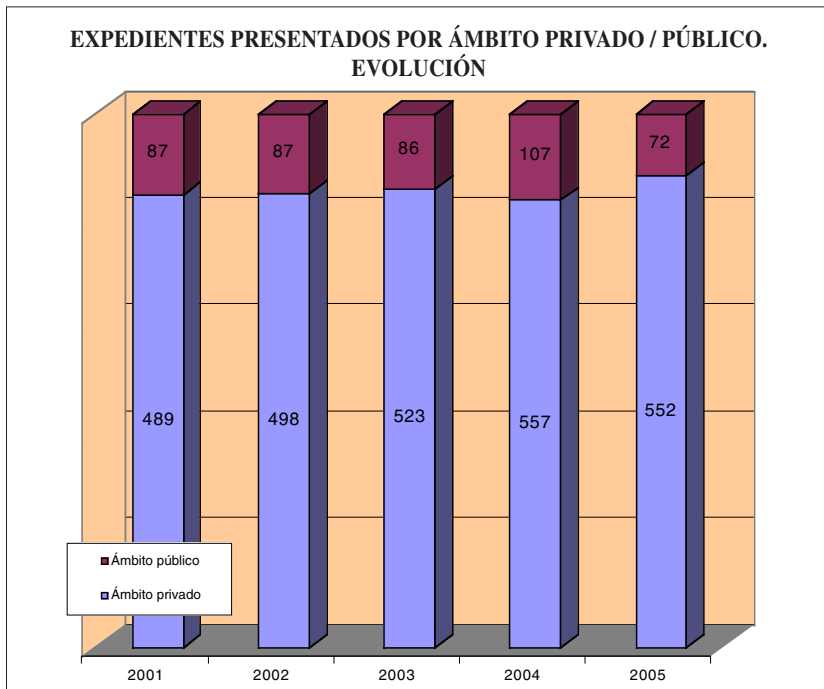
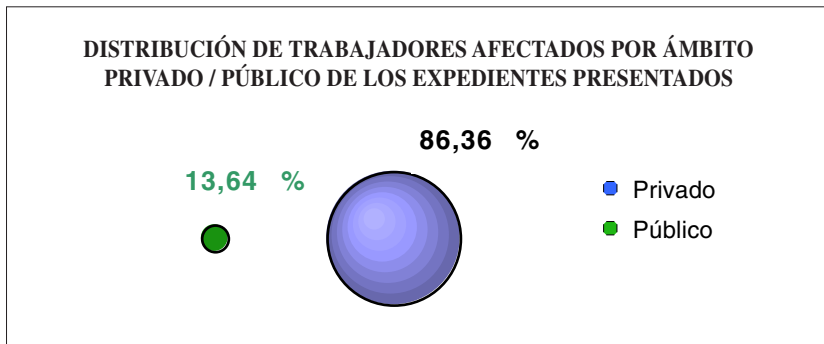
interpuestos. Por último, la determinación de servicios de seguridad y mantenimiento tienen muy escasa presencia (0,16%).



1.8. **Ámbito privado/público**

Al analizar la distribución de los 624 expedientes presentados en el año 2005 ante el SERCLA en función de su pertenencia al ámbito público o privado, se puede apreciar el predominio del sector privado, que comprende 552 conflictos suscitados en el Sistema en dicho período, correspondiendo al sector público los 72 restantes.



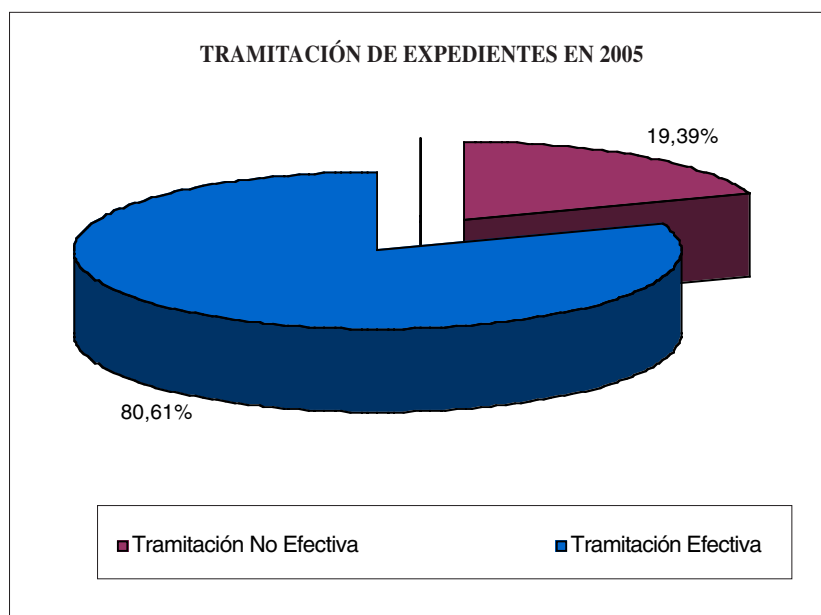


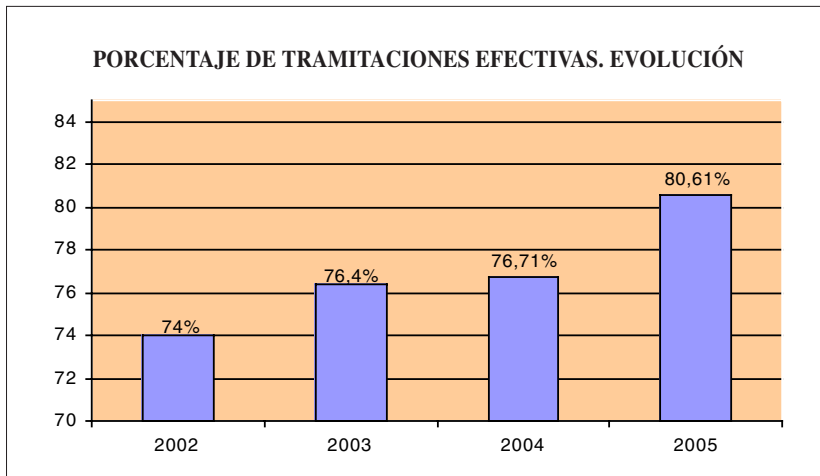
2. TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES

La anualidad 2005 puede ser calificada como un ejercicio en el que se ha incrementado notablemente la proporción de procedimientos que alcanzan la tramitación efectiva (503) en el conjunto de los promovidos ante este Sistema extrajudicial (624). En términos globales, la terminación anticipada sucedió en el 19,39% del total de los procedimientos iniciados (121), siendo tramitado efectivamente el 80,61% de los expedientes presentados.

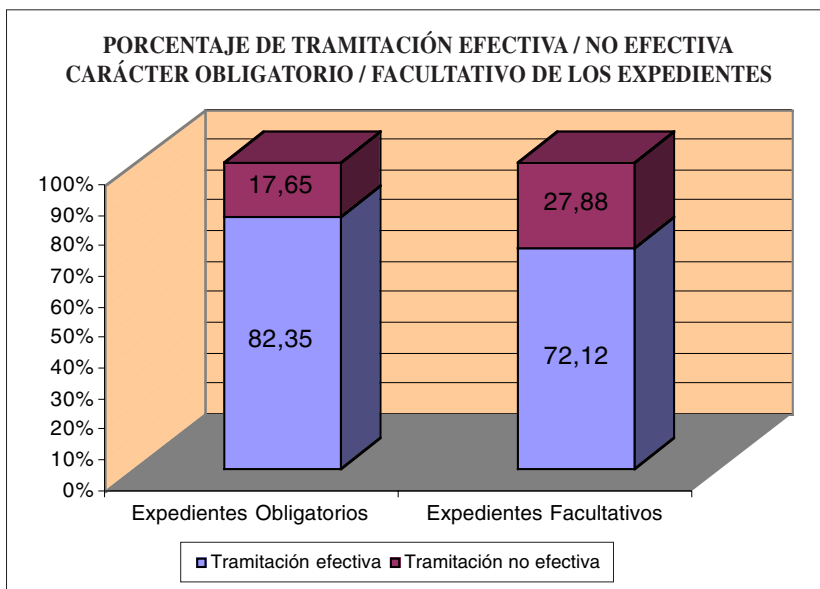
En lo que concierne a la tramitación de los 8 procedimientos de arbitraje solicitados, señalar que 6 de ellos (75,00%) concluyeron su tramitación efectiva con intervención del árbitro designado al efecto, dictándose los correspondientes laudos arbitrales. Los 2 restantes (25,00%) finalizaron mediante una resolución de archivo de actuaciones por falta de subsanación.

Por otro lado, concluyeron su tramitación normal un total de 497 de los 616 procedimientos de Conciliación– Mediación presentados, permitiendo la intervención efectiva de la Comisión en el 80,68% de los expedientes. En el resto de los casos (119) el procedimiento finalizó anticipadamente por alguna de las causas previstas en el Reglamento de Funcionamiento y Procedimiento del Sistema (19,32%).





Al observar la evolución de la proporción de procedimientos efectivamente tramitados sobre el total de los presentados, se aprecia que el dato de 2005 viene a consolidar una trayectoria creciente, mejorando notablemente el de la anualidad precedente. Nos encontramos ante el mejor porcentaje de tramitación efectiva de los registrados desde el comienzo de actuaciones del SERCLA, pudiendo ser catalogado como un claro indicio del grado de madurez del Sistema.



Al analizar los datos relativos a la tramitación de expedientes por el SERCLA debe atenderse también al carácter obligatorio o facultativo de su sustanciación ante este Sistema. En este sentido, conviene recordar que dicha obligatoriedad afecta tanto a los conflictos previos a la vía judicial como a los previos a huelgas cuyas convocatorias estén previstas por alguna o las dos Organizaciones firmantes del Acuerdo constitutivo de este Sistema extrajudicial, es decir, la Unión General de Trabajadores de Andalucía (UGT-A) y Comisiones Obreras de Andalucía (CCOO-A).

Por un lado, en el conjunto de los 165 expedientes presentados en 2005 ante el SERCLA con carácter facultativo, la tramitación efectiva se extiende a 119, lo que supone el 72,12% de los mismos, es decir, casi 8,5 puntos porcentuales por debajo de la media del Sistema.

Sin embargo, en los expedientes presentados con carácter obligatorio, el porcentaje de tramitación efectiva se sitúa en el 82,35%, es decir, casi dos puntos por encima de la media, abarcando a 378 de los 459 procedimientos obligatorios.

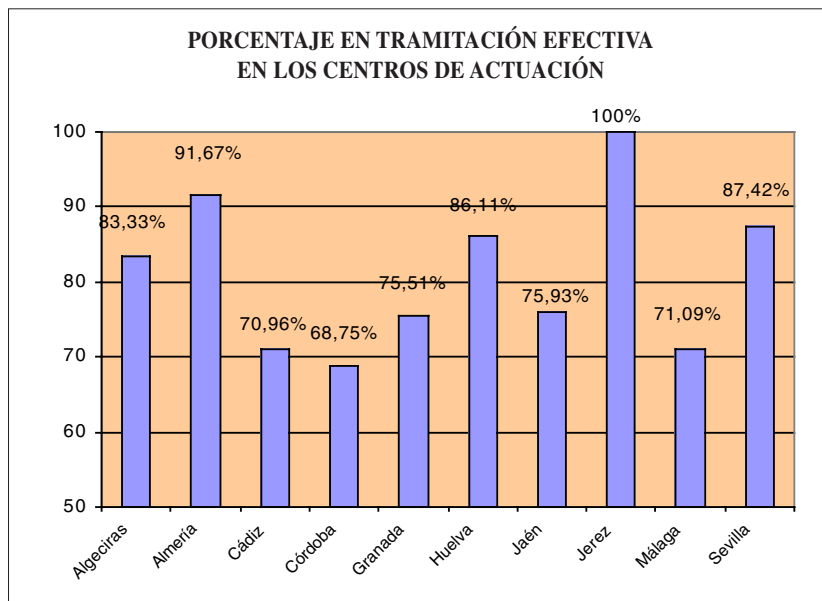
TRAMITACIONES EFECTIVAS REALIZADAS POR ÁMBITO GEOGRÁFICO: AFECTACIÓN

Ámbito	Expedientes	%	Empresas	%	Trabajadores	%
Almería	33	6,6	792	4,2	41.851	14,8
Cádiz	97	19,5	458	2,4	18.630	6,6
Córdoba	22	4,4	345	1,8	5.429	1,9
Granada	37	7,4	6.735	35,5	65.644	23,3
Huelva	31	6,2	1.305	6,9	16.408	5,8
Jaén	41	8,2	7.805	41,2	39.339	13,9
Málaga	91	18,3	95	0,5	11.581	4,1
Sevilla	132	26,6	791	4,2	41.611	14,7
Interprovincial	13	2,6	630	3,3	41.736	14,8
Total	497	100,0	18.956	100,0	282.229	100,0

TRAMITACIONES EFECTIVAS REALIZADAS POR SEDES EN PROVINCIA DE CÁDIZ: AFECTACIÓN

Sede	Expedientes	%	Empresas	%	Trabajadores	%
Cádiz	21	21,6	347	75,8	11.426	61,3
Algeciras	48	49,5	83	18,1	4.013	21,5
Jerez	28	28,9	28	6,1	3.191	17,1
Total	97	100,0	458	100,0	18.630	100,0

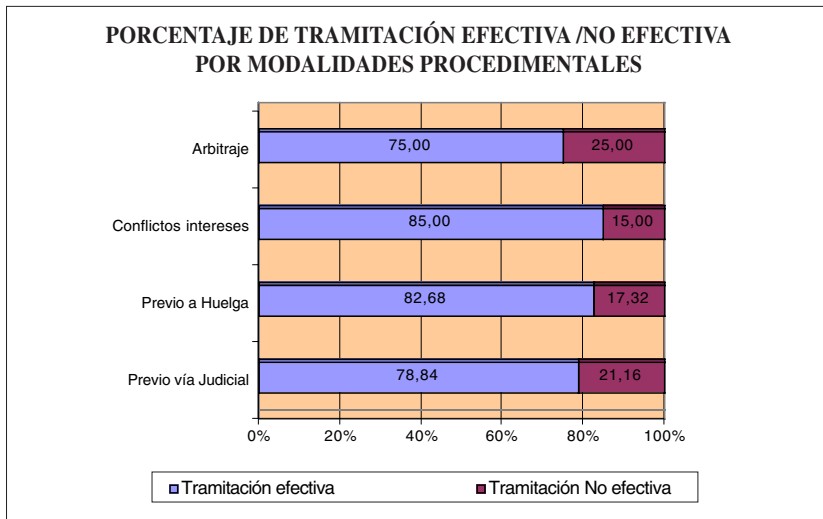
Los 497 procedimientos que alcanzan la tramitación efectiva afectan a 18.956 empresas y 282.229 trabajadores, los cuales representan el 86,91% de empresas y el 84,26% de trabajadores del campo de afectación de total de expedientes presentados. Al considerar la distribución geográfica de los mismos se observa que la sede de Granada acapara unos elevados porcentajes de afectación tanto de trabajadores como de empresas interesadas en los conflictos tramitados. Ello se debe a la circunstancia de que a lo largo de 2005 se sustanciaron en el SERCLA un total de 8 procedimientos relativos a otros tantos conflictos sectoriales en dicha provincia.



Al comparar los datos relativos a la tramitación de procedimientos correspondientes a los diferentes centros de actuación del Sistema, se ponen de manifiesto importantes diferencias en los porcentajes de tramitación efectiva alcanzados. Los más elevados corresponden a las sedes de Jerez (100%) y Almería (91,67%), en las cuales se registran índices superiores en más de 10 puntos porcentuales a la media del conjunto.

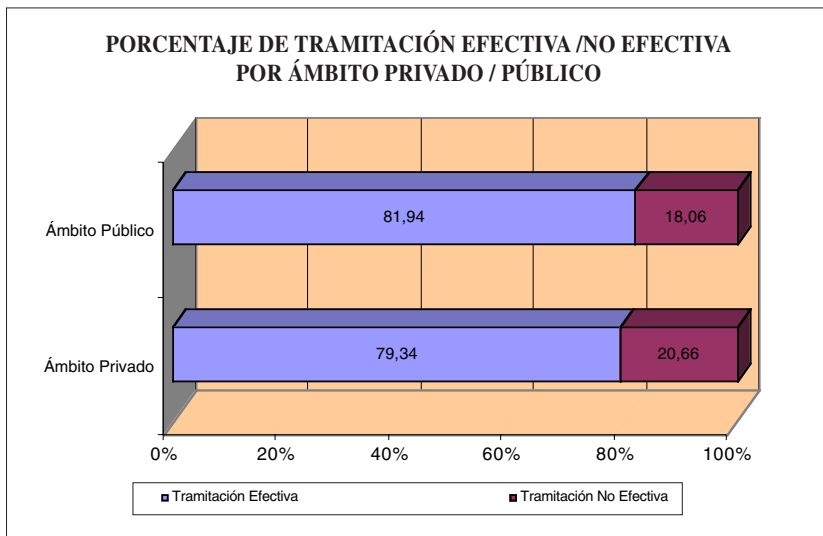
En el extremo opuesto se sitúan las ratios de tramitación registradas en las ciudades de Córdoba (68,75%), Cádiz (70,96%) y Málaga (71,09%).

En el conjunto del Sistema, y como ya ocurriera en los años anteriores, los índices de tramitación efectiva más elevados corresponden en 2005 a los conflictos de intereses (85,00%), seguidos de los previos a huelga (82,68%). En esta anualidad se presentaron ante el SERCLA un total de 40



conflictos de intereses, de los cuales 34 se tramitaron efectivamente. En cuanto a los conflictos previos a huelga, de los 231 interpuestos, 191 obtuvieron efectiva tramitación.

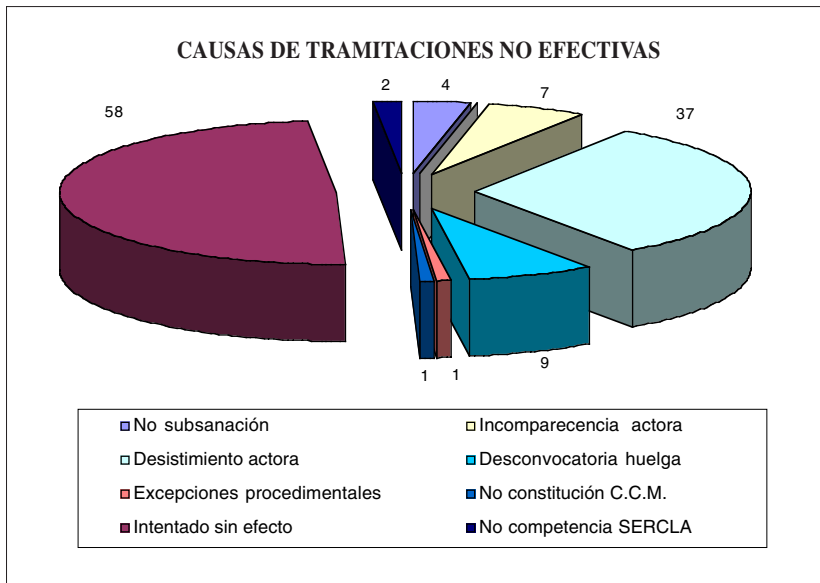
En menor medida, 272 de los 345 conflictos registrados como previos a la vía judicial alcanzaron efectividad en su tramitación, suponiendo el 78,84% de los presentados bajo esta modalidad procedimental. Por último, de los 8 arbitrajes solicitados en 2005 al Sistema, culminaron con el correspondiente laudo un total de 6, es decir, el 75,00%.



Contrariamente a lo que sucediera en el año precedente, en 2005 los conflictos encuadrados en el ámbito público logran la efectiva tramitación en mayor medida que aquellos pertenecientes al sector privado.

En esta anualidad, fueron tramitados efectivamente un total de 59 de los 72 conflictos encuadrados en el sector público, lo que supone el 81,94% de los mismos. Este dato supone un enorme crecimiento de la tramitación efectiva en este ámbito, ya que en el año anterior la ratio de tramitación de estos conflictos apenas superó el 66%.

En el ámbito privado, la efectividad en la tramitación se extendió en 2005 a un total de 438 de los 552 conflictos incardinados en este sector, significando el 79,34% de los mismos, cifra muy similar a la registrada en la anualidad precedente.

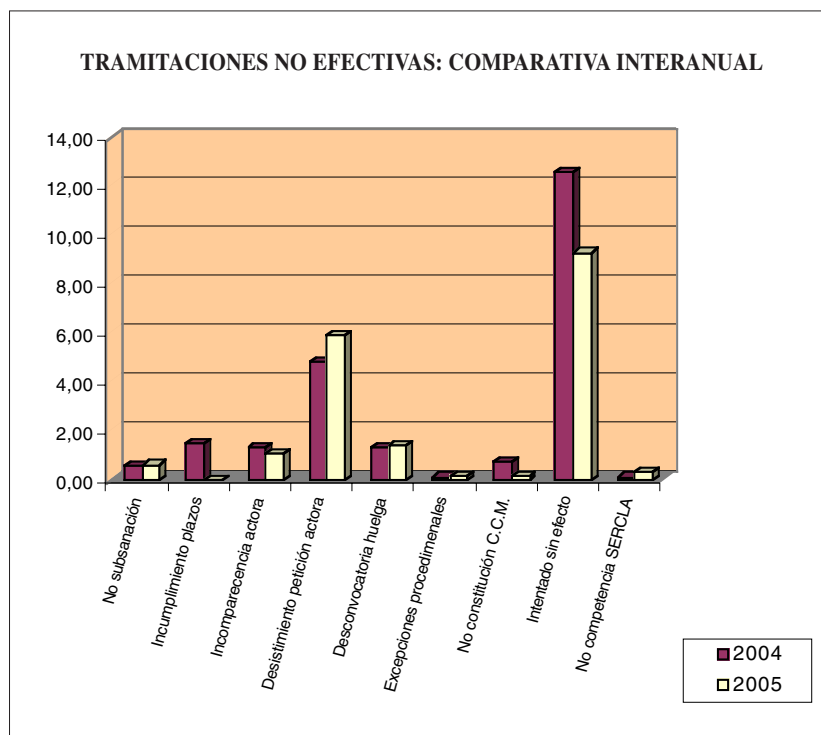


En 2005, de modo similar a lo sucedido en anteriores años, la causa de terminación anticipada que afecta a mayor número de expedientes resulta ser la incomparecencia de la parte frente a la que se inicia el conflicto, dándose por finalizado en consecuencia como «intentado sin efecto». De este modo finalizaron 58 de los 624 presentados en dicha anualidad, lo que supone el 9,29% del total.

La tramitación no efectiva de un conflicto interpuesto ante el SERCLA debida a un previo desistimiento realizado por la parte actora aconteció en 37 ocasiones, significando el 5,93%. El desistimiento por desconvoatoria

de huelga provocó la terminación anticipada de 9 procedimientos, es decir, el 1,44%.

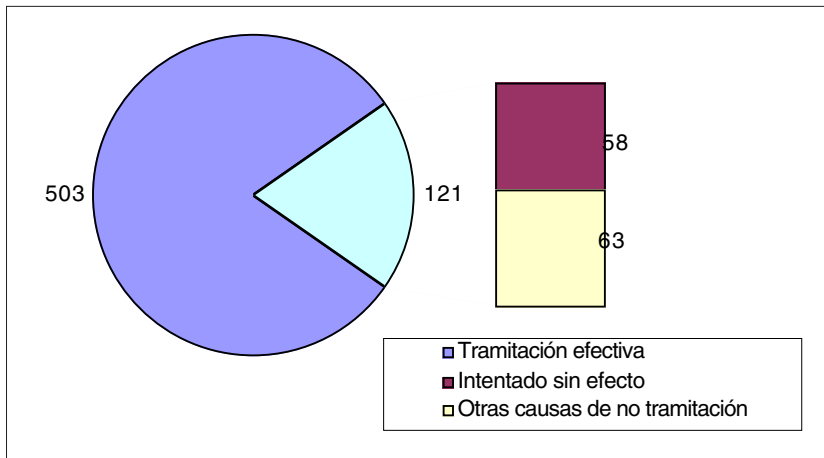
La incomparecencia de la parte actora al acto de mediación sucedió en 7 expedientes, suponiendo el 1,12% del total. El resto de causas de tramitación no efectiva tienen un carácter marginal, no superando ninguna de ellas el 1% de incidencia.



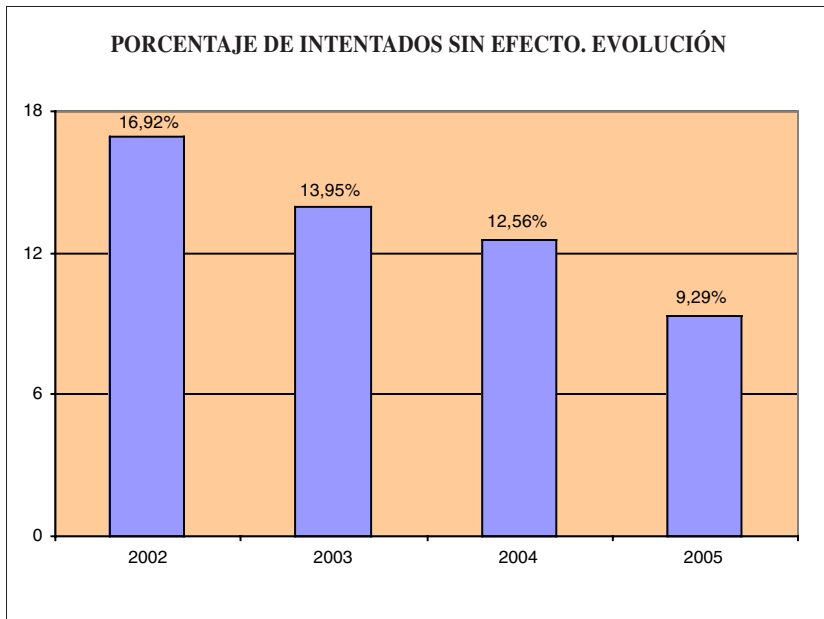
Al examinar los diferentes motivos de terminación anticipada y su evolución en relación con el año anterior, destaca el hecho de que en 2005 la incomparecencia de la parte demandada (intentado sin efecto) decrece 3,27 puntos porcentuales.

La imposibilidad de celebración debido a la no constitución de la correspondiente Comisión de Conciliación-Mediación desciende más de medio punto. Además, desaparece el archivo por incumplimiento de plazos.

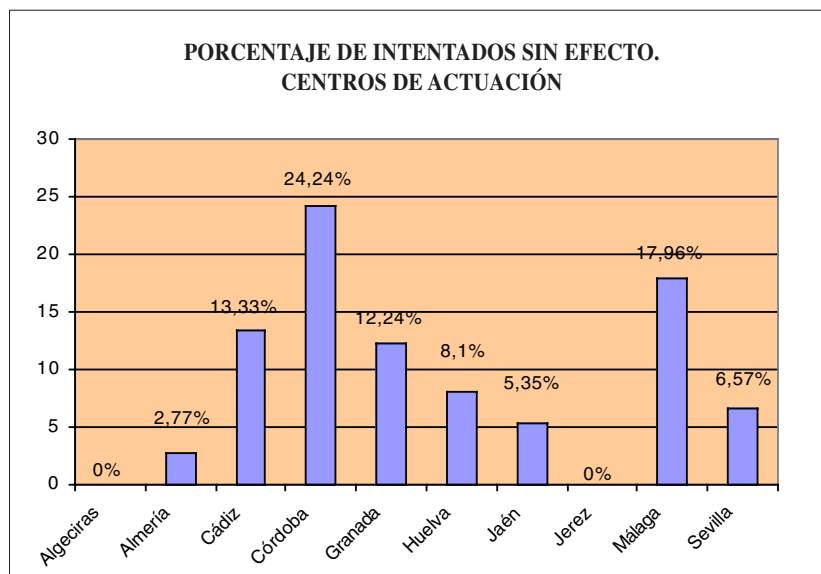
Por el contrario, se incrementan levemente los supuestos de terminación anticipada por desistimiento a petición de la parte actora, los cuales experimentan un ascenso de algo más de 1 punto porcentual.



Al examinar la evolución de la ratio de procedimientos finalizados como intentados sin efecto a lo largo de los últimos años de funcionamiento del SERCLA, resulta evidente que el dato de 2005 acentúa la tendencia a la baja de las anualidades precedentes, resultando ser una clara muestra de la creciente confianza en el Sistema por parte de las empresas andaluzas, dado que son estas las que aparecen como la parte frente a la que se inicia la inmensa mayoría de los procedimientos.

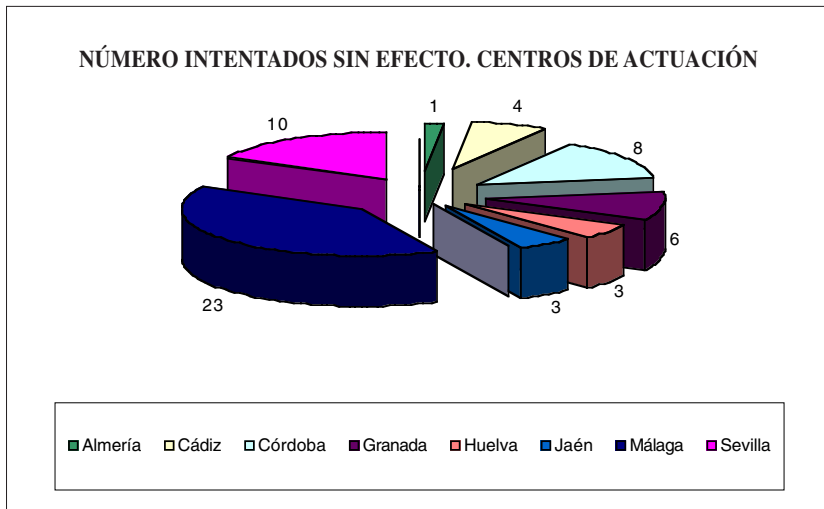


El porcentaje que registra el intentado sin efecto en 2005 resulta ser el mínimo histórico desde que este Sistema extrajudicial comenzó sus actuaciones, dato éste debe ser valorado como un síntoma extraordinariamente positivo.

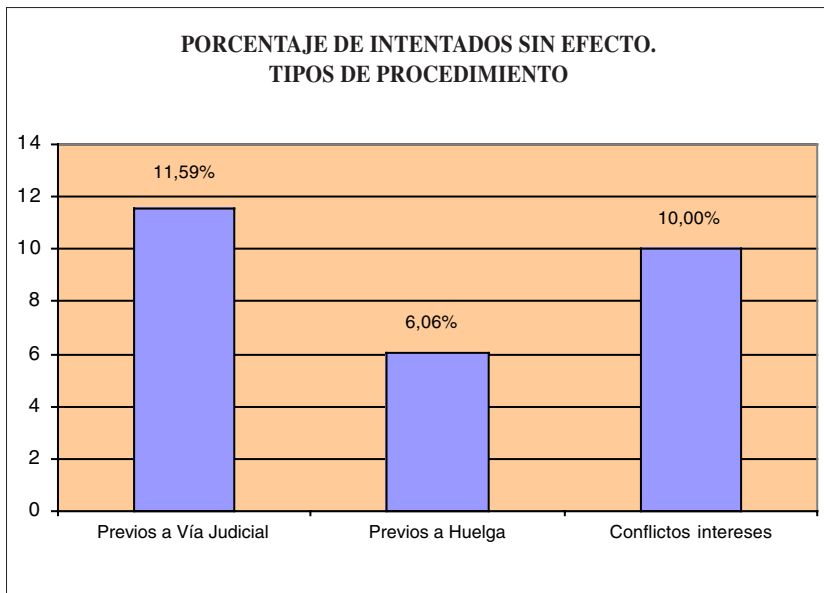


Si la ratio de procedimientos cuyo resultado es intentado sin efecto se analiza según cual sea la sede de presentación ante el SERCLA, destaca la circunstancia de que la terminación anticipada por incomparecencia de la parte demandada alcanza sus porcentajes más reducidos en las sedes de Algeciras, Jerez y Almería, centros de actuación donde el resultado de intentado sin efecto queda reducido a su mínima expresión. La no comparecencia de la demandada registra porcentajes muy reducidos en Huelva, Jaén y Sevilla.

Por el contrario, Córdoba registra un porcentaje de incomparecencias de empresas (24,24%) superior en casi 15 puntos a la media del Sistema (9,29%). En esta provincia se registraron 8 intentados sin efecto a lo largo de 2005, número muy elevado si tenemos en cuenta que el total de expedientes presentados ascendió a 33.



En la sede malagueña se dobla la media del Sistema en cuanto a intentados sin efecto, radicando en ella hasta 23 de las 58 incomparecencias de la parte demandada registradas en toda Andalucía en 2005, es decir, el 39,65% del total, circunstancia llamativa si tenemos en cuenta que esta provincia abarca el 20,51% de los expedientes presentados ante el SERCLA en toda la Comunidad Autónoma.

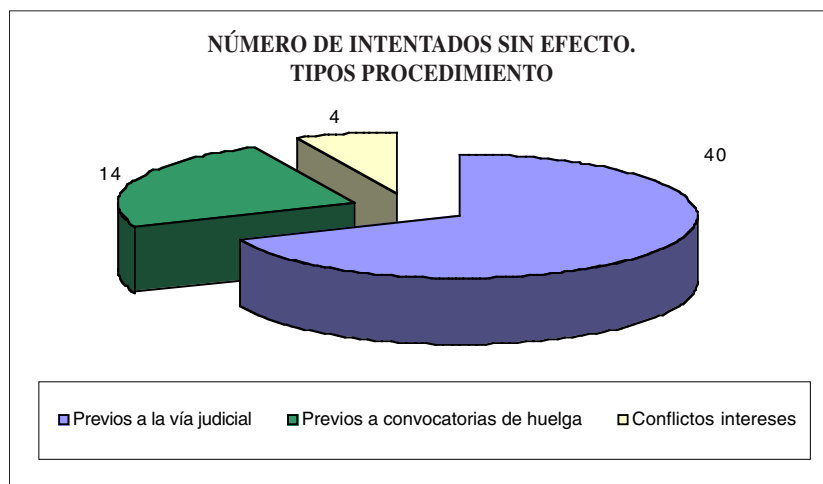


Los intentados sin efecto producidos en los procedimientos previos a la vía judicial suponen casi el 69% del global de expedientes finalizados anticipadamente por esta causa, siendo este tipo procedimental el que registra este resultado con mayor frecuencia, de forma que afecta a 40 de los 345 instados en 2005 bajo esta modalidad (11,59%).

No obstante, cabe recordar que en 2004 la incomparecencia de la parte demandada en conflictos jurídicos alcanzó al 19,36% de tales procedimientos, lo que implica que el dato de la anualidad 2005 significa un recorte de casi 8 puntos porcentuales del intentado sin efecto en previos a vía judicial, circunstancia esta que resulta enormemente positiva para el funcionamiento del Sistema.

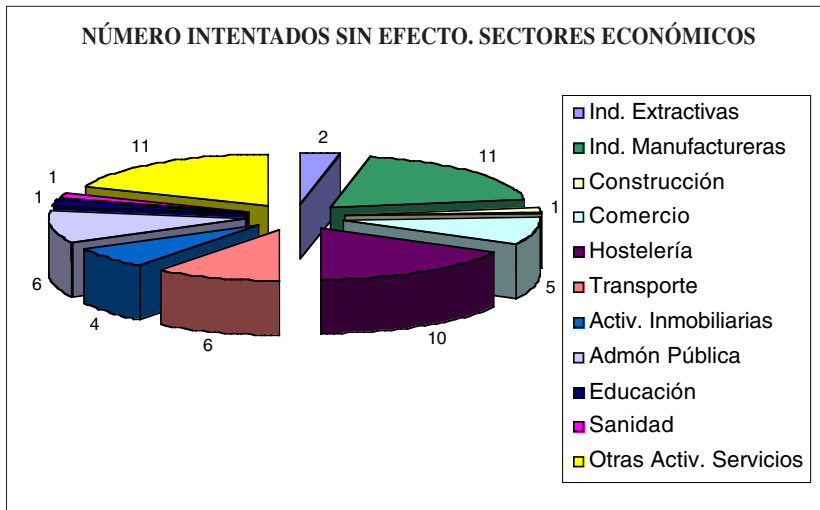
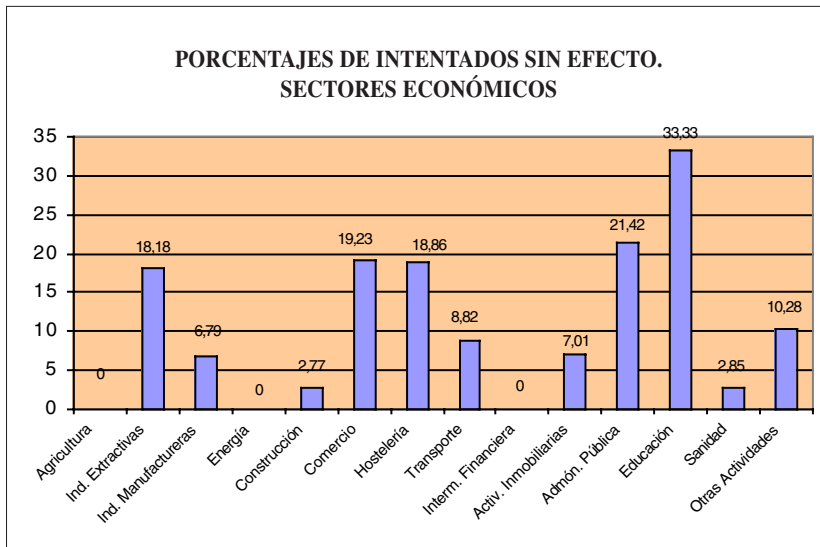
Por el contrario, la incidencia de esta causa es menor en los conflictos de intereses, de modo que solo abarca 4 de los 40 presentados (10,00%), significando casi el 7% del total de intentados sin efecto.

En el procedimiento previo a convocatoria de huelga, la incomparecencia de la parte frente a la que se inicia el conflicto se produjo en 14 de los 231 presentados (6,06%), equivaliendo al 246% del global de los intentados sin efecto.

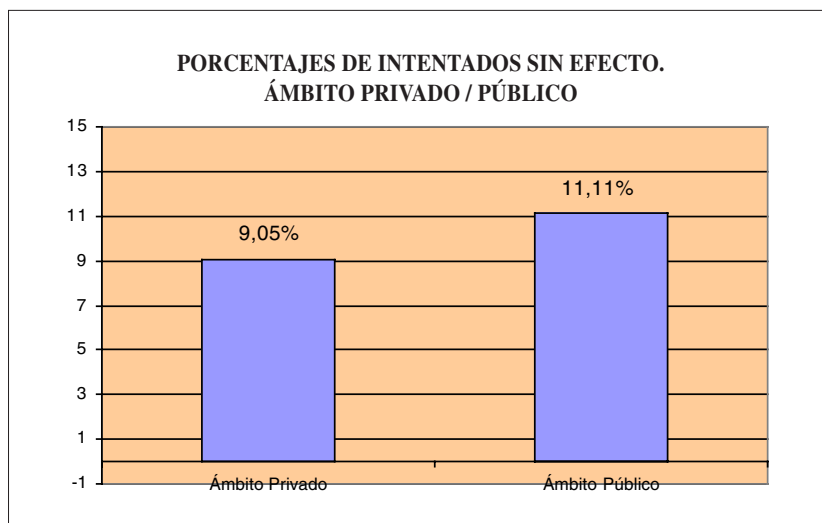


Por sectores económicos, los procedimientos intentados sin efecto aparecen con mayor frecuencia en los conflictos encuadrados en Educación (1 de los 3 presentados), Administración Pública (6 de los 28 interpuestos), Comercio (5 de los 26 promovidos) y Hostelería (10 de los 53 presentados).

En el extremo opuesto, la incomparecencia de la parte demandada no concurre en los conflictos encuadrados en las actividades de Agricultura, Energía e Intermediación Financiera.

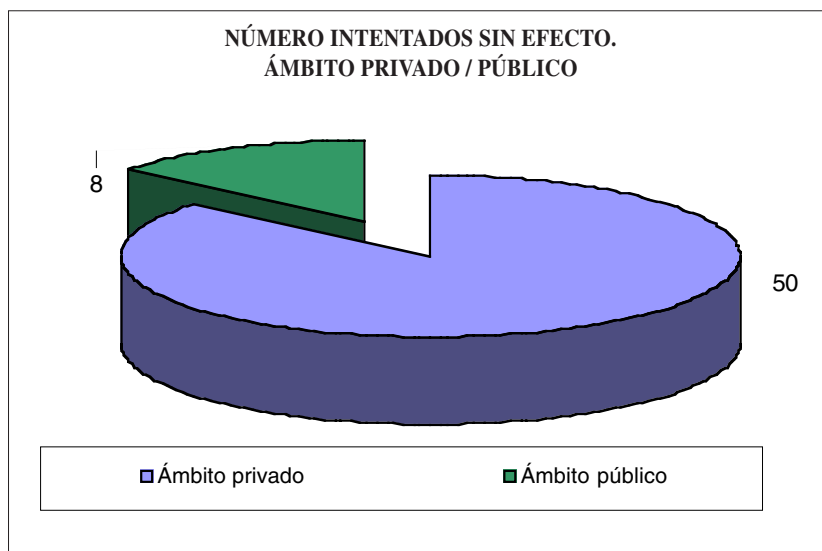


Si fijamos la atención en el ámbito público o privado de los sectores o empresas afectadas por los procedimientos intentados sin efecto, vemos como el mayor número de los mismos corresponden al sector privado (50), significando el 86% del total de los expedientes finalizados de este modo. No obstante, proporcionalmente su importancia relativa disminuye al implicar solamente el 9,05% del conjunto de los expedientes presentados pertenecientes al ámbito privado.



En el sector público, la incidencia relativa de esta forma de terminación es algo superior, ya que representa el 11,11% (8) del total de expedientes presentados dentro del ámbito público, significando el 14% del total de expedientes concluidos por incomparecencia de la parte demandada.

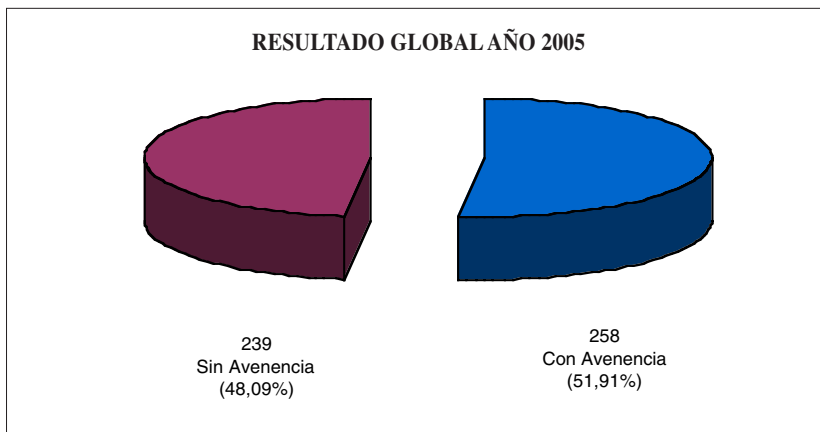
En este punto, merece ser destacada la apreciable reducción experimentada por el porcentaje de intentados sin efecto en los conflictos incardinados en el ámbito público, ya que mientras en 2004 superaban el 21%, en 2005 esta ratio se sitúa 10 puntos porcentuales más abajo.



Tramitación de Expedientes en 2005. Datos Técnicos	
Duración media por expediente	17 días naturales
Número de sesiones	874
Horas empleadas en sesiones	1.820 horas
Sesiones por expediente	1,4
Duración media por sesión	2 horas y 4 minutos
Mediadores actuantes	169
Secretarios actuantes	16
Horas empleadas en gestión administrativa	9.325 horas

3. RESULTADOS OBTENIDOS

El índice global de acuerdos alcanzó en el año 2005 el 51,91% de los conflictos tramitados, finalizando con avenencia un total 258 de los 497 expedientes de conciliación-mediación tramitados.

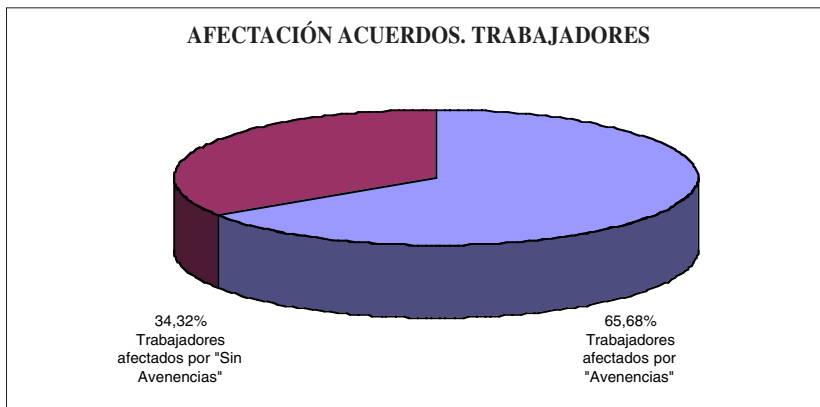
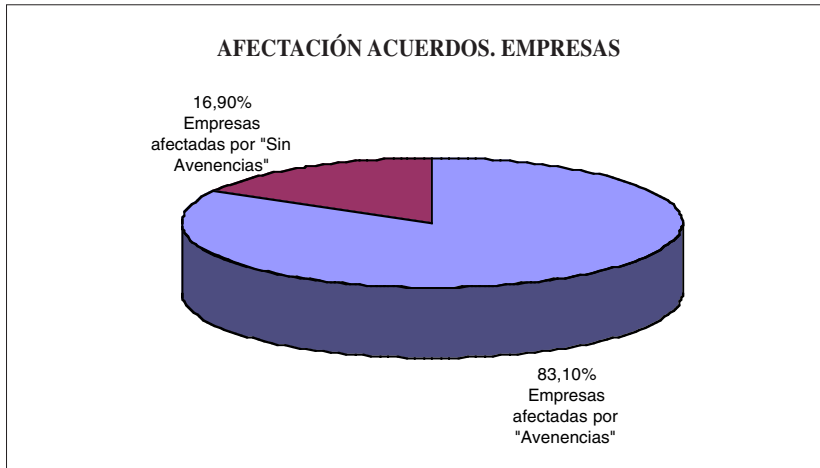


Los 258 acuerdos suscritos a lo largo de 2005 en alguno de los diez centros de actuación con que cuenta el SERCLA en Andalucía beneficiaron a 15.753 empresas, es decir, el 83,10% de aquellas que podían tener la consideración de afectadas por los conflictos tramitados por el Sistema en dicho período de tiempo.

Las referidas 258 avenencias alcanzadas en la anualidad 2005 también extendieron sus efectos positivos a un importante número de trabajadores:

Un total de 185.358, los cuales significaban el 65,68% de aquellos a quienes concernían los procedimientos cuya tramitación llevó a cabo el SERCLA en dicho año.

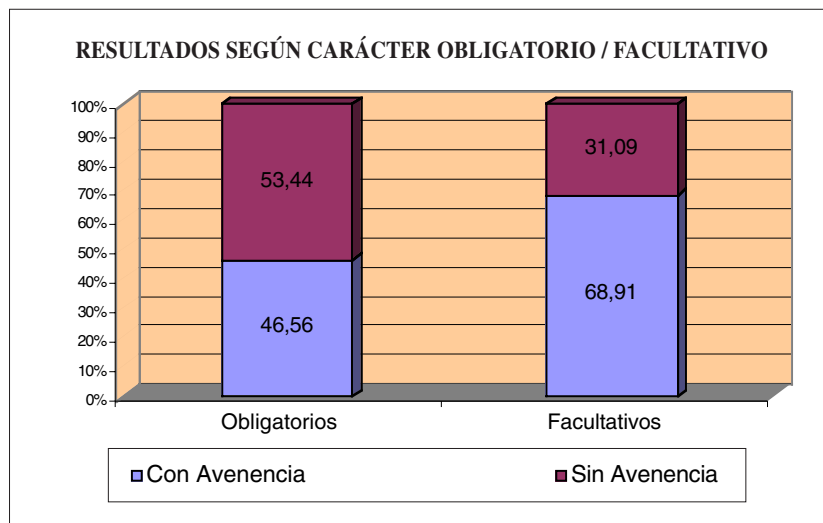
La elevada afectación de los acuerdos suscritos en 2005 se comprende si tiene en cuenta el elevado porcentaje de acuerdos logrados en la resolución de conflictos sectoriales, dato este que será analizado más adelante.



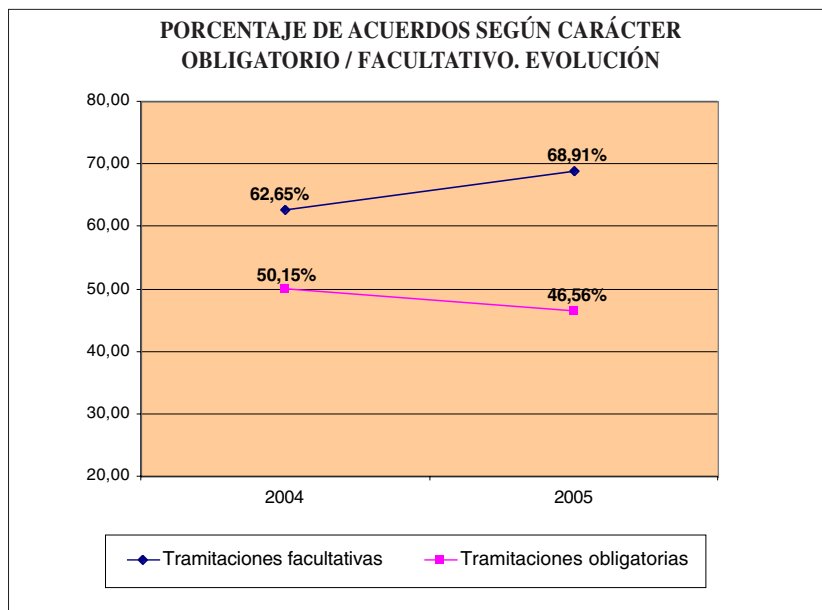
La creciente confianza de los agentes económicos y sociales en este Sistema extrajudicial creado por ellos para la resolución de conflictos, genera cada vez más beneficios para la fluidez de las relaciones laborales y la economía andaluza en general.

Al efectuar una distinción entre los resultados registrados en la resolución de los procedimientos cuya tramitación corresponde obligatoriamente al SERCLA (previos a vía judicial y previos a huelgas cuya convocatoria corresponda a UGT-A y/o CCOO-A) por un lado, y por otro aquellos cuya presentación ante este Sistema extrajudicial tiene carácter voluntario, se puede observar que presentan significativas variaciones los porcentajes de acuerdos logrados en uno y otro grupo de conflictos.

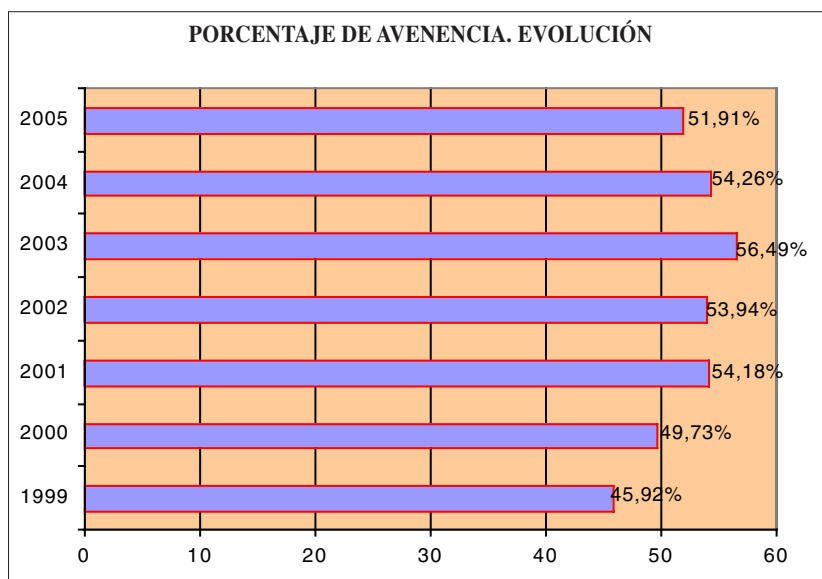
En 2005, de las 378 tramitaciones efectivas obligatorias, 176 finalizaron con avenencia. En las facultativas, los acuerdos ascendieron a 82 en un total de 119 procedimientos. Como en años anteriores, la ratio de avenencias derivadas de las tramitaciones facultativas resulta ser superior a la obtenida en la resolución de los procedimientos tramitados por el SERCLA como instancia en la que se sustancian con carácter obligatorio.

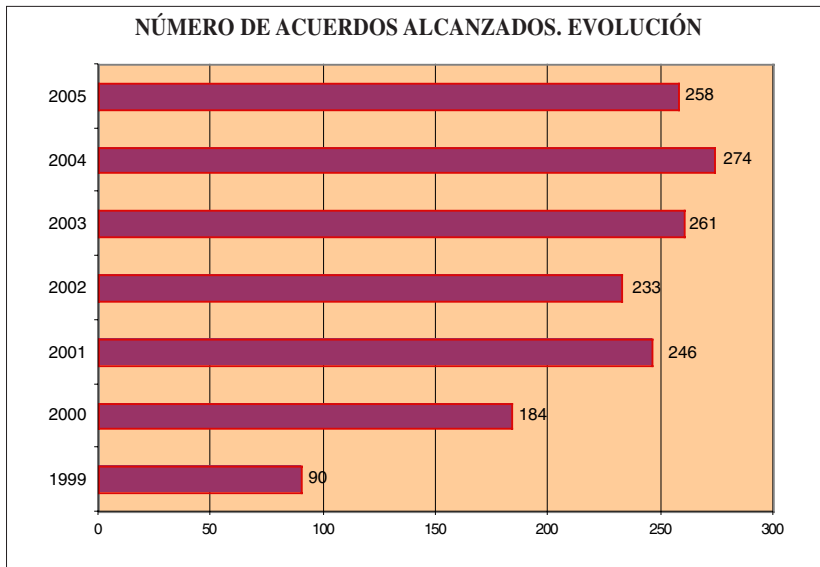


No obstante, si se comparan los datos del año al que se refiere el presente informe con los de la anualidad precedente, se aprecia que en 2005 se produce un crecimiento de más de 6 puntos porcentuales en el índice de acuerdos logrados en los procedimientos que llegan facultativamente al SERCLA. Por el contrario, el porcentaje de avenencias alcanzadas en los conflictos cuya sustanciación es obligatoria se reduce en algo menos de 4 puntos. Todo ello implica una mayor distancia entre los resultados registrados según estemos ante tramitaciones facultativas u obligatorias.

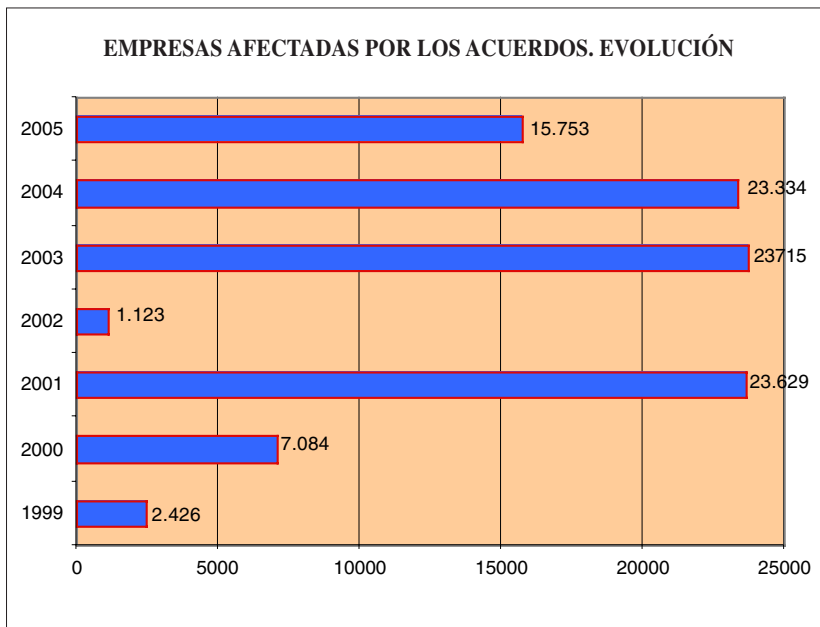


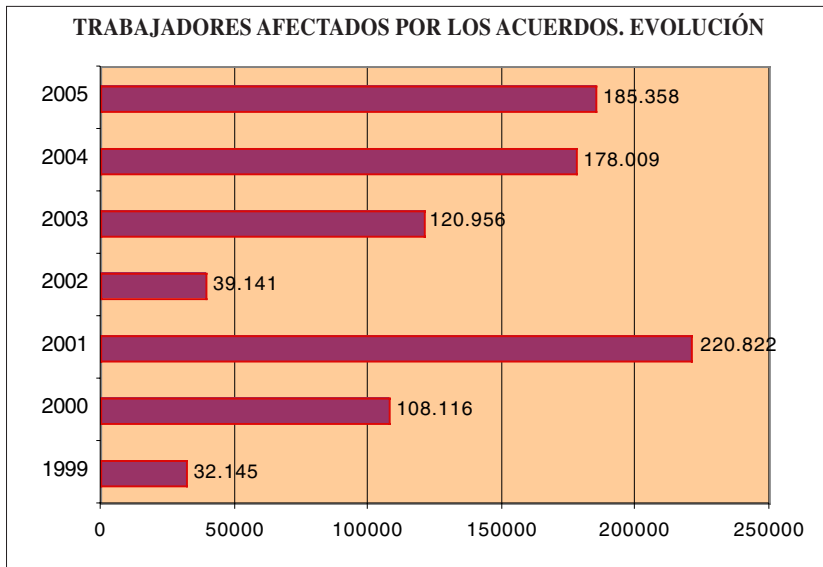
El índice global de acuerdos suscritos en el SERCLA, aunque con pequeñas oscilaciones de unos años a otros, se mantiene holgadamente por encima del 50%, prueba evidente de que estamos ante un Sistema plenamente consolidado.





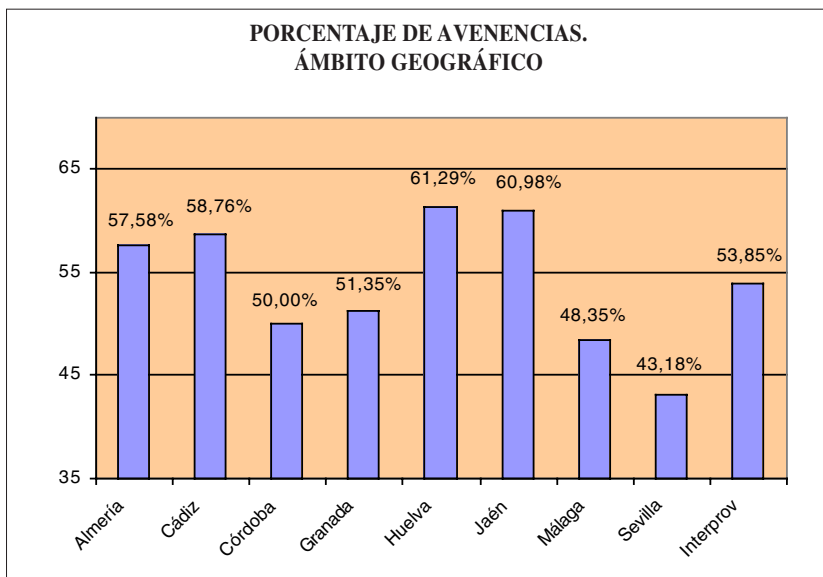
En los siete años de funcionamiento de ese Sistema, se han suscrito un total de 1.546 acuerdos, los cuales han extendido sus efectos a 97.064 empresas y a 884.547 trabajadores andaluces.



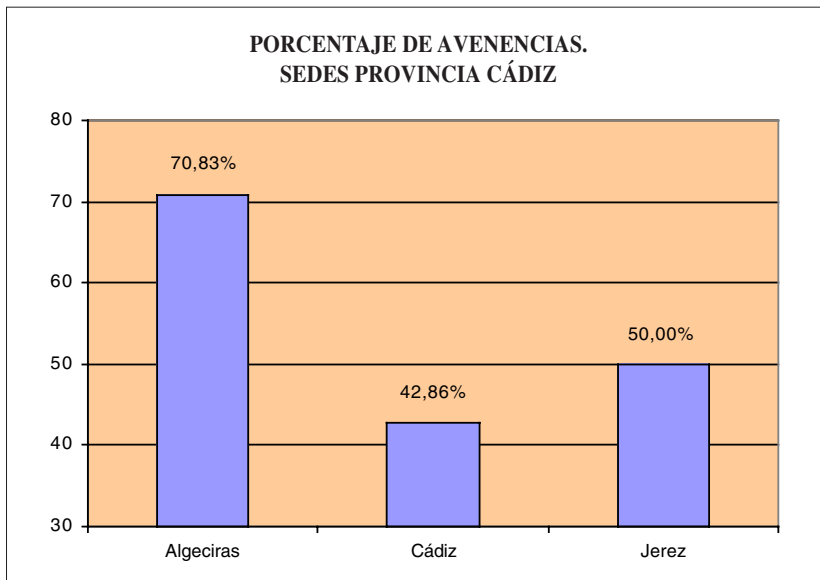


3.1. Resultados por ámbito geográfico

Al desagregar el porcentaje global de avenencias por provincias, se aprecian diferencias muy significativas.



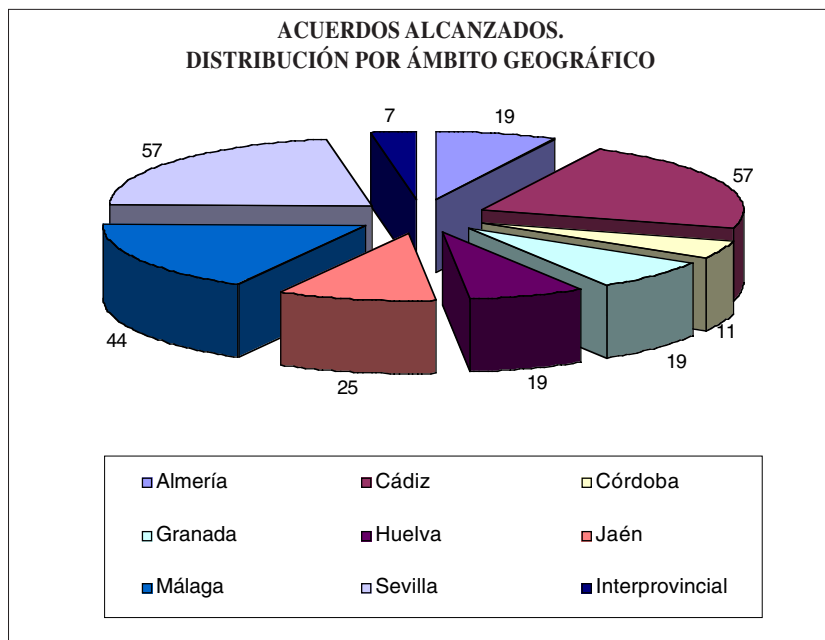
Las provincias de Huelva y Jaén destacan como aquellas en las que se registran los porcentajes más elevados de acuerdos en 2005, situándose ambas muy por encima de la media del Sistema. En el extremo opuesto se sitúan los datos correspondientes a Málaga y Sevilla, únicas provincias que no alcanzan el 50% de acuerdos.



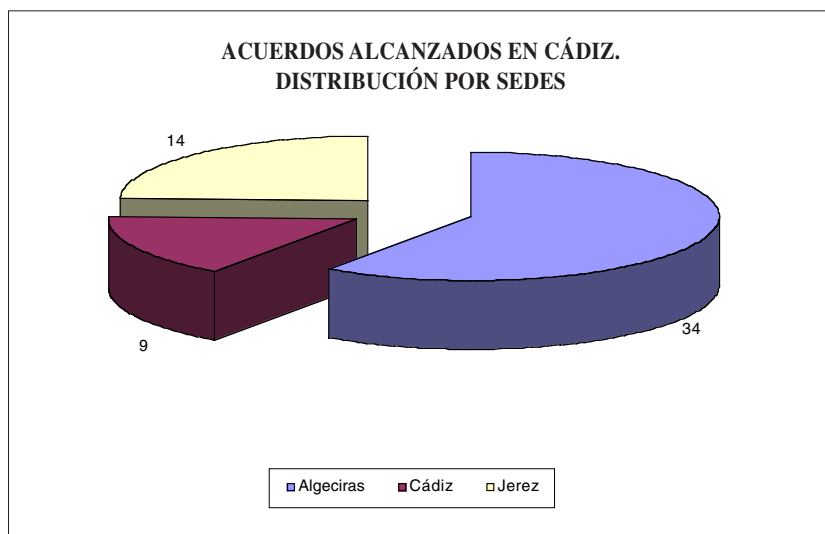
Si al analizar los datos correspondientes a la provincia de Cádiz se distingue entre los conflictos resueltos en las tres sedes con que cuenta el SERCLA en la misma, se aprecian diferencias muy significativas entre los resultados alcanzados en cada una de ellas.

En Algeciras, como ya suele ser habitual, se registra un porcentaje de acuerdos superior a la media del Sistema. En 2005, el índice de avenencias logrado en esta sede resulta ser el más alto de todos los centros de actuación del SERCLA en Andalucía, mereciendo ser destacado como un dato extraordinariamente positivo.

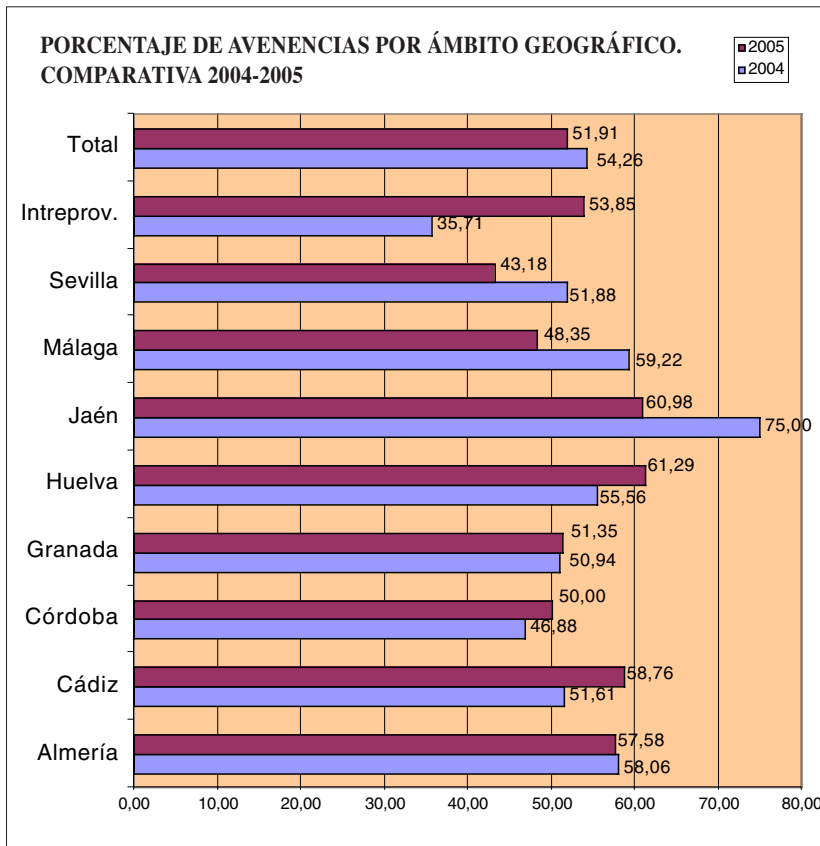
Mientras la ratio de avenencias de Jerez se sitúa algo por debajo de la media andaluza, el porcentaje de acuerdos suscritos en la sede de la ciudad de Cádiz viene a ser el más reducido del Sistema en este año.



Al analizar la distribución provincial del número absoluto de acuerdos rubricados en sede SERCLA a lo largo de 2005, resulta evidente que las provincias de Cádiz y Sevilla casi acaparan el 45% del total andaluz, siendo el ámbito interprovincial aquel al que menos acuerdos pertenecen.

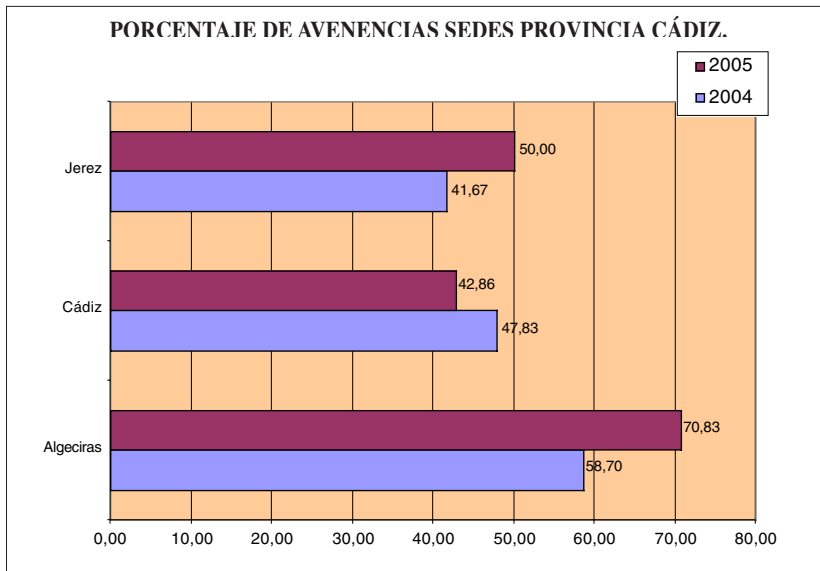


A la sede de Algeciras pertenecen 34 de los 57 acuerdos firmados en la provincia de Cádiz en 2005, quedando en cifras considerablemente inferiores los rubricados en Cádiz y Jerez.



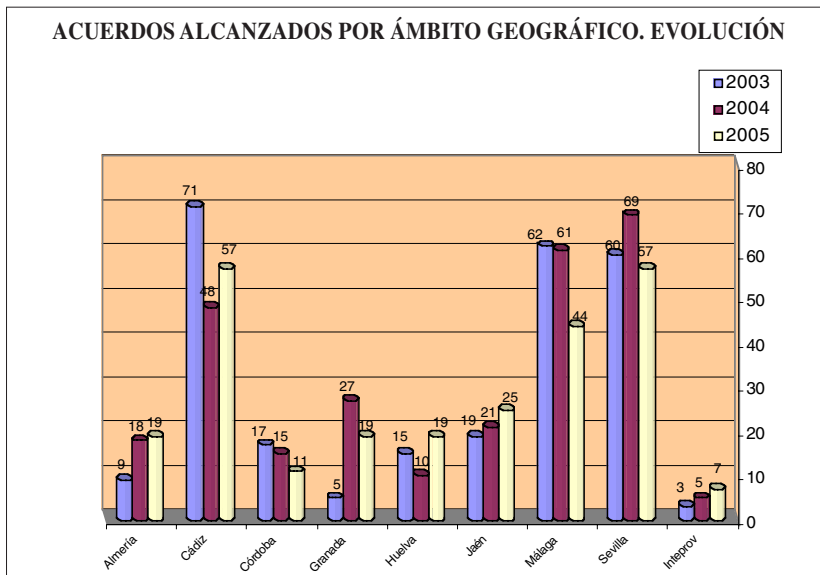
Al comparar los porcentajes de acuerdos registrados en 2005 en cada provincia con los del año anterior, vemos como se aprecia un significativo crecimiento porcentual de acuerdos en las provincias de Cádiz y Huelva.

Por el contrario, se observan retrocesos en los índices de avenencias correspondientes a las sedes del SERCLA en las provincias de Jaén, Málaga y Sevilla. La ratio de acuerdos del resto de las provincias no experimenta variación significativa.



Al efectuar la comparación de los resultados obtenidos en 2005 en las sedes de la provincia gaditana con los registrados el año anterior, vemos como el meritorio dato de Algeciras se ha visto mejorado considerablemente.

La sede de la ciudad de Cádiz experimenta un retroceso en la ratio de avenencias, situándose en 2005 muy por debajo de la media registrada en el conjunto del Sistema en el mismo período de tiempo.

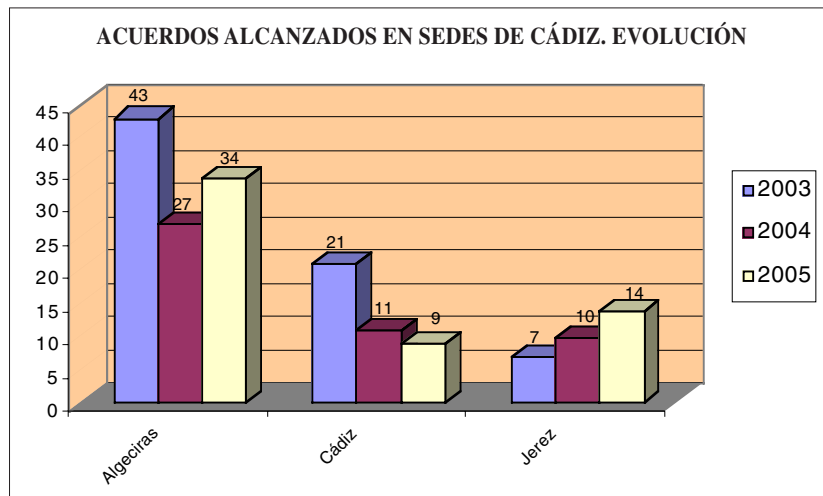


Por último, el centro de actuación de Jerez mejora sus resultados respecto a la anterior anualidad, y, aunque continúa por debajo del promedio andaluz, consigue casi aproximarse al mismo.

Si se efectúa un análisis de la evolución del número absoluto de acuerdos alcanzados en cada provincia en el último trienio, se aprecia como las cifras de las provincias de Almería y Jaén muestran una progresión constante. Lo contrario ocurre en Córdoba.

Otra circunstancia digna de mención es el sobresaliente dato de Huelva en 2005, alcanzando una cifra de acuerdos que casi dobla la del año anterior. Este último año también ha significado tanto un importante bajón en el número de avenencias de Málaga, como un ascenso estimable de las alcanzadas en la provincia de Cádiz.

Al observar el número de acuerdos alcanzados en las sedes de la provincia gaditana en los tres últimos años, contrasta el progresivo descenso de los rubricados en la ciudad de Cádiz con el progreso de los firmados en Jerez. El número de acuerdos de la sede de Algeciras en 2005 resulta notablemente superior al registrado el año precedente.

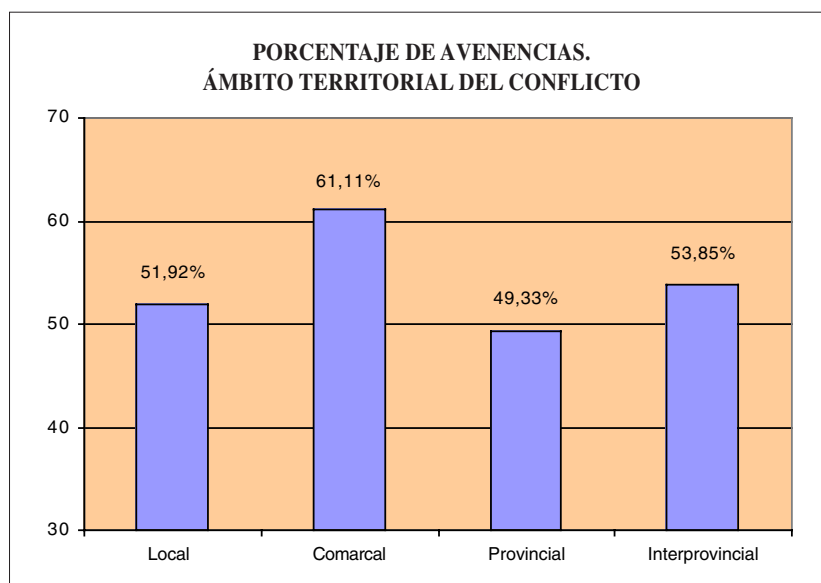


Por otro lado, si efectuamos un análisis de los resultados atendiendo al ámbito territorial de los conflictos, se aprecia que, como ocurriera en pasadas anualidades, el porcentaje más elevado de acuerdos corresponde a los conflictos comarcales, si bien debemos tener presente que este nivel territorial es el menos representativo respecto del conjunto de los promovidos ante el Sistema. En 2005, se alcanzaron 11 acuerdos en los 18 conflictos comarcales tramitados.

A continuación aparece el índice de acuerdos logrado en la resolución de conflictos de carácter interprovincial, quebrándose así la tendencia de años anteriores, en los cuales el índice de avenencias más reducido correspondió a los conflictos que excedían de una provincia andaluza. En 2005, se rubricaron 7 acuerdos en los 13 conflictos interprovinciales tramitados.

En los conflictos locales el acuerdo se logró en un porcentaje muy próximo al de los interprovinciales. Se alcanzó avenencia en 203 de los 391 tramitados en 2005. En el ámbito local se inscribe la inmensa mayoría de los conflictos tramitados por el SERCLA, siendo por tanto un dato muy influyente en el porcentaje global de avenencias.

El ámbito territorial del conflicto menos propicio para el acuerdo en 2005 resultó ser el provincial. Registrándose un total de 37 acuerdos en los 75 conflictos provinciales tramitados.

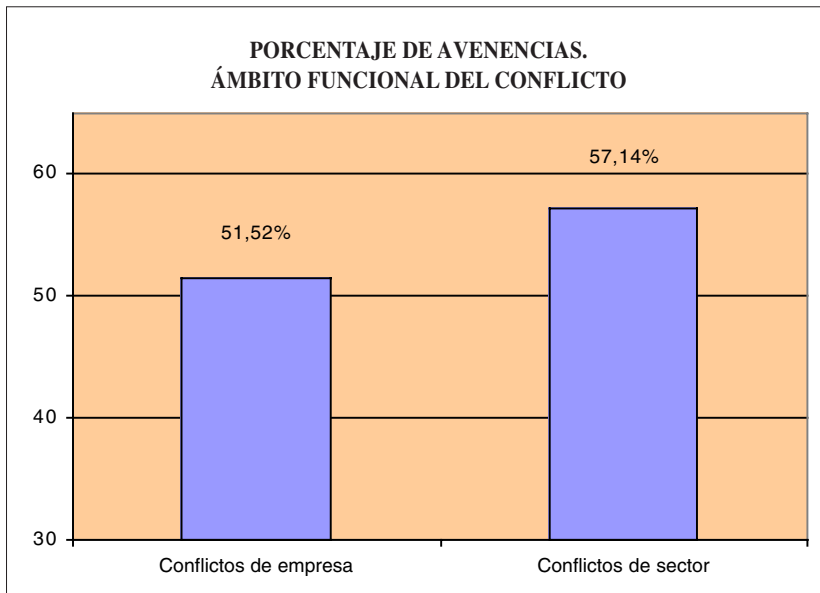


3.2. Resultados por ámbito funcional

Al observar los resultados desde el prisma del ámbito funcional del conflicto, y contrariamente a lo ocurrido en anualidades anteriores, resulta llamativo que en la resolución de los conflictos de sector se registró en 2005 un porcentaje de acuerdos más elevado que en la de los de empresa, dato importante a la vista de la mayor afectación personal de los conflictos sectoriales respecto a los de empresa en el conjunto de los tramitados.

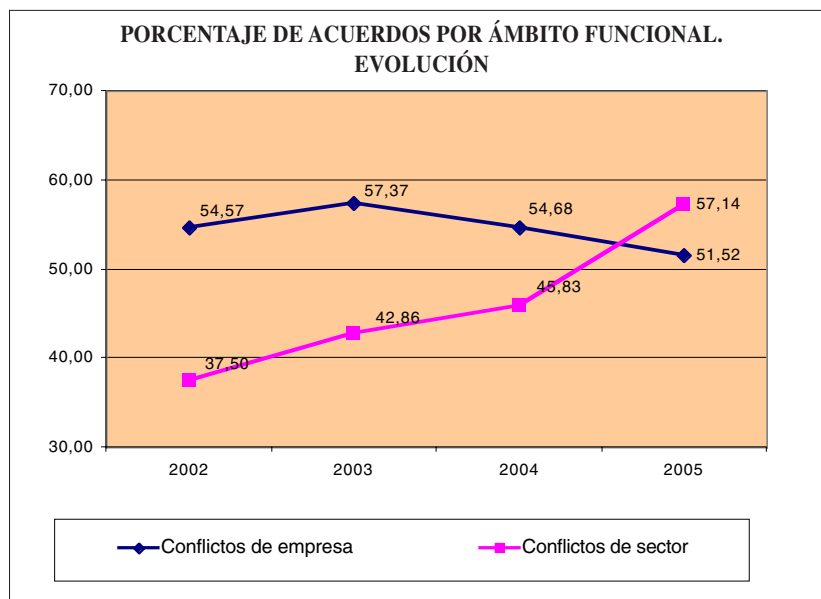
En 2005 se alcanzaron en alguna de las nueve sedes del SERCLA un total de 238 acuerdos en el conjunto de los 462 expedientes tramitados correspondientes a conflictos de empresa.

En este mismo período de tiempo, se rubricaron ante este Sistema extrajudicial hasta 20 avenencias en el global de los 35 conflictos de sector tramitados por el mismo.



De entre los conflictos de sector en los que se alcanzó acuerdo en sede SERCLA en 2005 cabe destacar, debido a la elevada afectación personal de los mismos, los relativos a los siguientes sectores de actividad económica:

- Almería: Manipulado y Envasado de Frutas y Hortalizas.
- Cádiz: Transporte de Mercancías de Larga Distancia.
- Córdoba: Actividades Agropecuarias de la Comarca de Bujalance.
- Granada: Limpieza Viaria, Industria Siderometalúrgica, Industria de la Panadería y Comercio.
- Huelva: Comercio y Hostelería.
- Jaén: Hostelería, Industrias de la Madera y Corcho, Derivados del Cemento y Comercio de Materiales de Construcción.
- Sevilla: Soladores, Limpieza de Edificios y Locales y Operadores Logísticos.
- Interprovincial: Enseñanza Centros Concertados.



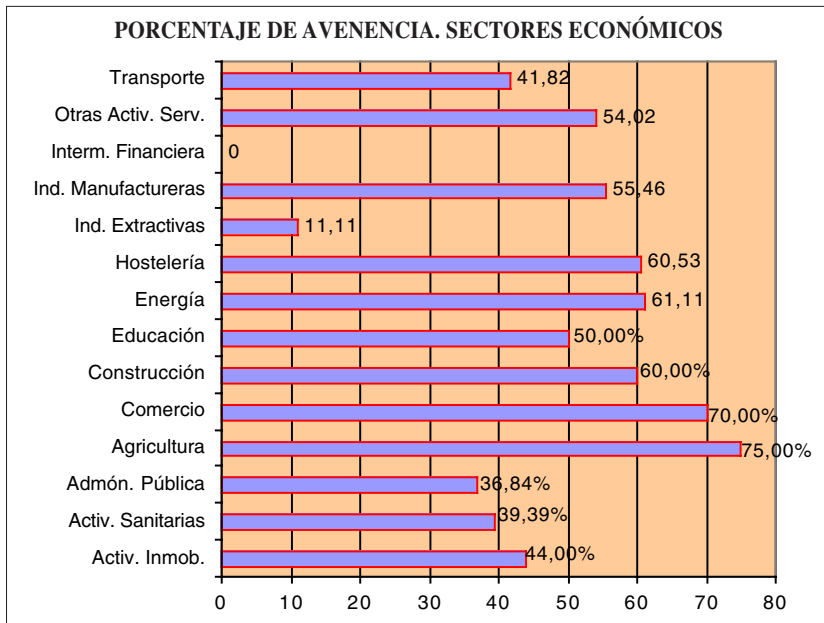
Al efectuar un análisis de la evolución de los resultados alcanzados en función del ámbito funcional de los conflictos, se aprecia que en los conflictos de empresa la tendencia es decreciente, siendo el dato de 2005 inferior en tres puntos porcentuales al del año anterior.

Sin embargo, el porcentaje de acuerdos alcanzados en la resolución de conflictos de sector se ha incrementado muy notablemente, de forma que la ratio de avenencias rubricadas en 2005 implica un crecimiento de once puntos porcentuales respecto a la cifra de la anualidad precedente.

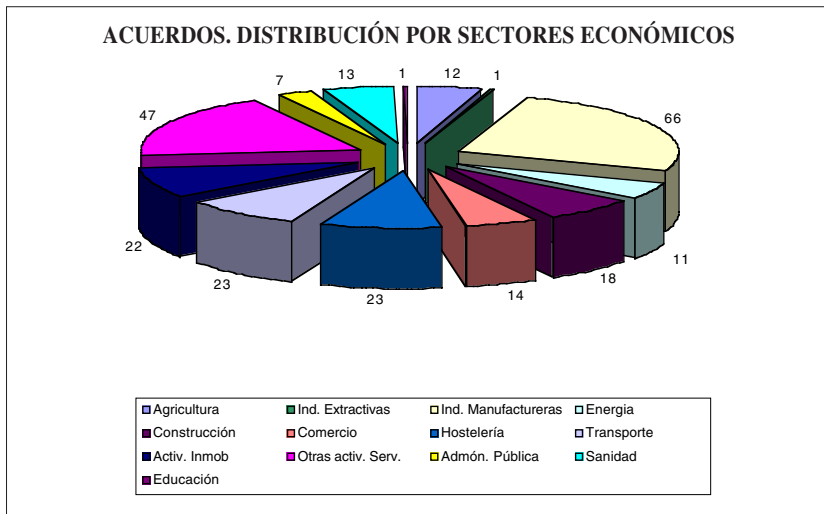
3.3. Resultados por sectores de actividad

Los porcentajes de avenencia más altos se registran en los conflictos encuadrados en los sectores de Agricultura (12 acuerdos en los 16 conflictos tramitados), Comercio (14 acuerdos en los 20 conflictos tramitados), Energía (11 acuerdos en los 18 conflictos tramitados), Hostelería (23 acuerdos en los 38 conflictos tramitados) y Construcción (18 acuerdos en los 30 conflictos tramitados).

En sentido opuesto, los porcentajes de acuerdo más bajos corresponden a conflictos incluidos en sectores tales como Intermediación Financiera (sin avenencia en el único conflicto tramitado), Industrias Extractivas (1 acuerdo en los 9 conflictos tramitados), Administración Pública (7 acuerdos en los 19 conflictos tramitados) y Sanidad (13 acuerdos en los 33 conflictos tramitados).



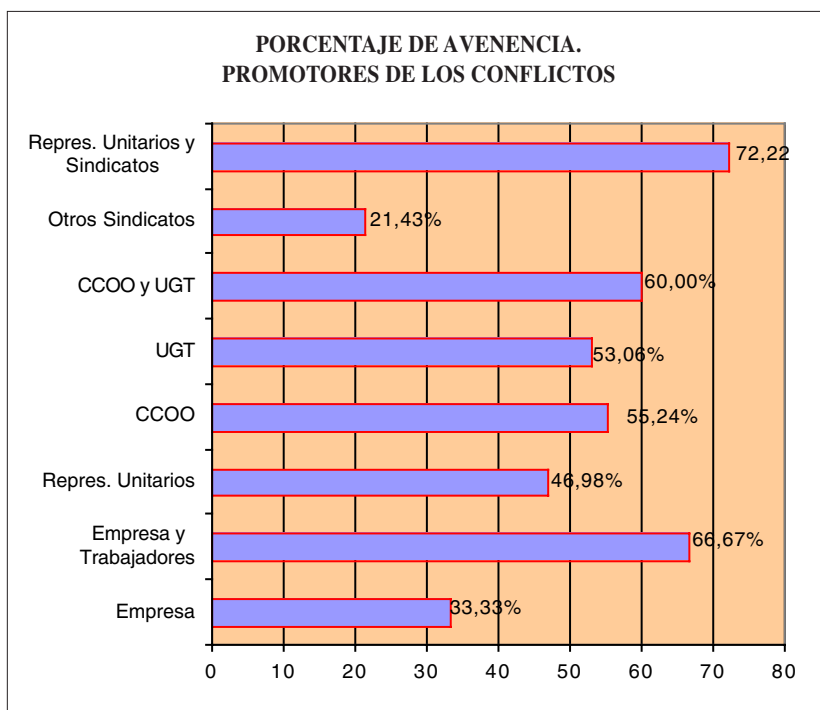
No obstante, si al analizar los acuerdos alcanzados en sede SERCLA en 2005 tenemos en cuenta el sector de actividad económica al que pertenece cada conflicto, resalta la circunstancia de que tanto Industrias Manufactureras como Otras Actividades Servicios Prestados a la Comunidad (acoge fundamentalmente a los conflictos de la actividad de limpieza), son sectores que acaparan gran número de conflictos y alto número de acuerdos.



3.4. Resultados por promotores

Si consideramos los diferentes promotores de los conflictos al desglosar los resultados registrados en 2005, resulta evidente que los porcentajes de avenencia más elevados corresponden a los conflictos promovidos conjuntamente por representantes unitarios y sindicatos (de los 36 conflictos tramitados, 26 finalizaron con acuerdo), así como a los promovidos conjuntamente por empresa y trabajadores (2 acuerdos en los 3 conflictos tramitados).

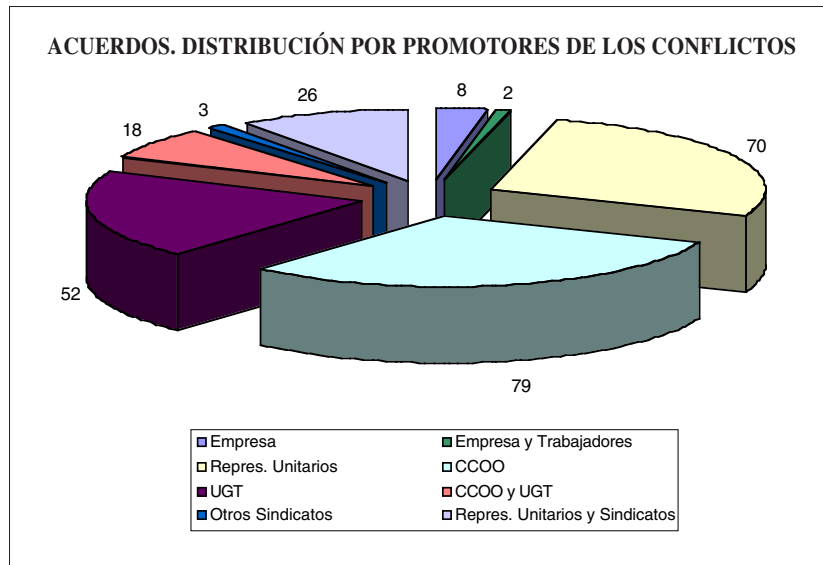
Los porcentajes de acuerdo más reducidos se observan en la resolución de los conflictos promovidos por Organizaciones sindicales distintas de las firmantes del Acuerdo constitutivo del SERCLA (3 acuerdos en los 14 conflictos tramitados).



Si tenemos en cuenta los diferentes tipos de promotores de los procedimientos al analizar los acuerdos alcanzados en los conflictos tramitados por el SERCLA en 2005, resulta fácil concluir que en cuanto a número de avenencias, alcanzan las cifras más elevadas los promovidos por Comisiones Obreras, así como los presentados por representantes unitarios. A conti-

nuación aparece el grupo de acuerdos que ponen fin a procedimientos promovidos por UGT.

Los números de acuerdos más reducidos corresponden a los alcanzados en los conflictos promovidos conjuntamente por empresa y trabajadores, así como a las avenencias logradas en los procedimientos de conflicto colectivo interpuestos ante el SERCLA por organizaciones sindicales distintas a los firmantes del Acuerdo constitutivo de este Sistema.

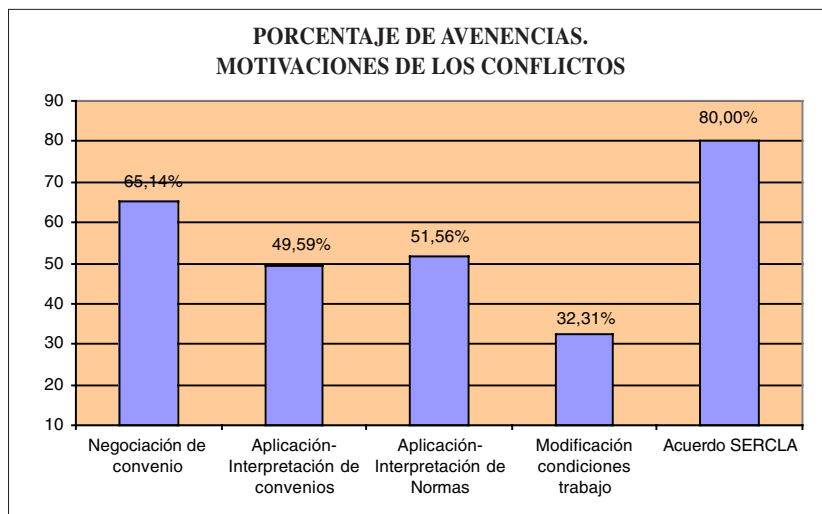


3.5. Resultados por motivaciones

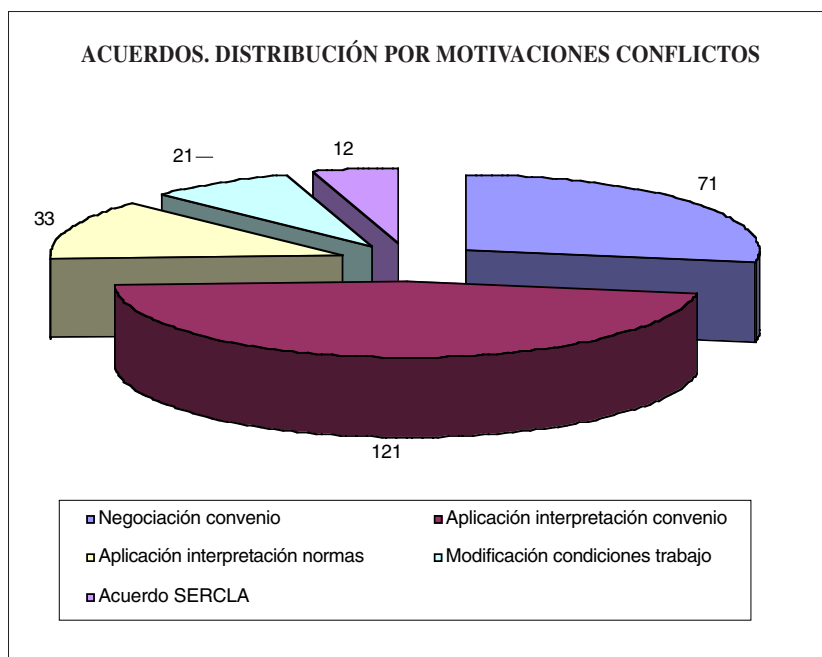
Al estudiar los resultados registrados considerándolos en atención a las diferentes motivaciones a que puede deberse la interposición de un conflicto, se aprecian diferencias en los índices de avenencia alcanzados.

El porcentaje más alto corresponde a los conflictos cuyo motivo se refiere a la interpretación o aplicación de un acuerdo alcanzado previamente en sede SERCLA (12 acuerdos en los 15 conflictos tramitados). Los derivados de la negociación de convenio también registran un índice de avenencias superior a la media (71 acuerdos en los 109 conflictos tramitados).

Los conflictos debidos a la modificación de condiciones de trabajo (21 acuerdos en los 65 conflictos tramitados) y a la aplicación e interpretación de convenios (121 acuerdos en los 244 conflictos tramitados) son los que alcanzan una menor proporción de acuerdos.

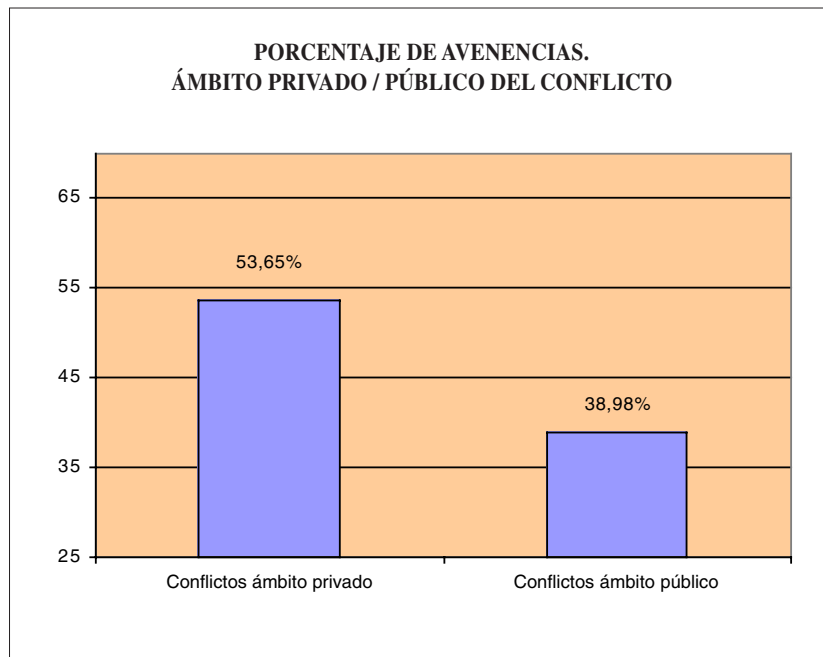


En 2005 el mayor número de acuerdos alcanzados corresponde a los conflictos motivados por la aplicación e interpretación de convenios, seguidos de aquellos que obedecen a la negociación de convenios.



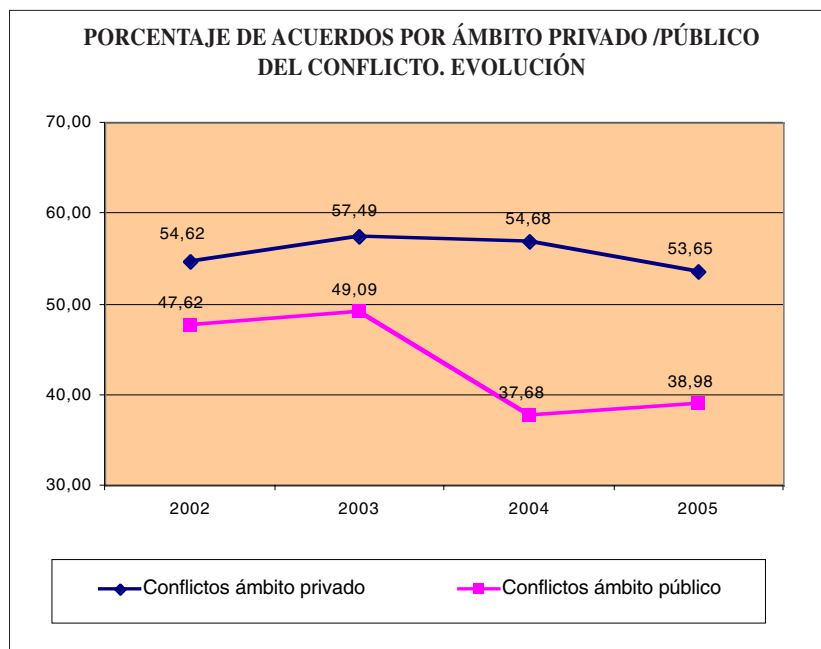
3.6. Resultados por ámbito privado/público

Al observar los resultados registrados en la resolución de los conflictos tramitados por el SERCLA en 2005 según estén encuadrados en el ámbito público o en el privado, se aprecia que se obtienen mejores ratios de acuerdos en el ámbito privado, en el cual se insertan 235 avenencias en el conjunto de los 438 conflictos tramitados. En el ámbito público, se han logrado 23 acuerdos en un global de 59 conflictos tramitados.



Si los datos de 2005 se comparan con los de años precedentes, se puede apreciar que, debido al retroceso que experimentan los acuerdos en el ámbito privado, se ha reducido levemente la apreciable diferencia respecto a los resultados derivados de la resolución de conflictos pertenecientes al sector público.

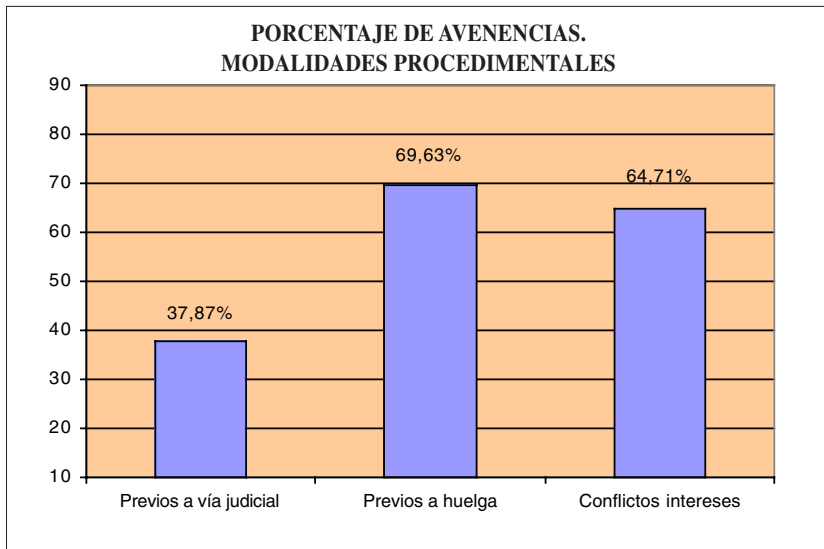
El índice de avenencias alcanzadas en conflictos pertenecientes al sector privado experimenta un descenso de tres puntos porcentuales respecto a la ratio lograda en el año precedente. Sin embargo, los acuerdos rubricados en conflictos encuadrados en el ámbito público crecen 1 punto porcentual respecto a la cifra del año anterior.



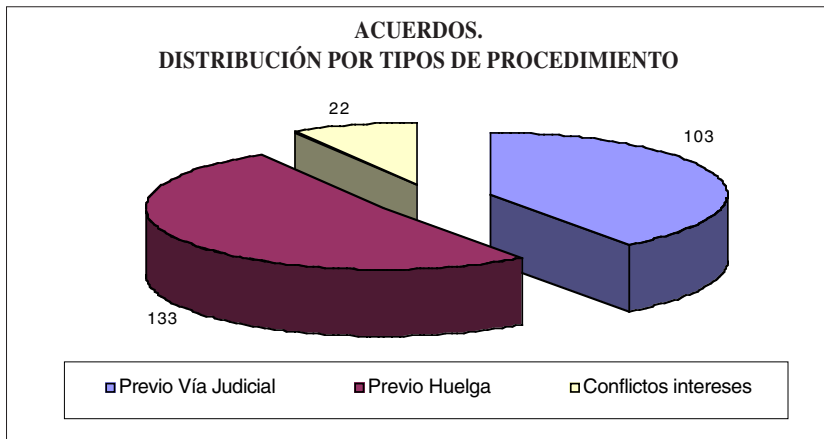
Entre los acuerdos suscritos en SERCLA en 2004 poniendo fin a conflictos pertenecientes al sector público, cabe citar, a modo de ejemplo, a los que afectaron al Ayuntamiento de Almería, Diputación de Almería, Agencia Andaluza del Agua, Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental, Empresa Municipal de Transporte Urbano de Huelva, Ayuntamiento de Sevilla y Personal Laboral de la Junta de Andalucía.

3.7. Resultados por modalidades procedimentales

Como ocurriera en pasadas anualidades, los resultados de 2005 ofrecen diferencias sustanciales en función del tipo de procedimiento de que se trate, apreciándose que resulta superior el porcentaje de acuerdos logrado en aquellos procedimientos que no constituyen una instancia previa al proceso judicial, tales como los conflictos de intereses y, sobre todo, los conflictos previos a huelga.

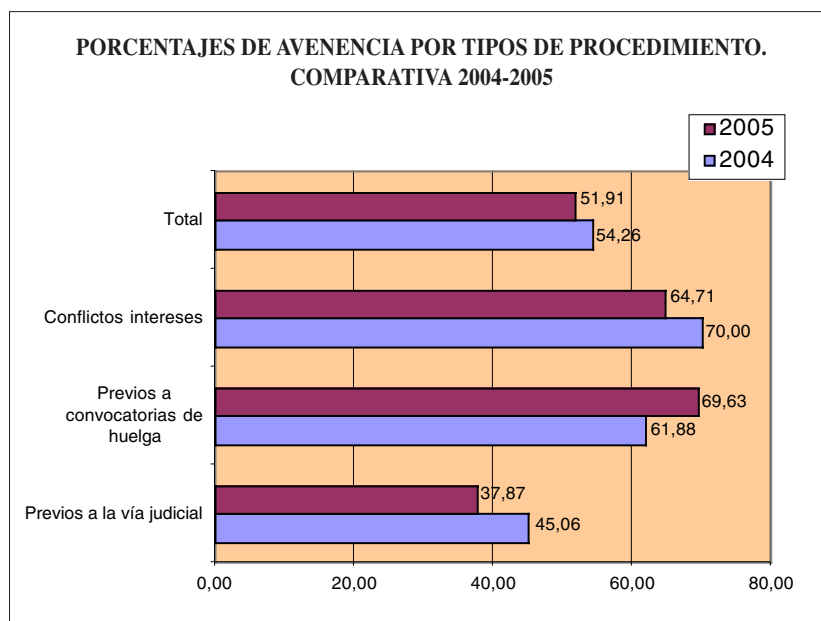


En esta anualidad, se firmaron 103 acuerdos en los 272 conflictos previos a la vía judicial tramitados. Un total de 133 conflictos previos a huelga concluyeron con avenencia en el global de los 191 tramitados. Por último, de los 34 conflictos de intereses (procedimiento general) que tuvieron tramitación efectiva, 22 finalizaron con acuerdo.



Si comparamos los índices de acuerdos logrados en 2005 en cada uno de los tipos de procedimiento con los del año anterior, vemos como lo más destacado resulta ser el importante crecimiento porcentual de avenencias alcanzadas en la resolución de conflictos previos a huelga, superior al retro-

ceso experimentado en la de los previos a vía judicial, si bien éste último tiene mayor influencia en el porcentaje global debido a el mayor peso cuantitativo de estos procedimientos.



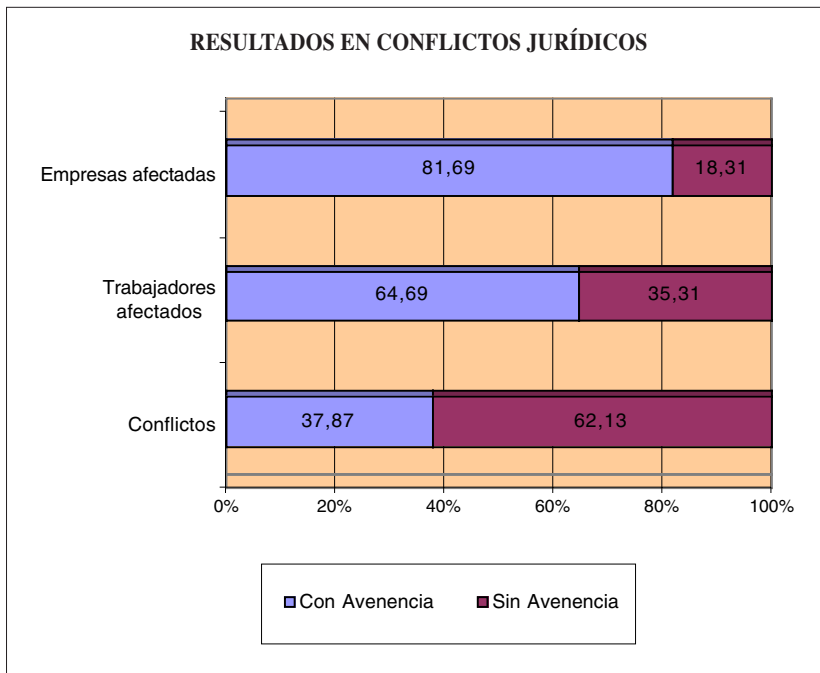
Respecto al año anterior, el índice de acuerdos logrado en la resolución de conflictos jurídicos experimenta una caída de algo más de siete puntos porcentuales. En los conflictos de intereses el retroceso supera levemente los cinco puntos porcentuales.

Sin embargo, en los conflictos previos a huelga la ratio de avenencias crece casi 8 puntos porcentuales respecto al dato de la anualidad precedente, de forma que siete de cada diez de los expedientes tramitados tuvieron un final acordado, evitándose así las respectivas huelgas.

3.7.1. *Resultados en conflictos jurídicos*

Con carácter previo a la valoración de los resultados derivados de la resolución de este tipo de conflictos, conviene tener presente que la sustanciación de los mismos por el SERCLA se debe a que, en virtud del Acuerdo Interprofesional constitutivo, este Sistema Extrajudicial actúa con carácter preceptivo, al haber asumido la función del trámite preprocesal obligatorio previsto en el artículo 154 de la Ley de Procedimiento Laboral.

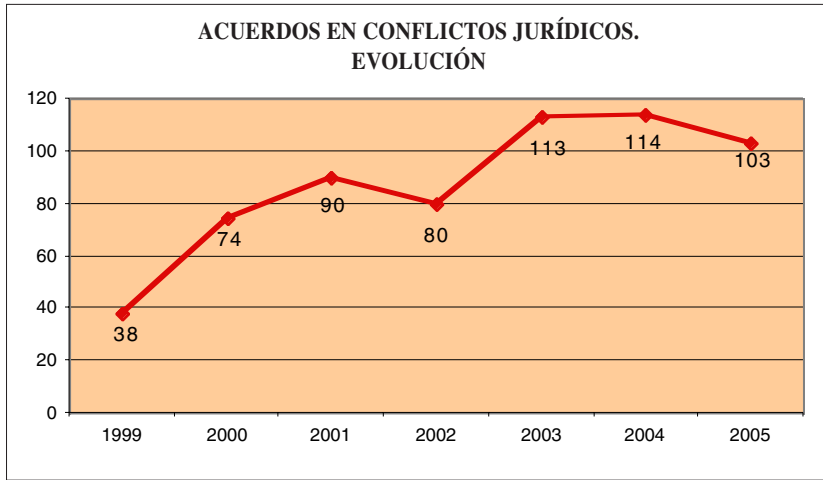
Con anterioridad a su asunción por el SERCLA, este intento de conciliación era objeto de tramitación en el servicio administrativo correspondiente. En concreto, en Andalucía correspondía a los Centros de Mediación, Arbitraje y Conciliación (CMAC), unidades administrativas incardinadas en la actualidad en la estructura orgánica de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía.



En el año 2005, el porcentaje de acuerdos alcanzado en sede SERCLA en la resolución de procedimientos previos a vía judicial alcanzó el 37,87% de los conflictos tramitados, finalizando con acuerdo un total 103 expedientes, los cuales extienden su ámbito de aplicación a 7.293 empresas y a 86.863 trabajadores andaluces.

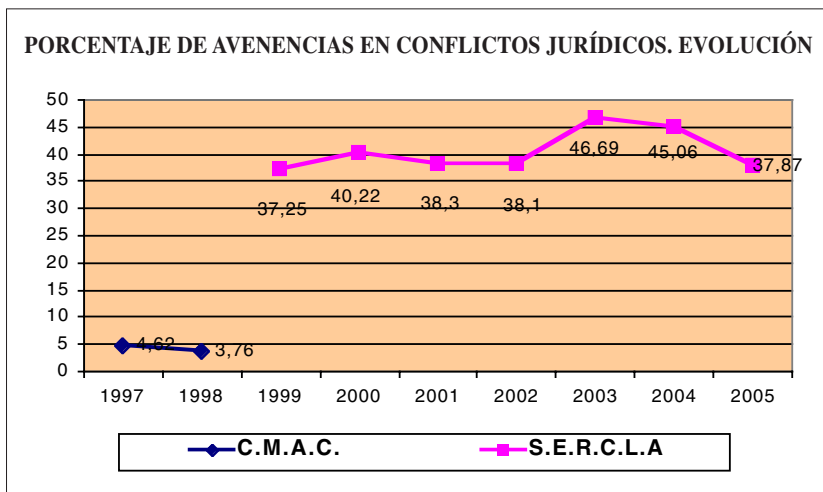
Estos datos suponen que los acuerdos suscritos en la resolución de conflictos jurídicos alcanzaron al 81,69% de las empresas y al 64,69% de los trabajadores afectados por tales controversias.

Así pues, los resultados obtenidos en 2005 en la mediación previa a la vía judicial deben valorarse teniendo en cuenta que, si bien el número de acuerdos logrados es algo inferior a la cifra del año precedente, la afectación personal de las 103 avenencias rubricadas en 2005 alcanza unas cotas muy elevadas, dato éste que resulta extraordinariamente positivo.



La ratio de avenencias alcanzadas en 2005 en la resolución de este tipo de procedimientos, aunque inferior a las altas cotas registradas por el SERCLA los dos años anteriores, sigue quedando a enorme distancia de los porcentajes de acuerdos del anterior sistema conciliatorio administrativo gestionado por los Centros de Mediación Arbitraje y Conciliación.

En este sentido, no podemos perder de vista la repercusión que pueden tener los resultados obtenidos en este Sistema Extrajudicial al intentar resolver conflictos de índole jurídica, ya que consecuencia lógica de los acuerdos previos sustanciados en el SERCLA debe ser la disminución de la conflictividad colectiva laboral en sede judicial en nuestra Comunidad Autónoma.

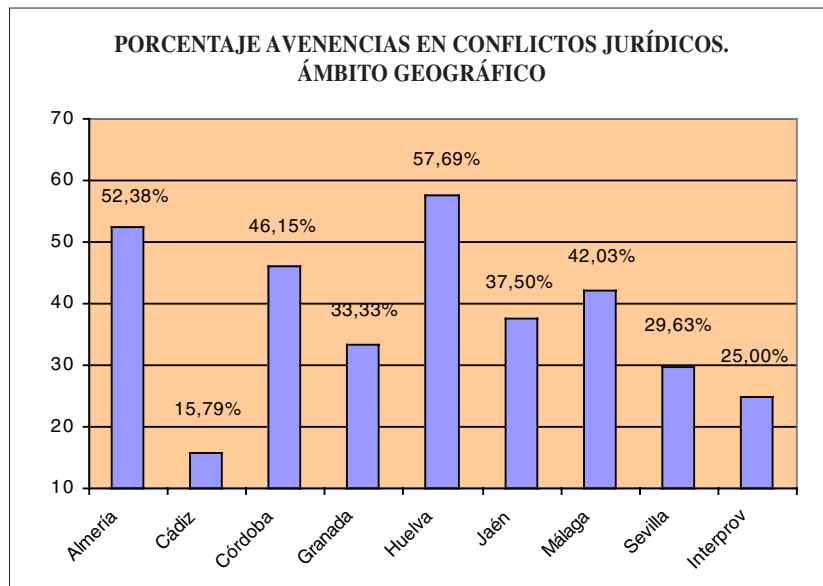


Entre los conflictos previos a vía judicial en los que se alcanzó acuerdo en 2005 cabe citar a modo de ejemplo debido a su importante afectación personal, los que se refirieron a sectores tales como Manipulado y Envasado de Frutas y Hortalizas de Almería, Industrias Siderometalúrgicas de Granada, Comercio de Huelva, así como los de Hostelería de Huelva y Jaén.

En el ámbito empresarial, también debido a su elevada afectación, resulta necesario destacar el acuerdo alcanzado en el conflicto relativo al personal laboral de la Junta de Andalucía.

Por otro lado, al desglosar por provincias los resultados obtenidos en 2005 en la resolución de conflictos jurídicos, resalta el elevado porcentaje de avenencias registrado en Huelva. También se sitúan por encima de la media las ratios de Almería, Córdoba y Málaga.

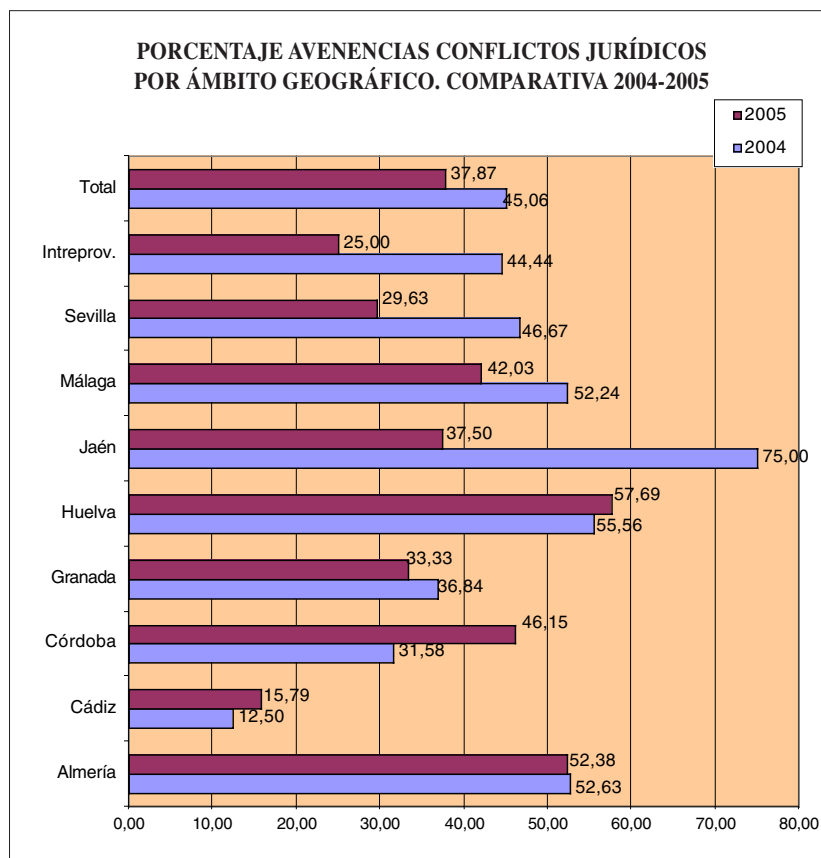
Por el contrario, en la provincia de Cádiz se observa un índice de acuerdos en los previos a vía judicial que se sitúa muy por debajo del promedio andaluz, circunstancia esta que ya concurría en las anualidades precedentes.



Si por lo que se refiere a los procedimientos previos a la vía judicial se procede a la comparación de los resultados obtenidos en 2005 en cada una de las provincias y respecto a los correspondientes a la anualidad anterior, se observan varias circunstancias dignas de ser destacadas.

Lo más significativo son los incrementos experimentados en el porcentaje de acuerdos en las provincias de Córdoba y Huelva. En sentido

opuesto, son llamativos los descensos registrados en los índices de Jaén y Sevilla.

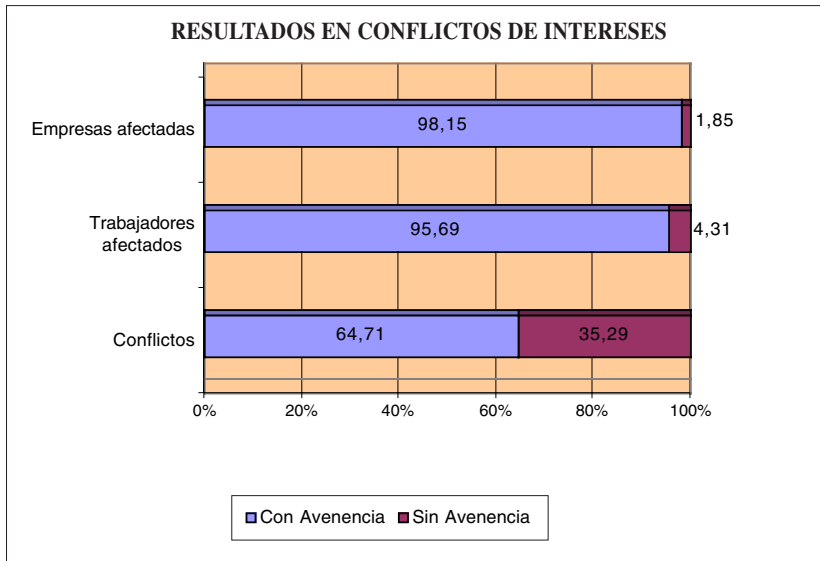


3.7.2. Resultados en conflictos de negociación o intereses

En supuestos de conflictos de intereses, es decir, aquellos surgidos como consecuencia de procesos de negociación colectiva, los sujetos legitimados pueden acudir facultativamente al SERCLA, que desempeña el role de instancia en la que se intenta la superación de situaciones de impasse u obstrucción del proceso negociador.

En la resolución de conflictos de intereses el porcentaje de acuerdos alcanzados en sede SERCLA en el año 2005 se sitúa en el 64,71% de los tramitados, finalizando con acuerdo un total 22 expedientes, los cuales extienden su ámbito de aplicación a 2.653 empresas y 38.741 trabajadores andaluces.

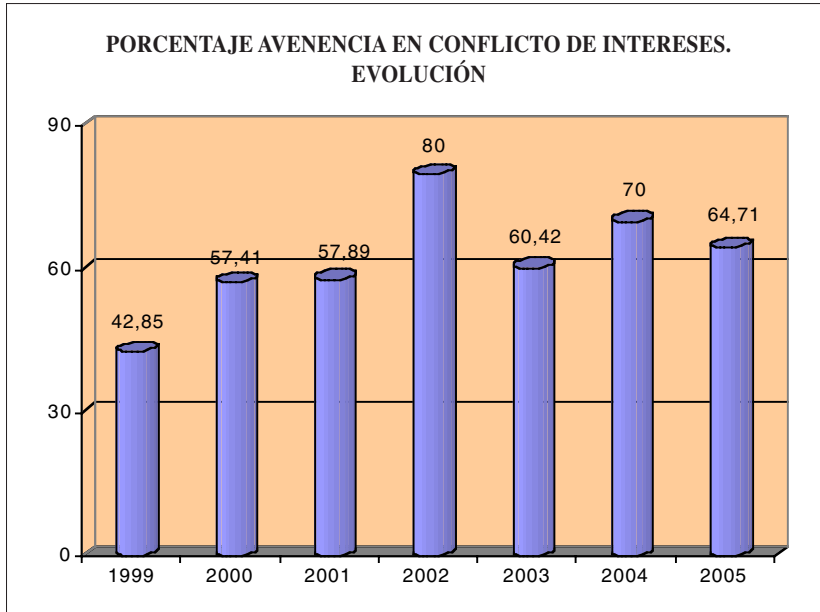
Estos datos suponen que los acuerdos suscritos en la resolución de conflictos de intereses alcanzaron al 98,15% de las empresas y al 95,69% de los trabajadores afectados por tales controversias.



El número de acuerdos logrados en la resolución de este tipo de conflictos ha alcanzado una cota inferior a la del año anterior, sin duda debido a la menor cantidad de conflictos de este tipo que se interpusieron en 2005 ante cualquiera de los centros de actuación del Sistema.



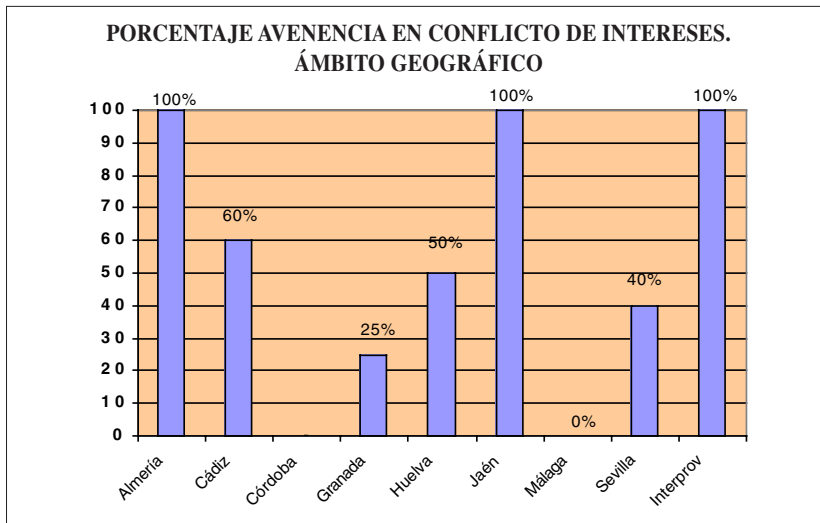
Al observar el porcentaje de avenencia alcanzado en estos seis años en la resolución de bloqueos de negociación colectiva, se aprecia que estamos ante un tipo de conflicto en el que el SERCLA resulta ser un instrumento muy útil.



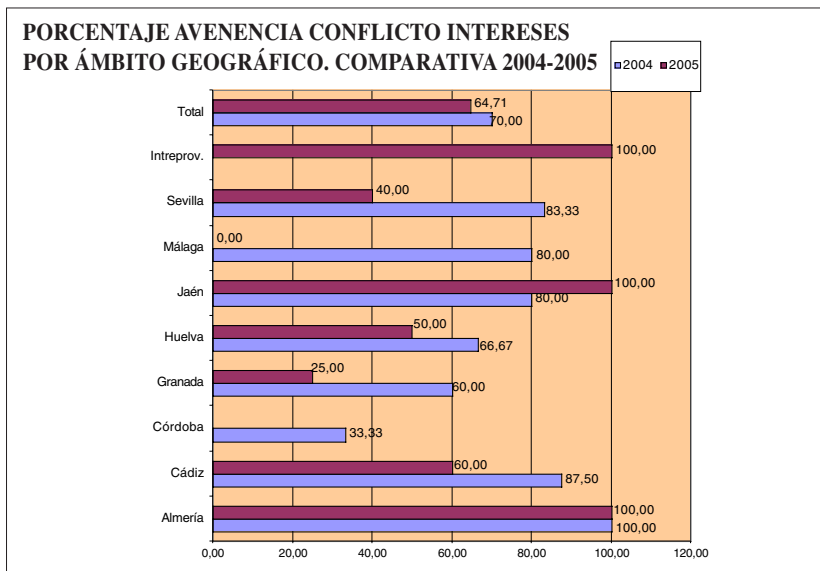
La intervención de este Sistema Extrajudicial en 2005, sirvió para que se logaran acuerdos superadores de situaciones de impasse en procesos negociadores que afectaron, por ejemplo, a empresas tales como Ertisa (Huelva), Aguas de Jaén, S.A. (Jaén), y las Entidades Concesionarias de ITV (Interprovincial).

También a través de esta modalidad procedimental, la mediación del SERCLA ha propiciado la firma de convenios sectoriales tales como los de Panadería de Granada, Hostelería de Jaén, Madera y Corcho de Jaén, Derivados del Cemento y Materiales de Construcción de Jaén, coadyuvando al desbloqueo de conflicto relativo a los Centros Concertados de Enseñanza de Andalucía.

Al comparar los resultados obtenidos en 2005 en cada provincia en la resolución de conflictos de intereses, sobresalen los extraordinarios porcentajes de acuerdos registrado en Almería, Jaén y el ámbito interprovincial. La mayoría de las provincias alcanzan elevados ratios de avenencias, siendo Granada, Málaga y Sevilla las únicas que aparecen por debajo de la media. En Córdoba no se tramitó ningún conflicto de este tipo.



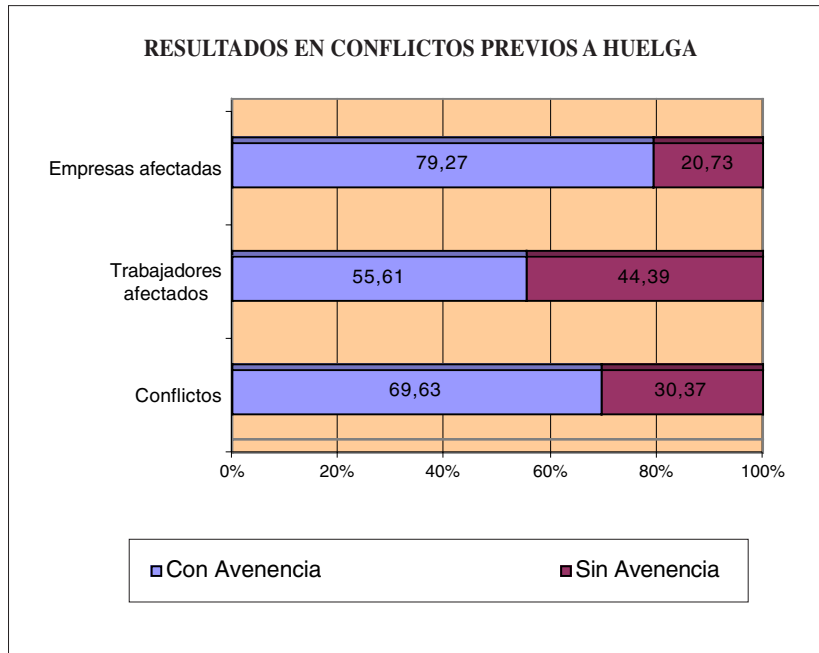
Si, dentro de esta modalidad procedimental, se procede a confrontar los resultados obtenidos en 2005 en cada una de las provincias con los correspondientes a la anualidad anterior, se observan varias circunstancias dignas de ser destacadas. Por un lado, llaman la atención los descensos de los porcentajes de avenencias de Málaga y Sevilla. También merece destacarse el crecimiento porcentual de acuerdos de Jaén. Por último, Almería se mantiene como la provincia que registró el mejor dato.



3.7.3. Resultados en conflictos previos a huelga

Con anterioridad al análisis de los resultados debemos recordar que estamos ante un procedimiento cuyo objeto es constituir un cauce de diálogo previo al inicio de una huelga que en caso de culminar en acuerdo permite evitar la misma y las consecuencias que para todos conlleva. Este procedimiento es obligatorio con carácter previo a la convocatoria de huelga para los firmantes del Acuerdo Interprofesional constitutivo del SERCLA, siempre que ellos sean los sujetos convocantes. El recurso a este procedimiento por parte de los demás sujetos colectivos de la Comunidad Autónoma tiene carácter voluntario.

El porcentaje de acuerdos alcanzado en SERCLA en el año 2005 en la resolución de los conflictos previos a huelga se situó en el 69,63% de los tramitados, finalizando con avenencia un total de 133 expedientes. Estos datos suponen que los acuerdos suscritos en la resolución de estos conflictos alcanzaron al 98,15% de las empresas y al 95,69% de los trabajadores afectados por tales controversias.

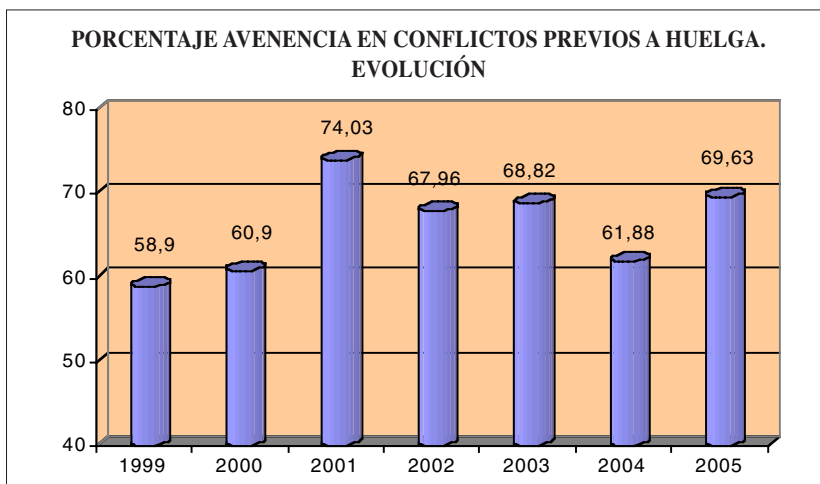


El número de acuerdos alcanzados en 2005 en la resolución de este tipo de conflictos se sitúa entre los más elevados de los registrados en los siete años de funcionamiento del Sistema.

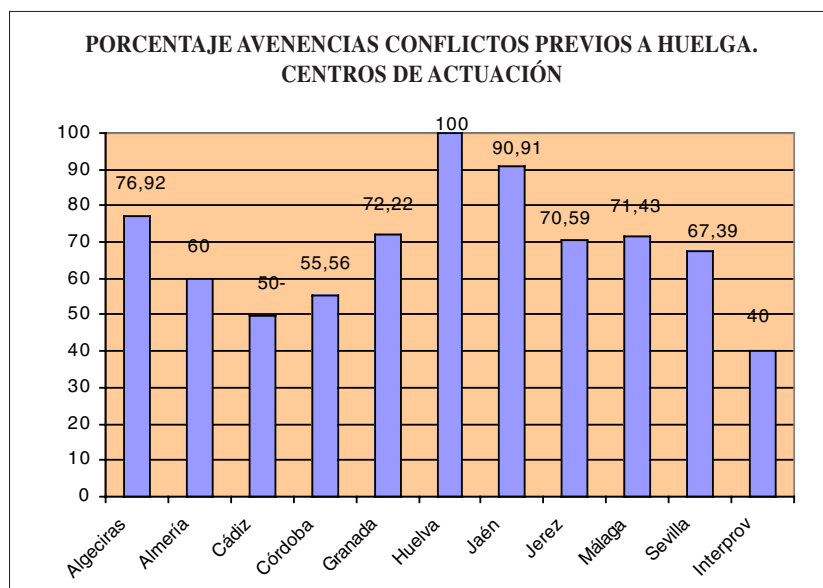


Al examinar la evolución del porcentaje de avenencia alcanzado en la evitación de huelgas se aprecia que el SERCLA mantiene un muy elevado nivel de eficacia, encontrándose la ratio de acuerdos de 2005 entre las más altas de las registradas en los años de funcionamiento de este Sistema.

El porcentaje global de avenencia logrado en 2005 en la resolución de este tipo de conflicto no solo consolida, sino que mejora notablemente el índice registrado el año precedente. Esto supone que se mantiene un muy elevado nivel de solución consensuada en el SERCLA de estos, fruto del diálogo y el acercamiento de sus protagonistas, contribuyendo de este modo al fomento de la paz social. Así, este Sistema Extrajudicial puede presumir que casi 7 de cada 10 conflictos de este tipo fueron resueltos exitosamente, lo que conllevó la correspondiente desconvocatoria de huelga.



Si descendemos al análisis de los datos de cada una de los centros de actuación del SERCLA en 2005, vemos como en varios de ellos los porcentajes de avenencia en la resolución de conflictos previos a huelga son notablemente superiores a la media del Sistema: Huelva, Jaén y Algeciras superan ampliamente el promedio andaluz.

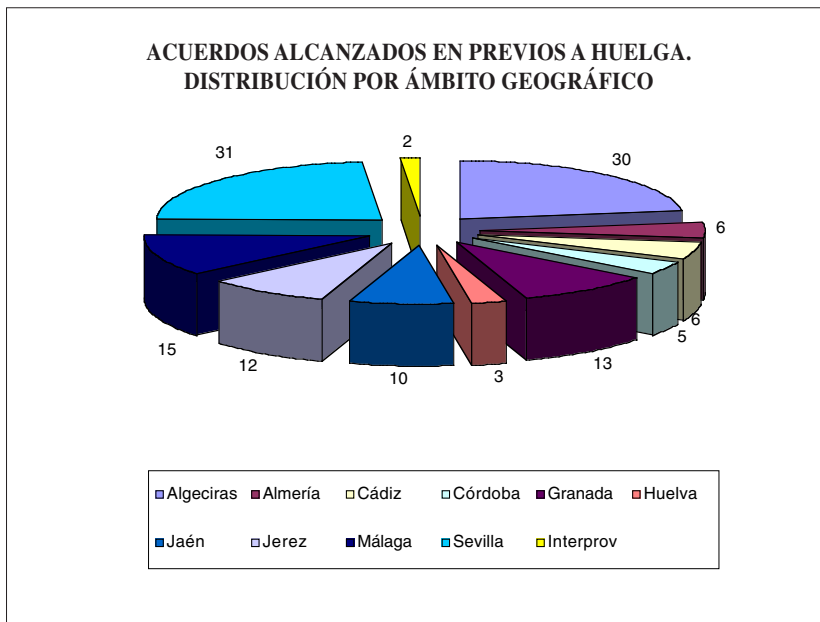


EXPEDIENTES PREVIOS A HUELGA CONCLUIDOS CON AVENENCIA

Ámbito	N.º	Empresas	Trabajadores	Horas de trabajo recuperadas
Almería	6	7	352	10.632
Cádiz	48	366	12.557	1.196.088
Córdoba	5	7	182	24.528
Granada	13	3.521	15.400	289.856
Huelva	3	3	588	30.224
Jaén	10	1.209	8.564	77.664
Málaga	15	15	878	47.744
Sevilla	31	673	20.953	541.976
Interprovincial	2	6	280	14.480
Total	133	5.807	59.754	2.233.192

**EXPEDIENTES PREVIOS A HUELGA CONCLUIDOS CON AVENENCIA.
SEDES PROVINCIA DE CÁDIZ**

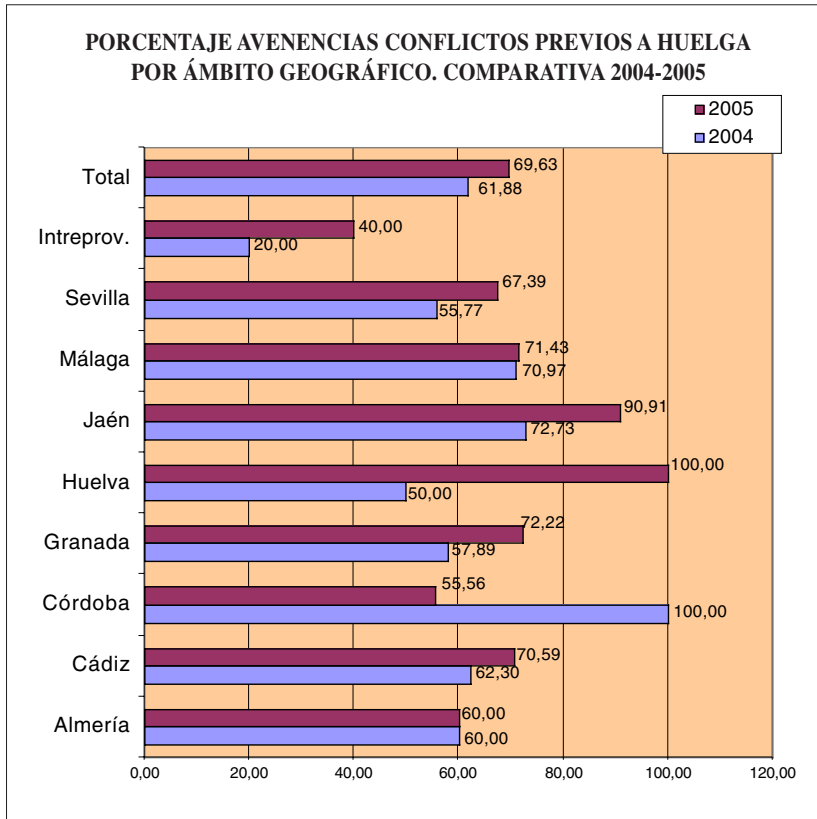
Sede	N.º	Empresas	Trabajadores	Horas de trabajo recuperadas
Cádiz	6	300	9.345	1.093.280
Algeciras	30	54	2.400	66.760
Jerez	12	12	812	36.048



El mayor número de acuerdos suscritos en procedimientos previos a huelga se observa en la sede de Sevilla, cuyas actuaciones implicaron la evitación de 31 huelgas. A continuación se sitúa Algeciras, sede en la que, gracias a la mediación de este Sistema, 30 huelgas no se llevaron a efecto.

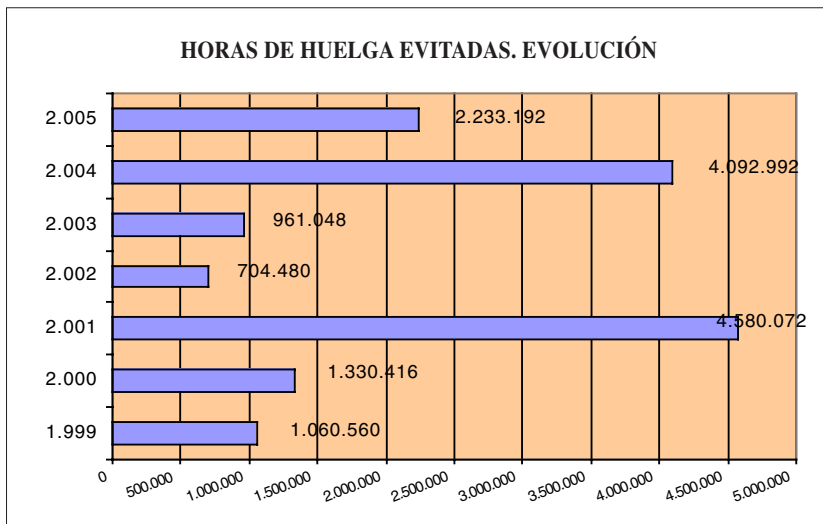
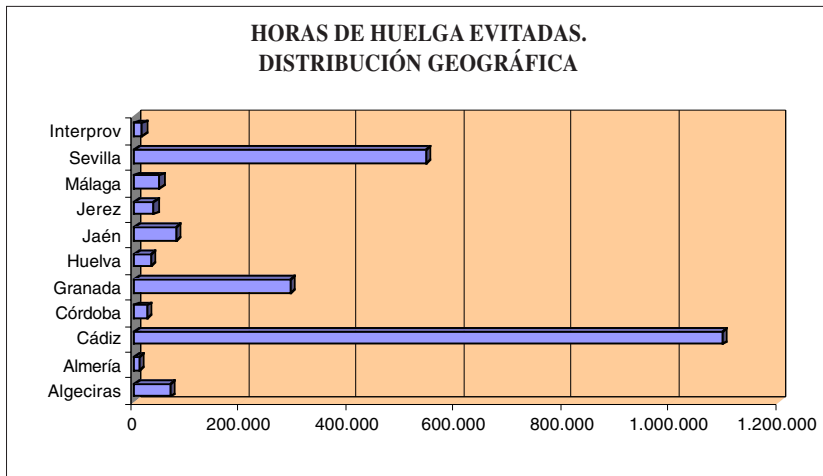
Respecto a los resultados obtenidos en los procedimientos previos a huelga, los datos de 2005, al compararlos con los del año anterior, reflejan un decremento en Córdoba. En contraposición, se observan importantes incrementos en los porcentajes de acuerdos alcanzados en la evitación de huelgas en Cádiz, Granada, Huelva, Jaén y Sevilla.

Entre los acuerdos alcanzados en SERCLA en 2005 en este tipo de procedimiento cabe citar, a la vista de su elevada afectación personal, aquellos que conllevaron la desconvocatoria de huelga en empresas tales como Dragados Off Shore, Cepsa, Clece, Atlantic Cooper, Eurolimp (Universidad de Sevilla), Eucomsa, y Distribuidora Internacional de Alimentación.



Por otro lado, conviene destacar que las avenencias alcanzadas en varios conflictos sectoriales a lo largo de la anualidad 2005, han conllevado tanto la evitación de las correspondientes huelgas como el desbloqueo de la negociación del respectivo convenio colectivo.

Los acuerdos firmados en SERCLA evitaron huelgas que habrían afectado a los sectores de Transporte de Mercancías de Larga Distancia de Cádiz, Limpieza Viaria de Granada, Comercio de Granada, Madera y Corcho de Jaén, Soladores de Sevilla, y Limpieza de Edificios y Locales de Sevilla.

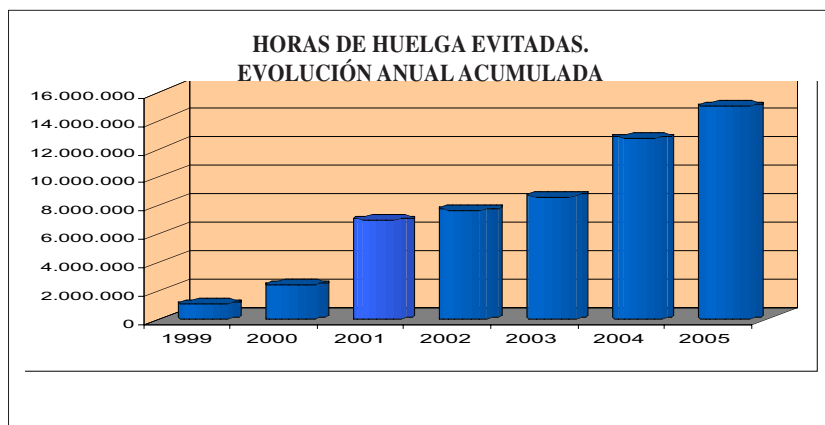


La distribución territorial de las horas de huelga evitadas gracias a los acuerdos alcanzados, pone de relieve importantes diferencias, sobresaliendo las cifras correspondientes a Cádiz y Sevilla, centros de actuación en los que se alcanzan avenencias que afectan a gran número de trabajadores.

**1999-2005. EXPEDIENTES PREVIOS A HUELGA
CONCLUIDOS CON AVENENCIA**

Ámbito	N.º	Empresas	Trabajadores	Horas de trabajo recuperadas
Andalucía	776	61.637	544.822	14.964.800

En su conjunto los resultados obtenidos por el SERCLA bajo esta modalidad procedimental en sus siete años de funcionamiento, suponen 776 acuerdos que han permitido evitar la pérdida de casi 15 millones de horas de trabajo, en concreto un total de 14.964.800.





5

Reseña de Legislación







Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (enero-marzo 2006)

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO *

DECRETO 280/2005, de 20 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas de carácter extraordinario a favor de personas ancianas y enfermas o inválidas incapacitadas para el trabajo, beneficiarias de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos

El Decreto 568/2004, de 21 de diciembre, estableció ayudas económicas complementarias de las previstas en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del Fondo Nacional de Asistencia Social a favor de ancianos y de enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, quedando limitada su vigencia al ejercicio de 2005, en la misma línea de establecida para ejercicios anteriores.

Estas ayudas pretenden complementar la cuantía económica de las prestaciones percibidas por los beneficiarios antedichos, como expresión de solidaridad social hacia personas con recursos insuficientes; por más que, durante los últimos años, numerosos beneficiarios de FAS y LISMI hayan optado por pensiones no contributivas, resta aún un colectivo que, tras las reiteradas campañas de información y asesoramiento efectuadas por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social y otras Entidades Públicas, por circunstancias diversas, mantienen sus antiguas prestaciones.

Por todo ello, se estima necesario establecer también para el año en curso esta ayuda de carácter extraordinario, con el objetivo de proporcionar a los ciudadanos y ciudadanas socialmente menos favorecidos un aumento real en sus recursos económicos disponibles.

Las ayudas concedidas tendrán la naturaleza de prestación de asistencia social de carácter personal, intransferible y extraordinario, sin que impliquen el derecho a seguir percibiéndolas en sucesivos años. La cuantía individual de es-

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide.

tas ayudas se fija en 733,82 euros anuales, que se fraccionará en cuatro pagas a lo largo del año, en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de 2006, con cargo a los créditos existentes en la aplicación 484.01 del Servicio 01 de la Sección Presupuestaria 34.00 «Pensiones Asistenciales».

Serán beneficiarios de estas ayudas los perceptores de ayudas FAS y LISMI que mantengan esta condición al menos durante los tres meses inmediatamente anteriores y residan habitualmente en el territorio de la Comunidad. La suspensión y pérdida del derecho a la percepción de estas ayudas sociales de carácter extraordinario se producirá en los mismos supuestos previstos para las prestaciones que complementan.

DECRETO 281/2005, de 20 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas

El artículo 13.22 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales. La Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, dispone en su artículo 14 que podrán establecerse prestaciones económicas, de carácter periódico y no periódico, a favor de aquellas personas que no puedan atender a sus necesidades básicas debido a la situación económica y social en que se hallan. Por su parte, tanto la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, como la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, ambas en su artículo 40, se pronuncian en igual sentido. Por su parte, el Gobierno de la Comunidad Autónoma considera que las personas beneficiarias de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social se encuentran incursas en este supuesto, en consideración a la cuantía de la prestación que perciben y su bajo nivel de rentas, situación confirmada por el Plan Nacional del Reino de España para la Inclusión Social, que considera a los beneficiarios y beneficiarias de estas pensiones no contributivas un colectivo en riesgo de exclusión, debiéndose promover el establecimiento de mecanismos que ayuden a eliminar las causas que motivan este riesgo.

El Decreto comentado establece ayudas sociales extraordinarias a favor de los beneficiarios y beneficiarias de pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, de naturaleza personal e intransferible y carácter extraordinario, sin que se consoliden para el futuro. La cuantía individual es de 84,86 euros, abonándose mediante un pago único y financiadas con cargo a los créditos existentes en la aplicación 484.01 del Servicio 01 de la Sección Presupuestaria 34.00 «Pensiones Asistenciales».

Serán beneficiarios de estas ayudas sociales de carácter extraordinario las personas receptoras de pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas a fecha 31 de diciembre de 2005 que residan habitualmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La suspensión y pérdida del derecho a la percepción de estas ayudas de carácter extraordinario se producirá en los mismos supuestos previstos para las pensiones de referencia.

REAL DECRETO 1562/2005, de 23 de diciembre, de ampliación de medios económicos adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, en materia de gestión de la Formación Profesional Ocupacional (Formación Continua)

El artículo 149.1.13.a) de la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, estableciendo el mismo artículo 149.1.7.a) que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas. Estatuto de Autonomía para Andalucía establece, en sus artículos 17.2 y 18.1, que corresponde a la Junta de Andalucía la planificación de la actividad económica de Andalucía y la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral. El Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, aprobó el traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios en materia de gestión de la Formación Profesional Ocupacional. Por su parte, las Sentencias del Tribunal Constitucional 95/2002, de 25 de abril, y 190/2002, de 17 de octubre, reconocen a las Comunidades Autónomas funciones relativas a la gestión de la Formación Continua. Asimismo, el Real Decreto 3825/1982, de 15 de septiembre, regula la forma y condiciones de los traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

De conformidad con lo dispuesto en dicha norma, se aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias Administración del Estado-Junta de Andalucía por el que se amplían los medios económicos adscritos a las funciones y servicios traspasados por el Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, que tienen por objeto la financiación de determinadas funciones y servicios relativos a la gestión de la formación continua por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía en cumplimiento de las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional, que determina la transferencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía de los medios económicos correspondientes, en los términos que resultan del propio Acuerdo y de la relación anexa a la norma comentada.

REAL DECRETO 1563/2005, de 23 de diciembre, sobre ampliación de medios económicos adscritos al traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por el Real Decreto 957/2005, de 29 de julio, de las funciones y servicios en materia Educativa, de Empleo y Formación Profesional Ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina

El RD 957/2005 aprueba el acuerdo de traspaso a nuestra Comunidad las funciones y servicios en materia Educativa, de Empleo y Formación Profesional Ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina, adoptado por la Comisión Mixta de Transferencias, en virtud de la ejecución de sentencias que afectan a las retribuciones del personal que percibían antes de la efectividad del traspaso. A partir de dicho acuerdo procede ampliar los medios económicos traspasados para adecuar las valoraciones del coste efectivo del traspaso a las retribuciones derivadas de las sentencias dictadas. Mediante el Decreto comentado se aprueba el mencionado Acuerdo, por el que se concreta la ampliación de me-

dios económicos adscritos al traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios antes descritos, en los términos que resultan del propio Acuerdo y de la relación anexa a la norma comentada.

DECRETO 30/2006, de 7 de febrero, por el que se acuerda la elaboración del Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía

La Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo tiene como uno de sus principales objetivos la creación y mantenimiento de empleo y, consecuentemente, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, aplicando para ello una visión integral de todo su territorio y una preferente atención a aquellos colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo o en riesgo de exclusión, entre los que se hallan las personas con discapacidad. Para la consecución del citado objetivo, el artículo 3 de dicha Ley dispone que el Servicio Andaluz de Empleo ejercerá entre sus funciones la de la elaboración de los planes de empleo que serán aprobados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Paralelamente, conviene tener en cuenta los objetivos marcados por la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía.

Todo lo anterior justifica la elaboración de un Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía, que regule las actuaciones dirigidas a corregir la desigualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y posibilitar su integración laboral, tomando para ello en consideración los aspectos correspondientes en materia de empleo, formación para el empleo, orientación laboral, prevención de riesgos laborales, educación, empresa y bienestar social así como el acceso a la función pública, sin olvidar la aplicación transversal del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Como paso previo a la consecución del mencionado Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad, la Consejería de Empleo ha considerado necesario ordenar la composición de la Comisión Ejecutiva (art. 2), en el plazo de un mes desde la publicación de la norma, como de la Comisión Técnica (art.3), en el plazo de tres meses desde la constitución de la primera, que acometerán la elaboración del mismo, con las siguientes funciones:

Funciones de la Comisión Ejecutiva:

a) Establecer las directrices con las que debe desarrollar su trabajo la Comisión Técnica, velando porque en ellas esté presente el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

b) Elaborar el Plan de Empleabilidad para personas con discapacidad y elevarlo al Consejo de Gobierno para su aprobación, de conformidad con el artículo 4.a) de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, y, en su caso, solicitar la remisión del referido plan al Parlamento de Andalucía.

Funciones de la Comisión Técnica:

Será función de la Comisión Técnica la realización de los trabajos y estudios previos para la elaboración de una propuesta del Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad, de acuerdo con las directrices marcadas por la Comisión Ejecutiva, teniendo en cuenta materias como empleo, prevención de

riesgos laborales, negociación colectiva, autoempleo, educación, formación profesional específica, formación profesional para el empleo, bienestar social, accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas, acceso al empleo público, enfoque integrado de género, economía social.

DECRETO 48/2006, de 1 de marzo, de ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas

El Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, estableció un catálogo de iniciativas dirigidas a satisfacer las necesidades de las familias andaluzas desde una perspectiva integral. Su disp. adic. 3.ª prevé la revisión y adaptación de a la realidad de dicha norma anualmente. Posteriormente, los Decretos 18/2003, de 4 de febrero, 7/2004, de 20 de enero, y 66/2005, de 8 de marzo, actualizan y amplían las medidas inicialmente incluidas en la precitada norma. Transcurrido el primer cuatrienio de vigencia del Decreto 137/2002, y tras la valoración realizada de los resultados generados por las distintas iniciativas implantadas dentro de las políticas de apoyo a las familias andaluzas, la norma comentada establece nuevas medidas para atender nuevas demandas sociales, y dota de vigencia indefinida aquellas otras que se han revelado útiles y efectivas para atender las necesidades de las familias andaluzas.

Entre estas nuevas medidas pueden destacarse las de potenciar mejoras específicas en el Sistema Sanitario Público para las personas mayores de 65 años y las personas con discapacidad; avanzar en el establecimiento de la gratuidad de los libros de texto para el alumnado de la enseñanza obligatoria; reforzar la implantación de las acciones destinadas a la contratación de personas para cuidados de un familiar con minusvalía; promover la incorporación al uso de las nuevas tecnologías para las familias residentes en los municipios más pequeños que aún no se hayan beneficiado de este tipo de iniciativas (entre diez mil y cincuenta mil habitantes) y, finalmente, ampliar los servicios complementarios de los Centros de Atención Socioeducativa a niños y niñas ajenos a dichos Centros cuyas familias los soliciten.

ORDEN de 27 de enero de 2006, por la que se regulan las bases y el procedimiento de concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a empresas que desarrollen su actividad en la Comunidad Autónoma de Andalucía para la realización de acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres

El Estatuto de Autonomía para Andalucía encomienda a la Comunidad el objetivo de propiciar la efectiva igualdad del hombre y de la mujer, promoviendo la plena incorporación de ésta en la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica y política. El Instituto Andaluz de la Mujer tiene como fin promover las condiciones para conseguir dicho objetivo, fomentando la participación y presencia de la mujer en la vida política, económica, cultural y social, y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política de ésta. Para el cumplimiento de sus fines, y con el objetivo de favorecer la igualdad de trato y oportunidades de las mujeres en las relaciones labora-

les, el Instituto Andaluz de la Mujer promovió y viene desarrollando el proyecto OPTIMA: Una nueva gestión de los recursos humanos.

Con este fin, y entre otras actuaciones, se dictó la Orden de 16 de abril de 2003 reguladora de una línea de subvenciones para la realización de acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. La entrada en vigor de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas. Financieras, requiere que se proceda a una nueva regulación de la concesión de estas subvenciones para su adecuación a las disposiciones contenidas en las citadas leyes y a las necesidades que se han puesto de manifiesto durante la vigencia de la Orden citada. Con dicho objetivo se aprueba la Orden comentada, procediendo a regular las bases y el procedimiento de concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a empresas que desarrollen su actividad en la Comunidad Autónoma Andaluza para la realización de acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres.

La financiación de las subvenciones reguladas en la presente Orden se efectuará con cargo a los créditos presupuestarios del Instituto Andaluz de la Mujer, participando en la misma la Unión Europea a través del Fondo Social Europeo en un 80%. El importe de las ayudas queda condicionado a las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio, pudiéndose adquirir compromisos de gasto de carácter plurianual.

Estas subvenciones tienen como finalidad la financiación de acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres, pudiéndose conceder las mismas para:

a) Estudios cuyo objetivo sea analizar la viabilidad de llevar a cabo una reorganización del trabajo que facilite la conciliación entre vida familiar y laboral de hombres y mujeres de la empresa.

b) Gastos derivados de guardería infantil, atención de personas mayores, personas enfermas y/o discapacitadas, siempre que los conceptos a subvencionar no estén financiados en el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas.

c) Asistencia técnica para la implantación de sistemas de gestión de recursos humanos con una perspectiva de género que garantice la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en aspectos como la selección, formación, valoración de los puestos de trabajo y política retributiva y/o de promoción profesional.

d) Gastos derivados de la implantación de nuevos sistemas de organización del trabajo que promuevan el acceso, permanencia y promoción de las mujeres, así como que faciliten la conciliación entre la vida familiar y laboral de mujeres y hombres en la empresa.

e) Gastos derivados de la realización de acciones dirigidas a garantizar un clima laboral libre de acoso sexual.

f) Cualquier otro gasto cuya finalidad sea combatir la segregación horizontal y vertical, así como facilitar la conciliación de la vida laboral y personal.

Las subvenciones podrán ser solicitadas por las empresas, ya sean sus titulares personas físicas o jurídicas, de carácter público o privado que desarrollen su actividad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que tengan previsto desarrollar o estén ejecutando proyectos que incluyan acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres.

ORDEN de 8 de febrero de 2006, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social

La Ley 4/1997, de 9 de julio, de Prevención y Asistencia en materia de Drogas, establece el marco normativo de las medidas destinadas a la incorporación social de los drogodependientes y aquellas otras personas afectadas por otro tipo de adicciones. El II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, por su parte, establece como objetivo evitar la exclusión y facilitar el proceso de incorporación social de estas personas, de ahí la importancia que en la incorporación laboral tienen los programas destinados a sensibilizar e incentivar a las empresas para que acepten a las personas drogodependientes. En esta línea de actuación, la Consejería de Asuntos Sociales publicó la Orden de 21 de enero de 2004, que a su vez derogó una anterior del año 2000 por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social. Tras la entrada en vigor de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, se pone de manifiesto la necesidad de adaptar la normativa existente a las innovaciones normativas contenidas en la misma.

Las subvenciones, de carácter permanente, tienen por objeto promover la contratación laboral de personas con problemas de drogodependencias y/o afectadas por el juego patológico, mediante un procedimiento de concesión de subvenciones que se realizará sin establecer comparación entre las solicitudes ni prelación entre las mismas, aunque sí estarán limitadas a la existencia de disponibilidad presupuestaria para cada ejercicio económico, financiándose con cargo al presupuesto de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, participando en la misma la Unión Europea a través del Fondo Social Europeo en un 75%.

Podrán ser beneficiarios de las subvenciones:

- a) Las personas físicas y jurídicas, titulares de empresas constituidas.
- b) Las Entidades sin ánimo de lucro.
- c) Administraciones Públicas y Entidades de ellas dependientes.
- d) En el caso de Entidades colaboradoras del programa Red de Artesanos, podrán prolongar la permanencia de los participantes, tanto a la finalización como en cualquier momento mediante la contratación laboral, indefinida o temporal, a tiempo completo o parcial de los mismos.

La concesión de subvenciones vendrá condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) En el caso de personas jurídicas, estar legalmente constituidas.
- b) Incorporar al trabajador a un centro de trabajo situado en Andalucía, durante un período mínimo de tres meses, formalizándose la contratación de acuerdo con las modalidades y contenidos previstos en la legislación laboral vigente.
- c) Los trabajadores contratados deberán encontrarse en proceso de incorporación social
- d) Las empresas beneficiarias facilitarán toda la información referente al trabajador de cara a realizar un seguimiento en el proceso de incorporación social de los mismos.
- e) No podrán concederse con cargo a este programa más de una subvención por trabajador, aunque éste sea posteriormente contratado por otro

empleador o se le contrate conforme a otra modalidad laboral, salvo en determinados supuestos

f) Las personas contratadas, o sus sustitutos, en su caso, deberán permanecer en dicha situación, como mínimo hasta agotar el importe total de la subvención concedida.

La cuantía de las subvenciones se determinará en función de las siguientes circunstancias:

1. Por cada contrato indefinido a tiempo completo: 8.414 euros.
2. Por cada contrato temporal y a tiempo completo:
 - a) Con una duración mínima de un año: 7.212 euros.
 - b) Con una duración mínima de seis meses: 3.606 euros.
 - c) Con una duración mínima de tres meses: 1.622 euros.
3. La cuantía de la subvención por cada contrato a tiempo parcial se calculará en proporción a la jornada pactada, sin que pueda ser inferior al 40% de la establecida para tiempo completo

DECRETO 280/2005, de 20 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas de carácter extraordinario a favor de personas ancianas y enfermas o inválidas incapacitadas para el trabajo, beneficiarias de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos BOJA núm. 5, de 10 de enero de 2006

El Decreto 568/2004, de 21 de diciembre, estableció ayudas económicas complementarias de las previstas en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del Fondo Nacional de Asistencia Social a favor de ancianos y de enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, fijándose en su artículo 2 una vigencia limitada al ejercicio de 2005, en la misma línea de protección establecida para ejercicios anteriores mediante Decretos aprobados periódicamente al efecto.

Constituye el objeto de estas ayudas la mejora de la cuantía económica de las prestaciones de los actuales beneficiarios y beneficiarias del Fondo de Asistencia Social (FAS) y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mi-

nimos de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), como expresión de solidaridad social hacia personas con recursos insuficientes, sin perjuicio de que continúen adoptándose las medidas necesarias para que aquéllas que reúnan los requisitos exigidos pasen a percibir las prestaciones no contributivas, en concordancia con el proceso de generalización de dichas prestaciones.

A pesar de que durante los últimos años han sido numerosos los beneficiarios y las beneficiarias de FAS y LISMI que han optado por pensiones no contributivas, resta aún un colectivo que, tras las reiteradas campañas de información y asesoramiento efectuadas por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social y otras Entidades Públicas, por circunstancias diversas, continúa con sus antiguas prestaciones y, por tanto, en condiciones de necesidad protegible.

Por ello, se considera necesario establecer para el año 2006 esta ayuda de carácter extraordinario. En este sentido es preciso dejar constancia que la cuantía de dicha ayuda está en la línea de fomentar una acción administrativa dirigida a proporcionar a los ciudadanos y ciudadanas socialmente menos favorecidos un aumento real en sus recursos económicos disponibles.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 26.15 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, de Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 20 de diciembre de 2005

DISPONGO

Artículo 1.º *Objeto.*—El presente Decreto tiene por objeto el establecimiento de ayudas sociales complementarias a las ayudas periódicas individualizadas concedidas, con cargo al Fondo Nacional de Asistencia Social, a favor de personas ancianas y enfermas o inválidas incapacitadas para el trabajo y a las personas beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.

Art. 2.º *Naturaleza y carácter.*—Estas ayudas tendrán la naturaleza de prestación de asistencia social y el carácter de personales, intransferibles y extraordinarias, como consecuencia de quedar limitada su vigencia al año 2006, sin que implique, el derecho a seguir percibiéndolas en sucesivos años.

Art. 3.º *Cuantía y pago.*—La cuantía individual de estas ayudas se fija en 733,82 euros anuales, que se fraccionará en cuatro pagas a lo largo del año, se harán efectivas en los me-

ses de marzo, junio, septiembre y diciembre de 2006.

Art. 4.º *Financiación.*—Las obligaciones que se reconozcan como consecuencia de lo dispuesto en el presente Decreto se financiarán con cargo a los créditos existentes en la aplicación 484.01 del Servicio 01 de la Sección Presupuestaria 34.00 «Pensiones Asistenciales».

Art. 5.º *Requisitos.*—Serán beneficiarios y beneficiarias de estas ayudas sociales de carácter extraordinario quienes perciben las ayudas periódicas individualizadas a favor de personas ancianas y enfermas o inválidas incapacitadas para el trabajo y las personas perceptoras del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos en quienes concurren los siguientes requisitos:

a) Tener esta condición al menos durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha establecida en el artículo 3 para el pago de las mismas.

b) Tener la residencia habitual en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Art. 6.º *Suspensión y pérdida.*—La suspensión y pérdida del derecho a la percepción de estas ayudas sociales de carácter extraordinario se producirá en los mismos supuestos previstos para las prestaciones que complementan, correspondiendo a la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social la declaración de dichas situaciones.

Disposición final primera. *Desarrollo y ejecución.*—Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de este Decreto.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*—El presente Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 20 de diciembre de 2005

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad
y Bienestar Social

DECRETO 281/2005, de 20 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas
BOJA núm. 5, de 10 de enero de 2006

El artículo 13.22 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales.

La Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, dispone en su artículo 14 que podrán establecerse prestaciones económicas, de carácter periódico y no periódico, a favor de aquellas personas que no puedan atender a sus necesidades básicas debido a la situación económica y social en que se hallan.

Por su parte, tanto la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, como la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, ambas en su artículo 40, se pronuncian en igual sentido, disponiendo que la Comunidad Autónoma de Andalucía puede establecer prestaciones económicas para las personas de estos colectivos que carezcan de los recursos necesarios para atender sus necesidades básicas, distintas y compatibles con las del Sistema de la Seguridad Social y con las que pueda otorgar la Administración del Estado.

En este sentido, el Gobierno de la Comunidad Autónoma considera que las personas beneficiarias de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social se encuentran incursas en este supuesto, en consideración a la cuan-

tía de la prestación que perciben y su bajo nivel de rentas, situación confirmada por el Plan Nacional del Reino de España para la Inclusión Social, que considera a los beneficiarios y beneficiarias de estas pensiones no contributivas un colectivo en riesgo de exclusión, debiéndose promover el establecimiento de mecanismos que ayuden a eliminar las causas que motivan este riesgo.

Por ello, y desde el ámbito propio de competencias que la Comunidad Autónoma tiene atribuido en materia de asistencia y servicios sociales, se considera necesario el establecimiento de una ayuda social de carácter extraordinario para quienes perciben en Andalucía pensiones de jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 26.15 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 20 de diciembre de 2005.

DISPONGO

Artículo 1.º *Objeto.*—El presente Decreto tiene por objeto el establecimiento de ayudas sociales extraordinarias a favor de los beneficiarios y beneficiarias de pensiones de jubila-

ción e invalidez en sus modalidades no contributivas.

Art. 2.º *Carácter.*—Estas ayudas sociales, personales e intransferibles, tienen carácter extraordinario, sin que se consoliden para el futuro.

Art. 3.º *Cuantía y pago.*—La cuantía individual de estas ayudas se fija en 84,86 euros, que se abonará mediante un pago único.

Art. 4.º *Financiación.*—Las obligaciones que se reconozcan como consecuencia de lo dispuesto en el presente Decreto se financiarán con cargo a los créditos existentes en la aplicación 484.01 del Servicio 01 de la Sección Presupuestaria 34.00 «Pensiones Asistenciales».

Art. 5.º *Requisitos.*—Serán beneficiarios y beneficiarias de estas ayudas sociales de carácter extraordinario las personas perceptoras de pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, en las que concurren los siguientes requisitos:

- Tener esta condición a 31 de diciembre de 2005.
- Tener la residencia habitual en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Art. 6.º *Suspensión y pérdida.*—La suspensión y pérdida del derecho a la percepción de estas ayudas de carácter extraordinario se producirá en los mismos supuestos previstos para las pensiones a que se refiere el artículo 1, correspondiendo a la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social la declaración de dichas situaciones.

Disposición final primera. *Desarrollo y ejecución.*—Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de este Decreto.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*—El presente Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 20 de diciembre de 2005

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad
y Bienestar Social

REAL DECRETO 1562/2005, de 23 de diciembre, de ampliación de medios económicos adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, en materia de gestión de la Formación Profesional Ocupacional (Formación Continua)

BOJA núm. 15, de 24 de enero de 2006

El artículo 149.1.13.^a de la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, estableciendo el mismo artículo 149.1.7.a que el Esta-

do tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.

Y el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley Orgá-

nica 6/1981, de 30 de diciembre, establece en sus artículos 17.2 y 18.1 que corresponde a la Junta de Andalucía, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1, apartados 11 y 13, de la Constitución la planificación de la actividad económica de Andalucía y la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral.

Además, mediante el Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, se aprobó el traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios en materia de gestión de la Formación Profesional Ocupacional.

Por su parte, las Sentencias del Tribunal Constitucional 95/2002, de 25 de abril, y 190/2002, de 17 de octubre, reconocen a las Comunidades Autónomas funciones relativas a la gestión de la Formación Continua.

Asimismo, el Real Decreto 3825/1982, de 15 de septiembre, regula la forma y condiciones a que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto citado, que también regula el funcionamiento de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, esta Comisión adoptó, en su reunión del día 14 de diciembre de 2005, el oportuno Acuerdo, cuya virtualidad práctica exige su aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto.

En su virtud, en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 23 de diciembre de 2005,

DISPONGO

Artículo 1.º Se aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferen-

cias Administración del Estado-Junta de Andalucía por el que se amplían los medios económicos adscritos a las funciones y servicios traspasados por el Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, que tienen por objeto la financiación de determinadas funciones y servicios relativos a la gestión de la formación continua por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía en cumplimiento de las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional adoptado por el Pleno de dicha Comisión en su sesión del día 14 de diciembre de 2005 y que se transcribe como Anexo al presente Real Decreto.

Art. 2.º En consecuencia, quedan transferidos a la Comunidad Autónoma de Andalucía los medios económicos correspondientes en los términos que resultan del propio Acuerdo y de la relación anexa.

Art. 3.º La ampliación a que se refiere este Real Decreto tendrá efectividad a partir del día señalado en el Acuerdo de la mencionada Comisión Mixta.

Art. 4.º Los créditos presupuestarios que se determinen, de conformidad con la relación número 1 del Anexo, serán dados de baja en los correspondientes conceptos y subconceptos presupuestarios y transferidos por el Ministerio de Economía y Hacienda a los conceptos o, en su caso, subconceptos que se habiliten en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y en el artículo de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 regulador de las transferencias a Comunidades Autónomas correspondientes al coste de los nuevos servicios traspasados.

Disposición final única. El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, el 23 de diciembre de 2005

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Administraciones
Públicas,
JORDI SEVILLA SEGURA

ANEXO

Don Carlos José Ortega Camilo y doña María de la Soledad Mateos Marcos, Secretarios de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía,

CERTIFICAN

Que en la sesión plenaria de la Comisión Mixta, celebrada el día 14 de diciembre de 2005, se adoptó un acuerdo sobre ampliación de los medios económicos traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de gestión de la Formación Profesional Ocupacional, en los términos que a continuación se expresan:

A) Referencia a las normas constitucionales, estatutarias y legales y jurisprudencia constitucional en que se ampara la ampliación.

El artículo 149.1.13.^a de la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, estableciendo el mismo artículo 149.1.7.^a que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.

Y el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, establece en sus artículos 17.2 y 18.1 que corresponde a la Junta de Andalucía, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1, apartados 11 y 13, de la Constitución la planificación de la actividad económica de Andalucía y la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral.

Además, mediante el Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, se aprobó el traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios en materia de gestión de la Formación Profesional Ocupacional.

Por su parte, las Sentencias del Tribunal Constitucional 95/2002, de 25 de abril, y 190/2002, de 17 de octubre, reconocen a las Comunidades Autónomas funciones relativas a la gestión de la Formación Continua.

Finalmente, la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía y el Real Decreto 3835/1982, de 15 de diciembre, regulan el funcionamiento de la Comisión Mixta de Transferencias, así como la forma y condiciones a que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Sobre la base de estas previsiones normativas y de jurisprudencia constitucional, procede realizar una ampliación de los medios económicos adscritos a las funciones y servicios traspasados por el Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, que tiene por objeto la financiación de determinadas funciones y servicios relativos a la gestión de la formación continua por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía en cumplimiento de las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional, subrogándose la Comunidad Autónoma en el contenido del convenio que, con los efectos que se esta-

blecen en el presente Acuerdo, suscriben la Fundación Tripartita y el Organismo competente de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

B) Valoración de las cargas financieras de la ampliación.

La valoración provisional en valores del año base 1999, que corresponde al coste efectivo anual de los medios que se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía se eleva a 1.483.876,52 euros. Dicha valoración será objeto de revisión en los términos establecidos en el artículo 16.1 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las Medidas Fiscales y Administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

La financiación en euros de 2005, que corresponde al coste efectivo anual de los medios que se traspasan, se detalla en la relación número 1.

Transitoriamente, hasta tanto se produzca la revisión del Fondo de Suficiencia como consecuencia de la incorporación al mismo del coste efectivo de este traspaso, el Servicio Público de Empleo Estatal, con cargo a su propio presupuesto, transferirá directa-

mente a la Comunidad Autónoma de Andalucía los recursos correspondientes al coste, desde la fecha de efectividad del Acuerdo de traspaso.

C) Fecha de efectividad de la ampliación.

La ampliación de medios económicos, objeto de este Acuerdo, tendrá efectividad a partir del día 1 de enero de 2006.

Y para que conste, expedimos la presente certificación en Madrid, a 14 de diciembre de 2005. Los Secretarios de la Comisión Mixta, Carlos José Ortega Camilo y María de la Soledad Mateos Marcos.

RELACIÓN NÚMERO 1

Valoración del coste efectivo correspondiente a las transferencias de medios económicos en materia de Formación Continua

Comunidad Autónoma de Andalucía (euros 2005)

Servicio Público de Empleo Estatal:

19.101.241-A.433: 459.920 euros.

19.101.241-A.733: 9.426 euros.

19.101.241-A.483.03: 1.643.259 euros.

Total: 2.112.595 euros.

**REAL DECRETO 1563/2005, de 23 de diciembre, sobre ampliación de medios económicos adscritos al traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por el Real Decreto 957/2005, de 29 de julio, de las funciones y servicios en materia Educativa, de Empleo y Formación Profesional Ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina
BOJA núm. 15, de 24 de enero de 2006**

El Real Decreto 957/2005, de 29 de julio, aprobó el Acuerdo de traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina, adoptado, en sesión plenaria celebrada el día 9 de junio de 2005, por la Co-

misión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

En virtud de ejecución de sentencias que afectan a las retribuciones del personal que percibían antes de la efectividad del traspaso, procede ampliar los medios económicos traspasa-

dos para adecuar las valoraciones del coste efectivo del traspaso a las retribuciones derivadas de las sentencias dictadas.

Por su parte, el Real Decreto 3825/1982, de 15 de septiembre, regula la forma y condiciones a que han de ajustarse los trasposos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto citado, que también regula el funcionamiento de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, esta Comisión adoptó, en su reunión del día 14 de diciembre de 2005, el oportuno Acuerdo, cuya virtualidad práctica exige su aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto.

En su virtud, en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 23 de diciembre de 2005,

DISPONGO

Artículo 1.º Se aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, por el que se concreta la ampliación de medios económicos adscritos al traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por el Real Decreto 957/2005, de 29 de julio, de las funciones y servicios en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina, adoptado por el Pleno de dicha Comisión en su sesión del día 14 de diciembre de 2005 y que se transcribe como Anexo al presente Real Decreto.

Art. 2.º En consecuencia, quedan trasposados a la Comunidad Autónoma de Andalucía los medios económicos correspondientes en los términos que resultan del propio Acuerdo y de la relación anexa.

Art. 3.º El traspaso a que se refiere este Real Decreto tendrá efectividad a partir del día señalado en el Acuerdo de la mencionada Comisión Mixta.

Art. 4.º Los créditos presupuestarios que se determinen, de conformidad con 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 Instituto Social de la Marina los respectivos certificados de retención de crédito, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la normativa vigente sobre Presupuestos Generales del Estado.

No obstante, el contenido de este artículo no será de aplicación en el supuesto de que la baja de dicho importe se haya tenido en cuenta en la elaboración del presupuesto del Instituto Social de la Marina para el ejercicio de 2006.

Disposición final única. El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, el 23 de diciembre de 2005

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Administraciones
Públicas,
JORDI SEVILLA SEGURA

ANEXO

Don Carlos José Ortega Camilo y doña María de la Soledad Mateos Marcos, Secretarios de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía,

CERTIFICAN

Que en la sesión plenaria de la Comisión Mixta celebrada el día 14 de diciembre de 2005, se adoptó el Acuerdo sobre ampliación de los medios económicos traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina, en los términos que a continuación se expresan:

A) Referencia a normas legales en las que se ampara la ampliación de medios.

El Real Decreto 957/2005, de 29 de julio, aprobó el Acuerdo de traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina, adoptado, en sesión Plenaria celebrada el día 9 de junio de 2005, por la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

En virtud de ejecución de sentencias que afectan a las retribuciones del personal que percibían antes de la efectividad del traspaso, procede ampliar los medios económicos traspasados para adecuar las valoraciones del coste efectivo del traspaso a las retribuciones derivadas de las sentencias dictadas.

Por su parte, la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía y el Real Decreto 3825/

1982, de 15 de septiembre, regulan la forma y condiciones a que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Procede, en consecuencia, aprobar la ampliación de los medios económicos traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia educativa, de empleo y formación profesional ocupacional encomendados al Instituto Social de la Marina, mediante el citado Real Decreto 957/2005, de 29 de julio.

B) Medios económicos que se amplían.

1. La valoración provisional en el año base 1999 que corresponde al coste efectivo anual de los medios que se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía se eleva a 1.975,56 euros. Dicha valoración será objeto de revisión en los términos establecidos en el artículo 16.1 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

2. La financiación, en euros de 2005, que corresponde al coste efectivo anual es la que se recoge en la relación número 1.

3. Transitoriamente, hasta tanto se produzca la revisión del Fondo de suficiencia como consecuencia de la incorporación a éste del coste efectivo del traspaso, este coste se financiará mediante la consolidación en la sección 32 de los Presupuestos Generales del Estado de los créditos relativos a los distintos componentes de dicho coste, por los importes que se determinen, susceptibles de actualización por los mecanismos generales previstos en cada Ley de Presupuestos.

4. Por otra parte, el Instituto Social de la Marina transfiere a la Comu-

idad Autónoma de Andalucía, por una sola vez y sin que se integre en el coste efectivo del traspaso, la cantidad de 1.004,50 euros para satisfacer las diferencias retributivas que se han venido produciendo desde la fecha de efectividad del traspaso en esta materia hasta el día 31 de diciembre de 2005.

C) Fecha de efectividad del traspaso.

El traspaso de los medios económicos que se amplían por el presente Acuerdo tendrá su efectividad a partir del día 1 de enero de 2006.

Y para que conste, expedimos la presente Certificación en Madrid a 14 de diciembre de 2005. Los Secretarios de la Comisión Mixta, Carlos José Ortega Camilo y María de la Soledad Mateos Marcos.

RELACIÓN NÚMERO 1

Valoración del coste efectivo de la ampliación (euros 2005)

Capítulo I.

Programa 3435.

Artículo 13: 2.812,60 euros.

DECRETO 30/2006, de 7 de febrero, por el que se acuerda la elaboración del Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía

BOJA núm. 38, de 24 de febrero de 2006

PREÁMBULO

La Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo tiene como uno de sus principales objetivos la obtención y mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible de empleo y, consecuentemente, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, aplicando para ello una visión integral de todo su territorio y una preferente atención a aquellos colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo o en riesgo de exclusión, entre los que se hallan las personas con discapacidad. Para la consecución del citado objetivo, el artículo 3 de dicha Ley dispone que el Servicio Andaluz de Empleo ejercerá entre sus funciones la de la elaboración de los planes de empleo que serán aprobados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

Teniendo en cuenta lo anterior, así como los objetivos marcados por la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención

a las personas con discapacidad en Andalucía, se hace imprescindible la elaboración de un Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía, cuya meta sea regular actuaciones dirigidas a corregir la desigualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y posibilitar su integración laboral, tomando para ello en consideración los aspectos correspondientes en materia de empleo, formación para el empleo, orientación laboral, prevención de riesgos laborales, educación, empresa y bienestar social así como el acceso a la función pública, sin olvidar la aplicación transversal del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Como paso previo a la consecución del mencionado Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad, la Consejería de Empleo considera necesario ordenar la composición tanto de la Comisión Ejecutiva, como de la Comisión Técnica que acometerán la elaboración del mismo.

En su virtud, de acuerdo con lo establecido en la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta del Consejero de Empleo, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 7 de febrero de 2006

DISPONGO

CAPÍTULO I

Objeto y Composición

Artículo 1.º Objeto.—1. El presente Decreto tiene por objeto regular la elaboración del Plan de Empleabilidad para las Personas con Discapacidad, determinando las actuaciones que den contenido a lo dispuesto en los artículos 19 al 27 de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, posibilitando la inserción laboral de las personas con discapacidad. Las áreas de actuación en las que se concrete este Plan serán las que están recogidas en el artículo 7.2 del presente Decreto.

2. A tal efecto, se acuerda crear las Comisiones Ejecutiva y Técnica que deberán abordar la situación de las personas con discapacidad en lo relativo a su integración laboral, a través de la elaboración de un Plan de Empleabilidad para las mismas en Andalucía.

Art. 2.º Comisión Ejecutiva. Composición.—1. La Comisión Ejecutiva estará integrada por los siguientes miembros: a) Presidencia: Excmo. Sr. Consejero de Empleo.

b) Vicepresidencia: Excmo. Sra. Consejera de Igualdad y Bienestar Social.

c) Vocalías:

— Titular de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

— Titular de la Dirección General de Personas con Discapacidad, de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social.

— Titular de la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

— Titular de la Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

— Titular de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo.

— Titular de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo.

— Titular de la Dirección General de Planificación de la Consejería de Empleo.

— Titular de la Dirección General de Economía Social y Emprendedores de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa.

— Titular de la Dirección General de Función Pública de la Consejería de Justicia y Administración Pública.

— Titular de la Dirección General de Participación y Solidaridad en la Educación de la Consejería de Educación.

— Titular de la Dirección General de Formación Profesional y Educación Permanente de la Consejería de Educación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la persona titular de la Dirección General de Fomento del Empleo de la Consejería de Empleo desempeñará las funciones del Secretariado de la Comisión Ejecutiva.

Art. 3.º Comisión Técnica. Composición.—1. La Comisión Técnica

estará integrada por los siguientes miembros:

a) Presidencia: Titular de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

b) Vicepresidencia: Titular de la Dirección General de Personas con Discapacidad, de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social.

c) Vocalías:

— Un representante de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, con rango al menos de Jefatura de Servicio, que ejercerá las funciones del Secretariado.

— Un representante de la Dirección General de Personas con Discapacidad, con rango al menos de Jefatura de Servicio.

— Un representante de la Dirección General de Formación para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, con rango al menos de Jefatura de Servicio.

— Un representante de la Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral del Servicio Andaluz de Empleo, con rango al menos de Jefatura de Servicio.

— Un representante de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, con rango al menos de Jefatura de Servicio.

— Un representante de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo, con rango al menos de Jefatura de Servicio.

— Un representante de la Dirección General de Planificación de la Consejería de Empleo, con rango al menos de Jefatura de Servicio.

— Un representante de la Dirección General de Economía Social y Emprendedores de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, con rango al menos de Jefatura de Servicio.

— Un representante de la Dirección General de Función Pública de la Consejería de Justicia y Administración Pública, con rango al menos de Jefatura de Servicio.

— Un representante de la Dirección General de Participación y Solidaridad en la Educación de la Consejería de Educación, con rango al menos de Jefatura de Servicio.

— Un representante de la Dirección General de Formación Profesional y Educación Permanente de la Consejería de Educación, con rango al menos de Jefatura de Servicio.

— Un representante de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias.

— Dos representantes de las Federaciones y Confederaciones de Asociaciones de personas con discapacidad, de sus familiares o representantes legales a designar por el Comité de Entidades representantes de los minusválidos de Andalucía.

— Un representante de la Unión General de Trabajadores de Andalucía.

— Un representante de Comisiones Obreras de Andalucía.

— Dos representantes de la Confederación de Empresarios de Andalucía.

— Un representante del Consejo Andaluz de Atención a las Personas con Discapacidad, a propuesta de la Presidencia de dicho órgano.

2. Asimismo podrán formar parte de esta Comisión Técnica aquellas personas de reconocido prestigio y experiencia en este ámbito y que hayan destacado también por su experiencia en la integración de la dimensión de género.

Art. 4.º *Nombramientos, Ceses y Suplencias.*—1. Los miembros de la Comisión Técnica serán nombrados por la persona titular de la Consejería competente en materia de

empleo, a propuesta de las entidades que lo forman.

2. Los ceses y suplencias se regularán por las causas consignadas en el artículo 24.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para las organizaciones representativas de interés social y por sus normas específicas en el resto de los supuestos.

3. Las personas suplentes de los miembros de las Comisiones serán nombradas conforme a lo dispuesto en el artículo 17.1. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o a propuesta de la entidad a la que representen, según pertenezcan o no a la Administración de la Junta de Andalucía.

Art. 5.º *Composición paritaria.*—

En el nombramiento de los miembros de la Comisión Técnica habrá de tenerse en cuenta el criterio de composición paritaria en virtud de lo establecido en el artículo 140 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas.

CAPÍTULO II

Funciones y funcionamiento

Art. 6.º *Funciones de la Comisión Ejecutiva.*—Las funciones de la Comisión Ejecutiva serán las siguientes:

a) Establecer las directrices con las que debe desarrollar su trabajo la Comisión Técnica, velando porque en ellas esté presente el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

b) Elaborar el Plan de Empleabilidad para personas con discapacidad y elevarlo al Consejo de Gobierno para su aprobación, de conformidad con el artículo 4.a) de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, y, en su caso, solici-

tar la remisión del referido plan al Parlamento de Andalucía.

Art. 7.º *Funciones de la Comisión Técnica.*—1. Será función de la Comisión Técnica la realización de los trabajos y estudios previos para la elaboración de una propuesta del Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad, de acuerdo con las directrices marcadas por la Comisión Ejecutiva.

2. Dicha propuesta deberá tener en cuenta las siguientes áreas:

- Empleo.
- Prevención de Riesgos Laborales.
- Negociación Colectiva.
- Autoempleo.
- Educación.
- Formación Profesional Específica.
- Formación Profesional para el Empleo.
- Bienestar Social.
- Accesibilidad y Eliminación de Barreras Arquitectónicas.
- Acceso al Empleo Público.
- Enfoque Integrado de Género.
- Economía Social.

3. La Comisión Técnica, al final de sus trabajos remitirá a la Comisión Ejecutiva un documento que contendrá una propuesta de Plan de Empleabilidad para las Personas con Discapacidad.

Art. 8.º *Régimen Jurídico de las Comisiones.*—1. El régimen jurídico aplicable tanto a la Comisión Ejecutiva como a la Técnica reguladas por el presente Decreto, será el establecido por el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. Para el cumplimiento de las funciones que tiene asignadas, la Comisión Técnica podrá constituir grupos específicos de trabajo, cuya composición y funcionamiento serán determinados por la propia Comisión, teniendo

siempre presente el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Disposición adicional primera. *Plazo de Constitución de las Comisiones y presentación de propuestas del Plan de Empleabilidad.*—La Comisión Ejecutiva se constituirá en el plazo máximo de un mes desde la entrada en vigor del presente Decreto.

La Comisión Técnica se constituirá en el plazo máximo de tres meses desde la constitución de la Comisión Ejecutiva, debiendo presentar sus trabajos en el plazo máximo de un año a partir de su constitución.

Disposición final primera. *Facultad y desarrollo del Decreto.*—Se faculta al Titular de la Consejería de Empleo para que adopte las medidas necesarias para la ejecución de este Decreto.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*—El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 7 de febrero de 2006

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

DECRETO 48/2006, de 1 de marzo, de ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas
BOJA núm. 42, de 3 de marzo de 2006

El Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, estableció un amplio catálogo de iniciativas dirigidas a satisfacer las necesidades de las familias andaluzas desde una perspectiva integral. Su Disposición Adicional Tercera establece que «al objeto de revisar de forma continuada el presente Decreto y adaptarlo permanentemente a la realidad cambiante de las familias andaluzas, las medidas que se establecen tendrán una vigencia de cuatro años y deberán ser revisadas y adaptadas anualmente, en su caso, a las nuevas situaciones que se produzcan». Posteriormente, los Decretos 18/2003, de 4 de febrero, 7/2004, de 20 de enero, y 66/2005, de 8 de marzo, han venido a dar respuesta a la revisión y adaptación, actualizando y ampliando las medidas inicialmente incluidas en la precitada norma.

Transcurrido el primer cuatrienio de vigencia del Decreto 137/2002, y

tras la valoración realizada de los resultados generados por las distintas iniciativas implantadas dentro de las políticas de apoyo a las familias andaluzas, el presente Decreto establece nuevas medidas para atender nuevas demandas sociales, y dota de vigencia indefinida aquellas otras que se han revelado útiles y efectivas para atender las necesidades de las familias andaluzas.

Entre estas nuevas medidas pueden destacarse las de potenciar mejoras específicas en el Sistema Sanitario Público dirigidas a algunos de los colectivos más necesitados del mismo, en concreto las personas mayores de 65 años y las personas con discapacidad; avanzar en el establecimiento de la gratuidad de los libros de texto para el alumnado de la enseñanza obligatoria; reforzar la implantación de las acciones destinadas a la contratación de personas para cuidados de un familiar con minusvalía; promover la incorpora-

ción al uso de las nuevas tecnologías para las familias residentes en los municipios más pequeños que aún no se hayan beneficiado de este tipo de iniciativas (entre diez mil y cincuenta mil habitantes); ampliar los servicios complementarios de los Centros de Atención Socioeducativa a niños y niñas ajenos a dichos Centros cuyas familias los soliciten.

En su virtud, a iniciativa del Consejero de la Presidencia, a propuesta de los Consejeros de Innovación, Ciencia y Empresa, de Obras Públicas y Transportes, de Empleo, de Salud, de Educación, y para la Igualdad y Bienestar Social, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39.2 y 44.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 1 de marzo de 2006

DISPONGO

Artículo 1.º *Modificación del artículo 7 bis del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifican los apartados 1, 2 y 3 del artículo 7 bis del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que quedan redactados como sigue:

«1. Se establece una ayuda para aquellas familias que contraten a una persona trabajadora para la atención y el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; entendiéndose incluido en este ámbito el supuesto de que la contratación la efectúe la propia persona afectada para su cuidado y atención. En cualquier caso, la persona a cuidar y atender deberá tener reconocido al menos un 75% de grado de minusvalía o padecer enfermedad crónica que requiera atención continuada.

2. Será requisito para la obtención de la ayuda que los ingresos de

la unidad familiar no superen los establecidos en la Disposición Adicional Primera.

3. La cuantía de la ayuda será de dos mil euros al año y hasta un máximo de tres anualidades».

Art. 2.º *Modificación del artículo 9 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se añade una letra c), al apartado 3 del artículo 9 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, pasando dicho apartado 3 a quedar redactado como sigue:

«3. Se establecerán medidas para facilitar el acceso a una de las plazas en centros de atención socioeducativa cuando, con posterioridad a la adjudicación de las mismas, concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando se produjesen circunstancias socio-familiares de grave riesgo para la o el menor.

b) Cuando se modificase la situación familiar, produciéndose alguno de los supuestos previstos en la letra c) del apartado 1 de este artículo.

c) Cuando se produjere el nacimiento de la hija o hijo para el que se solicita la plaza».

Art. 3.º *Modificación del artículo 11 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se añade un nuevo apartado al artículo 11 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, pasando el actual a tener el número 1, y el número 2 la siguiente redacción:

«2. La necesidad de permanencia de un niño o niña en un Centro de atención socioeducativa por un período superior a ocho horas diarias deberá ser justificada por los padres y madres aportando la documentación que justifique tal necesidad a la dirección del Centro, para su valoración y autorización, si procede, por parte de la Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social en la respectiva provincia».

Art. 4.º *Modificación del artículo 12 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifica el apartado 1 del artículo 12 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«1. En los Centros de atención socioeducativa dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía se ofertará, a partir de las diecisiete horas, como servicio complementario, actividades pedagógicas de entretenimiento y juego para las niñas y niños atendidos en los mismos y otros niñas y niños de igual edad cuyas familias lo soliciten. El establecimiento de este servicio estará supeditado a una demanda mínima de diez usuarias o usuarios por centro».

Art. 5.º *Modificación del artículo 22 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifican los apartados 1, 2 y 4 del artículo 22 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que quedan con la siguiente redacción:

«1. Se establecerán ayudas para la conexión a Internet de forma que se facilite el acceso a los contenidos y servicios de la red a las familias andaluzas residentes en municipios con una población comprendida entre los diez mil y cincuenta mil habitantes».

«2. La cuantía de la ayuda económica será del 75% del coste de la tarifa de conexión a Internet que a tal efecto se determine, con un importe máximo de trescientos euros, y por un período de tiempo no superior a doce meses. Se establecerá como forma de pago el sistema cheque-internet para su descuento en el momento de la adquisición del servicio, que se regulará por la Orden correspondiente».

«4. Estas ayudas estarán limitadas a una conexión por familia, con independencia del miembro de la misma que la solicite, no pudiendo beneficiarse de las mismas aquellas fami-

lias que superen el límite de ingresos establecido en la Disposición Adicional Primera».

Art. 6.º *Modificación del artículo 23 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifica el artículo 23 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 23. Formación básica en el hogar digital. A las familias que sean beneficiarias de las ayudas para la conexión a Internet, se les facilitará un software de formación para el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones».

Art. 7.º *Inclusión de artículo 28.ter en el Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se incluye un artículo 28.ter en el Decreto 137/2002, de 30 de abril, con la siguiente redacción:

«Artículo 28.ter. Derecho de las personas mayores de sesenta y cinco años al Examen de Salud anual.

1. Se establece el derecho de las personas mayores de sesenta y cinco años residentes en Andalucía, y cuyo aseguramiento corresponda al Sistema Sanitario Público de Andalucía, al examen de salud anual.

2. El examen de salud anual para las personas mayores de sesenta y cinco años consistirá en una valoración integral del estado de salud, que incluirá aquellas actuaciones sanitarias dirigidas a un diagnóstico precoz de enfermedades, así como aquellas intervenciones precisas, destinadas a la protección de la salud y a la promoción de hábitos de vida saludable.

3. El mencionado examen de salud se realizará por los profesionales de los servicios de atención primaria de salud del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en el Centro de Salud del que dependan las personas beneficiarias de la presente medida. No obstante, se contará con la colaboración de

los servicios de atención especializada cuando ello sea necesario».

Art. 8.º *Inclusión de artículo 28. quater en el Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se incluye un artículo 28. quater en el Decreto 137/2002, de 30 de abril, con la siguiente redacción:

«Artículo 28. quater. Asistencia dental en el Sistema Sanitario Público de Andalucía a personas con discapacidad severa. 1. Se establece el derecho a una atención sanitaria bucodental específica para todas las personas residentes en Andalucía y afectadas por una discapacidad, cuya severidad le impida la colaboración en la exploración y tratamiento en la asistencia dental, requiriendo por ello de sedación profunda o anestesia general, y cuyo aseguramiento corresponda al Sistema Sanitario Público de Andalucía.

2. La atención sanitaria bucodental a que se refiere el apartado anterior, consistirá en el tratamiento de obturaciones y tratamientos pulpares en piezas permanentes, además de la asistencia bucodental y a contemplada en la cartera de servicios del Sistema Sanitario Público.

3. La valoración de la necesidad de empleo de técnicas de sedación o anestesia general en el tratamiento bucodental de las personas incluidas en el apartado 1, se determinará por el dentista del Sistema Sanitario Público».

Disposición Adicional Unica. *Ampliación de la gratuidad para libros de texto.*—A partir del curso 2006/2007, el alumnado que curse la educación primaria en los centros docentes sostenidos con fondos públicos dispondrá gratuitamente de los correspondientes

libros de texto. En los dos cursos escolares siguientes esta medida se extenderá a todo el alumnado que curse en los citados centros la educación secundaria obligatoria.

Disposición Transitoria Unica. *Ampliación de ayudas por contratación de persona para cuidado de familiar.*—La cuantía de la ayuda recogida en el artículo 1 del presente Decreto será de aplicación a aquellas ayudas que se concedan a partir del año 2006, y a las anualidades 2006 y 2007 respecto de las y a concedidas en el año 2005.

Disposición Derogatoria Unica. *Derogación normativa.*—Queda derogada la Disposición Adicional Tercera y la Disposición Transitoria Unica del Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas.

Disposición Final Primera. *Desarrollo.*—Se faculta a las Consejerías competentes por razón de las materias a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de lo dispuesto en el presente Decreto, que deberán ser aprobadas en un plazo máximo de dos meses desde su entrada en vigor.

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, 1 de marzo de 2006

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

GASPAR ZARRIAS ARÉVALO
Consejero de la Presidencia

ORDEN de 27 de enero de 2006, por la que se regulan las bases y el procedimiento de concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a empresas que desarrollen su actividad en la Comunidad Autónoma de Andalucía para la realización de acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres
BOJA núm. 31, de 15 de febrero de 2006

El Estatuto de Autonomía para Andalucía establece, en su artículo 12.2, que la Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la plena incorporación de ésta en la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica y política.

El Instituto Andaluz de la Mujer, conforme a lo dispuesto en su Ley Fundacional (Ley 10/1988, de 29 de diciembre), tiene como fin promover las condiciones para que sea real y efectiva la igualdad del hombre y la mujer andaluces, fomentando la participación y presencia de la mujer en la vida política, económica, cultural y social, y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política de ésta.

Para el cumplimiento de sus fines, y con el objetivo de favorecer la igualdad de trato y oportunidades de las mujeres en las relaciones laborales, el Instituto Andaluz de la Mujer promovió y viene desarrollando el proyecto OPTIMA: Una nueva gestión de los recursos humanos.

Con este fin, y entre otras actuaciones, se dictó la Orden de 16 de abril de 2003 reguladora de una línea de subvenciones para la realización de acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres.

La entrada en vigor de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, requiere que se proceda a una nueva

regulación de la concesión de estas subvenciones para su adecuación a las disposiciones contenidas en las citadas leyes y a las necesidades que se han puesto de manifiesto durante la vigencia de la Orden citada.

Por todo lo expuesto, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer y en uso de las facultades que me confiere la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía,

DISPONGO

Artículo 1.º Objeto.—1. El objeto de la presente Orden es regular las bases y el procedimiento de concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a empresas que desarrollen su actividad en la Comunidad Autónoma Andaluza para la realización de acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres.

2. La financiación de las subvenciones reguladas en la presente Orden se efectuará con cargo a los créditos presupuestarios del Instituto Andaluz de la Mujer, participando en la misma la Unión Europea a través del Fondo Social Europeo en un 80%.

3. El importe de las ayudas a conceder queda condicionado a las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio, pudiéndose adquirir compromisos de gasto de carácter plurianual

en las condiciones previstas en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y normas de desarrollo.

4. Las subvenciones reguladas en la presente Orden se regirán por lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, de acuerdo con lo establecido en su disposición final primera, en las normas especiales en materia de subvenciones contenidas en las Leyes Anuales de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Capítulo I del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, en el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, y en sus normas de desarrollo, en lo que no se opongan a los preceptos básicos de la norma estatal citada, y en las bases que se establecen a continuación. Por ser estas subvenciones financiadas con fondos de la Unión Europea es también de aplicación el Decreto 24/2001, de 13 de febrero, que establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional, así como toda la normativa reguladora de los Fondos Europeos.

Art. 2. Conceptos subvencionables.—1. Estas subvenciones tienen como finalidad la financiación del desarrollo de acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres, pudiéndose conceder las mismas para:

a) Estudios cuyo objetivo sea analizar la viabilidad de llevar a cabo una reorganización del trabajo que fa-

cilite la conciliación entre vida familiar y laboral de hombres y mujeres de la empresa.

b) Gastos derivados de guardería infantil, atención de personas mayores, personas enfermas y /o discapacitadas, siempre que los conceptos a subvencionar no estén financiados en el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas.

c) Asistencia técnica para la implantación de sistemas de gestión de recursos humanos con una perspectiva de género que garantice la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en aspectos como la selección, formación, valoración de los puestos de trabajo y política retributiva y /o de promoción profesional.

d) Gastos derivados de la implantación de nuevos sistemas de organización del trabajo que promuevan el acceso, permanencia y promoción de las mujeres, así como que faciliten la conciliación entre la vida familiar y laboral de mujeres y hombres en la empresa.

e) Gastos derivados de la realización de acciones dirigidas a garantizar un clima laboral libre de acoso sexual.

f) Cualquier otro gasto cuya finalidad sea combatir la segregación horizontal y vertical, así como facilitar la conciliación de la vida laboral y personal.

2. Todos los proyectos empresariales deberán desarrollar su actividad en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

3. Las acciones a realizar deberán mantenerse, cuando así sea posible, en el establecimiento objeto de la ayuda, al menos, durante cinco años, a contar desde la finalización de aquéllas.

Art. 3.º *Importe, concurrencia y compatibilidad de las subvenciones.*—

1. Las subvenciones que se otorguen al amparo de las presentes bases reguladoras serán compatibles con otras 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente.

2. El importe de las subvenciones en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada.

Art. 4.º Empresas beneficiarias.—1. Las subvenciones podrán ser solicitadas por las empresas, y a sean sus titulares personas físicas o jurídicas, de carácter público o privado que desarrollen su actividad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que tengan previsto desarrollar o estén ejecutando proyectos que incluyan acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres.

2. Los requisitos que deben reunir las beneficiarias de las subvenciones deberán mantenerse hasta tanto se ejecute el programa subvencionado y se justifique de acuerdo con lo establecido en la presente Orden.

3. A tenor de lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, no podrán, en ningún caso, obtener la condición de beneficiarias de las subvenciones reguladas en las presentes bases las personas y entidades en quienes concurren alguna de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, así como ser deudores 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.

h) Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según la Ley General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.

Art. 5.º *Procedimiento de concesión.*—El procedimiento de concesión de subvenciones se tramitará en régimen de concurrencia competitiva.

Art. 6.º *Solicitudes, documentación y plazo.*—1. Las solicitudes de las subvenciones reguladas en la presente Orden, dirigidas a la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer deberán ajustarse al modelo que figura en el Anexo I. Los modelos de solicitud se podrán obtener y confeccionar en la página web del Instituto Andaluz de la Mujer en la dirección www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer. Igualmente estarán a disposición de las personas interesadas en la sede del Instituto Andaluz de la Mujer y en sus Centros Provinciales.

2. Las solicitudes irán acompañadas de la siguiente documentación original o debidamente compulsada, cotejada o autenticada:

a) Para acreditar la personalidad jurídica y la representación que ostente la persona física deberá aportarse:

— En caso de sociedades mercantiles: el NIF de la entidad, la escritura de constitución e inscripción, si procede, en el Registro correspondiente. Asimismo, se acompañará el poder de representación bastantado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y el DNI de la representante.

— En caso de empresarias autónomas o de solicitantes que aun no hayan constituido su empresa: el DNI (si en el mismo no figura el código o carácter de verificación, constituido por una letra mayúscula, se acompañará además la Tarjeta de Identificación Fiscal) y en su caso, el poder de la representante legal y su DNI.

b) Original del certificado emitido por la entidad bancaria donde tiene abierta cuenta la persona o entidad solicitante acerca de los datos completos de la misma (en el Anexo 2 se recoge modelo orientativo).

c) Memoria ilustrativa del proyecto de acción positiva que se presenta, con inclusión de calendario de actuación, presupuesto y criterios de evaluación del proyecto.

d) Certificado expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social, acreditativo de que la entidad solicitante está al corriente en sus obligaciones para con la Seguridad Social.

e) Declaraciones o cualquier otra documentación que, en cumplimiento de los preceptos recogidos en las leyes anuales de presupuestos u otras normas de aplicación, se establezcan en las respectivas convocatorias.

En la solicitud (Anexo I) se harán constar las siguientes declaraciones:

— Declaración de la veracidad de los datos reflejados en la solicitud y de que no se está incurso en los supuestos de prohibición establecidos en la presente Orden.

— Declaración responsable en la que se haga constar que la empresa desarrolla su actividad en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que el proyecto de acción positiva para el que se solicita la subvención no se encuentra ejecutado y que las medidas que se implanten, en su caso, se van a mantener al menos durante cinco años, salvo sustitución por otras más favorables para las trabajadoras y los trabajadores.

— Declaración responsable de si se han recibido y /o solicitado otras subvenciones a otras Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales para la misma finalidad, señalando, en caso afirmativo, entidad concedente e importe, y señalando que en ningún caso la subven-

ción podrá ser de tal cuantía que, en concurrencia con subvenciones o ayudas de otras Administraciones Públicas, o de otros entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar.

3. La presentación de la solicitud por parte de la interesada conllevará la autorización al órgano gestor para recabar los certificados correspondientes 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.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las solicitudes se presentarán, preferentemente en los Registros de los Centros Provinciales de la Mujer dependientes del Instituto Andaluz de la Mujer.

5. El plazo de presentación de solicitudes será el que se fije en las respectivas resoluciones de convocatoria. No serán admitidas a trámite las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido en la convocatoria, resolviéndose la inadmisión de las mismas, que deberá ser notificada a las entidades interesadas en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 7.º *Subsanación de las solicitudes.*—Si a la solicitud no se acompañase la documentación exigida o la presentada adoleciera de algún defecto, el Instituto Andaluz de la Mujer requerirá a la entidad interesada para que, en el plazo de diez días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistida de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los

términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Art. 8.º *Criterios objetivos para la concesión de la subvención.*—Las solicitudes serán evaluadas con los criterios objetivos que se enumeran a continuación:

a) Se primarán ante todo los proyectos presentados por aquellas empresas que estén desarrollando un programa de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres en las relaciones laborales y que incluyan este proyecto en el Plan de Acción Positiva. La valoración máxima será de 6 puntos.

b) Se considerará, asimismo, haber obtenido el reconocimiento como entidad colaboradora en igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres de acuerdo con lo dispuesto en la Orden del Consejería de la Presidencia de 31 de mayo de 1996. La valoración máxima será de 4 puntos.

c) Se tendrá en cuenta la inclusión en los proyectos de acciones positivas que faciliten la conciliación entre la vida familiar y laboral de hombres y mujeres y la eliminación de la segregación en el trabajo. La valoración máxima será de 4 puntos.

d) El grado de participación de las trabajadoras y trabajadores en la propuesta presentada. La valoración máxima será de 3 puntos.

e) El grado de definición y viabilidad del proyecto. La valoración máxima será de 2 puntos.

f) El número de mujeres y hombres que vayan a resultar beneficiarios/as de la acción. La valoración máxima será de 2 puntos.

g) La aplicabilidad del proyecto en entornos más generales. La valoración máxima será de 2 puntos.

h) La aportación económica de la empresa en relación con el coste total del proyecto. La valoración máxima será de 1 punto.

i) Los elementos innovadores del proyecto presentado en relación con el objetivo de alcanzar la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. La valoración máxima será de 1 punto.

Art. 9.º Tramitación y Resolución.—1. Para la selección de los proyectos empresariales objeto de ayuda se constituirá una Comisión presidida por la Secretaria General del Instituto Andaluz de la Mujer o persona en quien delegue e integrada, además, por la Jefa del Servicio de Formación y Empleo del Instituto Andaluz de la Mujer y un/a técnico/a de este Servicio, actuando como Secretaria/o, con voz pero sin voto, una persona empleada del Servicio referido. Los miembros de esta Comisión podrán ser recusados en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. La Comisión de selección realizará la valoración de los proyectos presentados junto a las solicitudes aplicando los criterios previstos en el artículo anterior, elevando posteriormente la propuesta de resolución que proceda a la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer.

3. La referida propuesta de resolución será motivada fundamentándose la adjudicación de las subvenciones en los criterios de valoración establecidos en la presente Orden, haciéndose constar expresamente que la propuesta es contraria a la estimación del resto de solicitudes.

4. La resolución de concesión contendrá como mínimo los extremos exigidos en el artículo 13.2 del Reglamento que regula los procedimientos

para la concesión de subvenciones por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre:

— Indicación de las beneficiarias, actividades a realizar y plazo de ejecución, con indicación del inicio del cómputo del mismo.

— Cuantía de las ayudas, aplicación presupuestaria y distribución bianual, en su caso, presupuesto subvencionado y porcentaje de ayuda con respecto al presupuesto aceptado.

— Forma y secuencia del pago de las subvenciones, así como los requisitos exigidos para su abono.

— Condiciones que se impongan a las beneficiarias y plazo y forma de justificación.

— La circunstancia de que la resolución es contraria a la estimación de las solicitudes de las personas no relacionadas como beneficiarias, las cuales deberán entender denegadas sus solicitudes.

— Se señalará, asimismo, que la Unión Europea participa en la financiación de la subvención a través del Fondo Social Europeo (FSE) en un 80%.

5. Contra dicha resolución, que agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso potestativo de reposición o directamente recurso contencioso-administrativo, conforme a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

6. La resolución de concesión será notificada mediante su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y su exposición en los tablones de anuncios de los Servicios Centrales del Instituto Andaluz de la Mujer y de sus Centros Provinciales.

7. El plazo máximo para la resolución y notificación de las solicitudes será como máximo de seis meses y se

computará a partir del día siguiente al de finalización del plazo para la presentación de solicitudes.

8. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiese dictado y notificado resolución expresa las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio administrativo según disponen las normas de aplicación reguladoras del sentido del silencio administrativo.

9. Los expedientes de gasto deben ser sometidos a fiscalización previa.

Art. 10. Obligaciones de las beneficiarias.—1. Son obligaciones de las empresas beneficiarias de las subvenciones:

a) Realizar la actividad que fundamenta la concesión de la subvención en la forma y plazos establecidos, ejecutando el proyecto, como mínimo, en la cuantía del presupuesto aceptado en la resolución, aun cuando la subvención sea de cuantía inferior.

b) Hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la actividad u objeto de la subvención que la misma está subvencionada por la Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de la Mujer, y está cofinanciada por la Unión Europea, Fondo Social Europeo, según la normativa aplicable al efecto.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por la entidad concedente, por la Dirección General de Fondos Europeos de la Junta de Andalucía, a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía, en relación con las subvenciones y ayudas concedidas, y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y Cámara de Cuentas de Andalucía, así como a los controles realizados por el Tribunal de Cuentas Europeo y por la Dirección General AUDIT de la Comisión Europea.

d) Comunicar al Instituto Andaluz de la Mujer la obtención concurrente de

otras subvenciones, ayudas, otros ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales.

e) Comunicar toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, así como todos aquellos cambios de domicilio a efectos de notificaciones que se produzcan durante el periodo en el que la ayuda es reglamentariamente susceptible de control.

f) Acreditar con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión que se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, y que se hallan al corriente en el pago, en periodo ejecutivo, de cualquier otro ingreso de Derecho Público respecto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

g) Justificar ante el Instituto Andaluz de la Mujer, 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.

h) 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 beneficiaria en cada caso, así como los estados contables y registros específicos, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

i) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser

objeto de las actuaciones de comprobación y control.

j) Facilitar cuanta información le sea requerida por el Tribunal de Cuentas Europeo, el Tribunal de Cuentas, la Cámara de Cuentas de Andalucía y la Intervención General de la Junta de Andalucía.

k) Reintegrar el importe de la subvención percibida en los supuestos contemplados en el artículo 15 de la presente Orden.

l) Cumplir con las obligaciones de colaboración a que se refiere el artículo 46 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

2. En el supuesto de que, por condiciones específicas de la Resolución de concesión o por su cuantía, la beneficiaria estime que no es posible llevar acabo el programa o actividad que se subvenciona, podrá renunciar a la misma. En el caso de que el pago se haya materializado, la interesada procederá al reintegro de las cantidades percibidas más el interés de demora correspondiente.

Art. 11. Forma y secuencia del pago.—1. La forma y secuencia del pago se realizará, según la normativa vigente, de acuerdo con lo que se determine en la correspondiente convocatoria anual, teniendo en cuenta los límites que se establezcan en la normativa reguladora de aplicación.

2. No podrá proponerse el pago de subvenciones a empresas beneficiarias que no hayan justificado en tiempo y forma las subvenciones concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Administración de la Junta de Andalucía.

3. El importe definitivo de la subvención se liquidará aplicando al coste de los gastos efectivamente realizados por la empresa beneficiaria, conforme a la justificación presentada, el

porcentaje de financiación establecido en la resolución de concesión.

Art. 12. Publicidad.—1. Las subvenciones concedidas deberán ser publicadas trimestralmente en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía con expresión de la convocatoria, el programa y crédito presupuestario al que se imputen, personas beneficiarias, cantidad concedida y finalidad de la misma.

2. No será necesaria la publicación en el supuesto de que los importes de las subvenciones concedidas, individualmente consideradas, sean de cuantía inferior a 3.000 €. En este supuesto se hará pública en la sede del órgano competente para resolver, sin perjuicio de la publicidad que pueda articularse mediante su inclusión en la página Web del Instituto Andaluz de la Mujer.

Art. 13. Justificación.—1. La justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en el acto de concesión de la subvención revestirá la forma de cuenta justificativa del gasto realizado, se acompaña modelo en Anexo 3. La rendición de la cuenta justificativa constituye un acto obligatorio de la empresa beneficiaria, en la que se deben incluir, bajo responsabilidad de la declarante, los justificantes de gasto o cualquier otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la subvención pública.

2. Los pagos se justificarán con la aportación de los documentos justificativos (facturas pagadas o documentos de valor probatorio equivalente) de los gastos realizados en ejecución del proyecto subvencionado, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 108.f) de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y de conformidad con los criterios de

elegibilidad del Fondo Social Europeo. En el caso de no presentarse los originales de los documentos justificativos, éstos deberán ser estampillados por el Instituto Andaluz de la Mujer.

3. La empresa beneficiaria deberá justificar como mínimo el haber realizado gastos equivalentes al presupuesto aceptado, aunque la subvención sea de importe inferior.

4. Sólo se admitirán aquellos documentos justificativos relativos a los gastos señalados en el artículo 2.1 de esta Orden, y especificados en la resolución de concesión.

5. El plazo de justificación del empleo de las cantidades subvencionadas será de seis meses a contar desde el pago de las mismas.

6. Cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 12.000 euros en el supuesto de servicios para asistencia técnica, la beneficiaria deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contratación del compromiso para la prestación del servicio. La elección de la oferta deberá aportarse en la justificación, tal como se establece en el artículo 31.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Art. 14. *Circunstancias sobrevenidas.*—1. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención y, en cualquier caso, la obtención concurrente 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, podrá dar lugar a la modificación de la Resolución de concesión.

2. Las beneficiarias de las subvenciones podrán solicitar, con carácter excepcional, que se modifique la resolución de concesión, incluidos la

ampliación de los plazos de ejecución y justificación, sin que en ningún caso puedan variarse el destino o finalidad de la subvención.

Las solicitudes de modificación deberán estar suficientemente justificadas, presentándose de forma inmediata ala aparición de las circunstancias que la motiven y con antelación a la finalización del plazo de ejecución inicialmente concedido.

Las solicitudes que en tal sentido se formulen serán resueltas, en el plazo de un mes desde su presentación, por el órgano que haya concedido la subvención, 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 persona beneficiaria. Transcurrido dicho plazo sin que hubiere recaído resolución expresa, la solicitud podrá entenderse desestimada.

Art. 15. *Reintegro y personas obligadas al reintegro.*—1. Además de los casos de nulidad y anulabilidad previstos en el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones, procederá también el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas tanto en los artículos 14 y 15 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, como en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, 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 refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

g) Incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte del beneficiario de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniere obligado.

h) 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.

i) La adopción de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea.

2. Igualmente, en el supuesto de que el importe de las subvenciones resulte ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada, procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada, así como la exigencia del interés de demora correspondiente.

3. Cuando el cumplimiento por la entidad beneficiaria se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éste una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá determinada por la aplicación del principio de proporcionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo n) del artículo 17 de la Ley General de Subvenciones.

4. Serán de aplicación en esta materia las reglas establecidas en el artículo 33 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

5. El procedimiento para el reintegro se regirá por lo dispuesto al respecto en la Ley General de Hacienda

Pública y en el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, siendo órgano competente para resolver el mismo que tiene atribuida la facultad de resolver sobre la concesión de subvenciones.

Art. 16. Régimen sancionador.—Las infracciones administrativas cometidas en relación con las subvenciones reguladas en la presente Orden, se sancionarán conforme a lo dispuesto en el Título IV de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Disposición derogatoria única.
A la entrada en vigor de la presente Orden queda derogada la Orden de 16 de abril de 2003 por la que se establece el procedimiento y las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer para la realización de acciones positivas a favor de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres.

Disposición transitoria única.
Las solicitudes presentadas y trami-

tadas antes de la entrada en vigor de la presente Orden se resolverán de acuerdo con la normativa anterior correspondiente, conforme a lo dispuesto en las Disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

Disposición final primera. Habilitación para el desarrollo y ejecución.—Se faculta a la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer para adoptar las medidas necesarias en desarrollo y ejecución de esta Orden.

Disposición final segunda. *Convocatorias anuales.*—La Directora del Instituto Andaluz de la Mujer efectuará las convocatorias anuales de las subvenciones reguladas en la presente Orden.

Disposición final tercera. *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, 27 de enero de 2006

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad
y Bienestar Social

ORDEN de 8 de febrero de 2006, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social

BOJA núm. 46, de 9 de marzo de 2006

La Ley 4/1997, de 9 de julio, de Prevención y Asistencia en materia de Drogas, crea un marco normativo que recoge un conjunto de medidas destinadas a la incorporación social de los drogodependientes y aquellas otras personas afectadas por otro tipo de adicciones.

El II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, por su parte, establece como objetivo final de todas las políticas diseñadas para la actuación en drogodependencias evitar la exclusión y facilitar el proceso de incorporación social de las personas que a causa de su adicción no están integradas, de ahí

la importancia que en la incorporación laboral tienen los programas destinados a sensibilizar e incentivar a las empresas y recursos de la comunidad para que acepten a las personas drogodependientes.

En esta línea de actuación la Consejería de Asuntos Sociales publica la Orden de 21 de enero de 2004, que a su vez derogó una anterior del año 2000 por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social.

Las subvenciones a la contratación de personas con problemas de drogodependencias y /o afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social, tienen por finalidad el acceso de éstas al mercado laboral, incentivando su incorporación y estabilidad en el empleo mediante contratos de trabajo de carácter temporal o indefinido. La propia finalidad de la norma justifica el hecho de que las subvenciones que se regulan y convocan mediante la misma se concedan en atención a la mera concurrencia de los requisitos que en la Orden se especifican sin que sea necesario establecer la comparación de solicitudes ni la prelación entre las mismas.

Tras la entrada en vigor de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, se pone de manifiesto la necesidad de adaptar la normativa existente a las innovaciones normativas contenidas en la misma, de acuerdo con lo establecido en su disposición final primera, así como en el Capítulo I, del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

En su virtud, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad

Autónoma de Andalucía, y en uso de las facultades conferidas por el artículo 44.4 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y a propuesta de la Dirección General para las Drogodependencias y Adicciones,

DISPONGO

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.º *Objeto y financiación.*—1. La presente Orden tiene por objeto la regulación y la convocatoria de subvenciones con carácter permanente, para promover la contratación laboral de personas con problemas de drogodependencias y /o afectadas por el juego patológico.

2. De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 31.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, el procedimiento de concesión de subvenciones se realizará sin establecer comparación entre las solicitudes ni prelación entre las mismas.

3. La concesión de subvenciones estará limitada a la existencia de disponibilidad presupuestaria para cada ejercicio económico, y se financiará con cargo al presupuesto de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, participando en la misma la Unión Europea a través del Fondo Social Europeo en un 75%.

4. Las subvenciones reguladas en la presente Orden se registrarán por lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, de acuerdo con lo establecido en su disposición adicional primera, en las normas especiales en materia de subvenciones contenidas en el artículo 20 de la Ley 2/2004, de 28 de diciembre, en las Leyes anuales de Presupuestos

de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Capítulo I del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, en el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, y en sus normas de desarrollo, en lo que no se opongan a los preceptos básicos de la norma estatal citada, en toda la normativa reguladora de los Fondos Europeos y en las bases que se establecen a continuación.

Art. 2.º Finalidad.—Las subvenciones a la contratación de personas con problemas de drogodependencias y/o afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social, tienen por finalidad el acceso de éstas al mercado laboral, incentivando su incorporación y estabilidad en el empleo mediante contratos de trabajo de carácter temporal o indefinido.

Art. 3.º Beneficiarios.—Podrán ser beneficiarios de las subvenciones reguladas en la presente Orden:

- a) Las personas físicas y jurídicas, titulares de empresas constituidas.
- b) Las Entidades sin ánimo de lucro.
- c) Administraciones Públicas y Entidades de ellas dependientes.
- d) En el caso de Entidades colaboradoras del programa Red de Artesanos, podrán prolongar la permanencia de los participantes, tanto a la finalización como en cualquier momento mediante la contratación laboral, indefinida o temporal, a tiempo completo o parcial de los mismos.

Art. 4.º Requisitos de los beneficiarios. 1. La concesión de subvenciones vendrá condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) En el caso de personas jurídicas, estar legalmente constituidas.
- b) Incorporar al trabajador a un centro de trabajo situado en Andalucía, durante un período mínimo de tres meses, formalizándose la contratación de acuerdo con las modalidades y contenidos previstos en la legislación laboral vigente.
- c) Los trabajadores contratados deberán encontrarse en proceso de incorporación social en cualquiera de los siguientes recursos responsables del seguimiento:

c.1. Recursos de la red de drogodependencias y adicciones, públicos o privados concertados con la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

c.2. En el supuesto de personas afectadas por el juego patológico será requisito el que sean atendidas por entidad registrada para tal fin en el Registro de Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales.

c.3. Asociaciones de drogodependencias sin ánimo de lucro, cuya actividad principal sea la atención a personas con problemas de drogodependencias y estén inscritas en el Registro de Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales.

d) Las empresas beneficiarias facilitarán a los recursos recogidos en el apartado anterior toda la información referente al trabajador de cara a realizar un seguimiento en el proceso de incorporación social de los mismos.

e) No podrán concederse con cargo a este programa más de una subvención por trabajador, aunque éste sea posteriormente contratado por otro empleador o se le contrate conforme a otra modalidad laboral, salvo en los supuestos recogidos en las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 5 para los

que se podrá conceder al empleador por una sola vez una nueva subvención siempre que la contratación sea por un tiempo igual o superior al contrato anteriormente suscrito y que no transcurra un plazo superior de tres meses entre la anterior y la nueva contratación.

f) Las personas contratadas, o sus sustitutos, en su caso, deberán permanecer en dicha situación, como mínimo hasta agotar el importe total de la subvención concedida.

g) No estar incurso en alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como no tener deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de derecho público de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. En ningún caso podrán obtener la condición de beneficiario de las subvenciones reguladas en la presente Orden las asociaciones incursas en las causas de prohibición previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. Tampoco podrán obtener la condición de beneficiario las asociaciones respecto de las que se hubiera suspendido el procedimiento administrativo de inscripción por encontrarse indicios racionales de ilicitud penal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.4 de la Ley Orgánica 1/2002, en tanto no recaiga resolución judicial firme en cuya virtud pueda practicarse la inscripción en el correspondiente registro.

3. Los requisitos deberán cumplirse en la fecha en que se dicte la propuesta de Resolución de la solicitud y mantenerse hasta la justificación de la subvención concedida.

Art. 5.º *Cuantía de las subvenciones.*—La cuantía de las subvencio-

nes se determinará en función de las siguientes circunstancias:

1. Por cada contrato indefinido a tiempo completo: 8.414 euros.

2. Por cada contrato temporal y a tiempo completo:

a) Con una duración mínima de un año: 7.212 euros.

b) Con una duración mínima de seis meses: 3.606 euros.

c) Con una duración mínima de tres meses: 1.622 euros.

3. La cuantía de la subvención por cada contrato a tiempo parcial se calculará en proporción a la jornada pactada, sin que pueda ser inferior al 40% de la establecida para tiempo completo, tomando como referencia los supuestos y cifras previstos en los apartados anteriores.

4. Los rendimientos financieros que se generen por los fondos librados a personas y entidades beneficiarias, incrementarán el importe de la subvención concedida, y se aplicarán igualmente a la actividad subvencionada. Lo dispuesto en este párrafo no será de aplicación en los supuestos en que la beneficiaria sea una Administración Pública.

Art. 6.º *Importe y concurrencia de subvenciones.*—1. Las subvenciones que se otorguen al amparo de la presente Orden serán compatibles con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de otras Administraciones o Entes Públicos o Privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente.

2. El importe de las subvenciones en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada.

CAPÍTULO II
Procedimientos

Art. 7.º *Solicitudes y documentación.*—1. Las solicitudes de subvenciones se efectuarán según el modelo que figura como Anexo a la presente Orden.

2. Junto con las solicitudes, deberá aportarse la siguiente documentación, original o compulsada:

- a) Documento Nacional de Identidad, en el caso de personas físicas.
- b) Tarjeta de Identificación Fiscal.
- c) Documentación, en su caso, que acredite el apoderamiento del representante de la persona física o jurídica solicitante.
- d) Fotocopia de la libreta de ahorro o certificado bancario acreditativo de la cuenta corriente o libreta de ahorro, cuya titularidad ha de corresponder a la entidad solicitante.
- e) Propuesta de contrato de trabajo o contrato suscrito con una antelación máxima de 60 días naturales a la fecha de presentación de la solicitud.
- f) Acreditación de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones frente a la Seguridad Social.
- g) Declaración responsable de las personas o entidades solicitantes de no estar incurso en las prohibiciones para obtener la condición de beneficiaria, señaladas en el artículo 4 de esta Orden.

3. Al amparo de lo establecido en el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como en el artículo 29.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, y atendiendo a la naturaleza de las subvenciones reguladas por la presente Orden, los solicitantes incluidos en el apartado c) del artículo 3 de la misma quedan exceptuados de la obligación de acreditar que se hallan al corriente en el cumplimiento de las obli-

gaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, y que no son deudores en período ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía por cualquier otro ingreso de Derecho Público.

4. La presentación de la solicitud conllevará la autorización al órgano gestor para recabar las certificaciones a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y por la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía.

Art. 8.º *Lugar y plazo de presentación.*—1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 38/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las solicitudes se presentarán, preferentemente, en la Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social donde se encuentre ubicado el centro de trabajo afectado por la contratación laboral.

2. El plazo de presentación de solicitudes se iniciará el día 1 de enero y concluirá el 30 de junio de cada año.

3. No serán admitidas las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido en el apartado anterior, resolviéndose la inadmisión de las mismas, que será notificada a las personas interesadas en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 9.º *Comisión de Evaluación.*—1. En cada una de las Delegaciones Provinciales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social se constituirá una Comisión de Evaluación, integrada al menos por la persona titular de la Jefatura de Servicio de Acción e Inserción Social y el Asesor o Asesora de Drogodependencias, que desarrollará las siguientes funciones:

a) Verificar que los solicitantes cumplen con los requisitos exigidos en la presente Orden, pudiendo requerir a los interesados para que, en el plazo de diez días hábiles, subsanen la deficiencias u omisiones existentes en su solicitudes, bajo apercibimiento de tenerlos por desistidos si así no lo hicieran.

b) Solicitar al recurso responsable del seguimiento al trabajador, información en torno a la conveniencia de su inclusión en el programa a efectos de la correspondiente contratación laboral.

2. En el caso de que los solicitantes no entregaren la documentación requerida en el plazo establecido, se les tendrá por desistidos de su solicitud, previa Resolución dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Completados los expedientes con la aportación de documentación requerida, se formularán motivadamente las correspondientes propuestas de Resolución, dándose traslado de ello al órgano competente para resolver.

4. En su funcionamiento la Comisión de Evaluación se registrá por lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. Los expedientes de gastos correspondientes, deberán ser sometidos a fiscalización previa.

Art. 10. Competencia.—El titular de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social delega en los titulares de las Delegaciones Provinciales la competencia para resolver las subvenciones reguladas en la presente Orden.

Art. 11. Resolución.—1. El plazo para dictar y notificar la Resolución correspondiente será de dos meses a contar desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el Registro del órgano competente para su tramitación. Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado y notificado Resolución expresa, los interesados podrán entender desestimadas sus solicitudes por silencio administrativo de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.4 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2. Para que la Resolución sea efectiva, los interesados deberán aportar en un plazo máximo de 15 días a partir de la misma la siguiente documentación:

a) Contrato de trabajo.

b) Alta del trabajador en la Seguridad Social.

3. No podrá resolverse la concesión de subvenciones en favor de quienes se encuentren en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 4.1 g) y 4.2 de esta Orden.

5. Las Resoluciones dictadas agotarán la vía administrativa, pudiendo interponerse contra las mismas recurso potestativo de reposición, de acuerdo con lo establecido en los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o bien directamente recurso contencioso-administrativo según se recoge en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

6. El contenido de la Resolución se ajustará a lo establecido en el artículo 13.2 del Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre.

7. En la notificación de concesión de subvenciones a las personas o entidades beneficiarias, se señalará que la Unión Europea participa en la financiación de las mismas a través del Fondo Social Europeo en un 75%.

Art. 12. Circunstancias sobrevenidas.—1. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención y, en todo caso, la obtención concurrente de subvenciones o ayudas otorgadas por otras Administraciones o entes públicos o privados nacionales, de la Unión Europea u organismos internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la Resolución de concesión.

2. La persona o entidad beneficiaria podrá solicitar, excepcionalmente, la modificación de la Resolución de concesión ante cualquier eventualidad que altere o dificulte el desarrollo de la contratación efectuada, sin que en ningún caso pueda variarse el destino o finalidad de la subvención.

3. La solicitud de modificación deberá estar suficientemente justificada, presentándose de forma inmediata a la aparición de las circunstancias que la motiven y con antelación a la finalización del plazo de ejecución inicialmente concedido.

4. Las solicitudes que en tal sentido se formulen serán resueltas, en el plazo de un mes desde su presentación, por el órgano que haya concedido la subvención, 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 persona o entidad beneficiaria. Transcurrido dicho plazo sin que hubiere recaído Resolución expresa, la solicitud podrá entenderse desestimada.

5. Si por cualquier circunstancia la persona contratada no agotara el

plazo acordado en el contrato objeto de subvención, se podrá autorizar su sustitución, en el plazo máximo de un mes, por el tiempo restante y con las mismas condiciones inicialmente establecidas.

Art. 13. Pago de las subvenciones.—1. El abono de la subvención se realizará mediante el libramiento del 75% del importe total de la cantidad concedida, tras la firma de la Resolución de concesión, abonándose la cantidad restante una vez justificado por la persona o entidad beneficiaria el pago realizado.

2. Las subvenciones cuyo importe sea igual o inferior al establecido a estos efectos en el artículo 32.4 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras (6.050 euros), podrá ser anticipado en su integridad.

3. La subvención concedida podrá abonarse en un único pago a entidades sin ánimo de lucro que desarrollen programas relacionados con el Plan Andaluz de Drogas y Adicciones.

4. El pago de la subvención se efectuará mediante transferencia bancaria a la cuenta que a tal efecto señalen las personas o entidades beneficiarias en la solicitud.

5. No podrá proponerse el pago de subvenciones a personas o entidades beneficiarias que no hayan justificado en tiempo y forma las subvenciones concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Administración Autonómica y sus Organismos Autónomos.

Art. 14. Obligaciones de los beneficiarios.—Los beneficiarios de las subvenciones vendrán obligados a:

a) Realizar la contratación que fundamente la concesión de la subvención.

b) Justificar ante el órgano concedente la contratación realizada, así

como el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determine la concesión de la subvención.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, la Dirección General de Fondos Europeos; las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía y de la Administración General de Estado; a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y la Cámara de Cuentas de Andalucía; las de los órganos de control de la Comisión Europea, así como del Tribunal de Cuentas Europeo y facilitar cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar al órgano concedente de la ayuda, todos los cambios de domicilio a efectos de notificaciones que tengan lugar durante el período en que la ayuda sea reglamentariamente susceptible de control.

e) Acreditar con anterioridad a dictarse la propuesta de Resolución de concesión que se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, y que no tengan deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con la excepción contenida en el artículo 7.3 de esta Orden y sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

f) Hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la contratación realizada, que la misma está subvencionada por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en colaboración con el Fondo Social Europeo. Asimismo las personas y entidades beneficiarias deberán cumplir con las disposicio-

nes que sobre información y publicidad se dicten por la Unión Europea.

g) Comunicar a la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social la obtención de otras subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes Públicos o Privados, nacionales, de la Unión Europea o internacionales, así como las alteraciones a que se refiere el artículo 12 de la presente Orden.

h) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable al beneficiario en cada caso, así como cuantos estados contables y registros específicos sean exigidos por estas bases con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación.

i) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos percibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de comprobación y control.

j) Cumplir con las obligaciones de colaboración a que se refiere el artículo 46 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

k) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 19 de esta Orden.

Art. 15. Obligaciones de los recursos que realizan el seguimiento.—

Los recursos desde donde se esté realizando el seguimiento del trabajador, estarán obligados a emitir un Informe de Incorporación y un Informe de Seguimiento dirigido a las Delegaciones Provinciales según modelo establecido por la Dirección General para las Drogodependencias y Adicciones, y que serán remitidos con la periodicidad establecida por dicho organismo.

Art. 16. *Certificado de participación.*—Desde la Dirección General para las Drogodependencias y Adicciones se emitirá un certificado a las Empresas beneficiarias como reconocimiento de su participación en el Programa Arquímedes, asimismo se tomarán las medidas que se estimen oportunas de cara a dar publicidad del programa.

Art. 17. *Publicidad de las subvenciones.*—1. Las subvenciones concedidas deberán ser publicadas trimestralmente en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía con expresión de la convocatoria, el programa y crédito presupuestario que se imputen, personas beneficiarias, cantidad concedida y finalidad de la misma.

2. No será necesaria la publicación en los siguientes supuestos:

a) Cuando los importes de las subvenciones concedidas, individualmente consideradas, sean de cuantía inferior a 3.000 euros.

En estos supuestos se harán públicas en la sede del órgano competente para resolver, sin perjuicio de la publicidad que pueda articularse mediante su inclusión en la página web de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

b) Cuando la publicación de los datos de la persona beneficiaria del objeto de la subvención pueda ser contraria al respeto y salvaguarda del honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Art. 18. *Justificación.*—1. Los beneficiarios justificarán la ejecución de la contratación subvencionada mediante la aportación del certificado acreditativo de haber sido registrado en su contabilidad el ingreso de la

subvención recibida, con expresión del asiento contable practicado, y de los documentos que, en original o fotocopia compulsada, se citan a continuación:

a) Recibos de las nóminas del trabajador contratado.

b) Boletín de cotizaciones a la Seguridad Social.

c) Documento de ingreso en Hacienda de retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los trabajadores.

3. Los documentos citados anteriormente vendrán referidos a los meses de vigencia del contrato cuando fuera temporal, y si tuviera carácter indefinido, a los doce meses siguientes a su firma.

4. El plazo de justificación será de tres meses contados a partir de la finalización del periodo de vigencia del contrato si este fuera temporal, y de quince meses contando desde la firma del contrato si éste tuviera carácter indefinido. Dentro de dicho plazo el beneficiario deberá presentar los justificantes del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención y del gasto total de la actividad subvencionada, aunque la cuantía de la subvención sea inferior.

5. Si vencido el plazo de justificación los beneficiarios no hubieran presentado los documentos a que vinieren obligados, se les requerirán para que los aporten en un plazo de veinte días, bajo apercibimiento de que, transcurrido el mismo sin atender dicho requerimiento, se entenderá incumplida la obligación de justificar la subvención, con las consecuencias previstas en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en los artículos 19 y 20 de la presente Orden.

Art. 19. Reintegros y obligados al reintegro.—1. Además de los casos de nulidad y anulabilidad previstos en el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones, procederá también el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad o del proyecto que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado f) del artículo 14 de esta Orden.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en el Título VIII de la Ley General Hacienda Pública, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes Públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las personas o entidades beneficiarias, así como de los compromisos por

éstas asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

g) Incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído Resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte del beneficiario de las medidas en materia de protección del Medio Ambiente a las que viniere obligado.

h) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las personas o entidades beneficiarias, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

i) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro.

2. En el supuesto previsto en el artículo 6.2 de la presente Orden, procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada, así como la exigencia del interés de demora correspondiente.

3. Cuando el cumplimiento por la persona o entidad beneficiaria se

aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éstos una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá determinada por el grado de cumplimiento de la finalidad prevista en el apartado 1 del artículo 1 de esta Orden.

4. Las cantidades a reintegrar tendrán la consideración de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza lo dispuesto en la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

5. Serán de aplicación en esta materia las reglas establecidas en el artículo 33 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

6. El procedimiento para el reintegro se regirá por lo dispuesto al respecto en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, siendo órganos competentes para resolver los mismos que de acuerdo con lo previsto en la presente Orden, tiene atribuida la facultad para resolver sobre la concesión de las subvenciones.

7. La obligación de reintegro será independiente de las sanciones que, en su caso, resulten exigibles.

Art. 20. Régimen Sancionador.— Las infracciones administrativas cometidas en relación con las subvenciones

reguladas en la presente Orden se sancionarán conforme a lo dispuesto en el Título IV de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Disposición transitoria única. *Prórroga y solicitudes en tramitación.*—La presente Orden será de aplicación a las prórrogas que se realicen de los contratos vigentes a su entrada en vigor.

Asimismo resultará de aplicación a las solicitudes presentadas que se resuelvan tras la entrada en vigor de la misma.

Disposición derogatoria única. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la presente norma y expresamente la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social.

Disposición final primera. *Instrucciones y medidas de ejecución.*— Se autoriza a la persona titular de la Dirección General para las Drogodependencias y Adicciones para dictar las instrucciones y medidas necesarias para la ejecución de la presente Orden.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 8 de febrero de 2006

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad
y Bienestar Social





