Crónica legislativa de Seguridad Social y materias conexas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA
MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA

Laborum

1. *DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES*.- PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO QUE MODIFICA LA DIRECTIVA 96/71/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996, SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EFECTUADO EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS [COM (2016) 128, 8-3-16]

Dentro del Programa de trabajo de la Comisión Europea para 2016 se incluye la revisión de la Directiva 96/71/CE con dos objetivos fundamentales: hacer frente a las prácticas desleales que se producen en este ámbito y promover el principio de que un mismo trabajo en un mismo lugar debe remunerarse de la misma manera.

La Directiva 96/71/CE regula tres tipos de desplazamientos:

1. La prestación directa de servicios por una empresa en el marco de un contrato de servicios
2. El desplazamiento en el contexto de un establecimiento o una empresa que pertenezca al mismo grupo (desplazamiento intragrupo)
3. El desplazamiento mediante la cesión de un trabajador por una Empresa de Trabajo Temporal establecida en otro Estado miembro.

La Directiva de 1996 introduce el marco reglamentario de la UE para alcanzar un equilibrio entre tres objetivos fundamentales:

-promover y facilitar la prestación transfronteriza de servicios

-proteger a los trabajadores desplazados

-garantizar una competencia leal entre los competidores extranjeros y locales

Para ello, incluye un núcleo de condiciones de trabajo y empleo en el Estado miembro de acogida que deben observar obligatoriamente los prestadores de servicios extranjeros: períodos máximos de trabajo; períodos mínimos de descanso; cuantías del salario mínimo; duración mínima de las vacaciones anuales; las condiciones de suministro de mano de obra, salud, seguridad e higiene; protección de las mujeres embarazadas; igualdad de trato.

Por otro lado, la Directiva 2014/67/CE sobre la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE prevé instrumentos nuevos y reforzados para combatir y sancionar cualquier abuso, elusión o fraude. La fecha límite de transposición de esta Directiva es el 18 de junio de 2016, y hasta el momento sólo la han llevado a cabo Francia, Alemania, Bélgica y Austria.

Pese a todo, se ha ido poniendo de manifiesto prácticas abusivas y fraudulentas en muchos sectores, particularmente en el sector de transporte por carretera. Así, es frecuente la existencia de filiales ficticias, por parte de empresas de transporte residentes en los países occidentales, para favorecerse de los menores costes fiscales y laborales, principalmente en países del este y sin los estrictos controles de la Inspección del Transporte (empresas españolas de este sector tienen constituidas “empresas buzón” en países como Rumanía, Bulgaria o Portugal, o se crean falsas cooperativas de transporte).

La Propuesta de revisión se centra en el marco establecido en la Directiva 96/71/CE, sin afectar a la Directiva sobre la garantía de cumplimiento, si bien ambas son complementarias entre sí y se refuerzan mutuamente. Esta Propuesta constituye la base de las iniciativas a favor del sector del transporte por carretera, dentro del Programa de trabajo de la Comisión para 2016. También puede actuar asimismo en este ámbito de forma positiva la Plataforma Europea para la prevención y disuasión de trabajo no declarado.

La base jurídica en la que se apoya la Propuesta de revisión es el art. 53, ap.1 y art. 62 TFUE. La Propuesta de revisión respeta el principio de proporcionalidad en el sentido establecido por jurisprudencia reiterada del TJUE: las restricciones a la libre prestación de servicios sólo pueden aceptarse si se justifican por razones imperiosas de interés general, relacionadas con la protección de los trabajadores y que deben ser proporcionadas y necesarias.

La Propuesta de revisión no armoniza los costes de la mano de obra en Europa, se limita a garantizar condiciones adaptadas al coste de la vida y al nivel de vida del Estado miembro de acogida durante el tiempo que dure la cesión de los trabajadores desplazados.

El artículo 1 de la propuesta introduce varias modificaciones en la Directiva 96/71/CE:

1º.- El apartado 1 añade un nuevo artículo 2 bis a la Directiva, en el que se aborda la legislación laboral aplicable a los trabajadores desplazados cuando la duración prevista o real del desplazamiento excede de veinticuatro meses. Esto se entiende sin perjuicio de la posible duración de una prestación temporal de servicios. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la distinción entre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios con carácter temporal debe efectuarse caso por caso, teniendo en cuenta no solo la duración sino también la frecuencia, periodicidad y continuidad de la prestación.

El apartado 1 del nuevo artículo 2 bis es aplicable cuando la duración prevista o real del desplazamiento excede de veinticuatro meses. En ambos casos, el Estado miembro de acogida debe considerarse el país en el que se realiza el trabajo habitualmente. En aplicación de las normas del Reglamento de Roma I [Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177 de 4.7.2008)], la legislación laboral del Estado miembro de acogida se aplicará al contrato de trabajo de los trabajadores desplazados en caso de que las partes no hubieran decidido un régimen jurídico diferente. En caso de haber hecho una elección diferente, el resultado de la misma no puede ser el de privar al empleado de la protección a la que tiene derecho en virtud de disposiciones que no pueden derogarse por acuerdo al amparo de la legislación del Estado miembro de acogida.

A fin de evitar la elusión de la norma establecida en el apartado 1, el apartado 2 aclara que, en caso de sustitución de un trabajador para realizar la misma tarea, el cálculo de la duración del desplazamiento debe tener en cuenta la duración acumulada del desplazamiento de los trabajadores afectados. La norma del apartado 1 se aplicará siempre que la duración acumulada sea superior a veinticuatro meses, aunque, con el fin de respetar el principio de proporcionalidad, únicamente a los trabajadores desplazados durante al menos seis meses.

2º.- El apartado 2 introduce varias modificaciones en el artículo 3 de la Directiva:

-La letra a) sustituye al apartado 1 del artículo 3 de la Directiva. El texto nuevo introduce tres cambios principales:

– Suprime la referencia a las «actividades contempladas en el anexo» en el segundo guion. Esto significa que los convenios colectivos de aplicación general a tenor del artículo 3, apartado 8, deberán aplicarse a los trabajadores desplazados en todos los sectores de la economía, independientemente de que las actividades en cuestión figuren o no en el anexo de la Directiva (en el que solo se incluyen actualmente las actividades en el sector de la construcción). Compete a los Estados miembros establecer normas sobre remuneración de conformidad con su legislación y sus prácticas.

– Sustituye la referencia a las «cuantías de salario mínimo» por una referencia a la «remuneración». Esta modificación implica que el régimen de remuneración aplicable a los trabajadores locales en virtud de la ley o de los convenios colectivos de aplicación general en el sentido del artículo 3, apartado 8, también es aplicable a los trabajadores desplazados.

– Añade un nuevo párrafo que impone a los Estados miembros la obligación de publicar en el sitio web a que se hace referencia en el artículo 5 de la Directiva 2014/67/UE información sobre los elementos de la remuneración aplicables a los trabajadores desplazados.

-La letra b) añade un nuevo apartado relativo a las cadenas de subcontratación. Esta nueva norma otorga a los Estados miembros la facultad de obligar a las empresas a subcontratar solo con empresas que concedan a los trabajadores determinadas condiciones de remuneración aplicables al contratista, incluidas las derivadas de los convenios colectivos no aplicables universalmente. Esto solo es posible sobre una base proporcional y no discriminatoria y, por ende, requeriría la imposición de las mismas obligaciones a todos los subcontratistas nacionales.

-La letra c) añade un nuevo apartado que establece las condiciones aplicables a los trabajadores contemplados en el artículo 1, apartado 3, letra c), de la Directiva, a saber, los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal establecida en un Estado miembro distinto del Estado miembro de establecimiento de la empresa usuaria. Este nuevo apartado corresponde al artículo 3, apartado 9, de la Directiva. En él se especifica que las condiciones aplicables a las empresas transfronterizas que ceden trabajadores deben ser las mismas que se aplican, con arreglo al artículo 5 de la Directiva 2008/104/CE, a las empresas nacionales que ceden trabajadores. Contrariamente a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 9, de la Directiva, esto constituye ahora una obligación legal impuesta a los Estados miembros.

3º.- El apartado 3 modifica el anexo de la Directiva a raíz de las modificaciones introducidas en el artículo 3, apartado 1.

2. *"PREVENCIÓN 10.ES".*- RESOLUCIÓN DE 4 DE FEBRERO DE 2016, DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, POR LA QUE SE ENCOMIENDA AL INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, DURANTE EL AÑO 2016, LA GESTIÓN DEL SERVICIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DENOMINADO "PREVENCIÓN 10.ES" (BOE 15-2-2016)

En el marco de la Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre, por la que se regulan las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social, se desarrolló y puso en marcha el servicio de titularidad de la Seguridad Social denominado "Prevención 10.es".

En 2014 comenzaron los trabajos de adaptación de la plataforma "Prevención 25.es" para que, tras la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, pudiera ser utilizada por los nuevos potenciales usuarios de la misma, las empresas de hasta 25 trabajadores en las que el empresario, de acuerdo con lo establecido legalmente, pueda asumir personalmente la prevención en su empresa; quedando esta utilidad integrada en el servicio "Prevención 10.es"

El servicio que se dispensa a través de esta herramienta tiene como objetivos fundamentales:

-reducir las cargas administrativas respecto de las obligaciones de información que impone la LPRL;

-ayudar a las pequeñas empresas y trabajadores autónomos al mejor cumplimiento de sus obligaciones preventivas, reduciendo sus costes y simplificando su forma de cumplimiento;

-facilitar a las empresas que lo requieran la asunción de la actividad preventiva en los casos permitidos por la ley o, en su caso, la presencia de trabajadores designados.

Esta Resolución encomienda al INSHT la prestación de asistencia a las empresas de hasta 25 trabajadores que cumplen las condiciones para que el empresario pueda asumir personalmente la actividad preventiva, por medio de internet principalmente, para que pueda realizar:

-el plan de prevención,

-la evaluación de los riesgos,

-la planificación de la actividad preventiva.

El servicio también comprende la asistencia a los trabajadores autónomos para facilitarles instrumentos y asesoramiento para mejorar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de coordinación de actividades empresariales.

3. *TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA*.- RESOLUCIÓN DE 23 DE FEBRERO DE 2016, DEL INSS, POR LA QUE SE REGULA LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA AUTOMATIZADA DE DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN DE DETERMINADAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (BOE 1-3-2016)

Esta Resolución tiene por objeto regular, de acuerdo con lo previsto en el art. 130 LGSS, la tramitación electrónica automatizada de los procedimientos de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social que se relacionan, cuya gestión corresponde al INSS:

-solicitudes de prestaciones por maternidad y por paternidad;

-solicitudes de prestaciones de jubilación;

-solicitudes de prestaciones por muerte y supervivencia;

-el reconocimiento de la condición de persona asegurada o beneficiaria a efectos de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud;

-otros procedimientos que puedan dar lugar a la adopción de resoluciones de forma automatizada relacionados con cualquiera de dichas prestaciones, incluidas las de modificación, suspensión o extinción del derecho a las mismas.

Esta tramitación electrónica automatizada sólo será posible cuando el procedimiento no exija la aportación física de documentos por parte del interesado.

En la Resolución se identifican las aplicaciones informáticas:

-PROGESPRESS-CARPA-ALFA: para la tramitación y cálculo de las prestaciones económicas contributivas de jubilación, muerte y supervivencia y auxilio por defunción.

-INCA: para la gestión de los subsidios de maternidad y paternidad.

-BADAS: para el reconocimiento de la condición de persona asegurada o beneficiaria a efectos de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

-ASIA: para la gestión y control del derecho a la prestación de asistencia sanitaria en aplicación de los reglamentos comunitarios.

En la Resolución se regulan los procesos de iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos; el órgano responsable a efectos de impugnación; y los órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad. Asimismo, en Anexo se regulan específicamente las condiciones que han de concurrir para que sean objeto de tramitación automatizada (supuestos incluidos y excluidos) los expedientes de las prestaciones por maternidad y por paternidad.

4. *PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. GESTIÓN INFORMATIZADA.*- RESOLUCIÓN DE 6 DE ABRIL DE 2016, DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, POR EL QUE SE APRUEBA EL SISTEMA DE FIRMA ELECTRÓNICA MEDIANTE CAPTURA DE FIRMA DIGITALIZADA CON DATOS BIOMÉTRICOS PARA RELACIONARSE PRESENCIALMENTE CON EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (BOE 25-4-2016)

El Servicio Público de Empleo Estatal viene haciendo un uso extensivo de las nuevas tecnologías en sus procedimientos para el reconocimiento de prestaciones por desempleo (como los procedimientos electrónicos para el reconocimiento automático de las prestaciones por desempleo, o el proyecto de Oficina sin Papel, que persigue la digitalización integral del proceso de reconocimiento de prestaciones por desempleo llevado a cabo en la red de oficinas de prestaciones).

Este proceso de solicitud de reconocimiento de prestaciones en oficina, a pesar de que acaba incorporando toda la documentación electrónica en un gestor documental, sigue iniciándose con un impreso en soporte papel firmado por el solicitante, que es preciso digitalizar posteriormente con las debidas garantías. No obstante, la disponibilidad en el mercado de dispositivos electrónicos que permiten la captura de la firma digitalizada del solicitante, junto con sus datos biométricos (coordenadas espaciales, velocidad y presión del trazo), posibilita guardar en la actualidad evidencias suficientes que permitan un análisis grafológico con garantías equivalentes a la firma manuscrita, en caso de ser necesario.

Por todo ello, el Servicio Público de Empleo Estatal propone la utilización de este sistema de firma electrónica para la supresión del soporte papel en las solicitudes de ciudadanos en relación a prestaciones por desempleo, utilizando alternativamente un formulario de solicitud en documento electrónico, que incorporará el grafo de firma del solicitante junto con datos biométricos capturados en el momento de la firma.

El objeto de esta resolución es la aprobación de un sistema de firma electrónica con el contenido exigido en el artículo 11.3 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, relativo a la denominación y descripción general del sistema de firma que se aprueba, órgano u organismo público responsable de su aplicación y garantías de su funcionamiento.

Por ello, y de acuerdo con la habilitación contenida en el artículo 11.1 del citado Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, previo informe de la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y de la Comisión Ministerial de Administración Digital del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se aprueba el sistema de firma electrónica mediante captura de firma digitalizada con datos biométricos para relacionarse presencialmente con el Servicio Público de Empleo Estatal. En el Anexo de esta resolución se establece la descripción y garantías específicas de funcionamiento.

-Los ciudadanos podrán utilizar este sistema para relacionarse presencialmente con el Servicio Público de Empleo Estatal, ante funcionario identificado, a fin de aportar, consultar, confirmar o modificar todo tipo de documentos remitidos o puestos a disposición por este Organismo, en los términos y condiciones que, en su caso, se puedan establecer en la normativa específicamente aplicable al trámite concreto o procedimiento.

-En virtud del principio de proporcionalidad recogido en el artículo 4 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, este sistema de firma ofrecerá las garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los trámites y actuaciones para los que se autorice la utilización de aquellos.

-El Servicio Público de Empleo Estatal garantizará el funcionamiento de este sistema de firma conforme a los criterios de seguridad, integridad, confidencialidad y autenticidad previstos en la Ley 11/2007, de 22 de junio, y su normativa de desarrollo.

-No se admitirá el sistema de firma descrito en la presente resolución para acceder a una consulta general del estado de tramitación de todos sus procedimientos por parte de los interesados.

-El órgano responsable de la aplicación del sistema de firma mediante captura de firma digitalizada con datos biométricos será la Subdirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

-El tratamiento de datos personales que resulte de la utilización del sistema de firma regulado en la presente resolución, cumplirá y se ajustará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal y su normativa de desarrollo. El uso por los ciudadanos del sistema de firma electrónica regulado en la presente norma implicará que el Servicio Público de Empleo Estatal pueda tratar los datos personales consignados a los efectos de la verificación de la firma.

5. *PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO*.- RD-LEY 1/2016, DE 15 DE ABRIL, POR EL QUE SE PRORROGA EL PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO (BOE 16-4-2016).

El Programa de Activación para el Empleo es un Programa extraordinario y específico dirigido a los trabajadores desempleados con mayor dificultad de inserción: trabajadores desempleados de larga duración, que se encuentran en una situación de especial necesidad, con cargas familiares, y que realizan una búsqueda activa de empleo. El Programa se puso en marcha en 2014 (RDL 16/2014, de 19 de diciembre), fruto del acuerdo con los sindicatos.

El programa comprende la realización de políticas activas de empleo con la finalidad de aumentar las oportunidades de retorno al mercado laboral de los beneficiarios, las cuales se gestionan por los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas, y se acompaña de una prestación económica de desempleo por importe del 80% del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente, que se gestiona por el Servicio Público de Empleo Estatal.

El plazo para solicitar el acceso a este Programa vencía el 15 de abril de 2016. Se realizó, junto con los interlocutores sociales y las comunidades autónomas, una valoración del mismo, concluyéndose que ha sido eficaz. Por ello, a través de este RDL se prorroga el Programa y se introducen algunas modificaciones:

-Se modifica la letra b) del art. 2-1 del RDL 16/2014, debiendo ahora el trabajador estar inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo competente a

fecha 1 de abril de 2016, para facilitar así el cumplimiento de este requisito a las personas en situación de desempleo más reciente.

-Se modifica el plazo en el que se puede presentar la solicitud de incorporación al Programa, evitando la solución de continuidad con el actualmente vigente y extendiéndolo un año más, hasta el 15 de abril de 2017.

-Se permite la incorporación al Programa de personas que reúnan en el nuevo período de solicitud todos los requisitos de acceso excepto el relativo a la inscripción como demandante de empleo a fecha de 1 de abril de 2016, siempre que se encontrasen inscritas a fecha de 1 de diciembre de 2014 [Disp. Transit. Única].

-Se mantiene el Programa de Recualificación Profesional de las personas desempleadas que agoten su protección por desempleo, regulado por el RDL 1/2011, de 11 de febrero, basado en acciones de política de empleo y en la percepción de una ayuda de acompañamiento. La Disp. Final 2ª permite la prórroga automática de dicho Programa mientras la tasa de desempleo sea superior al 18% según la última Encuesta de Población Activa.

6. *FUNCIÓN PÚBLICA*.- LEY 2/2016, DE 11 DE MAYO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 6/1985, DE 28 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, EN MATERIA DE VALORACIÓN DE LA ANTIGÜEDAD A EFECTOS DE MÉRITOS (BOE 28-5-2016)

En la Exposición de Motivos de esta Ley se destaca la importancia de la gestión de personal y, en concreto, de los procesos selectivos de promoción interna y los concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo, como instrumento para la planificación de recursos humanos y que materializa el derecho a la carrera profesional de los empleados de la Junta de Andalucía.

En los procesos de promoción interna y provisión de puestos de trabajo en la Administración General de la Junta de Andalucía la antigüedad ha sido objeto del principal debate en los recientes procesos judiciales, habiéndose producido soluciones judiciales contradictorias sobre el tratamiento que debe darse a los servicios prestados por el personal funcionario interino.

Como se señala en la Exposición de Motivos, a raíz de la STSJ de Andalucía, Granada, Sala de los Contencioso-administrativo, de 29 de octubre de 2012, la Junta de Andalucía, que de forma voluntaria había adecuado su actuación a los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tuvo que proceder a anular las actuaciones practicadas en los procedimientos de provisión de puestos que por entonces se encontraban en curso (la citada Sentencia consideró que, al tratarse de situaciones no comparables, existían razones objetivas que justificaban la aplicación de criterios de antigüedad diferentes a los interinos). Esto supuso el inicio por parte de la Comisión Europea del Proyecto Piloto 5241/13/EMPL, sobre igualdad de trato en los procedimientos de selección de personal en el sector público español, en relación con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999. Este Proyecto, que se considera como trámite de instrucción previo a la apertura de un procedimiento de infracción del art. 258 TFUE, ha llevado a la UE a la

convicción de que los argumentos utilizados por el TSJ de Andalucía no son compatibles con la Directiva 1999/70.

La Comisión Europea remitió al Ministerio de Asuntos Exteriores la Carta de Emplazamiento de Infracción, considerando inaceptables los argumentos esgrimidos por las autoridades españolas al tratar de evidenciar diferencias objetivas entre los funcionarios que han tenido contratos de duración determinada y el personal fijo. Considera asimismo que España ha incumplido las obligaciones que le corresponden con arreglo a la cláusula 4 de la Directiva.

Para desbloquear la situación, el Gobierno andaluz aprobó el Decreto –Ley 4/2015, de 27 de agosto, pero no contó con la convalidación del Pleno del Parlamento, siendo finalmente derogado.

Consecuencia de todo ello es la aprobación de esta Ley que modifica la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, con el objetivo de valorar los servicios prestados como personal funcionario interino y que se produzca una equiparación con el personal funcionario de carrera. Para ello:

-se añade un apartado 3 al art. 26, estableciendo que para valorar la antigüedad en la Administración a efectos de méritos en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo se computarán los servicios prestados como personal funcionario de carrera e interino.

-se añade un apartado 4 al art. 37, estableciendo que para valorar la antigüedad en la Administración a efectos de méritos en los procedimientos de promoción interna se computarán los servicios prestados como personal funcionario de carrera e interino.