



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

83

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	Y BRAVO FERRER
JESÚS CRUZ VILLALÓN	SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

SECRETARIO

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

Suscripciones y distribución:

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

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

mazuecos@comares.com

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

DISEÑO: Manuel Jesús Jiménez López

DEPOSITO LEGAL: SE-1.077/96

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

Imprime: EDITORIAL COMARES



TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
N.º 83/2006

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- | | |
|--|-----|
| Incidencia de la prohibición del tabaco en la relación laboral | 11 |
| CARMEN CARRERO DOMÍNGUEZ | |
| La nueva regulación de la jubilación forzosa vía negociación colectiva | 41 |
| JESÚS CRUZ VILLALÓN | |
| RAFAEL GÓMEZ GORDILLO | |
| La seguridad y salud laboral del personal militar: principios inspiradores | 75 |
| ANA MORENO MÁRQUEZ | |
| Diálogo Social y libertad sindical en Perú | 101 |
| ELMER GUILLERMO ARCE ORTÍZ | |
| Las persistentes inadaptaciones de la acción protectora de los trabajadores a tiempo parcial | 117 |
| CARMEN FERRADANS CARAMÉS | |

2. MERCADO DE TRABAJO

- | | |
|---|-----|
| Continúa el período de bonanza en los mercados de trabajo español y andaluz. Informe trimestral sobre el Mercado de Trabajo en España y Andalucía (tercer trimestre 2005) | 153 |
| SANTOS M. RUESGA BENITO, JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO Y CARLOS RESA NESTARES | |

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

Universidad de Cádiz

Cámara de comercio: legitimación o no de un órgano de representación «sui generis»	183
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

Políticas activas de empleo, subvenciones y contratación temporal: el caso de los agentes de empleo y desarrollo local	193
F. JAVIER CALVO GALLEGO	

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

Breves notas respecto de la gestión y el reconocimiento de las prestaciones de incapacidad temporal	209
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

Las relaciones estatutarias del personal sanitario y su adscripción jurisdiccional. Razones para un cambio jurisprudencial	225
JOSÉ MARIA MORENO PÉREZ	

4. INFORMES Y DOCUMENTOS

La Negociación Colectiva en Andalucía durante 2005	233
--	-----

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

ORDEN de 13 de diciembre de 2005, por la que se establece para el año 2006, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, y se fijan las tarifas aplicables a la contratación de los servicios.

BOJA núm. 250, de 27 de diciembre	256
---	-----

ORDEN de 25 de noviembre de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de incentivos para la contratación laboral del personal beneficiario de las órdenes reguladoras de las convocatorias de becas y ayudas para la formación de Doctores y del Personal Docente e Investigador en las Universidades y Centros de Investigación de Andalucía correspondientes a los años 2002 y 2003.

BOJA núm. 240, de 12 de diciembre	257
---	-----



Índice

7

ORDEN de 22 de noviembre de 2005, por la que se establecen procedimientos para la integración en el régimen estatutario de los Servicios de Salud del personal funcionario y laboral que presta servicios en Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud. BOJA núm. 236, de 2 de diciembre	266
ORDEN de 3 de noviembre de 2005, por la que se establece el procedimiento y las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo del Programa de Orientación y Preformación para el Empleo de las Mujeres (OPEM). BOJA núm. 225, de 17 de noviembre	270
ORDEN de 5 de octubre de 2005, conjunta de las Consejerías de Empleo y para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se regula el procedimiento de concesión de prestaciones económicas por el Instituto Andaluz de la Mujer para mujeres víctimas de violencia acogidas a Programas de Formación Profesional Ocupacional. BOJA núm. 214, de 3 de noviembre	280

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







INCIDENCIA DE LA PROHIBICIÓN DEL TABACO EN LA RELACIÓN LABORAL

CARMEN CARRERO DOMÍNGUEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

La Ley de medidas sanitarias frente al tabaquismo va a suponer cambios importantes en los ámbitos sociales, económicos y medio ambientales. En efecto, por fin se aborda la problemática del tabaco desde la perspectiva de derecho a la salud de los ciudadanos. Son ya bastantes los países que han endurecido sus legislaciones en materia de venta, consumo, publicidad y patrocinio de los productos del tabaco. En nuestro país el hecho de fumar está muy arraigado en la sociedad, ya no sólo por tratarse de una sustancia nociva y que crea dependencia sino también porque se había convertido en un elemento estructural de las relaciones sociales.

Aún cuando ya existía una normativa dispersa y prohibitiva del tabaco desde el año 1988, sin embargo, ha sido la tolerancia la nota que marcado el iter del fumador hasta ahora. El panorama que se presenta con la nueva Ley es distinto. Es una norma radical y restrictiva; se prohíbe fumar totalmente en los lugares cerrados y se marcan algunas zonas posibles para habilitarlas a fumadores.

Esta prohibición afecta, por supuesto, a los lugares públicos pero también a muchos privados, entre los que se encuentran los centros de trabajo. De esta manera, en las empresas se configura una prohibición total de fumar y no cabe posibilidad de establecer zonas donde los trabajadores puedan hacerlo. La ley es muy escueta en materia laboral; solamente se impone la prohibición, sin señalar la regulación necesaria para resolver los problemas aplicativos de la norma en el campo laboral.

El objeto de este trabajo se centra, esencialmente, en las posibles consecuencias que sobre el desarrollo del contrato de trabajo, en el ingreso al trabajo e, incluso, sobre la propia persona del trabajador van a producirse con la aplicación de la ley. La intercomunicación necesaria entre la nueva Ley y otras normas de naturaleza laboral va a ser imprescindible; señálese a modo de ejemplo la Ley de prevención de riesgos laborales, la Ley de infracciones y sanciones en el orden social o el propio Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, la negociación colectiva se va a convertir en el instrumento más idóneo para resolver las controversias que, sin lugar a dudas, va a producir la aplicación de esta Ley en las empresas.

En este orden de cosas, los empresarios y trabajadores se plantean las dificultades que les puede suponer llevar a la práctica las prescripciones normativas. Entre otras, las responsabilidades que tienen asumir ambos, desde el plano administrativo y, del lado del trabajador, la disciplinaria.

ÍNDICE

1. LA LEY 28/2005: UN AVANCE PARA LA LIMITACIÓN DEL CONSUMO DEL TABACO
 - 1.1. Contenido y materias reguladas
2. LA PROYECCIÓN DE LA LEY EN EL MEDIO LABORAL
 - 2.1. La condición de fumador como condicionante del acceso al empleo
 - 2.2. El impacto de la Ley 28/2005 sobre las condiciones de trabajo
 - 2.2.1. El desarrollo de la prestación de servicios en empresas donde existan zonas habilitadas para fumar
 - 2.2.2. Incidencia de la prohibición de fumar en el tiempo de trabajo
 - 2.2.3. El tabaco como riesgo laboral
3. EL RÉGIMEN SANCIONADOR Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO
 - 3.1. Visión general
 - 3.2. Repercusión de las sanciones sobre la relación laboral
 - 3.3. Competencias sancionadoras

1. LA LEY 28/2005: UN AVANCE PARA LA LIMITACIÓN DEL CONSUMO DEL TABACO

La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco ¹ supone el acercamiento de nuestra regulación a las que progresivamente se han ido produciendo en los países de nuestro entorno y a la normativa comunitaria ², en este último caso, en lo que se refiere a la publicidad del tabaco y su patrocinio.

Es una clara preocupación mundial establecer las regulaciones que limiten el consumo y la fabricación de cigarrillos dado el aumento de personas que consumen dichos productos. Desde la propia Organización Mundial de la Salud se ha manifestado y, por ello, en esta línea, aprobado un Convenio ³, la necesidad de que los países, sobre todo los denominados de-

¹ BOE de 27 de diciembre de 2005.

² Entre otras, Directiva 2003/33/CE, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco.

³ Véase el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco, de 21 de mayo de 2003, ratificado en España mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 10 de febrero de 2005. Se trata de un Convenio que intenta establecer pautas generales en los distintos países de manera homogénea para el control y disminución del consumo del tabaco, de su publicidad o patrocinio. Por ello, propone medidas no sólo dirigidas a las políticas de precios o tributarias que se consideran importantes, en tanto que son un medio eficaz para desmotivar parcelas de la población, sobre todo, de la más joven. También se alientan políticas integradas que integran programas educacionales de concienciación sobre los efectos perjudiciales del tabaco y de la exposición al humo del mismo, hasta la sensibilización de la ciudadanía mediante formación e información adecuadas. Muy especialmente si se trata profesionales de la salud, educadores o trabajadores sociales. La mayor incidencia en cuanto al contenido



sarrollados, tomen conciencia de las consecuencias que para la salud pública supone el consumo o exposición al humo del tabaco. Consecuencias que no sólo son sanitarias sino que tienen una incidencia importante en los ámbitos económicos, sociales y medioambientales. Además, no sólo se trata de limitar o prohibir en algunos casos el consumo de tabaco sino, también, por la incidencia que tiene sobre el mismo, controlar el impacto de la publicidad y patrocinio de este producto. Es claro, que estos instrumentos de información o acción comercial suponen un aliciente para muchos jóvenes para fumar cigarrillos cada vez a edad más temprana⁴.

La Ley que ha entrado en vigor el 1 de enero se puede considerar como una de las más restrictivas para el consumo de tabaco junto con la de Irlanda e Italia. Esta norma prohibitiva tiene su principal fundamento en el derecho de los ciudadanos a respirar un aire no contaminado; de tal manera que es el derecho a la salud del art. 43 de la Constitución el que se convierte en el soporte jurídico-constitucional de la norma. En efecto, en el preámbulo de la Ley se dice con meridiana claridad que el derecho de la población no fumadora prevalece sobre el de las personas fumadoras. Se justifica, así, la necesidad de garantizar el control de cualquier sustancia que como el tabaco tenga consecuencias negativas sobre la salud de los ciudadanos y de regular su publicidad y patrocinio.

Esta disposición legal tiene, sin duda, un reflejo en la sociedad y en la vida más cotidiana de los ciudadanos. Es verdad que toda norma jurídica regula un hecho social y ésta es su función principal; de ahí que, la denominada ley antitabaco regule el hecho de que los ciudadanos necesitan de un medioambiente libre de contaminantes como es el humo del tabaco. No sólo porque se convierta en un derecho de los ciudadanos sino porque también supone un coste bastante importante para el Estado. Desde esta perspectiva, no se está regulando y garantizando únicamente el derecho de los ciudadanos a la salud sino que también se regula un hecho social muy arraigado en nuestra sociedad, el hecho de fumar como necesidad y como acto de relación social con otros sujetos. Esto tiene su importancia en tanto que puede conllevar la contraposición de derechos, sobre la base de un producto que

del convenio, sin duda, se reflejar la necesidad de que los países tengan una regulación absolutamente prohibitiva de la venta de tabaco a los menores de 18 años. Este Convenio es fundamentalmente sanitario ya que se persigue la eliminación de legislaciones permisivas desde la perspectiva de la salud pública por la nocividad conocida y declarada del tabaco. Aunque no olvida la incidencia que la publicidad y patrocinio de productos del tabaco tiene el consumo e, incluso, en la iniciación cada vez más temprana en el mismo.

⁴ A estas consideraciones habría que añadir las prácticas que muchas empresas tabacaleras utilizan para crear una mayor adicción, como es el añadir amoniaco, sustancia ésta que se ha demostrado crea una mayor dependencia al consumo de las personas fumadoras.

es nocivo⁵, pero cuya venta y consumo, sin embargo, no está prohibida aunque sea en lugares especialmente designados para esto. De lo que se está hablando es de la libertad de fumar y del derecho a la salud pública. Parece difícil compensar dicha contradicción sin producir alteraciones y conflictos en los distintos ámbitos sociales. No obstante, lo claro es que el derecho a la salud prevalece, según establece la ley, sobre la libertad de fumar.

El objeto de estudio de este trabajo no es otro que analizar las incidencias de estas contradicciones y conflictos en un campo muy concreto como es el de la relación laboral, intentando señalar los problemas que se pueden plantear —sobre todo porque la norma es muy escueta cuando se refiere a esta materia— y algunas de sus posibles soluciones. No obstante, antes de entrar en el análisis de estas cuestiones es preciso señalar el ámbito de regulación de la Ley y cuáles son sus previsiones más importantes, aunque sea someramente.

1.1. Contenido y materias reguladas

La Ley 28/2005 se compone por cinco capítulos y varias disposiciones adicionales y transitorias. El cuerpo principal de la norma se refiere a: disposiciones generales; limitaciones a la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco; a la regulación de la publicidad, promoción y patrocinio de estos productos; a las medidas de prevención del tabaquismo, de promoción de la salud y de facilitación de la deshabituación tabáquica y, por último, al régimen de infracciones y sanciones. Como ahora se verá, todos los capítulos tienen una incidencia importante en los ámbitos que regula. En primer lugar, se puede señalar que dentro de las limitaciones y prohibiciones hay dos vertientes, por un lado, con respecto a la venta o suministro; y, por otro, al consumo. En relación con la primera, la Ley prohíbe la venta del tabaco en cualquier lugar menos en las expendedurías de tabaco y timbre y en máquinas expendedoras de establecimientos que estén debidamente autorizados por la Administración. Asimismo, se subraya de manera muy tajante, que no pueden venderse productos de tabaco o cualquier otro que se asemeje o imite y que pudiera inducir a fumar a los menores de 18 años. Esta previsión normativa da cumplimiento exacto a las normas comunitarias e internacionales que contienen prescripciones en este sentido. Tampoco se puede suministrar gratuitamente o con rebaja en el precio, ningún pro-

⁵ Declaración de nocividad para la salud de la persona que ya partía de la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986 de 25 de abril (art. 25) y por el RD 192/1988 de 4 de marzo por el que se limita la venta y el uso del tabaco para protección de la salud de la población, (art. 1) modificado por el RD 1293/1999 de 23 de julio.



ducto de tabaco. Finalmente, se establece un listado de lugares donde en ningún caso se podrá vender o suministrar tabaco⁶.

En cuanto a las prohibiciones a fumar la norma establece una distinción entre los lugares donde la prohibición es total (art. 7) y los lugares que podrán existir zonas habilitadas para fumadores (art. 8). Son lugares donde se prohíbe fumar los siguientes: centros privados y públicos de trabajo; dependencias de las Administraciones Públicas; centros y establecimientos sanitarios; centros docentes y formativos; instalaciones deportivas; zonas de atención al público; centros comerciales; centro de atención a menores; centros culturales y de ocio; salas de fiestas o de uso público donde se permita la entrada a menores de 18 años; cabinas telefónicas o cajeros automáticos; establecimientos donde se manipulen o vendan alimentos; ascensores; vehículos de transporte público, urbanos, interurbanos o suburbanos; transporte ferroviario o aeronaves; estaciones de servicio. Concluyendo con una cláusula de cierre conforme a la cuál se establece que cualquier otro lugar que por esta ley u otra norma se establezca o bien, porque el propietario o titular de dicho establecimiento así lo decida.

Aunque existe una prohibición genérica de fumar, el art. 8 establece que se pueden habilitar zonas tales como: centros de atención social; hoteles, hostales y establecimiento análogos; bares restaurantes y demás lugares de restauración cerrados, siempre que la extensión de los mismos sean al menos de 100 metros cuadrados; salas de fiestas en horario donde no se permita la entrada de menores; salas de teatro, cine o espectáculos públicos; aeropuertos, estaciones de autobuses o de transporte marítimo y ferroviario; se cierra el listado añadiendo que también se permitirá en cualquier otro lugar, donde no existiendo prohibición de fumar, el titular del mismo lo decida, y en los lugares donde las Comunidades Autónomas lo establezcan. Obviamente, estas zonas deben estar debidamente señalizadas y separadas físicamente de las de no fumadores, así como tener sistemas de ventilación y eliminación de humos independientes y adecuados a la función que deben cumplir. La Ley 28/2005, también limita la extensión de la zona que se habilite, que en ningún caso puede ser superior al 10 por ciento de la extensión total del establecimiento, con excepción de los establecimientos hosteleros o de restauración o salas de fiestas o juegos donde la extensión permitida se incrementa hasta el 30 por ciento. En todo caso, la norma reitera la prohibición de entrada de menores de 16 años a las zonas habilitadas para fumar.

⁶ A tenor del art. 5 de la Ley 28/2005, estos lugares son, entre otros, los centros y dependencias de la Administraciones; lo centros educativos y docentes, los centros sanitarios o sociales, las instalaciones deportivas o culturales.

Los dos capítulos siguientes se dedican a las limitaciones de la publicidad y patrocinio de los productos del tabaco⁷ y al establecimiento de medidas de prevención del tabaquismo⁸. En estos casos existe una prohibición del patrocinio y publicidad de este tipo de productos. Solamente se admiten como excepciones las publicaciones dirigidas a profesionales que intervienen en el comercio del tabaco, los profesionales del sector siempre que no vayan dirigidas a menores. No obstante, cuando esta publicidad esté impresa o editada en otros países que no pertenezcan a la Unión Europea, se permite su distribución siempre que no vaya destinada a los menores de edad. También se prohíbe el empleo de nombres, marcas, símbolos u otros signos que identifiquen productos de tabaco⁹. En otro orden de cosas, la Ley 28/2005 exige a las Administraciones Públicas promover directamente acciones y programas de educación e información sanitaria para la prevención del tabaquismo; creando un observatorio para su prevención en colaboración con las Comunidades Autónomas para la promoción de iniciativas para el mejor cumplimiento de la norma.

El último capítulo es el que se dedica al régimen sancionador. La Ley 28/2005 establece la responsabilidad administrativa de aquellos que incumplan la norma haciéndola compatible con otras responsabilidades civiles, penales o de cualquier otro tipo que pudieran concurrir; desde luego respetando el principio non bis in ídem, es decir, la sanción penal excluirá la sanción administrativa siempre que concurra la triple identidad, de sujetos, hechos y fundamento¹⁰. Se añade, por lo que se refiere al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que en los supuestos sustanciación de procedimientos sancionadores graves o muy graves se podrán adoptar medidas accesorias (art. 18) que conlleven el cese de la comisión de la infracción y para asegurar el cumplimiento de la resolución definitiva que ponga fin a dicho procedimiento. Entre otras la suspensión temporal de las actividades —en el caso de las muy graves— o el precinto, depósito o incautación de los productos de tabaco así como el advertir y poner en conocimiento del público la comisión de posibles conductas infractoras y la apertura del procedimiento administrativo sancionador. Aunque el precepto señala que la adopción de dichas medidas no puede afectar a derechos como la intimidad personal y familiar, o los datos personales o la libertad de expresión e información. Estas medidas pueden, incluso, adoptarse previamente, si fuera necesario, a la iniciación del procedimiento

⁷ Art. 9 de la Ley 28/2005.

⁸ Arts 11 y ss de la Ley 28/2005.

⁹ Art. 10 de la Ley 28/2005.

¹⁰ Arts. 18 y 20.5 de la Ley 28/2005.



sancionador y, si el presunto infractor, no las cumple pudiera ser sancionado, al margen de lo que resultara del expediente sancionador, con una multa adicional de hasta 6000 euros. En este aspecto, es necesario puntualizar que la adopción de medidas provisionales pueden provocar, en algunos casos, problemas jurídicos; en concreto, los relacionados con el cumplimiento de las garantías constitucionales del derecho al procedimiento y a la presunción de inocencia. En este sentido, no se pone en duda la posibilidad de adoptar este tipo de medidas que, como en cualquier otro proceso o procedimiento son viables, sino la eventualidad de dar conocimiento al público de las mismas y la posible influencia que pudiese tener sobre los derechos anteriormente mencionados ¹¹.

Hay que tener en cuenta que es el procedimiento sancionador el que depura las responsabilidades de los distintos presuntos sujetos responsables. La posibilidad de informar o advertir de la comisión de infracciones, aún con un tratamiento de posibilidad, podría vulnerar la presunción de inocencia del sujeto implicado en dicho expediente provocando otras posibles vulneraciones a sus Derechos Fundamentales, como a la propia imagen o a la intimidad. Es muy difícil la delimitación de la frontera de estos derechos y parece que la Ley se ha excedido en el establecimiento de esta prescripción. Otra cosa hubiera sido que los que pusiera en conocimiento de los ciudadanos fueran los sujetos sancionados por resolución firme por la comisión de infracciones y sanciones graves o muy graves. Posibilidad ésta ya contemplada en otras materias como es la de prevención de riesgos laborales ¹².

La norma establece la calificación de las infracciones como leves, graves y muy graves estableciendo la tipificación de las mismas. Como toda norma sancionadora y para dar cumplimiento a los principios de tipicidad y legalidad se establece igualmente los sujetos responsables que serán aquellos que cometan o permitan que se cometa la infracción (se volverá sobre este asunto cuando se trate la materia en el ámbito laboral) y las sanciones correspondientes a cada una de las calificaciones tipificadoras añadiendo los criterios de graduación que vienen establecidos teniendo en cuenta: el riesgo para la salud generado, la capacidad económica del infractor, la repercusión

¹¹ En el supuesto de prevención de riesgos laborales cabe la posibilidad de este tipo de medidas provisionales como la suspensión de actividades o cierre del establecimiento cuando la gravedad de las infracciones en esta materia lo requiera, arts. 44 y 53 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales (LPRL) y 26 del RD 928/1998 de 14 de mayo por el que se prueba el reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social.

¹² Véase art. 40.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social.

sión social de la infracción, el beneficio obtenido por el presunto infractor y la reincidencia en la comisión de incumplimientos de esta ley¹³.

2. LA PROYECCIÓN DE LA LEY EN EL MEDIO LABORAL

Una vez realizadas las consideraciones generales sobre el contenido de la Ley 28/2005 y para un mejor conocimiento del alcance de la misma, es el momento de abordar la incidencia que dicha ley va a tener en las empresas. Como se ha podido comprobar la norma se caracteriza por el laconismo legal en lo que se refiere al ámbito de la empresa; en efecto, solamente regula la prohibición total de fumar en los centros de trabajo, eso sí, con alguna excepción cuando se trate de empresas que se dedican a la hostelería y restauración, donde se tolera la habilitación de zonas donde se permite fumar. Esta brevedad en la regulación de la acción de fumar en las empresas plantea bastantes problemas desde la perspectiva de la relación laboral y, además, serán diferentes dependiendo del tipo de centro del que se trate. No son iguales los problemas que se generan en un centro de trabajo donde la prohibición es total, que los de un centro de trabajo donde —aún coincidiendo problemas comunes— hay zonas para fumadores y el trabajador puede prestar servicios en las mismas, con lo que puede generar un conflicto entre el trabajador que puede exigir un lugar libre de riesgos (y aquí entraría en juego la normativa en prevención de riesgos laborales) y el empresario que le exigirá el cumplimiento de su prestación laboral. Por eso parece necesario que se aborde por un lado, todas las dificultades que se pueden plantear y que sean comunes a ambos supuestos y, de manera más específica, los que se generen como particulares en los hoteles, bares, restaurantes y similares.

La Ley 28/2005 genera dudas en su aplicación en todos los momentos de la relación laboral, desde el ingreso pasando por el desarrollo del contrato e incidiendo en determinadas condiciones o aspectos del mismo, sobre todo, en lo que se refiere a jornada y, por último, la propia extinción del contrato, en el caso del despido, desde cualquiera de sus perspectivas, derivado del hecho de fumar.

2.1. La condición de fumador como condicionante del acceso al empleo

No se cuenta nada nuevo al afirmar que ningún ciudadano debe sufrir ningún tipo de discriminación en el momento de acceder al empleo siempre

¹³ Art. 20 de la Ley 28/2005.



y cuando tenga la profesionalidad suficiente y adecuada para ejercer las funciones para las que va a ser contratado. El problema que se suscita con la Ley 28/2005 es si el empresario puede establecer como condición de acceso al empleo que el trabajador sea no fumador. El ET establece que nadie puede ser discriminado en el momento de la contratación por razones sexo, edad, estado civil, raza, condición social, ideas políticas o religiosas, afiliación o no a un sindicato o por la lengua que hable dentro del Estado español¹⁴. Esta prescripción no es nada más que el cumplimiento constitucional del principio de igualdad establecido por el art. 14 de la CE¹⁵. Pudiera parecer al observar las discriminaciones prohibidas por el ET que la condición de ser fumador para suscribir un contrato de trabajo no es encajable en las mismas. Desde esta perspectiva, no podría considerarse técnicamente como «discriminación» que el empresario dentro de su poder «in eligendo» del trabajador pudiera establecer dentro de las cualidades exigidas al mismo para su incorporación en la empresa, que no sea fumador. Y esto por varias razones.

Entre otras y en primer lugar, porque la empresa quiere evitar fuentes de conflicto laboral entre trabajadores generados por el hecho de que, aunque existe una prohibición total de fumar en los centros de trabajo, el trabajador fumador tenga la necesidad de ausentarse con diferente frecuencia a fumar siempre y cuando la empresa fuese tolerante ante estas pausas. Los demás compañeros pueden exigir el mismo tiempo para otro tipo de acciones —sobre esta materia hablaremos más adelante cuando se trate del tiempo de trabajo—. En segundo lugar, si la empresa cumple en sus estrictos términos la ley y no permite pausas para fumar, este hecho puede generar ansiedad y estrés sobre el trabajador fumador que puede provocar deficiencias en su rendimiento. En tercer lugar, el hecho de la prohibición de fumar puede conllevar alteraciones sobre el carácter del trabajador que a su vez

¹⁴ Art. 17 del ET donde expresamente se señala que: «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contenga discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo ... por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y sus acuerdos, vínculo de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado Español».

¹⁵ Así como la Directiva 2000/78 del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En esta norma se establece en el art. 1 que su objeto es «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y de la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

puede tener una incidencia negativa a la hora de relacionarse con el resto de sus compañeros y con el propio empresario o superior inmediato. El trabajador, así, se convierte en un elemento discordante que puede alterar el funcionamiento normal de la actividad empresarial. Estas consideraciones que pueden plantearse las empresas justificarían, desde su punto de vista, el hecho de que se exija que el trabajador sea no fumador. Ahora bien, a nuestro juicio, lo único que se puede exigir es que no fume en el trabajo ya que en su vida privada puede hacer lo que quiera.

En este sentido y como se ha mencionado, el problema que se plantea es si existe inconveniente para poder establecer en las ofertas de empleo el requisito de ser no fumador como condición sine qua non para la contratación. Si se diera una contestación afirmativa, se estaría creando una nueva categoría que se uniría a las de sexo, raza, religión etc. que sería la de trabajadores fumadores¹⁶. Estos sujetos tendrían como rasgo común esa condición de ser consumidores de tabaco. Entonces, se debería plantear si hay una relación de causalidad entre los siguientes parámetros: a igualdad de profesionalidad, siendo fumador no se contrata (por lo tanto, diferencia de trato por el mero hecho de pertenecer al grupo social de «fumadores»). Se estaría exigiendo que el hecho de no fumar, es un factor que justifica la profesionalidad o capacidad para el trabajo; de tal manera que convertiríamos una condición en una categoría personal o social, ampliando los factores de discriminación del art. 14 de la CE. En este sentido, la relevancia, a efectos de una posible discriminación, vendrá marcada precisamente en si se exige no fumar durante el trabajo o se va más allá abarcando el ámbito personal del trabajador. Aún, cuando se haya objetivizado la causa, es decir, el ser fumador, que podría por tanto justificar el trato desigual, no se puede mantener que un hábito lícito que se deriva de una opción personal, pueda colocar al trabajador fumador en una posición desventajosa para acceder al empleo porque puede afectar, incluso, a su dignidad personal¹⁷. Por tanto, hay que realizar una interpretación ampliatoria del art. 14 de la CE, de forma que el principio de igualdad junto con el respeto a la dignidad personal (art. 10 de la CE) queden vinculados a otros Derechos Fundamentales del trabajador fumador como es el derecho a la intimidad, ya que la condición de fumar es algo que pertenece a la esfera privada de los ciudadanos. En conclusión, como ya ha establecido el Tribunal Constitucional, el que una condición personal —en este caso ser fumador— no figure como discriminación prohibida no quiere decir que no pueda encontrarse entre las

¹⁶ ÁLVAREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A. «Hacia una noción “reflexiva” de discriminación en Derecho del Trabajo». *REDT/2006*, (en prensa).

¹⁷ STC 182/2005 de 4 de julio.

condiciones o circunstancias personales o sociales, que genéricamente señala el art. 14 en su último inciso y por lo tanto, tenerse en consideración y ser relevante a efectos del principio de igualdad¹⁸.

En este orden de cosas, cabe preguntarse que ocurre si el trabajador cumple con la profesionalidad que exige la empresa para acceder al empleo, siendo fumador y declarándose como tal, de buena fe, y se compromete a no fumar durante la jornada laboral y a no causar ningún tipo de alteración por esta circunstancia en el desarrollo normal de su prestación. En estas condiciones el trabajador debe ser contratado. Es claro que nos movemos dentro de la buena fe y de la libertad de empresa, pero en lo que también no cabe duda, es que el trabajador tiene la libertad y el derecho a fumar en su vida privada y este hecho no debiera ser controlado o fiscalizado socialmente por el empresario ni tiene porqué tener incidencia en su vida laboral. Por otra parte, no se sabe hasta que punto la empresa puede preguntar sobre aspectos que pertenecen a la vida privada del trabajador como es el hecho de fumar (por supuesto, siempre que no tenga reflejo en lo laboral), y no afectar a su derecho a la intimidad.

En principio, se podría decir que no debe existir problema alguno en que la empresa conozca que se trata de un trabajador fumador ya que existe una prohibición legal total de fumar y el empresario podría tener derecho a estar informado de este dato, sobre todo, desde la perspectiva de ET donde se reconoce el derecho del empresario a adoptar las medidas necesarias para vigilar y controlar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales (art. 20); téngase en cuenta que el régimen sancionador establecido por la norma reconoce al empresario como sujeto responsable en tanto que titular del establecimiento donde se produce la infracción. Por tanto, al empresario se le impone un deber de vigilancia muy diligente a la hora de exigir el cumplimiento de la norma de las personas que dependen y están subordinadas a él, desde un punto de vista laboral. Ahora bien, el trabajador también está en su derecho de negarse a contestar a la pregunta empresarial de si es fumador, porque como ya se ha puesto de manifiesto pertenece a la esfera personal. De todas maneras esto no debe ocasionar ningún problema para el empresario porque si el trabajador incumple la prohibición de fumar durante la jornada laboral, aquel podrá ejercer su potestad disciplinaria y utilizar los instrumentos disciplinarios establecidos por la desobediencia cometida.

Por consiguiente, se podría considerar lícito que el empresario establezca como requisito que el trabajador no fume durante la jornada laboral pero no

¹⁸ Entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1993 de 31 de mayo, (RTC 1993/184).

lo es que le exija que tampoco sea fumador en su vida privada. De hecho, el RD 192/1988 y otras normas reglamentarias de naturaleza prevencionista ya establecían lugares donde no se permitía fumar y, dentro de cualidades personales del trabajador para la prestación de servicios que va a realizar y que se podrían exigir podría estar la de no fumar en el trabajo y no por eso, necesariamente se estaría produciendo una discriminación en acceso al empleo. Tampoco lo sería, aunque no es preciso desde un punto de vista jurídico por la existencia de la Ley, que se incluyeran en los contratos cláusulas en las que como condición de mantenimiento del empleo se cumpla estrictamente la prohibición de fumar, siempre y cuando esta sólo afecte a la jornada laboral. No parece que el establecimiento de estas cláusulas consignadas en el contrato puedan ser atentatorias de derechos porque tienen como apoyo la Ley 28/2005 y porque sólo afectarían al ámbito laboral.

Otro supuesto sería el de que el empresario pudiese conocer si el trabajador es fumador o no, independientemente de cómo éste se hubiera declarado, a través de los reconocimientos médicos que se pudieran realizar previamente a la contratación laboral. Tanto el ET, ex art. 20, como la LPRL, art. 22, disponen que la adopción de cualquier medida, entre ellas, la vigilancia de la salud del trabajador debe realizarse respetando la dignidad y la intimidad del mismo y, siempre, con su consentimiento¹⁹. Partiendo de esta premisa, parece lógico que el empresario pueda solicitar al trabajador el reconocimiento previo a la contratación, ahora bien, si lo que se persigue con el mismo es conocer si el trabajador consume tabaco o no, es imprescindible que se ponga en conocimiento de aquel para que de su consentimiento. Lo que en ningún caso podría pasar es que la empresa ocultara que las pruebas diagnósticas que se están realizando persiguen entre otros objetivos el determinar los niveles de nicotina del trabajador. Recientemente, el Tribunal Constitucional, a raíz de una sentencia donde se trataba de un reconocimiento médico y el consumo de drogas, en concreto, cannabis y donde la trabajadora fue despedida, ha dicho que el trabajador en todo momento debe conocer y prestar consentimiento a la pruebas que se le van a realizar, sobre todo, si son específicas y particulares para conocer aspectos de la salud del trabajador que van más allá de lo razonable. Es decir, de que la empresa

¹⁹ Véase la STSJ de Castilla-León de 21 de marzo de 2005 (Recurso de Suplicación núm. 372/2005). La Sentencia trata del despido de un trabajador que es contrario al derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 de la Constitución porque la decisión empresarial de despedir al trabajador se basa en que éste no proporcionó a la empresa información sobre su estado de salud, lo que implica que se le sanciona por ejercicio de un derecho fundamental, ya que «el objeto de la información cuya omisión se le imputa forma parte de la intimidad del trabajador; y por que la empresa accedió a datos sanitarios del trabajador sin su consentimiento, cuya información fue causa para el despido de éste».



conozca que el estado de salud del empleado es compatible con la prestación de servicios que va a realizar²⁰.

2.2. El impacto de la Ley 28/2005 sobre las condiciones de trabajo

Con la nueva norma el espacio normativo vigente en este momento, en cuanto al derecho de los trabajadores a un medio ambiente laboral, sin humos ha cambiado. En efecto, la prohibición total de fumar en los centros de trabajo da fiel cumplimiento al Convenio marco de la OMS, ya citado, donde se establece en su art. 8 que los Estados están obligados a adoptar y a aplicar las normas que sean necesarias para que se apliquen medidas que sean eficaces y contribuyan a la «protección contra la exposición del humo del tabaco en los lugares de trabajo interiores». Anteriormente a la aprobación de la Ley 28/2005, contábamos en nuestro ordenamiento jurídico con normas dispersas que regulaban el consumo del tabaco como el RD 192/1988 donde había ya una lista de lugares en los que no se permitía fumar en los lugares donde la combinación del tabaco con la utilización de determinados productos (sobre todo químicos o biológicos) en las empresas o actividades industriales que se manejaran contaminantes industriales produjesen un perjuicio o mayor riesgo para la salud del trabajador; o bien fueran áreas donde trabajasen mujeres embarazadas (art. 7.1). Añadiendo otros como centros de atención social, centros docentes, oficinas de la administración donde se atendiera al público, centros sanitarios, locales comerciales cerrados o teatros, cines o instalaciones deportivas etc. Aunque el RD era tolerante en cuanto a en todos estos lugares menos los dos primeros mencionados, se permitía zonas para fumar y desde luego en las oficinas y despachos particulares de los trabajadores. En el ámbito laboral, la LPRL y los reglamentos de desarrollo constituían el soporte normativo que regulaba parcialmente el consumo del tabaco.

²⁰ La Sentencia del Tribunal Constitucional de 196/2004 de 15 de noviembre establece que desde la perspectiva de la intimidad «el acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre los ámbitos de la intimidad personal, para ser eficaz, requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad.... Es preciso también un acto expreso de información si en el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aún sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí conciernan en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquella forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad». Señalando además que la importancia de la información previa es esencial cuando las pruebas diagnósticas que se vayan a practicar sean ajenas a la finalidad normativa de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo.

La LPRL no contiene ninguna prohibición expresa de fumar en los centros de trabajo, con carácter general. Es cierto que conforme al deber de seguridad exigido al empresario de proporcionar un lugar libre de riesgos —y el tabaco y la inhalación del humo del mismo es un riesgo para la salud de los trabajadores, fumadores o no— se podría considerar que dicha prohibición esta integrada en la deuda de seguridad. Por estas razones o por otras, existen algunas empresas cuya prohibición ya está instaurada desde hace años. No obstante, la realidad general ha sido la tolerancia en este aspecto. Lo que sí ha existido son normas reglamentarias que han establecido limitaciones al uso del trabajo dependiendo o del lugar de la prestación o de las sustancias o actividades que se realicen o a las que se dedique la empresa. Así, los reglamentos de agentes químicos o cancerígenos, o de disposiciones mínimas en los lugares de trabajo. Sobre estos aspectos se volverá cuando se analice el consumo del tabaco desde la perspectiva prevencionista.

Como se ha señalado, en estos momentos la situación es otra, se dispone de una legislación única de prohibición total con algunas excepciones. De forma que el humo se ha convertido en un riesgo laboral de carácter absoluto y, por ello, el grado de tolerancia que se exige es cero. No obstante, la ley crea no pocas incertidumbres en materia laboral porque aunque se ha laboralizado esta materia, no contiene ninguna regulación específica que aclare como se va a aplicar la norma y como se pueden solucionar los problemas más importantes que genera. A continuación se abordarán los más significativos.

2.2.1. El desarrollo de la prestación de servicios en empresas donde existan zonas habilitadas para fumar

Uno de los aspectos que se plantean es si el trabajador, a la hora de ser contratado o durante su relación laboral, en una empresa cuya actividad es la hostelería o restauración y establecimientos similares, puede negarse a prestar servicios en las zonas habilitadas para que fumen los clientes. Esta posibilidad, desde nuestro punto de vista, es un derecho porque dando fiel cumplimiento al art. 14 y 15 de la LPRL el empresario tiene el deber de proporcionar un lugar libre de riesgos a sus trabajadores y está demostrado que la inhalación de humo por fumadores pasivos es un riesgo para su salud, con lo que con la normativa en la mano el empresario no podría obligar a un trabajador a realizar su prestación de servicios en esta zona. Y de nuevo, se plantearía la duda de si un trabajador puede no ser contratado por negarse a prestar servicios en esas condiciones o pueda ejercer un derecho de resistencia al cumplimiento de las órdenes del empresario. Sobre la primera cuestión habría que considerar que el empresario que quiera contratar porque necesita precisamente trabajadores que presten servicios en zonas



de fumadores deberá informar de las condiciones en las que se va a desarrollar el trabajo, y el trabajador será el que voluntariamente acepte o no dicho empleo. Se podría señalar que ni el trabajador puede obligar al empresario a contratarle, aún cuando cuente con la capacidad profesional necesaria si es que el lugar de la prestación se va a producir en un lugar habilitado para fumar y el empresario necesite empleados para cubrir puestos en esas zonas. Por ello, las empresas deberán ir pensando en incentivos a la contratación para cubrir estos puestos de trabajo o como será lo más habitual, de nuevo, la negociación colectiva cubrirá los vacíos provocados la normativa, estableciendo pautas y criterios a seguir para la contratación de estos trabajadores, incluyendo en el régimen remunerativo, quizás, plusones por exposición e inhalación de humo del tabaco.

Con respecto a la segunda cuestión que se plantea, es decir, si el trabajador puede negarse a prestar servicios una vez contratado en las zonas habilitadas, la materia es más complicada. Y aún lo sería más si en todo el establecimiento se permitiera fumar, asunto éste que ya tendría directamente que relacionarse con la protección que se le debe otorgar en materia de salud laboral. En efecto, la legitimidad del derecho de resistencia reconocido a los trabajadores con respecto a las órdenes del empresario tiene que basarse en que se trate de un riesgo objetivo y grave, es decir, tiene que tener una entidad suficiente para poner en peligro la salud del trabajador y, además innecesario no habiéndose adoptado las medidas necesarias que lo evite o atenúe²¹. No obstante el trabajador tiene que comunicar su decisión al empresario; es obvia la necesidad de justificar la desobediencia. Bien estos requisitos que se acaban de exponer hay que apreciarlos cuando el trabajador está expuesto a la inhalación del humo del tabaco, a saber: es un riesgo grave y objetivo ya que se trata —científicamente— de una sustancia nociva, aunque no es grave ni inminente, ya que los efectos del tabaco sobre las personas no son los mismos y el tiempo en que se manifiestan suele ser, en la mayoría de los casos, a medio plazo; y, finalmente, el empresario podría haber adoptado las medidas necesarias para atenuar este riesgo (ventilaciones adecuadas para la renovación del aire etc.). Si se aceptan estas circunstancias no se podría aprobar el derecho de resistencia del trabajador, por lo que éste debería cumplir con las ordenes del empresario. Parece que aquí la exigencia de la voluntariedad del trabajador para prestar servicios en zonas de fumadores queda desvirtuada.

²¹ Véase en este sentido, CÁMARA BOTÍA, A. «El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida y salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales». *Aranzadi Social* Vol. I, 1996; Parte Estudio. Págs. 2759-2770.

2.2.2. Incidencia de la Prohibición de fumar en el tiempo de trabajo

La prohibición de fumar en las empresas es tan tajante que no cabe la posibilidad de hacerlo ni siquiera en los despacho privados o particulares, siendo únicamente posible en los lugares al aire libre y esto no quiere decir, obviamente, que se convierta en una obligación empresarial de habilitar estos espacios al aire libre para los fumadores. En los centros que no los posean o, aún poseyéndolos, formen parte del centro y zona de paso de otros trabajadores, cuando el empresario decida que por razones higiénicas o de otra índole (como puede ser la propia imagen de la empresa), no se puede fumar, sólo quedaría la calle como lugar posible para hacerlo. Además, tampoco se permite habilitar zonas para que los trabajadores fumadores puedan hacerlo, ya que dentro de las zonas permitidas para fumar contempladas en el art. 8 no se encuentran lugares o espacios concretos dentro de las empresas. Esta situación tan extrema provoca no pocos interrogantes acerca de cómo los trabajadores que fuman y que hasta el 1 de enero lo han venido haciendo durante la jornada laboral van a adaptarse de forma inmediata sin que ello tenga consecuencias conflictivas para el medio laboral al que pertenezcan. Hay que subrayar además que tampoco se podría alterar el tenor de la norma por vía de convenio colectivo ya que la prohibición es tajante en este sentido y no se deja espacio a la voluntad colectiva para que pueda pactar en los convenios zonas o espacios para fumar dentro de las empresas.

En términos generales, se puede decir que quien no está convencido de la necesidad de dejar de fumar, hacerlo sólo por causa de una prohibición puede generarle estrés, ansiedad y angustia que puede incidir negativamente en el trabajo, desde la perspectiva del rendimiento y de las relaciones con los compañeros²². Por esta razón es un tema de interés en los medios de comunicación la posibilidad de establecer pausas para fumar durante la jornada laboral. Lo primero que se debe señalar es que con la norma en la mano el empresario no tiene obligación de permitir pausas para que los trabajadores fumadores puedan calmar su ansiedad. En principio, solamente en el tiempo de descanso (el llamado descanso por bocadillo) y siempre al aire libre podría hacerlo. No se puede negar que las situaciones, sobre todo, en estos momentos de adaptación a la norma, que se pueden generar son complicadas para las empresas a la hora del mantenimiento de la paz social en los centros de trabajo.

Al hilo de lo anteriormente mencionado, se plantean cuestiones como las siguientes: si el empresario es tolerante y concede pausas para que los trabajadores puedan salir a fumar, cuál sería el número adecuado; si esto es

²² AAVV., (Editor Elisardo Becoña). «Monografía tabaco». *Adicciones*, vol. 16/2004, suplemento 2; subvencionado por la Delegación de Gobierno para el plan Nacional de Drogas.



así podrían producirse desajustes productivos y pérdidas de tiempo de trabajo que el empresario podría plantearse el exigir su recuperación; los demás trabajadores que no fumen, quizás hasta ahora tolerantes con el humo de sus compañeros pero, en estos momentos con el soporte de la Ley 28/2005, pueden empezar a reclamar que: o bien, ellos también quieren pausas de descanso para otras cosas que no sea el fumar, o bien se les compense por el tiempo de trabajo que realizan de más con respecto a sus compañeros fumadores. Hay que tener en cuenta que debe existir una igualdad de jornadas entre fumadores y no fumadores. Se tiene que volver a reiterar que el empresario no tiene obligación de establecer este tipo de pausas para fumar y podría negarse, por lo tanto, a cualquier tipo de iniciativa en este sentido por parte de los trabajadores. Además, los cambios de los horarios de los trabajadores que quieren tener pausas para fumar y concedidas por el empresario constituye una modificación de las condiciones de trabajo, en este caso de su horario (aún cuando hay un mutuo acuerdo de las partes) y debería plantearse mediante la aplicación del art. 41 del ET. En este sentido si que parece que la negociación colectiva pueda jugar un papel importante en la adaptación del tiempo de trabajo para conjugar las posibilidades de fumar y el derecho de todos los trabajadores a tener una jornada de trabajo igual.

Varios serán los elementos que los interlocutores sociales tendrán que tener en cuenta a la hora de establecer mecanismos que consigan la igualdad de jornada y la posibilidad de fumar. Uno de ellos será, dependiendo de la actividad de las empresas y sus procesos productivos, por lo tanto, del ámbito funcional del convenio, el cómo va a afectar las pausas al funcionamiento normal de la actividad. Es por esto que no puede haber una homogeneidad general para todos los sectores de los intervalos y de la frecuencia para fumar porque se tendrá que tener cuenta las alteraciones en el rendimiento de los trabajadores y del proceso de producción y de los costes económicos que pueden acarrear para las empresas. Incluso puede llegar el caso de que sea imposible regular espacios temporales para dicho fin. Con lo que los trabajadores fumadores deberán aceptar la prohibición en todos sus términos e intentar hacer cursos de deshabituación del consumo del trabajo (sobre este asunto se volverá en páginas posteriores).

En el supuesto de que se pudieran establecer pausas, lo cierto es que deberían ser recuperables del tiempo de trabajo perdido ya que no pueden ser consideradas como tales salvo que se establecieran para todos los trabajadores y éstos las utilizaran para los fines personales que estimaran oportunos. Si no es así, el convenio deberá contener fórmulas de compensación entre el tiempo que se dedica a fumar y el de los otros empleados que no lo usan. Bien exigiendo al final de la jornada la recuperación de los trabajadores fumadores del tiempo dedicado a fumar, o si es que no se quiere o no se puede prolongar la jornada por distintas razones, sean económicas, productivas o de otra naturaleza, compensar a los que no fuman con períodos de

descanso semanal o acumulable al tiempo de vacaciones. Lo que si tendrá que tener el convenio colectivo es que aún si modificar la jornada laboral de los trabajadores a los que les afecte, en relación al número de horas que deben cubrir con la prestación de servicios, la distribución de la misma tendrá pequeñas variaciones que son las que darán cobertura a los descansos para fumar o para realizar cualquier otra actividad personal.

No obstante, no se debería olvidar que, es probable, que el resto de trabajadores no fumadores no quieran aceptar pausas dedicadas a lo que estimen pertinente porque prefieren no sufrir alteraciones en su horario que pudiera verse prolongado por la introducción de estos cambios, manteniendo, por tanto, el horario previo a la entrada de la Ley 28/2005. Esto tendría una consecuencia directa sobre la regulación del tiempo de trabajo determinado en el convenio, que debería contemplar distintas posibilidades, a saber, que todos los trabajadores de una empresa acepten los lapsos de tiempo dedicándolos a lo que quieran, que no lo acepten o, incluso, que unos los acepten y otros no.

Estas posibles situaciones pueden producir, sin lugar a dudas, muchas dificultades y disfuncionalidades para las empresas; va a ser una cuestión ardua para éstas poder compaginar las posibilidades que la negociación colectiva puede plantear y ya no sólo por el coste económico que puede suponer sino por las propias implicaciones que puede tener en la actividad productiva.

En definitiva, no parece fácil articular laboralmente lo que antes se ha expuesto, hay que tener en cuenta que las variables que determinan las actividades de las empresas aún perteneciendo al mismo sector son muy diferentes. El problema surgirá cuando, desde el punto de vista empresarial, el convenio colectivo establezca intervalos y frecuencias para fumar y el empresario no esté de acuerdo en permitir que se haga en sus centros de trabajo. Este podría alegar que normativamente, tiene derecho a negarse ya que la Ley 28/2005 no deja resquicio en cuanto a la prohibición y dentro de la libertad de organización del empresario estaría y cabría esta posibilidad. Aún más si estas pausas puede suponer alteraciones en los sistemas de rendimiento instaurados en las empresas. No obstante, si esta regulación apareciese en un convenio colectivo al empresario no le quedaría más remedio que cumplirlo. Por otra parte hay que señalar que la Ley va a tener repercusión sobre la viabilidad de la empresa. Por supuesto, que en las medianas y las grandes empresas la incidencia será menor y más soportable, desde un punto de vista económico pero en los establecimientos de hostelería o restauración de pequeñas dimensiones la situación es diferente. Si el titular decide no permitir fumar puede perder clientes y eso tener una proyección sobre los empleos de los trabajadores que pueden verse inmersos en despidos a través de amortización de puestos de trabajo por causas objetivas o despidos colectivos dependiendo de la dimensión de la plantilla.



2.2.3. *El tabaco como riesgo laboral*

La declaración del tabaco como sustancia nociva para la salud de las personas que hizo el RD 192/1988 junto con la constatación de que se trata de una sustancia potencialmente cancerígena²³, supuso la apertura del listado sustancias que las empresas tienen que tener en cuenta a la hora de enfrentarse a los riesgos laborales. La LPRL no contiene una mención expresa al tabaco y su consumo, sin embargo es el fundamento normativo para la determinación de cómo debe tratarse este producto. Aún cuando esto es así, la LPRL, en el art. 14, establece la obligación del empresario de proporcionar protección de los riesgos laborales y el tabaco se convierte en un riesgo laboral cuando se consume en el lugar de trabajo poniendo en peligro la salud del trabajador fumador y de los compañeros que inhalan el aire contaminado que provoca su humo. De esta manera, como no existía una prohibición absoluta del consumo en los centros de trabajo, las evaluaciones de riesgos se configuraban con el instrumento esencial para la determinación o no de si se limitaba o prohibía del consumo del mismo en los centros de trabajo. Por ello, la casuística podría llegar a ser muy variada dependiendo del sector y de las sustancias y circunstancias ambientales en las que se prestaba servicios. Por otra parte, el RD de los servicios de prevención²⁴ establece que éstos (conforme al art. 10 de la LPRL) deben coordinarse y colaborar con las Administraciones sanitarias en todo lo referente al diagnóstico, tratamiento, información a los trabajadores, campañas de concienciación sanitarias, etc.

No obstante, antes de la Ley 28/2005 existían normas preventivas específicas en las que se regulaba o limitaba dicho consumo. De hecho en los locales y lugares de descanso el empresario debe llevar a cabo las medidas que fuesen necesarias para que los trabajadores que no fuman no tengan por qué soportar las molestias debidas al humo del tabaco y además deben ventilarse con aire limpio los centros de trabajo cerrados contaminados con humo de tabaco²⁵. Además, se podría añadir que hay empresas en las que por cues-

²³ RD 665/1997 de 12 de mayo de protección contra los riesgos por exposición a agentes cancerígenos, modificado por el RD 349/2003 de 21 de marzo. En este reglamento se establece la obligación de las empresas de formar e informar sobre los riesgos potenciales para la salud incluido los riesgos adicionales debidos al consumo del tabaco.

²⁴ RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención, art. 38.

²⁵ El anexo V del RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo establece que: «5.º Los lugares de trabajo en los que sin contar con locales de descanso, el trabajo se interrumpa regular y frecuentemente, dispondrán de espacios donde los trabajadores puedan permanecer durante esas interrupciones, si su presencia durante las mismas en la zona de trabajo supone un riesgo para su seguridad o salud o para la de terceros.

tión no tanto de seguridad y salud laboral sino también de imagen han ido prohibiendo fumar en sus centros de trabajo.

Varias son las normas que pueden ponerse como ejemplo a estos efectos, entre otras, el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción; el Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras; el Real Decreto 1216/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca y las anteriormente señaladas sobre lugares de trabajo o agentes cancerígenos. En todas estas normas se establece alguna mención concreta sobre el hábito de fumar y el derecho de los no fumadores a no sufrir molestias por el humo del tabaco. No obstante, salvo prohibiciones taxativas, la política prevencionista en este sentido ha sido la tolerancia.

A partir de la Ley 28/2005 la situación cambia, existiendo una prohibición total de fumar en los centros de trabajo, se facilita —con alguna excepción que ahora se mencionará— la aplicación de las medidas de seguridad y salud en el trabajo aunque en los primeros momentos de aplicación de la LPRL se dirija más a la promoción de campañas de deshabituación del tabaco. El papel que deben jugar los servicios de prevención, los delegados de prevención y el comité de seguridad y salud laboral es fundamental; no sólo para llegar a acuerdos para establecer ayudas a los trabajadores para alcanzar un ámbito laboral libre de humos sino también de información sobre las consecuencias laborales de toda índole que puede producir el hecho de consumir tabaco, sean de salud laboral, sean disciplinarias sean de desarrollo de la relación laboral etc. Además, por ello, el empresario tiene la obligación de hacer cumplir la prohibición de fumar, si no lo hiciera podría verse abocado a tener que asumir más responsabilidades; nos referimos a que los trabajadores no fumadores podría exigir al empresario responsabilidades por sufrir enfermedades relacionadas con el tabaco al estar expuestos en el ambiente laboral. Partiendo de esta premisa general, es necesario, sin embargo, realizar algunas consideraciones acerca de las consecuencias que puede tener la Ley 28/2005 en la materia y para algunos colectivos de trabajadores.

En efecto, son bastantes los problemas que pueden surgir en el ámbito de la hostelería y la restauración donde se permite que existan zonas habili-

6.º Tanto en los locales de descanso como en los espacios mencionados en el apartado anterior deberán adoptarse medidas adecuadas para la protección de los no fumadores contra las molestias originadas por el humo del tabaco.



tadas para fumar. Problemas que pueden ser más importantes en los pequeños establecimientos, como los bares, en donde el titular decide permitir fumar a los clientes en todo el espacio físico que ocupa. Algunas de estas cuestiones se centran, esencialmente, en la posibilidad de que los trabajadores se nieguen a prestar servicios en las zonas de fumadores y en que medidas de seguridad se pueden adoptar para salvaguardar la salud de estos trabajadores expuestos total o parcialmente al humo del tabaco. La primera cuestión es de difícil solución, porque entra dentro del poder de organización del empresario el que un trabajador pudiera estar o no adscrito a dicha zona o si sería posible una rotación de trabajadores, de tal manera, que todos estuvieran expuestos temporalmente a dicho humo. Lo que ocurre es que la cuestión es diferente, desde el punto de vista del poder de dirección de la empresa, al hecho de que el trabajador tenga que obedecer a las órdenes del empresario de no fumar ya que aquí el trabajador está expuesto a un riesgo para su salud. Algún autor ha propuesto que se podría alegar el art. 50 del ET y extinguir la relación laboral por incumplimiento grave de las obligaciones empresariales, en este caso de salud laboral²⁶. Es cierto que podrían darse los presupuestos establecidos en el art. 50 porque el empresario no cumple con las obligaciones de seguridad y salud laboral de ofrecer al trabajador de un lugar libre de riesgos, no obstante, la Ley 28/2005 le ofrece la probabilidad de tener una zona de fumadores o que decida —siendo un local de menos de 100 metros— si se fuma o no, con lo que es difícil probar que existe tal incumplimiento grave, por otra parte las obligaciones en esta materia quedarían resueltas si el empleador adoptara las medidas prevención de riesgos laborales. La cuestión sería ahora determinar cuáles son esas medidas.

Otra cosa sería la utilización del art. 50 del ET para evitar situaciones de tolerancia empresarial a fumar, pues los trabajadores fumadores si que podrían solicitar la extinción del contrato de trabajo; téngase en cuenta, (como luego después señalaremos con más detenimiento) que el empresario va a responder de algunas de las infracciones que cometan sus trabajadores; la principal, permitir fumar en zonas donde exista prohibición total o no estén habilitadas, de tal manera que se convierte en garante del cumplimiento de la Ley por sus empleados, entre otras cosas porque luego va a responder por los hechos que éstos cometan en esta materia. Además, este incumplimiento es considerado por la ley con la calificación de grave. Por tanto estaría incumpliendo, quizás, sus obligaciones y podría habilitar a la extinción del contrato por voluntad del trabajador²⁷.

²⁶ AAVV. «Implicaciones jurídicas del consumo de tabaco en el ámbito de las relaciones laborales: ¿Quo Vadis? CEF, 68/2005, págs. 3 y ss.

²⁷ Arts. 19.3.b en relación con el 21.5 de la Ley 28/2005.

Volviendo sobre lo que anteriormente se había mencionado acerca de las responsabilidades del empresario, cabría preguntarse si se puede demandar a un empresario que ha decidido habilitar zonas para fumar total o parcialmente en el establecimiento del que es titular, por parte del trabajador que padece una enfermedad grave o que sufre daños en su salud por las consecuencias que le están acarreado inhalar humo de tabaco. Es claro, que no es fácil demostrar la relación de causalidad directa entre la causa alegada y el daño producido sin que existan condicionantes externos al medio laboral que hubieran influido en la enfermedad pero, no es descabellado pensar que pudiera ser así, ya que es de aplicación directa la Ley 28/2005 y la LPRL donde se hace prevalecer el derecho a la salud y su garantía sobre cualquier otro derecho y, fundamentalmente, al de fumar²⁸. Es más si se demostrase ante los Tribunales que es una enfermedad del trabajo y que su origen está en no haber cumplido con la prohibición de fumar y adoptado cuantas medidas fueran necesarias para garantizar la salud, cabría, no sólo la indemnización por daños sino también el posible recargo de prestaciones conforme al 123 de la LGSS.

Entrando en la segunda cuestión, se puede señalar que son complicadas las medidas que pudieran adoptarse. Las principales serían el establecimiento de sistemas adecuados de ventilación e, incluso, cabría pedir a los trabajadores que presten servicios con mascarillas que les protejan del humo si es que esta fuera la fórmula de protección. En éste último caso, sería algo absurdo atender a los clientes con este tipo de equipos de protección individual. Por ello, la tendencia debe ser el establecer protocolos y métodos que permitan proteger a estos trabajadores. Se tiene que tener en cuenta que estamos exponiendo a los trabajadores durante, en algunos casos, 8 horas o más a la inhalación de humo. No se puede caer en la contradicción, y aún más desde la salud laboral, de establecer normas radicales y prohibitivas justificando políticas de salud y de defensa de los ciudadanos y, al mismo tiempo, aprobar que existan otro tipo de trabajadores que si pueden estar expuestos al riesgo, debido más a razones económicas o sociales que prevalecen sobre las sanitarias. Desde esta perspectiva, se encuentra lógico un derecho de resistencia de estos trabajadores a cumplir con la organización empresarial, aún cuando fueran fumadores. No se puede establecer, por pocos que sean y en España son muchos, porque la mayoría de los establecimientos han decidido permitir fumar por no perder clientes, ciudadanos de primera y segunda clase si partimos que es una cuestión de salud pública.

²⁸ Véase en este sentido SAMPERE VILLAR, I. «Los efectos laborales del proyecto de Ley de prevención del tabaquismo». <http://www.hispajuris.es/doc/los20efectos%20laborales%20leg%20prevención%20tabaquismo.pdf>. Documento obtenido el 25 de enero de 2006.



Y siendo un riesgo laboral evitable o al menos susceptible de ser atenuado, aplicando directamente el principio preventivo de eliminar los riesgos que puedan serlo o atenuar los inevitables, se deberían aplicar políticas menos restrictivas en esta materia. De hecho, una vez que el empresario ha conocido que un trabajador puede sufrir o sufre algún tipo de riesgo que tenga consecuencias nocivas por su naturaleza y duración y que pudiera venir causado por factores directamente relacionados con el trabajo o su medio, debe actuar contra él en el marco de las obligaciones genéricas de protección de la seguridad y salud en el trabajo²⁹.

Las empresas deben plantearse muy seriamente políticas que eviten, atenuen y eliminen el riesgo del consumo del tabaco en sus centros de trabajo, porque hay que subrayar, de nuevo, que la tolerancia no exime de responsabilidad a la empresa, por lo que se hace preciso desde el primer momento que los trabajadores conozcan cuál es la estrategia que la empresa va a seguir en la aplicación de la Ley 28/2005 y que, incluso se les pudiera exigir la suscripción de un compromiso individual de no contravenir la norma durante la jornada laboral y en las instalaciones cerradas de la empresa o lugares al aire libre pero dentro del recinto empresarial donde el empresario haya decidido prohibir esta conducta. Abundando más sobre estas políticas, se ha dicho que el consumo del tabaco y la inhalación de su humo es un riesgo laboral, no obstante, la prohibición de fumar puede suponer la aparición de otros riesgos laborales de naturaleza psicosocial, como es el estrés, cansancio, ansiedad, alteraciones del carácter influidas por el medio de trabajo etc. El empresario debe velar por la salud de todos los trabajadores, incluidos los fumadores, por lo que los programas o políticas que se instauren en la empresa se deberán también dirigir a la evitación de estos riesgos que van a aparecer, ahora, con más habitualidad.

Una vez más deberá ser la negociación colectiva la que establezca obligaciones empresariales en este sentido, como ya se ha dicho mediante incentivos, pluses de toxicidad, rotaciones de trabajadores etc. También cumplirán un papel muy importante las representaciones legales de los trabajadores, en las empresas donde haya, ya que éstos pueden incentivar muy activamente a las empresas para instaurar políticas idóneas contra el tabaquismo y además servirán de eslabones de información sobre las consecuencias que pueden acarrear los incumplimientos de estas prohibiciones tan taxativas. Las actuaciones son diferentes al supuesto de los trabajadores fumadores porque en este, tanto el servicio de prevención, y muy especialmente el médico especialista en el trabajo, junto con los comités de seguridad y salud laboral pueden establecer estrategias fundamentalmente dirigidas a progra-

²⁹ STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2005 (Sentencia número: 796/2005-P)

mas de ayuda psicológica y de otra índole que les permita dejar de consumir tabaco o les haga más llevadero y con menos ansiedad las horas de trabajo donde no pueden fumar. En este caso, se trata de los clientes y de la decisión de permitir fumar en todo o en parte del local.

Las intervenciones empresariales en este caso son limitadísimas salvo las que recaen en la decisión de prohibir totalmente el consumo del tabaco aún a riesgo de perder clientela. Menos problemas pueden aparecer en los supuestos de trabajadores que se encarguen de la limpieza de habitaciones o zonas de fumadores porque la actividad de higiene y limpieza es intrínseca a la prestación de servicios salvo, que exista tolerancia y permisividad en permitir fumar en residencias de estudiantes u otros tipos de edificios de similar naturaleza donde está prohibido totalmente por decisión de la dirección y no hay reserva de habitaciones para estudiantes fumadores.

3. EL RÉGIMEN SANCIONADOR Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO

Una de las materias más significativas en el tema que se está tratando es, sin duda, la determinación del sujeto responsable de la infracción conforme la Ley 28/2005 de la prohibición de fumar y su posible proyección sobre otros sujetos que no son los autores directos de la conducta constitutiva de la misma. Esto tiene una gran importancia cuando lo ponemos en contacto con la relación laboral trabajador-empresario. Se debe añadir, igualmente, que la Ley establece un sistema de compatibilidad de responsabilidades de cualquier naturaleza, civiles, administrativas, penales o de otra índole, donde se entendería incluidas las laborales. Obviamente, respetando siempre la primacía del orden penal sobre el administrativo.

3.1. Visión general

La norma establece que son sujetos que deben responder de los incumplimientos descritos en primer lugar el sujeto que la cometa a título de autor, persona física o jurídica que cometa los hechos tipificados. Ahora bien, a los efectos que nos interesan, es decir, las infracciones que se comentan dentro del ámbito de la empresa por trabajadores fumadores, hay que señalar que el art. 21.5 establece que en el supuesto de la conducta contenida en el art. 19.3.b —permitir fumar en los lugares en que exista prohibición total, o fuera de las zonas habilitadas a tal efecto— será sujeto responsable «el titular del local, centro o establecimiento en el que se cometa la infracción o, en su defecto, el empleado que estuviese a cargo del establecimiento o centro en el momento de cometerse la infracción».



Esta regulación significaría que el empresario o persona en quién hubiese delegado deberá responder si los trabajadores llevasen a efecto la conducta tipificada de fumar en las zonas prohibidas según la Ley 28/2005 y lo tolerara. Con lo que se estaría respondiendo en lugar de otro, el empresario por el autor de la infracción que sería el trabajador. Así y de manera inmediata surge el problema de cómo se va a repercutir por el empleador las posibles sanciones que tuviera que hacer efectivas sobre la relación laboral del trabajador-infractor. Además, hay que subrayar que la infracción cometida por el trabajador de fumar en los lugares en que exista prohibición total o fuera de las zonas habilitadas para ello es calificada como leve mientras que la infracción del empresario de permitir fumar en dicho lugares es calificada como grave. Por lo que a su vez las cuantías de las sanciones también serán diferentes, siendo más elevadas las que pague el empresario que el trabajador. De esta manera la ley concede más importancia al hecho de la permisividad que al de fumar, que es lo que realmente se reprueba por la norma. Hay que añadir además que el deber de vigilancia del empresario para que los empleados cumplan con las normas no puede llegar al extremo de convertirse en una persecución, primero porque es imposible y segundo porque puede atentar contra otros derechos de los trabajadores e, incluso llegar al acoso³⁰.

Como se ha mencionado anteriormente las sanciones, a tal efecto, son también diferentes, a saber, en el caso del trabajador sería el pago de una multa de hasta 30 euros si es aislada y hasta 600 en los demás casos y, en el caso del empresario iría de 601 euros hasta 10.000. Para la determinación de estas cuantías, es necesario aplicar los correspondientes criterios de graduación, la habitualidad o continuidad en la comisión de la infracción, la capacidad económica del infractor —asunto éste que interesa mucho a los empresarios—, la repercusión social y la reincidencia en los comportamientos infractores. Las competencias de control y sancionadoras recaen sobre las Comunidades Autónomas, reservándose al Estado los ámbitos de transporte terrestre, marítimo o aéreo cuando superen el nivel autonómico o sean de nivel internacional, así como los recintos o establecimientos que superen, igualmente, el ámbito de la Comunidad Autónoma o ciudades con Estatuto

³⁰ Como establece la STSJ Madrid de 16 mayo 2005, la vigilancia constante, adscribiendo un vigilante por cada trabajador exigirá un despliegue de medios [...] pero no hay que llevar tal vigilancia al extremo de comprobar en cada una de las labores que ejecuten sus operarios que utilizan las prendas de protección y que lo hacen adecuadamente, dado que esta intromisión en la vida profesional de los operarios podría afectar al respeto que merece su dignidad humana. [...] a salvo de trabajadores que no tengan la necesaria experiencia, antigüedad y cualificación profesional, el deber de vigilancia ha de interpretarse no como una obligación de control permanente de todas y cada una de las actividades productivas sin más bien como un deber de control periódico.

de Autonomía. Además, existen algunas otras especialidades cuando se trate de infracciones cometidas a través de la televisión o la radio.

3.2. Repercusión de las sanciones sobre la relación laboral

Se debe partir de la premisa de que el empresario, dentro de su poder de dirección ordinario (art. 20 del ET), puede y debe prohibir fumar en su centros de trabajo, no ya sólo en los cerrados que desde luego, sino también podría hacerlo en lo que se encuentren al aire libre pero pertenezcan al ámbito físico de la empresa, sean por razones de imagen o por otras diferentes. Esta decisión, con la Ley 28/2005 está suficientemente avalada y justificada. Anteriormente a esta norma, también podría haber aplicado esta política antitabaco y se debería haber cumplido por los trabajadores. En fin, no existen más obstáculos para aplicar la norma que las propias dificultades que dimanen de ella misma por la parquedad de sus prescripciones en lo que se refiere al ámbito empresarial. Por supuesto, fuera de las instalaciones empresariales fumar no puede tener ningún reproche, ni el trabajador debe cumplir órdenes del empresario en este sentido.

Siendo esto así, las cuestiones que deben aclararse son: a) en primer lugar, cómo va a repercutir el empresario la sanción que se le ha impuesto como consecuencia de acciones imputables a los trabajadores; b) en segundo lugar, qué tipo de responsabilidades se le van a exigir al trabajador; c) en tercer lugar, si el empresario va a responder por otro tipo de responsabilidades aparte de la administrativa; d) en cuarto lugar, cuál es la gravedad de la sanción laboral cometida por el trabajador ¿podría llegar a un despido disciplinario?; e) por último, cuál será la probable decisión final de los empresarios ante las incertidumbre que genera la norma.

La conducta infractora de un trabajador conlleva de manera automática la responsabilidad de la empresa que no ha hecho todo lo suficiente para hacer cumplir la prohibición. Se podría decir que se trata de una responsabilidad objetiva. Hay que tener en cuenta que la empresa asume la responsabilidad de hacer frente a los actos que cometen sus empleados porque a ella le incumbe la obligación de vigilar el cumplimiento de las normas en sus instalaciones. El empresario es el garante de que se cumpla la Ley 28/2005 en sus centros de trabajo. Para que funcione este juego de responsabilidades, es imprescindible que éstos sean conscientes de la prohibición y, desde luego, no puede haber ningún tipo de tolerancia en este sentido, por tanto, incluso el empresario después de haber informado al trabajador sobre la prohibición de fumar puede solicitarle que firme una cláusula que entrará a formar parte del contrato en la que el empleado asuma como condición laboral no fumar. De esta forma, se podrá aplicar el régimen disciplinario por parte del empresario. Refiriéndonos a éste, hay que decir que la



tipificación de la conducta debiera aparecer claramente descrita en los convenios colectivos así como la sanción correspondiente. El problema que surge es el de la proporcionalidad entre el incumplimiento laboral y la sanción impuesta, es decir, la aplicación de criterios que gradúen dicha sanción y esencialmente si la conducta del trabajador es aislada o repetida en el tiempo, si la ha realizado en varias ocasiones, el número de éstas será importante a la hora de determinar su gravedad³¹. Obviamente, esta gravedad podría marcar incluso la posibilidad del despido disciplinario incardinando la conducta en la causa de desobediencia a las órdenes del empresario o en la de embriaguez o toxicomanía. En todo caso, ésta última causa, en nuestro juicio, no es idónea para dar legitimidad a la decisión extintiva del empresario

Dos son las cuestiones a dilucidar, por un lado, el ejercicio del poder disciplinario sobre el trabajador y, por otro, la repercusión de la sanción administrativa impuesta al empresario sobre aquel. En el primer caso, parece más loable admitir que cuando la conducta del trabajador es repetitiva y desafiante a la prohibición de fumar, habiéndosele proporcionado la posibilidad de adherirse a cursos de deshabituación, que se trata de un despido disciplinario del 54.2.b) del ET. Más difícil es mantener, como ya se ha señalado anteriormente, que a través de la causa del 54.2.f) se pudiera despedir al trabajador. Aún cuando se pudiese considerar que el tabaco es una droga lo que está claro es que no repercute negativamente en la relación laboral con tanta gravedad como otras drogodependencias. Es más, el tabaco está calificada como sustancia nociva pero es legal su venta y consumo, otra cosa es que el mismo esté prohibido en ciertos lugares como son los centros de trabajo. Por esta razón, se entiende que ésta no sería una causa idónea o que legitimaría un despido de estas características. Desde luego, el empresario ha debido ser claro en las instrucciones acerca de la prohibición de fumar lo mismo que la desobediencia del trabajador debe manifestarse de forma abierta y terminante, siendo consciente de la indisciplina que está cometiendo³².

El despido disciplinario del trabajador puede sobrevenir por dos causas distintos, o dicho de otra manera, puede ser la consecuencia de dos po-

³¹ El 25 de enero de 2006 apareció como noticia en <http://www.abc.es> que una empresa de Cantabria había impuesto la primera sanción a un trabajador por fumar en el centro de trabajo, esta sanción ha sido de suspensión de empleo y sueldo de dos días. Lo que no menciona la noticia es donde estaba tipificada la infracción, que se supone debe ser por incumplimiento a las órdenes del empresario y en el convenio colectivo aplicable. Lo que si dice la noticia es que la empresa había informado a los trabajadores de la entrada en vigor de la ley y les había solicitado que firmaran un documento donde reconocían estar informados de la normativa y de las consecuencias de su incumplimiento. No todos los trabajadores estuvieron de acuerdo y no firmaron el escrito.

³² Ver la ya antigua STS de 29 de enero de 1987.

sibilidades. La primera la que se acaba de describir, como sanción a una infracción grave de naturaleza laboral del empresario sobre su subordinado por incumplimiento de sus órdenes. La segunda como repercusión de una sanción administrativa impuesta por las autoridades públicas al empresario por conculcar el art. 19.3.b y permitir fumar en el centro de trabajo. La denuncia que haya dado origen a esta multa ha podido ser interpuesta por cualquier otro trabajador, por las autoridades que tengan la competencia de inspeccionar o, aunque más raramente, por el propio empresario. Así, el trabajador debería asumir dos responsabilidades, por un lado, la administrativa (de hasta 30 euros) y por otro lado la laboral (el despido disciplinario); desde luego el grado de proporcionalidad de ambas no es parejo ni mucho menos. Sin embargo, como se viene señalando repetidamente van a ser los convenios colectivos los que tendrán la función de delimitar los incumplimientos y sus correspondientes consecuencias. Entre ellas estaría la de precisar la desobediencia de fumar como causa de despido. Es muy pronto ahora para afirmar que con una sola vez que se haya sorprendido al trabajador fumando un cigarrillo pueda ocasionarle la salida de la empresa. Además, habrá que tener en cuenta la categoría del trabajador y las actividades que presta, porque cuanto mayor sea la gravedad de la actividad que realiza en contacto con el tabaco mayor deberá ser la sanción, utilizándose como criterio de graduación. A modo de ejemplo, el caso en el que el trabajador esté en contacto con sustancias químicas, trabajo en refinerías o sustancias biológicas en laboratorios, manipulación de alimentos etc.

Otra cuestión oscura es si el trabajador puede ausentarse de su puesto de trabajo para fumar fuera del centro de trabajo. La contestación debe ser negativa porque supone un abandono del puesto de trabajo sin justificación razonable alguna. Hacerlo sin el consentimiento del empresario y asumiendo las circunstancias que lo permitan, constituiría un incumplimiento laboral sancionable de nuevo en la órbita disciplinaria. En un primer momento, la sanción podría ser una mera amonestación, pero podría llegar a convertirse en una suspensión de empleo y sueldo o, incluso, si el abandono el puesto de trabajo persiste, el despido.

En este orden de cosas, se debe añadir que el trabajador también podría ser sujeto de responsabilidad por daños y perjuicios causados al empresario, ya que la posible multa administrativa que éste deba asumir le puede producir menoscabos en la imagen de la empresa así como los propios que cualquier procedimiento administrativo produce a quién se ve incurso en él. Por lo que hace al empresario aparte de ser sujeto responsable a efectos administrativos, como ya se ha mencionado anteriormente en otro epígrafe, podría tener que hacer frente a las posibles responsabilidades por daños a los trabajadores no fumadores afectados por la inhalación del humo del tabaco así como de seguridad social en caso de que se probara la relación de causalidad en ente el tabaco y el daño a la salud y fuera calificada como



enfermedad del trabajo. Este supuesto es más probable en los centros donde está permitido fumar o hay zonas habilitadas como es el caso de los hoteles, restaurantes, bares o centros similares. Los trabajadores expuestos al humo por prestar servicios en estos lugares podrían incoar todo este abanico de posibilidades desde la Ley 28/2005 y desde la LPRL, que son compatibles entre sí. Esto sin contar con las situaciones extremas, difíciles de producirse, de aquellas empresas que no proporcionan ningún tipo de medida de protección a sus trabajadores no fumadores que prestan servicios en zonas permitidas o habilitadas donde incluso podría darse indicios de delito por el 316 y ss. del Código Penal.

3.3. Competencias sancionadoras

Ya se ha mencionado con anterioridad que la Ley 28/2005 otorga a las Comunidades Autónomas las competencias sancionadoras en materia de incumplimientos de sus disposiciones. Por ello, son éstas las que deben aprobar las correspondientes normas de desarrollo y ejecución a efectos del establecimiento de aplicación de la Norma y de procedimientos sancionadores. Poco más dice el legislador en esta materia, sobre todo, a efectos de que exista una homogeneidad entra los distintos territorios. Parece que cada Comunidad va a tener autonomía para legislar como estime oportuno aparte de que también podrán adoptar una regulación más estricta. Lo cierto es que es más coherente que las Comunidades Autónomas junto con las autoridades sanitarias y las de trabajo establezcan relaciones de coordinación que intenten de alguna manera homogeneizar este ámbito.

Las Autonomías no sólo tienen potestad sancionadora sino que también deben controlar e inspeccionar el cumplimiento de la Ley. Para ello, tendrán que empezar a pensar en proporcionar los recursos humanos y materiales necesarios para llevar a buen fin dichas funciones otorgadas por la norma. La primera decisión es qué personal es al que se le va a otorgar la potestad de control, vigilancia y sanción aparte de las autoridades policiales que, por supuesto, pueden ejercer estas competencias.

En el ámbito laboral, se cuenta con los Inspectores de trabajo y de Seguridad Social. No parece incoherente o irrazonable que puedan asumir la vigilancia y control en los centros de trabajo que visitan. La ley nada dice al respecto, ni siquiera, menciona al inspector de trabajo para que asuma estas funciones. Lo cierto es que la Ley 28/2005 no es una norma laboral, no obstante sí que tiene una incidencia importante en dicho ámbito y debe entenderse integrada en él para lo que le afecte. Por lo tanto, parece normal que el inspector de trabajo pudiera asumir estas funciones, quizás en concepto de la vigilancia de una materia de prevención de riesgos laboral —aún cuando no esté incluida expresamente en el ámbito sancionador de



los arts. 11 a 13 de la LISOS—. En todo caso, como ocurre cuando se comete cualquier infracción laboral, es también la Comunidad Autónoma quién tiene competencias sancionadoras. Otra cosa será, determinar la norma aplicable al procedimiento administrativo sancionador, ya que la Ley 28/2005 deja en manos de aquellas el establecimiento de este procedimiento, mientras que en materia laboral (que es legislación básica del Estado) se aplica el RD 928/1998.

La pregunta que surgiría es si es de aplicación esta norma reglamentaria o, sin embargo, habría que esperar a que cada Autonomía estableciese el correspondiente procedimiento. Las labores del inspector quedarían ceñidas al control e inspección pero no a la propuesta de sanción, estableciéndose una relación de coordinación dentro de las instituciones públicas. Salvo, claro está, que se articularan como infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, donde se puede entender que existe un reenvío tipificador de normas con rango de Ley que nada impediría el ejercicio de las funciones del Inspector. En ese caso, la conducta infractora se subsumiría en las cláusulas en blanco que existen en los preceptos anteriormente mencionados de la LISOS y, en concreto, para el empresario, el art. 12 donde se califican las infracciones graves. Lo que ocurre es que las sanciones establecidas no se corresponden con las establecidas en la Ley 28/2005, por lo que sería difícilmente encajables; solamente serían susceptibles de serlo como incumplimientos de las medidas de seguridad y salud, pero no como incumplimiento de la prohibición de fumar.

Este tema plantea muchas dudas sobre la aplicación efectiva de la ley en los centros de trabajo, ya que por un lado, el empresario si que puede ejercer su poder de dirección y disciplinario sobre el trabajador de manera inmediata a la comisión del incumplimiento, mientras que su responsabilidad quedaría a expensas del establecimiento de un procedimiento adecuado por la Comunidad Autónoma para poder incoar un expediente administrativo sancionador por haber permitido fumar en su establecimiento o empresa.

En todo caso por razones evidentes de seguridad jurídica, lo más conveniente será esperar al desarrollo normativo que lleven a cabo las Comunidades Autónomas.



LA NUEVA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN FORZOSA VÍA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

La institución de la jubilación del trabajador constituye un elemento clave de los Sistemas de Seguridad Social sobre el que confluyen intereses y equilibrios que van mucho más allá del derecho individual de un trabajador que, alcanzada determinada edad, decide mantenerse en el mercado de trabajo o dar por terminada su actividad laboral para iniciar la percepción de una prestación de Seguridad Social. La propia viabilidad del sistema de Seguridad Social ante el envejecimiento de la población, las políticas de empleo de carácter general, las políticas empresariales de renovación de la composición de la plantilla y las políticas de ajuste ante situaciones de crisis son argumentos que forman parte de las habituales discusiones sobre la regulación del acceso a la jubilación, lo que puede dar una idea clara de la dificultad de realizar ordenamientos certeros que satisfagan adecuadamente el conjunto de intereses en juego.

Todo ello explica la escasa estabilidad del régimen jurídico aplicable y la asiduidad de los retoques normativos que, en el caso de la regulación de la jubilación forzosa acordada en convenio colectivo, puede conducir a indeseables viajes de ida y vuelta, cuyas negativas consecuencias ponen en valor el diálogo social y el amplio respaldo político que debe sustentar reformas de dicho calado.

El presente estudio muestra las recientes vicisitudes del régimen jurídico de la jubilación forzosa vía convenio colectivo, analizando la situación presente en la que conviven acordados contrariando la prohibición derivada de la interpretación jurisprudencial del régimen recientemente derogado, la interpretación de los requisitos que deben cumplir los convenios en proceso de negociación y la aplicabilidad del régimen transitorio a las situaciones en proceso de consolidación.

ÍNDICE

1. LA JUBILACIÓN, SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL POLÍTICAS DE EMPLEO Y RELACIONES LABORALES
2. RÉGIMEN DE JUBILACIÓN OBLIGATORIA VÍA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 2.1. Los antecedentes legislativos y jurisprudenciales
 - 2.2. La derogación de la referencia legal
 - 2.3. La recuperación de la referencia a la negociación colectiva
3. EL RÉGIMEN TRANSITORIO

1. LA JUBILACIÓN, SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, POLÍTICAS DE EMPLEO Y RELACIONES LABORALES

El régimen jurídico común regulador de la pensión de jubilación en nuestro ordenamiento de Seguridad Social sufrió profundas transformaciones durante los años 1985 y 1997, para mantenerse relativamente estable con posterioridad. En el primero de los supuestos, por medio de la Ley 26/1985¹; en el segundo de los casos, por medio de la Ley 24/1997². A partir de esta última fecha, la regulación de la citada pensión ha quedado notablemente estabilizada, al menos en lo que se refiere al procedimiento ordinario de acceso a la pensión de jubilación, a resultas igualmente de la extinción del contrato de trabajo en el momento del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación a los 65 años.

Contrastando con la estabilidad normativa que el régimen jurídico de la jubilación ordinaria ha venido mostrando durante los últimos años, las reformas más recientes se han centrado en los procedimientos especiales de acceso a la jubilación. Las normas reguladoras de la jubilación anticipada y parcial registran los cambios legislativos más recientes en nuestro sistema público de Seguridad Social, lugar común en el que coinciden también las mayores dificultades aplicativas de la normativa en vigor, lo que determina en igual medida que sea también en este terreno donde se focaliza la labor jurisprudencial de nuestros Tribunales de Justicia.

Si bien no es objeto del presente trabajo la presentación del amplio debate de política legislativa existente sobre el particular, conviene resaltar la complejidad de la materia objeto de estudio, situación que entendemos deriva directamente de la multiplicidad de intereses en juego. La dificultad de hacer conjugar intereses generales y particulares, puede presentar, en primera lectura, una actuación aparentemente contradictoria por parte del poder legislativo, en la medida en que tras la iniciativa reformadora pueden

¹ Ley 26/1985, de 31 de julio (BOE 1 de agosto), de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.

² Ley 24/1997, de 15 de julio (BOE 16 de julio), de consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social.

confluir dos orientaciones de política social en principio de signo de diverso, que persiguen alcanzar un cierto equilibrio flexibilizador en la regulación del paso a la situación de no activo a la finalización de la carrera profesional de los trabajadores de mayor edad³.

De una parte, la tendencia generalizada en el conjunto de los países de la UE que soportan un intenso proceso de envejecimiento de sus ciudadanos, que tiene origen tanto en el mantenimiento de bajas tasas de natalidad como en una perceptible ampliación de la esperanza de vida de la población. Todo ello provoca un incremento notable del número de pensionistas que debe soportar el régimen público de la Seguridad Social, que difícilmente puede ser compensado únicamente con el aumento del número de afiliados al sistema. Dado por sentado lo anterior, no puede considerarse extravagante la, en numerosas ocasiones expresada, voluntad común de los Estados miembros de la Unión Europea de incrementar significativamente la tasa de ocupación en el conjunto de la Comunidad Europea, con particular atención a la población de más edad⁴; a estos efectos, conviene recordar que la Estrategia Europea de Empleo, diseñada en la cumbre de Lisboa, se marcó como objetivo para el año 2010 alcanzar una tasa de ocupación del 50 % entre la población de más de 55 años. Para lograr este objetivo, desde las instituciones comunitarias se insta con reiteración a los Estados miembros a desplegar una política, en el doble frente laboral y de Seguridad Social, enfocada al mantenimiento de la vida activa de los trabajadores de más edad, lo que a la postre comporta establecer fórmulas de retraso de la edad de jubilación. El propio Pacto de Toledo de 1995 ya recogía ese espíritu, profundizando en el mismo en su posterior renovación del año 2003⁵. Así, la recomendación núm. 10 del Pacto de Toledo proponía establecer una gradualidad en el acceso a la pensión de jubilación y, en particular, favorecer el retraso a la misma⁶. Literalmente, el texto del acuerdo sostiene que

³ Sobre la sistematicidad de las medidas de reforma del régimen jurídico regulador del acceso a la jubilación, *vid.* DEL REY GUANTER y GALA DURÁN, C.: *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 26. Resaltando dicha posible incongruencia, *vid.* MARTÍNEZ BARROSO, M. A.: «Extinción de la relación laboral y cláusula jubilatoria forzosa. A propósito de la STS — social— 9 marzo 2004», *TS* núm. 163, 2004, pág. 12.

⁴ A modo de ejemplo, entre las más recientes *vid.* Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2004, «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo» COM (2004) 146 final; Libro Verde «Frente a los cambios demográficos una nueva solidaridad entre generaciones COM (2005) 94 final.

⁵ Sobre la elaboración de dicho documento, *vid.* «Renovación del Pacto de Toledo», MTAS, 2003.

⁶ Sobre la misma y relacionándola con el Acuerdo Social de 1996, *vid.*: PÉREZ YÁÑEZ, R. M.: «Las reformas del 2001: algunas consideraciones sobre la derogación de la disposición adicional 10.ª ET», *TL* núm. 61, pág. 349.

«sin perjuicio de mantener la edad ordinaria de jubilación en los sesenta y cinco años, resultaría muy aconsejable en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen»⁷.

De otra parte, en el orden práctico, la materialización de estas novedosas políticas legislativas de alcance supraestatal se enfrenta a una situación precedente fuertemente consolidada, que tiene origen en una amplia política de recursos humanos desplegada en el seno de las empresas, particularmente en las de medianas y grandes dimensiones, promotora de todo tipo de estrategias, de alcance individual o colectivo, que determinan la salida prematura del personal de edad avanzada. En numerosas ocasiones, dicha práctica se presenta como la técnica menos traumática de reducir los excedentes de personal, mientras en otros casos persigue la mera finalidad de renovar generacionalmente la composición interna de las plantillas de las empresas. El propio poder público ha acompañado estas políticas empresariales, facilitando por vía legislativa su desarrollo. Visto lo anterior, puede afirmarse que los cambios demográficos referidos se proyectan sobre un mercado de trabajo, el español, que se encuentra con el pie cambiado, para quien resulta tremendamente difícil ponerse manos a la obra para compensar la inercia imperante durante las décadas precedentes.

Esa doble alma parece estar presente en las últimas reformas de la normativa de Seguridad Social en materia de jubilación. De un lado, la diversificación de las fórmulas de acceso a la jubilación, con el objetivo de favorecer el retraso del abandono definitivo de la actividad profesional; paralelamente, permanece abierta la posibilidad de jubilarse anticipadamente, hasta el punto que el legislador, no conforme con mantener el amplio juego de los sistemas precedentes de jubilación anticipada, incorpora nuevas fórmulas de anticipación del reconocimiento de la pensión de jubilación⁸. Frente a una interpretación conflictiva, cabe realizar una lectura conjunta de las

⁷ La más reciente muestra de esta tendencia hacia la prosecución de una dualidad de objetivos, en principio contradictorios, podemos encontrarla en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, Ley 30/2005, de 29 de diciembre (BOE 30 de diciembre), cuya disp. adic. 50.^a uno.2 anuncia incentivos a la transformación en indefinidos de los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración; mientras que en su apartado 3 se prevén incentivos para la contratación indefinida de trabajadores de sesenta o más años, con antigüedad mínima en la empresa de cinco años.

⁸ Iniciativas que parecen tener continuidad con el compromiso de iniciar estudios de viabilidad para la adopción de medidas de reducción de la edad de jubilación de los trabajadores autónomos, si bien no de forma general sino únicamente «en los casos de realización de trabajos que sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad», fijado en la disp. adic. 68.^a Ley 30/2005, 29 de diciembre.



reformas que permite realizar una valoración íntegra del proceso reformador, y que aporta una visión más matizada, en la que tiende a apreciarse un menor número de elementos de contradicción y una visión nada esquizofrénica de la labor legislativa en esta materia⁹.

En efecto, a nuestro juicio, la perspectiva general de los cambios normativos introducidos es plenamente coherente con la idea de flexibilización y gradualidad, incluyendo una cierta jerarquización y temporalización de las medidas, que didácticamente pueden ser ordenadas en función de la intensidad de la actuación legislativa. En tal sentido, puede afirmarse que las que tienen por objeto la ampliación material de la carrera profesional de los trabajadores de mayor edad se conviertan en el objetivo primordial de la política de empleo y de protección social¹⁰, en tanto que las medidas que permiten la anticipación de la edad de jubilación poseen carácter complementario o subsidiario respecto de la primeras¹¹; pero también que éstas tienen incidencia en el medio y largo plazo, en tanto que las otras quedan circunscritas al corto plazo. En concreto, estimamos que la finalidad fuerte de las reformas legislativas es la de conseguir una alteración en las prácticas de jubilación de los trabajadores común y socialmente aceptadas, retrasando ésta en la medida en que nuestro mercado de trabajo lo vaya permitiendo; de este modo se persigue que este objetivo se deje sentir en el medio y en el largo plazo, siendo conscientes de que el impacto de la reforma legislativa no se verificará en el corto plazo, o bien al menos que no se puede lograr con la perfección deseada de forma inmediata. Paralelamente, conviene tener en cuenta que ante situaciones de crisis empresariales, en las que los excedentes de personal resultan un obstáculo para la ejecución de cualquier tipo de planes de viabilidad futura, resulta socialmente aconsejable la celebración de acuerdos que permitan seleccionar a los trabajadores en función de su edad, en aplicación de los cuales quienes pierdan su empleo en primer lugar sean aquellos trabajadores que pueden acceder con mayor faci-

⁹ Sobre el propia noción de jubilación flexible, entre otros: ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «El concepto de jubilación flexible», *TL* núm. 66, 2002; CAMÓS VICTORIA, I.: *Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*, Tirant lo blanch, 2003; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «La flexibilidad de la edad de la jubilación» (I y II), *RL* núms. 18 y 22, 2002.

¹⁰ Señalando el cambio de prioridades de la política de empleo, *vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «La flexibilidad de la edad de la jubilación (I)», *RL* núm. 18, 2002, pág. 9.

¹¹ A modo de ejemplo, nótese que los contratos indefinidos de los trabajadores de más edad se bonifican con hasta el 100 % de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes, salvo las de incapacidad temporal, mientras que en el caso de transformación en indefinido de los contratos de relevo y sustitución por anticipación de la edad de jubilación las bonificaciones sólo alcanzan al 25 % (disp. adic. 50.ª.3 apartados 7 y 8 Ley 30/2005).

dad a ciertos mecanismos puente hasta la jubilación ordinaria, anticipando formal o realmente la edad ordinaria que se mantiene a los 65 años. En este sentido, la propia recomendación 10.^a del Pacto de Toledo, antes citada, junto a los incentivos a la prolongación voluntaria de la edad de jubilación, propone, también expresamente, el mantenimiento de los sistemas de jubilación anticipada ligados a los contratos de relevo y de sustitución ya previstos en la legislación vigente.

Ahora bien, la lectura comparativa y contextual de todas las medidas en juego muestra una diversa forma de afrontar legalmente la complejidad que envuelven las relaciones laborales en la actualidad, ofreciendo un amplio abanico de posibilidades normativas que permiten poner fin a la vida profesional, mediante diversas formas de acceso a la situación de jubilación. Para nosotros lo más elocuente es que las reglas relativas al fomento del retraso de la edad de jubilación se presentan de una notable sencillez en su confección jurídica; sencillez que explicita sobre todo una voluntad de universalización subjetiva y la ausencia de requisitos limitativos de los efectos que se van buscando. Frente a ello, las diversas variantes de jubilación anticipada están todas y cada una de ellas trufadas de requisitos de variado tenor, restrictivos en cuanto a los sujetos y circunstancias que pueden dar lugar al reconocimiento de la pensión pública; al mismo tiempo, la regulación de la cuantía de la pensión a percibir mantiene reglas penalizadoras que no incentivan al trabajador para acogerse a las mismas y, por tanto, incentivan por vía indirecta cuando menos la jubilación a la edad ordinaria de los 65 años.

2. RÉGIMEN DE JUBILACIÓN OBLIGATORIA VÍA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La normativa básica que regula la institución de la jubilación en nuestro país se encuentra actualmente en los arts. 160 a 170 y disposición transitoria 3.^a de la Ley General de la Seguridad Social, así como en diversas disposiciones reglamentarias de desarrollo de la misma: RD 1799/1985, de 2 de octubre, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente en el sistema de Seguridad Social¹²; OM de 18 de enero de 1967, por el que se establece el régimen de prestaciones por vejez¹³; RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determi-

¹² Real Decreto 1799/1985, de 2 octubre, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente en el sistema de la Seguridad Social (BOE 5 de octubre).

¹³ OM de 18 de enero de 1967, por la que se establece el régimen de prestaciones por vejez (BOE 26 de enero).

nados aspectos de la Ley de 1997 de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social¹⁴; RD 47/1998, de 23 de diciembre, por el que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de Seguridad Social, en determinados casos especiales¹⁵.

No obstante, tal como hemos indicado anteriormente, las reformas legislativas más próximas en el tiempo en la materia se concentran casi todas ellas en la regulación de situaciones especiales de jubilación, que proporcionen un sistema de jubilación flexible, a través de fórmulas de jubilación parcial, anticipada o intermitente. En concreto, la normativa principal de referencia se sitúa en la Ley 35/2002, de 12 de julio¹⁶; norma en parte modificada a su vez por medio de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre¹⁷. A su vez, aquella Ley ha sido desarrollada reglamentariamente a través de dos Reales Decretos: el RD 1131/2002, de 31 de octubre¹⁸ y el RD 1132/2002, de 31 de octubre¹⁹, parcialmente modificado por el RD 1425/2002, de 27 de diciembre²⁰. Por otra parte, también ha de citarse, con respecto a los trabajadores que acrediten minusvalías de consideración, el RD 1539/2003, de 5 de diciembre²¹. A su vez, dichos cambios vienen acompañados por reformas complementarias en la legislación laboral, particularmente, por lo que refiere al contrato de relevo del jubilado parcial, en lo que afecta al régimen general del trabajo a tiempo parcial, que se llevó a cabo por medio de la reforma del art. 12 del Estatuto de los Trabajadores, a tenor de la Ley 12/2001, de 9 de julio²². En materia de bonificaciones en las cotizaciones a la

¹⁴ RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley de 1997 de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social (BOE 13 de noviembre).

¹⁵ RD 47/1998, de 23 de diciembre, por el que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de Seguridad Social, en determinados casos especiales (BOE 29 de diciembre).

¹⁶ Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (BOE 13 de julio).

¹⁷ Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social (BOE 11 de diciembre).

¹⁸ RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (BOE 27 de noviembre).

¹⁹ RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002 (BOE 27 de noviembre).

²⁰ RD 1425/2002, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2003 (BOE 31 de diciembre).

²¹ RD 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación ordinaria a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía (BOE 20 diciembre).

²² Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE 10 de julio).

Seguridad Social en este contexto ha de mencionarse la disp. adic. 50.^a de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre²³.

Por otra parte, en el centro de la discusión doctrinal y jurisprudencial, se produce la derogación de la disposición adicional 10.^a del Estatuto de los Trabajadores, llevada a cabo por la Ley 12/2001, y su posterior reposición mediante la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación²⁴, afectando de manera directa al conjunto del régimen de jubilación obligatoria fijada por norma convencional. La intensa polémica desatada en torno a las vicisitudes sufridas por la normativa legal relativa a la jubilación obligatoria establecida en convenio colectivo, y las importantes consecuencias prácticas derivadas de tal peripecia debiera permitir cerrar un desafortunado capítulo del que los colectivos e instituciones implicados debieran extraer importantes consecuencias. Si con carácter general resulta comúnmente admitida la inconveniencia de introducir reformas normativas en materia social sin el correspondiente apoyo de los interlocutores sociales, en una materia tan compleja y sensible como la que es objeto de estudio, parece especialmente desacertada toda actuación que concitase el rechazo unánime de las organizaciones sindicales y empresariales, especialmente si como era previsible, conocidas las vicisitudes sufridas por la originaria disposición adicional 5 ET de la versión de 1980, en materia de jubilación forzosa, las posiciones en la doctrina y en la jurisprudencia distan bastante de ser unánimes. En este sentido, conviene tener presente que sobre las técnicas de extinción contractual por razón de edad acordadas vía convenio colectivo, más allá de los diferentes intereses de política legislativa en presencia, confluyen problemas jurídicos de difícil resolución práctica. Desde el punto de vista constitucional, la regulación de la materia debe conciliar el ejercicio de derechos de relevancia constitucional con reflejo colectivo e individual (arts. 14, 35 y 37 CE), que resultan una manifestación paradigmática de las complejas relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual. Desde la óptica técnico-jurídica, se plantean problemas que afectan a las fuentes del Derecho del trabajo y, en concreto, al protagonismo que ha de asumir la ley frente al convenio colectivo en nuestro sistema de relaciones laborales.

²³ Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 (BOE 30 de diciembre).

²⁴ Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (BOE 2 de julio).



2.1. Los antecedentes legislativos y jurisprudenciales

La vinculación entre jubilación del trabajador y abandono de la vida profesional se produce de manera inmediata ante la taxativa afirmación que relaciona el reconocimiento de la pensión de jubilación con el cese del trabajo²⁵, declaración matizada posteriormente al introducir importantes salvedades a la regla general que impone la incompatibilidad entre el trabajo y el disfrute de la prestación económica de jubilación en el sistema público de la Seguridad Social²⁶. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse bien presente que, como regla general, el paso a la situación de jubilación es una opción voluntaria para el trabajador en nuestro sistema legal, por cuanto que no existe una edad general que determine la incapacidad para el trabajo; consiguientemente, el reconocimiento de la pensión pública de jubilación no se produce de oficio, al cumplimiento de una determinada edad o tras la extinción del contrato de trabajo, sino exclusivamente a solicitud de interesado.

Las afirmaciones anteriores no obstan la posibilidad de que la jubilación sobrevenga con carácter forzoso, es decir por imperativo legal. Aunque, como hemos indicado, la regla general es la voluntariedad en el abandono del trabajo, es también tradicionalmente considerada lícita la introducción de reglas de jubilación forzosa por vía legal o convencional, situación que se prolonga desde la versión originaria del ET, que procedía a derogar la expresa prohibición contenida en la OM de 1 de julio de 1953. Desde el primer momento, la posibilidad de fijar legal o convencionalmente edades de jubilación obligatoria fue objeto de polémicas doctrinales y jurisprudenciales, que fueron prontamente objeto de atención por el Tribunal Constitucional, resolviendo la adecuación al texto constitucional de la redacción originaria de la disp. adic. 5.ª ET²⁷. Esta resolución consideró que no era po-

²⁵ El art. 160 LGSS establece que la pensión de jubilación le será reconocida al trabajador «cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena».

²⁶ El art. 165.1 LGSS, entre otras salvedades prevé: «No obstante lo anterior, las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable».

²⁷ STC 22/1981, de 2 de julio (BOE de 20 de julio); sobre la misma, *vid.*: TORTUERO PLAZA, J. L.: «La jubilación forzosa del trabajador», en AA. VV.: *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*. Madrid. 1983; GARCÍA BLASCO, J.: «En torno a la problemática jurídica de la disposición adicional 5.ª de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y la incidencia del Tribunal Constitucional: la Sentencia de 2 de julio de 1981», en AA. VV.: *El derecho del*

sible una previsión indiscriminada e indiferenciada de jubilación forzosa de todos los trabajadores, por el mero hecho de haber alcanzado determinada edad y de haber causado derecho a la pensión pública de Seguridad Social, entre otras razones, por constituir la jubilación un derecho de ejercicio voluntario, al ser una derivación más del derecho al trabajo reconocido por el art. 35.1 CE. Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia admite la licitud de las jubilaciones forzosas cuando vinieren justificadas por la consecución de determinados objetivos. El primero de ellos, la fijación de una edad de jubilación que presupone la incapacidad del sujeto para ejercer determinadas profesiones que requieren de plenitud física por parte del mismo (por ejemplo, controladores aéreos, pilotos de líneas aéreas, vigilantes de seguridad, etc.). El segundo de ellos, cuando la medida de jubilación forzosa se integre dentro de una política general de fomento o reparto de empleo, dirigida en particular a incentivar la incorporación de las nuevas generaciones de jóvenes en los puestos de trabajo ocupados hasta el presente por los trabajadores de edad más avanzada y, siempre que, quienes pierden su empleo tengan garantizados unos ingresos económicos dignos vía la correspondiente pensión de jubilación.

Hasta la fecha, la vía legislativa ha sido utilizada con gran limitación, permaneciendo actualmente vigentes, aparte de las antes referidas profesiones sometidas a intensas exigencias de plenitud física, únicamente la referida a los funcionarios públicos, para los que actualmente se contempla un régimen de jubilación forzosa a los 70 años de edad²⁸; tal régimen de jubilación forzosa formalmente afecta tan sólo a los funcionarios públicos, a pesar de encontrarse recogida en una Ley que tiene el carácter de supletoria para el conjunto del empleo público, incluido por tanto el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y entidades de Derecho Público; a estos efectos, se suele interpretar que en el ET existe una regulación específica en materia de jubilación del personal laboral, de modo que hay que remitirse a ella, sin que pueda jugar la supletoriedad general de la norma antes referida. En la misma línea cabe mencionar la previsión de jubilación obligatoria a los 65 años, aunque con ciertas posibilidades de pró-

Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80, Zaragoza (Publicaciones de la Universidad), 1983; GARCÍA MURCIA, J.: «El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador», *REDT*, núm. 19, 1984; BAYLOS GRAU, A.: «Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio» *RL*, 1983; SÁEZ LARA, C.: «La jubilación forzosa: las previsiones del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia constitucional y ordinaria», *REDT* núm. 25, 1986.

²⁸ Art. 33 Ley 30/1984, de 2 de agosto, conforme a la redacción dada por el art. 107 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31 de diciembre).



rroga hasta los 70 años, para el personal estatutario de la asistencia sanitaria pública²⁹.

Limitadas las posibilidades de actuación general mediante previsiones de origen legal, la hipótesis del establecimiento de sistemas adicionales de jubilación forzosa a través de la negociación colectiva cobraba especial interés, convirtiéndose a partir de esos momentos en una fuente permanente de litigiosidad procesal, por más que desde el punto de vista constitucional nuestro alto Tribunal ha venido estimando que las reglas aplicables al caso son parejas a las exigibles al poder legislativo estatal. Para el Tribunal Constitucional es correcta la introducción de previsiones sobre jubilación forzosa a través de los convenios colectivos, siempre que las mismas se enmarquen dentro de los parámetros antes referidos, particularmente los relativos a las medidas de fomento del reparto o mantenimiento del empleo³⁰. A tenor de ello, a lo largo de las décadas precedentes ha sido práctica habitual la extensión de tales cláusulas en los diversos niveles de la estructura de la negociación colectiva española, conteniendo fórmulas variadas de jubilación forzosa como complemento a las prácticas de ofertas de bajas incentivadas, en un contexto generalizado de excedentes de empleo en las plantillas de las empresas, circunstancia que favorecía el paralelo establecimiento de compromisos empresariales de abono de ciertas cantidades en alguna medida compensatorias de la pérdida del empleo, si bien dichas cantidades han sido tradicionalmente consideradas como mejoras voluntarias de la Seguridad Social antes que como indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo.

El propio Tribunal Supremo ha avalado la corrección de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa en numerosas ocasiones³¹. Con carácter general, la doctrina jurisprudencial consolidada se concreta en el establecimiento de tres requisitos de validez de tales previsiones: 1) el perjuicio causado con la extinción del contrato debe ser minimizado por lo que únicamente si el trabajador reúne los requisitos legales para causar derecho a la pensión de jubilación ordinaria, lo que se materializaba principalmente en

²⁹ Art. 26 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (BOE 17 de diciembre).

³⁰ STC 58/1985, de 30 de abril, BOE de 5 de junio; 95/1985, de 29 de julio, BOE de 14 de agosto.

³¹ Una visión dinámica de la interpretación adoptada por la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo de las limitaciones establecidas por el Tribunal Constitucional puede extraerse de la lectura sucesiva de las SSTs de 10 de febrero de 1983 (RJ 578); de 27 de octubre de 1987 (RJ 7210, 7211); de 27 de diciembre de 1993 (RJ 10011) y de 8 de marzo de 2000 (RJ 2612). Por su parte, criticando la sucesiva relajación de los requisitos de licitud: GETE CASTRILLO, P.: *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 291.

tener cubierto el período de carencia establecido para la jubilación ordinaria y tener cumplida la edad de jubilación ordinaria; 2) la negociación colectiva debe contemplar medidas en materia de política de empleo que jueguen como contrapartidas a la regla de la jubilación forzosa; 3) la negociación colectiva lleva en sí misma una transacción de intereses entre las partes, por lo que se entiende implícita la contrapartida a la que nos hemos referido anteriormente. Siendo así, debemos centrar nuestra atención en el último de los criterios señalados, pues su fijación contribuye a devaluar la presencia del segundo de ellos, por cuanto que en la práctica no es necesario identificar cuáles son en concreto las contrapartidas que se ofrecen en el convenio colectivo al pacto de jubilación obligatoria. Nótese que a diferencia de lo que sucede con la norma estatal, para quien se requiere que las contrapartidas de política de empleo sean explícitas, cuando la decisión extintiva procede de una norma convencional, por ser de carácter bilateral, las contrapartidas se entienden implícitas, entendiéndose el órgano jurisdiccional que éste es el juego natural en el que se elabora y aplica el convenio colectivo³². La flexibilización de los requisitos iniciales ha sido criticada por la doctrina pues finalmente la aplicación de medidas de jubilación forzosa únicamente debía garantizar que los trabajadores afectados, de manera individualizada, no se verían perjudicados notablemente en sus percepciones económicas. En la práctica, la jubilación forzosa permitía la amortización progresiva de puestos de trabajo, reduciendo los excedentes laborales, sin necesidad de acudir al mecanismo expresamente previsto en el artículo 51 ET³³.

Los inconvenientes laborales y los costos que para el sistema de Seguridad Social supone la utilización de las medidas de jubilación forzosa, como instrumento de gestión de recursos humanos³⁴, impulsaron al legislador estatal a cambiar la orientación de la política de empleo en este terreno a partir de determinado momento, justo cuando los objetivos de retraso de la edad de jubilación comienzan a centrar el debate político y económico. Dicho cambio de orientación se manifiesta mediante la adopción de medidas limitativas

³² STS 14 julio 2000 (RJ 6630).

³³ GÓMEZ CABALLERO, P.: «La extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de edad y la regulación de empleo», *RL* núm. 22, 1992, pág. 11. GETE CASTRILLO, P.: *op. cit.*, pág. 329.

³⁴ SASTRE IBARRECHE, R.: «La jubilación forzosa por edad», *REDT*, núm. 43, 1988, pág. 502; TORTUERO PLAZA, J. L.: «Reflexiones sobre la Seguridad Social y su reforma: del compromiso político a la reforma legislativa», *TS*, núm. 107, 1999, pág. 17. Sin perjuicio de la necesidad de valorar la cuantía de los gastos ocasionados al Sistema de Seguridad Social por esta vía, convendría también detenerse en la consideración de los costos económicos y sociales que hubiera supuesto la inexistencia de la posibilidad prevista en la disposición adicional 10 ET; MARTÍNEZ BARROSO, M.ª. R., *op. cit.*



o, cuando menos, desincentivadoras de las políticas de recursos humanos que, de manera reiterada, persiguen anticipar la edad de jubilación. Desde el punto de vista jurídico positivo, el referente legal de estas jubilaciones forzosas lo era la inicialmente ya citada disp. adic. 5.^a ET, en su versión del año 1980, posteriormente trasladada a la disp. adic. 10.^a, en la versión del texto refundido de 1995. En dicha disposición, aparte de autorizar al Gobierno para actuar sobre la materia, se habilitaba también a la negociación colectiva para proceder a introducir reglas de jubilación forzosa de los trabajadores, y sobre este particular queremos centrar nuestra argumentación, en el contexto de la aplicación de políticas de reparto y mantenimiento de empleo.

2.2. La derogación de la referencia legal

El cambio sustancial se produce a partir de la reforma del año 2001, primero vía RDL 5/2001, sucesivamente a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio, normas que proceden a la derogación total de la disp. adic. 10.^a ET. La eliminación de la habilitación legal se justificaba, así quedaba expresamente dicho en la exposición de motivos de dicha Ley, en el hecho de que a juicio del legislador aquella regulación «estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales». Efectivamente, la presencia de la previsión normativa actuaba como anclaje jurídico de la actuación de los negociadores, y resultaba, y sigue resultando, ser un hecho evidente que las realidades del mercado de trabajo y de la población española habían variado de manera radical desde los primeros años ochenta.

El interrogante jurídico de mayor calado que provocó dicha derogación consistía en desentrañar cuáles eran los efectos materiales, circunstancia que aun hasta hoy ha concitado un enconado enfrentamiento entre la doctrina iuslaboralista que se ha empleado con notable esfuerzo a tal fin, sin que haya sido posible alcanzar la deseada unanimidad en la materia. La disyuntiva puede resumirse del siguiente modo: una, la derogación sólo supone eliminación de los estímulos legales, pero la negociación colectiva conserva en plenitud su facultad de introducción de fórmulas de jubilación forzosa³⁵;

³⁵ Con matices, a favor de esta tesis se han pronunciado, entre otros: RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M.^aE.: «La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad», *RL*, núm. 7, 2001, pág. 24; CORREA CARRASCO, M.: «La jubilación forzosa y las fuentes del Derecho del Trabajo», *REDT* núm.

dos, la derogación supone efectos mucho más trascendentes, pues con ella la negociación colectiva carece de la habilitación legal suficiente, de modo que el silencio legal comporta una prohibición de hecho de la posibilidad de que vía convenio colectivo se pacten fórmulas de jubilación forzosa³⁶. A favor de la primera interpretación, se encontraría el reconocimiento general del derecho constitucional a la negociación colectiva en el artículo 37 CE, conforme al cual los representantes de los trabajadores y empresarios podrían pactar cuantas condiciones afecten a la esfera de las relaciones laborales, siempre que las mismas no vinieran prohibidas expresamente por disposición legal que se opusiera a ello; ello vendría complementado a nivel ordinario por la amplia previsión de contenidos negociables a tenor del art. 85.1 ET, mientras que la disposición derogada únicamente poseería un papel promocional y una naturaleza declarativa. Por el contrario, la interpretación inversa, conforme a la cual en la voluntad del legislador que derogó la disp. adic. 10.ª ET se encontraba una reforma de la regulación del régimen de las jubilaciones forzosas, que no se verificaría con la primera de las interpretaciones. En esta segunda línea argumentativa debe valorarse sobre todo el singular contenido de estas cláusulas de jubilación forzosa, en cuanto que imponiendo la expulsión del mercado de trabajo de asalariados concretos, no sigue la orientación general transaccional característica de la negociación colectiva; para medidas limitadoras del ejercicio de derechos in-

126, 2005, pág. 72; DEL REY GUANTER, S y GALA DURÁN, C.: *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 63; MARÍN ALONSO, I.: «La legitimidad de las jubilaciones forzosas establecidas por convenio colectivo tras la derogación de la disposición adicional 10.ª TRET», *REDT* núm. 121, 2004, pág. 146; MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «Extinción de la relación laboral y cláusula jubilatoria forzosa. A propósito de la STS —social— 9 marzo 2004», *TS* núm. 163, 2004; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional 10.ª del Estatuto de los Trabajadores», *AL*, suplemento núm 8, 2002, pág. 144; MELLA MÉNDEZ, L.: «Sobre la posibilidad de seguir pactando en convenio colectivo edades de jubilación forzosa tras la derogación de la DA 10.ª ET», *AL* núm. 11, 2002, pág. 207; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa», *RL* núm. 11, 2004, pág. 27; PÉREZ YÁÑEZ, R. M.: «Las reformas del 2001: algunas consideraciones sobre la derogación de la disposición adicional 10.ª ET», *TL* núm. 61, pág. 360.

³⁶ En este sentido, ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *op. cit.*, pág. 133; ALBIOL MONTESINOS, I.: «Modificaciones en materia de extinción contractual», en *La reforma laboral en el RDL 5/2001*, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 84; GARCÍA VIÑA, J.: «Regulación en convenio colectivo de cláusulas de jubilación forzosa (derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores). Reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo», *TS* núm. 124, 2001, pág. 35; GETE CASTRILLO, P.: *op. cit.*, pág. 33; GÖERLICH PESET, J. M.: «El RDL 5/2001, de reforma del mercado de trabajo: análisis y balance de urgencia», *JL* núm. 6, 2001, pág. 36; TORTUERO PLAZA, J. L.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible*, Civitas, 2002, pág. 35.

dividuales, en principio vedadas a la negociación colectiva resultaría preciso contar con la correspondiente habilitación de la norma estatal, particularmente cuando queda directamente afectado el derecho al trabajo de quienes se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la norma convencional; cuando el art. 17.2 ET está fijando que sólo podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para la contratación, parece lógico exigir que una medida de similares efectos en el momento de la terminación del contrato de trabajo cuente con expresa autorización legal.

El segundo de los criterios es el que ha venido a ser finalmente sostenido por nuestro Tribunal Supremo, a partir de las SSTs de 9 de marzo de 2004 (RJ 841 y 873)³⁷, seguidas por otras posteriores³⁸. La doctrina unificada, que contó con la oposición de algunos magistrados disidentes³⁹, considera que la derogación de la disposición adicional 10.ª ET suponía la futura imposibilidad de pactar cláusulas de jubilación obligatoria en los convenios colectivos negociados a partir de la fecha de su entrada en vigor. Cierta doctrina ha advertido que las sentencias anteriormente citadas tienen a bien pronunciarse sobre aspectos que podían haber sido fácilmente eludidos para la resolución de la cuestión planteada. En concreto, el Tribunal se pronuncia sobre la posibilidad de continuar pactando cláusulas de jubilación forzosa tras la entrada en vigor de la reforma de 2001, cuando la cuestión sometida a su consideración versaba sobre la posibilidad de aplicar las cláusulas convencionales de jubilación forzosa acordadas con anterioridad a dicha fecha, por más señas el 10 de marzo de dicho año, hasta la finalización de la vigencia de los convenios colectivos que la contienen. En otras palabras, lo que se cuestionaba en sede judicial era el efecto de la derogación de la disposición adicional 10.ª ET sobre las cláusulas convencionales vigentes, nunca sobre la capacidad de los negociadores para acordar nuevas cláusulas de jubilación forzosa. Todo ello ha impulsado a algunos autores a considerar que los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la segunda cues-

³⁷ Comentado dicho fallo judicial, *vid.*: GÓMEZ CABALLERO, P.: «Los límites a la negociación colectiva para regular la extinción del contrato de trabajo por razón de edad», *TL* núm. 77, 2004; LAHERA FORTEZA, J.: «Prohibición de cláusulas convencionales de jubilación forzosa: un problema complejo de fuentes de derecho», *RL* núm. 11, 2004; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa», *RL* núm. 11, 2004.

³⁸ STS 6 de abril de 2004, RJ 2853; 6 de mayo de 2004, Recurso 3427/2003; 28 de mayo de 2004, RJ 5032; 2 de noviembre de 2004, RJ 8053; 2 de diciembre de 2004, RJ 254/2005; 9 de diciembre de 2004, RJ 2495/2005; 15 de diciembre de 2004, RJ 810/2005, 4 de mayo de 2005, RJ 6325; 1 de junio de 2005, RJ 6126, 10 de octubre de 2005, Recurso 60/2004 y 13 de octubre de 2005.

³⁹ Sobre los argumentos utilizados por el voto particular *vid.*: PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa», *RL* núm. 11, 2004, pág. 25.

tión han sido realizados *obiter dicta*⁴⁰, aunque poco se ha demorado el propio TS en reforzar dicha doctrina jurisprudencial resolviendo, en el mismo sentido, un nuevo recurso para la unificación de la doctrina que, ahora sí directamente, imponía manifestarse sobre la legalidad de las cláusulas de jubilación forzosa acordadas tras la fecha de entrada en vigor de la Ley 12/2001⁴¹.

Resumidamente, la doctrina unificada se fundamenta en los siguientes razonamientos: 1) la vigencia de la disp. adic. 10.^a ET impedía tachar como discriminatorias las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, porque contaban con esa previa habilitación legal asentada, a su vez, en una justificación objetiva y razonable; 2) la limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de reserva de Ley establecida en el art. 53.1 CE, por lo que derogada la disposición adicional 10.^a no existe norma habilitante que permita a la negociación colectiva establecer limitaciones a este derecho; 3) han desaparecido las razones que justificaron en su momento tanto la norma como las consideraciones de política de empleo implícitas en los convenios; 4) el cambio de orientación legislativa se manifiesta en todo el ámbito europeo, con mención expresa a las pautas marcadas de política de empleo comunitaria; 5) la Directiva 78/2000, de 27 de noviembre, califica como discriminatorias las diferencias de tratamiento por razón de la edad si no se encuentran justificadas objetiva y razonablemente; 6) la exposición de motivos de la Ley derogatoria, en los términos que hemos recogido con anterioridad.

El fundamento de la sentencia, a nuestro criterio, pretende ser contundente sobre la base de acumular argumentos sucesivos, que serían los que convergerían en la conclusión final prohibitiva de las cláusulas de jubilación forzosa a partir de 2001. Sin embargo, la consistencia de tales razonamientos resulta dispar, por cuanto que mientras que algunos planteamientos son más fácilmente compartibles otros pueden resultar bastante más discutibles. Es posible que sobre los nuevos pronunciamientos haya pesado la inercia previa, particularmente si se tiene en cuenta el hecho de que, en la práctica, la nueva doctrina significa un giro de 180 grados sobre sus fallos precedentes: De ser absolutamente permisivos en la posibilidad de que los convenios colectivos introdujeran reglas de jubilación obligatoria, sin exigir, como apuntaba la jurisprudencia constitucional, contrapartidas en orden a insertar la medida dentro de una determinada política de empleo, se pasa al extremo opuesto de prohibir tajantemente y sin fisuras cualquier cláusula de jubilación forzosa incluso en la hipótesis no explicitada de que en paralelo se asumieran importantísimos compromisos de empleo por parte de la empresa afectada. Puede que el Tribunal se hubiera excedido en el pasado en su generosa admisión de las cláusulas de jubilación forzosa, razón por la

⁴⁰ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *op. cit.*, pág. 17.

⁴¹ STS de 10 de octubre de 2005, recurso 60/2004.



cual podría, si se nos permite la expresión, sentirse algo incómodo ante la perspectiva de defender un fallo sostenido en un criterio radicalmente inverso. Ahora bien, no cabe llevar a cabo ningún tipo de comparación entre los fallos previos y el que venimos glosando, por cuanto que cada uno de ellos se sitúa frente a la aplicación e interpretación de normas diametralmente opuestas; es el legislador ordinario el que cambia manifiestamente de orientación, lo que le es lícito pues ambas opciones son admisibles a partir de las pautas constitucionales; es esta última la circunstancia que condiciona los fallos del órgano judicial y con ello basta para explicar la ausencia de cualquier atisbo de contradicción secuencial en la actuación del Tribunal Supremo.

Por ello, creemos que hay dos argumentos centrales en el razonamiento de la resolución judicial, en tanto que los restantes se presentan, en el mejor de los casos, como complementarios o, en su caso, innecesarios, cuando no carentes de recorrido efectivo; el resultado práctico final, en realidad, es que la acumulación de argumentos de distinta naturaleza y efectos hace perder solidez al fundamento del fallo judicial. A nuestro juicio, la clave que permite compartir el criterio de la sentencia se encuentra en el juego combinado de la interpretación del art. 35.1 CE y de la exposición de motivos de la Ley; lo demás, resulta superfluo, de modo que hubiera sido más oportuno omitirlo, porque, como decimos, resta fuerza a la dualidad central que conforman los argumentos precedentes. En efecto, lo decisivo es que el derecho al trabajo, como derecho constitucionalizado, se ve limitado a resultas de las reglas de obligatoriedad de la jubilación; sin perjuicio de que puedan concurrir razones que justifiquen tal restricción en un momento dado, para que ello pueda llevarse a cabo es coherente exigir que se produzca una expresa habilitación legal a la negociación colectiva, que no puede entenderse comprendida en el genérico reconocimiento previsto en el artículo 85 ET, que permite a los firmantes pactar cuantas materias afecten los intereses mutuos de trabajadores y empresarios. La voluntad legislativa, que evoluciona radicalmente desde un régimen de permisividad a otro de prohibición absoluta, deriva a su vez de la interpretación oficial, que puede extraerse de la lectura la exposición de motivos; basta con la expresa derogación de la habilitación legal y la expresión de los objetivos reformadores recogida en la exposición de motivos, para deducir que el legislador ordinario ha deseado suprimir la precedente habilitación legal a los convenios colectivos para introducir cláusulas de jubilación obligatoria, sin perjuicio de lo cual, y visto la conflictividad generada, quizás hubiera sido deseable una expresa prohibición que hubiera cortado de raíz la polémica ⁴².

⁴² En la inexistencia de esta prohibición basan su argumentación la mayoría de los autores que defienden una postura contraria a la del Tribunal Supremo, particularmente, LAHERA FORTEZA, J.: *op. cit.*, pág. 38; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *op. cit.*, pág. 158; MELLA MÉNDEZ, L.: *op. cit.*, pág. 219.

El resto de los argumentos pierden todo peso. La apelación a la desaparición de las circunstancias que motivaron la habilitación legal existente hasta ese momento constituye un ejercicio de diagnóstico sociológico de la realidad, que requeriría de datos más profundos que la simple mención a ciertos documentos. Con independencia de que pueda compararse que efectivamente se están verificando cambios demográficos, sociales y económicos que hagan oportuna la supresión de este tipo de fórmulas de jubilación obligatoria, para el poder judicial lo decisivo es cómo esto lo haya ponderado el legislador y la normativa que haya considerado necesario reformar. Como indicamos anteriormente, la legislación en esta materia es notablemente compleja, de modo que lo aparente no coincide con lo real; en concreto, que a la postre pueden no resultar contradictorias reformas legislativas que, por un lado, fomenten el retraso de la edad de jubilación, al propio tiempo que admiten en determinadas circunstancias medidas de jubilación obligatoria. Cuando ha hablado el legislador, no es necesario que el poder judicial lo afiance con consideraciones de carácter sociológico. Cuando se incurre en excesos de esta naturaleza, se corre el riesgo de que el posterior cambio de criterio legislativo deje al descubierto la inconveniencia de la argumentación judicial, situación que en el caso objeto de estudio se ha producido de manera casi inmediata en el tiempo. A partir de ese cambio de criterio, en tanto que a su vez resulta obvio que no se ha alterado el contexto sociológico, sino exclusivamente las opciones políticas del legislador, se advierte claramente la falta de consistencia del argumento utilizado en sede judicial.

En igual medida, carece de todo fundamento la apelación a la Directiva 78/2000, de 27 de noviembre⁴³, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Es cierto que dicha disposición comunitaria contiene una contundente prohibición de las diferencias de tratamiento por razón de la edad, de modo que cuando éstas carecen de justificación razonable y objetiva deben declararse nulas. Ahora bien, no resulta riguroso obviar que la propia Directiva admite el establecimiento de diferencias de tratamiento por razón de la edad cuando concurren razones objetivas y proporcionadas que la justifiquen. Por otra parte, la prohibición de discriminación en el empleo no es ajena al Derecho laboral español, el propio art. 17.1 ET incorpora una significativa prohibición de los tratamientos diferenciales por razón de la edad, particularmente cuando los mismos pudieran considerarse desfavorables para el trabajador afecta-

⁴³ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE 2 de diciembre).



do. Es significativo el dato de que esa regla prohibitiva de la discriminación por razón de la edad se encontraba ya incorporada a nuestro ordenamiento jurídico desde tiempo atrás y, en particular, regía cuando era plenamente aplicable la originaria disp. adic. 10.^a ET, habilitante de las cláusulas de jubilación obligatoria; ello supone, que durante estos años la jurisprudencia ha entendido perfectamente conciliables estas cláusulas de jubilación obligatoria con la prohibición de tratamiento discriminatorio por razón de la edad. A mayor abundamiento, durante el proceso de transposición de la Directiva comunitaria, verificada por medio de la Ley 62/2003⁴⁴, el legislador estimó que la redacción del art. 17.1 ET en este punto no requería de reforma alguna. En definitiva, si las cláusulas son o no discriminatorias por razón de la edad, lo serían a la luz exclusivamente del art. 17 ET y del art. 14 CE, con independencia de que exista o deje de existir una disposición legal habilitante de las mismas. Por ello, insistimos la clave se encuentra en la presencia o no de una habilitación legal de tales cláusulas y no del carácter discriminatorio de las mismas. Si el problema fuera de discriminación, todas las cláusulas convencionales precedentes también serían nulas y, con toda coherencia, no es éste el criterio que defiende el Tribunal Supremo. En definitiva, consideramos obligado hacer este tipo de precisiones para posteriormente proceder a situar en el marco jurídico que le corresponde la inmediata reintroducción de las cláusulas en los convenios que imponen nuevamente la jubilación obligatoria.

A pesar de que, como venimos diciendo, la sentencia originaria se pronuncia sobre el alcance de la derogación de la disposición adicional 10.^a, el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo, que partía de un supuesto concreto en el que la empresa había aplicado una específica cláusula de jubilación forzosa, concluye calificando como correcta jurídicamente la extinción contractual producida a instancia de la empresa. La tesis judicial considera que, como criterio de derecho transitorio, deben entenderse válidas las cláusulas pactadas vigente la precedente disp. adic. 10.^a ET, por lo que las mismas siguen siendo de aplicación en tanto que el convenio colectivo no sea renegociado. Para la sentencia, tales cláusulas fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciaciones entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse.

Igualmente discutible puede resultar que se postergue la efectiva aplicabilidad de la norma derogatoria, dejando sin efectos inmediatos el esfuerzo

⁴⁴ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31 de diciembre).

legislativo puesto que sus mandatos no serían eficaces hasta una fecha posterior, la de la renovación de los convenios colectivos vigentes en el momento de entrada en vigor de aquella norma. A juicio del Tribunal, puesto que cuando se produjo la negociación del convenio existía una habilitación legal expresa que amparaba la licitud de tales cláusulas, lo entonces acordado debe permanecer vigente hasta que se produzca su renovación. Frente a esta lectura en exceso formalista, estimamos que en materia de derecho transitorio debe aplicarse el principio general que impone la aplicación automática de la voluntad del legislador, manifestada en la fijación de la fecha de entrada en vigor de la nueva norma. El carácter imperativo como regla general de las normas laborales permite defender la imposición inmediata de las prescripciones legales sobre la negociación colectiva, incluidos los convenios colectivos en vigor. Si el legislador hubiera deseado un impacto más progresivo en la aplicación de la prohibición legal contenida en la norma derogatoria, debería haberlo manifestado expresamente, respetando las cláusulas contenidas en los convenios colectivos ya negociados; el silencio legal sobre dicha materia debe ser interpretado como voluntad de vinculabilidad inmediata. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los convenios colectivos no tienen prevista una duración máxima, quedando a voluntad de los propios negociadores la determinación de la vigencia de sus compromisos, al extremo que sería lícita una cláusula convencional de duración indefinida siempre que respecto a la misma se estableciera un procedimiento de denuncia; más aún, téngase en cuenta que hasta tanto que un nuevo convenio no sustituye al precedente, por aplicación de la regla de la ultraactividad, se puede prolongar indefinidamente la aplicación del anterior, con lo que podría producirse el resultado absurdo de que para al ámbito de aplicación de éste nunca sería de aplicación la prohibición legal objeto de estudio⁴⁵. Por todo ello, consideramos que la doctrina formulada por el Tribunal Constitucional, relativa al impacto sobre los convenios colectivos de una reforma legal en materia de jornada de trabajo, sería aplicable igualmente al caso en cuestión⁴⁶, por mucho que el Tribunal Supremo haya procurado establecer matices diferenciales, a nuestro juicio, de carácter puramente anecdótico para resolver el presente dilema⁴⁷.

⁴⁵ Extendiendo en este sentido la posibilidad de congelación de las cláusulas de jubilación obligatoria pactadas en convenios colectivos acordados antes de la derogación de la disp. adic. 10.ª: PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T.: *op. cit.*, pág. 28.

⁴⁶ STC 210/1990, de 20 de diciembre, BOE 11 de enero de 1991.

⁴⁷ Con argumentos diversos, parece que la doctrina mantiene un mayor consenso respecto de este punto. ALZAGA RUÍZ, I.: «Jubilación forzosa pactada en convenio colectivo tras la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores», *AS* núm. 11, 2003, pág. 22; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «¿Me jubilo o me jubilan? A propósito de dos recién



Por último, no puede desconocerse el impacto que en un convenio colectivo puede producir una declaración de nulidad parcial de lo pactado, a la vista del equilibrio interno presente en el mismo, particularmente si la nulidad afecta a cláusulas de jubilación obligatoria cuya presencia suele venir acompañada de otra serie de contrapartidas. Sin perjuicio de lo anterior, no convendría dar a esta circunstancia un valor determinante, elevándola a la categoría de criterio condicionante del ejercicio del control de la legalidad de los convenios colectivos por nuestros Tribunales; mejor dicho, dicha circunstancia puede obligar a realizar un análisis contextual de los equilibrios internos del convenio, del que derive la derogación simultánea de las contrapartidas explícitas a estas medidas, o bien la apertura de una obligada renegociación de lo pactado que restituya el equilibrio de intereses entre las partes afectado por la decisión judicial. Lo que en ningún modo cabe es deducir del razonamiento anterior una supuesta imposibilidad de declarar la nulidad de cláusulas que a juicio del Tribunal son manifiestamente ilegales, pues de lo contrario concluiríamos negando toda capacidad judicial de control de la legalidad de los convenios colectivos.

Para concluir con el comentario de las circunstancias determinantes de la derogación de la reiterada disp. adic. 10.^a ET, sorprende notablemente que en las resoluciones judiciales sobre el particular, incluso en los análisis doctrinales que se han producido al hilo de la misma, no se haya hecho alusión en ningún momento al posible tratamiento diferencial requerido por las políticas de personal en el ámbito de las empresas públicas. No es casual al efecto que los asuntos que motivaron todas y cada una de las sentencias en unificación de doctrina en esta materia afectaran precisamente a personal laboral de diversas Administraciones o empresas públicas. De igual forma, tampoco resulta casual que este tipo de cláusulas de jubilación obligatoria se hayan extendido en el pasado con mayor profusión entre las empresas de titularidad pública. En efecto, al margen de cuáles sean las políticas de empleo que se puedan desarrollar en las empresas sometidas a la legislación laboral, no puede desconocerse la amplia generalización de prácticas de jubilación forzosa entre el personal laboral de las empresas públicas. Ello entronca, sobre todo, con la generalización de la jubilación forzosa en el empleo público, incluido todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas. Las coordinadas en este ámbito son bien diferentes, las garantías de estabilidad laboral notablemente más intensas, singulares los in-

tes sentencias del Tribunal Supremo sobre los efectos de la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores», AS núm. 2/2004; GÓMEZ CABALLERO, P.: «Los límites a la Negociación Colectiva para regular la extinción del contrato de trabajo por razón de edad» *TL*, núm. 77, 2004, pág. 31.

tereses en juego defendidos por las partes en el seno de las mesas de negociación de estos particulares convenios colectivos o, incluso, el mayor poder negocial de los sindicatos si se compara con el efectivamente desplegado actualmente en el sector privado. Todo ello nos lleva a una valoración bien distinta de lo que pueda suponer la introducción de una regla de jubilación forzosa en la negociación colectiva en el ámbito de las empresas públicas. Al extremo que, a nuestro juicio, podría defenderse que lo prohibido con carácter general a la negociación colectiva a resultas de la derogación de la citada disp. adic. 10.^a ET, no debiera haber alcanzado a los convenios colectivos de las empresas públicas. El interés del individuo al derecho constitucional al trabajo queda garantizado con mucha mayor intensidad en el ámbito de las empresas públicas, razón por la que un equilibrio razonable de intereses podría justificar la licitud de este tipo de cláusulas, como regla general, en estos ámbitos, salvo que expresamente hubiera sido prohibido por el legislador; en otros términos, el silencio legal debería tener un distinto alcance en el ámbito público y privado. No obstante, no parece que haya sido éste el criterio del Tribunal Supremo, siendo particularmente claro al respecto algún pronunciamiento concreto ⁴⁸.

2.3. La recuperación de la referencia a la negociación colectiva

Buena muestra de la dificultad que ofrece la introducción de reformas normativas contra la opinión de los agentes sociales puede resultar la escasa longevidad de la norma derogatoria. El régimen jurídico de la jubilación obligatoria, a pesar de que la reforma 2001 había sido acogida con un contundente apoyo jurisprudencial, ha sido nuevamente reformado con la aprobación de la Ley 14/2005 ⁴⁹. La jurisprudencia interpretativa del TS, relativa a los efectos prácticos provocados por la derogación de la disp. adic. 10.^a ET, no fue bien recibida por los interlocutores sociales. Tan es así, que ello provocó una explícita declaración conjunta de la comisión de seguimiento del Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva para 2004. A través de un comunicado público, emitido por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, quedó puesto de manifiesto la sorpresa de los agentes sociales por las consecuencias del fallo y, en particular, por la a su juicio falta de sensibilidad hacia lo que suponía el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva ejercida a través de lo

⁴⁸ STS 2 de noviembre de 2004, RJ 8053.

⁴⁹ Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (BOE de 2 de julio).



pactado en los convenios colectivos, todo ello dicho con el debido respeto a las decisiones judiciales.

Desde nuestro punto de vista, lo verdaderamente relevante es que sindicatos y asociaciones empresariales reiteraron su disconformidad con los efectos de la reforma legislativa de 2001, adoptando una posición común favorable al retorno al escenario legal precedente. En la práctica, la presión ejercida por tales organizaciones ha puesto en primer plano la necesidad de restaurar la posibilidad de negociar sobre dicha materia, siendo ésta una de las primeras materias abordadas en el marco de la nueva concertación social abierta a partir de la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004. Y precisamente, es necesario traerlo a colación, la Ley 14/2005 es el fruto de uno de los primeros acuerdos alcanzados entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales. Así queda claramente puesto de manifiesto en la exposición de motivos de la propia norma, en la que tras mostrar la disconformidad del actual legislador con la interpretación jurisprudencial, indirectamente expresada mediante la afirmación de que la Ley 12/2001 no incluía medidas legales que invalidaran automáticamente o que imposibilitaran este tipo de cláusulas de los convenios colectivos, expresamente se citan los problemas provocados por la doctrina del TS como origen y justificación de la nueva normativa.

Entrando en el contenido material de Ley 14/2005, la nueva norma rescita la derogada disp. adic. 10.^a ET, manteniendo parcialmente la regulación precedente, y realizando un esfuerzo por limitar los excesos que en algún momento pudieron producirse en su aplicación, objetivo que se ajusta y complementa plenamente con la adecuación más precisa a la doctrina inicial del. El texto legal arranca de un punto de coincidencia, cuál es el de recuperar la habilitación legal a los convenios colectivos en la materia que venimos tratando: «En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social».

Sirvan los razonamientos formulados más arriba, particularmente de relativización de algunos de los fundamentos jurídicos de las sentencias dictadas recientemente sobre la materia, para reafirmar la plena constitucionalidad de las medidas contenidas en la Ley 14/2005. Ni la reserva de ley en lo que afecta al derecho al trabajo, ni la prohibición de tratamientos discriminatorios por razón de la edad, impiden que la legalidad ordinaria proceda a facultar a la negociación colectiva para introducir de nuevo cláusulas que impongan a los trabajadores la jubilación obligatoria al superar determinada edad. A ello se refiere expresamente la exposición de motivos, cuando advierte que el legislador ha tenido en cuenta, tanto la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, como las prescripciones de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco gene-

ral para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, especialmente, lo establecido en su artículo 6.1, que permite a los Estados miembros disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

En estos términos, tras el debate doctrinal y jurisprudencial reproducido anteriormente, parece indiscutible el principio general de habilitación legal a la negociación colectiva para poder actuar de nuevo en la línea apuntada. Así, lo relevante en términos interpretativos y aplicativos se circunscribe, a partir de ahora, exclusivamente al contenido de los requisitos o condicionantes impuestos a los convenios colectivos para imponer este tipo de jubilaciones obligatorias y al régimen transitorio previsto en la propia norma habilitante. Precisamente sobre el primero de los aspectos se proyectan las diferencias más importantes que distinguen la redacción de la disposición adicional 10.^a precedente de la actualmente vigente, debida a la reforma de 2005. Resumidamente, los requisitos legales que se deducen del proyecto de Ley en cuestión son los siguientes.

El primero de los requisitos, puede pasar inadvertido en una primera lectura del precepto, a pesar de formar parte tanto de la denominación de la Ley como de la misma rúbrica de la nueva disposición adicional 10.^a ET. Nos referimos a la que hace referencia a la conexión entre la jubilación forzosa y el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, es decir, la exigencia de que los trabajadores afectados por las previsiones convencionales hayan alcanzado los 65 años de edad. Por mucho que pudiera presumirse en la redacción precedente de la disp. adic. 10.^a, lo cierto es que en la misma no figuraba mención a la misma, a nuestro juicio, ni de manera directa ni de forma indirecta⁵⁰. Teniendo presente que en la regulación relativa a la Seguridad Social estaban presentes y lo siguen estando fórmulas diversas de jubilación anticipada, previa por tanto al cumplimiento de los 65 años, literalmente la regulación precedente permitía una lectura habilitante de la jubilación forzosa con anterioridad a dicha edad. Con la nueva regulación ya no cabe la menor duda de que en la voluntad del legislador no está admitir que la jubilación obligatoria impuesta a través de la negociación colectiva se produzca con anterioridad a la edad ordinaria de jubilación, fijada en la actualidad en 65 años sin que parezca probable su retraso en el corto plazo.

⁵⁰ La referencia a la negociación colectiva prevista en la precedente disposición adicional 10.^a ET establecía: «En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social».



La anterior regla, enunciada como general, tan sólo queda excepcionada en dos supuestos legales, que permiten rebajar la edad de jubilación ordinaria. En primer lugar, la posibilidad de reducción en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad (art. 161.2 LGSS), situación que en estos momentos afecta a las actividades de minería⁵¹, personal de vuelo de trabajos aéreos⁵², así como ciertos grupos y actividades entre los trabajadores ferroviarios, artistas en espectáculos públicos así profesionales del toreo⁵³. En segundo lugar, los trabajadores con un grado importante de minusvalía acreditado oficialmente, cifrado en un porcentaje cuando menos del 65 % (art. 161.2 LGSS), quienes pueden beneficiarse de una importante reducción en la edad ordinaria de jubilación, resultado de aplicar al tiempo efectivamente trabajado en dichas circunstancias un porcentaje de entre el 0,25 y el 0,50 %⁵⁴. Estas dos serían a nuestro juicio las dos únicas excepciones posibles, por tratarse de los únicos supuestos en los que la Ley utiliza el calificativo de «edad ordinaria» de jubilación, cuya reducción no trae aparejada disminución alguna en la cuantía de la pensión.

Por el contrario, en nuestra opinión, no sería posible imponer esta jubilación forzosa a trabajadores con menos de 65 años, con relación a otros supuestos de jubilación anticipada, por ejemplo, no sería aplicable al caso singular de la jubilación a los 64 años⁵⁵. Esta modalidad de jubilación anticipada, aunque se prevé que se establezca con mediación de acuerdo en convenio colectivo, está prevista como una modalidad de jubilación voluntaria; precisamente por ello ha permanecido vigente a partir de 2001, a pesar de la derogación de la disp. adic. 10.^a ET. En esos mismos términos debe interpretarse que debe continuar, en la medida en que la Ley 14/2005 que venimos comentando exige que el trabajador haya cumplido la edad ordinaria de jubilación y los 64 años es una modalidad de anticipación de esa edad

⁵¹ RD 2366/1984, de 26 de diciembre, sobre reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto Minero, aprobado por RD 3255/1983, de 21 de diciembre (BOE 15 de enero de 1985).

⁵² RD 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos (BOE 31 de julio).

⁵³ RD 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran los regímenes especiales de la Seguridad Social de trabajadores ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de escritores de libros en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE de 31 de diciembre). En el mismo sentido: BALLESTER LAGUNA, F.: «Derecho transitorio en el proyecto de ley...», *op. cit.*, pág. 17.

⁵⁴ Art. 3 RD 1539/2003, de 5 de diciembre.

⁵⁵ RD 1194/1985, de 17 de julio, BOE 20 julio.

ordinaria. Algunos autores habían abogado por la integración de la posibilidad prevista en el RD 1194/1985 en la disp. adic. 10 ET con motivo de la nueva redacción dada a esta última; de esta manera el ET contemplaría expresamente «la posibilidad de celebrar cláusulas convencionales de jubilación forzosa a los 64 años, conexas a contratos de sustitución»⁵⁶, la expresa referencia a la edad ordinaria de jubilación pone de manifiesto la voluntad contraria del legislador⁵⁷.

Por último, aun cuando el proyecto de Ley apela literalmente al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación como referente para los convenios colectivos, es lógico interpretar que esa edad se convierte en requisito mínimo; quiere ello decir, que sería igualmente correcto que, en el marco de la política de retraso de la edad de jubilación, los convenios colectivos impusieran la obligatoriedad de la misma en edades superiores a la ordinaria de jubilación, con carácter general a los 65 años.

El segundo requisito hace referencia a la exigencia de que «el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización, o uno mayor si así se hubiere pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva». En estos momentos, el período de carencia mínimo es de 15 años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho (art. 161.1.b LGSS). Por otra parte, la mención a la necesidad de cumplir los demás requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social, resulta de todo punto superflua, incluso hubiera sido deseable su supresión por cuanto que sólo induce a error. De un lado, en la regulación específica relativa a la pensión de jubilación, los dos únicos requisitos exigidos son los dos anteriores: edad y periodo de carencia (art. 161.1 LGSS). De otro lado, aunque figura una remisión genérica al resto de los exigidos con carácter general por parte del art. 124.1 LGSS, este otro precepto se refiere exclusivamente al requisito de afiliación y alta, circunstancia que se da por supuesto en un trabajador que se va a jubilar obligatoriamente en virtud de lo que se ha pactado en un determinado convenio colectivo.

El tercero de los requisitos consiste en que la medida «deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del em-

⁵⁶ LAHERA FORTEZA, J.: «Vigencia del Real Decreto 1194/1985 con la posibilidad de establecer en convenio colectivo jubilaciones forzosas a los 64 años», *RL* núm. 3, 2005, pág. 124.

⁵⁷ En el mismo sentido, BALLESTER LAGUNA, F.: *op. cit.*, pág. 17.



pleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo». Este requisito constituye el de mayor calado y el que entronca con la exigencia sustancial más relevante impuesta por la jurisprudencia, permitiendo a partir de la misma realizar el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de las jubilaciones materializadas sin contar con el consentimiento individual de los trabajadores afectados: la necesidad de que la misma se enmarque dentro de una política general de empleo en el seno de la empresa que lleva a cabo la extinción de contratos por jubilación. Con respecto a esta tercera condición resulta oportuno resaltar algunos aspectos de especial relevancia.

Aunque la conexión entre jubilación obligatoria y política de empleo figuraba en el encuadre general de la regulación previa, el nuevo requisito, como tal, aparece por primera vez en el texto de la Ley, pues en las versiones precedentes no figuraba ninguna mención expresa a la necesaria conexión de las jubilaciones obligatorias de origen convencional y las políticas de empleo desarrolladas en el ámbito de las empresas afectadas por el convenio; literalmente el texto de la antigua disp. adic. 10.^a ET establecía que «dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo». Lo verdaderamente llamativo es que el texto de referencia resultaba excesivamente escueto y lacónico, particularmente si se tiene en cuenta que su redacción se remonta al texto refundido de 1995, fecha en la que ya se encontraba notablemente asentada la doctrina jurisprudencial sobre la materia, tanto por parte del Tribunal Constitucional como por parte del Tribunal Supremo. Frente a la anterior regulación, la nueva norma hace referencia expresa a las cláusulas pactadas en convenio colectivo; y lo hace con notable precisión en cuanto que se concibe como contrapartida a la obligatoriedad de la jubilación. La consecuencia práctica que, a nuestro juicio, deriva del nuevo texto es que tras la lectura del mismo no cabe reproducir las precedentes interpretaciones realizadas por el Tribunal Supremo, formuladas a tenor de la antigua norma. En particular, nos referimos al criterio relativo a la posibilidad de presumir las contrapartidas en el texto de cualquier convenio colectivo, en la medida en que éste es el resultado de un pacto entre las dos representaciones colectivas, empresarial y sindical. Ya de por sí, la referida interpretación resultaba bastante discutible, al menos a tenor de la jurisprudencia constitucional establecida al respecto; por ejemplo, tén-gase en cuenta que los contenidos de los convenios colectivos pueden ser muy complejos y variados, de modo que en los mismos pueden concurrir aspectos vinculables a la política de empleo y otros referidos a otras vertientes; no es descartable así que en determinadas ocasiones se negocien contrapartidas que nada tienen que ver con el empleo, por ejemplo, un incremento retributivo superior para los que permanecen vinculados a la empresa. La exposición de motivos de la nueva norma hace expresa referencia a

este aspecto, considerando la necesidad de que las lesiones al derecho individual de los trabajadores afectados por la aplicación de la cláusula convencional sean expresas y concretamente compensadas por medidas relacionadas con el empleo⁵⁸. Por otro lado, cabría traer a colación aquí la teoría anglosajona relativa al deber leal de representación, que puede ser incumplido en ciertas hipótesis por parte de los representantes sindicales, en especial en estos casos en los que se restringen derechos de un grupo muy específico dentro del conjunto de la plantilla de los trabajadores de la empresa. Por tal razón, es coherente interpretar el requisito legal de inserción dentro de objetivos coherentes con la política de empleo, lo que no se cumpliría en abstracto y presumido genéricamente a tenor del mero compromiso asumido dentro de un convenio colectivo. En definitiva, con independencia de la relativización que deriva de lo que se dirá a continuación, debe entenderse que el conjunto de medidas novedosas de políticas de empleo, en las que se inserta la jubilación forzosa dentro del convenio, debe quedar perfectamente explicitado e individualizado.

De otra parte, la enumeración realizada en el nuevo precepto resulta manifiestamente amplia, en cuanto que hace referencia a diferentes fórmulas o mecanismos a través de los cuales puede propiciarse una mejor política de empleo en el seno de la empresa; parece claro que los supuestos mencionados en la norma tienen un carácter meramente ejemplificativo, por mucho que se mencionen las técnicas más típicas e incisivas. Por otra parte, no solamente se contemplan elementos de carácter cuantitativo, en el sentido de mantenimiento o incremento del volumen de empleo, sino igualmente aspectos de cariz cualitativo, en orden a fomentar el empleo de calidad. En este aspecto, la norma adquiere una mayor complejidad interpretativa, pues el dilema que indiscutiblemente se planteará a corto plazo deriva de la utilización de un concepto jurídico indeterminado, como es el relativo a la «calidad del empleo»; aunque el término tiene amplio recorrido en el ámbito comunitario e incluso existen precisas definiciones del mismo en documentos oficiales de la Comunidad Europea, no deja de constituir una evidente apelación a un concepto impreciso que puede convertirse en objeto de polémica⁵⁹. Por otra parte, la apelación a conceptos «tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo» coloca fuera de toda

⁵⁸ Exposición de motivos Ley 14/2005: «Se persigue así conciliar adecuadamente los derechos individuales de los trabajadores con los intereses colectivos derivados de circunstancias concretas relacionados con el empleo»

⁵⁹ Criticando dicha redacción, ÁLVAREZ CORTÉS, JC y PÉREZ YÁÑEZ, R.: «La Ley 14/2005, de 1 de julio: nuevamente sobre la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo» *RL*, núm. 17, 2005, pág. 55.



duda el hecho de que los objetivos coherentes con la política de empleo no han de suponer necesariamente la creación neta de empleo, dicho con otras palabras, la aplicación de las cláusulas de jubilación obligatoria puede provocar la amortización de puestos de trabajo, siempre que dicho resultado permita dar mayor estabilidad o, incluso, sostener el empleo en la empresa.

El precepto se refiere genéricamente a los convenios colectivos, por lo que no se establece ningún tipo de limitación en cuanto al ámbito del convenio. La aclaración es pertinente, por cuanto que el requisito precedente, de vinculación a la política de empleo, se puede materializar con toda seguridad con mayor facilidad cuando se trate de un convenio de empresa. Eso sí, aunque la vinculación a la política de empleo pueda ser más complicada de articular en un convenio colectivo sectorial, ello no puede considerarse como un impedimento insalvable, de modo que formalmente también sería posible introducir estos compromisos de jubilación forzosa a través de las negociaciones sectoriales. Con toda seguridad, la mayor dificultad se encontraría en la cuantificación de los compromisos compensatorios por las empresas, pues las pertenecientes a un mismo sector pueden poseer plantillas de composición diversa. Lo que parece fuera de toda duda es que estos compromisos de política de empleo, aunque fijados con carácter sectorial, deberán conectar las jubilaciones obligatorias realizadas en cada empresa con objetivos concretos de cuantía o calidad que deberán verificarse en la misma empresa, no siendo suficiente con que las compensaciones se produzcan a través de totalizaciones a nivel sectorial. Por lo que hace referencia al tipo de acuerdo, la alteración de la fórmula legal utilizada en las anteriores versiones, que como es conocido hacía referencia a la negociación colectiva sin concretar el instrumento convencional utilizable, parece que debe ser interpretado en sentido limitativo, reduciendo la habilitación legal únicamente a los procesos de negociación colectiva que desemboquen en un convenio colectivo de eficacia general, con exclusión de aquellos que sólo gozan de eficacia limitada; dado que se trata de instaurar una política general de empleo o del reparto del mismo en el seno de la empresa o empresas afectadas, difícilmente ello es posible materializarlo a través de un convenio colectivo de eficacia limitada; en esa línea se situaría aquella doctrina que considera que el convenio colectivo de eficacia general es el instrumento más idóneo para alcanzar los fines de política de empleo que la doctrina del Tribunal Constitucional vincula a los acuerdos sobre jubilación forzosa⁶⁰.

⁶⁰ BAYLOS GRAU, A.: «Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio colectivo», *RL* núm. 11, 1985, pág. 479; ESTEVE SEGARRA, A.: *La jubilación forzosa*, Tirant lo blanch, 1999, pág. 104.

3. EL RÉGIMEN TRANSITORIO

La Ley 14/2005 recoge una disposición transitoria poco habitual y, por ello, algo sorprendente, únicamente explicable quizás por el, durante los últimos años al menos, convulso régimen jurídico regulador de la jubilación obligatoria⁶¹. Conforme a dicha transitoria, se otorga validez jurídica a las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, siempre que las mismas cumplieran con los dos primeros requisitos mencionados anteriormente, pero con omisión del tercero de ellos.

El primer aspecto que llama la atención en la disposición transitoria de la Ley 14/2005 es que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes comentada, las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en ausencia de habilitación legal son nulas de pleno derecho⁶². Comoquiera que la mayoría de los convenios colectivos vigentes en el momento de entrada en vigor de la Ley 12/2001 han sido negociados con posterioridad al año 2001, de existir en los mismos algún tipo de cláusulas al respecto las mismas deberían considerarse ilegales a juicio de la doctrina jurisprudencial. Curiosamente, el criticado retraso en la eficacia de las previsiones al respecto contenidas en la Ley 12/2001, que por interpretación judicial sólo afectaban a los convenios colectivos que se negociaran con posterioridad a la derogación normativa, es contestado con técnica inversa por la Ley 14/2005, que prevé no sólo la inmediata eficacia del nuevo régimen jurídico, sino que además pretende alcanzar también a las cláusulas precedentemente negociadas, aun cuando, en principio y a juicio de los Tribunales, fueran consideradas ilegales cuando se pactaron; en concreto, por voluntad del legislador quedaría sanada la legalidad de las jubilaciones forzosas impuestas en cumplimiento de las cláusulas de jubilación obligatoria incluidas en los convenios colectivos celebrados entre el 11 de julio del 2001 y el 3 de julio de 2005, aunque dicha previsión no afectaría a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza con anterioridad a la última fecha. Aunque algún autor ha considerado obvio que el texto legal «ha de interpretarse en el sentido de que las cláusulas convencionales de jubilación forzosa han de estar incluidas en convenios colectivos que hubieren entrado en vigor con anterioridad a la materialización del cambio normativo, permaneciendo todavía vigentes cuando dicho cambio acontece»⁶³, la disposición transitoria de la Ley 14/

⁶¹ Sobre la disposición transitoria contenida en la Ley 14/2005, BALLESTER LAGUNA, F.: «Derecho transitorio en el proyecto de ley sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación», *RL*, núm. 17, 2005, págs. 11 a 26.

⁶² STS de 10 de octubre de 2005, recurso núm. 60/2004.

⁶³ BALLESTER LAGUNA, F.: *op. cit.*, pág. 19.



2005 literalmente habla de convenios celebrados, con lo que parece que, independientemente del momento de la entrada en vigor de la norma convencional, es decir la fecha de la publicación en el Boletín Oficial correspondiente⁶⁴, el legislador ha querido señalar la fecha de conclusión del acuerdo, momento respecto del cual debe valorarse la voluntad de los negociadores que, a partir de dicha fecha, poco puede influir en el resto del proceso de formalización del convenio. Parece que es ésta también la posición de nuestro Tribunal Supremo respecto a la aplicación de la prohibición de acordar cláusulas de jubilación obligatoria tras la derogación de la disposición adicional 10.ª ET 1995, tomando como referencia la fecha de suscripción del convenio que la contiene⁶⁵.

Por lo que respecta a la adecuación legal de la medida prevista en la disposición transitoria de la Ley 14/2005, como regla general, el legislador es soberano para dar carta de naturaleza a cualquier situación que se atenga a los parámetros constitucionales, por lo que, en principio, la disposición transitoria de la Ley 14/2005 no constituye un imposible jurídico, ni es inconstitucional. En otros términos, la nueva norma puede convertir en legal y lícito lo que en el pasado era ilegal, siempre que sea respetuosa con los condicionantes constitucionales. De este modo, puede admitirse que, si es constitucional habilitar a los convenios colectivos que se negocien a partir de ahora para que fijen sistemas de jubilación obligatoria, también pueden habilitarse a los convenios celebrados en el pasado.

La principal duda que se puede plantear en este contexto está relacionada con la circunstancia de que se pueda entender que dicha disposición transitoria introduzca una regla de efectos retroactivos. En efecto, en tal caso, entraría en juego la prohibición de retroactividad contenida en el art. 9.3 CE⁶⁶. La polémica puede estar servida, desde el instante en que el referido precepto constitucional prohíbe expresamente la retroactividad de las disposiciones que sean «restrictivas de derechos individuales». A nuestro criterio,

⁶⁴ Con relación al momento de entrada en vigor de los convenios, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos», *TL*, núm. 76, 2004, pág. 145.

⁶⁵ Por todas, STS de 1 de junio de 2005, RJ 6126, y jurisprudencia allí citada, en la que aunque no se pronuncie directamente sobre la materia, se sostiene que la derogación de la Disposición Adicional 10.ª ET «llevaba consigo la necesidad de entender que en los Convenios Colectivos suscritos después de su entrada en vigor no era posible pactar válidamente edades de jubilación forzosa por haberse derogado el soporte legal que lo permitía, pero se estimó igualmente que esa derogación normativa no podía servir para cuestionar la legalidad de disposiciones de tal naturaleza acordadas en Convenios Colectivos suscritos con anterioridad a aquella derogación...».

⁶⁶ A esta problemática se refieren expresamente las SSTs de 10 de octubre de 2005, recurso núm. 60/2004 y de 13 de octubre de 2005, recurso núm. 1935/2004, aunque no siendo preciso para resolver la cuestión planteada no entran a analizar el fondo de la cuestión.

no carecería de fundamento interpretar que una regla de jubilación forzosa introduce una manifiesta restricción del derecho al trabajo reconocida constitucionalmente en el artículo 35.1 CE, por ello la aplicación de una cláusula de jubilación forzosa se encuentra directamente afectada por la prohibición fijada a tenor de lo establecido el art. 9.3 CE.

A pesar de lo dicho, puede defenderse que el texto de la disposición transitoria de la Ley 14/2005 no llega a vulnerar la regla constitucional de irretroactividad; no atentaría por tanto contra lo dispuesto en el art. 9.3 CE, no porque no consideremos su carácter restrictivo de derechos individuales, sino porque en sentido estricto no contiene una regla de retroactividad de grado máximo, que es concretamente el tipo de retroactividad prohibida constitucionalmente, al menos conforme al criterio defendido por nuestra jurisprudencia constitucional. En efecto, la disposición transitoria, aunque se refiere a cláusulas negociadas con anterioridad, incide exclusivamente sobre los hechos sucedidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley; esto es, la misma afecta exclusivamente a los trabajadores que cumplan la edad ordinaria de jubilación con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, o que cumplida con anterioridad sean jubilados a partir de la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de modo que expresamente se afirma que lo dispuesto en la transitoria «no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor». Es cierto que el supuesto legal resulta muy particular, por cuanto que la disposición transitoria procede a restañar la legalidad de un pacto ilícito celebrado en fecha precedente a su entrada en vigor; pero sin embargo lo hace en relación a hechos que sucedan con posterioridad a la entrada en vigor de la misma Ley.

A nuestro juicio, es más relevante el segundo dato, centrado en que los hechos a los que se aplica la nueva norma se han de producir siempre en un momento posterior a la entrada en vigor de la Ley 14/2005, con independencia de que con ello se esté otorgando legalidad a pactos celebrados en una fecha precedente. Así pues, lo que se recoge en la disposición transitoria objeto de análisis es un supuesto claro de lo que la doctrina denomina retroactividad impropia o de grado mínimo, mientras que la norma constitucional prohíbe los supuestos de retroactividad auténtica o de grado máximo; en palabras del Tribunal Constitucional: «resulta relevante a tenor de la doctrina de este Tribunal, distinguir entre la retroactividad auténtica o de grado máximo, y la retroactividad impropia o de grado medio. En el primer supuesto, que se produce cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas, sólo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica. En el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la Ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a



cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares»⁶⁷.

En el caso específico que estamos analizando estimamos que la seguridad jurídica queda plenamente garantizada, del mismo modo que las circunstancias concretas concurrentes, en las que no es necesario reiterarse, permiten defender la ausencia de lesión de la prohibición constitucional de irretroactividad de las normas. Incluso con mayor contundencia se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en relación con la irrelevancia respecto a la prohibición constitucional del hecho de que la nueva norma sólo decida aplicarse a hechos sobrevenidos con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma: «una norma es retroactiva cuando incide sobre “relaciones consagradas” y afecta a “situaciones adoptadas”...lo que prohíbe el art. 9.3. CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro no pertenecen al campo de la retroactividad»⁶⁸.

Por el contrario, lo que no se comprende de ninguna forma es la omisión en la transitoria del tercero de los requisitos exigidos por la nueva disposición adicional 10.^a, aquel que vincula la jubilación forzosa a objetivos coherentes de la política de empleo. En esta ocasión, parece que la inercia de la práctica precedente ha pesado excesivamente sobre la voluntad del legislador, claramente manifestada en el texto de la nueva norma, de manera que la omisión comentada permitiría considerar lícitas las cláusulas precedentes conformes a la tantas veces comentada relajación de la doctrina jurisprudencial, sin perjuicio de que de cara al futuro deba alterarse su contenido para ajustarse a la legalidad. A pesar de ello, desde nuestro punto de vista no tiene sentido mantener mayores exigencias para los futuros convenios colectivos, mientras se mantiene cierta «permisividad» con los precedentes, máxime cuando hasta la reforma tales convenios eran considerados directamente ilegales. Este tipo de decisiones únicamente consigue retrasar la efectiva aplicación de una norma que sus promotores consideraban de urgente aprobación. En todo caso, a pesar de la omisión, no puede dejar de tenerse presente que este requisito deriva de las primeras sentencias del Tri-

⁶⁷ Por todas, STC 182/1997, de 28 de octubre (BOE 28 noviembre), con cita de STC 126/1987 fundamentos jurídicos 11, 12 y 13, STC 197/1992, fundamento jurídico 4.º y STC 173/1996, fundamento jurídico 3.º.

⁶⁸ STC 99/1987, de 11 de junio (BOE 26 de junio).



bunal Constitucional dictadas sobre la materia; no habiéndose alterado a estas altura dicha jurisprudencia constitucional, ha de entenderse que sigue vinculando a todas las cláusulas convencionales, las precedentes y las por venir.

Por último convendría hacer una aclaración que, aunque obvia, resulta necesaria respecto del alcance de una jubilación forzosa en todos los casos que venimos considerando en este apartado. Me refiero a la hipótesis de que, vigente una cláusula de esta naturaleza y aplicándose a un concreto grupo de trabajadores, en términos jurídicos el único efecto que se produciría sería el de la extinción del contrato de trabajo con la empresa para la que trabaja. Dicho de otro modo, el acto material de la jubilación sigue siendo formalmente voluntario. Es cierto que en esas condiciones particularmente de edad, una pérdida de empleo lleva aparejada que el trabajador afectado se vea prácticamente obligado a solicitar la pensión de jubilación; pero esto es así exclusivamente por razones de orden práctico y no por razones de orden jurídico, es decir, porque a partir de ciertas edades las probabilidades de encontrar otra oferta de trabajo disminuyen sensiblemente, al tiempo que, salvo excepciones, en tales condiciones no suele ser deseable iniciar una nueva aventura laboral. Ahora bien, desde la óptica técnico-jurídica nada le obliga a solicitar el pase a la situación legal de jubilación, de modo que si prefiere buscar otro empleo en términos legales nada se lo impide.



LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL DEL PERSONAL MILITAR: PRINCIPIOS INSPIRADORES

ANA MORENO MÁRQUEZ

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III

EXTRACTO

La LPRL expulsó de su ámbito de aplicación al personal militar con objeto de salvaguardar la función de Defensa nacional que tiene encomendada. Pero esto no significa que no sea precisa una regulación en materia de prevención de riesgos laborales para preservar la seguridad y salud laboral de este personal y, menos aún, que no tenga derecho a que se le proteja porque se deba garantizar la Defensa nacional. Sin embargo, las normas que, por el momento, se han ocupado de la seguridad y salud laboral en el ámbito militar no cubren la totalidad de las necesidades en materia de prevención de riesgos laborales de dicho personal, sobre todo porque que no contienen previsiones específicas para los casos en los que desempeñe tareas militares. De todos modos, hay que tener en cuenta que el RD 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil, anuncia una futura regulación dirigida expresamente a salvaguardar la seguridad y salud laboral del personal militar cuando realice estas últimas tareas. Regulación que, a la vista de las singularidades que se reflejan en el Derecho militar y en las normas que en la actualidad existen en materia de prevención de riesgos laborales en el citado ámbito, se deberá inspirar en una serie de principios que, con mayor o menor intensidad, se detectan en esas normas. En concreto, se hace referencia a los principios de restricción de la prevención, extensión limitada, traslación y coordinación; todos ellos directamente vinculados a la mencionada función de Defensa nacional.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DEFENSA NACIONAL COMO FUNDAMENTO DE UNA NORMATIVA ESPECÍFICA EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
 - 2.1. Significado de la función de Defensa nacional
 - 2.2. Consecuencias derivadas de la necesidad de preservar la Defensa nacional
3. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PARA LA REALIZACIÓN DE LABORES MILITARES
 - 3.1. El principio de restricción de la prevención
 - 3.2. El principio de extensión limitada
 - 3.3. El principio de traslación
 - 3.4. El principio de coordinación
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

En estos momentos, si se pretende conocer cuál es la situación en la que se encuentra la seguridad y salud laboral en el ámbito militar desde la entrada en vigor de la LPRL, hay que recurrir, fundamentalmente, de un lado, para el personal civil, a la regulación recogida en el RD 1932/1998, de 11 de septiembre, por el que se adapta parte de la regulación común prevista en la citada Ley para ser aplicada a este personal que presta servicios en centros o establecimientos militares; y, de otro, para el caso del personal militar, al RD 179/2005, de 18 de febrero, que se ocupa de la seguridad y salud laboral de la Guardia Civil. Pues bien, en cuanto al personal militar hay que indicar que aunque este último RD ha supuesto un claro avance en la regulación de la seguridad y salud laboral de este colectivo, su operatividad y eficacia son bastante limitadas. Por una parte, por ofrecer una solución aplazada en diversos aspectos; por otra, por sus constantes inconcreciones y ausencias de regulación en aspectos de enorme trascendencia que, en algunos casos, dificultan y, en otros, impiden su aplicación; de tal forma que queda condicionada a un futuro desarrollo por orden ministerial, para el que no se indican unos mínimos criterios. Además, porque sólo cubre parte del vacío normativo en materia de prevención de riesgos para el personal militar que, como es sabido, quedó excluido del ámbito de aplicación de la LPRL. De hecho, el RD ni protege a todo el personal militar, ni está dirigido a cualquier tipo de tarea que éste realice, ya que deja al margen todas las labores militares.

Pero lo que se pretende aquí no es analizar el contenido del citado RD 179/2005¹, sino, una vez que se conoce cuál es el estado actual de la pre-

¹ Vid. al respecto MORENO MÁRQUEZ, A. «Comentario al RD 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil», *Información Laboral*, núm. 25, agosto, 2005, págs. 2-28.



vencción de riesgos laborales en el ámbito militar, intentar establecer una serie de principios que ya se han visto reflejados, en mayor o menor medida, en las normas que, por el momento, existen para regular la prevención de riesgos laborales en el ámbito militar. Principios en los que se puede inspirar la futura regulación que se dicte para el personal militar que lleve a cabo labores de este tipo.

2. LA DEFENSA NACIONAL COMO FUNDAMENTO DE UNA NORMATIVA ESPECÍFICA EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La LPRL podía haber extendido su ámbito de aplicación al personal militar. Es decir, la norma podría haber incluido a ese personal lo mismo que a otros colectivos que tienen encomendadas una serie de funciones públicas, aunque hubiese dejado al margen de su ámbito aquellas actividades en las que concurriesen particularidades, desde el punto de vista preventivo, que impidiesen la aplicación de la regulación común contenida en la citada norma. Porque, si así se hiciese, no sería posible realizarlas y, por tanto, la función pública, en este caso la Defensa nacional que tiene atribuida el personal militar se vería menoscabada. De ese modo, el personal militar sólo quedaría al margen de la regulación común cuando realizara ese tipo de actividades y, por tanto, la Defensa nacional no se vería afectada, ya que para esas concretas labores con particularidades se aplicaría una regulación más restrictiva; tal y como establece la LPRL para otros colectivos que tienen atribuidas determinadas funciones públicas (como policía, seguridad, protección civil...).

Sin embargo, la LPRL, limita su ámbito expresamente al «personal civil» (art. 3), optó por excluir al personal militar. Si el legislador no hubiese señalado de forma expresa el adjetivo «civil» y hubiese incluido la Defensa nacional entre el listado de funciones que indica, el personal militar hubiera quedado incluido en la LPRL para todas las actividades en las que no concurriesen las mencionadas particularidades. No obstante, podría pensarse que la función de Defensa nacional está incluida en la función de seguridad que señala la norma, pero, aunque así fuese, esa mención carecería de operatividad ya que, tengan o no particularidades, las actividades que se encuadran en esa función van a estar excluidas de la norma por llevarlas a cabo el personal militar.

Cuando la LPRL expulsa de su ámbito de aplicación las actividades a las que se ha hecho referencia para someterlas a una normativa más restrictiva, su propósito es salvaguardar las concretas funciones públicas que tienen asignadas determinados colectivos. En este supuesto la función que está en juego y que se debe preservar es la Defensa nacional. Por esta razón, si

se quiere conocer cuáles son los principios que tienen que inspirar la regulación en materia de prevención de riesgos laborales para el personal militar que realice tareas militares² (que son las que han quedado excluidas del RD 179/2005), lo primero que habrá que hacer será conocer el significado de esta función, así como las consecuencias que se derivan de ella. Esto permitirá fundamentar la exclusión del personal militar del ámbito de aplicación de la LPRL y determinar los principios de los que partirá el legislador a la hora de establecer la mencionada regulación.

2.1. Significado de la función de Defensa nacional

La Defensa nacional es una función que asume el Estado y la lleva a cabo a través de las Fuerzas Armadas, constituidas al efecto por los Ejércitos de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. Aunque, hay que advertir que a la Guardia Civil también se le considera fuerza armada en el cumplimiento de las tareas militares que se le puedan encomendar (art. 7.3 LOFCS) y que igualmente contribuyen a la salvaguarda de la Defensa nacional³. Además, el Estado, con objeto de obtener su eficaz cumplimiento, se reserva la totalidad de las competencias legales (el art. 149.1 de la CE contempla la Defensa nacional entre las competencias de carácter exclusivo del Estado)⁴. Pero, lo más importante es que la Defensa nacional se presenta como una función distinta a cualquier otra que haya asumido el Estado, y, al mismo tiempo, prioritaria con respecto al resto de las funciones públicas.

Distinta por su propio significado ya que consiste, de un lado, en la preservación del territorio nacional y, en general, de la sociedad, frente a posibles agresiones externas que pueden atentar contra la soberanía e independencia de España; y, de otro, en la conservación del ordenamiento jurídico, de la Constitución⁵ (art. 8 de la CE). Y prioritaria, porque, a la vista

² Cuando se hace referencia a labores militares hay que aclarar que el personal militar, como se verá, realiza también labores no estrictamente militares como sucede, entre otras, con las tareas de colaboración en el marco de la protección civil, labores de mantenimiento de la paz y la seguridad, ayuda humanitaria. Por esta razón, podría pensarse que estas tareas quedan al margen de la función de Defensa nacional, sin embargo no es así ya que pueden encuadrarse en la misma desde un punto de vista civil. Por tanto, la mención a las labores militares puede ser entendida en sentido amplio, incluyendo de este modo tanto las tareas estrictamente militares como este tipo de labores.

³ Vid. STC 236/1994, de 20 de julio, F. 3.º.

⁴ Es el Gobierno el encargado de su dirección (art. 97 de la CE).

⁵ Vid., entre otros, BLANCO ANDE, J. *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*. Dykinson, Madrid, 1987, págs. 139 y 177; BLANCO VALDÉS, R.L. *La ordenación constitucional de la Defensa*. Técnos, Madrid, 1988, pág. 71; COTINO HUESO, L. *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*. Instituto Nacional de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Cons-



del citado significado, puede afirmarse que con ella se trata de salvaguardar los propios elementos constitutivos del Estado (soberanía, territorio y población); esto es, su existencia, y, a su vez, la de los derechos y libertades de los ciudadanos, la de la forma de Estado, la del sistema político constitucional⁶, y, por último, la pervivencia del conjunto de las funciones públicas. Lo que, a su vez, conecta con el hecho de que se proyecte en el ámbito civil, esto es, en la sociedad en general y en los ciudadanos en particular. Esto se pone de manifiesto en la propia Constitución cuando hace referencia al derecho y deber de los españoles de defender a España (art. 30.1). Es decir, en su consecución se ven implicados todos los ciudadanos⁷. Así, aunque son las Fuerzas Armadas las encargadas de salvaguardar la Defensa nacional en los términos indicados, es la importancia de esta función la que hace que, desde la propia Constitución, se implique a los ciudadanos en su preservación; hasta el extremo de poder llegar a la imposición de prestaciones obligatorias y, al mismo tiempo, a la restricción de los derechos tanto del personal militar como del resto de los ciudadanos cuando se deba recurrir a estos para proteger la Defensa nacional.

2.2. Consecuencias derivadas de la necesidad de preservar la Defensa nacional

Pero la relevancia de la función de Defensa nacional, su carácter prioritario, y, por tanto, la necesidad de preservarla no sólo va a afectar a la posibilidad de implicar a los ciudadanos en su salvaguarda, sino que también va a alcanzar a otros aspectos como son la presencia de un aparato administrativo específico, tanto civil como militar, esto es, de una organización singular, y, al mismo tiempo, la sumisión del personal militar a una

titucionales, Madrid, 2002, págs. 123-178. La LO 6/1980, de 1 de julio, reguladora de los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y Organización Militar indica que «la Defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria».

⁶ BLANCO ANDE, J. *Defensa Nacional y Fuerzas ...*, op. cit., pág. 177

⁷ En relación con esta vinculación de la sociedad a la Defensa, hay que señalar que, como un aspecto de la misma, también se integra la denominada Defensa civil, referida a la disposición permanente de los recursos humanos y materiales no propiamente militares al servicio de la Defensa nacional y en la lucha contra todo tipo de catástrofes extraordinarias. Vid. art. 3 de la LO 6/1980, de 1 de julio, así como el art. 14.2 de la misma norma en el que se indica que «la base fundamental de la Defensa nacional son los propios ciudadanos».

normativa distinta a la que pueda regir para cualquier otro funcionario público. Estos aspectos, por lo que aquí interesa, requieren un análisis diferenciado sobre todo por el alcance que pueden tener en materia de prevención de riesgos laborales para el personal militar que tiene encomendada esta función.

De este modo, hay que hacer referencia a la existencia de una Administración específica, esto es, la Administración militar en la que se integran el conjunto de medios humanos y materiales destinados al cumplimiento de la función de Defensa nacional; dicha existencia ha de contemplarse en términos de idoneidad. La razón de ello es que se parte de la necesidad de que haya una adecuación entre el fin que se persigue y los medios que se establecen para su consecución; en este caso la propia organización militar. En definitiva, es el fin el que fundamenta la creación de una organización administrativa diferente. Una Administración singular que no por ello deja de ser Administración y que, por tanto, se rige por los principios que se recogen en el art. 103 de la CE. No obstante, hay que matizar, ya que, en unos casos, esos principios se ven acentuados, como sucede con los de eficacia y jerarquía, que, a su vez, determina la existencia de un régimen disciplinario específico; y con el de coordinación, que repercute de forma inmediata en los medios personales y materiales. Y, en otros, se presentan dificultades para su aplicación, como ocurre con los principios de descentralización y desconcentración. Lo que está directamente relacionado con la presencia de unos principios específicos que rigen en la Administración militar, como la unidad, la disciplina, la supremacía civil, o la neutralidad política. Principios que, en su conjunto, operan como instrumentos para preservar la función de Defensa nacional.

Pues bien, lo relevante, a estos efectos, y lo que determina la propia presencia de esos principios específicos y la intensificación de ciertos principios comunes a cualquier Administración es la necesidad de que las Fuerzas Armadas sean eficientes a la hora de cumplir la misión que tienen asignada. En concreto, cabe destacar, el hecho de que se recurra a una organización jerarquizada, en la que existe una subordinación de unos a otros que se proyecta en la presencia de las cadenas de mando. De esa forma, el superior ordena y los sujetos que se encuentran en el nivel inferior se someten a esas órdenes, pero, a la vez, el superior es responsable de las mismas. Si bien, como es necesario garantizar que dichas órdenes se ejecuten en la organización militar, junto al principio de jerarquía, también rige el principio de disciplina. Así, con la aplicación de estos principios, se consigue, por una parte, mantener el orden, puesto que se asegura el cumplimiento de los mandatos de los superiores; y, por otra, controlar las acciones de los individuos que integran la organización castrense, y, por tanto, que funcione como una unidad. Todo ello permite que esta organización singular actúe en su con-

junto de forma eficaz para la consecución del fin que tiene asignado, esto es, la Defensa nacional⁸.

Junto a esta organización singular, y directamente vinculado a la necesidad de preservar la Defensa nacional, se configura un régimen jurídico específico, que se aparta de la regulación común, en el que se manifiestan esos principios a los que se ha hecho referencia; lo que, en términos generales, da lugar a la existencia de una regulación distinta a la que se aplica al resto de las Administraciones Públicas. Una regulación que incluso va más allá de su estricta aplicación al personal militar, para introducir peculiaridades en el ámbito castrense, de tal modo que el personal civil se ve afectado por una finalidad que no se le asigna de forma directa. Es decir, la Defensa nacional actúa como elemento modulador a partir del cual se establecen cambios con respecto al régimen general que se aplicaría al personal civil si no prestara servicios en el ámbito castrense, ya sea personal laboral, o funcionarios civiles. Si bien, las diferencias se acentúan para el personal militar, aunque se parta de la existencia de una relación de carácter administrativo, ya que son estos los que directamente tienen encomendada la mencionada función. En concreto, para este personal militar, las citadas diferencias trascienden a todos los ámbitos, por ejemplo, a los mecanismos para selección del personal que va a pasar a formar parte de las Fuerzas Armadas, para su formación y promoción, al régimen disciplinario, y, en el caso que ahora se analiza, a la prevención de riesgos laborales.

⁸ Vid. SSTC 23/1981, de 15 de junio, F. 9; 180/1985, de 19 de diciembre, F. 2; 97/1985, de 29 de julio, F. 4; 107/1986, de 24 de julio, F. 4; 371/1993, de 13 de diciembre, F. 4: «dadas las importantes tareas que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 CE, representa un interés de indudable relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas para el cumplimiento de esos cometidos (ATC 375/1983). A tal fin, la atención de las misiones que les encomienda el mencionado precepto constitucional requiere una adecuada y eficaz configuración de las Fuerzas Armadas de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (arts. 1 y 10 RROO; 115/2001, de 10 de mayo, F. 9 y)»; 179/2004, de 21 de octubre, F. 6: «La disciplina militar, regla fundamental de las Fuerzas Armadas, en cuanto constituye el principal factor de cohesión y de eficacia de las mismas, se configura así como un conjunto de normas de conducta que los militares deben observar en el ejercicio de sus funciones (e incluso fuera de servicio, en determinados casos) para facilitar el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional» y F. 7: «La relación jerárquica entre los miembros de la institución militar, exteriorizada en el rango atribuido por los diversos empleos militares en que se halla estructurada y en el mando a ellos asociado, cumple su cometido en el ámbito que le es propio, es decir, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar, para lograr de este modo tanto la plena operatividad del principio constitucional de eficacia que se predica de dicha Administración, al igual que de las restantes (art. 103.1 CE), como el efectivo y cabal cumplimiento de la misión encomendada por el art. 8.1 de nuestra Constitución a las Fuerzas Armadas».

En resumen, el personal que integra las Fuerzas Armadas se inserta en una organización administrativa singular, y se convierte en un instrumento de la Administración para conseguir el fin que se le encomienda. Al mismo tiempo, y con el mismo objetivo, se le somete a un régimen jurídico cuyo contenido se configura precisamente atendiendo a esa función que debe preservar. Un régimen en el que las diferencias encaminadas a salvaguardar la Defensa nacional, determinan la existencia de una relación de sujeción especial⁹ de los sujetos que tienen encomendada esta función¹⁰. Relación de sujeción que se constitucionaliza (arts. 15, 28.2, 29 y 70). Pero lo más importante en cuanto a esa diferenciación del régimen jurídico es que su singularidad no se ciñe a los aspectos organizativos, sino que va más allá y se proyecta, desde el punto de vista sustantivo, en forma de limitaciones de los derechos del personal que tiene encomendada la función de Defensa¹¹. De este modo, el personal militar se ve sometido a restricciones específicas que pueden ser distintas a las que puedan afectar a otros funcionarios públicos por la función que tienen asignada y que, sin duda, se van a ver reflejadas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales¹².

3. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PARA LA REALIZACIÓN DE LABORES MILITARES

El hecho de que, por el momento, no exista una regulación en materia de prevención de riesgos laborales para preservar la seguridad y salud laboral del personal que tiene encomendadas misiones de carácter militar no significa que no sea precisa, ni, mucho menos, que estos sujetos no tenga derecho a que se les proteja porque se deba salvaguardar la Defensa nacional¹³. De hecho, el RD 179/2005 ya hace referencia a esa futura regula-

⁹ Se trata de una relación de sujeción especial, distinta de otras relaciones de este tipo (vid. ALLI TURRILLAS, J-C *La profesión militar. Análisis jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*. INAP. Madrid, 2000, pág. 114, la califica como «especialísima»). Esta diferenciación se manifiesta en la singularidad de las normas por las que se regula esta relación, lo que se va a ver reflejado en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

¹⁰ Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, M. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Cívitas, Madrid, 1994, pág. 141.

¹¹ Cfr. STC 371/1993, de 13 de diciembre, F. 4.º.

¹² Vid. STC 81/1983, de 10 de octubre, F. 2.

¹³ Vid. ABA CATORA, A. *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 161; LÓPEZ BENÍTEZ, M. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales...*, op. cit., pág. 416.



ción ¹⁴. Cuestión distinta es cómo se puede articular esta protección. En este caso el legislador, a la hora de establecer la regulación singular, deberá partir inevitablemente de la función de Defensa nacional que se encomienda al personal militar; pero, como a continuación se analizará, a la vista de su significado y de las consecuencias que se derivan de la necesidad de preservarla, también puede afirmarse que esta función se encuentra vinculada a una serie de principios que pueden actuar como referentes para inspirar la futura normativa para el personal militar. Se trata de los principios de restricción de la prevención, de extensión limitada, de traslación y de coordinación.

3.1. El principio de restricción de la prevención

Como es sabido, el personal militar ha visto tradicionalmente limitados sus derechos en mayor medida que cualquier otro colectivo ¹⁵. El hecho de que este personal se sitúe en el marco de la mencionada relación de sujeción especial determina esa limitación en el disfrute de sus derechos con objeto de salvaguardar la función que tiene encomendada; lo que, como se acaba de indicar, se detecta en la regulación a la que se encuentra sometido y se reproduce en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. De ahí que en este caso se haga referencia al principio de restricción de la prevención que en realidad tiene su origen en esa relación de sujeción especial; principio que ya se ha puesto de manifiesto no sólo en la regulación prevista en el RD 179/2005, sino incluso en el RD 1932/1998 ¹⁶.

Pues bien, si se tiene en cuenta esa tendencia habitual de las normas de limitar los derechos de este colectivo, justificada por existencia de una incompatibilidad entre el disfrute del derecho y el ejercicio de esta función de Defensa nacional (vital para que, a su vez, se pueda preservar el resto de las funciones públicas), es posible afirmar que el principio de restricción de la prevención va a estar presente en la futura regulación que se dicte para preservar la seguridad y salud del personal militar que desempeñe labores

¹⁴ Vid. art. 2 de dicha norma.

¹⁵ Vid. NEVADA MORENO, P.T. *La función pública militar*. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 94.

¹⁶ En este último caso el vínculo existente entre la condición militar del centro o establecimiento en la que el personal civil presta servicios y la Defensa nacional da lugar a que no sea posible aplicar la regulación común en materia de prevención puesto que impediría la realización efectiva de esta función; de ahí que se recurra a una norma específica en la que, a pesar de hacer referencia a adaptación, finalmente está presente la limitación de derechos. Vid. MORENO MÁRQUEZ, A. *Los Sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 283-284.

de este tipo¹⁷. En concreto, desde un punto de vista sustantivo, el principio de restricción va a verse esencialmente reflejado en términos de limitación de las medidas preventivas que se adoptarían si no estuviera en juego la Defensa nacional; de tal forma que las restricciones se encontrarán vinculadas a las labores que se encuadran en la Defensa nacional¹⁸. No obstante, es importante establecer hasta qué punto cabe introducir limitaciones en materia de prevención de riesgos¹⁹; sobre todo si se piensa en la variedad de tareas que se llevan a cabo en el marco de la Defensa nacional, con independencia de que todas ellas puedan coadyuvar a su salvaguarda²⁰.

¹⁷ *Vid.*, entre otras, SSTC 11/1981, de 8 de abril, F.7; 2/1982, de 29 de enero, F. 5; 120/1990, de 27 de junio, F.8; 37/1993, de 13 de diciembre, F.2; 143/1994, de 9 de mayo, F.7; y 14/2003, de 28 de enero, F. 9. En el caso que ahora se analiza lo previsible es que se produzca una continuidad en el régimen de excepcionalidad que se aplica a este colectivo con las consiguientes limitaciones en el disfrute de los derechos del personal militar. Sin embargo, no parece que las limitaciones que se establezcan en materia de prevención de riesgos laborales deban recogerse en un reglamento, sino que deberá ser la ley la que regule esta posibilidad. En este supuesto no existe una previsión específica en la LPRL como ocurre con la función policial, aunque se haga en términos muy amplios, que permita ese desarrollo reglamentario de la misma con ciertas restricciones. Sí que se hace referencia en la misma a la función de seguridad, como misión genérica, en la que puede estar incluida la Defensa nacional, pero no parece que fuera esa la intención del legislador. De hecho en la citada función de seguridad se integra la función de policía y, no obstante, la LPRL la recoge expresamente. Con mayor razón, si el legislador hubiera querido mencionar la función de Defensa nacional lo hubiera señalado del mismo modo, más aun por la entidad de la misma. Por tanto, habrá que esperar a que la ley regule esta materia para el personal que lleva a cabo tareas militares, con independencia de que después existan reglamentos de desarrollo de la misma.

¹⁸ *Vid.* STC 196/1987, de 11 de diciembre, F.6. LASAGABASTER HERRARTE, I. *Las relaciones de sujeción especial*. IVAP, Cívitas, Madrid, pág.410.

¹⁹ Aunque el fin que se atribuye a este colectivo determina la existencia de un estatus especial que admite limitaciones específicas, esto no significa que la restricción de los derechos y libertades de lugar a la exclusión de su disfrute (*vid.* STC 34/1991, de 10 de diciembre, F. 2.º). Es decir, el personal militar puede estar sometido a mayores restricciones en sus derechos que otros sujetos que tengan encomendada otro tipo de función pero no es posible negárselos.

²⁰ La idea de la que hay que partir no es la de que el personal militar, siempre que realice labores de este tipo, va a ver restringido su derecho a la seguridad y salud laboral y con ello su derecho a la vida y a la integridad física. Esto sólo sucederá cuando realmente sea necesario (Cfr. STC 21/1981, de 15 de junio). Por esta razón lo importante es determinar cuándo se produce esa necesidad. El personal militar realiza una diversidad de labores todas ellas enmarcadas en la función de Defensa. Labores que van desde el ejercicio del mando militar, el apoyo y asesoramiento al mando, la instrucción, el adiestramiento, la enseñanza, el trabajo técnico, la logística, hasta las labores de gestión administrativa; todas ellas vinculadas a la actuación y preparación para la guerra, pero que se quedan en un estadio previo. Estas son las labores habituales de los ejércitos. Pero también están las funciones propiamente bélicas, que se presentan con carácter excepcional, es decir, las de combate. Además, como ya se indicó, al margen de todas estas tareas, las Fuerzas Armadas realizan otras misiones no estrictamente militares como son las tareas de colaboración en el marco de la protección civil, las misiones de paz y



En este sentido, no es admisible partir de la idea genérica de que la aplicación de medidas preventivas hace imposible o entorpece la función de Defensa nacional. Al contrario, como en cualquier otra labor, tal y como ya se ha indicado, será necesario integrar la prevención en el conjunto de actividades, evaluar los riesgos y planificar la actividad preventiva, aunque para determinadas tareas no sea posible adoptar la totalidad de las medidas preventivas que serían necesarias para evitar o, al menos, atenuar los riesgos. De este modo, lo realmente importante, con independencia de que todas las labores, sean o no estrictamente militares, coadyuven a la salvaguarda de la Defensa nacional, es que la futura regulación contemple esa diversidad de tareas, aunque lo haga de una forma global. Aportando criterios específicos como puede ser que se trate de labores de carácter administrativo; o de preparación para la guerra en las que se puede dar esa situación pero en las que no cabe duda que debe prevalecer el derecho a la seguridad y salud del personal militar; y con ello a la vida y a la integridad²¹; o de tareas de combate o de protección civil, cuya naturaleza conlleva una situación de peligrosidad, de riesgo grave e inminente que impide su paralización²². En definitiva, es en este punto en el que pueden manifestarse las mayores restricciones en el derecho a la seguridad y salud laboral que, sin duda, van a repercutir en su derecho a la vida y a la integridad.

De todos modos hay que precisar. En esa situación de riesgo grave e inminente el personal militar no puede paralizar su actividad porque si así fuese la función que tiene encomendada se vería menoscabada e incluso podría impedirse su cumplimiento. Ahora bien, lo que no es admisible es que

humanitarias en las que se pueden encuadrar acciones tales como la intervención en catástrofes humanitarias, la ayuda a la población, la vigilancia de procesos electorales, la comprobación de retirada de tropas; aunque todas ellas podrían encuadrarse en el marco de la función de Defensa nacional desde un punto de vista civil.

²¹ Hay tareas que pueden ser idénticas a las que realiza cualquier otro funcionario o trabajador y para las que los riesgos que se derivan de su labor van a ser los mismos (tal y como sucede, por ejemplo, en el caso en el que lleven a cabo tareas administrativas con pantallas de visualización), de tal forma que no tendría ningún sentido limitar la protección del sujeto, o dotarle de una distinta porque esa labor coadyuve a la salvaguarda de la Defensa nacional.

²² En estos supuestos, el militar se va a ver obligado a cumplir con su deber, sin que sea posible dejar de hacerlo por el hecho de que exista un riesgo para su seguridad y salud. De tal forma que si incumple «por temor a un riesgo personal» su conducta puede constituir una infracción grave (art. 8.3 de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas) e incluso un delito cuando la naturaleza de ese deber exija «afrontar el peligro y superar el miedo» (art. 13 del Código Penal Militar). Por tanto, estas normas parten de la premisa de que el riesgo está implícito en la naturaleza de la actividad que se les encomienda y no cabe su paralización ya que supondría un incumplimiento y se vería menoscaba la Defensa nacional.

en los supuestos en los que la situación de riesgo grave e inminente no derive de la tarea que desempeña sino de otros factores, que pueden ser ajenos a esa labor, e incluso estar relacionados con el trabajo pero no vinculados a la naturaleza de la actividad, o a la ausencia de medidas preventivas, no se establezca como solución la paralización de la actividad. Sobre todo porque el riesgo puede llegar a actualizarse con consecuencias negativas para el derecho a la vida y a la integridad de los sujetos. Un riesgo que éstos asumen cuando está implícito en la naturaleza de la labor que realizan y que puede estar justificado para preservar la función de Defensa nacional que tienen encomendada y con ello el interés general que está en juego; lo que justifica la presencia de ese principio de restricción de la prevención. Pero no puede afirmarse lo mismo cuando la situación de riesgo grave e inminente se produce por factores ajenos a la citada naturaleza de la función y la tarea que desempeña el personal militar, puede tener incluso un carácter puramente administrativo, de tal forma que si se paraliza su labor, aunque puede verse menoscabada en cierto modo la citada función, el perjuicio que se puede derivar de la ausencia de paralización de su labor que puede llegar a perder su vida no es comparable con el que se ocasiona para la seguridad ya que puede ser reparado.

Esto significa que, en estos casos, sería más correcto ver hasta qué punto hay que limitar la prevención y con ello el derecho a la seguridad y salud del personal militar para salvaguardar esa parcela de la Defensa nacional cuando en realidad la situación de riesgo grave e inminente no está vinculada a la concreta labor. Es decir, en ambos casos existe un conflicto de intereses, pero en este último la ausencia de paralización de la actividad supone una limitación en el derecho de los sujetos que, aunque puede tener como justificación la necesidad de preservar la función que tienen encomendada, no puede aceptarse ante la falta de proporcionalidad en la restricción con respecto al beneficio que se pretende obtener. Lo que la convierte en una limitación gratuita de su derecho a la seguridad y salud y, al mismo tiempo, de su derecho a la vida y a la integridad.

En definitiva, el hecho de que la función de Defensa nacional aparezca como fundamento a la hora de establecer limitaciones, no significa que cualquier restricción sea aceptable y esté justificada²³. Por tanto, al margen de que la futura normativa establezca criterios de los que sea posible partir a la

²³ La tendencia existente en el ámbito militar a la exclusión del ejercicio del derecho a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente se ha puesto de manifiesto no sólo en el RD 179/2005, para el personal militar incluido en su ámbito de aplicación (sin establecer ningún tipo de distinción en cuanto a la procedencia de esa situación y a la incompatibilidad o no con la función, en ese caso, de seguridad) sino también en el RD 1932/1998, para el personal civil al que se dirige esta norma, cuando se trata de su ejercicio colectivo, dando prioridad a la salvaguarda de la Defensa nacional; lo que en algunos casos puede carecer de fundamento.



hora de establecer restricciones, las limitaciones deben ser las estrictamente necesarias. Es decir, a pesar de que la limitación en la adopción de las medidas preventivas debe permitir el eficaz desempeño de la función que tiene atribuida el personal militar, la restricción del derecho a la seguridad y salud laboral y con ello del derecho a la vida y a la integridad física, aunque exista esa necesidad de preservar el interés general que se pone de manifiesto en la función pública que tiene encomendada este colectivo, debe ser mínima. En el sentido de que no son admisibles restricciones más allá de lo razonable²⁴. Por tanto, no será posible no adoptar ninguna medida preventiva con objeto de salvaguardar la función que tiene atribuida si en realidad cabe, y con ello no se impide su cumplimiento, que se establezca alguna o algunas. Debe de haber una relación de proporcionalidad²⁵ entre el sacrificio del derecho y el beneficio que se obtiene para el interés general.

Así, una vez que se realice la evaluación de riesgos, partiendo de los criterios que establezca la norma, será posible detectar, caso por caso, si existe o no incompatibilidad entre medidas preventivas y cumplimiento de la función. A partir de aquí, será preciso establecer todas aquellas medidas preventivas que sean compatibles con el desarrollo de la labor, para que de esta forma sea posible llegar a conjugar el disfrute de estos derechos de los sujetos, aunque sea de un modo parcial, y el interés general²⁶. En definitiva, si así se hace el resultado será que sólo se restringirán los derechos del personal militar lo estrictamente indispensable con objeto de preservar la finalidad que se le encomienda²⁷. En unos casos será necesario someterle a limitaciones y en otros casos bastará con modular su derecho para que la Defensa nacional se vea protegida; haciendo siempre una interpretación restrictiva en el sentido más favorable a la eficacia de los derechos²⁸.

3.2. El principio de extensión limitada

Se hace referencia a este principio tanto desde el punto de vista de los sujetos como de la actividad a la que se dirigirá esa futura regulación, más

²⁴ Cfr. SSTC 62/1982, de 13 de octubre, F. 5; 13/1985, de 31 de enero, F. 2; y 53/1986, de 5 de mayo, F. 3.

²⁵ Cfr. SSTC 13/1985, de 31 de enero, F. 2; 26/1981, de 17 de julio, F. 5; 37/1989, de 15 de febrero, F. 5.

²⁶ Vid. ABA CATOIRA, A *La limitación de los derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 59 y ss.

²⁷ Vid., entre otras, SSTC 21/1981, de 15 de junio; 235/1998, de 14 de febrero; 14/1999, de 22 de febrero; 24/1999, de 8 de marzo; 31/2000, de 3 de febrero; 115/2001, de 10 de mayo; y 179/2004, de 21 de octubre.

²⁸ Vid. SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, F. 6; 254/1988, de 23 de enero, F. 3 y 3/1997, de 13 de enero, F. 6.

restrictiva, que menciona el RD 179/2005. Como se ha indicado, la opción que se pone de manifiesto en la LPRL ha sido, bien recurrir a una regulación adaptada para ser aplicada al personal civil que preste servicios en centros y establecimientos militares, o bien dejar al margen de su ámbito al personal militar, sea cual sea la labor que lleve a cabo. Lo importante a estos efectos es que, a partir de aquí, el legislador ha decidido establecer regulaciones claramente diferenciadas, de un lado, para ese personal civil, y, de otro, para el personal militar. Si bien, a su vez, ha optado por dotar al citado personal militar de regulaciones distintas sobre todo dependiendo de la labor que realicen²⁹. Es decir, es cierto que el RD 179/2005 ha excluido de su ámbito de aplicación a los miembros de las Fuerzas Armadas que no estén destinados en unidades, centros y organismos de la Dirección General de la Guardia Civil, pero, al margen de esto, lo más relevante a la hora de establecer cómo se va a manifestar este principio es el hecho de que las labores militares hayan quedado al margen del citado ámbito. Esto significa que, dada la situación actual en la que se encuentra el personal militar desde el punto de vista preventivo, la futura norma necesariamente deberá partir de una extensión limitada de su ámbito de aplicación. Esa norma regulará la prevención de riesgos laborales del personal militar para el caso en el que desempeñen tareas militares³⁰.

Este resultado de la aplicación del principio de extensión limitada conecta con el esquema que se diseña en la propia Constitución; de hecho puede afirmarse que se reproduce. Aunque Defensa nacional y seguridad ciudadana son funciones que forman parte de la más amplia de seguridad, en la Constitución se presentan claramente diferenciadas. Así, el art. 8.1 se ocupa de la Defensa nacional, mientras que el art. 104.1 lo hace de la seguridad ciudadana. Distinción que igualmente se percibe en las normas que se aplican tanto a la Guardia Civil como a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y que, además, está relacionada con el hecho de que, aunque a la Guardia Civil se le atribuyan funciones de policía reguladas en la LOFCS y funciones militares³¹, aún pendientes de concretar³², se establezca una doble dependencia de este Cuerpo; en el primer caso del Ministerio del Interior, y, en el segundo, del Ministerio de Defensa. Pero sobre todo conecta con el hecho de que siempre que está en juego la Defensa nacional, ya sea de una forma

²⁹ Hay que recordar que el RD 179/2005 limita su ámbito de aplicación, desde el punto de vista de la actividad, a las labores de seguridad en los términos previstos en la LOFCS.

³⁰ De esta forma, esa futura regulación vendrá a complementar la prevista en el citado RD 179/2005 para el personal militar.

³¹ Vid. art. 10 del Código Penal Militar; Preámbulo y arts. 7.3 y 9. b) de la LOFCS.

³² Sobre las posibles funciones, vid. COSIDO GUTIÉRREZ, I. «La Guardia Civil en la Defensa Nacional», *Revista Española de Defensa*, núm. 105, 1996, págs. 28-31.



directa o indirecta (como sucede en el caso del personal civil que presta servicios en centros o establecimientos militares), se cuenta con una regulación específica tanto para el personal civil, funcionarios o personal laboral, como especialmente para el personal militar. Una regulación que, en todos los casos, intenta salvaguardar la Defensa nacional y, al mismo tiempo, parte de la premisa de que la normativa común no puede obtener esta finalidad; menos aún en este supuesto en el que se trata de preservar la seguridad y salud laboral del personal militar que desempeña expresamente labores militares. De ahí que se requiera una normativa específica, y, a su vez, distinta tanto de la regulación común como de las normas singulares (en este supuesto de los RD a los que se ha hecho referencia que se ocupan de la prevención de riesgos en el ámbito militar).

3.3. El principio de traslación

A la hora de establecer la futura regulación, hay que tener en cuenta un aspecto, al que ya se ha hecho referencia, tan importante como es el hecho de que el personal militar al que se va a dirigir la futura regulación presta servicios en un marco organizativo singular, esto es, la organización castrense en la que están presentes los principios que se han indicado; principios que, a su vez, determinan esa singularidad. Pues bien, el principio de traslación, al que aquí se hace referencia, se manifiesta en el sentido de que el legislador tendrá que partir de esos principios y de la propia organización castrense para establecer una regulación en materia preventiva que, al mismo tiempo, pasará a formar parte del ordenamiento militar. De esta forma, los aspectos organizativos van a quedar recogidos, en mayor o menor medida, en esa futura regulación. Esto se explica por el hecho de que, a pesar de que dicha regulación deberá tener como finalidad la preservación de la seguridad y salud del personal militar, existe una realidad organizativa, destinada a preservar la Defensa nacional, que no es posible ignorar, sino que, por el contrario, requiere unas respuestas específicas en el ámbito de la seguridad y salud laboral. Así ha sucedido tanto en la regulación prevista en el RD 179/2005, en la que se han visto reflejadas esas singularidades que se encuentran vinculadas, no a la función señalada en el art. 104 de la CE, sino al carácter militar del personal al que se dirige; como en la establecida en el RD 1932/1998, en la que también se recogen ciertas peculiaridades organizativas fundamentadas en el propio ámbito militar en el que presta servicios el personal incluido en su ámbito de aplicación. Por tanto, con mayor razón en este caso.

La cuestión es cómo puede tener lugar esa traslación. Pues bien, en primer lugar, la norma puede aprovechar la presencia acentuada del principio de jerarquía en la organización militar para integrar la prevención de ries-

gos laborales de una forma natural en la cadena de mando, dotando al superior jerárquico de funciones tanto de control y exigencia del cumplimiento de las medidas de prevención por parte de sus subordinados como de recepción de las propuestas destinadas a elevar el nivel de protección³³; y, a su vez, responsabilizándole de que se apliquen las medidas preventivas en todos aquellos aspectos a los que alcance su control y de que proporcione a sus subordinados una información directa de las posibles situaciones de riesgo.

Pero, en segundo lugar, el principio de traslación también puede operar teniendo en cuenta la existencia de ciertos órganos dentro de la propia organización militar con objeto de conferirles funciones en materia de prevención de riesgos laborales que encajan perfectamente entre las que tienen atribuidas. Esto no conlleva distorsiones desde el punto de vista organizativo, sino que, por el contrario, permite que la prevención de riesgos laborales se incardine fácilmente en el ámbito militar. En concreto, el hecho de que se cuente con distintos Consejos Asesores de Personal (al margen del previsto para el Cuerpo de la Guardia Civil), uno para cada Ejército y uno para los Cuerpos Comunes,³⁴ (art. 151 de la LRFAS) con la finalidad de analizar y valorar las propuestas o sugerencias planteadas por los militares profesionales referidas al régimen del personal y a la condición de militar, permite incluir en su ámbito de actuación los aspectos relacionados con la prevención de riesgos laborales en cuanto a las tareas militares que lleven a cabo los sujetos³⁵.

Ahora bien, junto a esta posible forma de participación, que también se contempla en el RD 179/2005, sería necesario crear un órgano al efecto. Es decir, es cierto que el personal militar está excluido del ejercicio del derecho de libertad sindical (art. 1.3 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical), pero el hecho que la LPRL haga coincidir representación en términos de reivindicación con representación, desde el punto de vista de la cooperación y la colaboración, en el ámbito de la prevención no puede dar lugar a excluir la posible existencia de Delegados de prevención, y, a su vez, de Comités de Seguridad y Salud. Si así se hiciese se estaría ante una aplicación errónea del principio de traslación, lo que puede apreciarse en el citado RD 179/2005. Es cierto que, recurriendo a los citados Consejos

³³ Existe la posibilidad de que los sujetos eleven las propuestas que estimen convenientes por el conducto regular, *vid.* arts. 203 y 205 de la ROFAS.

³⁴ Son órganos de participación en el que los representantes son elegidos por sorteo, es decir, no hay una celebración de elecciones. *Vid.* COTINO HUESO, L. *El modelo constitucional de Fuerzas...*, *op. cit.*, págs. 388-394.

³⁵ Ámbito que aparece delimitado en el art. 3 del RD 258/2002, de 8 de marzo, por el que se regulan los Consejos Asesores de Personal de las Fuerzas Armadas.



en los términos analizados, se permite la participación del personal militar pero también lo es que este derecho configurado en esos términos aparece como un derecho de contornos excesivamente limitados. Lo importante en este aspecto será conocer hasta qué punto existe una incompatibilidad entre la función de Defensa nacional que se encomienda a estos sujetos y la posibilidad de contar con representantes en materia de prevención de riesgos. Incompatibilidad que no tiene por qué existir si se parte de la idea de colaboración a la que se ha hecho referencia.

Desde este punto de vista no parece imposible que se establezcan unos órganos de representación específicos, con formación y medios, que nada tengan que ver con una representación en términos reivindicativos; lo que se puede obtener a partir del diseño de las funciones de estos órganos, con independencia de que se les llame Delegados de prevención o de que se les denomine de otro modo. Esos Delegados, que podrían ser elegidos por los propios miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas, según los casos, por ejemplo, en proporción a la asignación de representantes en los Consejos Asesores de Personal, podrían realizar, entre otras, labores de colaboración, promoción y fomento de la cooperación del personal militar en el cumplimiento de las normas preventivas, e incluso tener acceso a la información sobre las condiciones de trabajo, o solicitar la adopción de medidas preventivas, o vigilar y controlar el estado de las citadas condiciones, o ser informados de los daños en la salud del personal militar en el desempeño de sus tareas, así como de las tareas preventivas llevadas a cabo por los órganos de prevención, e incluso ser consultados en materia de planificación y organización del trabajo. Esta forma de representación permitiría una mayor participación de estos sujetos en materia de prevención de riesgos laborales contribuyendo a elevar el nivel de protección de los sujetos cuando desempeñen labores vinculadas a las tareas que se concretan en la LOFCS. Cuestión distinta sería el modo de articular el ejercicio de esas funciones, su alcance, y las posibles excepciones, ya que no hay que olvidar que la toma de decisiones en el establecimiento militar está condicionada por la existencia de una cadena de mando, dirigida a preservar la Defensa nacional³⁶.

³⁶ De hecho hay que recordar que el RD 1932/1998 en el que sí se contempla esta forma de participación condiciona la consulta a estos representantes en cuanto a la materia de planificación y organización del trabajo en el establecimiento militar a que en ningún caso se pueda paralizar, retrasar o entorpecer la ejecución de aquellas decisiones que se adopten en función de los intereses y seguridad de la Defensa. Es decir, de esta forma se limita el derecho a consulta para salvaguardar la Defensa nacional. Lo que, con mayor razón puede ocurrir en el caso que ahora se analiza, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de tareas militares. Sin embargo, aunque en este caso también se contemplara esta excepción, esto no tendría por qué dar lugar a negar en todos los casos el derecho a consulta, más aún si se piensa que en el mar-

En tercer lugar, el principio de traslación también puede tener su reflejo a la hora de crear órganos de prevención³⁷, sobre todo porque la futura regulación deberá partir de una realidad específica y absolutamente diferenciada de la de cualquier otra Administración. Es decir, habrá aspectos que puedan tener como referente la regulación común, pero en otros se aprecian claras divergencias a las que habrá que dar respuesta, y para las que ni siquiera será posible acudir a las previsiones recogidas en el RD 179/2005. Sobre todo si lo que se persigue es la adecuación de esos órganos a la concreta organización y con ello la eficacia en las labores preventivas que desempeñen sus miembros³⁸. De esta forma, el contexto del que debe partir la futura regulación está constituido por la propia organización territorial de las Fuerzas Armadas, la existencia de distintos Ejércitos y órganos comunes a los mismos. Pero, al mismo tiempo, también deberá tener en cuenta la dependencia orgánica y funcional, así como el ámbito de competencia que van a tener los órganos de prevención que se establezcan va a variar³⁹.

Pues bien, a partir de esa realidad podría diseñarse la organización de la prevención proyectándose de ese modo el principio de traslación, pero, por lo demás, será igualmente necesario que los órganos de prevención se integren por un conjunto de medios humanos y materiales, que los sujetos posean una formación en materia preventiva, y que realicen, entre otras, funciones relativas a la evaluación de riesgos, planificación de la prevención, establecimiento de medidas de este tipo, elaboración de los planes de emergencia, etc⁴⁰. Es decir, que lleven a cabo tareas de carácter preventivo, como

co de la función de Defensa nacional se incluyen una diversidad de tareas algunas, por ejemplo, vinculadas a la gestión administrativa para las que no parece razonable que no exista ese derecho, ni que por ello se vea menoscabada la Defensa nacional. No obstante, al margen de que estos órganos no tengan carácter reivindicativo, hay que tener en cuenta que será necesario otorgarles una serie de garantías, que deberán disponer de un crédito de horas para realizar sus funciones y esto puede interferir en la organización del trabajo que estos sujetos realizan; lo que puede ser admisible o no dependiendo de las tareas que tenga encomendado ese representante, y de que se vea o no afectada de forma negativa la Defensa nacional.

³⁷ Órganos de prevención propios, es decir, no parece que se vaya a recurrir a servicios de prevención ajenos, sobre todo por la función que está en juego. Es decir, si se tiene en cuenta el principio de traslación, hay que partir de la existencia de una organización expresamente destinada a preservar la Defensa nacional, por tanto no es previsible que intervengan agentes externos.

³⁸ De ahí que el art. 13 del RD 179/2005 haga hincapié en que los órganos de prevención que en él se establecen sólo dirigen su labor a salvaguardar la seguridad y salud de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación para el caso en el que realicen las labores de carácter policial.

³⁹ Desde este punto de vista el referente es el Ministerio de Defensa.

⁴⁰ Del mismo modo, en la futura regulación también se deberá tomar en consideración que la labor de estos órganos de prevención debe extenderse a las misiones militares que el personal militar lleve a cabo en el extranjero.



lo pueden hacer otros órganos de prevención. En este aspecto también hay que hacer referencia a la posible actuación del principio de traslación en el caso de la función de vigilancia de la salud. Para ello habrá que considerar la existencia de la denominada sanidad militar⁴¹, lo que hace pensar que van a ser sus propios Servicios Médicos los que desarrollen esta función; con independencia de que exista una coordinación y una colaboración entre los órganos de prevención que se creen y estos Servicios. Aunque, al margen de esta posible solución, quizás lo más deseable, en términos de interdisciplinariedad, sería la incorporación de los profesionales sanitarios que prestan servicios en las Fuerzas Armadas y en la Guardia Civil en medicina preventiva a los futuros órganos de prevención que se creen.

Sin embargo, el hecho de que se cuente con unos órganos de prevención adaptados a esas singularidades organizativas no significa que la futura normativa que se establezca al respecto sólo se ocupe de perfilar estos aspectos. Es decir, desde el punto de vista de la Defensa nacional es importante que se trasladen esas peculiaridades puesto que obedecen a su salvaguarda, pero no hay que olvidar que también está en juego la seguridad y salud del personal que tiene encomendadas tareas militares. Esto significa que la futura regulación, si se quiere que sea operativa, eficaz y pueda aplicarse, deberá establecer al menos unos criterios, sobre todo con respecto a los medios humanos y materiales con los que deberán contar, por ejemplo, unos requisitos mínimos en cuanto a especialidades que serán necesarias, o un número mínimo de especialistas. Pero también debería indicar el ámbito de actuación de los órganos que se creen, y sus propias funciones. En este aspecto, sería necesario concretar, entre otros, aspectos clave como son los términos en los que se va a llevar a cabo la evaluación de riesgos; qué criterios se van a tomar como referente para determinar cuándo es posible y cuando no cabe adoptar medidas preventivas, o al menos, todas las que podría establecerse; con qué periodicidad se va a llevar a cabo; qué controles se van a realizar; cómo se va a planificar la prevención; qué elementos van a integrar el plan de prevención, al margen de que después, en la práctica, se requiera una valoración caso por caso.

En definitiva, la futura normativa, después de años de espera, debería ser detallada para poder ser aplicable. De otro modo, se trasladarán las peculiaridades organizativas destinadas a salvaguardar la Defensa nacional

⁴¹ *Vid.* la Orden 147/2002, de 27 de junio, por la que se regula la estructura de la Red Sanitaria Militar, así como la Instrucción 153/2002, de 3 de julio, por la que se regula el Instituto de Medicina Preventiva de la Defensa «Capitán Médico Ramón y Cajal», entre cuyas funciones, por lo que aquí interesa, se puede destacar la de estudiar y prevenir situaciones de riesgo para la salud en todos los ámbitos de actuación de las Fuerzas Armadas». Los hospitales militares y el citado Instituto están integrados en la subsecretaría de Defensa.

pero, desde el punto de vista preventivo, carecerá de operatividad. Es más, será imprescindible contar con un instrumento de control que permita determinar si son o no eficaces el diseño de la organización de la prevención y las medidas que se adopten; instrumento que parece que procederá de la propia Administración militar, sobre todo si se tiene en cuenta que la organización militar como tal está destinada a preservar la función de Defensa. De esta forma, el órgano que controle se encuadrará en esta organización; por lo que, nuevamente, se estará ante una manifestación del principio de traslación.

3.4. El principio de coordinación

Como ya se ha señalado, el personal militar tiene un estatuto propio, distinto al del resto de los funcionarios públicos, que, al igual que la organización castrense, obedece a esa necesidad de salvaguardar la función de Defensa nacional. En este sentido, el principio de coordinación actúa de forma que el legislador deberá tener en cuenta la regulación existente para el personal militar con objeto de proporcionar una respuesta coherente en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Sobre todo porque determinados aspectos (como por ejemplo, la formación) cuentan, a nivel general, con una regulación singular para el personal militar, distinta a la prevista para otros funcionarios públicos, que puede incidir en el ámbito de la prevención; de ahí la operatividad del principio de coordinación⁴². De esta forma, también se enlazará la necesidad de salvaguardar la Defensa nacional, a la que obedecen esas normas de las que debe partir el legislador, y la de preservar la seguridad y salud laboral, a la que responderá la futura normativa preventiva, con objeto de proporcionar una respuesta equilibrada en los términos que a continuación se analizan. En concreto, el principio de coordinación deberá actuar en aspectos tales como la información, la formación, los planes de seguridad y las previsiones relativas a la protección de la maternidad; en todos ellos ya ha reparado el RD 179/2005.

En la organización militar existe un modo de transmitir la información en el que está implícita la presencia de los principios de jerarquía y disciplina a los que ya se ha aludido. Pues bien, inevitablemente, este aspecto se va a ver reflejado en la futura regulación en materia de prevención de riesgos laborales para el personal militar que realice tareas militares. Más aun si se parte de la relevancia que tiene la información para el cumplimiento de la función de Defensa, en concreto, la transmitida en las órdenes que emi-

⁴² No obstante, hay que indicar que en algunos casos, como se verá, la actuación del principio de coordinación va a determinar la necesidad de modificar esa regulación singular.



ten los sujetos. Sobre todo porque, a partir del deber de obediencia, se exige su correcto cumplimiento ya que las citadas órdenes se establecen con objeto de obtener un sistema eficaz para salvaguardar la Defensa del Estado. Por tanto, lo previsible es que, al igual que ha sucedido en la regulación prevista en el RD 179/2005, los manuales de servicio, las instrucciones y órdenes impartidas, se configuren como el instrumento idóneo para transmitir esa información en materia de prevención de riesgos laborales. De esta forma, será posible coordinar la regulación existente con la futura normativa preventiva, y, al mismo tiempo, proporcionar una respuesta adecuada a la necesidad de que el personal militar conozca los riesgos que conlleva su labor, las medidas adoptadas e incluso esa imposibilidad de tomarlas por su incompatibilidad con la función que desempeñan.

En cuanto a la formación hay que tener en cuenta que a este personal militar se le exige una formación específica destinada a la función que tienen encomendada⁴³, que se adquiere por una vía distinta de la educación civil. La formación que se proporciona al sujeto en la academia militar no sólo le permite adquirir una serie de conocimientos técnicos, tanto teóricos como prácticos, vinculados a la función que va a desempeñar, sino que, al mismo tiempo, aprende y hace suyas una serie de reglas y unos valores específicos que también están dirigidos a preservar esa función. Por tanto, tiene sentido que la formación en materia de prevención de riesgos laborales se proporcione del mismo modo, y esto determine la modificación de los planes de estudio para su inclusión. Ahora bien, tal y como se ha establecido en el RD 179/2005, en el caso de la formación de los integrantes de los órganos de prevención también podría ser admisible que se exigiese la formación prevista en el RSP. De hecho, si se tiene en cuenta la generalidad con la que el RSP perfila las funciones preventivas, nada impediría que la formación que se establece en esta norma para llevar a cabo las diferentes funciones se configurase como la base para poder realizar tareas preventivas destinadas a preservar la seguridad y salud laboral del personal militar cuando desempeñase tareas de carácter militar. De hecho muchos riesgos van a ser idénticos a los que pueden afectar a otros colectivos.

No obstante, hay que tener en cuenta la necesidad de que los sujetos que tengan encomendadas labores preventivas obtengan una formación específica vinculada a la función de Defensa nacional. Esto tiene sentido si se parte de la base de que, al hacer referencia a funciones tales como la evaluación de riesgos, la planificación de la actividad preventiva o la elaboración del plan de prevención, inevitablemente hay que partir de las singularidades que se derivan de la citada función. Además, hay que tener en cuen-

⁴³ *Vid.* el Título V de la ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, relativo a la enseñanza militar.

ta que en muchos casos esas singularidades van a impedir la adopción de medidas preventivas, mientras que otros sólo van a posibilitar que se tomen algunas de ellas, ya que de otro modo se estaría impidiendo que se preservara la citada función. Por tanto, en este caso lo deseable sería que el personal, además de la formación prevista en el RSP (dependiendo de las tareas preventivas que fuese a desempeñar), tuviese una formación vinculada a esta función. Formación, ésta última, que deberían adquirir en el marco de los planes de estudio y programas propios de las Fuerzas Armadas. Sobre todo, porque, al margen de que la norma establezca ciertos criterios para que sea posible determinar la posibilidad o no de adoptar medidas preventivas, es preciso valorar caso por caso y para ello será necesario una preparación concreta en la que esté presente la Defensa nacional. Si así se hiciese se agilizaría la aplicación de la norma en el sentido de que sería posible contar de inmediato con personal formado al que se le proporcionaría una formación específica en los términos señalados.

Con respecto a las previsiones relativas a la seguridad, la futura regulación podrá tener presente, por una parte, la existencia de planes de seguridad para conectarlos con los planes de emergencia que podrían figurar como anexo a los mismos, al igual que se ha previsto en el RD 179/2005; y, por otra, las soluciones que las normas establecen para los periodos de embarazo y lactancia⁴⁴, que si bien no son idénticas a las previstas para el caso de la Guardia Civil, sí que existe un cierto paralelismo cuando la labor que desempeña la mujer puede perjudicar su salud y la del feto⁴⁵. De todos modos

⁴⁴ En general, *vid.* COTINO HUESO, L. *El modelo constitucional de Fuerzas...*, *op. cit.*, págs. 497-506.

⁴⁵ El art. 21 del RD 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional, establece la posibilidad de asignarle, por prescripción facultativa, un puesto orgánico que sea adecuado a las circunstancias de su estado de gestación, preferentemente en su unidad, centro y organismo de destino, salvo que no exista ninguno que sea compatible con su estado, ya que si es así el puesto se le asignará en otra unidad, centro y organismo, preferentemente en el mismo término municipal. Durante el periodo de lactancia, también es posible asignarle el puesto al que se ha hecho referencia, pero mientras que en el supuesto anterior se trata de preservar la salud de la madre y del feto, en éste la finalidad es salvaguardar la función que realiza ya que está previsto para el caso de que las ausencias por esa causa fuesen incompatibles con las necesidades del destino que ocupaba antes del embarazo. Lo que no contempla este Reglamento es la posibilidad de establecer adaptaciones en cuanto a las condiciones en las que la mujer realiza las tareas militares y esta ausencia tiene su razón de ser en la propia función de Defensa que se encomienda al personal militar, ya que, como se viene analizando, se parte de la existencia de una organización diseñada en términos de eficacia, es decir, para preservar la finalidad que se atribuye a los miembros que forman parte de la misma; de ahí que, desde este punto de vista, pueda comprenderse que no se indique esa posibilidad. En estos supuestos es el Ministro de Defensa el que determinará las condiciones en que se asignará dicho puesto. Es decir, en realidad no se trata de evitar la exposición de la madre a ciertos riesgos que pueden, a su vez, repercutir en la salud



no puede afirmarse que esas soluciones resulten satisfactorias. Por tanto, el principio de coordinación no puede operar en el sentido de que la futura regulación las transcriba, o se remita a ellas sin más, o recurra a soluciones cuya finalidad no es preservar la seguridad y la salud⁴⁶. En este caso, la futura normativa podría tomarlas como referente, pero habría que establecer precisiones y modificaciones al respecto para que la prevención sea realmente efectiva y, al mismo tiempo, se mantenga un mayor equilibrio entre la necesidad de salvaguardar la Defensa nacional y el derecho a la seguridad y salud. En definitiva, sería preciso diseñar una regulación partiendo de la finalidad de prevenir los riesgos y preservar la seguridad y salud de los posibles afectados, pero, a su vez, las decisiones que se adopten al respecto no deben impedir o perjudicar la Defensa nacional; sin que esto signifique que ésta tenga prioridad. Así, entre otros aspectos, podría establecerse la necesidad de que se realizara la previa evaluación de riesgos, y, una vez que estos sean detectados y siempre que no sea posible eliminarlos o neutralizarlos de modo que no se vea menoscabada la Defensa nacional, la obligatoriedad de proceder al cambio de puesto. La decisión no debería quedar en manos de la Administración militar, ya que si así fuera se estaría dando prioridad a la Defensa nacional, aun a costa, según los casos, de la seguridad y la salud de la madre, del feto o del lactante⁴⁷.

4. CONCLUSIONES

El personal militar tiene encomendada la función de Defensa nacional. Una función distinta al resto de las funciones públicas que, a su vez, permi-

del lactante, sino de que el servicio se ve afectado por las ausencias de la madre que ha solicitado reducción de jornada por esa razón. Desde este punto de vista lo importante para la norma es el servicio, de tal forma que la movilidad contribuya a la operatividad de los Ejércitos, esto es, se trata de responder a las necesidades de la organización. Por tanto, es la propia función de Defensa la que justifica el cambio de puesto.

⁴⁶ En el caso de las Fuerzas Armadas también se ha previsto la existencia de permisos y licencias (*vid.* art. 154 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas y Orden 102/2004, de 16 de mayo, regula los permisos por guarda legal y por lactancia para los Militares Profesionales), pero, lo mismo que ocurre para los supuestos en los que la Guardia Civil realiza tareas de carácter policial, no parece que ésta sea la solución que deba adoptarse para preservar la seguridad y salud de la mujer y del feto, y, en su caso, del menor, sobre todo porque la finalidad de las normas en las que se establecen estos permisos y licencias no responde a esta protección, con lo que no es admisible que se recurra a las mismas porque en realidad no ofrecen una solución al respecto.

⁴⁷ No resulta admisible que sea ésta la que finalmente decida, sobre todo si se quiere que esta medida resulte eficaz y, por tanto, conlleve que la mujer y el feto no se vean expuestos a riesgos que les puedan perjudicar.

te la pervivencia de las mismas. Para el eficaz cumplimiento de esta función el citado personal va a desarrollar una diversidad de tareas, lo que va a determinar que se vea sometido a una serie de riesgos, algunos idénticos a los que pueden afectar a otros colectivos, y, otros, más específicos que vinculados al el cumplimiento de la función de Defensa nacional. Sin embargo, a pesar de su situación de riesgo, por el momento, el personal militar no cuenta con una regulación destinada a preservar su seguridad y salud cuando lleve a cabo esas labores. Ahora bien, esto no puede dar lugar a interpretar que, dada la importancia de la función que tiene encomendada debe sacrificarse su derecho a la prevención de riesgos laborales.

El personal militar habitualmente se ha visto sometido a un régimen jurídico caracterizado por sus peculiaridades y especialidades, así como por las limitaciones que en él se contienen; unas y otras dirigidas a preservar la Defensa nacional. Pero esto no significa que la regulación que se dicte en materia de prevención de riesgos laborales, destinada, de acuerdo con el principio de extensión limitada, al personal militar que desempeña tareas militares, deba contener restricciones cuyo fundamento sea el sólo hecho de que se trate de labores de carácter militar destinadas a salvaguardar la Defensa nacional. Sobre todo porque esto podría dar lugar a afirmar que cualquier medida preventiva que se adopte puede ser incompatible o, al menos, entorpecer la función de Defensa, y, por tanto, a negar el derecho del personal militar a la prevención de riesgos laborales.

No hay que olvidar que la regulación a la que se debe someter al personal militar no está al margen del contexto constitucional. Es cierto que se trata de una regulación distinta, más restrictiva, pero esto no comporta su autonomía, es decir, no se está ante un ordenamiento jurídico al margen del diseño constitucional. Por tanto, las restricciones hay que ubicarlas en el contexto de los derechos y los valores constitucionales; más aun en este supuesto en el que está en juego el derecho a la vida y a la integridad del personal militar. En este caso las posibles restricciones no están expresamente establecidas en la Constitución, pero esto no puede justificar que cualquiera de ellas sea admisible; de hecho, en los supuestos en los que la Constitución establece especialidades en el régimen de derechos de este colectivo no es posible ignorar el contenido esencial de los derechos.

Lo previsible es que el legislador, a partir del principio de restricción de la prevención, tienda a someter al citado personal a una regulación en materia de prevención de riesgos laborales en la que, en unos casos, se le dotará de medidas preventivas, pero, en otros, esas medidas no se adoptarán, o, al menos, no todas las que se deberían, porque realmente exista una incompatibilidad entre la eficacia de la función que tiene encomendada y el derecho de estos sujetos a su seguridad y salud laboral. Pero en ningún caso será admisible la sumisión del citado personal a cualquier restricción por el hecho de que tenga atribuida la función de Defensa nacional. Las limitacio-



nes deberán estar justificadas y para ello se deberá partir de su verdadera funcionalidad con respecto a la misión que se encomienda al personal militar. Es decir, deberá existir una verdadera necesidad de preservar esta función y, cuando esto ocurra, la restricción no podrá ir más allá de lo razonable, deberá ser mínima. Por tanto, no cabrá que no se adopten medidas preventivas para salvaguardar la función de Defensa nacional si es posible establecerlas y con ello no se impide su cumplimiento, al menos, alguna o algunas. Además, deberá de haber una relación de proporcionalidad entre el sacrificio de los derechos que están en juego, en este caso la vida y la integridad del sujeto, y el beneficio que se obtiene para el interés general. Por esta razón, para evitar restricciones innecesarias, será necesario que el legislador especifique los términos de las posibles restricciones, al menos que aporte criterios de los que se pueda partir para poder establecer cómo se produce la integración de la prevención en todas las labores militares que desempeñe este personal. La clave para concretar esos criterios puede estar en la diversidad de labores militares ya que, al margen de que puedan coadyuvar a salvaguardar la Defensa nacional, no todas ellas deben permitir la mencionada restricción.

En el caso de las peculiaridades de carácter organizativo, aunque no tengan el mismo alcance que las que atañen a aspectos sustantivos, tampoco será admisible cualquiera de ellas a partir de la actuación del principio de traslación. Muchas de esas singularidades organizativas obedecen a la salvaguarda de la Defensa nacional y en este sentido estarán justificadas tanto la creación de órganos específicos, distinto a los previstos en la normativa común en materia de prevención de riesgos laborales, como la atribución de funciones relativas a esta materia a órganos ya existentes. En este caso puede parecer que no se van a plantear problemas porque sólo se van a ver afectados los aspectos organizativos que se van a trasladar al ámbito de la prevención; sin embargo, no siempre es así. Es decir, puesto que las especialidades, como se ha indicado, deben justificar la necesidad de lograr los fines del art. 8 de la CE, por esta misma razón no sería aceptable una conexión errónea entre la existencia de unos órganos singulares y la funcionalidad con respecto a la Defensa nacional, cuando esa funcionalidad no es real; lo que ha sucedido en el marco de la regulación prevista en el RD 179/2005.

De este modo, la exclusión del derecho de libertad sindical (art. 28 CE), no puede ser trasladado al ámbito de la prevención para justificar peculiaridades organizativas que finalmente dan lugar a restricciones y, por tanto, operan desde el punto de vista sustantivo. Sobre todo porque el hecho de que no se admitiese la existencia de representantes en materia de prevención de riesgos no respondería a la finalidad de esa exclusión, ni sería acorde con el fin que se persigue en el ámbito de la seguridad y salud laboral. Si el principio de traslación actuase de ese modo se estaría admitiendo singu-



laridades organizativas que no estarían justificadas para preservar la Defensa nacional. Por tanto, no cabe establecer cualquier peculiaridad de este tipo tomando como punto de partida la salvaguarda de esta función cuando en realidad dicha función no sirve de fundamento. En resumen, sólo serán admisibles las singularidades organizativas que verdaderamente sean necesarias porque contribuyan a preservarla.

Por último, hay que indicar que el legislador a la hora de establecer una regulación específica en materia de prevención de riesgos para el personal militar, no podrá ignorar que este colectivo se encuentra sometido a una normativa singular destinada a salvaguardar la Defensa nacional. En el sentido de que existen materias que, además de tener su propia regulación, distinta a la que pueda aplicarse al resto de los funcionarios públicos, pueden incidir en determinados aspectos que deben ser tenidos en cuenta en materia de prevención de riesgos laborales. De ahí la operatividad del principio de coordinación en el momento de establecer la futura normativa en materia de prevención de riesgos laborales para este colectivo. Principio que puede dar lugar, por una parte, a la introducción de ciertas previsiones en la normativa general para dar respuestas a las necesidades que estén presentes en el ámbito de la prevención, y, por otra, a la modificación de la regulación existente, ya sea porque no obedece a la finalidad real de la norma, o porque contiene restricciones gratuitas que aparentemente puedan tener como fundamento la Defensa nacional pero que no son necesarias para preservarla. En este caso, por más especialidades o singularidades que habitualmente existan en la normativa destinada al personal militar, la futura regulación deberá tener como referente la normativa común.



DIÁLOGO SOCIAL Y LIBERTAD SINDICAL EN EL PERÚ

ELMER GUILLERMO ARCE ORTÍZ

Profesor de Derecho del Trabajo
Pontificia Universidad Católica del Perú

EXTRACTO

El retorno a la democracia en el Perú, tras el desbarajuste institucional del gobierno de Alberto Fujimori, motivó un tibio resurgimiento del interés de los ciudadanos en los asuntos públicos.

Los años 2001 y 2002 fueron claves en la creación por parte del Estado de diversas instancias de diálogo, en las cuales se buscaba incorporar a las centrales sindicales, organizaciones de empresarios, partidos políticos e iglesia en los procesos de toma de decisiones en materia de políticas de desarrollo nacional. En este contexto nacen, básicamente, el Acuerdo Nacional y el Consejo Nacional del Trabajo.

Los años han pasado y conviene en este momento detenerse a formular un balance tentativo acerca de esta experiencia democrática. Sencillamente, este es el propósito del presente trabajo: evaluar el proceso de diálogo social peruano desde una perspectiva crítica, donde al tiempo que se detecten sus limitaciones se abran oportunidades de desarrollo y consolidación del mismo.

ÍNDICE

1. INTERVENCIONISMO, AUTONOMISMO Y DEBILIDAD SINDICAL EN LAS RELACIONES LABORALES. EL DÉFICIT DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA EN AMÉRICA LATINA
2. ¿QUÉ ES EL DIÁLOGO SOCIAL? LOS INTERESES SOCIOECONÓMICOS Y SU CONTENIDO DIFUSO
3. LOS ESPACIOS PARA EL DIÁLOGO SOCIAL: LO LEGISLATIVO Y LO GUBERNAMENTAL
4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DIÁLOGO. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL
5. LA NECESIDAD DE INSTITUCIONALIZAR EL DIÁLOGO SOCIAL EN EL PERÚ. LO FORMAL Y LO INFORMAL
6. LA ASIGNATURA PENDIENTE EN EL DIÁLOGO SOCIAL. DERECHOS DE INFORMACIÓN, BAJA TASA DE AFILIACIÓN SINDICAL, CAPACITACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y FOCALIZACIÓN EN LO LABORAL Y EN LO LEGISLATIVO

1. INTERVENCIONISMO, AUTONOMISMO Y DEBILIDAD SINDICAL EN LAS RELACIONES LABORALES. EL DÉFICIT DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA EN AMÉRICA LATINA

Después de los años 50s, las diversas dictaduras que tomaron por asalto el poder de los sistemas políticos de la mayoría de países latinoamericanos, generaron una marcada tendencia intervencionista del Estado sobre las relaciones laborales. Los gobiernos de facto inauguraron una especie de «democracia tutelada», que excluía la participación de los sectores sociales (trabajadores y empleadores). En este contexto, las tendencias de protección a los trabajadores y a los sindicatos fueron más o menos intensas, dependiendo de la concepción política que asumiera la FFAA en los respectivos países.

En Argentina, en 1955 el general Lonardi acaba con el régimen peronista, que tuvo al menos en su primera etapa un fuerte cariz sindical. En 1964, el general Castello Branco suspenderá la democracia brasileña, suspensión que luego se extenderá a dos décadas, con un fuerte perfil autoritario en lo social y en lo político. En Paraguay, desde 1954 Alfredo Stroessner pudo gobernar los treinta y cinco años siguientes, bajo el velo de una «democracia fraudulenta». El general boliviano René Barrientos dio un golpe de estado en 1964, que tuvo como efecto un periodo de fuerte represión a la clase obrera. En Ecuador, la democracia, en especial los sucesivos gobiernos del líder Velasco Ibarra, fue más de una vez interrumpida. Desde 1952 hasta 1958, también Venezuela se vio cubierta por la ola de dictaduras latinoamericanas, pues el coronel Marcos Pérez Giménez tomó el poder e inició una etapa de represión política. Y, en Perú, luego de la intervención de una Junta Militar en 1962, en 1968 el general Velasco Alvarado iniciará el primer período de un gobierno de facto que se extenderá hasta 1975. Si bien el paréntesis democrático durará hasta 1980, a partir de 1975, tras la



muerte de Velasco, Morales Bermúdez inicia junto a otros militares un proceso de contrarreforma ¹.

El caso de Perú (1968-1975), sin duda, fue distinto a la mayoría de dictaduras del continente, y es que el llamado «gobierno revolucionario de las fuerzas armadas» tuvo una tendencia poco conservadora. Al contrario, buscó desmontar el orden oligárquico peruano, poner fin a la dependencia externa y abolir la estructura socioeconómica tradicional que obstaculizaba el desarrollo nacional. A pesar del perfil autoritario de todo gobierno militar, el gobierno de Velasco incentivó la movilización popular y ensayó reformas de consolidación y participación de organizaciones sindicales y campesinas ². Quizá la razón del fracaso del modelo, entre tantas otras razones, estuvo en su origen contradictorio, esto es, la imposición de la participación de la sociedad en el poder. Aun cuando la participación debe ser un proceso voluntario, en este caso se trató de imponer dentro de determinados marcos.

Asimismo, el caso peruano presenta otras singularidades que acumulan altas dosis de autoritarismo en las relaciones laborales. A pesar de que en términos formales podemos afirmar que los gobiernos militares de corte autoritario acaban en 1980, año éste en que se retorna al régimen democrático con la entrada en vigencia de una nueva Constitución, lo cierto es que en 1992 se inicia una etapa de «dictadura con apariencia de gobierno constitucional». Alberto Fujimori, elegido Presidente Constitucional en 1990, decreta a dos años de iniciado su gobierno la disolución del Congreso de la República. En estas circunstancias, la dictadura procedió a legislar en materia sindical desde una perspectiva bastante desreguladora. Sólo basta decir que la Ley de Relaciones de Trabajo, aprobada por Decreto Ley 25593 en 1992, mereció hasta 16 observaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT por contravenir los Convenios 87 y 98. Además, la desprotección legal y real de los sindicatos fue tanta que entre el 92 y el 2000, la desaparición de sindicatos alcanzó un número considerable ³, reduciendo por ende la participación de éstos en la solución de conflictos sociales.

Ahora bien, al margen de las tendencias políticas de las dictaduras latinoamericanas, en general su desarrollo deja como secuela un fenómeno co-

¹ Para un análisis más detallado de la tendencia dictatorial en las democracias latinoamericanas, ver ALCÁNTARA, M. *Sistemas políticos de América Latina*, volumen I, Madrid, 1999.

² Una descripción de las principales políticas del llamado «gobierno revolucionario de las fuerzas armadas», puede verse en: FRANCO, C. *El Perú de Velasco*, Lima, 3 volúmenes, 1983.

³ Según datos del propio Ministerio de Trabajo, desde 1995 hasta el 2000 la cancelación de registros sindicales fue superior al número de organizaciones sindicales registradas. Es decir, la tasa de crecimiento de la organización de sindicatos era negativa. Esta situación, no obstante, se ha visto poco a poco revertida en los años sucesivos (2001 hacia adelante).

mún: un déficit democrático. En un primer momento, la administración de trabajo monopolizó gran parte de la resolución de conflictos laborales imponiéndose sobre los actores sociales, mientras, en momentos sucesivos, inspirados en teorías flexibilizadoras, los ministerios de trabajo latinoamericanos pretendieron dejar la solución del conflicto a debilitadas organizaciones sociales. Sea en uno u otro caso, ya por el paternalismo estatal o ya por el repliegue estatal en un contexto de debilidad genética de los propios sindicatos, los interlocutores sociales pocas veces tuvieron la oportunidad de consolidar espacios de diálogo serios e independientes. Nunca existió una cultura de diálogo y, menos aún, nunca existió una estructura sólida sobre la cual se pueda construir este diálogo⁴.

2. ¿QUÉ ES EL DIÁLOGO SOCIAL? LOS INTERESES SOCIOECONÓMICOS Y SU CONTENIDO DIFUSO

La tradición autoritaria e intervencionista del estado peruano, incluso pasados los gobiernos de facto, ha traído por lo menos dos efectos aparentes. Primero, la institucionalización de la idea de que el Estado es el responsable exclusivo de las políticas normativas y gubernamentales. Segundo, que hay una incipiente cultura de diálogo en los agentes sociales, esto es, no saben solucionar sus problemas en la medida que siempre existió un tercero que lo hizo. Es aquí dónde confluyen la desconfianza y la incapacidad.

Se ha dicho, con mucha razón, que el diálogo social es un término impreciso o que es una noción polivalente que connota plasticidad⁵. El diálogo social incluye todos los supuestos en los que opera un «acercamiento» de los actores sociales, tales como mecanismos de información y consulta, procesos de negociación colectiva dentro de la empresa o rama de actividad o hasta los variados mecanismos de concertación social⁶. Sin embargo, el proceso que nos interesa en este trabajo es aquél que revela un compromiso

⁴ Hay que admitir que pese al fracaso, siempre hubieron intentos por crear instancias de diálogo. Tenemos que en la década de los 80s se constituyeron el Consejo Nacional del trabajo y Concertación Social, el Comité de Vigilancia de Procedimientos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social y el Consejo Nacional de inversiones para diseñar y coordinar el manejo de instrumentos que promovieran la inversión y el empleo. Y más recientemente, en 1990 se creó el Consejo Nacional de Concertación.

⁵ VILLASMIL PRIETO, H. «La estrategia del diálogo social: de la concentración al reparto del poder decisorio en las relaciones laborales», En, *Derecho Laboral, revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, Montevideo, 2003, núm. 209, pág. 4.

⁶ ERMIDA URIARTE, O. «Diálogo Social: teoría y práctica», En, *Derecho y Sociedad*, Lima, 2005, núm. 25, pág. 262.



de democratización del sistema político y de relaciones laborales. No importa que sea formal o informal, que alcance un resultado concreto o no, sino que incorpore a los agentes sociales a la discusión y ejecución de la agenda política y social del Estado. La búsqueda de consensos entre los sujetos sociales (básicamente, trabajadores y empleadores) para la toma de decisiones, que antes quedaban a juicio exclusivo de la administración, elevan el diálogo a la categoría de trascendental para la subsistencia del propio Estado⁷.

La sociedad global, el comercio internacional, la cultura de respeto de los derechos humanos, el reconocimiento de intereses diversos en el marco de la sociedad democrática y pluriconflictual, requieren de una idea basada en el compromiso general, de un diálogo en el que se respeten las diferencias, a efectos de lograr una equidad económica y social. Y este compromiso, como es de esperar, no se sujeta a un solo nivel de participación, pues puede operar en una esfera internacional, nacional, sectorial o, incluso, empresarial. Es por eso, que el diálogo social constituye más un instrumento o un proceso democrático, que permite el acceso de todos los implicados a decidir sobre sus condiciones de trabajo y vida⁸.

Ahora bien, se puede decir que siempre existió la negociación colectiva para superar el conflicto social al interior de la empresa. Es cierto, la contraposición entre capital y trabajo, siempre tuvo a mano mecanismos legales de solución a través del diálogo, sin embargo la novedad del diálogo social en el sentido que lo venimos utilizando se centra, a nuestro juicio, en el salto más allá de las fronteras de la empresa y de las condiciones estrictamente laborales (remuneraciones o condiciones de trabajo). El diálogo social asume nuevos rumbos cuando traspasa lo estrictamente laboral⁹. El diálogo social asume su real dimensión cuando se convierte en piedra angular de la democracia participativa y del estado social de derecho, buscando implicar a todos los ciudadanos en la protección de la dignidad y libertades personales, puesto que parte de la convicción de que estos dere-

⁷ A este tipo de diálogo social, el profesor uruguayo OSCAR ERMIDA lo denomina «el concepto amplio o político de diálogo social», *Ibidem*, pág. 263.

⁸ La relación diálogo y democracia es una relación bastante íntima. Sin democracia no existe diálogo y este solo es posible en un contexto democrático. (SEPÚLVEDA MALBRÁN, JUAN MANUEL Y VEGA RUIZ, MARÍA LUZ, *El diálogo social en los países andinos: ¿nuevo camino para los sindicatos?*, Ginebra, 2000, pág. 9).

⁹ La participación gremial en la política nacional tuvo una experiencia importante en el movimiento agrario de los setentas. En el gobierno velasquista se superó la tradicional especialización reivindicacionista a la que se confinó a las organizaciones sindicales, buscando incorporar a estas a los principales debates políticos. Y ello, «fue la mejor forma para comprender e interesarse en los problemas políticos del país, de politizar al campesino, de hacerlo ciudadano». (Cfr. ARCE ESPINOZA, ELMER, *Movimientos agrarios y campesinos*, Lima, 2004),

chos son prioritarios respecto a cualquier proyecto político, social o económico¹⁰.

En este «salto» que da el diálogo social hacia fuera de la frontera de la empresa, centraremos nuestro análisis. En esta línea, queremos identificar dos cuestiones básicas. En primer lugar, el objeto temático del diálogo social también muta, en la medida que deja de ser estrictamente laboral para convertirse en socioeconómico. La defensa de los intereses socioeconómicos es quizá la novedad en el ideario sindical. Ya no interesa al trabajador solo tener buenas condiciones patrimoniales o de salud en la empresa, sino persigue su inclusión efectiva en la sociedad capitalista mediante el reconocimiento de su ciudadanía social. Es decir, desde esta perspectiva se pretende desmercantilizar la relación de trabajo y ofrecer al trabajador un conjunto de derechos sociales (por ejemplo, educación, salud, seguridad social, protección del medio ambiente, etc.), que privilegien a la persona humana por encima de cualquier decisión de corte económico¹¹.

En segundo lugar, el interlocutor principal de los agentes sociales también cambia. El empresario deja de ser la contraparte tradicional de los trabajadores, deja de ser el personaje central del conflicto, y da paso al Estado como nueva esfera de poder. El diálogo social encuentra como principal personaje del conflicto al Estado, pues es a él a quien se le reclama el reconocimiento de una ciudadanía social efectiva. Es en este contexto, que el Estado social muestra apertura a los intereses de las partes sociales¹².

Pongamos un ejemplo: el desempleo. Las tasas de desempleo que en Perú o Bolivia pueden llegar a 10%, en Ecuador o Venezuela a 15% y en Colombia al 20%, no es un problema que vaya a arreglarse desde la visión de solucionar el conflicto al interior de la empresa. Para ello, se necesitan políticas públicas que ha de diseñar el Estado y donde el conflicto entre trabajadores y empresarios aparentemente desaparece en función de un objetivo común¹³. Es más, lo mismo podríamos decir de los altos índices de informalidad en los países latinoamericanos (en Perú, la informalidad laboral se acerca al 60%), pues en este caso es necesario que se priorice el diálogo

¹⁰ Vid., sobre el particular, MARTÍNEZ, DANIEL y VEGA RUIZ, MARÍA LUZ, *Libertad sindical y diálogo social en los países andinos*, Lima, OIT Documento de trabajo 137, 2001, pág. 29.

¹¹ El Estado Constitucional, entendido en su acepción de medio de cohesión social, asienta su compromiso político con la sociedad de dotar a los ciudadanos de las condiciones materiales para una vida digna y libre. Ello se puede lograr a través del reconocimiento efectivo de los derechos sociales de ciudadanía. Ver, sobre el particular, MONEREO PÉREZ, J. L. *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, 1999.

¹² Para una visión que resalta el rol político de los actores sociales en el diálogo social, Vid. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, La institucionalización de la representación de intereses: los consejos económicos y sociales, en VVAA (coordinados por FEDERICO DURÁN), *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, 1998, págs. 79 y ss.



social en función de un objetivo conjunto de trabajadores, empresarios y Estado.

3. LOS ESPACIOS PARA EL DIÁLOGO SOCIAL: LO LEGISLATIVO Y LO GUBERNAMENTAL

La supervivencia misma del Estado Social se plantea en términos de confiabilidad frente a la sociedad y del restablecimiento de niveles de equidad económica y social. Es lógico que, a diferencia de lo que pasa en una dictadura, si los ciudadanos participan en la toma de decisiones se sientan involucrados y comprometidos con los procesos que se inician. Ahora bien, este objetivo no es fácil y requiere un equilibrio básico entre tener que facilitar la autoorganización de los sindicatos (y de la sociedad civil, en su conjunto) y, al mismo tiempo, mantener la línea de autoridad del Estado.

Salvo el ámbito judicial, donde los mecanismos de democratización pueden restringirse a la elección de jueces de paz (artículo 152 de la Constitución), los demás poderes estatales son más abiertos a una incursión de la opinión de los ciudadanos. Y precisamente en este contexto es que el concepto de políticas públicas va tomando una verdadera importancia. Como dice el profesor chileno Eugenio Lahera, el espacio de lo público necesita de metodologías de desarrollo. De procesos que presupongan objetivos y aseguren sus resultados¹⁴. Tan importante es comprender ello sobre todo en países latinoamericanos, por cuanto el diseño de la estrategia es la única manera de maximizar los beneficios de sus magros presupuestos. Señalados los objetivos es necesario diseñar un proceso que permita alcanzarlos exitosamente, por eso, la estructura de la política pública va a construirse, desde nuestro punto de vista, básicamente, sobre dos pilares: lo legislativo y lo gubernamental.

En cuanto a lo legislativo, los actores sociales normalmente han de exteriorizar sus demandas por lo menos a través de dos vías. La primera, utilizando la vía ordinaria de la iniciativa legislativa (artículo 107 Constitución), lo cual ya es un avance, aunque ello no revela un sentido de fomento de la participación democrática por parte del Estado. En esta vía, se acepta la participación, pero no necesariamente se promueve. La segunda, recibiendo el

¹³ Esta mayor importancia de la cooperación, de la participación o la colaboración, por encima del conflicto, del antagonismo o de la confrontación ha sido resaltada por el profesor DURÁN LÓPEZ. (Cfr. DURAN LÓPEZ, FEDERICO, «La participación en las relaciones laborales y en el gobierno de la economía: el consejo económico y social español», en VVAA (coordinados por el autor), *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, 1998, págs. 69 y 70).

llamado del poder legislativo con el fin de recoger su punto de vista. Es cierto, que la mayoría de veces este acercamiento ocurre de manera informal o desinstitucionalizada (en muchos casos, se debe destacar el aporte decisivo que a este propósito ha constituido Internet), pero también es verdad que el proceso de consulta social va avanzando hacia fórmulas más institucionalizadas (constitución de órganos consultivos conformados por miembros de la sociedad civil).

De otro lado, en cuanto a lo gubernamental o ejecutivo, que es otro de los pilares de cualquier política pública, la participación ha sido casi inexistente. A diferencia de los canales de participación, por lo menos hipotéticos, que cuentan los ciudadanos en el caso de la confección de leyes, los canales de participación en las decisiones del poder ejecutivo siempre han estado cerrados. La administración de trabajo, por poner un ejemplo, por muchos años ha actuado de espaldas a las opiniones de los actores sociales. Quizá en parte por esa idea paternalista respecto a los sindicatos o quizá por la debilidad de los mismos, los ministerios de trabajo han actuado, generalmente, sin escuchar las preferencias y los intereses de los involucrados en el conflicto social.

He aquí el reto y la ilusión que despierta el diálogo social en países latinoamericanos. El diálogo social, al decir de Villasmil, «se orienta a repartir y compartir el poder que rige el sistema, en tiempo pasado concentrado exclusivamente en el ámbito de influencia de la Administración»¹⁵.

4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DIÁLOGO. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

Ahora bien, dicho esto resulta fundamental preguntarse si los acuerdos generados a partir del diálogo gozan de algún fundamento constitucional. Y ello interesa por dos razones: de un lado, el fomento desde el máximo nivel normativo de medios democráticos de solución de conflictos sociales y, de otro, los niveles de protección constitucional que se extenderían a dichos acuerdos (dicho expresamente, la posibilidad de recurrir a acciones de amparo ante posibles incumplimientos).

Es cierto que nuestra constitución de 1993 poco o nada dice acerca del Diálogo Social como instrumento de concertación de políticas públicas. Es

¹⁴ Un concepto moderno de política pública debe involucrar acciones orientadas a un objetivo público definido en forma democrática. Estas acciones deben ser desarrolladas o ejecutadas por el Estado, quien diseña el proceso, con la participación de la comunidad y el sector privado. Sobre este concepto, Vid. LAHERA PARADA, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, Santiago de Chile, 2002, págs. 15 y ss.

más, de una lectura bastante rápida se puede concluir que la responsabilidad de las políticas públicas recae sobre el Estado. Es reiterada la mención de que es el Estado el que debe ocuparse de las políticas que promuevan un bienestar general fundado en la justicia y en el desarrollo integrado y equilibrado de la Nación (artículo 44 Constitución). No obstante ello, el hecho de que el Estado sea el responsable de las políticas de desarrollo nacional, no prohíbe la participación de los distintos sujetos sociales en la toma de decisiones políticas bajo el planeamiento estatal. Incluso, negar esto último, es negar la propia existencia de un régimen democrático en el Perú, lo cual viene a contraponerse claramente con el artículo 43 de la Constitución que reconoce a la República del Perú como una república democrática.

Pero hay más, el fundamento del diálogo social hay que ubicarlo también en la libertad sindical como instrumento de organización y defensa de los intereses de los trabajadores. El artículo 28 de la Constitución garantiza la libertad sindical y fomenta tanto el derecho de negociación colectiva como el de huelga. La defensa de los intereses de los trabajadores no puede entenderse delimitado a los temas de condiciones de trabajo o reivindicaciones salariales dentro de la empresa, pues los intereses de los trabajadores abarcan también otras reivindicaciones sociales y económicas. Por ejemplo, el tema de la educación a nivel nacional es un tema que incumbe a la clase trabajadora, como también lo es la seguridad social o el medio ambiente. Ya hemos dicho que los intereses de los trabajadores no se circunscriben a sus derechos dentro de la empresa, sino se trasladan a reivindicaciones de igualdad de oportunidades que mejoren su posición dentro del entramado social.

Esta idea de relacionar a la libertad sindical con «la defensa de los intereses de los trabajadores», la encontramos plasmada en varias normas internacionales, cuya función es la de desarrollar el mandato del artículo 28 de nuestra Constitución. En esta línea, el Protocolo de San Salvador, ratificado por el Perú en mayo de 1995, señala en su artículo 8 que «los Estados partes garantizarán el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses». De la misma forma, el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo reconoce en su artículo 10 que «el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o empleadores». Ahora bien, no se puede perder de vista que esta función de desarrollo que cumplen las normas internacionales respecto al artículo 28, se produce en el marco de la cuarta disposición final y transitoria de la propia Constitución desde el momento que prescribe: «los derechos reconocidos en la Constitución se interpretarán de conformidad a los instrumentos de derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú».

No obstante lo anterior, se debe agregar que la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, texto que ha de aplicarse al ordenamiento jurídico peruano por ser miembro del citado organismo del sistema ONU, también ha reconocido este contenido expansivo del derecho de libertad sindical. Ha dicho: «La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan...e) lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas».

Lo dicho, hay que aclarar, no tiene nada que ver con el impedimento de las organizaciones sindicales a dedicarse institucionalmente de manera exclusiva a asuntos de política partidaria, tal como lo indica el artículo 11.a de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Y no tiene nada que ver, porque en el diálogo social tanto los trabajadores como los empleadores participan defendiendo sus intereses de clase. Para ello, como es obvio, no es necesario conformar una organización política partidaria¹⁶.

Queremos terminar este apartado haciendo notar las nuevas fronteras que asume el derecho de libertad sindical. La labor de defensa de los intereses de los trabajadores ya no se limita a la fábrica o a la empresa, sino hay que medirla en un panorama social más amplio¹⁷. De esta forma, los sindicatos al preocuparse por los problemas sociales generales o intereses públicos, como los denomina Villavicencio Ríos, ya no sólo representan a sus afiliados, pues también se convierten en voceros de los trabajadores independientes y hasta de los desempleados¹⁸. La oportunidad que tienen los sindicatos para legitimarse en la sociedad actual es única, sólo hace falta saltar la valla que le impone la frontera de la empresa. Este salto, por lo demás, a parte de convertirlos en portavoces de los desempleados y de los

¹⁵ Cfr. VILLASMIL PRIETO, H. «La estrategia del diálogo social...», *op. cit.*, pág. 14.

¹⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, ALFREDO, *La libertad sindical en el Perú*, Lima, OIT Documento 114, 2000, pág. 48.

¹⁷ Como se ha señalado, «La libertad sindical deberá ser reconocida no como una mera libertad formal, sino como la oportunidad de ejercer un trabajo que permita expresar de la forma más adecuada las aspiraciones y competencias de cada uno. Esta garantía no supone el reconocimiento del derecho al empleo, que protege sólo al asalariado, sino a todo aquél que realiza una actividad económica productiva». MARTÍNEZ, DANIEL y VEGA RUIZ, MARÍA LUZ, *Libertad sindical y diálogo social en los países andinos*, Lima, OIT Documento de trabajo 137, 2001, pág. 15.

¹⁸ VILLAVICENCIO RÍOS, ALFREDO, «La crisis del sindicalismo y la necesidad de promoción de la libertad sindical como expresión del interés público», en *Ius et Veritas*, Lima, núm. 24, págs. 223 y 224.



trabajadores autónomos, debe obligar a las representaciones sindicales a buscar mecanismos de acercamiento a los intereses específicos de estos colectivos. Su labor será la de trabajar por la inclusión social de los ahora excluidos y desprotegidos.

5. LA NECESIDAD DE INSTITUCIONALIZAR EL DIÁLOGO SOCIAL EN EL PERÚ. LO FORMAL Y LO INFORMAL

La existencia de un alto nivel de conflicto en la sociedad latinoamericana no debe presuponer el fracaso del diálogo ni su inexistencia, al contrario debe convertirse en fuente de instancias de diálogo social¹⁹. Quizá en estas circunstancias, lo óptimo resulta ser la formalización de estas instancias de diálogo, no obstante tampoco se debe perder de vista la implementación de fórmulas inorgánicas o informales de diálogo social. Es importante comprender que mientras se abran más canales de diálogo o vasos comunicantes entre los poderes públicos y la sociedad, existirá una democracia más real y vital.

En nuestra experiencia nacional, poco o nada se ha avanzado en la creación de canales informales de diálogo, a diferencia de las reiteradas intenciones del Estado por construir vías orgánicas bajo la forma de mesas de diálogo permanentes. En esta línea, se ha impulsado la formación de órganos tripartitos como el Consejo Nacional del Trabajo (en adelante, CNT), donde los representantes de las centrales sindicales, representantes de empleadores y poder público constituyen un órgano de consulta para el Ministerio de Trabajo. Así, el artículo 13 de la Ley 27711, Ley del Ministerio de Trabajo y de Promoción del Empleo, señala que el Consejo «tiene por objeto la discusión y concertación de políticas en materia de trabajo, de promoción de empleo y de protección social en función del desarrollo nacional o regional».

Sin embargo, esta participación orgánicamente formalizada de los sindicatos en los circuitos del poder no se agota en órganos tan especializados en las relaciones laborales, pues también los agentes sociales han participa-

¹⁹ Justamente, es en las situaciones de crisis tanto económica como política, cuando con mayor ímpetu se ha recurrido al diálogo social para remediarlas o, por lo menos, para tomar medidas que no comprometan sólo a los poderes públicos. El gobierno envuelto en estos contextos críticos, normalmente ha de necesitar a los sindicatos y empresarios para llevar adelante sus «políticas de sacrificios». Para mayor información sobre la tendencia que asumió el diálogo social en la política española durante la década de los 80s, *Vid.*, la opinión de OJEDA AVILÉS, ANTONIO, «Perspectivas del diálogo social en España», en *Derecho y Sociedad*, Lima, núm. 11, 1991, págs. 23 y ss.

do en ámbitos de diálogo de mayor envergadura política. Por ejemplo, en el año 2002 el gobierno de Alejandro Toledo respaldó la firma del Acuerdo Nacional como instancia de diálogo que establezca las prioridades en el desarrollo del país. Y decimos que su espectro es más político, porque no sólo incluyó a sindicatos y empresarios, sino también a fuerzas políticas partidarias y hasta representantes de la iglesia. Además, los temas que abordó el citado Acuerdo Nacional no sólo se refieren a problemas relacionados con el mercado de trabajo o la seguridad social, sino incluso abarca temas diversos como el medio ambiente, la educación o la salud en el país²⁰.

La formalización del diálogo como se puede ver en la breve experiencia de estas instancias, no necesariamente revela un alto grado de institucionalización. El concepto de lo institucional resulta ser más cualitativo, debido a que se mide en función del grado de desarrollo de la cultura del diálogo en una sociedad. Pueden existir varias instancias de diálogo, pero de nada sirven si no son consultadas o escuchadas. De la misma forma, el diálogo social se devalúa si no existe confianza en las instancias formales de diálogo. Es por eso que lo institucional va más allá de lo meramente formal. Incluso, se puede apoyar la invención de un diálogo social informal, pero que tenga arraigo y confianza en la población.

La degradación del diálogo como instrumento de paz social se hace evidente en comportamientos que tienden a limitar la participación de los agentes sociales. Como cuando se exige a los sindicatos focalizar sus opiniones en ciertos temas, con el fin de excluir cualquier participación en otros que también le corresponden. Por ejemplo, según la Ley 27711 el Consejo Nacional del Trabajo tiene competencia para discutir y concertar políticas públicas. Lo cierto es que hasta la fecha no existe ninguna política pública global que se haya concertado, pues al contrario, la actuación del CNT se ha delimitado a la simple opinión de proyectos de Ley que posteriormente han sido aprobados por el Congreso. Entre ellas destacan la revisión a la Ley General de Inspecciones y Defensa del trabajador (2001), Ley que regula la actividad de las Empresas de Servicios y Cooperativas de trabajadores (2002), Ley que levanta las observaciones formuladas por el Comité de Libertad Sindical a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (2003), Ley que regula las modalidades formativas (2004), etc. Creemos que la opinión de los sectores sociales en estos temas es importante, sin embargo, la participación en políticas públicas implica más que eso. Implica el brindar opi-

²⁰ Hay que agregar que como consecuencia del Acuerdo Nacional se han suscrito recientemente algunos acuerdos de corto y mediano plazo, con el fin de delinear políticas inmediatas. Así, en el 2004 se suscribe el «Compromiso político, social y económico de corto plazo» y en el 2005 se ha firmado el «Pacto de mediano plazo por la inversión y el empleo digno».



nión e integrarse en el diseño de planes estratégicos de desarrollo de las labores del Ministerio, como podría ocurrir en los planes de fortalecimiento del sistema inspectivo.

También se aprecia esta degradación cuando se llama a los sindicatos a ofrecer sus opiniones en casos muy puntuales con el fin de respaldar decisiones políticas de los poderes públicos. Aquí el sindicato es utilizado para prestar su legitimidad. Comportamientos de este tipo golpean en la propia línea de flotación del sistema democrático, en la medida que afectan la credibilidad en el diálogo social sobre todo cuando no se cumplen los acuerdos y se priorizan otras políticas, distintas a las acordadas.

A modo de conclusión, creemos que a pesar de la organicidad que hoy tiene el diálogo social en el Perú, muy poco se ha avanzado en términos de institucionalización²¹. Sólo un ejemplo basta para graficar lo que se dice: la discusión de la Ley General del Trabajo. El Anteproyecto de esta Ley fue enviado hace más de tres años para su discusión y búsqueda de consenso al Consejo Nacional del Trabajo. El porcentaje de consensos alcanzados llegan a 2/3 del articulado, sin embargo, eso no es suficiente para aprobar la Ley como ha recordado la Comisión de Trabajo del Congreso, dejando una idea de ineficacia del CNT como instancia de diálogo social. Aún más, esta situación se agrava con el reciente retiro de los representantes de las centrales sindicales del citado órgano de diálogo social.

6. LA ASIGNATURA PENDIENTE EN EL DIÁLOGO SOCIAL. DERECHOS DE INFORMACIÓN, BAJA TASA DE AFILIACIÓN SINDICAL, CAPACITACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y FOCALIZACIÓN EN LO LABORAL Y EN LO LEGISLATIVO

Como se ha dicho, puede que la voluntad de diálogo y de respeto al mismo importe mucho al momento de institucionalizarlo. Sin embargo, la institucionalización del diálogo social en un país como Perú requiere de otros componentes no menos importantes. A pesar de que el rol de los sindicatos en el diálogo social salte las barreras de la empresa, es necesario que los sindicatos de base sean órganos representativos y gocen de confiabilidad en sus ámbitos.

La existencia de instancias de diálogo formal no asegura de por sí el éxito de un proceso de diálogo social. Más todavía, cuando la regulación de los sindicatos omite reconocer su derecho a la información en la empresa.

²¹ Para un análisis del diálogo social y la acción de las organizaciones sindicales en la región andina, *Vid.* SEPÚLVEDA MALBRÁN, JUAN MANUEL y VEGA RUIZ, MARÍA LUZ, *El diálogo social en los países andinos: ¿nuevo camino para los sindicatos?*, Ginebra, 2000, págs. 59 y ss.

El reconocimiento de dicho derecho, permitiría que los representantes de los trabajadores tengan acceso a datos del mercado de trabajo que les faciliten la toma de decisiones. La premisa básica para participar en la toma de decisiones o en la ejecución de ellas, es la de conocer la realidad del mercado de trabajo, si no ocurre ello el diálogo no es más que una apariencia o se pierde en la defensa de intereses de grupos muy reducidos. Por eso, resulta necesario que la Ley de Relaciones Colectivas incorpore cuanto antes el derecho de información de los representantes sindicales.

Además, fruto de la novedad que impone el diálogo social y lo poco acostumbrados que estaban los sindicatos a participar en decisiones concernientes a políticas públicas, hace falta una mayor formación en técnicas de diálogo y negociación. Asimismo, es de destacar el desequilibrio de formación jurídica y política de los representantes de los trabajadores respecto de los representantes empresariales²².

De otro lado, la institucionalización del diálogo social en el Perú requiere de organizaciones que representen efectivamente los intereses de los trabajadores. En este sentido, es necesario tomar medidas para el aumento de la afiliación sindical. Con una tasa sindical tan baja como la actual (alrededor del 6% de los asalariados, sin embargo, si se toma en cuenta la población total que trabaja incluidos los informales, esta representación no llega siquiera al 1%), las centrales sindicales negociadoras difícilmente pueden contar con un respaldo importante de la sociedad. Incluso, a este problema ha de sumarse el déficit descentralista en este tipo de órganos de diálogo social. En Lima se encuentra la sede del CNT, lo cual revela un alejamiento de la realidad de las regiones del país.

Finalmente, hace falta mencionar que en nuestro medio se han cercenado permanentemente las materias sujetas a diálogo. La Ley señala que el CNT puede participar en la toma de decisiones de políticas públicas en temas laborales, de promoción del empleo y de protección social, sin embargo, el punto de agenda siempre tiene como tema estrella el debate de temas legislativos y básicamente laborales. Como ya se dijo líneas arriba, el CNT desde su entrada en funcionamiento ha prestado opinión en más de quince proyectos de Ley y por el contrario no ha participado en ninguna política institucional del Ministerio de Trabajo.

²² LARCO, GIOVANNA y CARRERAS, PIERA, *Estudio comparativo de la formación sindical en los países andinos*, Lima, OIT Documento de Trabajo 111, 1999. En este estudio, se concluye que son excepcionales las organizaciones del área andina que tienen definida una estrategia educativa para la calificación de sus afiliados que pudieran entregar más posibilidades a sus demandas de mejores ingresos. Además, uno de los grandes factores de inexistencia de estos sistemas de formación y capacitación resulta ser la falta de solidez económica de las organizaciones de trabajadores.



Se dejan de lado los temas gubernamentales en los que los actores sociales tienen mucho que decir. Esto, sin duda, tendrá que ir cambiando y el viraje debe tener como tendencia la creación de una agenda del diálogo social. Por ejemplo, habrá que comenzar a discutir sobre la generación de empleo decente²³, la adaptación a nuevos criterios de estabilidad en el trabajo y la formación profesional del sector trabajador. Entrando a un tema que tiene que ver más con el fortalecimiento de la administración estatal, quizá un tema de enorme importancia por el que debería empezar la participación de estos actores es el del proyecto de reforma y fortalecimiento de las inspecciones laborales y de seguridad y salud en el trabajo. Además, ya es hora que la participación llegue incluso a los aspectos que tengan que ver con la organización y programación de visitas inspectivas a empresas.

²³ Este es uno de los puntos de discusión que propone Juan Carlos Cortes en una reciente investigación sobre la aplicación de los principios fundamentales en el trabajo. Para este tema, revisar CORTÉS CARCELÉN, JUAN CARLOS, *La aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en el Perú en el contexto de la integración regional*, Lima, OIT Documento de Trabajo 192, 2005, pág. 51.





LAS PERSISTENTES INADAPTACIONES DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

CARMEN FERRADANS CARAMÉS

Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

La protección social de los trabajadores a tiempo parcial ha sufrido continuas reformas y ha sido objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales que, sin embargo, no han conseguido superar las inadaptaciones del sistema general de la Seguridad Social a esta modalidad contractual, han dificultado el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, esencialmente contributiva, y han generado cierta inseguridad jurídica a los afectados.

Las mayores dificultades han surgido en torno al cómputo de los períodos de carencia. Entre los años 1994 y 1998 se aplicó una normativa que imponía una doble proporcionalidad, en la base de reguladora y en los períodos de carencia. Esta regulación, que iba más allá del principio de contributividad, ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, en diciembre de 2004, inconstitucional y fuente de una discriminación indirecta por razón de género (siendo reiterado por las STC 49 y 50/2005, de 14 de marzo). En las reglas vigentes persiste la aplicación del principio de proporcionalidad en lo relativo a los períodos de carencia, aunque acompañada de la operatividad de una serie de reglas especiales y modulada por la introducción de un tratamiento diferenciado positivo. Esta regulación, a pesar de que corrige la proporcionalidad estricta, podría estar provista de una mayor adaptación a la situación específica de los trabajadores a tiempo parcial.

En las bases reguladoras de los subsidios y pensiones a que tienen acceso los trabajadores a tiempo parcial también se pueden detectar ciertas inadaptaciones, así como en lo relativo al sistema de integración de lagunas, las cuales deberían ser corregidas con el objeto de eludir los problemas técnicos que la normativa puede plantear.

ÍNDICE

1. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: UNA INSTITUCIÓN EN CONSTANTE CAMBIO
2. PERÍODOS DE CARENCIA
 - 2.1. Antecedentes
 - 2.2. Carencia genérica
 - 2.3. Carencia Específica
 - 2.4. Reglas complementarias
3. BASE REGULADORA
 - 3.1. Subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad
 - 3.2. Pensiones
 - 3.2.1. Pensiones derivadas de contingencias comunes
 - 3.2.2. Pensiones derivadas de contingencias profesionales
 - 3.2.3. La base reguladora de la pensión de jubilación
 - 3.2.4. Cuantías máximas y mínimas de las pensiones
4. CONCLUSIONES

1. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: UNA INSTITUCIÓN EN CONSTANTE CAMBIO

Uno de los fines esenciales de la Seguridad Social es el mantenimiento de la seguridad económica de los trabajadores, contra los eventos que tienen por efecto el incremento de sus gastos y contra aquéllos que provocan que disminuya o desaparezca su capacidad para percibir ganancias. Este modelo de protección social responde a un esquema tradicional de empleo ¹, en el que la proliferación de nuevas fórmulas contractuales rompe la uniformidad preexistente.

Las modificaciones realizadas sobre los rasgos característicos de los asalariados condicionan su protección social y conllevan la inadecuación de los sistemas clásicos de Seguridad Social. Esto es así porque, habitualmente, el empleo denominado atípico resulta más frágil e inestable y, por ende, está rodeado de una mayor dosis de incertidumbre. Ello implica, normalmente, la disminución de los derechos de protección social, puesto que se disfrutan menos garantías y ventajas en un sistema cuyos principios de funcionamiento han sido concebidos para el trabajo estándar, sin prever adaptaciones a las especialidades que surgen al hilo de la extensión y consolidación de nuevas formas de empleo ².

Teniendo en cuenta que la protección social juega un rol esencial en la construcción, organización y equilibrio de las sociedades, no es con-

¹ LÓPEZ GANDÍA, J., «Trabajo a tiempo parcial y protección social tras la reforma del mercado de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 17/18, 1998, pág. 251.

² GARCÍA ORTEGA, S., «La adaptación de la Seguridad Social contributiva al trabajo a tiempo parcial», *Tribuna Social*, núm. 85, 1998, pág. 72.

veniente la ruptura de la misma, siendo primordial articular un dispositivo capaz de responder a la evolución del mundo del trabajo y a las nuevas necesidades merecedoras de protección.

En cualquier caso, la evolución de la protección social es muy lenta, procediendo más de remiendos que de verdaderas reformas. Este proceder tiene el riesgo de ser insuficiente y, por ello, se debe encontrar un medio para conciliar de forma satisfactoria la reestructuración del mercado de trabajo con el mantenimiento de los derechos originariamente asegurados por la protección social³.

En este punto, uno de los paradigmas a los que el sistema de protección social ha respondido sin una adecuada adaptación es el trabajo a tiempo parcial. La regulación de la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial (en adelante TTP) ha sido objeto de numerosas reformas legislativas y resoluciones judiciales, de cuyo conjunto se puede extraer, sólo en los últimos años, una toma de conciencia de los problemas que surgen en torno a su cobertura social. Consecuentemente, se puede deducir que paulatinamente se han adoptado medidas puntuales que pretenden mejorar la protección social de los TTP, imbuidas por un espíritu adaptador de los sistemas de protección social a la estructura actual del mercado de trabajo.

La normativa que regula la protección social de los TTP ha sufrido una dilatada evolución, y las sucesivas modificaciones realizadas han logrado con distinta intensidad una integración suficiente de estos trabajadores en los sistemas de protección social⁴ preexistentes. La técnica legislativa seguida ha generado cierta inseguridad jurídica, ya que sin rigor sistemático se han adoptado modificaciones, a modo de parches, sobre esta materia en distintas normas de rango legal o reglamentario cuyo contenido específico en ocasiones no es la protección social de los TTP⁵.

³ Cfr. ROSANVALLON, P., *La nouvelle question sociale: repenser l'Etat providence*, Edition du seuil, 1995.

⁴ Vid. DESDENTADO BONETE, A., y TEJERINA ALONSO, J.I., «Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social», *Tribuna Social*, núm. 85, 1998, pág. 89, que se plantea dos alternativas en torno a la integración de los TTP en los sistemas de protección social preexistentes, señalando los problemas que pueden surgir de cualquiera de ellas:

— La aplicación estricta del principio de proporcionalidad y con ello el surgimiento de unos derechos demasiado reducidos, y abocados a la protección asistencial.

— La aplicación del principio de igualdad y la concesión de ciertas medidas de acción positiva, mediante cotizaciones artificialmente altas que forman derechos artificiosamente elevados, y que pueden desincentivar el recurso de los empresarios a esta modalidad contractual.

⁵ Por ejemplo, tras la aprobación del RD 144/1999, se realizan diversas reformas de este tipo. El artículo 65 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, Reglamento General de Cotización, relativo al modo de cotizar de los TTP, es modificado por el artículo 2 del RD 1278/2000, de 30 de junio, relativo a la adaptación de determinadas disposiciones de Seguridad Social para su aplicación a las sociedades cooperativas; así como a una nueva corrección del mismo

A consecuencia del este último efecto se aprobó el RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Este reglamento deroga al precedente RD 144/1999, de 29 de enero, y tiene por objeto adaptar la regulación reglamentaria a las normas legales actualmente vigentes y producir una mayor seguridad jurídica que facilite la sistemática del ordenamiento de la Seguridad Social. Por lo tanto, el marco regulador actualmente vigente en esta materia está incluido fundamentalmente en la Disposición Adicional 7.^a del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en el RD 1131/2002, de 31 de octubre.

La reglas especiales de la acción protectora de los TTP cubren a todas las contingencias, excepto la de desempleo, en la que será aplicable su normativa específica, así como a todos los expedientes por prestaciones acaecidos durante su vigencia, es decir, desde el 28 de noviembre de 2002 —fecha de entrada en vigor del RD 1131/2002—. No obstante las diferencias existentes entre el RD 144/1999 y el vigente en esta materia son escasas, por lo que hemos de entender que sus efectos se han desplegado ampliamente desde el 1 de marzo de 1999 —fecha de entrada en vigor del precepto reglamentario precedente—.

El principal objetivo perseguido es el acceso efectivo a la protección social⁶ y a lo largo de los siguientes epígrafes deberemos constatar si lo anunciado se ha logrado de forma efectiva o no, mediante el estudio de las normas que regulan los períodos carenciales y las bases reguladoras de las prestaciones derivadas de un trabajo a tiempo parcial.

2. PERÍODOS DE CARENCIA

La determinación de cuáles son los períodos cotizados que un trabajador debe acreditar para tener acceso a la acción protectora de la Seguridad

artículo y precisiones sobre los subsidios por maternidad y riesgo durante el embarazo a tiempo parcial en el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

⁶ Al hilo de la reforma de 1998, dado que los TTP, habitualmente, tienen problemas para integrarse en los modelos contributivos contruidos sobre el estándar del trabajo a tiempo completo, se anuncia que se van a introducir los elementos de corrección necesarios para adaptar el funcionamiento de las normas generales del sistema a las características de esta modalidad contractual. Correlativamente el RDL 15/1998, de 27 de noviembre y su complementario RD 144/1999, de 29 de enero, señalan que van a articular una reordenación de los principios básicos que deben regir esta materia, con el objeto de hacer compatibles el principio de contributividad, propio del sistema de Seguridad Social, con los de igualdad y no discriminación, característicos del trabajo a tiempo parcial.



Social, ha sido una de las cuestiones que mayor polémica ha suscitado en torno a la protección social de los TTP, ya que las intervenciones legales, reglamentarias y judiciales sobre esta materia han sido muchas y complejas. Es por ello que a continuación se van a exponer, siquiera someramente, cuáles son los antecedentes de esta controvertida cuestión, para a *posteriori* analizar las reglas vigentes.

2.1. Antecedentes

El punto de arranque de esta litigiosa materia se encuentra en el contenido de la Resolución de 1 de febrero de 1982 de la Subsecretaría para la Seguridad Social, por la que se dictaban normas en materia de afiliación y prestaciones económicas de Seguridad Social a los TTP, que introdujo una doble proporcionalidad, estableciendo ésta no sólo en las bases de cotización, sino también en el cómputo de los períodos de carencia⁷.

Por lo tanto, se pasó de una situación en la que no se tenía en cuenta la especialidad del trabajo a tiempo parcial, al no preverse la proporcionalidad ni en las cotizaciones, a otra en la que el principio de proporcionalidad actuaba doblemente.

No obstante, en el año 1985 se aprobó el RD 625/1985, de 2 de abril, que desarrolló la Ley de protección por desempleo, y que en su artículo 3.4 estableció que el cómputo de los períodos de carencia en los contratos a tiempo parcial (en adelante CTP) no sería proporcional al número de horas trabajadas, sino que cada día trabajado sería un día computable, cualquiera que hubiera sido la duración de la jornada⁸.

Consecuentemente surgió una contradicción, en lo relativo a la carencia, entre el criterio especial fijado por el reglamento regulador de la prestación de desempleo y el general establecido por la Resolución de 1982. De la interpretación de esta controversia dependía en muchas ocasiones el ac-

⁷ Cfr. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial», en AA.VV., Coordinadores CASAS BAAMONDE, M.E., Y VALDÉS DAL RÉ, F., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 223.

⁸ El artículo Tercero de la Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social señalaba lo siguiente «A los efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el régimen de que se trate, para causar derecho a las prestaciones, se computarán las horas o días efectivamente trabajados, siendo el número de días teóricos computables el resultado de dividir la suma de las horas efectivamente trabajadas entre el número de horas que constituyen la jornada habitual de la actividad de que se trate».

Mientras que el artículo 3.4 del RD 625/1985 establecía que «Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajador a tiempo parcial, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada».

ceso efectivo a la protección social de los TTP y la cuestión fue objeto de una ardua discusión jurisprudencial.

Así, la doctrina judicial se dividió entre las dos opciones expuestas:

- El cómputo de la carencia por día cotizado e independientemente del número de horas trabajadas, por aplicación analógica del criterio previsto para el desempleo y en virtud de la insuficiencia del rango normativo de la Resolución ⁹ de 1982.
- El cómputo por horas, en proporción a la jornada de trabajo efectuada ¹⁰.

La cuestión fue definitivamente zanjada a raíz de la intervención de la sala de lo Social del Tribunal Supremo que ¹¹, ante la contradicción existente, se inclinó en unificación de doctrina a favor de la primera postura reseñada.

El TS eligió esta opción porque consideró que el examen de la normativa objeto del litigio denotaba la ausencia de normas válidas que hubieran modificado para los TTP el régimen establecido por la Ley General de Seguridad Social y sus normas de desarrollo. Ello es así, porque el TS mantuvo que la Resolución de febrero de 1982, que dispuso el principio de proporcionalidad, fue fruto de la autorización establecida en la disposición final tercera del RD 1362/1981, y que por lo tanto no tenía carácter normativo, ya que carecía de cobertura legal y reglamentaria para regular la fijación de los períodos de carencia.

En virtud de lo expuesto, se entiende que la voluntad normativa es que prevalezca el criterio consistente en que, para el cómputo del período de cotización exigible para causar derecho a la prestación, los días de trabajo en la jornada de trabajo reducida propia de los CTP sean contabilizados como días cotizados a los efectos de alcanzar el período mínimo exigible para causar la prestación, incidiendo la menor cotización únicamente sobre la cuantía de la base de cotización y, subsiguientemente, sobre la de la reguladora ¹².

Sin embargo, la opción judicial señalada es corregida por el legislador, que reacciona ante la doctrina vigente y revive la doble proporciona-

⁹ Cfr. Sin ánimo de exhaustividad, STSJ Aragón, de 23 de junio de 1992, Ar. 3090; STSJ de Cataluña, de 26 de febrero de 1991, Ar.1679; STSJ de Andalucía (Málaga), de 2 de mayo de 1991, Ar. 3118, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 2 de octubre de 1991, Ar.5833 y STSJ de Cataluña, de 5 de junio de 1992, Ar.3345.

¹⁰ Cfr. STSJ de Madrid, de 10 de septiembre de 1991, Ar. 5246 y STSJ de Aragón, de 23 de junio de 1992, Ar. 3088.

¹¹ Cfr. STS de 26 de mayo de 1993, Ar. 6374.

¹² Cfr. En este mismo sentido STS de 18 de octubre de 1993, Ar.7836; STS de 13 de diciembre de 1993, Ar. 9779; STS de 7 de marzo de 1994, Ar. 2544 y STS de 25 de marzo de 1994, Ar. 2636.

lidad¹³. La rectificación que se resalta es introducida en la Disposición Adicional 9.^a del RD 2319/1993, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones y a posteriori es confirmado en tres normas de rango legal: el artículo 4.3 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo¹⁴, la Disposición Adicional 7.^a.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, de 20 de junio de 1994 (TRLGSS) y el artículo 40 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas sociales, administrativas y del orden social, con el objeto de que no renazcan posibles controversias en torno a la suficiencia del rango normativo de la disposición implantadora.

Por lo tanto, la nueva normativa produce efectos más que proporcionales y negativos a los empleados sujetos a esta modalidad contractual y quiebra la doctrina judicial asentada en unificación de doctrina, girando de nuevo en torno al criterio introducido en la Resolución de 1982¹⁵. Ahora bien, algunos Tribunales Superiores de Justicia siguen interpretando que el cómputo se efectúe por día cotizado, con independencia de las horas trabajadas, cuando el hecho causante de la prestación es anterior a la entrada en vigor de las normas citadas (el 1 de enero de 1994)¹⁶, e incluso cuando se produce ya vigente la regulación que aplica el principio de proporcionalidad¹⁷.

Los pronunciamientos judiciales fundamentan su línea de tendencia en el hecho de que no debe realizarse un cómputo retroactivo desfavorable para las cotizaciones efectuadas con amparo en la normativa anterior, considerando que debe ser más determinante el momento de la cotización y, por ende, la normativa que en ese momento la regulaba o la doctrina judicial que la interpretaba. En caso contrario entienden que se podrían vulnerar los

¹³ Vid. LOUSADA AROCHENA, J.V., «El cómputo de la carencia para las prestaciones de Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial», *Poder Judicial*, núm. 43/44, 1994, pág. 295.

¹⁴ La Ley 10/1994 tiene su origen en el RD Ley 18/1993, de medidas urgentes para el fomento de la ocupación, y dispone en su artículo 4.3 in fine lo siguiente: «a efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos».

¹⁵ Vid. PEDRAJAS MORENO, A., «El trabajo a tiempo parcial», en AA.VV., Coordinador VALDÉS DAL RÉ, F., *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 155.

¹⁶ Vid. STSJ de Cataluña, de 22 de junio de 1994, Ar. 2597; STSJ de Cataluña, de 13 de septiembre de 1994, Ar. 3494; STSJ de Cataluña, de 29 de noviembre de 1994, Ar.4416; STSJ de Navarra, de 25 de abril de 1995, Ar. 1350 y STSJ de Castilla León (Valladolid), de 3 de enero de 1996, Ar. 48.

¹⁷ Cfr. STSJ de Castilla La Mancha, de 29 de mayo de 1996, Ar.1684; STSJ La Rioja, de 18 de mayo de 1995, Ar. 1796 y STSJ de Madrid, de 20 de enero de 1997, Ar. 83.

artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española (CE), al desplegar sus efectos una retroactividad restrictiva de derechos y tratar de modo desigual, en función de la fecha del hecho causante, a unos y otros trabajadores en relación con el valor de las cotizaciones realizadas al mismo tiempo.

No siendo unánime este proceder de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁸, debe zanjarse de nuevo el litigio el TS que¹⁹, en unificación de doctrina, se ocupa de dilucidar si la proporcionalidad, en los hechos causantes ulteriores al 1 de enero de 1994, es aplicable a todas las cotizaciones efectuadas o sólo a las posteriores a esta fecha. Al respecto el TS declara que el momento del hecho causante es el punto de referencia para determinar cuál es la normativa aplicable, siendo ésta operativa en relación a todas las cotizaciones efectuadas por el interesado, aunque sean de períodos anteriores a aquel día.

El criterio expuesto fue objeto de críticas unánimes por parte de la doctrina²⁰, puesto que su operatividad dificultaba el acceso de los TTP a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social y provocaba la existencia de una doble proporcionalidad, demasiado estricta para los intereses de los TTP²¹. A *sensu* contrario, se abogaba por la persistencia del criterio introducido en el artículo 3.4 del RD 625/1985, que después fue consolidado por la STS de 26 de mayo de 1993, según el cual cada día trabajado debía considerarse un día cotizado, con independencia de cuál fuera la duración de la jornada realizada.

No obstante, antes de abordar las peculiaridades inherentes a la vigente regulación de los períodos de carencia requeridos a los TTP para acceder a las distintas prestaciones, hay que subrayar que el criterio fijado en 1994,

¹⁸ Vid. la operatividad del principio de proporcionalidad para hechos causante posteriores al 1 de enero de 1994 en STSJ de Asturias, de 23 de febrero de 1996, Ar. 284 y STSJ del País Vasco, de 15 de marzo de 1996, Ar. 475.

¹⁹ Cfr. STS de 7 de febrero de 1997, Ar. 1168; STS de 13 de febrero de 1997, Ar. 1264; STS de 14 de febrero de 1997, Ar. 1350; STS de 30 de abril de 1997, Ar. 3558; STS de 28 de abril de 1997, Ar. 4224 y STS de 12 de mayo de 1997, Ar. 4229, que considera que debe tenerse en cuenta la fecha del hecho causante como momento de referencia para determinar cuál es la normativa aplicable, precisando que «no existe retroactividad, sino un principio de obligada observancia en la Seguridad Social, según el cual, se deben aplicar las normas a las prestaciones causadas durante su vigencia. No existiendo una infracción de la irretroactividad de las normas o de la seguridad jurídica, puesto que no se afectan a situaciones ni a derechos adquiridos».

²⁰ Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.V., «El cómputo de la carencia para las prestaciones de Seguridad Social...», *op. cit.*, pág. 294; LUELMO MILLÁN, M.A., «El Contrato a tiempo parcial: cotización y prestaciones», *Actualidad Laboral*, tomo I, 1998, pág. 255.; LUQUE PARRA, M., «Contrato a tiempo parcial y pensión de jubilación: doble proporcionalidad y cómputo del día cotizado como criterios que distorsionan la lógica incentivadora de esta modalidad contractual», *Relaciones Laborales*, núm. 15/16, 1998, pág. 280.

²¹ Vid. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., «La protección social de los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 226.



fuerza de una amplia discusión, ha sido definitivamente anulado por el TC. La STC a la que nos referimos tiene su origen en una cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el contenido del segundo párrafo del artículo 12.4 del TRET, versión 1994, y manifiesta que el principio de igualdad no sólo exige que una diferencia de trato —en este caso entre la protección social de los TTP y los trabajadores a tiempo completo (en adelante TTC)— resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que esta diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida²².

El Alto Tribunal entiende que no resulta contrario al artículo 14, a raíz del principio contributivo que guía nuestro sistema de Seguridad Social, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un TTC. Sin embargo, a efectos del cómputo de los períodos de carencia, la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta conduce a un resultado desproporcionado. A causa del mismo, se puede dificultar sobremanera el acceso de los TTP al sistema contributivo de la Seguridad Social, resultando esta repercusión aún más gravosa en el caso de los trabajadores con amplios lapsos de vida laboral trabajados con una jornada parcial y en relación a las prestaciones que exigen períodos de cotización más extensos²³.

A mayor abundamiento el TC toma en consideración la feminización que rodea a esta modalidad contractual, a través de evidencias estadísticas constatables, y refuerza su postura mediante la consideración de que con esta disposición legal se provoca una discriminación indirecta por razón de sexo. Por lo tanto, en la medida en la que atenta al artículo 14 de la CE, es declarada inconstitucional²⁴.

Otra cuestión queda por precisar sobre esta importante decisión jurisprudencial. El TC remite a los órganos judiciales *a quo* la integración de la eventual laguna que pudiera surgir por la anulación del segundo párrafo del artículo 12.4 del TRET, en la versión que estuvo vigente desde 1994 hasta noviembre de 1998. Por ello, cuando el hecho causante de un subsidio o pensión se hubiera producido en este intervalo temporal y fuera posible interponer alguna reclamación por no haber prescrito el derecho a

²² Cfr. STC 253/2004, de 22 de diciembre de 2004, fundamento jurídico 5.º. Confirmada por STC 49 y 50/2005, de 14 de marzo.

²³ Cfr. Con detenimiento el fundamento jurídico 6.º de la STC reseñada.

²⁴ Según el Fundamento Jurídico Segundo de la STC 49/2005, de 14 de marzo, «la eventual inconstitucionalidad de una ley podría plantearse a través de un recurso de amparo cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que se reputa contrario a la Constitución».

ello, los órganos jurisdiccionales competentes deberán determinar el modo de cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones²⁵.

Éstos, a nuestro juicio, deberán interpretar que en este lapso de tiempo la regla máxima aplicable es la introducida por la STS de 26 de mayo de 1993, es decir que a cada día trabajado corresponde un día cotizado a efectos de carencia, repercutiendo la menor cotización únicamente en la cuantía de la base de cotización y de la reguladora. Otra alternativa sería que intentaran reconstruir la doctrina existente sobre esta cuestión, optando por una postura intermedia entre la proporcionalidad estricta declarada inconstitucional y la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina.

En cualquier caso, tras destacar las múltiples controversias que han surgido sobre los períodos de carencia exigidos a los TTP para acceder a las prestaciones, hay que subrayar que al hilo de la reforma laboral de 1997/98 se proclama que se debe procurar la mejora de la protección social de los TTP y, evidentemente, dados los antecedentes expuestos, uno de los puntos en los que se debe incidir de forma más importante es la modificación del modo de determinar los períodos de carencia, tanto genéricos como específicos. A mayor abundamiento, tras la adopción de las sentencias del TC 253/2004, de 22 de diciembre, 49/2005 y 50/2005, de 14 de marzo, recobra fuerza la necesidad de verificar si la normativa vigente en esta materia supera el filtro fijado en sede constitucional.

2.2. Carencia genérica

Tras este amplio preámbulo, el cambio insistentemente reclamado se produce en el RDL 15/1998 y, a posteriori, en su complementario RD 144/1999, que introducen diversas disposiciones tendentes a la consecución de un objetivo de gran envergadura: el acceso efectivo de los TTP a la protección social, mediante la combinación de los principios de igualdad, proporcionalidad y contributividad²⁶, lo cual es reiterado por el contenido del RD 1131/2002.

El artículo 3 del último precepto reglamentario mencionado, de forma similar a su precedente, contiene una serie de reglas particulares cuya

²⁵ Ello es así, porque como bien señala el TC «la modificación y posterior sustitución del precepto legal cuestionado no implica la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad considerada... puesto que en materia de derecho a las prestaciones de la Seguridad Social ha de estarse a la normativa aplicable a la fecha del hecho causante, sin que los cambios normativos posteriores afecten a la determinación de los requisitos para el acceso a una prestación cuyo hecho causante es anterior a esta modificación».

²⁶ Vid. PANIZO ROBLES, J.A., «Trabajo a tiempo parcial y protección social», AA.VV., *Trabajo a Tiempo Parcial*, Francis Lefevre, Madrid, 1999, pág. 145.

operatividad es limitada a los trabajos a tiempo parcial. En primer lugar se establece que la carencia exigida para acceder a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, resultará del cómputo de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias²⁷, calculando su equivalente en días teóricos de cotización. Por lo tanto, se deberá computar la jornada efectivamente realizada y no la pactada, con el objeto de que todas las horas efectuadas repercutan a favor del trabajador.

En segundo lugar, el mismo artículo 3.1 *in fine* establece que «a tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales». Al respecto, se ha de valorar positivamente que se adopte una norma especial para el trabajo a tiempo parcial, que produce un específico tratamiento diferenciado, para intentar adaptar la norma general al mismo. Sin embargo, el tratamiento podría haber sido más beneficioso para los TTP, si se hubiera individualizado el criterio señalado. Nos referimos al hecho de que el legislador, probablemente buscando una mayor seguridad jurídica, ha preferido tomar como punto de referencia la jornada máxima legal y no la jornada máxima del trabajador a tiempo completo comparable o la establecida por el convenio colectivo aplicable²⁸. Con ello, la opción elegida está desprovista de una mayor dosis de adaptación a la singularidad del caso concreto, lo que puede provocar que al TTP le sean computados un menor número de días teóricos²⁹.

Además, los cálculos realizados por el legislador no son exactos, ya que mientras un TTC cotizará 365 días trabajando 225 (365 menos 30 de vacaciones, 14 festivos y 96 sábados y domingos), el TTP que trabaje 8 horas durante 225 días no cotizará los días señalados, sino 360³⁰.

²⁷ Vid. LÓPEZ GANDÍA, J., «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social tras las reformas de 1998», *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999, pág. 237.

²⁸ Vid., en este sentido, como los criterios utilizados para delimitar al trabajador a tiempo parcial si han seguido un orden en el cual la jornada de referencia, en último extremo, será la establecida por el artículo 34 del TRET.

²⁹ A modo de ejemplo, podemos contrastar un supuesto de hecho en el que las horas efectivamente realizadas por el trabajador hayan ascendido a 780, siendo la jornada máxima establecida en el convenio colectivo aplicable de 1750 horas.

Si aplicamos el criterio implantado por el RD 144/1999 —y acogido por el RD 1131/2002—, las 780 horas serán divididas entre 5 y como resultado se obtendrán 156 días teóricos cotizados.

Sin embargo, si traemos a colación el otro criterio señalado, deberíamos dividir en primer lugar 1750 entre los 365 días del año, lo que nos proporcionaría como equivalente diario la cantidad de 4,8. Y, a continuación, dividiríamos 780 entre 4,8, lo que nos proporcionaría un total de 163 días teóricos.

³⁰ Cfr. ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Luces y sombras del nuevo contrato a tiempo parcial», *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999, pág. 233. Por lo tanto, en lugar de ser 5 el equivalente diario de 1826 horas de trabajo, la cifra correcta hubiera sido 4,9.

En cualquier caso, a pesar de que se ha procurado una mayor adecuación a las particularidades de los trabajos a tiempo parcial, se ha de destacar que se ha perpetuado la doble proporcionalidad preexistente³¹. Sobre la licitud de esta potencial penalización hemos de traer a colación la STS de 28 de abril de 2000³², que se pronunció sobre esta cuestión, disponiendo que el criterio adoptado es adecuado mientras, de conformidad con el principio de asimilación a los TTC, se produzca el cómputo proporcional de los descansos semanales y festivos, las vacaciones y las pagas extraordinarias³³. Por lo tanto, siendo los días teóricos un porcentaje de los días de trabajo de los TTC, si se computan todos los conceptos señalados, tal y como se prevé en el artículo 3.1 del reglamento³⁴, la proporcionalidad introducida se considera válida por el Alto Tribunal. A nuestro juicio, el TS y el ejecutivo son poco receptivos a la problemática en la que están inmersos los TTP para acceder a la protección social contributiva, subyaciendo, además, a esta situación el riesgo de favorecer la existencia de una potencial discriminación indirecta por razón de género³⁵.

No obstante, la fórmula instaurada es modulada por la implantación de un tratamiento diferenciado positivo, que pretende atenuar los efectos perversos que derivan de una estricta proporcionalidad y que resulta acorde a la exposición de motivos del precedente RD 144/1999, que anunciaba que se debían introducir los elementos de corrección necesarios para adaptar el funcionamiento de las normas generales del sistema a las características es-

³¹ Cfr. la Proposición de Ley sobre la modificación de la regulación de las relaciones de trabajo, presentada el 15 de marzo de 2002 por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, y rechazada en la sesión plenaria núm. 159, de 28 de mayo de 2002, que en su contenido sustantivo introduce una modificación del artículo 12 del TRET; concretamente en su párrafo 4 dispone que «a los efectos de determinar los períodos de carencia o de cotización exigibles para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de prestación por desempleo, cada día trabajado se computará como día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada», lo que supondría la desaparición de la antedicha proporcionalidad.

³² Ar.3823.

³³ Cfr. Fundamento Jurídico 3.º.

³⁴ Que dispone que el número de horas trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de 1826 anuales, teóricamente el máximo de la jornada legal.

³⁵ Vid. al respecto la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, así como la 86/378/CEE, del Consejo, de 11 de diciembre, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social. Así como lo dispuesto por la STC 253/2004, de 22 de diciembre, que entendió que la aplicación de un criterio de proporcionalidad estricta en esta materia provocaba la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, si bien entendiéndose que la regulación vigente, que atenúa la operatividad del principio de proporcionalidad mediante diversas reglas correctoras, no es inconstitucional y tiende a facilitar el acceso de los TTP a las prestaciones de la Seguridad Social.



pecíficas de este tipo de trabajo. Nos referimos a lo dispuesto por el artículo 3.2 del RD 1131/2002 —idéntico al anterior precepto reglamentario—, que establece que, para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, el número de días teóricos resultantes de la operación aritmética anterior será multiplicado por 1,5, siendo asimilada la fracción de día, en su caso, a un día completo³⁶.

La regla introducida, a modo de acción positiva, favorece la adquisición de la carencia necesaria en las pensiones que requieren la acreditación de unos mayores períodos de cotización. Sin embargo, siendo admisible que su acción no sea extensible a las prestaciones que necesitan una carencia más reducida, como la incapacidad temporal o la maternidad, a la inversa, no es comprensible su inacción en las prestaciones por muerte y supervivencia, que en los supuestos de no alta requieren 15 años de carencia. A nuestro juicio existe una deficiencia³⁷, que debería ser subsanada, ya que, a mayor abundamiento, no se ha seguido la línea de tendencia extendida en otras normas vigentes en nuestro sistema de Seguridad Social, tales como: el artículo 22 de la Orden de 13 de octubre de 2003, que regula la figura del convenio especial, señalando que la base de cotización a completar por un convenio especial simultáneo a un CTP será la correspondiente a las situaciones y contingencias de jubilación, invalidez permanente y muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común o accidente no laboral y el artículo 2 del RD 691/1991, de 12 de abril, sobre el cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social, que prescribe que su ámbito objetivo de actuación son las pensiones de jubilación, de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia.

Finalmente, el artículo 3.6 del RD 1131/2002 se ocupa de precisar que, fruto de las operaciones anteriores, en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que resultaría de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo, lo que ocurrirá siempre que la jornada a tiempo parcial sea superior al 66,5% de la jornada máxima legal³⁸.

³⁶ Al respecto *vid.* ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Luces y sombras...», *op. cit.*, pág. 234, que considera que en lugar de 1,5 el coeficiente corrector debería haber sido 1,6, porque tras multiplicar 225 días de trabajo por 1,5 sólo se computarán 338 días teóricos, mientras que si se multiplican por 1,62 el resultado alcanza los 365 días.

³⁷ Cfr. En este sentido, LÓPEZ GANDÍA, J., «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social...», *op. cit.*, pág. 239; GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., «La protección social de los...», *op. cit.*, pág. 237.

³⁸ En efecto, si la jornada a tiempo parcial asciende al 66,5% de 1826 horas, el número de horas trabajadas al año será de 1214,2, que divididas entre 5, proporcionarán 243 días teóricos, los cuales, para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al ser multiplicados por el coeficiente corrector 1,5, arrojan un total de 365 días cotizados.

A modo de conclusión, en cuanto a la carencia genérica, las operaciones necesarias para calcular el número de días teóricos cotizados serán las siguientes:

1. Se deberá determinar el número de horas de trabajo efectivamente efectuadas, lo que requerirá, en su caso, la conversión de los días en horas de trabajo, o del porcentaje de jornada fijado en el contrato en horas, puesto que éste es el módulo elegido³⁹.
2. El número de horas cotizadas deberá incluir la parte proporcional de los descansos correspondientes, así como de vacaciones (en cuyo mes no existe trabajo, pero sí cotización y liquidación de cuotas).
3. El número de horas realizado se dividirá por cinco, lo que proporcionará de forma ordinaria el número de día teóricos computables.
4. Únicamente en los supuestos de pensiones de jubilación e incapacidad permanente, el resultado anterior se multiplicará por 1,5.
5. En su caso, si no se reúne la carencia exigida para acceder a la prestación en cuestión, se deberán tener en cuenta los días cuota derivados de las pagas extraordinarias⁴⁰, de forma similar a lo que ocurre en los CTC⁴¹. Sobre esta último lo más favorable sería computarlos en cualquier caso, pero, de conformidad con el principio de igualdad entre los TTC y los TTP, la expuesta es la solución más correcta.

Una vez expuesta la normativa vigente, así como las cuestiones destacadas por las últimas sentencias del TC emitidas sobre esta materia, es necesario determinar si las carencias detectadas obligan a realizar alguna modificación legislativa o no⁴².

³⁹ Por ejemplo, si un asalariado trabaja 402 horas al año, y sólo ha trabajado 91 días cuando sobreviene el hecho causante de una prestación, suponiendo que existe una distribución regular de la jornada de trabajo, deberemos dividir 402 entre 365, de lo que resultará el número de horas de trabajo diarias al año, concretamente 1,1, que multiplicadas por 91 proporcionan un total de 100, que divididas entre 5, arrojan un total de 21 días teóricos cotizados.

Cuando se fije un porcentaje de jornada, teniendo en cuenta que la jornada habitual asciende a 1826 horas de trabajo al año, las operaciones serán las siguientes:

— 22% de 1826= 402 horas al año

— $402:5= 81$ días teóricos al año, que divididos entre 4, porque sólo se han trabajado 90 días del año, arrojan un total de 21 días teóricos.

⁴⁰ Vid. NAVARRO GALLEL, C., «Los días-cuota y las horas-cuota a efectos del cómputo del período de carencia en los contratos a tiempo parcial», *Actualidad Laboral*, Tomo III, 1999, pág. 3819. Así como CASTILLA CASTILLA, A., «Contratos a tiempo parcial, contratos de relevo y contratos fijos discontinuos», *Información Laboral*, núm. 13, 1999, pág. 15.

⁴¹ Cfr. STS de 21 de septiembre de 1998, Ar. 7420 y STS de 28 de abril de 1999, Ar. 4652, que se refieren a los días cuotas, como días ficticios, correspondientes a las pagas extraordinarias por las que también se cotizó.

⁴² Vid. al respecto tras la emisión de la primera sentencia de diciembre de 2004, a favor de realizar modificaciones TÁRREGA POVEDA, J., «La inconstitucional penalización del trabajo

Las opciones posibles son varias ⁴³:

- a) Aplicar el principio de proporcionalidad sólo en el cálculo de la base reguladora, es decir sólo sobre la cuantía de la prestación.
- b) Utilizar criterios distintos al del tiempo de trabajo como vara de medir los requisitos de contributividad. Por ejemplo se podría arbitrar una forma propia de computar la cotización de estos trabajadores, que no se basara exclusivamente en el cómputo del tiempo de trabajo, sino en el valor de lo aportado a lo largo de la carrera asegurativa, tal y como se hace en algunos sistemas especiales ⁴⁴, en los que ante la dificultad de seguir y controlar el tiempo real de trabajo, el esfuerzo contributivo cuantitativo es el que determina el tiempo cotizado y no a la inversa.
- c) Permitir la aplicación de un tratamiento diferenciado positivo, cómo existe en algunos sistemas especiales ⁴⁵, o de modo similar al coeficiente corrector 1.5 previsto actualmente para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, con el objeto de beneficiar a los TTP.

A nuestro juicio, la normativa vigente presenta aún algunas inadaptaciones que podrían ser corregidas, por ejemplo al computar las horas de trabajo y convertirlas en días teóricos de cotización se debería individualizar el criterio existente, fijando como punto de referencia la jornada del TTC comparable o la establecida en el convenio colectivo aplicable, y no a la jornada máxima legal. Adicionalmente, en cuanto al tratamiento diferencia-

a tiempo parcial», *Revista de Derecho Social*, núm. 28, 2004, pág. 144, y en contra GRACIA ALEGRÍA, G., «El cómputo de los períodos de cotización en el trabajo a tiempo parcial», *Tribuna Social*, núm. 172, 2005, pág. 53.

⁴³ Cfr., en este sentido ROQUETA BUJ, R., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, CES, Madrid, 2002, págs. 116 y 117.

⁴⁴ Por ejemplo, en el sistema de los toreros y los artistas. A estos efectos se podría tener presente que el RD 1131/2002, a efectos de encuadramiento y cotización, ha previsto reglas especiales para los trabajadores que realizan sus servicios de forma concentrada en determinados períodos de cada año, que son similares a algunos de los regímenes especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social, concretamente el de los artistas y toreros. Así, a estos trabajadores a tiempo parcial se les permite estar en alta durante todo el año, aun cuando existan períodos de inactividad superiores al mes, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda por razón de la actividad.

⁴⁵ Por ejemplo en el Sistema Especial de las Frutas, Hortalizas y Conservas, regulado en Orden de 30 de mayo de 1991, se prevé que a cada día o porción de día efectivo de trabajo se añadirá la parte proporcional de los días de vacaciones, festivos no recuperables y de descanso semanal que en cada caso corresponda y por los que se haya cotizado. A dicho fin cada día de trabajo se considerará como 1.33 días de cotización, cuando la actividad se desarrolle en jornada laboral de lunes a sábado, así como 1.61 días cotizados cuando la actividad se realice en jornada laboral de lunes a viernes.

do positivo existentes con la aplicación del coeficiente corrector 1.5 a determinadas pensiones, debería extenderse el mismo a otras, como las de muerte y supervivencia, que en los supuestos de no alta requieren quince años de carencia, así como procurar, con la intención de evitar un efecto boomerang de esta medida, utilizar porcentajes correctores diversos, en función de variables que permitieran modular subjetiva y/u objetivamente la incentivación de esta modalidad contractual.

2.3. Carencia específica

En cuanto a los supuestos en los que para poder acceder a la acción protectora sea necesario acreditar no sólo unos determinados períodos cotizados, sino también que un período mínimo de éstos esté comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, el artículo 3.1, en su segundo párrafo, del RD 1131/2002 prescribe que *«este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente»*. A su vez, el precepto establece una excepción a esta regla, puesto que dispone que, para poder causar las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, no será operativo lo dispuesto con carácter general, sino que su carencia específica resultará del aplicar al período exigido legalmente la cantidad fijada como coeficiente corrector, es decir, 1,5.

A nuestro juicio, en un análisis casuístico se puede constatar que la regla general se presenta más adaptada al supuesto concreto, mientras la especial está desprovista de esta característica y puede irrogar un mayor perjuicio a los afectados que tengan una jornada muy reducida⁴⁶, lo que aconseja que en caso de que se lleve a cabo alguna modificación legislativa en esta materia, ésta sea una de las cuestiones a considerar.

En cuanto a la regla general señalada, hemos de valorar positivamente dos aspectos. Por un lado, su mayor adecuación al caso concreto, lo que es corroborado al fijar a la jornada habitual y no a la máxima legal como referente —al contrario de lo que ocurre con la carencia genérica—. Y, por otro, la supresión del requisito establecido por la Disposición Adicional 9.^a del

⁴⁶ Por ejemplo en el caso de la pensión de jubilación, el período de 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante en el que debe estar comprendido el período de carencia específico exigido, tras la aplicación del coeficiente 1,5, ascenderá de modo uniforme a 22 años y medio, fruto de multiplicar los 15 años por 1,5. Mientras que si se aplicara el criterio general a un supuesto en el que, por ejemplo, el trabajador realizara el 25% de la jornada habitual, el resultado sería distinto, puesto que el 75% de 15 años ascendería a 11,25 años, lo que propiciaría que los 15 años en los que se puede reunir la carencia específica fueran aumentados hasta 26 años y 92 días (fruto de sumar 15 años+11 años+ 92 días (0,25x365)).



RD 2319/1993, de 29 de diciembre, según el cual, para que se pudiera aumentar, de modo proporcional a la disminución de jornada del TTP, el período en el que se debía cumplir la carencia cualificada, éste debía de acreditar una antigüedad de cinco años como TTP.

Después de destacar lo beneficioso, también se ha de hacer mención a determinadas dificultades que pueden surgir al hilo de los cálculos pertinentes.

En primer lugar, se ha de traer a colación la posibilidad más que frecuente de que el trabajador no mantenga durante mucho tiempo el mismo CTP o bien la misma duración de la jornada parcial. Ante el primer supuesto, para hallar el incremento proporcional del período en el que se tenga que reunir la carencia específica, se deberá promediar, año a año, la duración de la jornada de los distintos CTP que se hayan sucedido durante el preceptivo período anterior al hecho causante. Mientras que frente al segundo, deberá realizarse el promedio de la jornada realizada, año a año, para obtener el incremento definitivo⁴⁷. El módulo elegido para hallar estos cálculos es el año, y no otro, porque de este modo se pretenden reflejar de la forma más veraz posible las oscilaciones de jornada.

En segundo lugar, a consecuencia de lo advertido, se puede plantear otro problema, consistente en la identificación de la jornada habitual de referencia, que puede estar sujeta a fluctuaciones en los distintos años de trabajo y en los contratos que se suceden, complicando aún más las operaciones procedentes.

2.4. Reglas complementarias

El artículo 3 del RD 1131/2002, en sus párrafos 3,4 y 5, hace mención a un elenco de normas que a continuación se van a analizar.

En primer lugar, el párrafo 3.º del precepto citado determina que diversos supuestos de hecho en que las cotizaciones son satisfechas, aunque no se haya producido una prestación efectiva de servicios, tendrán la misma consideración, a efectos del cómputo de los períodos de carencia, que los períodos de trabajo anteriores. Concretamente se refiere a los períodos de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y descanso por mater-

⁴⁷ A favor del promedio año a año CASTILLA CASTILLA, A., «Contratos a tiempo parcial...», *op. cit.*, pág. 20, y GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Novedades de la protección social del trabajo a tiempo parcial contenidas en el RDL 15/1998 y en el RD 144/1999», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 18, 1999, pág. 175. Y, en contra, IGLESIAS CABERO, M., y MARÍN CORREA, J.M., *Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial*, Colex, Madrid, pág. 85, que consideran que las oscilaciones deberán ser promediadas mes a mes.

idad durante los que perviva el CTP, así como a los de percepción de la prestación por desempleo, tras la suspensión o extinción de una relación laboral de este tipo. Ahora bien, el contenido sustantivo de la disposición, a pesar de haber sido modificada al hilo del RD 1131/2002 —añadiendo el supuesto de riesgo durante el embarazo—, debería incluir, además de los casos citados, diversas situaciones mencionadas en el artículo 68 del RGC, como la suscripción de un convenio especial, u otras que van surgiendo en el ordenamiento jurídico, como la hipótesis descrita en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴⁸, que previendo que la suspensión y extinción del contrato a instancias de la trabajadora por causa de violencia de género dará lugar a la concesión de una prestación de desempleo, prescribe que el tiempo de la pensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo ; así como precisar que la situación de desempleo asimilable a cotizada puede ser fruto de una prestación contributiva o asistencial⁴⁹.

En segundo lugar, el artículo 3.4 prescribe que *«el cómputo de los períodos que legalmente se asimilan a cotizados, que sucedan a períodos trabajados a tiempo parcial, se llevará a cabo de forma idéntica a la utilizada en relación con el último período trabajado»*. Al respecto, se ha de concretar que el supuesto previsto contempla diversas hipótesis, tales como: el primer año de la excedencia por cuidado de hijos o los períodos de incapacidad temporal que no hayan sido agotados⁵⁰.

En tercer lugar, el artículo 3.5 establece una excepción a la doctrina del TS⁵¹ y al contenido sustantivo del RD 691/1991, de 12 de abril, que, a sensu contrario del pluriempleo, dispone que en los supuestos de pluriactividad no se admitirá el cómputo recíproco de cotizaciones en períodos de trabajo superpuestos. La explicación de esta opción se encuentra en que de la pluriactividad deriva una duplicidad protectora, basada en una separación de cotizaciones, que se manifiesta en el devengo de dos pensiones cuando se cumplan los requisitos exigidos para ello.

⁴⁸ Cfr. Al respecto LOUSADA AROCHENA, J.F., «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja», *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2005, pág. 755.

⁴⁹ Cfr. al respecto la redacción dada al artículo 68 del RGC por la Disposición Final Segunda, Una, del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, que establece lo siguiente: «la obligación de cotizar continuará en las situaciones de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, maternidad y riesgo durante el embarazo, ..., convenio especial, desempleo contributivo y asistencial,...».

⁵⁰ Cfr. sobre esta posibilidad el artículo 124.2 del TRLGSS, y sobre los supuestos citados el artículo 180 b) del TRLGSS y el artículo 4.4 del RD 1799/1985, de 2 de octubre.



Esta posición judicial es perjudicial a los intereses de los TTP, que pueden tener grandes dificultades para totalizar los períodos de carencia en dos regímenes distintos. Atendiendo a esta singularidad, el artículo 3.5 del precepto reglamentario, a modo de *lex specialis*, ha introducido una disposición con un carácter *pro operario*, que permite la suma de los días teóricos cotizados por diversos contratos a tiempo parcial, tanto si son incardinables en una situación de pluriempleo, como si lo son en una de pluriactividad, pero únicamente en los casos en los que deba aplicarse el cómputo recíproco de cotizaciones. A esta última precisión nos responde el RD 691/1991, que en su artículo 4 señala que éste es operativo sobre las pensiones de jubilación, invalidez permanente y muerte y supervivencia⁵².

3. BASE REGULADORA

La determinación del montante de la base reguladora de las distintas prestaciones a las que pueden tener acceso los TTP, está condicionada por ciertas circunstancias que rodean al desarrollo de servicios con una jornada reducida. Entre éstas podemos citar, por su relevancia, la habitual mayor irregularidad de su carrera de seguro, dada su alta tasa de temporalidad, y la frecuente escasa entidad de su base de cotización. Esto, por consiguiente, propiciará la existencia de mayores vacíos de cotización y que la cuantía de la definitiva base reguladora ascienda a una cantidad, en ocasiones, casi irrisoria⁵³.

A su vez, se ha de destacar que las reglas delimitadoras de la base reguladora de las prestaciones que se reciben por los TTP han sido objeto de un cambio de orientación al hilo de la reforma de 1998/99, puesto que las anteriores, integradas en la Disposición Adicional 9.^a del RD 2317/1993⁵⁴, de 29 de diciembre, fueron derogadas por los RD 489/1998 y 144/1999.

⁵¹ Cfr. STS de 27 de septiembre de 1993, Ar. 7043.

⁵² Vid. en este sentido PURCALLA BONILLA, M.A., y RIVAS VALLEJO, M.P., *La contratación indefinida a tiempo parcial*, Praxis, Valencia, 2000, pág. 128.

⁵³ Cfr. PÉREZ DEL RÍO, T., «Mujer y protección social», *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998, pág. 40, que denuncia que el importe de la pensión media femenina es un 38% inferior a la media masculina, lo que es respaldado por el contenido del informe 4/2000, del CES, de 26 de julio, que constata que el importe de la pensión media de las mujeres asciende a 55000 ptas (330,56 E), mientras que la de los hombres alcanza las 91000 ptas (546,92 E). Los datos expuestos son extrapolables a nuestro estudio, puesto que no podemos obviar el contexto feminizado que rodea al trabajo a tiempo parcial.

⁵⁴ La regla 4.^a de la Disposición Adicional 9.^a disponía lo siguiente:

«A efectos del cálculo de la base reguladora de las prestaciones de que se trate, se aplicarán las siguientes reglas:

En efecto, el RD 144/1999, en sus artículos 4 a 7, introdujo la reglamentación que contribuyó a delimitar la base reguladora de los subsidios de incapacidad temporal y maternidad y de las pensiones, precisando un elenco de reglas específicas y remitiéndose, en el caso de las segundas, a que, en lo no previsto expresamente en el precepto reglamentario, se aplicaran las normas establecidas con carácter general para la determinación de la cuantía de las pensiones⁵⁵. Sucesivamente, el RD 1131/2002 ha recogido sustancialmente esta regulación, con pequeñas variaciones.

Por ello, a continuación se van a abordar las peculiaridades que rodean a la protección social de los TTP, en esta última fase de la acción protectora, con el objeto de detectar y estudiar las diversas cuestiones que se suscitan y distinguiendo, para mayor claridad, entre subsidios y pensiones.

3.1. Subsidios por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad

Los artículos 4,5 y 6 del RD 1131/2002 establecen las directrices por las que se ha de regir la determinación de la base reguladora de las contingencias de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad⁵⁶.

En lo que se refiere a la incapacidad temporal (en adelante IT) hemos de diferenciar tres supuestos de hecho: que el contrato de trabajo en el cual se produce la baja esté vigente, haya sido interrumpido o haya sido extinguido⁵⁷.

1.º Se tomará el período de cotización necesario para que resulte un período de días equivalente al establecido con carácter general para la prestación de que se trate.

2.º La base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización correspondientes al período a que se refiere la regla anterior entre el divisor que corresponda con carácter general, según la prestación de que se trate».

Añadiendo, en sus puntos 3 y 4 indicaciones sobre los casos en los que procedía la integración de lagunas y sobre las especialidades que rodean a la base reguladora de la prestación por incapacidad temporal.

⁵⁵ Vid. PURCALLA BONILLA, M.A., y RIVAS VALLEJO, M.P., «La contratación indefinida...», *op. cit.*, pág. 154.

⁵⁶ En noviembre de 2005 ha sido presentado por el Gobierno a los interlocutores sociales un proyecto de reforma de la Seguridad Social. En el mismo se plantea la creación de un nuevo subsidio, el derivado de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia, con duración hasta los seis meses del niño. Caso de que sea definitivamente introducido en nuestro sistema de Seguridad Social, y dada la mayoría de mujeres empleadas con un trabajo a tiempo parcial, será necesario contemplar reglas que atiendan a las peculiaridades de los trabajos a tiempo parcial.

⁵⁷ Cfr. PANIZO ROBLES, J.A., «El trabajo a tiempo parcial...», *op. cit.*, pág. 148.



En la primera hipótesis, mediante el sistema de pago delegado, la base reguladora diaria será, de conformidad con el artículo 4.1.a) del RD 1131/2002, «el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período». Su abono se producirá sólo los días en los que el trabajador debería haber prestados sus servicios de permanecer en alta, lo que pudo tener una fácil operatividad en el contexto de la reforma de 1998, pero no al hilo de la flexibilidad que dimana del vigente artículo 12.4.a) del TRET⁵⁸.

En la segunda, mediante el sistema de pago directo por la entidad gestora o, en su caso, colaboradora, al interrumpirse la actividad se recalculará la base reguladora diaria. En este caso, será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho período y se abonará durante todos los días naturales en el que el interesado se encuentre en situación de IT.

Por lo tanto, el importe de la base reguladora diaria en su modalidad de pago delegado será mayor⁵⁹, al tenerse en cuenta sólo los días cotizados, pero únicamente se abonará algunos días, mientras que el correspondiente a la modalidad de pago directo será menor, al tenerse en cuenta los días naturales, pero se recibirá todos los días.

Asimismo, hay que traer a colación la posibilidad de que el trabajador ostente una antigüedad menor a los tres meses en la empresa, lo que propiciará que la base reguladora diaria a calcular tenga en cuenta el promedio de las bases de cotización acreditadas en el período de trabajo realizado, entre el número de días cotizados o naturales transcurridos, según corresponda la modalidad de pago delegado o directo. En ese supuesto, la prestación será abonada, correlativamente, sólo los días de trabajo efectivo o bien todos en los que persista la situación de IT.

En tercer lugar, al hilo del RD 1131/2002 se ha introducido el artículo 4.1.c), que contempla de forma singular la vicisitud de que durante una situación de incapacidad temporal se extinga el contrato de trabajo. En este caso, a modo de pago directo, el abono de la prestación deberá ser asumido

⁵⁸ El vigente artículo 12.4.a) del TRET prescribe que en el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución, no exigiendo una predeterminación tan minuciosa como la prevista al hilo de la reforma de 1998, que obligaba a precisar no sólo los extremos reseñados, sino los días concretos de trabajo de cada TTP.

⁵⁹ Cfr. CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, J.V., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada, 1999, pág.165.

por la entidad gestora o, en su caso, por la colaboradora. No obstante, el supuesto difiere del anterior en la delimitación del importe debido, puesto que se precisa que la cuantía de la prestación será equivalente a la que correspondería por una de desempleo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 222 del TRLGSS ⁶⁰.

La novedad implantada puede tener unos efectos perjudiciales para el trabajador, en la medida en que la cuantía de la prestación por desempleo puede ser inferior a la debida cuando sobreviene una de incapacidad temporal. Según el artículo 211.2 del TRLGSS, y de forma similar para los TTC y los TTP, durante los primeros 180 días en que se cobre la prestación por desempleo su importe asciende al 70% de la base reguladora, y a partir del día 181 se reduce al 60%. Sin embargo, el montante de una prestación por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, asciende al 60% desde el cuarto día de baja hasta el vigésimo y al 75% del vigésimo primero en adelante, y en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional alcanza al 75% desde el día siguiente al de la baja médica ⁶¹.

Para completar los 180 días de cotización considerados para conceder esta prestación, a los TTP se les tomarán 30 días por mes con independencia de la forma en que se distribuya su jornada de trabajo. Con ello al promediar las bases de cotización, y hallar la base reguladora, existirán días de trabajo y no trabajo, lo que repercutirá en que la cuantía pueda ser menor.

Otra posibilidad que también puede surgir es que se mantenga el disfrute de la prestación por desempleo con posterioridad a la extinción de la incapacidad temporal. En este caso se entenderá como tiempo consumido de la prestación por desempleo, siempre que se reconozca, el transcurrido en situación de IT con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo (con anterioridad a la reforma del artículo 222 del TRLGSS existían dos prestaciones sucesivas, sin que se solaparan) ⁶².

⁶⁰ El tenor del precepto legal ha sido modificado al hilo de la Ley 24/2001, de 24 de diciembre, puesto que antes, aún extinguiéndose el contrato de trabajo, si se estaba percibiendo una prestación por incapacidad temporal su cuantía se correspondía con lo establecido para ésta y no para el desempleo.

⁶¹ Asimismo, hemos de entender que la remisión que el artículo 4.1.c) hace al artículo 222 del TRLGSS se extiende a lo relativo a su duración y, por ende, si al finalizar el disfrute de la prestación por incapacidad temporal el empleado tiene derecho a recibir la prestación de desempleo, se descontará del importe debido, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido, a partir de la fecha de extinción del contrato, en la situación de incapacidad temporal. Adicionalmente, el artículo 4.2 del RD 1131/2002 precisa, en lo relativo al período máximo de duración de la prestación por incapacidad temporal, que, en todo caso, su duración se realizará por referencia al número de días naturales de permanencia en la misma, y no de forma proporcional a la duración a la jornada de trabajo.

⁶² En este caso al fin de la IT, tras el alta médica, si el trabajador tiene derecho a la prestación por desempleo y la solicita se le reconocerá atendiendo a la situación en la que se



A la inversa hay que tener presente que es factible que tras la extinción del desempleo se mantenga la situación de incapacidad temporal. En este supuesto hay que diferenciar en función de si se trata de una IT que se ha causado como consecuencia de una recaída de otro proceso producido cuando estaba vigente el contrato de trabajo o no.

Si se trata de una IT nacida durante el desempleo y recaída de otra anterior, el artículo 222 del TRLGSS precisa que se debe tratar de una recaída de un proceso que se padeció durante la vigencia del contrato de trabajo — no durante la prestación por desempleo—. Entre la recaída y el proceso originario debe existir una separación temporal inferior a seis meses, desde el alta médica del primero y la baja del segundo, debiendo estar causados ambos por el mismo diagnóstico⁶³. En este supuesto el importe de la prestación será igual al que venía percibiéndose durante el desempleo, puesto que se aplicará el mismo porcentaje.

Y cuando la IT nace durante el desempleo y no se trata de una recaída de un proceso anterior, la prestación también continuará después de finalizar el desempleo. En este supuesto, sin embargo, en el cálculo de la prestación no se valora ni la base de cotización ni el porcentaje que se percibía durante el desempleo, sino que su importe se obtiene de aplicar el 75% al salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Si se trata de un TTP se minorará el 75% atendiendo al porcentaje de cotización que hubiera aplicado el Servicio Público de Empleo Estatal en el cálculo de la prestación por desempleo.

Adicionalmente, se ha de precisar que en el caso de los trabajadores fijos discontinuos asimilados a TTP, pueden surgir dudas sobre si la determinación de la base reguladora se hará de conformidad con la fórmula prevista para los supuestos en los que el contrato está vigente o interrumpido⁶⁴. Esto es así, porque a efectos de la Seguridad Social no existe una discontinuidad del contrato, sino que se mantiene el alta y la cotización del trabajador a lo largo de todo el año⁶⁵. No obstante, a nuestro juicio, cuando sobrevenga el hecho causante del que derive el reconocimiento de una pres-

encontraba en el momento de la extinción del contrato de trabajo. Se le reconocerá la prestación, pero con efecto del siguiente al de la extinción del contrato, entendiéndose consumido el período coincidente con la prestación de IT y procediéndose a abonar el período que quede por agotar de la duración reconocida del desempleo.

⁶³ Sobre el concepto de recaída ver el artículo 9 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 (BOE de 4 de noviembre).

⁶⁴ *Vid.* al respecto el criterio núm. 98/52 del Instituto Nacional de la Seguridad Social, relativo a las especialidades que dimanar de los subsidios de incapacidad temporal que derivan de contingencias comunes, cuando el sujeto causante es un trabajador fijo discontinuo.

⁶⁵ *Vid.* La Disposición Adicional 3.ª del RD 1131/2002.

tación de incapacidad temporal en el período de inactividad, el asalariado pasará estar en una situación asimilada al alta y la entidad gestora asumirá el pago directo de la prestación.

Por otra parte, los fijos discontinuos que quedan bajo el ámbito de actuación del artículo 15.8 del TRET, permanecen en alta, con el contrato vigente, durante los períodos de campaña, lo que conllevará la determinación de la base reguladora de una prestación de incapacidad temporal según el sistema de pago delegado. Mientras que en los períodos entre campañas, con el contrato interrumpido, sólo podrán acceder a la misma en la medida en la que se encuentren en una situación asimilada al alta⁶⁶, delimitándose, en su caso, su base reguladora mediante el sistema de pago directo. Asimismo, hay de subrayar que es factible que durante una situación de incapacidad de temporal se extinga el contrato de trabajo fijo discontinuo, lo que implicará la aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.1.c) del reglamento de 2002, que se remite al artículo 222 del TRLGSS.

En cuanto a la base reguladora de la prestación por riesgo durante el embarazo, hemos de resaltar que las reglas previstas por el RD 144/1999 no contemplaban ninguna mención a esta contingencia, y la explicación es bien sencilla, pues en el momento de su aprobación, enero de 1999, todavía no existía como tal en nuestro sistema de Seguridad Social, siendo definitivamente introducida al hilo de la Ley 39/1999, de 6 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral. Tras esto, y ante la inexistencia de normas especiales, se entendió que su perfil era similar al de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y⁶⁷, por ello, su regulación fue remitida a su normativa, que para los TTP se encontraba en el artículo 4 del RD 144/1999.

Sin embargo, tras comprobarse que concurrían una serie de carencias y disfuncionalidades por esta rápida asimilación, al hilo del RD 1251/2001⁶⁸, de 16 de noviembre, se aprobó una regulación específica sobre esta prestación, que contempló sus especialidades. Si se analiza su contenido sustantivo se puede señalar que su articulado tiene en cuenta determinadas singula-

⁶⁶ En la mayoría de las ocasiones esta situación asimilada al alta consistirá en el disfrute de una prestación por desempleo, vid, por ejemplo, STSJ de Murcia, de 16 de julio de 2001, Ar. 3303, Fundamento Jurídico 3.º.

⁶⁷ Cfr. PURCALLA BONILLA, M.A., y RIVAS VALLEJO, M.P., «La contratación indefinida...», *op. cit.*, pág.163.

⁶⁸ *Vid.* de forma amplia su contenido en MERCADER UGUINA, J., «Prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo», *RL*, tomo I, 2002, págs. 1285 y ss. Además del artículo reseñado también podemos observar que el ejecutivo ha tenido presente al trabajo parcial cuando en el procedimiento que debe seguirse para la concesión de la prestación ante la entidad gestora, el empresario debe acreditar la cuantía de la base de cotización de la trabajadora correspondiente a los tres meses precedentes, y no al anterior a la suspensión.



ridades que dimanen de su disfrute por un TTP. Así, el artículo 17.4 remite la delimitación de la base reguladora diaria de este subsidio a las reglas que recogía el artículo 4.b) del RD 144/1999 para las situaciones de incapacidad temporal, en su modalidad de pago directo por la entidad gestora o colaboradora competente, precisando que los TTP recibirán el subsidio todos los días naturales en los que se mantenga la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Tras estas aclaraciones, el artículo 5 del RD 1131/2002, congruentemente, repite lo reseñado y prescribe que el acceso a esta prestación se regirá según lo dispuesto en el artículo 4.1.b) ⁶⁹ del mismo, reiterando lo establecido en el RD 1251/2001.

Por último, en lo que se refiere a los perfiles de la base reguladora de la prestación por maternidad, se ha de destacar una cualidad: su sustantividad propia, pues en momentos anteriores no existió. Al respecto, hay que precisar que los diversos preceptos que se han ocupado de delimitar tanto la base de cotización como la reguladora derivada de maternidad han fluctuado continuamente ⁷⁰ y que actualmente proporcionan una situación en la que la base de cotización no coincide con la reguladora —lo que sí ocurre en la prestación por incapacidad temporal—. Esto es así, porque la primera atiende al promedio de los tres meses de cotización anteriores a la contingencia y la segunda al del año anterior al hecho causante.

El alargamiento del período a tener en cuenta para determinar la cuantía de la base reguladora diaria de la prestación por maternidad tiene ventajas e inconvenientes. Por un lado puede reflejar de forma más veraz las oscilaciones de jornada y retribución, mientras que por otro puede provocar la existencia de mayores vacíos de cotización, dimanantes del mayor número de vicisitudes que pueden acaecer a lo largo del año y, por ende, dismi-

⁶⁹ La base reguladora diaria de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho período, abonándose la prestación económica durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación protegida.

⁷⁰ Así, cuando la prestación por maternidad no tenía aún sustantividad propia, su configuración era similar a la prevista para la incapacidad temporal en la regla 4.ª de la Disposición Adicional 9.ª del RD 2317/1993, estableciéndose que la base reguladora diaria sería el resultado de dividir el importe total de la cotización del año anterior por el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período.

Posteriormente, al hilo del RD 489/1998, la base reguladora diaria fue el resultado de dividir el promedio de las bases de cotización acreditadas en los tres meses anteriores al hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en esos tres meses. Y, finalmente, el artículo 5 del RD 144/1999 estableció que la base reguladora diaria se obtendría tras dividir las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior al hecho causante entre 365.

nuir la cuantía de la base reguladora⁷¹. La ponderación de los pros y contras expuestos, a nuestro juicio, será eminentemente casuística, pero, en cualquier caso, no existe una justificación objetiva al hecho de que el período a promediar sea distinto entre los distintos subsidios. Es más, el período del año, a pesar de conllevar ciertos riesgos, resulta más correcto, a tenor del argumento ya expuesto, y en la medida en la que entronca con lo dispuesto por el artículo 34 del TRET, que establece que la duración de la jornada de trabajo debe ser promediada en cómputo anual, y el artículo 12 del TRET, que prescribe que la verificación de si existe una disminución de jornada constitutiva de un CTP debe ser realizada en un período de referencia de un año.

Finalmente, se debe puntualizar que, al igual que en los otros subsidios, si la antigüedad en la empresa es inferior, en este caso, al año, la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan.

3.2. Pensiones

El RD 1131/2002, en sus artículos 7 y 8, determina la forma de hallar la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia, precisando que en lo no previsto expresamente se aplicarán las normas establecidas con carácter general para el cálculo de la cuantía de las pensiones.

Sobre esta cuestión el precepto reglamentario establece diversos tratamientos diferenciados para los TTP, distinguiendo entre las pensiones derivadas de contingencias comunes y de contingencias profesionales —tal y como ha ocurrido históricamente en nuestro sistema de Seguridad Social⁷²—.

3.2.1. Pensiones derivadas de contingencias comunes

El artículo 7.2 del RD 1131/2002 señala la única especialidad existente sobre esta materia, al prescribir que será factible integrar las lagunas de los períodos en los que no haya existido la obligación de cotizar, en las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivadas de enfermedad co-

⁷¹ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Novedades de la protección social...», *op. cit.*, pág. 184.

⁷² Que en sus inicios distinguía entre los seguros profesionales que cubrían riesgos profesionales, en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, y los seguros que cubrían riesgos comunes, por ejemplo el seguro de vejez aprobado en 1909.



mún o de accidente no laboral, estando o no en alta el trabajador⁷³. La singularidad aparece porque el precepto reglamentario precisa que la integración reseñada se producirá con la base mínima de cotización, de entre las aplicables en cada momento, que corresponda al número de horas contratadas en el momento en que se extinguió o interrumpió la obligación de cotizar.

En virtud de lo expuesto, surgen en torno a esta disposición diversos interrogantes a dilucidar. Así, de su dicción literal surge una primera duda, ¿cuáles son los vacíos susceptibles de integración?⁷⁴ La respuesta se encuentra en el artículo 7.2 in fine, que señala que serán los períodos entre temporadas o campañas de los trabajadores con contrato de trabajo fijo discontinuo, no considerándose lagunas de cotización las horas o días en que no se trabaja en razón de las interrupciones características de una prestación de servicios a tiempo parcial.

Lo anterior encuentra hoy un contexto legal alterado por la reforma laboral de 2001 y se ha de interpretar que el precepto transcrito se refiere tanto a los trabajadores fijos discontinuos periódicos asimilados a TTP —a pesar de que, según la normativa vigente, cotizan de forma ficticia todos los meses del año—, como a los trabajadores fijos discontinuos a los que les es aplicable el artículo 15.8 del TRET. Una vez aclarada esta cuestión, se ha de ponderar qué quiere decir el ejecutivo al prescribir que sólo serán colmados «*los períodos entre temporadas o campañas*»⁷⁵, puesto que al respecto podrían surgir varias posturas: las mensualidades completas comprendidas fuera de la campaña, o las incluidas fuera o dentro de la campaña. De la dicción literal del artículo 7.2 in fine se podría inferir la articulación de la segunda opción, que es más favorable, pero también se ha de tener en cuenta que con esta conclusión se crearía una diferenciación injustificada entre los TTP comunes, a los que no se les integran las lagunas derivadas de la variabilidad de su jornada, y los trabajadores fijos discontinuos, a los cuales se les integrarían en cualquier caso, por lo que resulta más correcta la primera opción expuesta.

Una segunda interrogante a dilucidar surge en torno al hecho de que la regla establecida para los TTC permite que la integración se produzca con la base mínima vigente para los trabajadores mayores de dieciocho

⁷³ El RD 144/1999, en su artículo 6.2 prescribía que en relación con las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común o accidente no laboral *no estando en alta*, la integración... Mientras que el precepto en vigor no distingue si el trabajador está en alta o no, de modo acorde a lo dispuesto por el artículo 140 del TRLGSS, y, por lo tanto, ampliando este derecho, inicialmente restringido, de los TTP.

⁷⁴ Vid. PANIZO ROBLES, J.A., «El Trabajo a tiempo parcial...», *op. cit.*, pág. 145.

⁷⁵ Vid. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., «La protección social de...», *op. cit.*, pág. 240.

años⁷⁶, mientras que en lo relativo a los TTP el ejecutivo ha optado por la operatividad del principio de proporcionalidad y no por el de igualdad, que hubiera conllevado una solución similar a la prevista con carácter general. Al efecto, si se compara la situación de los TTP y los TTC se podría entender que no existe una justificación objetiva y razonable a la distinción efectuada, pues es lícito que la base reguladora correspondiente a los períodos trabajados sea reducida, de forma correlativa a la disminución proporcional de la retribución de cada asalariado⁷⁷, pero no ocurre lo mismo cuando lo que concurre es un período en el no ha existido la obligación de cotizar porque no se ha trabajado. Sin embargo, con esta conclusión se habilitaría una situación en la que sería más beneficioso para un TTP, puesto que cotizará en mayor cuantía, permanecer desocupado que trabajar y esto es lo que se pretende evitar.

Finalmente, surge una tercera situación rodeada de ciertas dudas, que consiste en dilucidar cómo se debe determinar cuál es la base mínima de cotización, de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar. El supuesto no resulta baladí, ya que, a raíz de las irregularidades de la jornada reducida, su delimitación será una cuestión casi aleatoria, oscilando su cuantía en función del momento en que suceda el presupuesto de hecho habilitante de la integración⁷⁸. Por ello, pueden aparecer diversas alternativas a la hora de precisar cuál debe ser esa base mínima: la de último mes de trabajo, la resultante del promedio de, por ejemplo, el último año de trabajo⁷⁹, etc.

Ante esta disyuntiva, se ha de traer a colación y aceptar el criterio adoptado por el INSS⁸⁰ que considera que lo dispuesto por el artículo 6.2 del

⁷⁶ Vid., al respecto, el artículo 140.4 del TRLGSS, relativo a la base reguladora de la pensión de invalidez permanente derivada de contingencias comunes y el artículo 162.1.2. del TRLGSS, relativo a la pensión de jubilación. Es más, al hilo de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, en los artículos reseñados no sólo se establece que serán integradas las lagunas derivadas de un mes en que no exista obligación de cotizar, siendo necesario para determinar la base reguladora de la pensión, con la base mínima reseñada, sino que también será operativa la misma cuando en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar sólo exista durante una parte del mismo. En este último caso procede la integración por la parte del mes en que no exista la obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada.

⁷⁷ Cfr. CASTILLA CASTILLA, A., «Trabajo a tiempo...», *op. cit.*, pág. 21.

⁷⁸ Vid. IGLESIAS CABERO, M., y MARÍN CORREA, J.M., «Comentario de urgencia...», *op. cit.*, pág. 95

⁷⁹ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Novedades de la protección...», *op. cit.*, pág. 188.

⁸⁰ Cfr. La Resolución de la Dirección General del INSS, de 12 de abril de 2000, que precisa que el coeficiente medio de actividad señalado será el resultado de dividir la suma de los días teóricos de cotización comprendidos en el año anterior entre 365.



RD 144/1999 —actual 7.2 del RD 1131/2002—, debe reconducirse a una base obtenida de aplicar a la base mínima de cotización, de entre las vigentes en cada momento, el coeficiente medio de proporcionalidad correspondiente a lo trabajado el año anterior a la conclusión de la campaña. Este criterio pretende evitar eventuales tratamientos desiguales, que puedan surgir tras tomar en cuenta únicamente las últimas cotizaciones efectuadas, puesto que en caso contrario pueden concurrir diversos factores —la realización o no de horas complementarias, de jornadas variables—, que distorsionen la base resultante del último mes de trabajo.

3.2.2. *Pensiones derivadas de contingencias profesionales*

El artículo 7 del RD 1131/2002, en sus párrafos 3 y 4, precisa las singularidades que rodean la determinación de la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales, cuando sus beneficiarios sean los TTP. El precepto mencionado distingue al efecto entre la forma de calcular el salario diario y los complementos salariales, proporcionando diversas fórmulas que a continuación se van a analizar.

En cuanto al salario diario el artículo 7.3 dispone varias reglas que tienen en cuenta la heterogeneidad de la jornada a tiempo parcial y los diversos parámetros temporales en los que puede estar incardinada⁸¹. Este precepto establece que, cuando la jornada del trabajador sea irregular o variable, la cuantía del salario diario resultará de dividir entre siete o treinta la retribución semanal o mensual pactada, en función de la distribución de las horas de trabajo concretadas para cada uno de esos períodos.

Asimismo, a causa de las peculiaridades que rodean a los trabajos fijos discontinuos, se adopta una regla cuyos únicos destinatarios son estos asalariados, según la cual su salario diario será el que resulte de dividir entre el número de días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante, los salarios percibidos por el trabajador en el mismo período. Con esta delimitación nuevamente se ha de reiterar lo ya resaltado en momentos anteriores, siendo necesario, de *lege ferenda*, la unificación de estos trabajadores y la adopción de un cuadro normativo homogéneo que contemple sus especialidades, pues tanto en materia laboral como de Seguridad Social no son pocas.

En lo que respecta a los complementos salariales, el artículo 7.4 introduce una serie de complejos cálculos para hallar su cuantía anual, que consisten en los siguientes pasos:

⁸¹ Vid. PANIZO ROBLES, J.A., y CRESPO MACÍAS, M., «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: una relación en constante adaptación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 202, 2000, pág. 55.

- 1° Se deberá calcular la proporcionalidad existente entre la jornada habitual de la actividad y la individual pactada en el contrato de trabajo, debiendo ser expresada en un coeficiente.
- 2° El coeficiente de proporcionalidad hallado deberá ser aplicado a la jornada máxima legal, es decir, a 1826.
- 3° El resultado obtenido se multiplicará por el promedio anual de los complementos salariales percibidos por el trabajador, que correspondan al número de horas efectivamente trabajadas en ese período ⁸².

Después de estas operaciones aritméticas se obtendrá el salario diario, que, multiplicado por 365, proporcionará su importe anual y, a su vez, la cantidad a la que asciende la cuantía anual de los complementos salariales percibidos. En virtud de lo anterior, la adición de estos dos sumandos, si se divide por 12, proporcionará la cuantía mensual de la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales para los TTP ⁸³.

En torno al proceso descrito existe una cuestión cuya interpretación no es pacífica, consistente en la delimitación de si la retribución obtenida por

⁸² A modo de ejemplo podemos partir de un supuesto de hecho en el que el salario mensual del trabajador ascienda a 480,81 E, recibiendo un complemento de productividad de 450,76 E al año, y no realizando horas complementarias.

En cuanto a su jornada de trabajo, tiene pactadas 20 horas de trabajo a la semana, que alcanzan las 1040 al año, siendo la jornada habitual de la actividad de 1750 horas, y la jornada máxima legal de 1826 horas.

Con estos datos vamos a proceder a calcular el importe del salario diario y los complementos salariales correspondientes a la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales.

A) En cuanto al salario diario, teniendo un salario mensual que asciende a 480,81 E, debemos dividirlo entre 30 para obtener un salario diario de 16,03 E.

B) En cuanto a los complementos salariales, es necesario realizar diversas operaciones, que sintetizamos del siguiente modo:

1° Debemos hallar la proporcionalidad existente entre la jornada del trabajador y la habitual del sector donde preste sus servicios, la cual vendrá determinada por el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, por la jornada máxima legal. En este caso siendo la jornada habitual de 1750 horas y la individual del trabajador de 1040 horas, el resultado que obtenemos es un porcentaje que asciende al 59,43%.

2° Obtenido el coeficiente de proporcionalidad lo aplicamos a la jornada máxima legal, $59,43\% \cdot 1826$, lo que arroja como resultado 1085,19.

3° Y, finalmente, el resultado de la operación anterior (1085,19) se multiplicará por el promedio anual de los complementos salariales percibidos. Para hallar este promedio deberemos dividir la cuantía de los complementos recibidos el año anterior entre el número de horas de trabajo efectivamente realizadas ($450,76/1040$), lo que nos proporciona como resultado 0,43, que multiplicado por 1085,19, arroja un total anual de 466,63E al año.

⁸³ Siguiendo con el ejemplo anterior, si multiplicamos 16,03 por 365, obtenemos un total de 5850,95 E al año, que sumados a los 466,63E de los complementos y dividido entre 12, arroja una base reguladora mensual de 526,47 E al mes ($5850,95+466,63/12=526,47$).



las horas complementarias debe ser computada como una fracción del salario diario o bien de los complementos salariales. A nuestro juicio, a pesar de que las horas complementarias son equiparadas a efectos de cotización a las horas ordinarias de trabajo y de que su retribución se compone, al igual que estas últimas, de salario base y de los complementos y partidas extrasalariales que se prevean, debe entenderse que las horas complementarias no forman parte del salario diario, y ser computadas, de forma similar a lo que ocurriría con una hora extraordinaria, como una parte de los complementos salariales⁸⁴.

Finalmente, se ha de resaltar que el complejo proceso que acabamos de describir puede ser dificultado, aún más, en el supuesto de que el hecho causante de la pensión sobrevenga cuando el trabajador tenga una antigüedad inferior a un año, puesto que en ese caso los cálculos enunciados deberán ser prorrateados y adaptados al período que corresponda.

3.2.3. *Base reguladora de la pensión de jubilación*

Es necesario realizar un análisis específico sobre la base reguladora de la pensión de jubilación, puesto que el artículo 8 del RD 1131/2002 extiende la operatividad del coeficiente corrector dispuesto, a efectos de hallar los períodos de carencia de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación⁸⁵.

Esta medida positiva debe ser acogida favorablemente, ya que pretende atenuar el mayor esfuerzo contributivo del que está provisto la pensión de jubilación desde 1997.

Adicionalmente, se debe destacar que al hilo de lo dispuesto por la Disposición Adicional 38.^a del TRLGSS, en redacción dada por el artículo undécimo de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, se ha introducido una posibilidad antes no prevista. Se podrán acumular los períodos superpuestos de cotización en régimen de pluriactividad, a efectos de determinar la base reguladora de las pensiones, cuando en uno de los regímenes cotizados no

⁸⁴ En este sentido, CASTILLA CASTILLA, A., «Contrato a tiempo parcial...», *op. cit.*, pág. 22, que manifiesta que la retribución derivada de la realización de un número determinado de horas complementarias debe ser computado como una parte de los complementos salariales.

⁸⁵ Así, de conformidad con esta regla, si un trabajador sumó 5000 días teóricos a lo largo de su vida laboral, multiplicados por 1,5, alcanzaría los 7500 días, que se corresponden con 21 años cotizados. Consecuentemente, podría acceder a la pensión de jubilación, al cumplir el período de carencia requerido y la cuantía de su pensión alcanzaría al 68 % de su base reguladora (el 50% por los primeros 15 años más el 18% de los siguiente seis años).

se tenga derecho a la pensión solicitada. En este supuesto, a los efectos de determinar la base reguladora de la pensión de jubilación, para que pueda efectuarse la acumulación reseñada, será preciso que se acredite la permanencia en la pluriactividad durante los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante. En caso contrario, se acumulará la parte proporcional de las bases de cotización, que corresponda al tiempo realmente cotizado en régimen de pluriactividad dentro del período de diez años, y en la forma que determine el Ministerio de Trabajo —que aún está pendiente de ser fijada—.

3.2.4. *Cuantías máximas y mínimas de las pensiones*

La Ley de Presupuestos Generales del Estado fija con carácter anual el importe máximo y mínimo de las distintas pensiones previstas en el sistema de Seguridad Social, y su revalorización, de conformidad con lo establecido por el artículo 47 y siguientes del TRLGSS y, por ello, debemos plantearnos si cabe una aplicación proporcional de estos límites a los TTP⁸⁶.

Al respecto se debe precisar que el tope máximo tendrá una escasa virtualidad para los TTP, fuertemente condicionados por la escasa entidad de sus retribuciones, bases de cotización y, por ende, bases reguladoras. Por lo tanto, lo más probable es que su operatividad quede reducida a los supuestos de pluriempleo, en los que existe una totalización de las bases de cotización para propiciar una sola pensión a partir de una única base reguladora, que deberá respetar el límite dispuesto⁸⁷. En este mismo sentido, hemos de tener presente el supuesto excepcional introducido por la Disposición Adicional 38.º del TRLGSS. Ésta, cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause derecho a pensión en uno de ellos, permite que las bases de cotización acreditadas en este último, en régimen de pluriactividad, puedan ser acumuladas a las del Régimen en que se cause la pensión, a efectos

⁸⁶ Cfr. PURCALLA BONILLA, M.A., y RIVAS VALLEJO, M.P., «La contratación indefinida...», *op. cit.*, pág.177, que abogan por el hecho de que en este supuesto no sea operativo el principio de proporcionalidad.

⁸⁷ Cfr. sobre la base reguladora en los supuestos de pluriempleo el artículo 120 del TRLGSS, así como la STS de 24 de septiembre de 1993, Ar. 7043, que precisa que en las situaciones de pluriactividad no procederá la totalización de las bases de cotización efectuadas en distintos trabajos para dar lugar a una sola base reguladora y a una sola pensión, sino que cada trabajo propiciará una prestación en un régimen distinto; no obstante, lo anterior no impedirá que, ante la imposibilidad de acceder a las diversas pensiones posibles, se pueda efectuar un cómputo recíproco de las cotizaciones, pero sin sumar todas las bases de cotización a efectos de hallar una única base reguladora, puesto que se elegirá la de mayor cuantía entre todas.



de determinar la base reguladora de la misma, y sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento.

En cuanto a los topes mínimos, a sensu contrario, su operatividad puede ser bastante extensa en torno a los TTP, pues habitualmente la cuantía de sus pensiones ni siquiera los alcanzarán y deberá ser completada por los complementos para mínimos previstos por el artículo 50 del TRLGSS.

Cuando nuestro sistema de protección social articula estos mecanismos pretende satisfacer las exigencias derivadas del artículo 50 de la CE, que proclama la suficiencia de las pensiones. Consecuentemente, si los límites dispuestos tienen por objeto proporcionar un nivel de ingresos aceptable a personas que han alcanzado la condición de pensionistas⁸⁸, y que, por la entidad de sus cotizaciones, no han logrado el tope mínimo, resultaría injustificado que a los TTP se les disminuyeran proporcionalmente las cuantías establecidas, puesto que su subsistencia en términos de dignidad sería puesta en entredicho, así como la solidaridad que debe acompañar al sistema contributivo de la Seguridad Social.

4. CONCLUSIONES

La protección social de los TTP ha sufrido continuas reformas y ha sido objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales que, sin embargo, no han conseguido superar las inadaptaciones del sistema general de la Seguridad Social a esta modalidad contractual, han dificultado el acceso efectivo de los TTP a la protección social, esencialmente contributiva, y han generado cierta inseguridad jurídica a los afectados.

Las mayores dificultades han surgido en torno al cómputo de los períodos de carencia, cuya regulación, actualmente, aún presenta ciertas inadaptaciones. La mayor desprotección de los TTP existió entre los años 1994 y 1998, en los cuales se aplicó una normativa que imponía una doble proporcionalidad, en la base de reguladora y en los períodos de carencia. Definitivamente esta perjudicial regulación, que va más allá del principio de contributividad, ha sido declarada por el TC, en diciembre de 2004, inconstitucional y fuente de una discriminación indirecta por razón de género (siendo reiterado por las STC 49 y 50/2005, de 14 de marzo).

⁸⁸ *Vid.* al respecto el Informe 4/2000 del Consejo Económico y Social, sobre la protección social de las mujeres, que resalta la escasa cuantía de las pensiones percibidas por las mujeres y el hecho de que casi un tercio de las pensionista deben recibir complementos para mínimos, precisando que el número mayor de altas de pensiones con este complemento se da en el régimen especial de los empleados de hogar (53%), el cual se caracteriza por la alta intensidad de su feminización y por la inmensa presencia de servicios parciales.

En las reglas vigentes desde el año 1999, que han sido mantenidas por el precepto reglamentario vigente desde el año 2002, persiste la aplicación del principio de proporcionalidad en lo relativo a los períodos de carencia, aunque acompañada de una serie de reglas especiales y modulada por la introducción de un tratamiento diferenciado positivo. Esta regulación, a pesar de que corrige la proporcionalidad estricta, podría estar provista de una mayor adaptación a la situación específica de los TTP. Existen, esencialmente, dos cuestiones que deberían ser aún más singularizadas. La primera se refiere al modo de cómputo de las horas de trabajo y su conversión en días teóricos de cotización, puesto que el criterio vigente, de forma genérica, obliga a que se divida entre cinco, equivalente diario de 1826 horas de trabajo anuales, el número de horas de trabajo, ordinarias y complementarias, realizadas. De forma individualizada, debería fijarse como punto de referencia, en concordancia con la definición del trabajo a tiempo parcial, la jornada del TTC comparable o la establecida en el convenio colectivo aplicable. Y la segunda es la relativa a la aplicación, a modo de acción positiva, del coeficiente corrector 1.5 a las pensiones que requieren un mayor período carencial, las de jubilación e incapacidad permanente, puesto que entendemos que este tratamiento positivo también debería ser extendido a las prestaciones de muerte y supervivencia, que en los supuestos de no alta exigen 15 años de carencia y procurar la utilización porcentajes correctores diversos, en función de variables que permitieran modular subjetiva y/u objetivamente la incentivación de esta modalidad contractual.

Respecto a la base reguladora también se pueden detectar ciertas inadaptaciones. Aún teniendo sustantividad propia los distintos subsidios no se encuentra una justificación al hecho de que se diferencie el período anterior al hecho causante en el que se promedian las bases de cotización contabilizadas para hallar la cuantía de la base reguladora diaria —un año en la maternidad y tres meses en la incapacidad temporal y la suspensión por riesgo durante embarazo—. Un análisis casuístico arroja *pros* y *contras* sobre las dos opciones establecidas siendo, a nuestro juicio, el año el módulo de cálculo más correcto para todas las contingencias, puesto que refleja de forma más veraz las oscilaciones de jornada de trabajo y retribución. También sería necesario que se efectuaran cambios en el sistema de integración de lagunas, a fin de resolver los problemas técnicos que la normativa actual puede plantear.



2

Mercado de Trabajo







CONTINÚA EL PERÍODO DE BONANZA EN LOS MERCADOS DE TRABAJO ESPAÑOL Y ANDALUZ

INFORME TRIMESTRAL SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (Tercer Trimestre 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

Profesor de Economía Política
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

En el presente artículo se analiza la evolución de las variables laborales más importantes referidas al mercado de trabajo en España y Andalucía en el tercer trimestre de 2005. El artículo aborda en primer lugar la coyuntura general de la economía española y a continuación expone los cambios más relevantes acaecidos en la oferta, la demanda y el desempleo en el mercado de trabajo español. A continuación se aborda específicamente el análisis de costes laborales. Por último, el artículo se centra en una exposición de la evolución de las mismas variables laborales en Andalucía con especial referencia al colectivo laboral femenino. En este tercer trimestre de 2005, la evolución de las variables laborales ha sido positiva como consecuencia del avance del conjunto de la economía nacional y andaluza, en un contexto de crecimiento económico más elevado que la media europea.

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

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. TERCER TRIMESTRE 2005

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	3 ^{er} Trim. 05	20.956,07	+0,6	+3,2	3.438,22	+0,7	+2,5
Tasa de actividad	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 05	57,43	+0,1	+1,5	54,24	+0,2	+0,7
Hombres	69,04	+0,5	+0,9	67,90	+1,0	+0,3
Mujeres	46,31	-0,4	+2,2	41,10	-1,1	+1,3
16-19 años	31,62	+8,0	+13,1	32,45	+2,8	+5,4
20-24 años	68,81	+3,6	+4,5	68,57	+7,2	+4,8
25-54 años	80,57	-0,4	+0,1	74,63	-0,1	+0,0
Más de 55 años	18,93	-0,9	+4,9	15,60	-7,3	-2,6
Ocupados	Miles	3 ^{er} Trim. 05	19.191,06	+1,6	+5,9	2.972,80	+1,0	+7,6
Agricultura	992,2	+0,6	+2,9	253,60	-4,9	+17,0
Industria	3.311,0	+1,5	+2,7	334,60	+2,8	+14,3
Construcción	2.396,3	+2,4	+5,0	434,80	+3,0	+3,3
Servicios	12.491,66	+1,5	+7,1	1.949,90	+1,0	+6,4
Asalariados del sector público	..	3 ^{er} Trim. 05	2.913,6	+2,5	+3,0	527,10	+4,7	—
Asalariados temporales	..	3 ^{er} Trim. 05	5.416,4	+5,5	+9,9	1.097,90	+1,7	+39,9
Parados encuestados	..	3 ^{er} Trim. 05	1.765,0	-9,2	-19,1	465,40	-1,1	-21,2
Hombres	799,2	-10,2	-17,6	206,50	-5,9	-23,8
Mujeres	965,8	-8,4	-20,2	258,90	+3,1	-19,0
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 05	8,42	-9,8	-21,6	13,54	-1,7	-23,1
Hombres	6,49	-11,0	-19,8	9,79	-7,3	-25,4
Mujeres	11,19	-8,4	-23,1	19,50	+3,8	-21,3
16-19 años	26,84	-13,9	-7,4	31,93	-15,4	-5,6
20-24 años	15,37	-11,4	-21,6	20,70	-6,1	-21,4
25-54 años	7,34	-8,6	-23,0	12,06	+1,9	-25,0
Más de 55 años	5,14	-19,7	-25,2	9,07	-14,6	-28,7
Parados de larga duración	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 05	28,80	+0,9	-14,6	29,78	-5,2	-3,2
Parados registrados	Miles	3 ^{er} Trim. 05	2.007,3	-0,9	-1,5	455,22	+4,7	+0,1
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 05	80,49	+3,2	+9,8
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	3 ^{er} Trim. 05	513	0,0	+11,4	513	0,0	+11,4
Coste salarial por trabajador	€/mes	3 ^{er} Trim. 05	2.039	-3,9	+2,4	1.876	-1,6	+1,4
Industria	2.348	-3,2	+2,1	2.082	-1,8	-0,7
Construcción	1.995	-5,6	+2,2	2.084	+1,5	+3,9
Servicios	1.957	-3,7	+2,9	1.774	-2,5	+1,1
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	3 ^{er} Trim. 05	137,3	-4,9	+6,1	144,0	-8,0	+0,8
Accidentes mortales de trabajo	Total	3 ^{er} Trim. 05	351	-6,4	+50,0
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	3 ^{er} Trim. 05	921	-2,7	-4,9	70	-35,8	-15,7
Trabajadores	Extinción de empleo	..	6.236	-2,2	-13,6	366	+30,2	+46,4
	Suspensión de empleo	..	7.100	-17,1	+40,3	305	-35,0	+28,7
	Reducción de jornada	..	321	+19,8	+44,6
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	3 ^{er} Trim. 05	114	-62,4	-32,9
Participantes	Miles	..	19,0	-83,6	-91,2	0,3	-70,0	-99,7
Jornadas no trabajadas	37,6	-78,2	-98,6	0,1	-97,8	-96,0
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 05	3,5	3,4	3,1
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	3 ^{er} Trim. 05	-15,7	-18,4	-11,1
Inflación	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 05	3,4	3,2	3,3	3,3	3,2	3,3
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	3 ^{er} Trim. 05	7,1	-0,5	4,2
Tipo de interés (Euribor 12) meses	Porcentaje	3 ^{er} 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 EN ESPAÑA
2. LA OFERTA DE TRABAJO EN EL MERCADO ESPAÑOL
3. LA DEMANDA DE TRABAJO EN EL MERCADO ESPAÑOL
4. DESEMPLEO
5. CONDICIONES DE TRABAJO
6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA EN ESPAÑA

La economía española continúa en su suave senda de despegue al bajo ritmo de una décima de crecimiento más por cada trimestre que pasa. La misma canción de todos los trimestres en una cadencia ya conocida. Si en el segundo trimestre de 2004 la economía crecía a un tres por ciento interanual, en el siguiente trimestre lo hacía a un ritmo del 3,1 por ciento. Y así sucesivamente hasta alcanzar el crecimiento del 3,5 por ciento en el tercer trimestre de 2005. No pueden calificarse estas leves subidas en ningún caso como de malas noticias. Desde 2000 no se alcanzaban tales cotas de crecimiento interanual.

Si se trata de ser optimistas, incluso el panorama internacional se presenta como benevolente. El sector exterior ya sólo resta 1,7 puntos porcentuales al crecimiento español, dos décimas menos que en el trimestre anterior. Las importaciones ya tan sólo crecen a un ritmo del 7,7 por ciento interanual, ocho décimas menos que en el trimestre anterior. Mejora en particular con respecto al comportamiento del tercer trimestre del año anterior, cuando el aumento de las importaciones se disparó en más de dos puntos porcentuales. Por el contrario, las exportaciones elevan su ritmo de crecimiento en dos décimas hasta situarse en un 1,3 por ciento de aumento en el conjunto del año.

En el debe de este saldo de la evolución económica se sitúa el comportamiento de la demanda familiar, ese elemento que había mantenido, con sus altas expectativas y la decisiva aportación de la inmigración, el tirón del crecimiento económico en la última década. El consumo de los hogares disminuyó su cadencia de incrementos durante el tercer trimestre de 2005 en dos décimas, hasta situarse en el 4,4 por ciento, la cifra más baja alcanzada desde hace dos años y con una clara, aunque leve, tendencia bajista. La misma tendencia negativa la presenta la inversión en bienes de equipo, aunque el crecimiento siga siendo esperanzador, del 8,8 por ciento.

La ligera mejora del sector exportador está íntimamente ligada a la evolución de la economía europea. Aunque no se pueda echar las campanas al vuelo, el crecimiento económico en la zona euro pasó del 1,2 por ciento en el segundo trimestre de 2005 al 1,6 por ciento en el siguiente, con lo que se

recuperan las cifras de optimismo económico de finales del año precedente. Ese paso en firme de la economía europea está ligado, en particular, a la recuperación de Alemania, a la que por peso y calidad se le considera como el motor económico del continente. En sólo un trimestre duplicó su ritmo de crecimiento económico, aunque no era una situación difícil partiendo de niveles de aumento por debajo del uno por ciento. Con el estirón reciente de Alemania y, en menor medida, de Francia, ya sólo queda Italia rezagada en tasas de crecimiento cercanas a cero en lo que respecta a las grandes economías europeas. En general, son las economías de los países pequeños de la Unión Europea las que en la actualidad presentan mejores síntomas de crecimiento.

**CRECIMIENTO ECONÓMICO Y SITUACIÓN DEL SECTOR EXTERIOR EN LA
UNIÓN EUROPEA Y OTROS PAÍSES DESARROLLADOS,
TERCER TRIMESTRE DE 2005**

	Crecimiento económico	Tamaño relativo de la economía con respecto a la Unión Europea
Letonia	11,4	..
Estonia	10,4	0,1
Lituania	8,5	0,2
Eslovaquia	6,2	0,3
República Checa	4,8	0,9
Irlanda	5,2	1,5
Dinamarca	4,7	1,9
Hungría	4,4	0,8
Eslovenia	4,2	..
Chipre	3,9	0,1
Grecia	3,8	1,7
Noruega	3,7	2,3
Polonia	3,7	..
Estados Unidos	3,6	95,6
ESPAÑA	3,5	8,4
Luxemburgo	3,1	..
Malta	2,9	0,0
Japón	2,8	34,3
Suecia	2,8	..



Suiza	2,2	2,7
Finlandia	1,9	1,4
Unión Europea	1,8	100,0
Francia	1,8	15,7
Reino Unido	1,7	16,4
Zona euro	1,6	74,0
Alemania	1,4	20,8
Austria	1,4	2,3
Países Bajos	1,3	4,7
Bélgica	1,1	2,8
Portugal	0,2	1,3
Italia	0,1	12,8

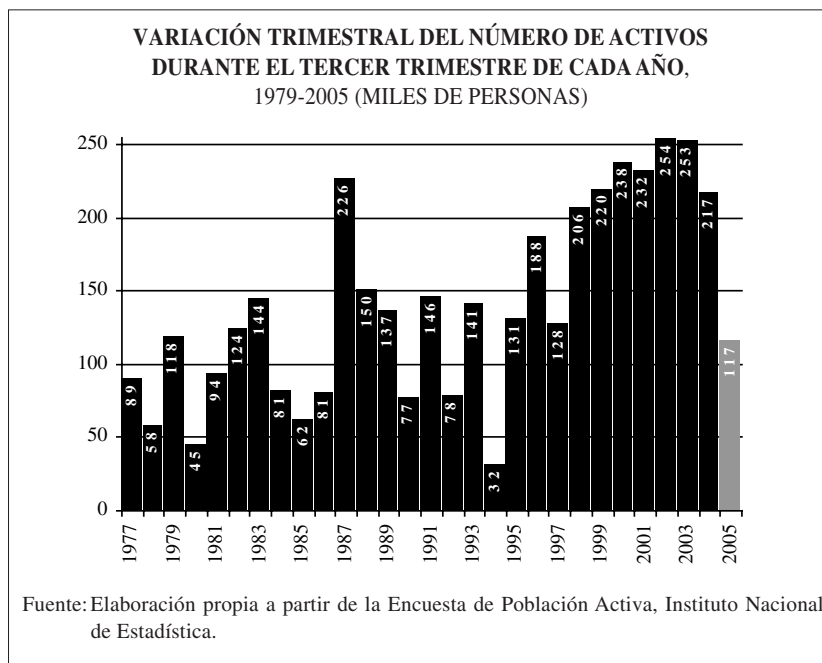
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas, Comisión Europea.

2. LA OFERTA DE TRABAJO EN EL MERCADO ESPAÑOL

Es época de récord en el mercado de trabajo español, las causas provienen de la bonanza económica y en lo referido a la medida específica de las variables laborales a ajustes estadísticos. El número de activos que se registró en el tercer trimestre de 2005 se quedó a un paso de alcanzar los veintiún millones. En concreto, se situó a cuarenta y cuatro mil personas de la marca. En un trimestre que tiende a atraer personal al mercado de trabajo como producto de la temporada estival, el comportamiento del tercer trimestre de 2006 no puede catalogarse como de espectacular en comparación con la experiencia anterior. El número de activos aumentó tan sólo en ciento dieciséis mil personas.

No llega a ser sino la mitad del crecimiento medio registrado en los siete últimos años de un trimestre que siempre, incluso en sus peores tiempos, ha conseguido atraer a nuevos entrantes al mercado de trabajo. De hecho, para encontrar cifras del mismo bajo tenor en este periodo del año es necesario remontarse a etapas tan críticas desde la perspectiva del mercado de trabajo como 1994. Se rompe, además, una tendencia crucial que venía registrándose. Desde hacía años el crecimiento de la población era siempre inferior al incremento del número de activos, con lo cual la tasa de actividad estaba disparada. No fue el caso del último trimestre, donde el setenta y cinco por ciento del crecimiento de la población fue de parte de los acti-

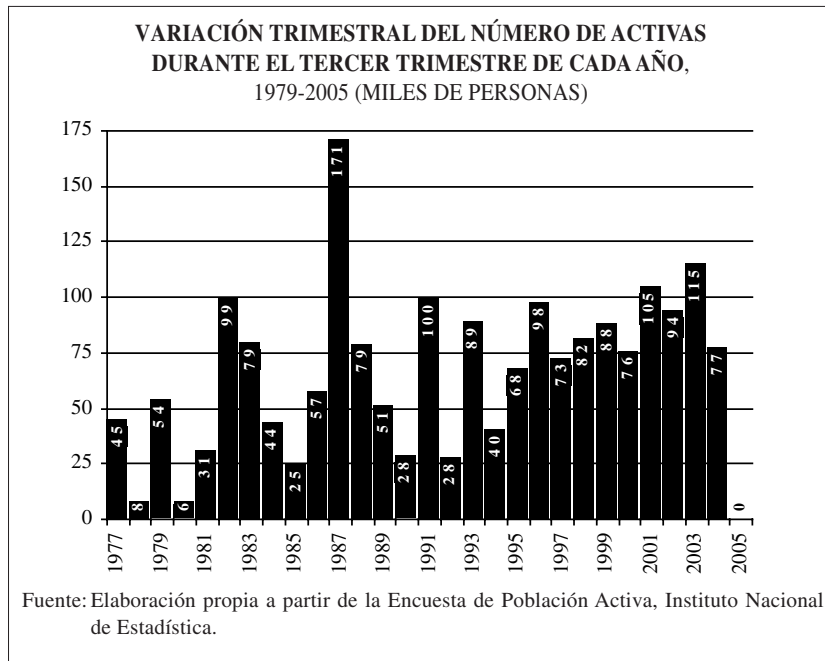
vos. Es decir, casi cuarenta mil personas que aparecieron como población nueva fueron a dar al renglón de la inactividad.



El panorama se ensombrece más cuando se contempla cuál ha sido la evolución de la actividad por sexos. El total de nuevas personas trabajando o en disposición de trabajar eran hombres. El número de mujeres activas se mantuvo intacto con respecto al segundo trimestre de 2005, una circunstancia que sólo se ha dado en apenas una decena de trimestres desde 1980. Es decir, las mujeres no se sintieron atraídas, cualquiera que sean los factores que les empujaron a ello, por la actual dinámica del mercado laboral. Y desde luego nunca había ocurrido en un tercer trimestre, donde la temporada estival tiende a atraer a un buen número de mujeres para trabajar en el sector turístico. Si en los años anteriores era a las mujeres a las que se atribuía la mitad del crecimiento de la actividad, en el presente trimestre su contribución ha sido prácticamente nula.

Y este bajo crecimiento de la actividad femenina no es el producto de un bajo incremento poblacional. El número de mujeres en edad de trabajar creció en setenta mil personas, casi el mismo número que entre los hombres, entre quienes sí se vio un alza en su participación laboral. Es así, y como consecuencia de esta diferencia en los comportamientos sociales con respecto al mercado de trabajo, que la tasa de actividad de las mujeres cayó

por primera vez por motivos no puramente estadísticos desde 1991, rompiendo una serie de constantes aunque limitados pasos por alcanzar los niveles de participación en el mercado de trabajo de sus colegas masculinos.



La tasa de actividad quedó en el 57,4 por ciento, el punto más alto de la historia. No obstante, las diferencias entre hombres y mujeres aún continúan siendo ostensibles. Mientras entre las mujeres apenas alcanza a la mitad de la población, en concreto el 46,3 por ciento, dos décimas menos que en el pasado trimestre, entre los hombres supera los dos tercios hasta llegar al sesenta y nueve por ciento. Veintidós puntos de diferencia entre hombres y mujeres en cuanto a su participación en el mercado de trabajo. Las diferencias son aún más ostensibles cuando se comparan la población de entre dieciséis y sesenta y cuatro años. Entonces la tasa de actividad de las mujeres es del cincuenta y nueve por ciento, mientras que entre los hombres llega al ochenta y dos por ciento.

3. LA DEMANDA DE TRABAJO EN EL MERCADO ESPAÑOL

En el tercer trimestre de 2005 el número de personas trabajando se elevó en España en casi trescientas mil personas, lo cual hace una diferencia



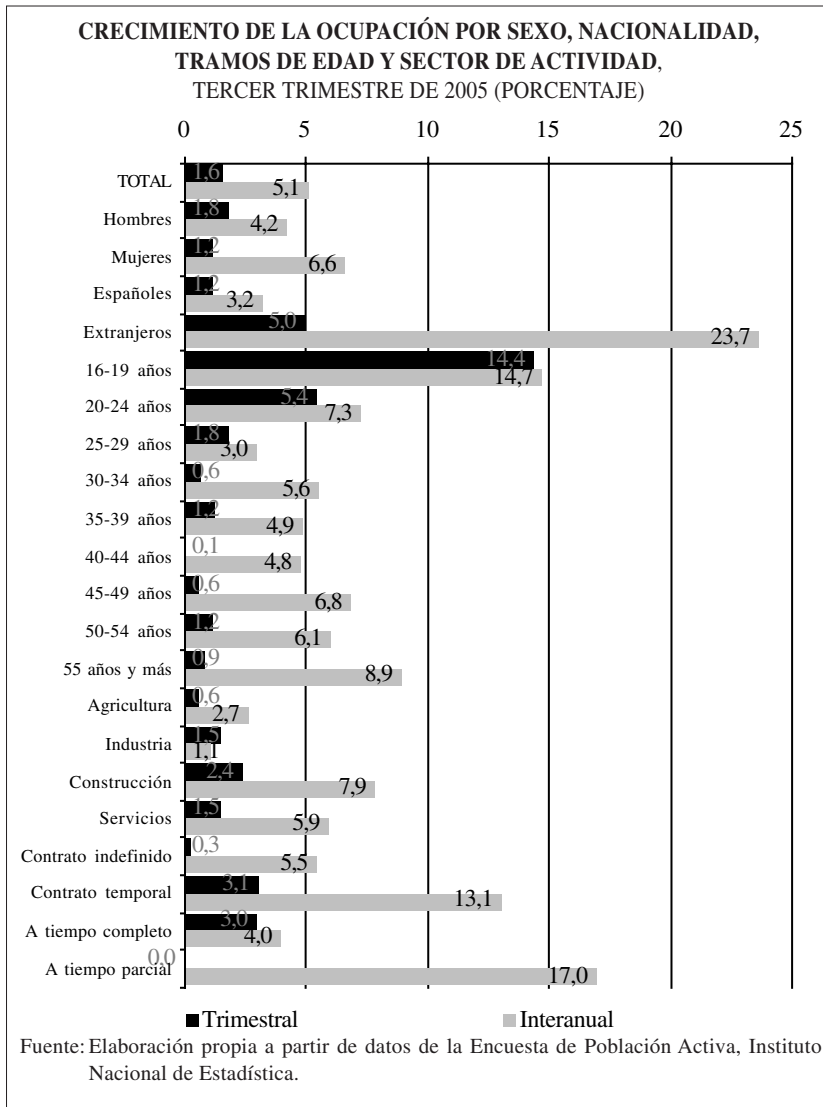
de doscientas mil sobre el incremento total de activos. En términos interanuales el ritmo de creación de empleo supera el millón de personas, lo que supone un nuevo récord desde que existe un recuento más o menos sistemático de las variables principales del mercado de trabajo. Nunca antes se había creado un millón de empleos en un periodo de un año. Otra nueva marca que se rompe en el presente ciclo económico. Y aunque cuando se descuenta el efecto del cambio metodológico, las cifras se reducen un tanto, el ritmo de generación de empleo continúa mostrando un panorama excelente. Novecientos treinta mil empleos netos creados en el último año.

La creación de empleo se distribuye a partes iguales entre hombres y mujeres. Descontando el cambio de metodología que se empezó a aplicar a principios de 2005, cuatrocientos sesenta mil nuevos empleos fueron ocupados por hombres y cuatrocientos sesenta y ocho mil por mujeres. Para éstas supone un incremento interanual de la ocupación del 6,6 por ciento, mientras que para los hombres el aumento de la ocupación fue más modesto, del 2,6 por ciento. En el último trimestre, no obstante, las tornas se alteraron de alguna manera, de modo que el setenta por ciento del nuevo empleo generado fue a parar a manos masculinas.

En el último trimestre una cuarta parte de los nuevos empleos fueron ocupados por extranjeros, lo cual reduce en parte la participación del contingente foráneo en el aumento de la ocupación. En este sentido, y al menos a tenor de la medición que realiza la Encuesta de Población Activa sobre proyecciones de población por nacionalidad a partir del Censo de 2001, que puede estar minusvalorando la entrada de nuevos inmigrantes, como se demostró en el pasado, la entrada de extranjeros al mercado de trabajo español parece estar ralentizándose. Para el conjunto del año, casi la mitad del aumento de empleo fue a parar a manos de extranjeros.

Por tramos de edad, y como corresponde a la época veraniega que comprende el tercer trimestre, los mayores crecimientos de la ocupación se observaron en los tramos más jóvenes. No obstante, y a diferencia del pasado, éste está siendo un buen año para la ocupación entre los menores de veinticinco años. En el conjunto del año, el aumento del nivel de empleo fue del quince por ciento para quienes cuentan entre dieciséis y diecinueve años y del siete por ciento para quienes se sitúan entre los veinte y los veinticuatro años. En el caso de los adultos mayores su situación es la inversa. No tienden a encontrar empleo en la temporada estival, por las especiales demandas de mano de obra poco cualificada que conlleva, pero está resultando especialmente fructífero el año para ellos. El crecimiento del empleo entre aquellos que superan el umbral de los cincuenta y cinco años en el conjunto del año es del nueve por ciento, lo cual es síntoma de que se está consiguiendo reducir la edad de jubilación, por una parte, y de que la economía está siendo capaz de captar a adultos de edad avanzada que antes hubieran perdido toda esperanza de encontrar un empleo. Las cifras más modestas de

creación de empleo, siempre en valores positivos, se dan en los tramos de edad intermedios, por el motivo aparente de que ya sus niveles de empleo eran altos en el pasado.



No fueron los servicios, como corresponde a las demandas turísticas, el sector que más vio incrementar su empleo durante el tercer trimestre de 2005 en términos relativos, aunque seis de cada diez empleos se creasen en



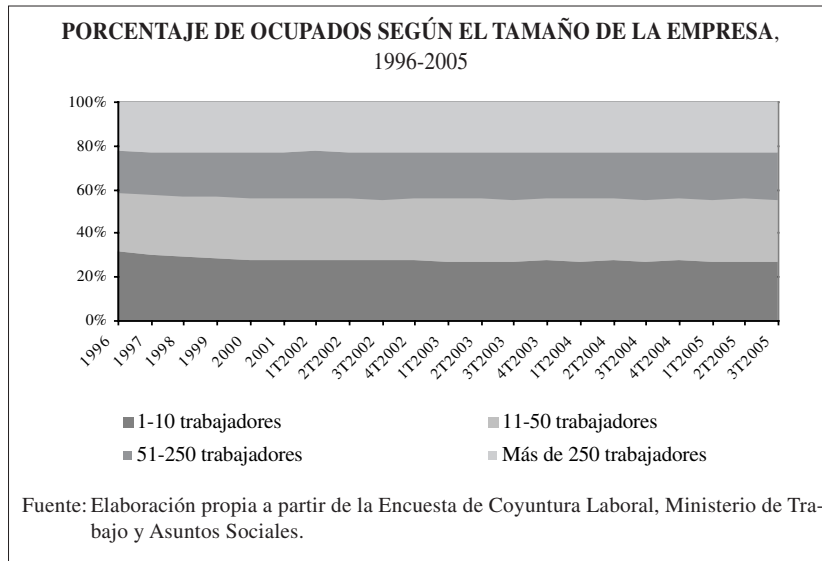
dicho sector. Fue la construcción la que registró un mayor tirón de la demanda de empleo, al ver incrementarse su nivel de empleo en un 2,4 por ciento para un crecimiento anual cercano al ocho por ciento. De estas cifras puede deducirse que el tirón de la burbuja inmobiliaria no afloja su ritmo. Por su parte, la agricultura no es el sector de actividad en el que el empleo menos crece o, con más propiedad, el único que está en números rojos en cuanto a su relación con la actividad. A lo largo del año, el crecimiento de la ocupación en el sector agrícola fue del 2,7 por ciento, un aumento del 0,6 por ciento durante el último trimestre. Este aumento rompe con la lógica anterior de destrucción constante de empleo en el sector primario. La posición más rezagada, por tanto, se corresponde con la industria, donde apenas se llega al uno por ciento en el aumento de la ocupación a lo largo del año.

En la cruz de este nunca antes superado crecimiento de la ocupación se encuentra la calidad, al menos si por tal calidad se entiende la duración de los contratos de los nuevos ocupados. Durante el tercer trimestre de 2005, el noventa y un por ciento del empleo neto creado estuvo asociado a un contrato indefinido. Sería esperable de los contratos de temporada que se firman durante el periodo estival. No obstante, dos de cada tres nuevos empleos creados durante el último año tuvieron el mismo carácter temporal, lo cual no puede explicarse en términos de estacionalidad. En estos términos, la tasa de temporalidad alcanza cifras igualmente históricas, otro ejemplo más, al llegar al 34,4 por ciento del total de la población asalariada.

Por su parte, la distribución de la fuerza de trabajo según tamaño de la empresa mantiene una ligera tendencia hacia el aumento. En el tercer trimestre de 2005, el conjunto de la ocupación estaba dividido en casi cuatro partes iguales entre las micro empresas, las pequeñas, las medianas y las grandes. El 26,7 por ciento de los trabajadores estaba ocupado en empresas de menos de diez trabajadores, el 28,4 por ciento desarrollaba su empleo en empresas de entre once y cincuenta trabajadores, el 21,4 por ciento obtenía su jornal en empresas de entre cincuenta y doscientos cincuenta trabajadores y, por último, el 23,5 por ciento estaba ocupado en empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores.

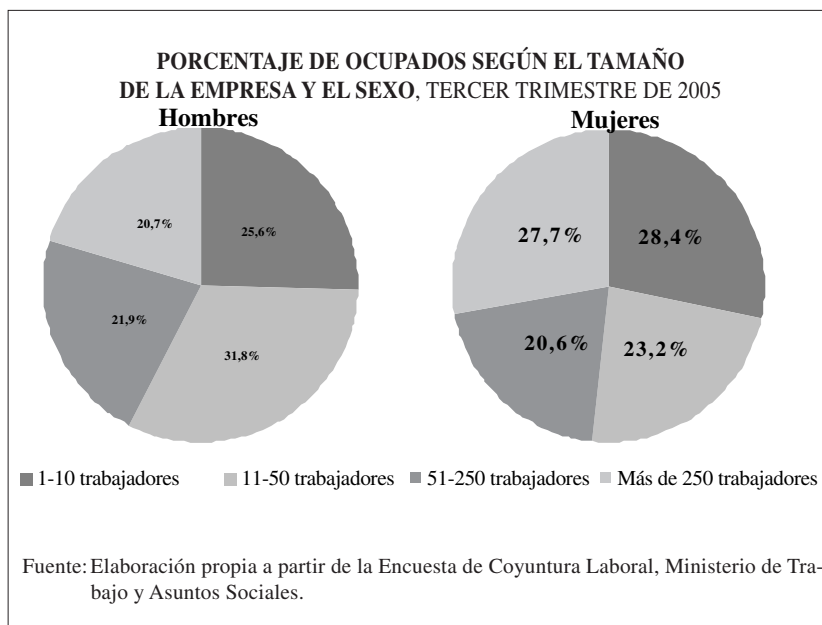
Este tipo de estructura empresarial, que es la más fragmentada de las grandes economías de la Unión Europea, cambia muy lentamente. Y esta tendencia conservadora se registra incluso en periodos en los que, como en la última década, se ha producido un enorme cambio tanto cualitativo como cuantitativo en la composición de la oferta de trabajo: más ocupados con mayores niveles de cualificación. Lo más destacado de la transformación registrada en la última década es una reducción del número de trabajadores en micro empresas, que ha pasado de ser el treinta y uno por ciento a apenas el veintisiete por ciento. Esta pérdida de cuota de mercado de trabajo de las micro empresa ha sido recogida por las pequeñas empresas, que ganan casi un punto porcentual, por las grandes, cuya participación en la contrata-

ción aumenta en la misma medida y, sobre todo, por las medianas empresas, que pasaron de ofrecer trabajo al diecinueve por ciento de la ocupación total a hacerlo al veintiuno por ciento.



Las mujeres tienden a ser más predominantes en los dos extremos de la fragmentación empresarial, es decir, son más numerosas relativamente en las grandes empresas así como en las micro empresas. El veintiocho por ciento de las mujeres trabaja en grandes empresas, mientras que sólo uno de cada cinco hombres se emplea en empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores. En el extremo contrario, el 28,4 por ciento de las mujeres está ocupado en empresas menores de diez trabajadores, una ratio que desciende al veintiséis por ciento en el caso de los hombres. Esta diferencia en los extremos la compensan los hombres porque tienen una presencia mucho más activa en las empresas que cuentan con entre once y cincuenta trabajadores, donde se emplea casi un tercio de los hombres.

La explicación cualitativa a esta diferencia se encuentra en el acomodo general que tienen las mujeres en el mercado de trabajo. Por una parte, las mujeres tienden a encontrar empleos, sobre todo, en las empresas de menor tamaño. Pero esa tendencia se ve revertida al final de la pirámide del tamaño empresarial por el hecho de que casi constituyen la mitad de la fuerza de trabajo en el sector público y porque son mayoría también en sectores no cualificados de algunas grandes empresas del sector servicios, en particular del comercio. Cuatro de cada cinco mujeres se emplean en el sector servicios. Mientras tanto, los hombres son amplia mayoría en la construcción y la industria, donde abundan más las empresas de tamaño medio.



No obstante, la sobrepaticipación de las mujeres en las micro empresas ha tendido a reducirse con el tiempo al tiempo que mejoraba su posición en las grandes empresas. En 1996, más de un tercio de las mujeres se empleaba en empresas de menos de diez trabajadores, lo cual constituye una reducción de seis puntos porcentuales con respecto a la situación actual. Aunque los hombres también trabajan cada vez menos en empresas de tamaño reducido, su disminución ha sido de apenas cuatro puntos porcentuales. Por el contrario, las mujeres han visto aumentar su implicación en las medianas y, sobre todo, en las grandes empresas. En estas últimas trabajaban el veinticuatro por ciento de ellas en 1996, cuatro puntos porcentuales menos que en la actualidad. Al mismo tiempo, los hombres veían disminuir su participación relativa en las grandes empresas.

Entre las empresas que pueden considerarse sin temor a equivocarse como grandes por el gran volumen de trabajadores están las empresas de trabajo temporal. En el año 2004 manejaron millón y medio de cesiones de trabajadores y más de dos millones de contratos de puesta a disposición de otras empresas. En las cifras proporcionadas de enero a agosto de 2005 se observa un crecimiento del cinco por ciento en el primer epígrafe y del cuatro por ciento en el segundo con respecto al mismo periodo del año anterior. Con esas cifras, las empresas de trabajo temporal están batiendo sus propias marcas en cuanto a participación en el mercado de trabajo español desde su puesta en marcha en 1994.

El crecimiento de las empresas de trabajo temporal no ha sido una constante en su breve historia. Entre 1999 y 2003 se registró un descenso, leve aunque constante, tanto en el número de empresas como en el de contratos de puesta a disposición. Se corresponde este periodo con una reorganización en el sector que dio lugar a una posición reforzada en el mercado, con un número menor de empresas pero de mayor tamaño. En sus mejores tiempos llegaron a existir casi cuatrocientas cincuenta empresas de trabajo temporal. En la actualidad, y pese a la ligera recuperación de los dos últimos años, apenas llegan a las trescientas cincuenta. Por su parte, también ha cambiado el tipo de demanda que reciben de las empresas en lo que se refiere al tipo de contratos. Han aumentado las solicitudes, o al menos su registro oficial, de contratos de puesta a disposición por obra o servicio y ha disminuido la utilización del contrato por circunstancias de la producción. No obstante, este último aún sigue constituyendo la mitad de la actividad de las empresas de trabajo temporal.

**EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL, CESIONES DE TRABAJADORES
Y CONTRATOS DE PUESTA A DISPOSICIÓN, 1995-2005**

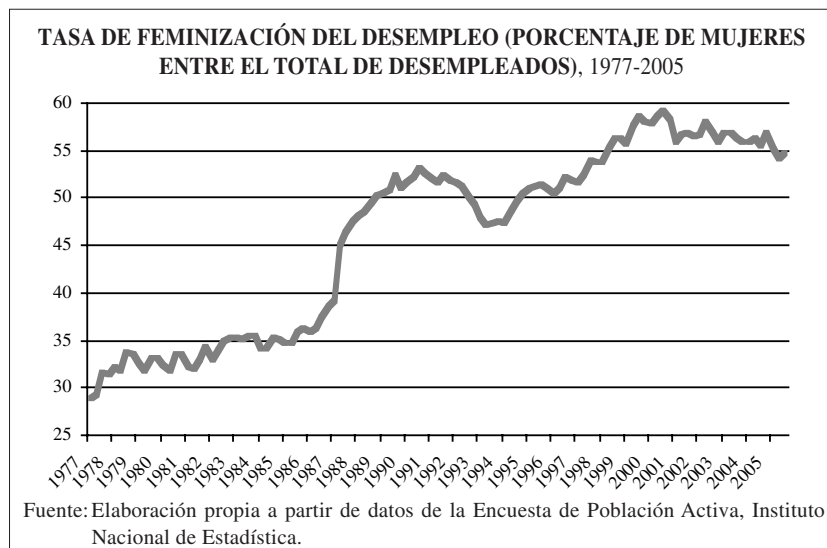
Año	Empresas de trabajo temporal	Cesión de trabajadores	Contratos de puesta a disposición				
			Total	Obra o servicio (%)	Circunstancias de la producción (%)	Interinidad por reserva del puesto de trabajo (%)	Interinidad por proceso de selección (%)
1995	316	301.344	378.739	42	50	7	1
1996	399	622.709	809.139	37	55	8	1
1997	428	951.641	1.309.021	33	58	8	1
1998	435	1.265.056	1.803.547	32	60	7	1
1999	410	1.418.844	2.002.039	41	52	5	1
2000	364	1.362.208	2.005.132	44	51	4	1
2001	346	1.334.405	1.901.352	43	51	5	1
2002	335	1.314.582	1.849.453	44	49	6	1
2003	326	1.398.371	1.991.140	45	49	5	1
2004	342	1.545.149	2.209.477	46	49	5	1
2005 (enero-agosto)	357	1.057.056	1.486.270	45	50	5	1

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

4. DESEMPLEO

El limitado crecimiento de la actividad, muy bajo considerando los estándares del pasado reciente, junto a un explosivo aumento de la ocupación dan como resultado una fuerte disminución del nivel de desempleo. En el tercer trimestre de 2005 un millón setecientos sesenta y cinco mil personas se encontraban desempleadas en España, lo cual sitúa el umbral de los dos millones en una perspectiva bastante alejada. Y ello a pesar de que sólo fue en el trimestre anterior el primero de las últimas dos décadas en el que se consiguió superar dicho umbral. Ciento ochenta mil personas abandonaron las filas del paro durante el último trimestre para un total acumulado en el año de trescientas cuarenta mil personas. Esta importante reducción del último año deja la tasa de paro en el 8,4 por ciento, una reducción de casi dos puntos porcentuales con respecto al mismo periodo del año anterior.

La reducción del desempleo se repartió de manera equitativa entre hombres y mujeres durante el tercer trimestre de 2005. Noventa mil hombres dejaron de estar catalogados como parados, mil más que el número de mujeres que salieron de la misma situación. No obstante, y dado el nivel de desempleo en cada uno de los sexos, la disminución es mucho más importante para los hombres, del dos por ciento. En el conjunto del año, en todo caso, sigue siendo más cuantiosa, incluso en términos relativos, la reducción del número de paradas: del 6,6 por ciento frente al 4,2 por ciento entre los hombres. Se mantiene así la ligerísima tendencia hacia la reducción de la feminización del desempleo, que alcanzó sus mayores cotas en los últimos años del siglo pasado.



Con la actual tasa de desempleo en España, se sitúa por primera vez desde que se lleva un recuento sistematizado por debajo de la Unión Europea: 8,6 en el continente y dos décimas menos en España. En un trimestre en el que las caídas en la tasa de desempleo son casi generalizadas, en parte por los movimientos propios de la temporada estival y en parte por la mejora del clima económico, la reducción de la tasa de desempleo en España no tiene parangón en la Unión Europea. Desde principios de 2005 se viene registrando en la Unión Europea una reducción constante de la tasa de desempleo, de modo que en los nueve primeros meses se redujo en seis décimas porcentuales. Con esos números, España se sitúa por debajo de Francia y Alemania en cuanto a tasa de desempleo, aunque aún muy alejada de la tasa de desempleo en Irlanda y los Países Bajos y, fuera de Europa, de Estados Unidos y Japón. En todos esos países, además de en el Reino Unido y en Japón, la tasa de desempleo se sitúa por debajo del cinco por ciento de la población activa.

**TASA DE DESEMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA
Y OTROS PAÍSES DESARROLLADOS, TERCER TRIMESTRE DE 2005**

	Tasa de desempleo	Variación con respecto al trimestre anterior
Polonia	17,7	-0,2
Eslovaquia	16,2	-0,3
Francia	9,4	-0,2
Alemania	9,2	-0,3
Letonia	8,8	-0,3
Unión Europea	8,6	-0,2
España	8,5	-0,9
Bélgica	8,4	=
Zona euro	8,4	-0,2
Finlandia	8,2	-0,1
Lituania	7,9	-0,7
Malta	7,8	+0,4
República Checa	7,8	-0,2
Italia	7,5	-0,1
Grecia	7,3	-0,5
Hungría	7,2	+0,1
Chipre	6,1	+0,1

Eslovenia	5,8	=
Luxemburgo	5,5	+0,1
Austria	5,2	+0,1
Estados Unidos	5,0	-0,1
Dinamarca	4,8	-0,2
Reino Unido	4,7	=
Países Bajos	4,6	-0,1
Japón	4,3	-0,1
Irlanda	4,3	=

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas, Comisión Europea.

5. CONDICIONES DE TRABAJO

En el tercer trimestre de 2005, el coste laboral medio por trabajador y mes en la industria y los servicios se elevó a un ritmo interanual del 2,4 por ciento. Sesenta y cinco euros más de coste laboral durante el último año para un promedio ligeramente por encima de los dos mil euros mensuales. Sin embargo, buena parte del diferencial entre ese moderado crecimiento salarial y la inflación, que provoca una pérdida de poder adquisitivo de los trabajadores, es consecuencia directa de una reducción paulatina de la jornada laboral. Cuando se contempla el coste laboral medio por hora trabajada se observa que no existe tal pérdida de poder adquisitivo, dado que su crecimiento interanual es del 3,3 por ciento, en línea con la inflación en el mismo periodo.

Por sectores de actividad, el crecimiento del coste laboral presenta un panorama disímil cuando se toma como unidad el asalariado medio o cuando se contempla el pago de la hora media trabajada. En el primer caso, el coste laboral por trabajador y mes aumentó durante el último año a concluir en el tercer trimestre de 2005 en un 2,9 por ciento en el sector servicios. En la industria y la construcción el aumento del coste laboral apenas se despegó de la línea del dos por ciento. Por el contrario, el coste por hora trabajada presenta mayores crecimientos en la industria, del 4,5 por ciento interanual. Ese ritmo está bastante por encima del registrado en la construcción, del tres por ciento, y en los servicios, del 3,5 por ciento. Esta diferencia se explica por la creciente utilización del trabajo a tiempo parcial en una rama de actividad, cual es la industria manufacturera, que hasta bien recientemente se había mostrado reticente al uso de jornadas de trabajo reducidas.

Las comunidades autónomas que registran mayores crecimientos del coste laboral son un conjunto bastante heterogéneo de territorios. Al mismo tiempo que en el País Vasco, la comunidad autónoma con mayores costes laborales, se registran crecimientos del coste laboral que casi duplican a la media española en regiones con una tradición de bajos costes laborales, cual es el caso de Castilla-La Mancha y Murcia. No obstante, el País Vasco es la excepción a la regla de progresiva corrección de las distancias en costes laborales. Es el único territorio con costes laborales por encima de la media española en la que el crecimiento del último año fue superior a la media. Las otras comunidades autónomas de altos costes laborales, como son Madrid, Navarra, Cataluña y Asturias, registraron crecimientos de esta variable de entre el 1,8 y el 2,3 por ciento. La contemplación en términos absolutos de estas diferencias produce un cuadro algo diferente. En el País Vasco, La Rioja y Madrid se registraron crecimientos del coste salarial por encima de los cien euros mensuales. Mientras tanto, en Andalucía, Cantabria Canarias, la Comunidad Valenciana y Asturias las empresas contemplaron aumentos del coste salarial por debajo de los cincuenta euros mensuales.

**COSTE LABORAL MEDIO Y CRECIMIENTO SALARIAL ANUAL
POR TRABAJADOR Y MES EN LA INDUSTRIA Y LA CONSTRUCCIÓN,
TERCER TRIMESTRE DE 2005**

	Coste laboral medio		Crecimiento anual	
	Euros	España=100	Porcentaje	Euros
Aragón	1981,88	97,2	4,3	61
Castilla-La Mancha	1808,15	88,7	4,1	96
País Vasco	2477,73	121,5	4,0	127
Murcia	1769,53	86,8	3,9	75
La Rioja	1838,74	90,2	3,7	106
Galicia	1801,44	88,4	3,4	87
Baleares	1941,00	95,2	3,3	80
Castilla y León	1911,80	93,8	3,0	86
Extremadura	1676,32	82,2	2,9	55
Canarias	1754,66	86,1	2,5	38
TOTAL	2038,59	100,0	2,4	65
Asturias	2070,30	101,6	2,3	45
Cataluña	2106,02	103,3	2,3	55
Navarra	2277,04	111,7	2,1	81

Madrid	2404,66	118,0	1,8	104
Comunidad Valenciana	1823,29	89,4	1,7	39
Andalucía	1876,01	92,0	1,4	26
Cantabria	1964,72	96,4	1,3	35

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Costes Laborales, Instituto Nacional de Estadística.

El crecimiento de los costes laborales por hora trabajada estuvo sensiblemente por encima del registrado en la Unión Europea, donde el incremento medio fue del 2,7 por ciento. En Alemania apenas alcanzó el uno por ciento y, en el extremo contrario, fueron los nuevos países comunitarios aquellos en los que se registraron mayores incrementos del coste laboral. Sólo en Polonia y Hungría de entre los nuevos miembros procedentes del antiguo bloque oriental estuvo el crecimiento del coste laboral medido en horas trabajadas por debajo del cinco por ciento. No obstante, en algunos países potentes económicamente de la Unión Europea, los costes laborales también se elevaron por encima de lo que lo hizo en España. En el Reino Unido y en Austria el crecimiento interanual se situó por encima del cuatro por ciento.

**VARIACIÓN INTERANUAL DE LOS COSTES LABORALES POR HORA
TRABAJADA EN LA UNIÓN EUROPEA, TERCER TRIMESTRE DE 2005**

Letonia	15,7
Lituania	10,7
Estonia	8,8
Estonia	8,8
Eslovaquia	8,1
Hungría	6,6
Eslovenia	5,4
Austria	4,7
Polonia	4,5
Reino Unido	4,2
República Checa	4,2
Finlandia	3,8
Chipre	3,4
España	3,3



Luxemburgo	3,1
Francia	2,8
Unión Europea	2,7
Suecia	2,6
Dinamarca	2,3
Malta	1,6
Portugal	1,2
Alemania	1,1

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas, Comisión Europea.

No obstante, estos crecimientos de los costes laborales en línea con la inflación, al menos cuando se contemplan desde el punto de vista de la hora trabajada, son una ficción en lo que se refiere a las retribuciones totales de los asalariados. El salario medio ha crecido bastante por debajo de la inflación tanto si se contempla en términos de hora trabajada como cuando se contabiliza en meses. En el año a concluir en el tercer trimestre de 2005, el salario medio en la industria y los servicios por trabajador y mes había crecido en un pobre 1,9 por ciento. El aumento por hora trabajada en el mismo periodo fue del 2,8 por ciento. De esta diferencia se deduce que una parte importante de la explicación al actual crecimiento de los costes laborales en España, al punto de equipararse a la inflación registrada, lo constituye el aumento de los costes extrasalariales.

Los costes extrasalariales constituyen apenas un cuarto del coste laboral total. Sin embargo, en el último año su contribución al crecimiento del coste laboral total ha sido de casi el cuarenta por ciento. Y es que el aumento de los costes extrasalariales casi duplicó al mostrado por el coste salarial. Por el contrario, en Alemania los costes extrasalariales del factor trabajo tuvieron un crecimiento negativo. En España, en algunos casos, la aportación de esa parte menor del coste laboral que no son los costes extrasalariales al crecimiento interanual de los costes laborales llegó a superar el cincuenta por ciento. Tal es el caso del sector de la construcción y de las comunidades autónomas de Andalucía, Asturias, Cantabria y Murcia.

**COMPONENTES DEL CRECIMIENTO DEL COSTE LABORAL
POR HORA TRABAJADA SEGÚN SECTOR Y COMUNIDAD AUTÓNOMA,
TERCER TRIMESTRE DE 2005**

	Crecimiento del coste laboral	Coste salarial		Costes extrasalariales	
		Crecimiento	Aportación al crecimiento del coste laboral	Crecimiento	Aportación al crecimiento del coste laboral
Media	3,3	2,8	63	4,6	37
Industria	4,1	3,7	66	5,4	34
Construcción	3,0	2,0	46	5,3	54
Servicios	3,5	3,2	68	4,4	32
Andalucía	1,4	0,8	40	3,1	60
Aragón	3,2	2,7	60	4,8	40
Asturias	2,2	1,1	37	5,0	63
Baleares	4,3	4,5	77	3,6	23
Canarias	2,2	1,9	64	2,9	36
Cantabria	1,8	1,2	49	3,5	51
Castilla-La Mancha	5,6	4,9	62	7,6	38
Castilla y León	4,7	4,0	61	6,7	39
Cataluña	2,7	2,4	66	3,5	34
Comunidad Valenciana	2,2	1,9	64	2,9	36
Extremadura	3,4	2,7	57	5,5	43
Galicia	5,1	4,2	59	7,7	41
Madrid	4,5	4,2	69	5,4	31
Murcia	4,4	3,0	49	8,1	51
Navarra	3,7	3,8	77	3,4	23
País Vasco	5,4	5,1	70	6,4	30
La Rioja	6,1	5,1	65	7,7	35

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Costes Laborales, Instituto Nacional de Estadística.



La subida salarial pactada en convenios colectivos muestra una evolución muy similar a la registrada en la encuesta de costes salariales. Mientras el crecimiento salarial medio era del 2,8 por ciento, el incremento salarial medio pactado en convenios colectivos era, en los acuerdos firmados hasta el tercer trimestre de 2005, del 2,9. Ese ligero deslizamiento entre crecimientos pactados y reales tiende a explicarse en términos de movilidad salarial no ligada a la permanencia en el puesto de trabajo, es decir, por las diferencias de retribución entre quienes salen o entran de un empleo asalariado y quienes cambian de empleo. Con tasas negativas de deslizamiento, la diferencia puede explicarse por una masificación de las nuevas contrataciones sobre empleos con salarios por debajo de la media.

Por su parte, la revisión del salario mínimo interprofesional fijado por el gobierno en turno para 2006 lo situó en 4,23 euros por hora trabajada, 25,61 euros por día trabajado, 540,9 euros mensuales o, lo que es lo mismo, 7.572,6 euros anuales. El nuevo umbral cual supone un incremento de casi treinta euros mensuales o del 5,4 por ciento sobre el existente a finales del año anterior, bastante por encima del crecimiento salarial medio. Con esta reciente subida, junto con las anteriores llevadas a cabo por el gobierno socialista, que acumulan un 17,4 por ciento en veinte meses, se ha recuperado el poder adquisitivo de 1996.

6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

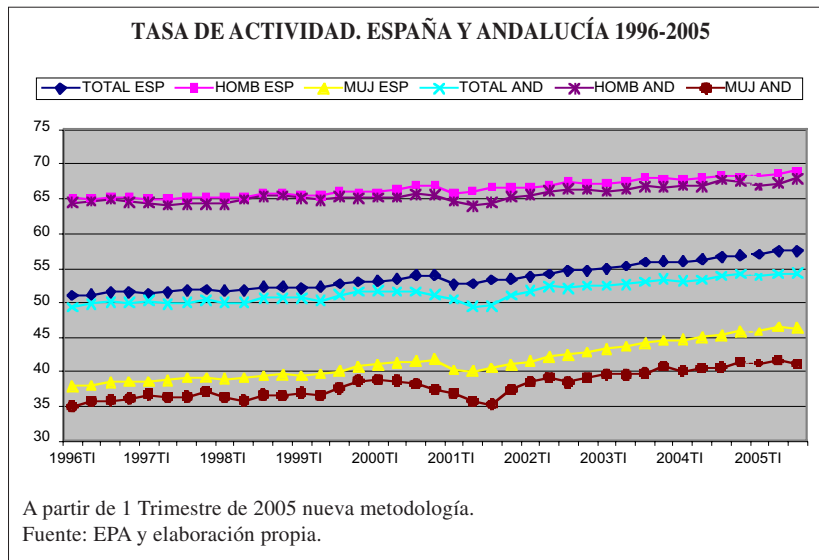
La situación del mercado de trabajo en Andalucía en este tercer trimestre de 2005 se puede calificar como de positiva a la luz de los datos disponibles. Antes de proceder a un análisis más pormenorizado hay que recordar que los cambios metodológicos realizados en la elaboración de la EPA, principal instrumento de análisis de lo que ocurre en el mercado de trabajo español, afectan a comparaciones intertemporales de algunas variables laborales. A este fenómeno ya hemos hecho referencia en artículos anteriores pero no deja de ser por ello relevante recordar lo ocurrido para formar una opinión acertada de lo ocurrido. Una vez analizada con detenimiento la evolución de las variables laborales españolas en los epígrafes anteriores, pasemos a continuación a revisar con mayor detenimiento lo ocurrido en la oferta, la demanda y el desempleo en Andalucía.

El número total de personas laboralmente activas se situó en el tercer trimestre de 2005 en Andalucía en un total de 3.438.200 personas, lo que supone un aumento de 32.600 personas respecto al trimestre anterior. El incremento de población activa en este trimestre se distribuyó en un aumento de 31.900 hombres frente a un descenso de 9.300 mujeres. La tendencia creciente de la población activa se mantiene aunque este trimestre la población

activa femenina se ha reducido en un 0,69%.

Como consecuencia de esta evolución, la tasa de actividad de Andalucía se ha situado en 54,24%, aumentando 0,11 puntos en el trimestre. La diferencia con la tasa media de actividad nacional (57,43%) es establece en 3,19 puntos, lo que significa una ligera reducción respecto al trimestre anterior.

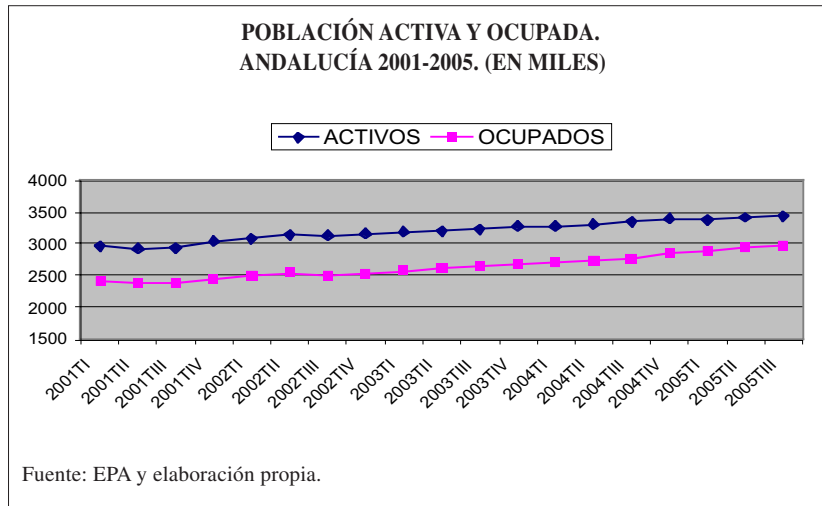
La tasa de actividad masculina ha crecido este trimestre alcanzando la cifra de 67,90% y acercándose a la media nacional (69,04%). Por el contrario, la de actividad femenina se reduce algunas décimas en este trimestre quedando en el 41,10%, siendo el valor nacional 46,31%. La convergencia en la tasa 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 las tasas andaluza y nacional se explica fundamentalmente por el colectivo femenino.



Como hemos señalado en epígrafes anteriores, la ocupación en España superó los diecinueve millones de empleados en el tercer trimestre de 2005 esta cifra está entre las mejores de la historia laboral reciente de la economía española. De forma paralela, en Andalucía, la cifra de ocupados se situó también en cifras históricas, en concreto en 2.972.800 cifra muy cercana a los tres millones y que constituye un hito importante en la evolución del mercado de trabajo de la Comunidad Autónoma. Se ha logrado un aumento de 28.000 personas respecto al trimestre anterior, si bien el número

de mujeres ocupadas se ha reducido este trimestre (-16.900) siendo compensado por el importante aumento de los varones ocupados. (44.900).

La tendencia creciente de la oferta y la demanda de trabajo en Andalucía ha sido sistemática desde mitad de los años noventa, provocando una reducción del desempleo a unos niveles mas bajos de los que se presentaban en el pasado reciente.

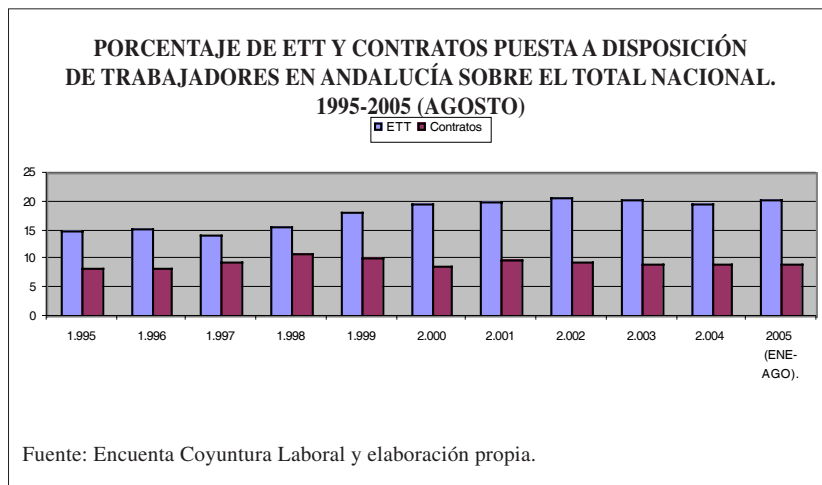


En cuanto a los sectores de actividad económica, el empleo ha crecido en el tercer trimestre fundamentalmente en el sector servicios (19.500 personas), seguido de la ocupación en el sector de la construcción (12.500) y el sector industrial (9.200). El empleo se ha reducido en la agricultura (-13.900 personas) al igual que ocurrió en el segundo trimestre de 2005. En términos absolutos, el empleo en Andalucía sigue concentrado básicamente en los servicios en un porcentaje muy elevado (65,59%), mientras que el segundo sector en términos de empleo es el de la construcción (14,62%). La agricultura sólo representa algo más que un 8% del total del empleo en Andalucía.

En este tercer trimestre de 2005, la ocupación está especialmente concentrada en el grupo de los asalariados, que suponen en Andalucía 2.429.800 personas, 34.200 más que en el segundo trimestre. En lo referente al tipo de ocupación, hay que indicar que en este tercer trimestre, al igual que en el anterior, ha crecido el empleo a tiempo completo (45.700 hombres y 6.600 mujeres) mientras que el empleo a tiempo parcial se ha visto ligeramente reducido (-24.300 personas).

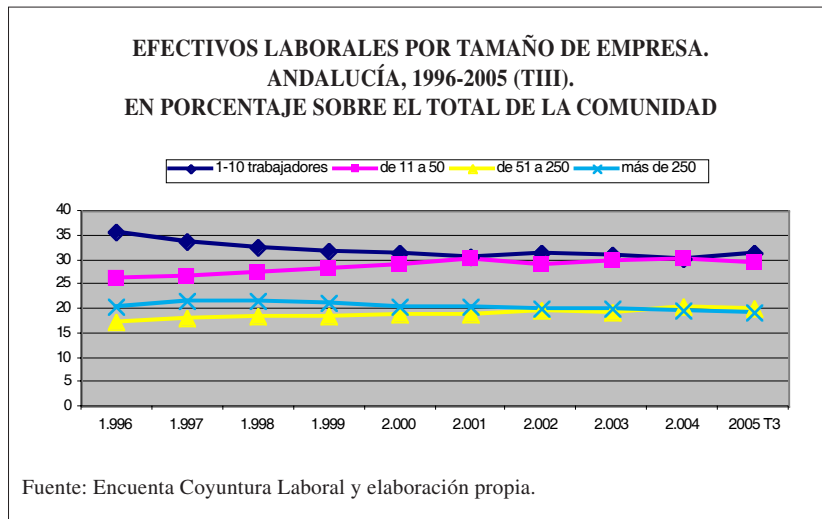
Una matización importante a la buena evolución del empleo que presenta el mercado de trabajo andaluz es la calidad del empleo en un contexto

de mayor necesidad de flexibilización del mercado laboral debido a los cambios del entorno. Un indicativo de esta evolución es lo ocurrido con las empresas de trabajo temporal (ETT). En lo que respecta a la presencia de Empresas de Trabajo Temporal (ETT) en Andalucía el porcentaje sobre el total nacional se ha estabilizado en Andalucía en torno al 10% del total durante la última década. Al mismo tiempo, el porcentaje de los contratos de puesta a disposición de trabajadores en Andalucía respecto al total nacional ha crecido desde un 15%, hasta un 20% (dato correspondiente a los primeros ocho meses de 2005). Como se observa en el gráfico, se pueden distinguir dos fases significativas en los últimos diez años, después de un continuo crecimiento hasta el año 2000, se ha estabilizado en el 20% desde entonces.

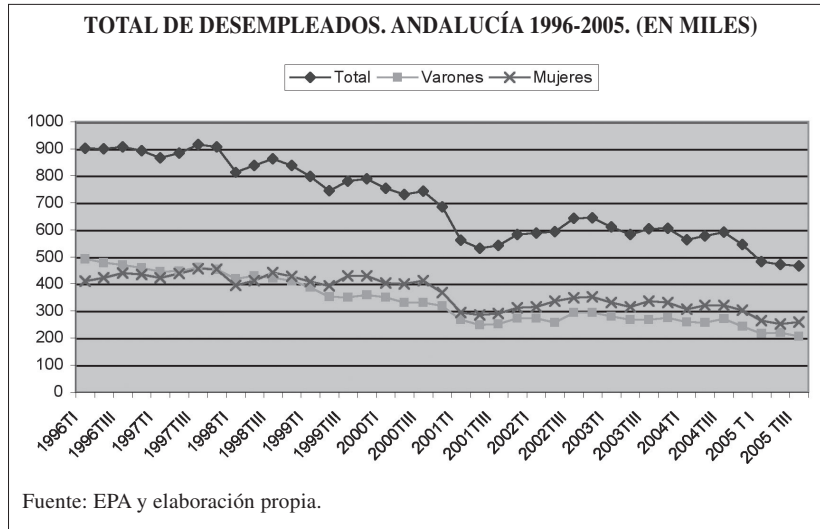


La información estadística sobre la ocupación puede ser completada por otra encuesta que completa la información disponible de la EPA, nos referimos a la Encuesta de Efectivos Laborales que puede servir para caracterizar el empleo. A partir de ella se puede analizar la evolución de la estructura del empleo en función del tamaño de las empresas y por tanto del tejido empresarial del que se dispone en la Comunidad de Andalucía. Si observamos el gráfico, en 1996 la mayoría de la ocupación en Andalucía estaba en las empresas de muy pequeño tamaño (de 1 a 10 trabajadores) casi el 36% del total de la ocupación. Por el contrario, el volumen de empleo más bajo se encontraba en el grupo de empresas medianas, que ocupan entre 51 y 250 trabajadores. La tendencia que puede observarse es que el peso del empleo de las microempresas se ha reducido significativamente a lo largo del periodo considerado, sigue siendo el grupo de empresas que ocupa a mayor porcentaje de empleo, pero ya sólo ocupa al 31,35% del total. Por el contra-

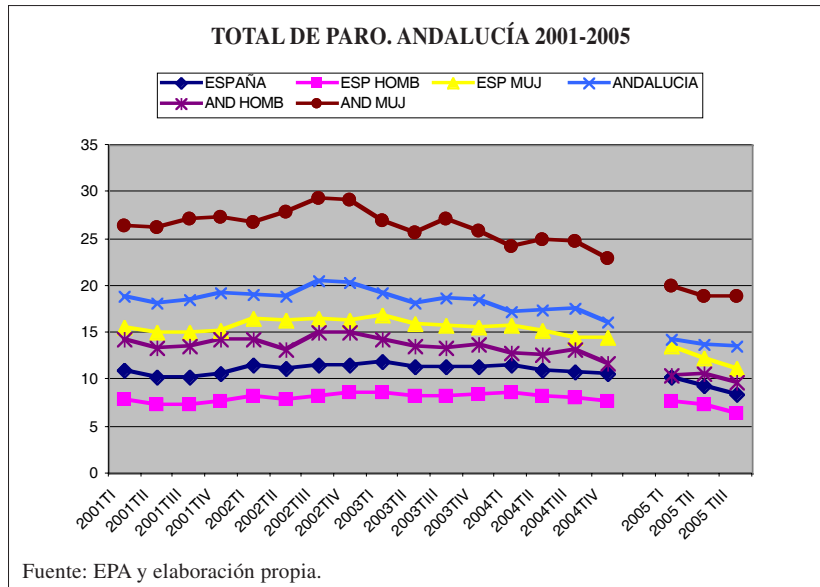
rio, el grupo de empresas entre 11 y 50 trabajadores ha crecido desde el 26,4 hasta el 29,5%. La suma de la ocupación en empresas medianas y grandes (más de 250 trabajadores) ha convergido a lo largo de la década analizada hacia un 40% del total, repartido casi a partes iguales entre ambos grupos. La pérdida de peso relativo del grupo de empresas muy pequeñas (de hasta 10 trabajadores), y el aumento de las pequeñas (entre 11 y 50 trabajadores) puede ser representativo de una ganancia de densidad del tejido empresarial en Andalucía, aunque esta explicación debe ser matizada y es necesario un análisis más profundo de lo que ocurre en el mercado laboral para asegurarlo.



En cuanto a la evolución del desempleo en los últimos años en Andalucía puede calificarse como de muy positiva aunque hay que matizar las conclusiones en función de la fuente de datos que se utilicen y ello se debe fundamentalmente a los cambios metodológicos que se han realizado en la medición del paro por parte del INE y del INEM respecto a la EPA y al paro registrado respectivamente. Según los datos de la EPA referidos a Andalucía, el número de desempleados se situó en el tercer trimestre de 2005 en 465.400 personas, lo que supone una reducción de 5.300 personas en este trimestre, lo cuál significa una caída del 1,14% en este trimestre. Esta evolución, situó la tasa de paro andaluza en este segundo trimestre de 2005 en el 13,54% una cifra que sigue la tendencia a la reducción y alcanza cotas históricas, acentuando la convergencia con la media nacional, cuya diferencia se ha situado en algo más de 5 puntos.

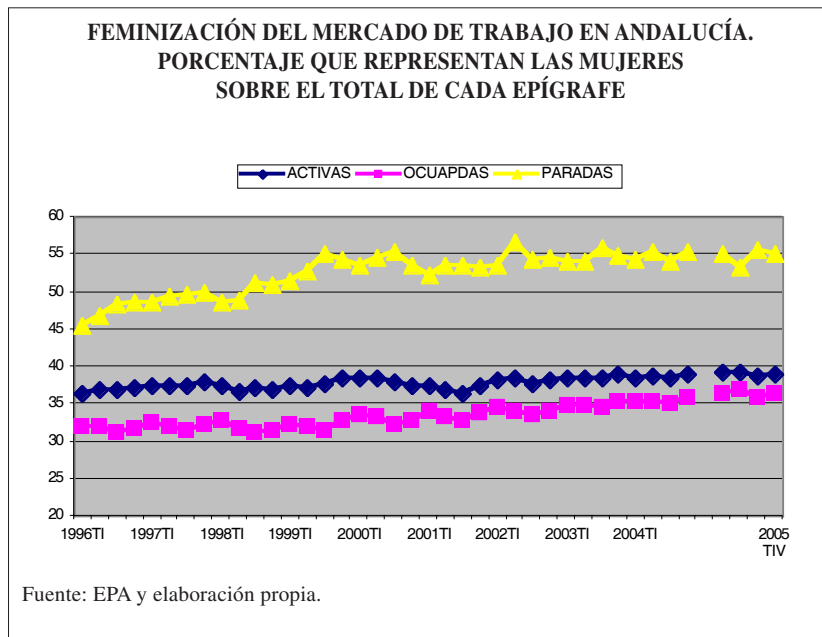


La reducción del desempleo en este trimestre ha afectado fundamentalmente a los hombres (13.000) mientras que ha aumentado ligeramente el número de mujeres desempleadas (7.700 más). En términos absolutos, el número de desempleados se ha reducido sustancialmente en la última década. Aunque es de destacar que desde final de los noventa en Andalucía, el número de mujeres desempleadas es mayor que el de los varones.

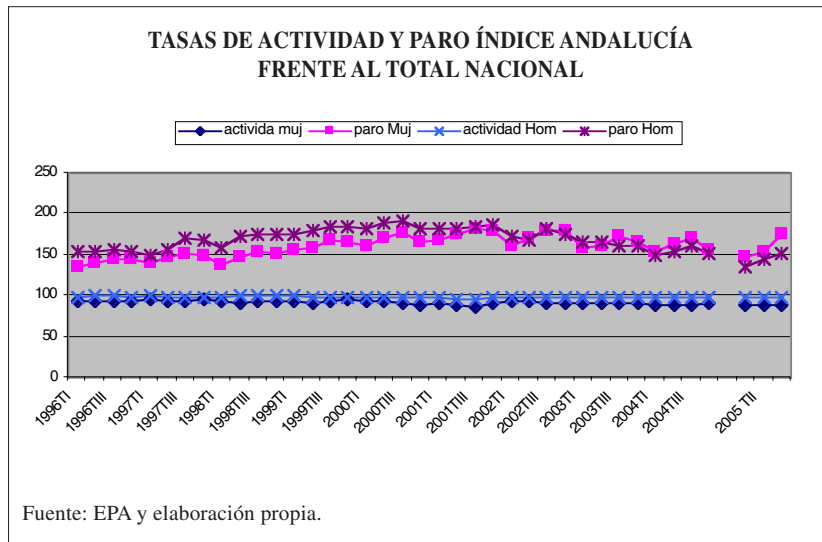


En una perspectiva amplia referida a los últimos trimestres, y a pesar de los cambios metodológicos que se han efectuado a lo largo del periodo en la definición de desempleo de la EPA, se puede observar la muy favorable evolución de las distintas tasas de paro hacia niveles más cercanos a los europeos. Como se observa en el gráfico, existe una fuerte convergencia de las tasas medias de desempleo españolas y andaluzas. La diferencia más relevante es la evolución de la tasa de paro femenina en Andalucía que aunque mantiene la tendencia hacia tasas reducidas todavía hay importantes diferencias con las de los otros grupos.

Ya hemos hecho referencia a la diferencia de evolución entre los grupos femeninos y masculinos en Andalucía respecto a los resultados en el mercado laboral. Al igual de lo ocurrido en el conjunto de España, el proceso de feminización del mercado de trabajo ha sido muy intenso en los últimos años. Sin embargo, el aumento relativo de la presencia femenina no se ha repartido de forma uniforme entre la oferta y la demanda de trabajo y sobre todo en el desempleo. El peso relativo de las mujeres en el total de parados ha crecido de forma significativa en la última década, superando el 50% hace ya varios años, y en los últimos periodos se está estabilizando en torno al 55%. Por el contrario, la presencia de las mujeres en la oferta y demanda de trabajo es más reducida, entre el 35 y el 40% del total, aunque ha crecido también significativamente en los últimos años, como se observa en el gráfico.



Otra forma de considerar la participación de la mujer en el mercado de trabajo en Andalucía en relación a lo que ocurre en el conjunto del territorio nacional, puede verse a través del análisis de la evolución de la tasas de actividad y paro nacional y regional par hombres y mujeres. El índice que hemos construido mide el cociente entre el la tasa andaluza y la española y se ha normalizado en un valor ideal de 100 que se interpreta como igualdad entre las tasas regional y nacional para el colectivo en cuestión. Como se observa, el índice de las tasas de actividad femenina y de paro andaluza respecto a la media nacional está en torno a 150, alcanzando en algún periodo valores cercanos al 200%. Sin embargo, los valores de estos índices de tasas de paro y actividad para los hombres están muy cercanos al valor 100, lo que implica comportamientos muy semejantes en ambas áreas geográficas. Con ello, ponemos de manifiesto que aunque ya se ha producido una importante convergencia entre las variables laborales en España y Andalucía en estos últimos años de fuerte crecimiento económico, todavía hay un camino por recorrer en lo que se ha dado en llamar la feminización del mercado de trabajo andaluz.





3

Comentarios de Jurisprudencia







PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

CÁMARA DE COMERCIO: LEGITIMACIÓN O NO DE UN ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN «SUI GENERIS»

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social),
de 17 de febrero de 2005*

MARÍA DEL JUNCO CACHERO *

SUPUESTO DE HECHO: Desde el año 1983, el personal de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, que por aquel entonces eran denominados «funcionarios», en virtud del «Reglamento de Personal de la Cámara Oficial de Comercio e Industria» del año anteriormente señalado, venía cobrando anualmente una paga de productividad.

En el año 2003, se aprueba un nuevo Reglamento para dicho personal, al que ahora se denomina «personal reglamentario», y desde esa fecha deja de pagarse la paga de productividad ¹.

Por otra parte en 1993, la Junta de Personal de Funcionarios de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, se dotó de un reglamento de funcionamiento interno, que se aprobó con arreglo a lo establecido en la Ley 9/1987 ² (LOR).

En 1995, se celebraron elecciones para la elección de la Junta de Personal, resultando elegidos siete representantes.

En el año 2003 se decide cambiar la denominación de la Junta de Personal de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, por la de

* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Esta circunstancia fue impugnada por la Junta de Personal de Funcionarios.

² Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. En adelante LOR.

«Plataforma de Representantes del Personal Reglamentario fijo de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid». Desde el año 1995, en el que se celebraron elecciones, no se han vuelto celebrar otras hasta la fecha de la Sentencia.

Además de todo ello, en la corporación demandada, Cámara de Comercio, hay un Comité de Empresa.

RESUMEN: La «Plataforma de Representantes del Personal Reglamentario fijo de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid», formuló demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, sobre conflicto colectivo, contra la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, solicitando que se declarara la nulidad de la supresión de la paga de productividad que establecía el Reglamento del año 1983 y que se reconociera el derecho del personal reglamentario fijo a que se le abone la paga de productividad correspondiente al año 2003. El 22 de marzo de 2004, se dictó Sentencia, fallándose «la falta de legitimación activa de la parte actora» sobre el conflicto colectivo interpuesto, y por tanto desestimándose la demanda.

Posteriormente se presentó recurso de casación (Rec. Núm. 76/2004) ante el Tribunal Supremo por la «Plataforma de Representantes del Personal Reglamentario fijo de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid», consignándose los siguientes motivos: que están legitimados para promover conflicto colectivo³ ...y que reclaman el cobro de la paga de productividad del año 2003⁴. El recurso es desestimado por el Tribunal Supremo.

ÍNDICE

1. PLATAFORMA DE REPRESENTANTES DEL PERSONAL REGLAMENTARIO FIJO DE LA CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID
 - 1.1. ¿Órgano de representación?
 - 1.2. Legitimación activa
2. PRÓRROGA DEL MANDATO REPRESENTATIVO
3. PERMANENCIA DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE TIPO INCENTIVADOR

³ «Al amparo del art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral, por infracción del art. 152.c) del mismo texto legal en relación con el art. 65.1 del Estatuto de los Trabajadores». Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 17 de febrero de 2005.

⁴ «Al amparo del art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral, por infracción del art. 34 del Texto Refundido del Reglamento del Personal de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, de 21 de julio de 1983». Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 17 de febrero de 2005.



1. PLATAFORMA DE REPRESENTANTES DEL PERSONAL REGLAMENTARIO FIJO DE LA CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID

1.1. ¿Órgano de representación?

En el Texto Refundido del Reglamento de Personal de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, de 21 de julio de 1983, aparecen dos tipologías posibles en cuanto al personal de la misma se refiere. Una⁵, con condición de funcionario y otra, personal contratado, eventual o interino⁶. El «funcionario», con el nuevo Reglamento de 2003, pasó a denominarse personal reglamentario. A la vista de ello, no es por tanto extraño, que existiera una Junta de Personal de Funcionarios de la Cámara⁷. Lo que resulta llamativo es que el 21 de abril de 1995 se celebren votaciones en la Cámara, para la elección de la Junta de Personal, resultando elegidos un total de siete representantes. Y es sorprendente, pues la Ley 3/1993, de 22 de marzo, básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, ya en vigor establece en su artículo 7.2 in fine que: «Todo el personal al servicio⁸ de las Cámaras quedará sujeto al Derecho laboral». Con este precepto se da al traste definitivamente con un tema ya había levantado más de una opinión: el personal que trabaja en las Cámaras de Comercio no es funcional⁹.

⁵ Art. 2 del Reglamento: «Todo el personal no contratado por la Cámara que en virtud del correspondiente nombramiento desempeñe funciones de carácter permanente, figure en la correspondiente plantilla y perciba, con carácter fijo, los sueldos o asignaciones normalizadas con cargo al presupuesto de la Corporación, tendrá la condición de funcionario».

⁶ Art. 16 del Reglamento: «Además del personal de plantilla expresado en los artículos anteriores, si los Servicios de la Cámara lo requieren, podrá nombrarse personal contratado, eventual o interino, a propuesta de la Secretaría, que será designado por el Presidente, de acuerdo con el Comité Ejecutivo y dando cuenta a la Cámara en su primera sesión».

⁷ La Disposición Adicional tercera del Reglamento de 21 de julio de 1983 prevé que: «Para el establecimiento de la oportuna vía de representación, que dé cauce a la participación, diálogo y comunicación de los funcionarios con la Cámara se estará a lo que establezca la legislación específica en la materia». El 5 de marzo de 1993 se aprobó conforme a las previsiones normativas de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, un reglamento de funcionamiento interno de la Junta de Personal de Funcionarios.

⁸ MARTÍN VALVERDE, A, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos 2005: «No quedan afectados por el art. 1.3.a) E.T., ni los empleados de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, cuya relación de trabajo es de régimen laboral, según la Ley 3/1993...».

⁹ Ya la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 10 de diciembre de 1991, dejó establecido este criterio, en las puertas de la aprobación de una nueva norma para las Cámaras de Comercio: «No cabe duda de que la prestación de servicios realizada por los emplea-

La cuestión que se plantea es porqué una Junta de Personal en el año 1995, que sigue estando en funcionamiento incluso en el año 2003, tema que posteriormente abordaremos, es admitida por la propia Administración, la cual acepta el cambio de denominación y, por los hechos que se relatan en la Sentencia, nunca es invalidada. Aquella Junta de Personal de Funcionarios, pasa a denominarse «Plataforma de Representantes del Personal Reglamentario fijo de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid».

Lo que pretenden pues, los demandantes, que son la «Plataforma», es que ésta sea considerada como un órgano de representación colectiva regulado en el Título II del Estatuto de los Trabajadores. Añadiendo a ello, que en la Cámara hay un «órgano de representación unitaria en forma de Comité de Empresa»¹⁰.

La actual «Plataforma» tiene su antecedente inmediato en la Junta de Personal elegida en 1995, con apoyo formal en la LOR, por votación del colectivo de trabajadores al que se refiere y no por todo el personal de la Cámara. Además, siempre ha actuado «completamente al margen del Comité de Empresa efectivamente existente en la Cámara de Comercio de Madrid»¹¹.

La «Plataforma» no fue nunca un órgano de representación unitaria de los trabajadores, pues el art. 63.1 E.T dispone que el comité de empresa es un órgano de representación unitaria del «conjunto de los trabajadores» de la empresa o centro de trabajo; lo que quiere decir que no cabe reconocer dicha condición a un órgano representativo de un sector o segmento limitado de los trabajadores de la empresa, en concurrencia con el comité de empresa propiamente dicho, abierto a la elección de todos los trabajadores de la misma.

Lo que hubiera correspondido entonces y ahora es la participación de los miembros de dicho personal en el comité de empresa, ejercitando los derechos de sufragio activo y pasivo que indudablemente ostentan¹².

1.2. Legitimación activa

La parte recurrente afirmaba que como la «Plataforma de Representantes del Personal fijo» es un órgano de representación colectiva de los previs-

dos de las Cámaras de Comercio se trata de una prestación de servicios retribuida, y regulada por normas administrativas, a antes públicos de naturaleza corporativa, como son dichas Cámaras, pero éstas no son por su esencia y en su totalidad verdaderas Administraciones Públicas, por lo que su relación no puede considerarse funcional».

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 17 de febrero de 2005.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 17 de febrero de 2005.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 17 de febrero de 2005.



tos en el Título II del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de promover la acción de conflicto colectivo enablada debió serle reconocido, de acuerdo con la previsión general del art. 65.1 E.T.¹³, tal y como le reconoce al comité de empresa y con la previsión más específica del art. 152.c) de la Ley de Procedimiento Laboral¹⁴.

Como se señaló anteriormente, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, dictó en su parte dispositiva que: «Acogiendo la defensa procesal de falta de legitimación activa de la parte actora, debemos abstenernos y nos abstenemos de entrar a conocer de la cuestión material suscitada...»¹⁵.

De la misma forma, también el Tribunal Supremo, no les reconoce legitimación activa, tal y como a continuación iremos indicando. Así pues, para los tribunales la procedencia de enjuiciar el tema de fondo depende en este caso de que se de una respuesta positiva a la cuestión procesal de la legitimación activa de la «Plataforma de Representantes del Personal fijo de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid», para utilizar el cauce del proceso de conflicto colectivo.

El referido art. 152.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, atribuye legitimación para promover procesos sobre conflictos colectivos... en los conflictos de empresa o de ámbito inferior, a los empresarios y a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores. En el escrito del recurso que presenta la «Plataforma», ésta no pretende que tenga naturaleza de órgano de representación sindical, pero en cambio, afirma que tiene «carácter de órgano de representación legal, entendiéndolo por tal, de acuerdo con la terminología utilizada habitualmente por el legislador español, los órganos de representación regulados en el Título II del E.T.»¹⁶.

La propia Sentencia que comentamos deja claramente establecida, antes de entrar a analizar si la «Plataforma» es o no un órgano de representación, que el comité de empresa es «el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses». Lo que se afirma en la demanda, y lo que se pretende con una argumentación más larga en el presente recurso, es atribuir a la «Plataforma» demandante la cualidad de comité de empresa u órgano equi-

¹³ Art. 65.1 E.T.: «Se reconoce al comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros».

¹⁴ Art. 152.c) Ley de Procedimiento Laboral: «Estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos: Los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior».

¹⁵ Sentencia de 22 de marzo de 2004.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 17 de febrero de 2005.

valente de representación del grupo o sector de los trabajadores del «personal reglamentario fijo» (en número aproximado de noventa).

Queda claro pues, que esta «Plataforma» no está representando, independientemente de la forma de elección de sus representantes, a la totalidad de los trabajadores de la Cámara de Comercio, sino únicamente al personal denominado «reglamentario», por ello, tal y como dispone el art. 152.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, no puede ser englobada en ninguno de los sujetos legitimados para poder promover un proceso de conflicto colectivo.

2. PRÓRROGA DEL MANDATO REPRESENTATIVO

Aunque la Sentencia no entra en el tema que aquí abordamos, que no fue planteado en la demanda presentada, resulta al menos «curioso», que puedan existir representantes en centros de trabajo que no estén sujetos a una finalización de su mandato, máxime cuando ni siquiera queda reflejado que esa extensión temporal representativa, fuera provocada por la nueva celebración de elecciones.

El 21 de abril de 1995 se celebraron votaciones en la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, para la elección de la Junta de Personal, resultando elegidos un total de siete representantes. En octubre de 2003, cuando deciden cambiar el nombre de la Junta de Personal, por la de «Plataforma de Representantes del Personal fijo de la Cámara Oficial del Comercio e Industria de Madrid», a tenor de los hechos expuestos en la Sentencia, siguen siendo los mismos, pues textualmente establece: «desde aquel entonces no han vuelto a celebrarse elecciones»¹⁷.

No volveremos a tratar el tema de que no es un órgano representativo, ni que como ya hemos señalado en otras ocasiones, en la Cámara hay un Comité de Empresa. El tema que se nos plantea es que hasta la fecha de la Sentencia, esta «Plataforma» había venido actuando como si de una Junta de Personal se tratase.

No podía actuar así, pues no perdamos de vista que la Junta de Personal se elige en 1995 y, la Ley 3/1993, dispone ya que todo el personal de la Cámara de Comercio se regirá por el Derecho laboral; pero es más, según los hechos relatados, ni siquiera algún Sindicato, ni el órgano representativo por excelencia, el Comité de Empresa, habían cuestionado su razón de ser.

La cuestión es, cómo unos representantes que son elegidos en año 1995, conforme a la LOR, al cabo de ocho años largos, siguen siendo los mismos,

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 17 de febrero de 2005.

y no ha existido una nueva elección. Elección que por otra parte y por supuesto no se ha llevado a cabo, pues la Junta de Personal debió dejar de existir al aparecer un Comité de Empresa en la Cámara.

La duración del mandato de un representante elegido, tal como legalmente se establece es de cuatro años, art. 67.3 E.T¹⁸ y art. 12 LOR¹⁹, con independencia de ejercer en funciones o de prorrogarse²⁰, en tanto en cuanto no se promuevan y celebren nuevas elecciones. El mandato de los miembros de los órganos de representación unitaria únicamente pierde eficacia antes de concluir los cuatro años de duración normal, por acuerdo de los electores mediante Asamblea convocada al efecto, por dimisión del interesado y por extinción de la relación de servicio. Sin embargo el mero transcurso del tiempo no es suficiente, la extinción no es automática, sino que han de haberse promovido y celebrado nuevas elecciones, pues solo la constitución del nuevo órgano de representación determina el cese anterior²¹.

Cabría pues, que quizá estos representantes de la «Plataforma», hayan seguido siendo considerados en la Cámara de Comercio como verdaderos representantes, es decir, que se les haya seguido manteniendo sus garantías, derechos, etc., pues de lo contrario no parece a primera vista encontrar una explicación para la actuación demandante de los mismos. La «Plataforma»

¹⁸ Art. 67.3 E.T.:»La duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa será de cuatro años, entendiéndose que se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones».

¹⁹ Art. 12 LOR:»El mandato de los miembros de la Junta de Personal y de los delegados de personal, en su caso, será de cuatro años, pudiendo ser reelegidos. El mandato se entenderá prorrogado si, a su término, no se hubiesen promovido nuevas elecciones, sin que los representantes con mandato prorrogado se contabilicen a efectos de determinar la capacidad representativa de los sindicatos».

²⁰ GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los Derechos Colectivos de los Funcionarios*. Consejo Económico y Social, Colección Estudios. Madrid 1994. Pág. 203:Para el Tribunal Constitucional (Sentencia 57/1989), la prórroga del mandato «no incumple el principio democrático, según el cual los mandatos representativos deben estar sometidos a revisiones ciertas y con una determinada periodicidad». La finalidad de la prórroga es evitar «vacíos de representación en los supuestos que el proceso electoral... no haya culminado en la fecha de terminación del mandato». Por las indicadas razones no se puede atribuir a la prórroga «el significado de autorizar a las instancias legitimadas para promover elecciones a mantener esa prórroga por tiempo indefinido o superior al que resulte estrictamente necesario para cumplir (esa) finalidad eventual y transitoria. ». Por tanto, la prórroga legal del mandato de representación unitaria, «viene exclusivamente establecida como una solución transitoria», de manera que «finalizará en el momento de la proclamación de resultados de las siguientes elecciones». Será éste el momento en que se hará efectiva la pérdida de la condición de representante por extinguirse el periodo de mandato, sin perjuicio de la posibilidad de la repetición de un nuevo mandato por reelección.

²¹ RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J. y PÉREZ BORREGO, G.: *Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios*. Aranzadi. Pamplona 1995. Págs. 153 y ss.

solo celebró elecciones una vez y, sus representantes no debieron tener nunca «prorrogado el mandato» o «actuar en funciones» sine día, ni mucho menos llegar hasta el año 2003 con esa condición, pues realmente ellos no pueden ejercer de órgano representativo, tal y como pretenden.

3. PERMANENCIA DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DE TIPO INCENTIVADOR

La razón primaria de la demanda que da lugar finalmente a la Sentencia que comentamos y en principio a la de instancia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, es la reclamación de que se le reconozca el derecho al personal reglamentario fijo el abono de la paga de productividad correspondiente al año 2003, paga que se venía realizando desde el año 1983²².

El art. 34 del Reglamento de Personal de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid de 1983 establecía: «La Presidencia de la Cámara, a propuesta de la Secretaría, y dentro de las previsiones presupuestarias, premiará anualmente la productividad, asiduidad y rendimiento de su personal considerando además otras circunstancias favorables del interesado que como la observancia en el horario de trabajo puedan servir de módulo y orientación para valorar aquellas condiciones principales».

La Cámara de Comercio vino abonando regularmente al personal que presenta la demanda, es decir, al llamado antes «funcionario» y ahora «reglamentario», una paga o premio de productividad en la nómina correspondiente al mes de diciembre de cada año, cuyo importe variaba tanto de un trabajador a otro, como de un año a otro, sin que consten los criterios y parámetros cuantitativos seguidos por la Secretaría para su fijación, concepto retributivo que se dejó de satisfacer en diciembre de 2003.

Se trata de un concepto retributivo que, al igual que hacían los premios, condecoraciones, menciones honoríficas y otros conceptos que empleaba la Ley de 1964, viene a compensar la actividad extraordinaria del funcionario, potenciando así su incentivación. Debe asignarse de forma individualizada, y no genéricamente por categorías o grupos de funcionarios, y en términos no discriminatorios; y al igual que su asignación debe ser justificada, también debe serlo su posterior reducción o supresión²³.

²² Quizá hubiera sido otro el resultado si la reclamación de la paga de productividad del año 2003, se hubiera hecho de forma individualizada por cada uno de los miembros de la «Plataforma».

²³ MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y Deberes de los Funcionarios Públicos*. Tirant lo Blanch. Valencia 1996. Pág. 82.



De todas formas, las cuantías asignadas por complemento o paga de productividad durante un periodo de tiempo, no originarán ningún tipo de derecho individual respecto de las valoraciones o apreciaciones correspondientes a periodos sucesivos. Por ello, no parece, aunque la Sentencia no nos da solución a este tema, que al personal «reglamentario» se le haya consolidado esta paga, pues aunque sí es cierto que la venían percibiendo desde 1983, y casi veinte años es mucho, tal como se desprende de los Antecedentes de Hecho de la Sentencia, el importe variaba y no era lo mismo para todos los trabajadores.

Pero aunque no existía uniformidad cuantitativa en el pago, sí existía uniformidad temporal, siempre en diciembre. Quizá debió la Cámara al decidir suprimir este abono, haber comunicado al personal que lo recibía la causa de tal decisión, pues aunque como ha dicho algún sector de la doctrina, éste no es consolidable, sí al menos, de la misma forma en que se conocen las causas por las que es pagada, debió conocerse por las que fue suprimida.

La Sentencia, por tanto, no nos resuelve en este caso cual hubiera sido su decisión, pues al estimar como ya ha quedado anteriormente expuesto, la falta de legitimación activa de la «Plataforma», para promover un proceso de conflicto colectivo, no entra en la cuestión sustantiva planteada sobre procedencia o no de la supresión de la paga de productividad que ha venido abonándose al personal afectado por el presente litigio²⁴.

²⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 17 de febrero de 2005.





RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO, SUBVENCIONES Y CONTRATACIÓN TEMPORAL: EL CASO DE LOS AGENTES DE EMPLEO Y DESARROLLO LOCAL

Sentencia TSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2005

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO *

SUPUESTO DE HECHO¹: El demandante fue contratado inicialmente el 2 de octubre de 2002, por la Diputación Provincial de Cuenca, para desarrollar la actividad de Agente de Empleo y Desarrollo Local, bajo la modalidad de obra o servicio determinado. Este primer acuerdo fue seguido por otros dos contratos de la misma naturaleza y objeto, sucesivos, sin interrupción alguna y por un plazo anual, hasta su cese el 28 de diciembre de 2004. De acuerdo con la OM de 15 de julio de 1999 —en su versión vigente hasta el año 2005—, el Instituto Nacional de Empleo abonaba hasta el 80 por 100 de los costes laborales totales del Agente de Empleo y Desarrollo Local, incluida la cotización empresarial a la Seguridad Social por todos los conceptos. Esta subvención del Servicio Público de Empleo se concedía por un período de un año, prorrogándose la misma por períodos anuales con un máximo de cuatro años. Transcurrida dicha duración máxima, la contratación del mismo Agente no podría ser subvencionada por dicho Organismo. Las funciones desarrolladas en Quintanar del Rey por el actor han sido asumidas por personal del propio Ayuntamiento, que tiene intención de seguir desarrollando ese servicio a los ciudadanos por «exigencias del desarrollo industrial del Municipio».

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ JUR 2006\20817

RESUMEN: Para la Sala se trata de una actividad permanente y no temporal, aunque la dotación de la subvención sea anual y limitada en el tiempo. De ahí que no pueda utilizarse el contrato de obra o servicio determinado, sino el contrato de trabajo ordinario de duración indefinida y que la extinción deba considerarse despido improcedente.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONTEXTO DEL PROBLEMA
 - 2.1. La tradicional discusión sobre el ámbito del contrato de obra o servicio determinado: la posición jurisprudencial a finales de los años noventa
 - 2.2. La OM de 15 de julio de 1999 y la figura de los Agentes de Empleo y Desarrollo Local
 - 2.3. El cambio de doctrina o, si se prefiere, la nueva orientación del Tribunal Supremo
3. CONSECUENCIAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS AEDL: EFECTOS DE LA NUEVA REGULACIÓN
4. ALGUNAS REFLEXIONES AL HILO DE ESTA CONTROVERSIA

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia que es objeto de este breve comentario constituye —al menos por el momento— el último eslabón de una larga serie de resoluciones de suplicación que a lo largo de estos dos últimos años han ido abordado de forma casi monolítica —y a diferencia de lo que ocurriera con anterioridad— la controvertida naturaleza jurídica del contrato de trabajo de los Agentes de Empleo y Desarrollo Local ²; un tema éste ciertamente comple-

² Sobre este tema o cuestiones muy cercanas véanse, por mencionar algunas, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 15 de noviembre de 2005 (rec. núm. 1395/2005); TSJ Castilla-La Mancha de 10 noviembre 2005 (AS 2005\3249); STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 30 de septiembre de 2005 (AS 2765); STSJ de Canarias, Las Palmas, de 7 de septiembre de 2005 (AS 3307/2005); STSJ Castilla y León, Valladolid de 20 de junio de 2005 (AS 2005\1589); STSJ Canarias, Las Palmas de 25 de febrero de 2005 (AS 2005\476); STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2005 (AS 2005/7); STSJ Canarias, Las Palmas 10 de noviembre de 2004 (JUR 2005\22291); STSJ Canarias, Las Palmas, de 25 octubre de 2002 (AS 2003\2049). Sobre esta misma cuestión, pero en relación con supuestos muy específicos STSJ Comunidad Valenciana de 30 septiembre de 2004 (JUR 2005\8826). Casos cercanos en STSJ Galicia de 15 julio 2004 (JUR 2004\266651). Distinta conclusión —admisión del contrato— en la STSJ Galicia de 8 marzo 2004 (AS 2004\1855) si bien en relación con un «Agente de igualdad e integración de la mujer». En cambio, con anterioridad, reconociendo la licitud de la contratación STSJ Andalucía, Málaga, de 22 mayo de 2003 (JUR 2003\254760), STSJ Comunidad Valenciana núm. 2217/2002 de 11 abril (AS 2003\372); STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 12 julio de 2001 (JUR 2001\269445). En relación con las contrataciones relativas a los Pactos Territoriales para el Empleo STSJ Andalucía, Málaga, de 4 junio de 2002 (JUR 2002\228999)



jo, pero que además constituye un excelente observatorio desde el que analizar la «zigzagueante» y no siempre convincente jurisprudencia sobre un tema de notable actualidad: la correcta delimitación de las obras o servicios de duración limitada en el tiempo a los que se refiere el art. 15.1.a) ET; y, en especial, en lo relativo a situaciones o necesidades derivadas de un nuevo tipo de organización productiva y de una nueva forma de gestión empresarial o de actividad administrativa en parte desconocida —o al menos no tan extendida— en el momento en el que surgió el germen de lo que es hoy este contrato³.

2. EL CONTEXTO DEL PROBLEMA

Seguramente para comprender la raíz última de todo este problema debamos partir de algunas premisas históricas, tanto legislativas como jurisprudenciales.

2.1. La tradicional discusión sobre el ámbito del contrato de obra o servicio determinado: la posición jurisprudencial a finales de los años noventa

La primera de estas premisas se centra, como no podía ser menos, en la larga polémica doctrinal y jurisprudencial que, a lo largo de toda la década de los años noventa, surgió en torno a la correcta delimitación del art. 15.1.a ET⁴ Y ello porque en aquellos años entraron en conflicto dos visio-

³ Vid. J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 28-29.

⁴ Sobre este tema, y sin ánimo de ser exhaustivos, pueden consultarse, entre otros, J.I. GARCÍA NINET, *El contrato para la realización de obra o servicio determinado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; M.A. VICENTE PALACIO, *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; ID., «El objeto del contrato para obra o servicio determinado en el sector de vigilancia y seguridad: contratos mercantiles y concesiones administrativas», en *Documentación Laboral*, 1995, núm. 47, págs. 117 y ss.; A.V. SEMPERE NAVARRO, M. CARDENAL CARRO, *Los contratos temporales ordinarios en el ordenamiento laboral*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996; L.M. CAMPS RUIZ, *La contratación laboral temporal*², Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; J.I. GARCÍA NINET, A. VICENTE PALACIO, *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; R. MORÓN PRIETO, «La finalización del contrato de obra por terminación de la contrata», en *El Derecho*, 25 de febrero de 1998, págs. 1 y ss.; ID., «La flexibilización jurisprudencial del objeto del contrato de obra: la validez de las cláusulas de finalización del contrato por la terminación de la contrata (a propósito de la STS de 8 de junio de 1999)», en *Social Mes a Mes*, 1999, núm. 46; M. AGIS DASILVA, «La interpretación jurisprudencial del

nes ciertamente distintas que suponían, en la práctica, la fijación de dos áreas en buena parte diferentes en cuanto a la extensión de esta concreta modalidad contractual

Para la primera y, sin duda, la más clásica y restrictiva de estas concepciones, sólo podrían ser objeto de este tipo de contrato aquellas obras o servicios que se consumieran por su propia realización, que se agotasen por su simple desarrollo y que tuvieran, por tanto, un fin inserto en su propia naturaleza. Desde esta perspectiva restrictiva, que dio en llamarse substancialista, sólo estas obras o servicios, natural e intrínsecamente limitados en el tiempo, podrían ser objeto de esta modalidad contractual, sin que a estos efectos tuviera trascendencia alguna la concreta perspectiva que de la misma tuviera o pudiera tener la empresa contratista, subcontratista o concesionaria, o, en éste otro supuesto, la Administración, normalmente local, o la entidad sin ánimo de lucro que recibieran la subvención de carácter finalístico.

De acuerdo con esta interpretación —en cuyo substrato se apreciaba sin duda el temor a que la descentralización productiva mermase los derechos a la estabilidad en el empleo de los trabajadores de las numerosas contrataciones⁵—, la temporalidad sería un rasgo fisiológico de la cosa o servicio en sí, de su sustancia⁶ o, si se prefiere, de su código genético. Sólo desde esta perspectiva podría comprenderse el carácter de contrato a término incierto —certus an, incertus quando— que justificaba su temporalidad, del mismo modo que su autonomía y sustantividad lo diferenciarían tipológicamente del más «evanescente» contrato eventual.

Seguramente es ésta la lógica que late en alguna de las resoluciones de nuestro Tribunal Supremo que, al menos durante los primeros años de la década de los noventa, parecieron inclinarse por rechazar la posibilidad de que las empresas contratistas pudieran estipular contratos temporales de obra

objeto del contrato para obra o servicio determinado», en *Revista de Derecho Social*, 1998, núm. 3; J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; J.I. GARCÍA NINET, A. VICENTE PALACIO, «Contrato para obra o servicio determinado», en AAVV., *La contratación temporal*, (Director J.I. GARCÍA NINET), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; P. CACHON VILLAR, «Doctrina unificada en materia de contratación temporal», en AAVV., *Unificación de Doctrina*, Ed. Francis Lefebvre SA, Madrid, 1999. Igualmente J. CALVO GALLEGO, «El final de una larga evolución jurisprudencial: arrendamiento de empresa y obra o servicio determinando», en *Temas Laborales*, 1999, núm. 51.

⁵ Este temor, junto al miedo de que el clausulado de una relación civil o mercantil determine las causas de extinción de un contrato laboral eran seguramente las razones de este tipo de interpretación —*vid.* STS de 15 de enero de 1997—. Sobre el tema A.V. SEMPERE NAVARRO, M. CARDENAL CARRO, *Los contratos temporales ordinarios ...*, cit., pág. 37; J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal ...*, cit., pág. 31.

⁶ *Vid.* R. MORÓN PRIETO, «La finalización del contrato ...», cit., pág. 2.

o servicio determinado para satisfacer necesidades permanentes de la empresa principal⁷. Es cierto que en algunos de estos supuestos las causas que condujeron a tales decisiones pudieron ser otras como, señaladamente, el incumplimiento de ciertos requisitos formales o las peculiaridades del propio supuesto de hecho derivada de la precedente aplicación de reglas y normas subrogatorias⁸. Pero no lo es menos que en otras ocasiones, destacadamente en la STS de 30 de noviembre de 1992 (RJ 9292) —relativa eso sí, a una concesión administrativa— esta perspectiva substancialista del objeto, o si se prefiere, de la causa de dicho contrato⁹ aparecían recogidas de forma clara y expresa al negarse, por ejemplo, que «*esta cualidad de duración limitada en el tiempo pueda ser atribuida al servicio prestado por los actores en el mantenimiento del servicio público de alumbrado, cuyo carácter permanente es incuestionable*»¹⁰; o que, como señaló en otra Sentencia este mismo Tribunal «*la expresa mención del centro ... como lugar de prestación de servicios, no dota por sí sola a estos de autonomía y sustantividad propias ni es, por supuesto, expresiva de una actividad laboral de ejecución limitada en el tiempo, pues la limpieza de un centro de trabajo responde a necesidades permanentes que detenta tal centro*»¹¹.

En cualquier caso, esta posición jurisprudencial restrictiva distaba mucho de ser pacífica y, desde luego, monolítica. Dejando a un lado la discusión sobre estas cuestiones en suplicación —fundamentalmente en relación con los sectores de vigilancia y de limpieza de edificios y locales¹²—, lo

⁷ Vid. SSTS de 26 de septiembre de 1992 (RJ 6816); 30 de noviembre de 1992 (RJ9292); 17 de marzo y 10 de mayo de 1993 (RJ 1866, 4046) o 4 de mayo de 1995 (RJ 3746).

⁸ En este sentido, véanse las interesantes afirmaciones L.M. CAMPS RUIZ, *La contratación laboral temporal ...*, cit., págs. 34 y ss, en especial en relación la STS de 26 de septiembre de 1992 (RJ 6816). En un sentido similar J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal ...*, cit., pág. 30.

⁹ Por todos, L.M. CAMPS RUIZ, *La contratación laboral temporal ...*, cit., pág. 24.

¹⁰ En cualquier caso, para una razonable interpretación de las razones materiales que motivaron esta decisión del Tribunal Supremo, L.M. CAMPS RUIZ, *La contratación laboral temporal ...*, cit., págs. 46 y ss.

¹¹ STS de 26 de septiembre de 1992 (RJ 6816).

¹² Así, un importante sector de los Tribunales Superiores de Justicia, apoyados por algunas SSTS como las de 26 de septiembre de 1992 (RJ 6816); 17 de marzo de 1993 (RJ 1866); 10 de mayo de 1993 (RJ 4046), 5 de abril 1993 (RJ 2906) y 4 de mayo de 1995 (RJ 3746) habían venido declarando la inadmisibilidad de cláusulas de temporalidad ligadas a la duración de la contrata —SSTSJ de Navarra de 18 y 21 de febrero de 1997 (AS 508, 958) con citas de otras muchas; STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 1997 (AS 1822), por sólo citar algunas del año 1997—. En cambio, reconociendo la licitud de esta contratación, aún más cuando el convenio aplicable considerase a éste como uno de los supuestos de obra o servicio cabría mencionar a las SSTSJ Aragón de 12 de febrero de 1997 (AS 766) /limpieza/; STSJ de Asturias de 30 de mayo de 1997 (AS. 1469)/vigilancia y seguridad, si bien en este caso, al amparo de una norma convencional ratificada por SSTS de 13 de febrero de 1995 (RJ 1150) y 18 de septiem-

cierto es que rápidamente nuestro más alto Tribunal comenzó a abrirse de forma paulatina pero progresiva y decidida a la posibilidad de estipular contratos de obra o servicio para actividades cuya delimitación procedía de elementos básicamente externos.

Es en este momento, la segunda mitad de los años noventa, cuando se producen una serie de diversas Sentencias del Tribunal Supremo que quizás de forma no suficientemente reflexiva procedieron a ampliar sustancialmente el campo de aplicación del contrato de obra o servicio, arrinconando así la tesis substancialista, mientras se justificaba el carácter temporal del contrato de obra por la perspectiva temporal de la necesidad del concreto empleador y no del servicio en sí. De este modo se daba trascendencia a la delimitación temporal de la obra por factores externos —como podían ser las contrataciones, las subvenciones o las partidas presupuestarias¹³— convirtiendo lo que era una necesidad permanente para la empresa principal o la Administración financiadora en una necesidad temporal para el concreto empleador, concesionario o receptor de la subvención¹⁴.

Ejemplo sin duda paradigmático de todo este proceso y de estas tesis «relativistas» fue la STS de 15 de enero de 1997, que con algún claro antecedente¹⁵, vino a asentar las bases —posteriormente ratificadas¹⁶, pero también matizadas— por la Sentencia Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999. En esta segunda sentencia, ya sin referencias a normas convencionales o condiciones resolutorias, se reconoció explícitamente —con una argumentación rápidamente seguida por suplicación¹⁷— la posibilidad de estipular contratos de obra o servicio determinado para la cobertura de contrataciones.

Y esta misma lógica se instaló en relación con las subvenciones finalistas de terceros que, en realidad, en muchas ocasiones tan sólo sirven como forma de descentralizar materialmente una actividad que dicha Administración desea desarrollar. A título de ejemplo pueden mencionarse las relativas al Plan de Formación e Inserción Profesional¹⁸; sobre servicios de

bre de 1996 (RJ 6572); STSJ de Galicia de 18 de septiembre de 1997 (AS 2926)/lectura de contadores/; STSJ de Asturias de 17 de octubre de 1997 (AS 3484) En este mismo sentido, J.I. GARCÍA NINET, A. VICENTE PALACIO, *Contrato temporal para obra o servicio determinado ...*, cit., pág. 56.

¹³ Vid. SSTS 13 de junio y 3 de noviembre de 1994 (RJ 5424 y 8590). Sobre los Planes FIP, véanse la STS de 7 de octubre de 1992 (RJ 7621) y las que de ella traen causa.

¹⁴ Sobre esta doctrina jurisprudencial puede consultarse, por todos, J. LAHERA FORTEZA, *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, La Ley, Madrid, 2001, págs. 74 y ss.

¹⁵ STS de 13 de febrero de 1995 (RJ 1150).

¹⁶ STS 25 de junio de 1997 (RJ 6133) y Auto TS 24 de septiembre de 1998 (AS 8551).

¹⁷ Por poner dos ejemplos relativamente cercanos, véanse las STSJ de Galicia de 26 de febrero de 1999 (AS 338); STSJ de Aragón de 15 de marzo de 1999 (AS 406).

¹⁸ STS de 21 de julio de 1995 (RJ 1995, 6324).



ayuda a domicilio¹⁹ y las más recientes sobre servicios de guardería²⁰. Seguramente, la última STS en esta línea es la de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002, 6464).

2.2. La OM de 15 de julio de 1999 y la figura de los Agentes de Empleo y Desarrollo Local

En este contexto, pues, de amplia aceptación del contrato temporal de obra o servicio —sobre todo cuando con él se intentaban cubrir actividades cuya posibilidad económica provenía tan sólo de subvenciones externas y finalistas—, resultaba natural que esta fuera la modalidad asumida para la contratación de estos Agentes de Empleo y Desarrollo Local que se configuraban como trabajadores de las corporaciones locales o entidades dependientes o vinculadas a una Administración local que tenían como misión principal colaborar en la promoción e implantación de las políticas activas de empleo relacionadas con la creación de actividad empresarial. Y ello, sobre todo, porque la OM de 15 de julio de 1999, al regular la figura de los Agentes Locales de Desarrollo Local, establecía en su art. 10 que el entonces «Instituto Nacional de Empleo abonará hasta el 80 por 100 de los costes laborales totales del Agente de Empleo y Desarrollo Local, ...por un período de un año, prorrogándose la misma por períodos anuales con un máximo de cuatro años». Si a todo ello unimos la lacónica y anfibológica expresión del art. 9.2 de la misma Orden según la cual «Los agentes seleccionados serán contratados a tiempo completo por la corporación local o entidad dependiente o vinculada mediante la modalidad contractual más adecuada, de acuerdo con la normativa vigente» no es difícil comprender porqué la regla general fue la utilización de la contratación temporal para una obra o servicio determinado. Más aún si en su primitiva redacción el mencionado art. 10 señalaba expresamente que «Transcurrida dicha duración máxima, la contratación del mismo Agente no podrá ser subvencionada por el Instituto Nacional de Empleo».

2.3. El cambio de doctrina o, si se prefiere, la nueva orientación del Tribunal Supremo

Más allá de criticar normas como éstas que, al menos en parte, son las causantes de la altísima tasa de temporalidad existente en nuestro sector pú-

¹⁹ SST de 18 y 28 de diciembre de 1998, (RJ 307 y 387, 1999).

²⁰ SSTs 10 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9731) y 30 de abril de 2001 (RJ 2001, 4613).

blico, y sobre todo en nuestras Corporaciones Locales, lo que nos interesa resaltar aquí, al menos desde la perspectiva más limitada de este breve comentario, es que los problemas en relación con este tipo de contratos surgieron cuando la entonces «aparentemente» estable doctrina del Tribunal Supremo, comienza a alterarse²¹.

Las críticas doctrinales recibidas, unidas a la multiplicación de estos contratos y su utilización generalizada, sobre todo por parte de determinadas Administraciones Territoriales —principalmente las locales—, fueron motivando una actitud cada vez más restrictiva del Tribunal Supremo. Y así, frente a la anterior y permisiva doctrina, las novedosas SSTs de 19, 21 de marzo y 10 de abril de 2002²² —con el antecedente de la STS 2 de junio de 2000²³, que, no obstante, parece insertarse en la anterior doctrina²⁴— van a alterar, como decimos, sustancialmente su anterior posición. Si se nos permite, sorpresivamente, el Tribunal Supremo sostendrá, ahora —obsérvese, en tres sentencias emanadas por tres ponentes distintos— que *«no ha elevado pues esta Sala, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal»*.

De acuerdo con ésta, al menos a nuestro juicio, nueva doctrina, —que no obstante parece intentar articularse como continuación natural de la anterior— *«la admisión de... esta modalidad contractual (la de obra o servicio) en tales supuestos (subvención) no es absoluta y está condicionada a que la actividad en sí misma no sea permanente o no pueda adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público, entre ellos, en su caso, la financiación cuando ésta opera como elemento determinante de esa configuración»*.

Ahora bien, de acuerdo con la lógica de estas sentencias sólo cuando *«la singularidad de la obra o servicio (ya fuera formación profesional, ayuda*

²¹ Sobre este cambio, el recentísimo comentario de J.C. GARCÍA QUIÑONES, «Desvinculación entre temporalidad de los contratos y temporalidad de las subvenciones en el ámbito de la contratación con la administración pública», en *Relaciones Laborales*, 2005, núm. 24, págs. 29 y ss. Igualmente de interés para conocer esta evolución A.V. SEMPERE NAVARRO, M. CARDENAL CARRO, «Contrato eventual ligado a subvención pública para nueva actividad y sucesivas vinculaciones temporales», en *Repertorio de Jurisprudencia*, 2004, núm. 18.

²² (RJ 2002, 6006). Anunciando esta «matización» con oportunas consideraciones que, como se verá más adelante, aquí se comparten en gran medida, A. VICENTE PALACIO, «La dotación presupuestaria como justificativa de los contratos para obra o servicio determinado en perjuicio de la contratación fija discontinua: matizaciones a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo admitiendo la adecuación del contrato para obra o servicio determinado para las campañas de detección de incendios», en *Aranzadi Social*, 2002, núm. 11.

²³ (RJ 2000, 6890).

²⁴ Al señalar el carácter indefinido de aquella relación precisamente por la ausencia en aquel supuesto de subvenciones.

a domicilio, prevención de incendios, campamentos o guarderías infantiles, etc.) quedó suficientemente determinada y concreta ... tuvo (la Sala) por configurada una situación plenamente incardinable en los preceptos antes citados. Por eso, en las ocasiones en que este último requisito no se cumplió, o cuando quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante, la Sala ha calificado de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención. (cfr. entre otras, las sentencias de 7-5-98, 5-7-99²⁵ y 2-6-00²⁶)». Y de ahí, en conclusión, que en estos tres casos, se considerase indefinida la relación laboral a pesar de la existencia de subvenciones externas como vía de financiación.

Sin entrar aquí a analizar si estas tres últimas sentencias mencionadas constituyen o no antecedentes reales de esta nueva orientación —lo que dicho sea de paso, y con el mayor respeto, en alguna ocasión se nos antoja al menos discutible—, lo que nos interesa destacar es, en primer lugar, que esta misma interpretación se ha generalizado, sin fisuras al menos por lo que conozco, en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Buen ejemplo de ello son las SSTs de 22 de junio y de 23 de noviembre de 2004²⁷, o de 31 de enero de 2005²⁸.

En segundo lugar, que si bien esta doctrina se estableció en supuestos relacionados con Corporaciones Locales, recientemente —STS de 31 de mayo de 2004²⁹— se ha extendido, al parecer sin grandes matizaciones, a aquellas fundaciones «*en tanto en cuanto las mismas tengan como función o constituya su objeto la realización de algunas de las actividades para cuyo desempeño realicen la contratación, lo que resulta una nota común con las Administraciones públicas, igual que el hecho de no perseguir lucro ninguna de ellas y el de resultar habitual en las unas y en las otras la recepción de ayudas o subvenciones por parte de los poderes públicos*».

Y en tercer lugar, que en general, y desde luego en las tres sentencias ya señaladas —que suponen a nuestro juicio, el punto de ruptura con la anterior orientación—, esta nueva doctrina se articula en torno a la nueva redacción del art. 52.e ET incorporado por el RDL 5/2001 y a la inclusión en el mismo como causa de extinción de la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento de aquellos contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante

²⁵ RJ 1998, 4585 y 6443 respectivamente.

²⁶ RJ 2000, 6890.

²⁷ RJ 569 y 7472 respectivamente.

²⁸ RJ 2849.

²⁹ RJ 4894.

consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista³⁰.

A nuestro juicio, y como ya hemos comentado en alguna otra ocasión, del trámite parlamentario, en especial de ciertas contestaciones a enmiendas durante la tramitación de la Ley 12/2001, se deducía que la incorporación de este nuevo apartado al art. 52 ET, por su misma ubicación, tan sólo pretendía facultar, pero no imponer la posibilidad de contratar de forma indefinida por parte de las Administraciones Públicas y entes sin ánimo de lucro, en estos supuestos de actividades subvencionadas por terceros. Se trataría así de fomentar la contratación indefinida luchando contra la alta tasa de temporalidad en el sector público. O incluso, como en algún momento se destacó, solventar las dudas sobre la posibilidad de utilizar el despido por causas económicas, técnicas u organizativas por parte de las Administraciones Públicas u ofrecer una posible salida ante un cambio jurisprudencial que se temía, y al que, paradójicamente, esta misma norma ha cuoadyudado³¹. Pero no, insistimos, la de imponer en estos mismos casos la contratación indefinida. Pero sobre ello volveremos, aunque sea brevemente, algo más tarde.

Por ahora, lo que nos interesa destacar, para concluir el encuadre de la concreta decisión objeto de nuestro comentario, es que desde esta nueva orientación —pues como tal, al menos a nuestro juicio, debe tomarse— lo importante ahora no sería ya tanto la subvención, que como tal se convertiría en la práctica en un elemento materialmente neutro, sino la concreta tarea que debe ser desarrollada y que obligaría a retomar la clásica concepción sustancialista del objeto posible para este contrato. Y que por ello, el Tribunal Supremo³², en un intento de mostrar —al menos en algunas de sus sentencias— una cierta continuidad con su doctrina anterior, parece distinguir dos tipos de programas o supuestos:

- En primer lugar, las hipótesis relativas a planes o programas públicos «singulares u ocasionales» respecto de los que sí se ha reconocido en principio (obsérvese la matización que como precaución asume el Tribunal Supremo) la existencia de obra o servicio determinado de duración limitada (el paréntesis es nuestro), como los de prevención de incendios (STS 10-6-1994, 3-11-1994³³, 10-4-

³⁰ Por mencionar tan sólo dos ejemplos más, véanse las SSTS 31 de mayo de 2004 (RJ 4894) y de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 1922) —.

³¹ Un interesante resumen de todas estas cuestiones en A. ARIAS DOMÍNGUEZ, «La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo», en *Aranzadi Social*, 2005, núm. 6.

³² Véase SSTS10 de abril de 2002 (RJ 2002, 6006), o de 22 de marzo de 2004.

³³ RJ 1994, 5422 y 8590 respectivamente.



1995³⁴, 11-11-1998³⁵), los que consisten en organizar y gestionar campamentos infantiles de verano (STS 23-9-1997³⁶), las guarderías para campañas de aceituna (STS 10-12-1999³⁷, 30-4-2001³⁸, las ayudas a domicilio (STS 11-11-1998³⁹, 18-12-1998, 28-12-1998⁴⁰) y las actividades formativas del INEM⁴¹

- Y aquellos otros programas a través de los cuales se articula una actividad ordinaria permanente, señalando por ejemplo que se entiende por ésta —SSTS de 22 de junio y de 23 de noviembre de 2004 (RJ 569 y 7472)— aquella que se viene realizando desde hace más de veinte años y que ha continuado incluso después de la extinción de los contratos de trabajo de las actoras, si bien en régimen de encargo o descentralización productiva⁴² en los que no sería posible la estipulación de esta modalidad contractual, por mucho que se financiara mediante subvenciones.

3. CONSECUENCIAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS AEDL: EFECTOS DE LA NUEVA REGULACIÓN

Pues bien, trasladada esta nueva doctrina al caso que nos incumbe, la solución resulta evidente. La contratación temporal realizada mediante la modalidad del art. 15.1a ET sería ilegal y, por tanto, indefinida —aunque no fija de plantilla—, debiendo considerarse la extinción de dicho contrato

³⁴ RJ 1995, 3038.

³⁵ RJ 1998, 9623.

³⁶ RJ 1997, 7296.

³⁷ RJ 1999, 9729.

³⁸ RJ 2001, 4613.

³⁹ RJ 1998, 9623.

⁴⁰ RJ 1999, 307 y 387 respectivamente.

⁴¹ STS 7-10-1992 (RJ 1992, 7621), 16-2-1993 (RJ 1993, 1174), y, 7-5-1998 (RJ 1998, 4585), entre otras muchas.

⁴² Recientes ejemplos de esta distinción entre «programa o actuación concreta» y «actuaciones necesarias, ordinarias y estables de la Comunidad Autónoma, gestionadas por un Ayuntamiento» —atención a drogodependientes, financiado mediante subvenciones, prolongado más de diez años— en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 22 de diciembre de 2004 (AS 3990); profesora en conservatorio en la STSJ Castilla-la Mancha de 17 de marzo de 2005 (AS 482), con amplia cita de doctrina del TS, en línea coincidente con lo sostenido en este comentario; STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2005 (AS 600) —profesora— con amplia cita de doctrina del Tribunal Supremo. Desde otra perspectiva, pero de interés al distinguir las subvenciones que no impiden la consideración como indefinidos de tales empelados de aquellas otras que «se originaron para la realización de Programas Territoriales de apoyo al empleo y la formación» STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2005 (AS 857).

por la finalización de las subvenciones como despido improcedente con todas las consecuencias a ello inherentes.

Aunque la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que es objeto de este comentario no distingue expresamente entre programas públicos «singulares u ocasionales» y otros programas a través de los cuales se articula una actividad ordinaria y permanente —como ya hemos señalado, en alguna ocasión subraya el Tribunal Supremo y otros Tribunales Superiores de Justicia⁴³—, la continuación de esta actividad por personal del propio Ayuntamiento y el hecho de que se inste desde la Diputación al mantenimiento de las contrataciones, pero ahora con una subvención del 10% demuestra hasta que punto nos encontramos ante una actividad continua; una actividad que, privada ahora del efecto limitador externo que anteriormente se otorgaban a las subvenciones, requiere, inexorablemente, de una contratación indefinida. Y todo ello, claro está sin entrar a analizar aquí —lo que sí hacen algunas otras sentencias en este mismo tema⁴⁴— si el desarrollo posterior de esta misma actividad por parte del Ayuntamiento podría suponer o no un supuesto de transmisión de empresas.

En realidad, la única peculiaridad de este supuesto vendría dada por la entonces vigente regulación del art 10.3 de la OM 15 de julio de 1999 de acuerdo con la cual una vez transcurrida la duración máxima de los cuatro años, la contratación del mismo Agente no podría ser subvencionada por el Instituto Nacional de Empleo. Pero como se comprenderá, esta limitación temporal de la subvención ya no es relevante en la medida en la que en este caso concreto la misma ha perdido importancia como supuesto externo de limitación de la necesidad. De ahí que, de acuerdo al tenor literal del art. 52.e ET, debiera en este caso procederse a la extinción del contrato ahora indefinido mediante los trámites y el procedimiento propio de los despidos objetivos.

A diferencia de lo que ocurriera en alguna ocasión —por ejemplo en relación con los contratos de sustitución al amparo del RD 1194/1985⁴⁵—, la llamada de la norma concreta —en este caso la Orden Ministerial de 15 de julio de 1999— a la «modalidad contractual más adecuada, de acuerdo con la normativa vigente» no le ha permitido eludir esta calificación, sin que ni tan siquiera se haya planteado una hipotética reconducción a otras modalidades contractuales temporales.

⁴³ Véase por ejemplo, la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 25 de octubre de 2002 (AS 2003, 2049).

⁴⁴ Véase, por ejemplo, del mismo TSJ de Castilla-La Mancha, la Sentencia de 10 de noviembre de 2005 JUR núm. 1482/2005).

⁴⁵ Véase la STS de, precisamente, 5 de julio de 1999 (RJ 1999, 7161) que lo equipara a ese otro gran cajón de sastre en el que también se está convirtiendo la interinidad.



Y tampoco parece que pudiera alterar esta conclusión la actual regulación del art. 10.3 de la mencionada Orden de acuerdo con la cual «la contratación del mismo Agente de Empleo y Desarrollo Local podrá ser subvencionada por el Servicio Público de Empleo competente siempre que esta contratación se realice por distinta Corporación Local o entidad dependiente o vinculada». De acuerdo con la OM de 22 de enero de 2005⁴⁶ que dio esta nueva redacción al art. 10, con la mismas lo que se pretendía era eliminar la traba que «imposibilita el aprovechamiento de esta experiencia al impedir que los Agentes de Empleo y Desarrollo Local que han estado contratados y subvencionados por los Servicios Públicos de Empleo durante el período máximo de cuatro años, puedan participar en los procesos de selección para la cobertura de nuevas plazas subvencionadas como Agente de Empleo y Desarrollo Local». De este modo se consigue que la contratación de «...los Agentes de Empleo y Desarrollo Local que hayan agotado dicha duración máxima pueda ser subvencionada cuando los mismos sean contratados por una Corporación Local distinta a aquella en la que han prestado servicios». Pero obsérvese que ello conducirá a una especie de carrusel de contrataciones, no muy lógicas si la experiencia es, como en este caso, básicamente local, provocando sucesivas extinciones y contrataciones de empleados que ahora parece que son claramente indefinidos Y es que desde una perspectiva laboral no se acaba de comprender muy bien esta limitación a cuatro años que recuerda la duración máxima de los convenios de colaboración del art. 16 de la Ley General de Subvenciones 38/2003 de 17 de noviembre.

4. ALGUNAS REFLEXIONES AL HILO DE ESTA CONTROVERSIA

Como ya hemos señalado esta Sentencia, más allá de su concreto contenido —comprensible a mi juicio en el contexto temporal en el que se enmarca—, constituye un excelente observatorio desde el que reflexionar brevemente sobre otros temas más generales, como, por ejemplo, la a mi juicio cuanto menos zigzagueante doctrina del Tribunal Supremo en este tema y sus consecuencias sobre la propia y necesaria seguridad jurídica de las empresas y de los demás operadores que actúan en nuestro mercado.

Y es que en nuestra opinión, por mucho que a través de clasificaciones más o menos gráficas nuestro más Alto Tribunal parezca intentar dar una continuidad sin alteraciones a su doctrina —lo que por cierto, no es exclusivo ni de este Tribunal, ni como hechos recientes demuestran, de esta sola

⁴⁶ BOE 22 enero 2005, núm. 19.

Sala— no se acierta a comprender bien porque, por ejemplo, organizar y gestionar campamentos infantiles de verano, guarderías para campañas de aceituna o ayudas a domicilio son ahora, para el Tribunal Supremo, planes o programas públicos «singulares u ocasionales» cuando en otras ocasiones anteriores se consideraron como permanentes, rechazando, paradójicamente, aplicar la entonces admitida justificación de temporalidad precisamente porque dicha actividad no «estaba condicionada por la percepción de las subvenciones concedidas cada año con este fin»⁴⁷.

En realidad, al menos en opinión de quien esto suscribe, la distinción básica entre ambos grupos de sentencias parece ser, básicamente, de carácter simplemente temporal, separadas las unas de las otras por la aparición en escena y, sobre todo, en sus razonamientos, del art. 52.e ET en virtud del RDL 5/2001. Y es aquí donde quizás cupiera plantear algunas reflexiones que quisiéramos que fueran comprendidas en sus justos términos. Y es que ante todo quisiéramos remarcar que no estamos en contra del resultado buscado por esta nueva doctrina, a nuestro juicio bastante más razonable que los excesos a los que condujo la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es más, seguramente esta línea jurisprudencial quizás sea una muestra más de la creciente preocupación de nuestro más Alto Tribunal por la condición jurídica de los trabajadores temporales; una orientación ésta en la que también podrían inscribirse recientes decisiones o cambios de jurisprudencia —más claramente admitidos—, como sucedería, por ejemplo, en relación con la controvertida relación entre trabajadores temporales y complemento de antigüedad⁴⁸ o sobre la forma de cálculo de éste, en especial por lo que se refiere al valor que debiera darse a los lapsos de interrupción en las cadenas contractuales⁴⁹.

Lo que nos resulta llamativo es que implícita o explícitamente se pretenda sustentar este «cambio» de interpretación en la novedad del art. 52.e) ET cuando éste tan sólo viene a especificar —con algunas novedades, obviamente— una norma como es el art. 52.c) ET que ya estaba vigente, desde hace bastantes años, en nuestro ordenamiento. El art. 52.e) ET puede tener, desde esta perspectiva, un valor pedagógico o didáctico, para cuestionar la anterior y quizás no muy acertada doctrina anterior. Pero no debe dársele una importancia trascendental. Y es que lo contrario podría conducirnos a serías dudas, por ejemplo, sobre si sería o no aplicable esta misma doctrina en aquellos casos en los que el receptor de la subvención para la

⁴⁷ Véase, en especial, el Fjco. 3 de la STS de 2 de junio de 2000 (RJ 6890).

⁴⁸ Véase por todas las reciente STS de 27 de septiembre de 2004 (RJ 6329), con amplia cita de toda la evolución doctrinal anterior.

⁴⁹ Sobre toda esta larga cadena de sentencias relativas a Correos y Telégrafos véase la última que por el momento conozco STS (Sala de lo Social) de 24 octubre 2005 (RJ 2005\8136).



realización de un proyecto —art. 2 Ley 38/2003— no fuera una Administración ni un ente sin ánimo de lucro —art. 11 Ley 38/2003—, ya que sólo estos dos tipos de empleadores son expresamente mencionados por el art. 52.e) ET.

Desde esta perspectiva, el siguiente problema que se plantea es como coordinar esta doctrina con la elaborada y, por lo que parece, mantenida judicialmente, en torno al contrato de obra y los supuestos de subcontratación. Y ello porque lo que no acaba de comprenderse bien es porqué la contrata sigue justificando la obra o servicio determinado y no la subvención; sobre todo cuando se trata de un tercero independiente, por ejemplo una fundación, y se otorga para la «ejecución de un proyecto, la realización de una actividad» con los «medios materiales y formales que se hubieran establecido» —art. 2 «concepto de subvención» de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre—.

Es cierto que la subvención presupone la ausencia de contraprestación directa por parte de los beneficiarios. Pero a nadie escapa que, en la actualidad, con las mismas se logra la misma función de financiar y permitir la existencia de una actividad o de un servicio —muchas veces sin las tradicionales limitaciones impuestas por la actividad administrativa directa— que de otro modo debería prestar la entidad de la que proviene la financiación.

Y de la misma manera que ahora se insiste en que la pérdida de la subvención es una causa objetiva de extinción del contrato y que, por tanto, no puede ser utilizada como término resolutorio, cabría plantear lógicamente porqué la estipulación de una contrata justifica y, por lo que parece —al menos hasta el año 2003⁵⁰— sigue justificando la estipulación de un contrato de obra o servicio. Y es que no parece nada nuevo considerar que la pérdida de una contratación empresarial, sea o no la pérdida de un contrato de arrendamiento de empresa, es una causa productiva que justifica, no ya desde el año 2001, sino desde bastante antes, la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas.

En cualquier caso, de lo que tampoco cabe duda alguna es de la inseguridad jurídica que todo este proceso ha generado: contratos que en febrero de 2004 podrían considerarse lícitos por la mayor parte de los operadores jurídicos, dos meses más tarde, deberían ser considerados ilegales y, por tanto, indefinidos. Y ello, conviene recordarlo, no sólo para los estipulados a partir de marzo de 2002, sino también para todos aquellos que lo fueron con anterioridad, al amparo de lo que en aquel momento parecía una jurisprudencia clara y consolidada, y provocando, de este modo, una ilegalidad sobrevenida que no respeta las tradicionales reglas de transitoriedad normal-

⁵⁰ STS 22 de octubre de 2003.

mente aplicadas en los cambios legales, y sobre todo, en la desaparición o eliminación de alguna de las causas que permiten estipular —de acuerdo con el art. 15 ET— un contrato temporal.

Finalmente y al menos a nuestro juicio, nada cambiaría por el hecho, por cierto, no muy infrecuente, de que el propio convenio considerara como causa justificativa del contrato temporal de obra o servicio la obtención de una subvención. De hecho, es relativamente frecuente, por ejemplo en nuestra Comunidad, que la identificación de posibles obras o servicios de naturaleza temporal incluya «programas subvencionados, convenio, concierto, contrata»⁵¹. Y es que como en su momento recordara la STS 23 septiembre de 2002⁵² —en un caso por lo demás tampoco tan infrecuente en nuestra negociación colectiva⁵³—, la posible identificación de la obra o servicio por parte de nuestros convenios no puede ser utilizada ni para «resucitar» una modalidad ya extinta legalmente, ni para alterar la naturaleza de la modalidad contractual, «resucitando», si se nos permite, una causa de temporalidad que como tal, parece haber llegado a un final que, al igual que su origen, ha tenido básicamente un marcado rasgo jurisprudencial.

En otras y pocas palabras. Bienvenido sea el nuevo criterio jurisprudencial que viene a alterar una posición anterior demasiado amplia frente a esta modalidad contractual. Lo que en cambio resulta más discutible es pretender que dicho cambio no ha existido o ignorar los problemas que dicha alteración puede llegar a plantear desde un punto de vista de simple seguridad jurídica. Y todo ello sin olvidar la pregunta que queda abierta: como coordinar esta nueva orientación con la que parece que aún se mantiene —a la espera de su posible reforma legal⁵⁴— en relación con contrata y subcontratas.

⁵¹ Sobre la aparición como causa del contrato de obra o servicio de contrata, subvenciones o programas concertados véanse, por ejemplo, art. 6 CC Clínicas y Hospitales Privados de Cádiz, art. 13 del CC de Asprodeme; art. 14 del CC Inaco de Sevilla.; art. 11 de Jereyssa de Cádiz; art. 7.1 CC Monseñor; art. 12 CC Trabajadores Especiales de Casa y Empresa S.L; art. 14 CC Grupo de Empresas Sociales de Jaén y el art. 14 Proazimut Sevilla

⁵² RJ 2003, 704. Véase en este mismo sentido de limitar la capacidad de configuración de los contratos temporales por la negociación colectiva la STS de 17 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2028).

⁵³ Sobre el renacimiento del contrato de lanzamiento de nueva actividad en nuestra negociación colectiva véase, a título de mero ejemplo, los Art. 15 CC Comercio y el art. 15 CC Comercio de alimentación de Huelva. En ambos casos se trata de la consolidación comercial en los casos de creación o ampliación de un establecimiento ...necesariamente ligados a inversiones económicas cuantificadas, y siempre serán generadores de creación de empleo. Además no se trata de nada nuevo. Esta misma orientación se detecta por ejemplo en otros convenios a nivel nacional como Grandes Almacenes.

⁵⁴ Véase el Documento para la Mesa de Diálogo Social sobre Mercado de Trabajo de 18 de octubre de 2005, disponible en <http://www.cem.junta-andalucia.es/empleo/carl/herramientas/observatorio/lstContenidos.asp?op=3&o=44&a=482>



PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

BREVES NOTAS RESPECTO DE LA GESTIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL (O sobre de cómo las Mutuas de Accidentes Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social pretenden arrogarse derechos que no les corresponden)

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón
de 9 de septiembre de 2005*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS *

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de un trabajador que ha estado en situación de incapacidad temporal por contingencia profesional y una vez habiendo sido dado de alta médica por curación por parte del médico de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, acude en un momento inmediatamente posterior a los servicios médicos del Servicio Público de Salud Aragonés, donde su médico de familia, estima que ha de dársele la baja y entrar en una nueva situación de incapacidad temporal, ahora por enfermedad común, siendo dicha contingencia posteriormente calificada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social como de carácter profesional.

RESUMEN: La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Recurso 601/2005. Ponente D. Medina Alapont) considera que la solicitud de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, de declarar nulas las bajas por

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

incapacidad temporal determinada por el Servicio Público de Salud y la resolución que indica que la contingencia de la que proviene dicha baja es en realidad profesional y no común por que dichos órganos no tienen competencia para ello, no tiene razón de ser ni fundamento legal alguno.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EN GENERAL: SOBRE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU GESTIÓN Y EL PAPEL DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO EN ESTE PROCEDIMIENTO
 - 2.1. Competencia para determinar la contingencia que provoca la incapacidad
 - 2.2. Una descripción de la tramitación como forma de control de la situación de incapacidad temporal
3. SOBRE LA MAGNIFICACIÓN DE LAS FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO EN LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

1. INTRODUCCIÓN

Nadie pone en duda el importante papel que el Estado ha atribuido en la colaboración en la gestión de la Seguridad Social a la Mutuas de Accidentes de Trabajo, ni tampoco que dicha gestión encomendada se hace conforme a criterios que intentan conjugar los derechos de los beneficiarios a las prestaciones con el principio de eficacia en los costes y gastos. Difícil equilibrio, sin duda.

Pues bien, estas entidades colaboradoras realizan sus funciones previa autorización y control del Ministerio de Trabajo y de acuerdo a las normas que reglamentariamente se han establecido, careciendo de ánimo de lucro; carácter que ha sido complicado de conjugar con las funciones de prevención de riesgos en las que sí se les permitía operar en el mercado como verdaderas empresas y utilizando su propia estructura. Lo que es lo mismo que decir que utilizaban el patrimonio de la Seguridad Social, público¹, para actividades privadas, situación que se ha intentado resolver con el reciente RD 688/2005, de 10 de junio, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como servicio de prevención ajeno, pero parece que concediendo demasiadas prerrogativas a costa de los impuestos (cotizaciones por accidente de trabajo) y del uso de los bienes públicos de los que disfrutaban para el ejercicio de sus funciones, que provocan una competencia desleal en el mercado, según se ha dicho por Empresas dedicadas a

¹ De conformidad con el art. 68.4 de LGSS, e independientemente del llamado patrimonio histórico, que en ambos casos se hallan afectado al cumplimiento de los fines sociales de la Mutua.



la prevención de riesgos. Todo ello nos viene a mostrar que las Mutuas de Accidentes de Trabajo, a pesar de no tener ánimo de lucro, tienen un importante interés económico ya que intentan que los empresarios asociados no tengan que abonar «derramas» adicionales para cubrir sus responsabilidades en materia de Seguridad Social.

Sin entrar en otras complicadas consideraciones sobre la organización o naturaleza de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, las asociaciones de empresarios que se constituyan como tales asumirán mancomunadamente la realización y gestión de una serie de prestaciones del sistema de Seguridad Social. En especial, por lo que nos interesa, como es sabido, la colaboración en la gestión de contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en la gestión de las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Ello viene a significar que se hacen cargo del coste de las prestaciones por causa de accidente de trabajo de los trabajadores al servicio de los empresarios asociados y de los autónomos asociados y el coste de las prestaciones por incapacidad temporal causada por una enfermedad profesional o por observación de la misma. Pero también, los empresarios asociados pueden optar porque la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal a causa de una contingencia común de sus trabajadores también se lleve a cabo por la Mutua de Accidentes, situación que a estas entidades colaboradoras, en palabras de sus responsables, no le es cómoda de cubrir, ni fomentan el hacerlo, ya que carecen del control absoluto de la situación sanitaria de los trabajadores.

En cualquier caso, ha de recordarse, y esto es importante al efecto de entender la sentencia que se comenta, que las prestaciones, asistencias y servicios objeto de la colaboración forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social y están sujetas al régimen establecido en la Ley General de la Seguridad Social y en sus normas de aplicación y desarrollo.

2. EN GENERAL: SOBRE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU GESTIÓN Y EL PAPEL DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO EN ESTE PROCEDIMIENTO

Pues bien, como es conocido, la incapacidad temporal es la cobertura que ofrece el sistema de la Seguridad Social a los sujetos incluidos en su campo de aplicación (nivel contributivo) que se encuentren temporalmente impedidos para el trabajo y necesiten de asistencia sanitaria (art. 128 LGSS)².

² De otro lado, se entienden también como incapacidad temporal los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

Es importante tener en cuenta que es un subsidio ya que se trata de una prestación «temporal» no definitiva, por lo que los procesos curativos se encuentran limitados temporalmente, de modo que, pasado ese lapso temporal si no hay curación se tendría que producir la calificación de la incapacidad como permanente³.

La prestación de incapacidad temporal pretende cubrir el defecto de ingresos o salariales producidos por inasistencia al trabajo por la alteración de la salud o indisposición del trabajador a causa de una enfermedad o de un accidente. Pero, para recibir el subsidio correspondiente por incapacidad temporal, el trabajador deberá cumplir los requisitos que se exigen legalmente.

Por lo que nos interesa, la concesión de esta prestación y el control de las mismas se ha realizado mediante Entidades Gestoras o colaboradoras. Tradicionalmente, el control médico de la situación que provoca la incapacidad temporal ha sido por los Servicios Públicos de Salud. La concesión de la prestación, tanto a efectos de la apertura del derecho como del consecuente abono de las prestaciones, lo ha sido por el INSS⁴. Dos supuestos han excepcionado esta regla general: el primero es el que se refiere a la cobertura de dichas prestaciones (económicas y sanitarias) a través de la colaboración voluntaria de las empresas⁵ y el segundo se produce en los supuestos de la cobertura de las prestaciones (sanitarias y económicas) por incapacidad temporal derivadas de una contingencia profesional, cuando el empresario estuviera adscrito a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (en adelante, Mutuas de Accidentes de Trabajo), en los que el control médico de la situación y el abono de las correspondientes prestaciones se producía directamente por la propia Mutua de Accidentes de Trabajo.

³ Digo se «tendría» y no se «tendrá» porque la experiencia nos muestra como, cada vez con más frecuencia, los Servicios Médicos del Equipo de Valoración de Incapacidades dan el alta médica, para su reincorporación al puesto de trabajo, de los incapacitados temporales que han agotado sus correspondientes períodos máximos de duración de la prestación y que, según luego han dictaminado los tribunales, realmente tendrían que haber sido declarados en situación de incapacidad permanente y no haberse obligado a reincorporarse al puesto de trabajo.

⁴ El empresario abona la prestación mediante «pago delegado» y, posteriormente, es compensado del pago efectuado al abonar las cotizaciones de Seguridad Social. El empresario se hace cargo de forma íntegra, y sin posibilidad de compensación, desde el día cuarto al decimoquinto de las prestaciones de incapacidad temporal que tengan su causa en una contingencia común.

⁵ Regulada en el art. 77 de la LGSS y desarrollada por una OM de 1966. Consiste en la asunción por «grandes» empresas, esto es, de más de 250 trabajadores y que posean instalaciones sanitarias adecuadas. Para la cobertura de tales riesgos dejarán de ingresar una parte de las cotizaciones correspondientes a la Seguridad Social, de conformidad con unos coeficientes adecuados a las contingencias a las que hace frente la empresa.

En la justificación de que se producía una importante bolsa de fraude respecto de las prestaciones de incapacidad temporal⁶, presumiéndolo, de forma incorrecta a mi entender, a la totalidad de los posibles beneficiarios de las prestaciones⁷, desde el RD 575/1997, de 18 de abril, y su Orden de desarrollo 19 de junio de 1997, se adopta un sistema, el vigente actualmente, en el que se establece un importante control de las prestaciones de incapacidad temporal, que tuvo especial incidencia en las derivadas de contingencias comunes respecto de las que se reguló con asombrosa desconfianza hacia los Servicios Públicos de Salud ya que establecía mecanismos de corrección de las decisiones de los médicos de familia⁸.

Para conocer el marco en el que se inserta la sentencia que se comenta, hemos de apuntar dos aspectos:

⁶ En el grupo de beneficiarios de esta prestación se han encontrado bolsas significativas de fraude. Ya que, por diversas actitudes, se ha alargado a veces de forma sorprendente la duración del disfrute de la prestación en patologías que habitualmente hallan curación en menos tiempo. A veces trabajadores, en cuyos convenios colectivos se había negociado una mejora voluntaria que suponía no perder capacidad adquisitiva durante la percepción de la prestación de incapacidad temporal (que como es conocido suele ser, aproximadamente, entre un 60% y un 75% del salario dejado de percibir, dependiendo de la contingencia y del momento temporal de la percepción), «fingían» continuar convalecientes; de hecho, es una cuestión de la que han podido beneficiarse los trabajadores fijos, llegando a observarse en algunos sectores, como la Administración Pública, situaciones que contrarían totalmente la eficacia y calidad que los servicios públicos deben ofrecer. Otras veces, algunos trabajadores que acababan un empleo sin derecho a prestación por desempleo o que finalizaban la protección por desempleo pretendían, con toda la razón que conlleva la necesidad, creemos, mantener un ingreso para alimentar a la familia ya que un sistema de Seguridad Social imperfecto e insuficiente no cubría sus necesidades mínimas.

⁷ Sobre el tema véase, in extenso, MERCADER UGUINA, J., en «El control de la incapacidad temporal (Historia de una sospecha)», *Relaciones Laborales*, t. I, 2004.

⁸ La atribución de competencias a las Mutuas de Accidentes de Trabajo no fue demasiado bien visto por los profesionales del sistema público de salud ya que se oponían a la ingerencia de asociaciones de empresarios en el control y gestión de las prestaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes, pero es que además «en la base de esa diatriba se encontraría la introducción por la Ley 66/97, de 30 de diciembre, [...] de un nuevo párrafo al apartado 1 del art. 131 bis LGSS/1994 por el que las competencias de control de los médicos adscritos al INSS se elevaban hasta el punto de poder, no ya sólo proponer, sino incluso ‘expedir el correspondiente alta médica’ en el proceso de incapacidad temporal, ‘a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan’. De cualquier forma, esa diferenciación entre el INSS y las MATEPSS en materia de control del proceso incapacitante tampoco duraría demasiado tiempo, puesto que a través de una norma tan insólitamente inapropiada como el art. 44 de Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en la Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios se vino a conceder esa mismas facultad de expedición de alta médica a efectos de las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes a “los médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social respecto del personal al servicio de los asociados a ésta en los

2.1. Competencia para determinar la contingencia que provoca la incapacidad

Indica la Mutua de Accidentes de Trabajo que recurre en suplicación que el INSS no es competente para determinar la contingencia en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

En el RD 2583/1996, de 13 de diciembre, que regula la estructura y funciones del INSS, reconoce específicamente como funciones de esta gestora el reconocimiento y control del derecho a las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva, sin perjuicio de las que correspondan al Instituto Social de la Marina y al Servicio Público de Empleo Estatal. Más concretamente, si acudimos al RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales la Ley 42/1994, encontramos dos preceptos que nos indican como función de INSS la determinación de la contingencia causante de la incapacidad. En primer lugar, en su art. 1.1 a) se indica que le corresponde a esta gestora la determinación de las contingencias causantes de la invalidez permanente. Pero es que, además, en su art. 3.1.f) se indica que serán funciones del Equipo de Valoración de Incapacidades el examen de la situación de incapacidad del trabajador y la formulación al Director Provincial del INSS de los dictámenes-propuestas, preceptivos y no vinculantes, respecto de la determinación del carácter común o profesional de la enfermedad que origine la situación de incapacidad temporal del trabajador, cuando le sea solicitado tal dictamen.

Y es que una cosa es que, ex art. 61.2 del RD 1993/1995, se atribuya la competencia a las Mutuas de Accidentes de Trabajo la expedición de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta, así como la declaración del derecho al subsidio, denegación, suspensión, animación y extinción, en los procesos de incapacidad temporal por contingencias profesionales, y otra muy distinta que la misma tenga una potestad ilimitada, frente a una entidad de derecho público, en declaraciones que pueden posteriormente afectar a las competencias de dicha entidad gestora. Sobre todo, por

términos que reglamentariamente se establezcan". Esa reglamentación aún no ha sido efectuada, pero posiblemente ni siquiera sea necesaria si tenemos en cuenta que...» las modificaciones legales posteriores establecidas en la Ley 24/2001, art. 34. cuatro, amplían las causas del extinción del subsidio por incapacidad temporal, «lo que viene a demostrar el objetivo de privatizar la fiscalización de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes venía siendo una idea obsesiva del legislador a la que éste no está dispuesto a renunciar», como certeramente indica LOZANO LAREZ, F., en *El mutualismo patronal en la encrucijada. De la doctrina del riesgo profesional a la debida prevención de los riesgos laborales*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2002, págs. 126 y 127.



que no se descubre ningún secreto cuando para ahorrar costes los gestores de estas asociaciones de empresarios llamada Mutua, siempre han ignorado el art. 115.2 e) y f) de la LGSS, respecto de la concepción de los accidentes de trabajo, teniendo que ser condenadas en las correspondientes sentencias para reconocer una situación de accidente de trabajo en estos supuestos, y con los gastos y transtornos que ello origina a los trabajadores. Eso sí, como en ningún caso se las condena en los posibles daños y perjuicios, el beneficio lo encuentran respecto de los trabajadores que desconocen sus derechos o que no los ejercen porque, en cualquier caso, se encuentran cubiertos mediante una prestación calificada de contingencia común.

2.2. Una descripción de la tramitación como forma de control de la situación de incapacidad temporal⁹

De otro lado, en la sentencia que se comenta, la Mutua de Accidentes de Trabajo exige que se declare nula la baja médica dada por los Servicios Públicos de Salud de forma inmediatamente consecutiva al alta dada por la Mutua por curación tras un proceso de incapacidad temporal por una contingencia profesional. Ello nos lleva a examinar, aunque sea de forma sucinta, el proceso de tramitación y control de la situación de incapacidad temporal a los efectos de conocer las funciones y facultades atribuidas a las Entidades Gestoras o a las colaboradoras en este proceso.

Aunque la tramitación suele ser común para cualquier proceso de baja, pueden darse algunas variaciones según la causa de la que provenga la baja. Por ello, la propia norma distingue dentro de la tramitación la referida a las contingencias comunes (enfermedad común y accidente no laboral) y la referida a contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). Como podrá observarse, es francamente difícil que el trabajador enfermo pueda «defraudar a la Seguridad Social». Pero, por otro lado, nos preguntamos si tanto control, para determinadas patologías, no supondría un empeoramiento en la calidad de vida del sujeto y, consecuentemente, un alargamiento del proceso curativo.

A) Para el caso de enfermedad común y accidente no laboral

- El reconocimiento de las prestaciones de incapacidad temporal se produce a través del «parte de baja médica», que es un documento expedido por el médico (de familia al que se encuentre adscrito el trabajador) del Servicio Público de Salud inme-

⁹ Sobre esta cuestión, por su sencillez y claridad, puede verse BARBA MORA, A., en *Incapacidad Temporal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 87 y siguientes.

diatamente después a que se haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado e incluso en el caso de que las prestaciones causadas por una contingencia común estén cubiertas por la Mutua de Accidentes de Trabajo, ya que en este caso el peso del control de la incapacidad temporal, no sin posibilidad de intervenir por la Mutua, también recae en el Servicio Público de Salud ¹⁰.

- Los «partes de confirmación de baja» se extenderán, tras el reconocimiento médico del trabajador por el facultativo, al cuarto día del inicio de la situación de incapacidad y, sucesivamente, mientras la misma se mantenga, cada siete días contados a partir del primer parte de confirmación. Tales partes también deberán de contener el diagnóstico y la descripción de las limitaciones en la capacidad funcional del trabajador y la previsión de la duración del proceso patológico.
- El tercer parte de confirmación de la baja (esto es, el que se corresponde con el día décimo octavo de la baja) irá acompañado de un «informe médico complementario», expedido por el facultativo que extienda aquél, en el que se recojan las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado, así como la duración probable del proceso. Cada cuatro partes de confirmación, desde el que se realiza el primer informe médico complementario, deberá de realizarse un nuevo informe médico complementario.
- Además, trimestralmente, a contar desde la fecha de inicio de la baja médica, la inspección médica del Servicio Público de Salud expedirá un «informe de control» de la incapacidad en el que deberá pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen, desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener el proceso de incapacidad del trabajador. Dicho informe será enviado a la entidad gestora o Mutua de Accidentes de Trabajo, según corresponda.

¹⁰ El único supuesto en el que no corresponde dar la baja al médico de familia correspondiente es el establecido en la DA 1.ª del RD 117/98: esto es, cuando en un proceso de IT se haya expedido el parte médico de alta por los servicios médicos adscritos al INSS, durante los seis meses siguientes a la fecha en que se expidió aquélla y en relación al proceso patológico que originó el alta (situaciones de recaída en la misma o similar enfermedad), los correspondientes partes de baja médica serán únicamente expedidos por la Inspección sanitaria del correspondiente Servicio Público de Salud.

- El proceso finaliza con el correspondiente «parte de alta médica», que se extenderá tras el reconocimiento del trabajador por el correspondiente facultativo. Deberá contener el resultado de dicho reconocimiento y la causa de alta médica. El alta médica emitida por el facultativo del INSS determinará la extinción de la prestación económica por incapacidad temporal y la consiguiente obligación (la norma dice «derecho») del trabajador de reincorporarse a la empresa, sin perjuicio de que el Servicio Público de Salud continúe prestando al trabajador la asistencia sanitaria que, sin requerir una nueva baja médica, aconseje su estado. También puede dar el alta la Inspección Médica, ya sea a propuesta de la Entidad Gestora o de la Mutua de Accidentes de Trabajo o ya sea de oficio sin necesidad de que nadie se lo haya requerido. El art. 131.1 bis, establece la posibilidad que los médicos adscritos al INSS, y sólo para los supuestos en que la baja haya sido emitida por los Servicios Públicos de Salud (no por los de la Mutua)¹¹, puedan expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas. Así, la nueva redacción dada al art. 1.4 del RD 575/97, por el RD 1117/98, indica que cuando los servicios médicos del INSS, una vez reconocido el trabajador, pretendan darle de alta, previamente a la extensión del parte de alta, deberán comunicarlo a la Inspección Médica u órgano similar del Servicio Público de Salud, para que en tres días manifieste su disconformidad. Sólo podrá dar el servicio médico del INSS el alta en caso de silencio o cuando no haya un informe en contra de la Inspección Médica y di-

¹¹ La confianza del Estado en la eficacia de los servicios sanitarios de las MATEPSS es abrumadora. Para el anterior Gobierno, conservador y creador de la norma, tenía mucha importancia la iniciativa privada en la gestión de los riesgos sociales y hacia donde pretendía que se moviera el sistema: la gestión sólo será buena cuando haya alguien que se lucre con ella. Ya sabemos que las MATEPSS no tiene «ánimo de lucro», pero también sabemos que si la atención prestada necesariamente para la cobertura de los riesgos cubiertos supera los ingresos recaudados con las primas habrá que acudir a las reservas, y si no hubiera suficientes al patrimonio personal de los empresarios asociados. Ello no ocurre casi nunca, sería preferible dar una asistencia y protección incompleta antes de tocar las reservas o acudir al patrimonio de los empresarios asociados. Por otro lado, habríamos que analizar con serenidad y profundidad la gestión económica y financiera de las MATEPSS. Por ejemplo, preguntarnos qué ocurre con los intereses que generan las reservas o de dónde sale el dinero destinado a promoción de las MATEPSS (publicaciones, congresos, publicidad indirecta...). El problema es que el Gobierno actual, de corte «progresista», parece ir en el mismo camino que el anterior respecto de esta cuestión.

cho parte contendrá el resultado del reconocimiento y la causa de alta. Esto es, las posibilidades de dar de alta se encuentran limitadas por las facultades de la Inspección Médica, prevaleciendo el criterio de ésta.

- B) En el caso de contingencias profesionales.
- El procedimiento será básicamente el mismo. Sólo dos diferencias: el primer parte de confirmación de baja se emite al séptimo día de la baja y no al cuarto; ello supone que el «informe médico complementario» se realizará el vigésimo primer día. Por otro lado, serán los médicos de la Mutuas de Accidentes de Trabajo, cuando la empresa haya asegurado dicha protección con la Mutua, y no los del Servicio Público de Salud, los que deban de expedir los correspondientes partes de baja, confirmación y de alta. E incluso el informe médico de control trimestral.
 - Pero en este proceso nos encontramos con dos partes distintos. De un lado, el «parte de accidente de trabajo», que será expedido por la empresa, aunque debe recordarse que es abundante la doctrina judicial que indica que la no expedición de estos partes no supone el que un determinado accidente no pueda ser considerado como de trabajo. Y, de otro lado, el «parte de enfermedad profesional», al que la empresa está obligada a emitir (independientemente de que se produzca la baja); en casos graves y generalizados en la producción de enfermedades profesionales, la Autoridad Laboral competente dispondrá que se practiquen por la Inspección de Trabajo inmediatamente, con el asesoramiento, en su caso, de los servicios especializados, la consiguiente información en la empresa o empresas afectadas sobre las causas que originen la enfermedad profesional y las circunstancias que en la misma concurren.
- C) Otras medidas de control.
- Actos de comprobación de la incapacidad temporal: las Entidades Gestoras, y las Mutuas, respecto de los trabajadores a los que abonen prestaciones económicas de incapacidad temporal por contingencias comunes, podrán disponer que los mismos que se encuentren en esta situación sean reconocidos por los servicios médicos adscritos a las mismas. Los actos de comprobación de la incapacidad temporal que lleven a cabo los médicos (de los Servicios Público de Salud, de la Entidad Gestora o de la Mutua) se basarán tanto en los datos recogidos en los correspondientes partes médicos de baja o de confirmación o en los informes médicos complementarios, como en los derivados específicamente de los ulteriores reconocimientos y dictámenes realizados por unos y otros médicos. En todo caso, los servi-

cios médicos de la Entidad Gestora o colaboradora podrán acceder a la documentación clínica necesaria para la finalidad de control de los procesos de incapacidad temporal. Con el fin de que las actuaciones médicas cuenten con el mayor respaldo técnico posible, se pondrá a disposición de los médicos tablas de duraciones medias, tipificadas para los distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades, así como tablas sobre el grado de incidencia de dichos procesos en las diversas actividades laborales.

- Seguimiento y control de la situación de incapacidad temporal y de las prestaciones económicas: la Entidad Gestora o la Mutua de Accidentes de Trabajo, según corresponda, ejercerán el control y seguimiento de la prestación económica de incapacidad temporal objeto de la cobertura, pudiendo realizar a tal efecto aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio, a partir del momento en que corresponda a aquéllas asumir la gestión del gasto de la prestación económica por incapacidad temporal, sin perjuicio de sus facultades en materia de declaración, suspensión, anulación o extinción del derecho, y de las competencias que corresponden a los Servicios Públicos de Salud en orden al control sanitario de las altas y bajas médicas. Para ello, los servicios médicos del Sistema Nacional de Salud, los médicos adscritos a las Entidades Gestoras, así como los de las Mutuas están facultados para acceder a los informes y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal, a fin de ejercitar sus respectivas funciones encomendadas.
- Reconocimiento médico de los trabajadores: para el control o el seguimiento de la incapacidad temporal, la Entidad Gestora o la Mutua de Accidentes de Trabajo (ésta sólo respecto de las prestaciones de incapacidad temporal que gestionen por contingencias comunes) podrán disponer que los trabajadores que se encuentren en dicha situación sean reconocidos por los servicios médicos adscritos a la misma. Evidentemente, como se señaló anteriormente, los reconocimientos médicos y demás actos de comprobación se fundamentarán en los partes de baja o de confirmación de la baja o en los informes médicos complementarios o en los de control y, por supuesto en los ulteriores reconocimientos y dictámenes médicos realizados. Además, cuando el trabajador sea llamado a reconocimiento médico por los servicios médicos de la Entidad Gestora o colaboradora deberá aportar el historial clínico de que dispusiese o el que le

sea suministrado por el correspondiente Servicio de Salud. Con lo que, evidentemente, se ahorran unos costes importantes a costa del Servicio Público de Salud en contra de lo que expresamente indica el art. 80.1 del RD 1993/1995, que indica que las Mutuas de Accidentes de Trabajo asumirán los costes de las actuaciones de control y seguimiento de la prestación económica y de la situación de incapacidad temporal. La negativa infundada a someterse a los reconocimientos médicos dará lugar a la expedición de la propuesta de alta médica.

- Declaración de alta médica a propuesta de los servicios médicos de la Entidad Gestora o de la Mutua: por último, las Entidades Gestoras o las Mutuas (éstas únicamente respecto de las incapacidades temporales derivadas de contingencias comunes) cuando, a la vista de los partes médicos de baja o de confirmación de baja, así como de los informes que posean, consideren que el trabajador puede no estar impedido para el trabajo, podrán formular, a través de los médicos adscritos a unas u otras, propuestas motivadas de alta médica. También, como se ha dicho, podrá proponerse alta cuando el trabajador se niegue de forma infundada a someterse a los reconocimientos médicos propuestos por tales Entidades o Mutuas. Tales propuestas se harán llegar, a través de las Unidades de Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud u órgano correspondiente del Servicio Público de Salud, a los facultativos o servicios médicos que expidieron los partes de baja o de confirmación correspondientes, los cuales deberán de pronunciarse en el plazo de diez días, bien confirmando la baja médica, señalando las atenciones o controles médicos que considere necesarios, o admitiendo la propuesta y expidiendo el correspondiente de alta médica. En caso de que en dicho plazo no se reciba contestación, o en caso de discrepar con las mismas, la inspección médica del correspondiente Servicio de Salud podrá acordar el alta médica, efectiva e inmediata, dentro del plazo de quince días desde que le llegó la propuesta de alta. En caso de que la propuesta de alta de la Mutua de Accidentes de Trabajo no fuese resuelta en los plazos arriba indicados, podrán optar entre reiterar dicha propuesta ante el Servicio Público de Salud ¹² o plantear la iniciativa de alta médica ante los servicios médicos del INSS.

¹² Si en este caso no se produce contestación, la Mutua de Accidentes de Trabajo podrá plantear solicitud de alta ante el servicio médico del INSS.



En base a todo ello, evidentemente, las Mutuas no pueden determinar el que un trabajador pueda tener derecho a prestaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes ya que ello corresponde a los Servicios Públicos de Salud y es en tal sentido en el que se manifiesta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón objeto de este comentario.

3. SOBRE LA MAGNIFICACIÓN DE LAS FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO EN LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Visto lo anterior, podría decirse, en resumidas cuentas, que la Mutua de Accidentes de Trabajo tienen poderes y capacidades casi absolutas respecto de la gestión de las prestaciones por incapacidad temporal causadas por una contingencia profesional (a excepción de la determinación de la propia contingencia) y que, en materia de contingencias comunes, aunque carece de lo fundamental para ellas, esto es, la posibilidad de resolver la situación estableciendo el alta del trabajador, si tienen enormes posibilidades para controlar la situación del trabajador en situación de incapacidad temporal, usando incluso materiales y pruebas del propio Servicio Público de Salud, con el correspondiente ahorro de costes.

Por todo ello, parece comprensible en la lógica de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, que intenten ejercer sus competencias de forma «soberbia», impidiendo que la Entidad Gestora pueda contradecir sus decisiones que de forma absoluta han adoptado. Por ello, acude a los Tribunales argumentando, en definitiva, una especie de declaración de «incompetencia» por haberlas invadido la Entidad Gestora. Y es que, no puede permitirse que se contradiga la decisión adoptada de dar de alta a un trabajador en situación de incapacidad temporal por contingencia profesional, ya que éste, una vez habiendo sido dado de alta médica por curación por parte del médico de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, acudió en un momento inmediatamente posterior a los servicios médicos del Servicio Público de Salud Aragonés, donde su médico de familia, estima que ha de dársele la baja y entrar en una nueva situación de incapacidad temporal, ahora por enfermedad común, siendo dicha contingencia posteriormente calificada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social como de carácter profesional.

Pero la legislación, como se ha visto anteriormente, es absolutamente clara: la determinación de las situaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes corresponde al Servicio Público de Salud y en última instancia a los servicios médicos del INSS, aunque sólo sea a efectos de prestaciones. Y, de otro lado, la competencia en la determinación del carácter de la contingencia que provoca el hecho causante es del propio INSS.

Así lo ha declarado correctamente la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que se comenta, al considerar que la solicitud de la Mutua de Accidentes de Trabajo, de declarar nulas las bajas por incapacidad temporal determinada por el Servicio Público de Salud y la resolución del INSS que indica que la contingencia de la que proviene dicha baja es en realidad profesional y no común, no tiene razón de ser ni fundamento legal alguno.

Pero los servicios médicos de las Mutuas de Accidentes, así como los Públicos de Salud, la Inspección Médica y el Equipo de Valoración de Incapacidades, no son infalibles, antes al contrario, y así lo han demostrado numerosas resoluciones judiciales que posteriormente los han corregido.

Parece muy apropiado y necesario ya que las prestaciones del sistema de Seguridad Social son de carácter público, independientemente de quién las gestione o abone, que la determinación de la contingencia de la que proviene resida en la Entidad Gestora. No puede verse una intromisión en la competencia ya que las prestaciones son del Estado y los colaboradores no pueden crearse «gestores» y si se lo creen, no tiene sentido su existencia, sólo habría que integrarlos en la Administración y hacerlos acatar el principio de jerarquía.

En cambio, hay dos problemas importantes respecto del control y gestión de la prestación y en los que remotamente tiene su origen todas estas cuestiones: el primero se encuentra en la propia ciencia médica ya que la misma no es exacta y pueden darse interpretaciones distintas ante un mismo hecho, lo que puede llevar a distintos facultativos a calificar una situación de distinto modo. El segundo problema está en la concepción del sistema, la propia gestión privada por parte de los empresarios de los accidentes de trabajo ya supone un problema importante ya que crea una disfunción al introducir en el ámbito de la protección social de «gestores-colaboradores» que tienen interés directo y privado y contrario a los beneficiarios a los que pretenden proteger. Es posible que pueda decirse lo mismo respecto de la gestión pública, pero en cualquier caso, los principios generales establecidos en el art. 103 de la CE, respecto del funcionamiento de la Administración Pública, implican que la misma ha de estar al servicio del administrado y actuar con «neutralidad» y ajustándose al principio de legalidad, ya que el incumplimiento de tales obligaciones conllevaría sanciones muy duras para los funcionarios o personal que actuaran contrariamente a dichos principios.

Ambos problemas podrían haberse resuelto, si se hubiese querido, estableciendo un procedimiento administrativo neutro y sumario, junto con un procedimiento especial de carácter preferente. Esto es, de un lado, en el ámbito administrativo, quien determinara si el trabajador está o no incapacitado para reincorporarse al puesto de trabajo fuesen peritos independiente que no pertenecieran al servicio médico de la Mutua o de Equipo de Valoración

de Incapacidades o de la Inspección Médica, dando preferencia a médicos independientes expertos en medicina del trabajo, que examinarán al trabajador y verán las pruebas realizadas, sin que puedan acceder al dictamen de los facultativos que de anteriormente lo examinaron y siendo necesariamente oído el médico de familia que atiende normalmente al trabajador y lo conoce y lo trata de forma habitual y no puntual.

Además, de otro lado, en el ámbito jurisdiccional, debería crearse un procedimiento especial en materia de altas médicas, preferente y sumario, ya que el resultado que nos encontramos actualmente con el proceso en materia de seguridad social no vale ¹³. Y es que el trabajador dada el alta médica y confirmada el alta tras la reclamación previa, sólo tiene como posibilidad reincorporarse al trabajo ¹⁴, y en la experiencia que tenemos, muchos trabajadores han tenido que reincorporarse por decisiones «injustas» de alta, con mucha dificultad a su puesto, pero eso sí advirtiéndolo a sus empresarios de la incapacidad que le produce la enfermedad que tienen y que pueden por ella contraer riesgos especiales en el ejercicio de sus respectivas profesiones, a los efectos de intentar hacerles responsables por posibles incumplimientos en materia de prevención de riesgos (ha de recordarse que el art. 25.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales impide que los trabajadores sean colocados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales puedan ellos, los demás trabajadores u otras personales relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro), de conformidad con el artículo 12.7 del Real Decreto-Legislativo 5/2000 que establece el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. Pues bien, el resultado final es que señalado fecha de celebración de juicio, 4 ó 5 meses más tarde, es posible que el juez determine, tras la práctica de la prueba que el trabajador se encontraba realmente incapacitado para incorporarse al trabajo y declare el alta médica como indebida. El problema es que ello supondría el acceso al derecho de la prestación de in-

¹³ Sobre este procedimiento puede verse, BERROCAL JAIME, A., en *El proceso sobre incapacidad temporal*, Bosch, Barcelona, 2002, en especial, págs. 35 y siguientes.

¹⁴ Ya que de no ser así se entiende por parte de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que hay una situación de dimisión porque «lo que no cabe es entender que por la simple impugnación de las resoluciones administrativas se mantiene automáticamente la suspensión del contrato de trabajo hasta que se produzca una decisión judicial firme», por todas, véase la de 18 de diciembre de 2000, RA10.421, pero en este supuesto creemos, con SALA FRANCO, que «es difícil presumir que la voluntad de un trabajador que no se incorpora al trabajo e impugna el alta médica por curación sea la de extinguir el contrato de trabajo; más bien lo que pretende el trabajador es mantener su suspensión contractual por incapacidad temporal. Por lo que cabría cuestionar la posibilidad de abandono del trabajador en estos casos», en *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 118.



capacidad temporal pero como el trabajador se ha reincorporado al puesto de trabajo y ello es incompatible con el subsidio, el resultado final es que el «error» de los servicios médicos de la Mutua de Accidentes, de los médicos del Equipo de Valoración de Incapacidades o de los médicos de la Inspección Médica del Servicio Público de Salud se salda con una resolución que sólo anula una actuación pero que no sanciona ni supone una indemnización de modo alguno para el trabajador que es que al final ha sido perjudicado por una resolución injusta.

Así pues, con la actual regulación, la única posibilidad sería la atacar tales situaciones desde dos vertientes: la de la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, intentando implicar al empresario como responsable de los posibles daños que ocurra al trabajador por ocuparlo en un puesto de trabajo para el que, a causa de la enfermedad o lesión sufrida, no se encuentra apto. La segunda vertiente es quizás la más compleja pero sin duda la que puede hacer entrar en razón a los médicos de la Seguridad Social o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo en el sentido de que con las prestaciones se trata de curar y rehabilitar a los trabajadores (y de mantenerlos durante este proceso), no de ahorrar costes: nos referimos a la búsqueda de responsabilidades patrimoniales a los médicos por actuación negligente.





DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

LAS RELACIONES ESTATUTARIAS DEL PERSONAL SANITARIO Y SU ADSCRIPCIÓN JURISDICCIONAL. RAZONES PARA UN CAMBIO JURISPRUDENCIAL

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja
de 7 de julio de 2005*

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ *

SUPUESTO DE HECHO: D.^a Maribel presentó demanda contra el Servicio Riojano de Salud y contra el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, sobre reconocimiento del derecho a que le sean reintegradas, por los organismos demandados las cuotas colegiales aportadas al Colegio de Enfermería de la Rioja, correspondientes al periodo comprendido entre el segundo semestre de 1998 y cuarto trimestre de 2001. La demanda dirigida al Juzgado de lo Social fue presentada ante el Decanato de los Juzgados de Logroño y turnada al Juzgado de lo Social número Uno de la Rioja.

El Juzgado de lo Social dictará auto de fecha 20 de enero de 2005, por el que declara la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda, remitiendo a las partes a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso administrativo. Contra dicho auto declarando de oficio la incompetencia del orden social para conocer de materias relativas al personal estatutario, se interpuso recurso de reposición por el Servicio Riojano de Salud, que al ser desestimado por auto de fecha 3 de marzo de 2005, originó la formulación de recurso de suplicación contra los dos autos dictados por el Juzgado de lo Social Número Uno de Logroño, amparándose en la infracción de los artículos 9.5 de la LOPJ; 1 y 2 p) de la Ley de Procedimiento Laboral y 45.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

* Profesor asociado de la Universidad de Jaén y abogado en ejercicio.

La sentencia que comentamos es el resultado de la resolución del recurso de suplicación, y por tanto de la decisión que a tal efecto dicta el TSJ de la Rioja, sobre la incompetencia del orden social declarada de oficio por el Juzgado de lo Social número uno de La Rioja.

RESUMEN: Suscitada la cuestión competencial, el Tribunal Superior de Justicia de la Rioja afronta un cambio de criterio, lo que supone romper con la línea de interpretación que sobre la competencia jurisdiccional del personal estatutario, ha venido manteniendo dicha sala, y que igualmente rompe con los criterios que se vienen manteniendo desde el propio Tribunal Supremo a la hora de asignar estas competencias a los Tribunales del orden contencioso administrativo. El cambio de orientación se afronta de forma escrupulosa desde los criterios asumidos por el Tribunal Constitucional para evitar infringir el principio de igualdad en la aplicación de la ley en sede judicial, haciendo que este no sea un cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro.

Analiza la sentencia por tanto las razones de su criterio superado para adentrarse después en las razones de su nuevo criterio.

ÍNDICE

1. EL PUNTO DE PARTIDA
2. RAZONES PARA EL CAMBIO DE UNA DOCTRINA CONSOLIDADA
3. VALORACIÓN FINAL

1. EL PUNTO DE PARTIDA

Tras la asunción del personal procedente de la Obra Sindical del 18 de julio y hasta la promulgación del Estatuto Marco, la competencia para el conocimiento de los litigios entre el llamado personal estatutario y la correspondiente entidad gestora, venía atribuida a los Tribunales de trabajo, dependientes entonces del Ministerio de Trabajo, al igual que el personal de las entidades gestoras. Así fue desde el primer Texto articulado de la Ley de seguridad Social de 21 de abril de 1966 que atribuyó, con carácter general, la competencia para el conocimiento de los litigios entre Entidades Gestoras y el personal a su servicio a los Tribunales de Trabajo. El mandato legal era desarrollo de la Base 60.4 de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de septiembre de 1963. La remisión a los tribunales de trabajo volvió a plasmarse en el segundo Texto de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974 de 30 de mayo que, en su artículo 45 ordenaba que «*la relación entre entidades Gestoras y, en su caso, Servi-*

cios de la Seguridad Social y el personal a su servicio se regulará por lo previsto en los Estatutos de Personal aprobados por el Ministerio de Trabajo o, por el Estatuto general aprobado por el propio Ministerio. Sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación, la Jurisdicción de trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras su personal, con excepción del comprendido e el número siguiente», referido al personal directivo o que ocupe cargos de confianza.

La doctrina elaborada por la Sala del TSJ de la Rioja, en consonancia que la mantenida de forma pétrea por el Tribunal Supremo ¹, estimó con la entrada en vigor el 18 de diciembre de 2003, de la Ley 55/2003, de 16 Dic., del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que la competencia para el conocimiento de los asuntos litigiosos existentes entre los servicios de salud y su personal estatutario se residenciaba en los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo

Las razones de este posicionamiento competencial se enumeran en la sentencia entendiendo la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, define al personal estatutario como relación funcional especial, si bien hasta ese momento había sido un tertium genus, diferente a la relación laboral y también a la funcional aunque más próxima a esta última. Del mismo modo la disposición derogatoria Única de la Ley 55/2003, de 16 Dic., del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, deroga expresamente, en sus apartados e), f) y g), los antiguos Estatutos del personal médico, del personal sanitario no facultativo y del personal no sanitario aprobados por el Ministerio de Trabajo, concluyendo que ya no existe personal estatutario en los términos previstos en el art. 45.2 del Texto Articulado de 1966, y en el homólogo art. 45.2 del Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/174, de 30 May., precepto cuya vigencia se había mantenido hasta ahora.

En el mismo sentido se entiende que el momento previo a la entrada en vigor de la Ley 55/2003, la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer cuestiones relativas al personal estatutario, era ya lo suficientemente residual como para que la nueva ubicación litigiosa que se desprende de la referida Ley no fuera traumática, sino acorde con el sentido constitucional que esta ofrecía frente a los «prejuicios» preconstitucionales que presentaba el artículo 45.2 de la vigente LSS cuyo literal tiene su origen en el Decreto aprobatorio de 21 de abril de 1966 lo cual entraba en evidente contradicción con normas definidoras de la competencia comprendidas tanto en

¹ En tal sentido la también reciente sentencia de fecha 16 de diciembre de 2005, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo siendo el ponente D. Luís Ramón Martínez Garrido.

la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuanto en las Leyes de Procedimiento Laboral y Contencioso-Administrativo. Por otro lado el proceso de transferencia de la asistencia sanitaria culminado en enero de 2002, hace que la asistencia sanitaria a cargo de la Seguridad Social se prestada por los distintos servicios de Salud creados por las diferentes CC.AA, cuyos servicios no son de entidad gestora de la Seguridad Social, sino más bien organismos autónomos de carácter administrativo dependientes de la comunidad autónoma que los crea, siendo que los conflictos del personal de los servicios de salud no se suscitan frente a una entidad gestora.

2. RAZONES PARA EL CAMBIO DE UNA DOCTRINA CONSOLIDADA

A la vista de esta línea jurisprudencia, el TSJ de la Rioja, nos ofrece de forma argumentada un cambio en esta línea de interpretación que como ya hemos dicho se enfrenta con los criterios consolidados por el propio Tribunal Supremo en su auto de la Sala de conflictos de 20 de junio de 2005 (conflicto 48/2004). Que la competencia continúa residenciada en los órganos jurisdiccionales del orden social, hasta ahora había sido argumento de voto particular, adquiriendo ahora categoría de posición dominante en el ámbito del TSJ de la Rioja, que o bien será corregida por el alto tribunal o bien comenzará a encontrar adeptos en otras salas de lo social de Tribunales Superiores de Justicia, lo cual podría ser indicio del comienzo de una nueva lectura de los preceptos vigentes y de las consecuencias derogatorias de una deficiente técnica legislativa.

La brecha abierta se asienta fundamentalmente en la «extraña» vigencia del artículo 45.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, y por tanto de la competencia del orden social para el conocimiento de las cuestiones que surjan entre los servicios de salud y el personal estatutario.

En este sentido entiende el Tribunal que la Ley 55/2003, aporta pocas novedades a la naturaleza jurídica de la relación estatutaria dado que históricamente su régimen jurídico ha sido siempre un régimen funcional especial de naturaleza jurídico-administrativo, y ello tanto desde el punto de vista de las normas preconstitucionales², como desde el punto de vista de

² Artículo 31 de Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad Social aprobado por Decreto 3160/1966 de 23 de diciembre.

— Reglamento del Seguro Obligatorio aprobado por Decreto de 11 de noviembre de 1943 y Texto Refundido aprobado por Orden de 19 de febrero de 1946.

— Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963 y artículo 116 del Texto Articulado de la Ley de la Seguridad social de 21 de abril de 1966 (art. 45).



las normas que surgieron con posterioridad a la aprobación de la Constitución española. El contenido de la normativa postconstitucional, afianza el carácter administrativo de la relación pero ofrece pocas variaciones en cuanto a la asignación de la jurisdicción en materia de conflictos. Tampoco el carácter de Ley que reviste la 55/2003, le hace adquirir un carácter preeminente, sino que responde al mandato del artículo 103.3 de la CE, dado que al ser el régimen estatutario de los funcionarios público competencia exclusiva del Estado, obliga a que la regulación haya de efectuarse por ley, lo que no introduce ningún elemento singular en la relación estatutaria, incompatible con que sus contenciosos sean sometidos a la jurisdicción social conforme al 45.2 no derogado de la LGSS de 1974. Como tampoco lo hace el hecho de que las materias competencia del orden social, para el personal estatutario con la entrada en vigor del estatuto marco fueran solo las relativas a jornada, honorarios, retribuciones y ceses. Aun cuando el recorte de competencias fuera una realidad, dejando reducido el contenido del artículo 45.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, eso no excluye la vigencia de las competencias del orden social en materias concretas.

Para contrarrestar las argumentaciones que giraban en torno a la no consideración de entidad gestora de la Seguridad Social a los distintos servicios de salud de las CC.AA se recuerda que es posible interpretar que actúa en sustitución o subrogación de una entidad gestora de la Seguridad Social lo que sin duda puede continuar atribuyéndose a la jurisdicción social la competencia para conocer de los conflictos surgidos entre el Servicio Riojano de Salud y su personal estatutario. Aun con esta consideración de organismos autónomos administrativos, y no entidades gestoras de la Seguridad Social, las competencias se han mantenido por el Tribunal Supremo y por los propios TT.SS.JJ, en aquellas comunidades que teniendo transferencias desde 1981 (como es el caso de Cataluña) han resuelto en la jurisdicción social sus conflictos con el personal adscrito a los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, antes de la entrada en vigor del estatuto marco

— Artículo 45 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

— Estatutos Jurídicos del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: El Estatuto Jurídico del personal médico aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 diciembre; el Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo aprobado por Orden Ministerial de 26 de abril de 1973; y el Estatuto del Personal no Sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden Ministerial de 5 julio.

En todas las normas referencias o bien se precisa la naturaleza jurídica de la relación como jurídico administrativo o bien el contenido de sus regulaciones es el típico de la función pública. Por otro lado la adscripción de jurisdicción radica en la social.

del personal estatutario de los servicios de salud, donde las competencias del art. 45.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 abocaban los conflictos a este orden jurisdiccional.

Tampoco entiende ahora la Sala de lo Social del TSJ de la Rioja que los reparos constitucionales que habían servido para consolidar la doctrina que ahora se modifica contravenga principios constitucionales o sea contraria a las normas en las que se define la competencia en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las normas procesales tanto laborales como contencioso-administrativas³.

Probablemente de cuantos argumentos se manejan para el cambio de posición, es la inexistencia de derogación y aclaración que ha tenido el legislador en las innumerables ocasiones en las que por tratar y desarrollar el estatuto jurídico del personal estatutario al servicio de la sanidad, podría haberlo hecho, ni siquiera en la propia ley 55/2003. En este sentido fueron los informes del anteproyecto de la ley 55/2003, elaborados tanto por el Consejo General del Poder Judicial como por el Consejo de Estado.

3. VALORACIÓN FINAL

La atrevida línea abierta por el Tribunal al que nos venimos refiriendo, choca frontalmente con los argumentos contenidos por el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de fecha 16 de diciembre de 2005, en la que se defiende que la competente para el conocimiento de estos litigios con el personal al servicio de los Servicios de Salud, es la jurisdicción contencioso-administrativa y no la social. El objeto de estos comentarios, pasa por dar noticia de resoluciones con cierta relevancia jurídica, bien por el alcance de sus posiciones o bien por la ruptura con líneas que vienen siendo tradicionales. El TS ha mantenido un criterio previo a la aprobación del Estatuto marco, por la Ley 55/2003, y otro bien distinto desde la existencia de dicha norma, criterio que ahora entra en confrontación con los razonados argumentos de la sentencia que comentamos. No cabe duda que la contundencia de los argumentos expuestos por la Sala de lo Social del TSJ de la Rioja, no nos dejan indiferentes. Probablemente de todos ellos la evidencia de la falta

³ Ni el artículo 117.3 de la CE, ni el art. 9 de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, que se vio afectado en su redacción por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 Dic, sin que dicha Ley Orgánica, a pesar de ser posterior a la culminación de las referidas transferencias de asistencia sanitaria en todo el territorio del Estado, derogara el art. 45.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, ni a incluir la materia competencial a que este precepto se refiere en dicho apartado 4. Dicho artículo 45.2 tiene su base en la LPL en el apartado p) del artículo 2 de dicha ley cuando dice ser competencia del orden social cualesquiera otras cuestiones que les sean atribuidas por normas con rango de ley.



de derogación expresa del artículo 45.2 de la LGSS de 1974, justifica que al respecto sigan corriendo ríos de tinta, permitiendo que una interpretación restrictiva al ámbito competencial de la jurisdicción social dé paso ahora a un posicionamiento doctrinal contrario que declara superado el criterio restrictivo.

Lo primero que sorprende es que el cambio reflejado en la sentencia presenta, necesariamente, vocación de futuro, esto es nace para ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas, lo que excluye cualquier vulneración al principio de igualdad en la aplicación judicial de la norma. No parece que estemos ante una ruptura ocasional, contradictoria con los principios establecidos por el propio Tribunal Supremo. Dicho paso al frente solo podrá terminar o en la corrección por el Tribunal Supremo o en la rectificación por el legislador que parece ser el verdadero destinatario de una crítica a su deficiente técnica legislativa.

El legislador ha tenido innumerables ocasiones desde 1966 para introducir la necesaria claridad en este asunto. Sin embargo, lejos de ofrecernos este criterio de claridad, ha generado nuevos factores de distorsión que no benefician la mejor ubicación de la rama que ha de resolver los conflictos del personal al servicio de la Sanidad Pública. Una depurada técnica legislativa y una definitiva ubicación de conflictos, permitiría superar estas zonas oscuras de las competencias entre órdenes jurisdiccionales que retrasan la solución de los conflictos en laberínticas interpretaciones de la legislación vigentes y del alcance de la técnica derogatoria de las nuevas normas.





4

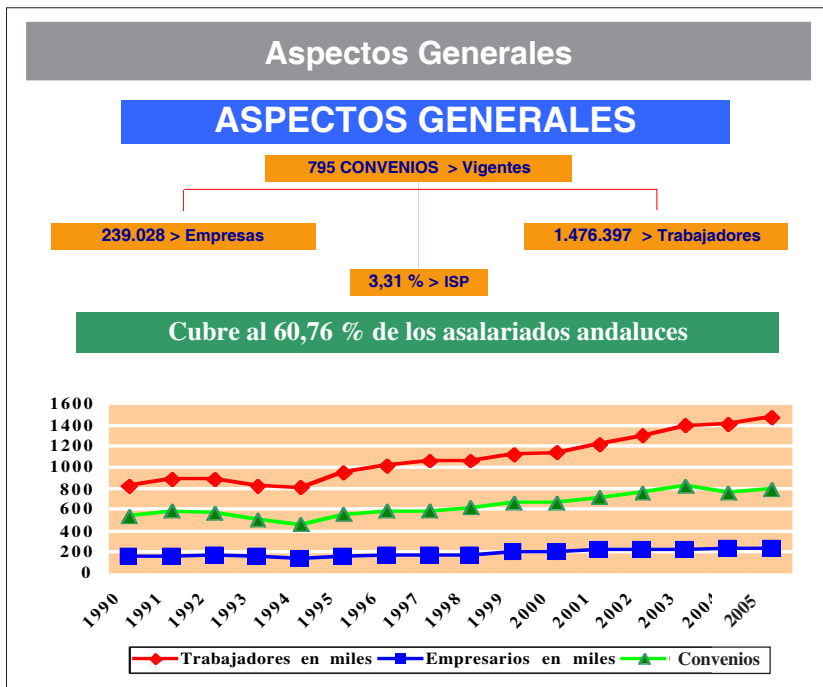
Informes y Documentos

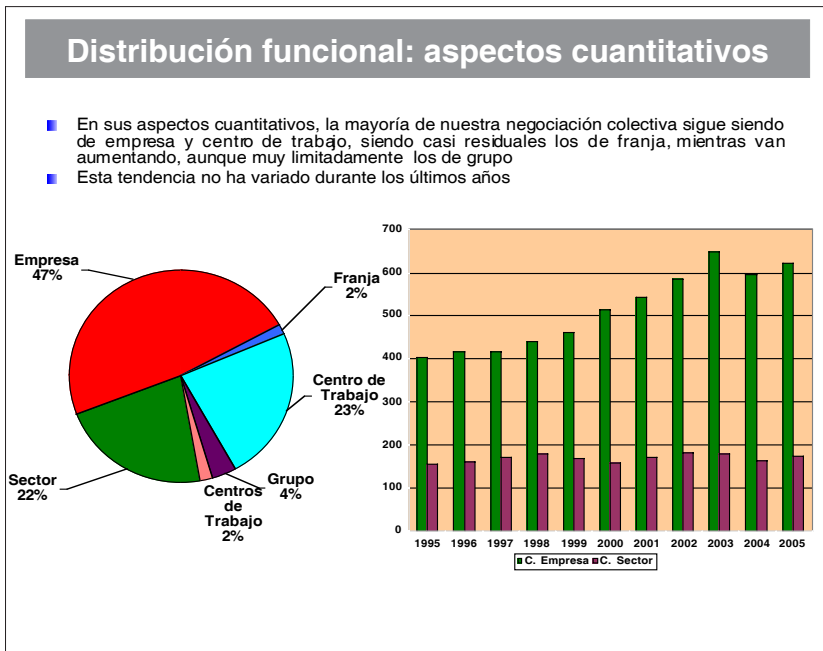
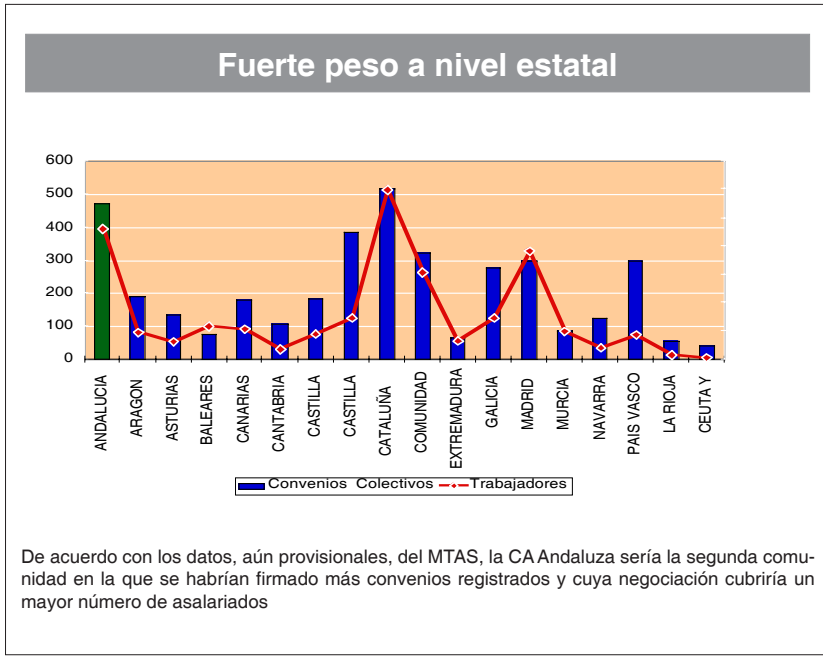




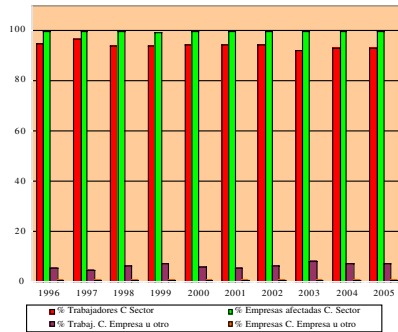


LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA DURANTE 2005





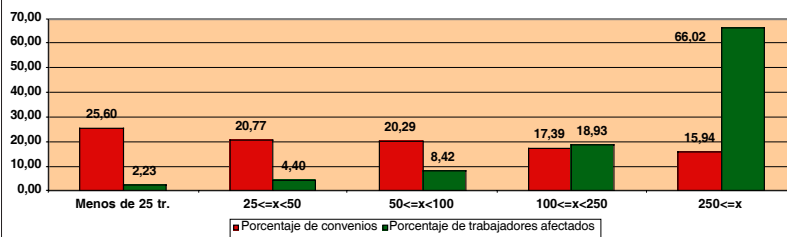
Distribución funcional: aspectos cuantitativos



- Por el contrario cualitativamente nuestra negociación sigue estando profundamente sectorializada
- Más del 92 por ciento de trabajadores y más del 99% de empresarios afectados por convenios andaluces lo son por convenios de sector
- Esta tendencia no ha variado durante los últimos años

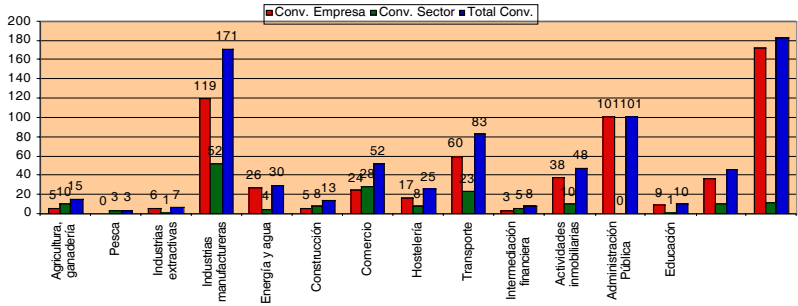
	Año	2000	2001	2002	2003	2004	
CONVENIOS SECTOR	Trabajadores	1.072.2547	1.159.582	1.224.309	1278664	1312160	
	Empresarios	212.610	227.806	227.706	229037	230766	
CONVENIOS EMPRESA	Trabajadores	65.433	67.180	78.693	112321	103261	
	Empresarios	514	543	586	650	600	

Dimensión de las empresas con convenio propio



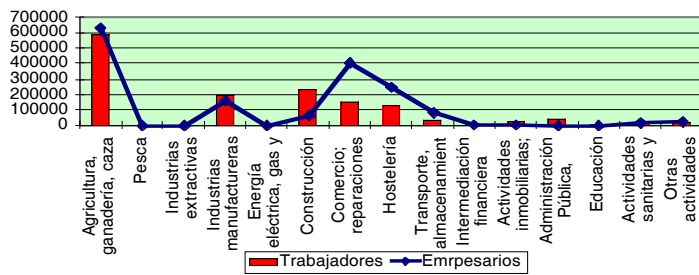
- La mayoría de empresas con convenio propio son de menos de 25 trabajadores
- Si bien los convenios de empresa que mayor población afectan son los 99 de empresas con más de 250 trabajadores: estos cubren al 66,02 % de trabajadores regulados por este tipo de convenio
- La relación global de número de trabajadores por empresa es ciertamente baja: 6,17. Pero aún es más baja si se cuentan sólo los sectoriales —5,74—.

Distribución por actividades económicas



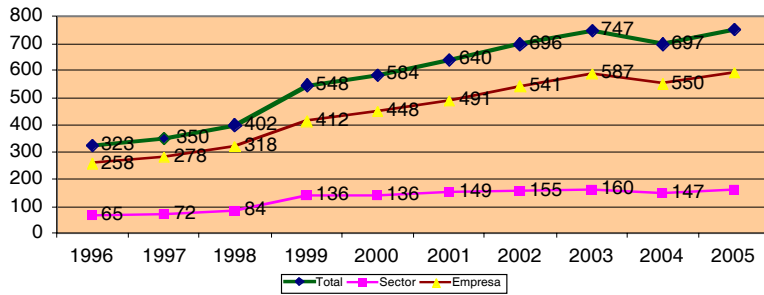
- Asumiendo la clasificación Cnae-93, las dos áreas que presentan una mayor actividad negociadora son las de industrias de alimentación, lógico dado nuestro tejido productivo y, paradójicamente, la de actividades de saneamiento público, en donde sí se aprecia claramente una notable desintegración
- En cambio otros sectores como construcción, agricultura y hostelería sí sectorializados. Peculiaridad de comercio por su fragmentación en subsectores

Distribución personal CNAE



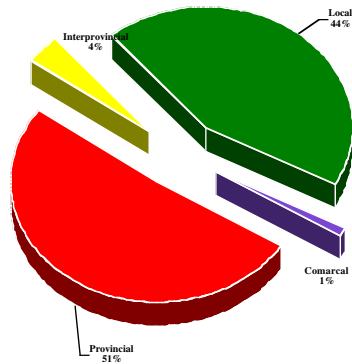
- En cambio, si analizamos su relevancia personal, los datos no han variado frente a los de años anteriores: la mayor parte de la población cubierta se da en el sector agrario, en la construcción, las manufactureras, el comercio y la hostelería
- Estos cinco sectores suman 1.308.591 trabajadores y 218.040 empresas; esto es, cerca del 88,6% de trabajadores y más del 91,2% de las empresas cubiertas por nuestro tejido negocial

Ámbito Temporal: Supraanualidad

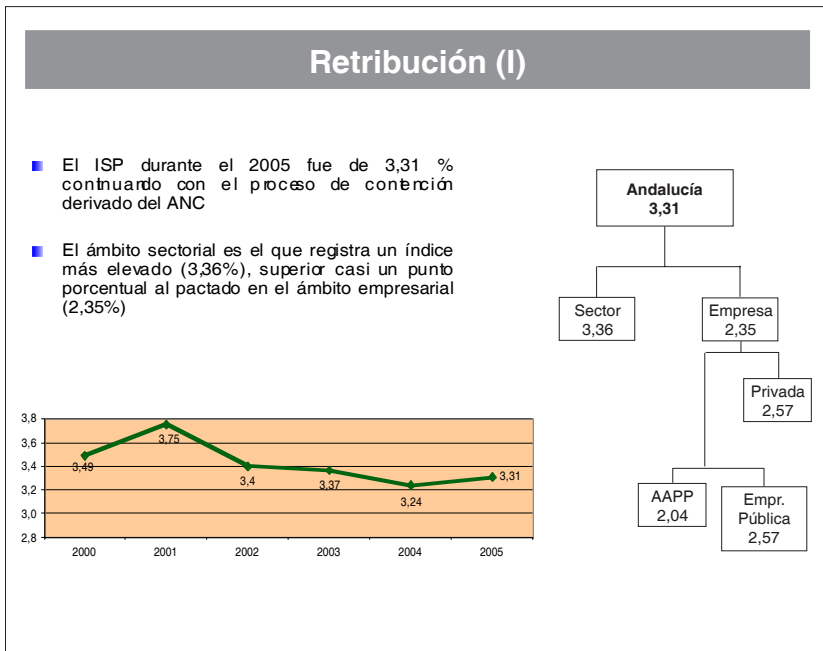
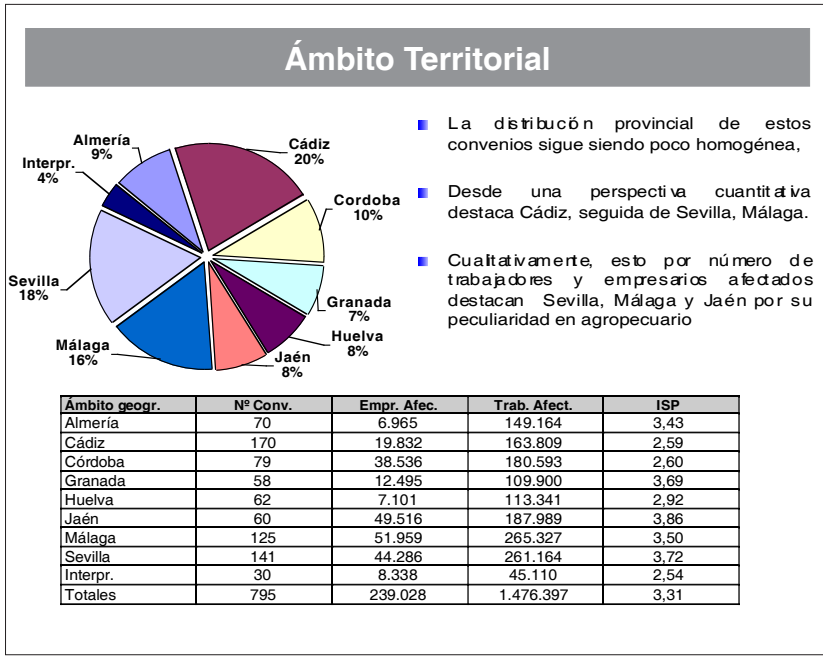


- De los 795 convenios vigentes, 751 se pactan con un periodo de vigencia supraanual, -el 94,46%--
- Tendencia progresiva -en el año 2004 fueron el 91,71%-- aunque debida, sobre todo, a los convenios de empresa

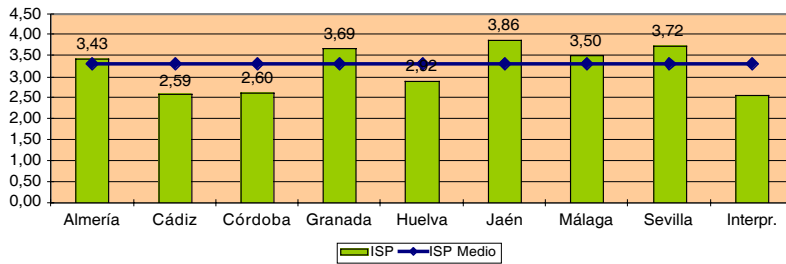
Ámbito Territorial



- La mayoría de los convenios andaluces son provinciales o locales 383 y 333, destacando por número de trabajadores y empresarios afectados los provinciales en los que se centran los sectoriales
- Mientras que otros como los comarcales y los interprovinciales son casi residuales

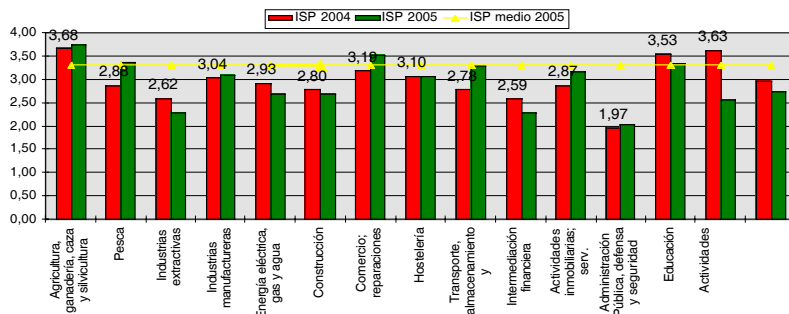


Retribución (II): ISP por provincias

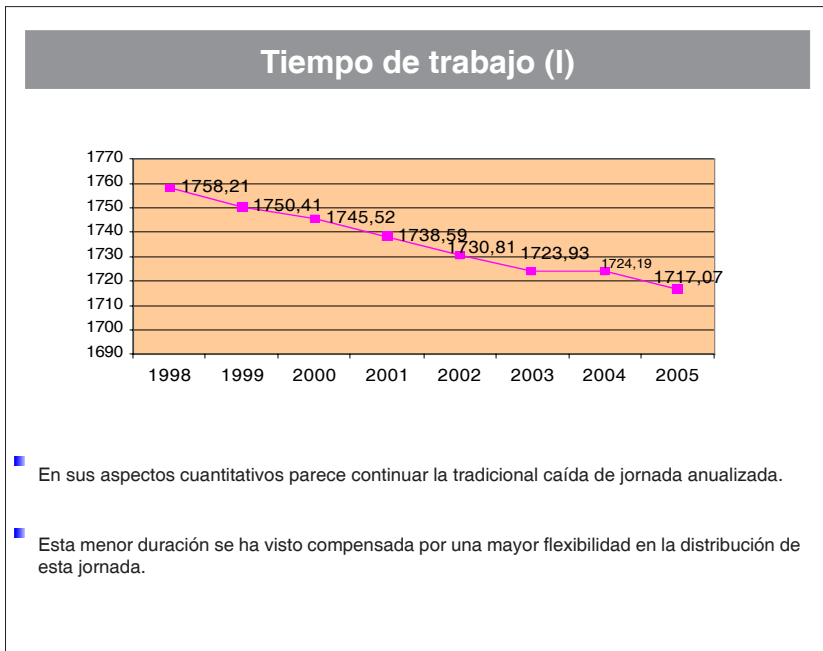
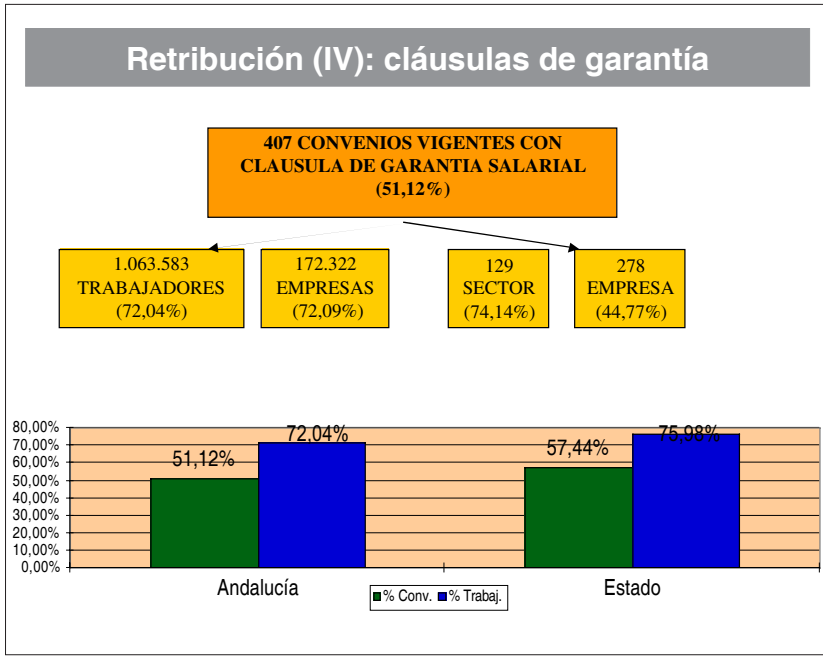


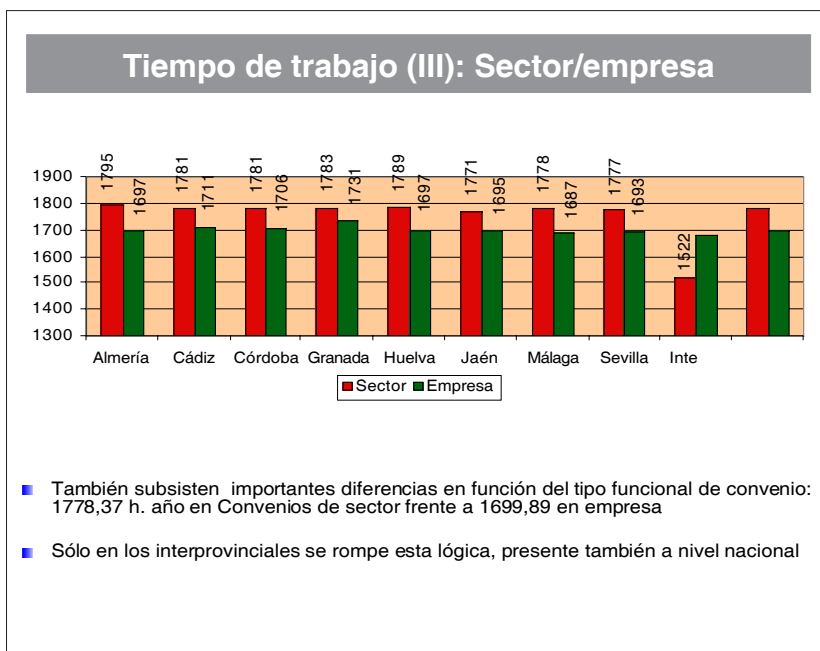
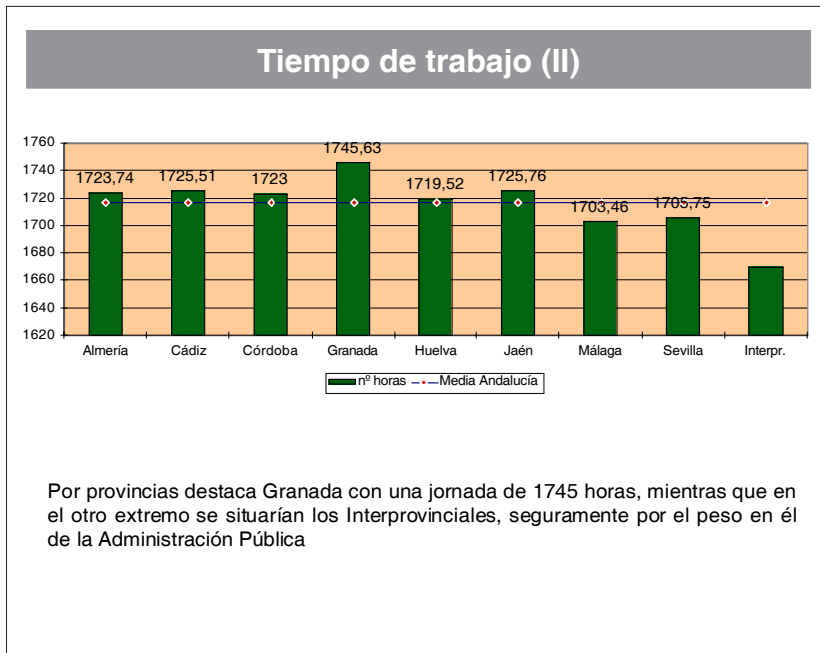
- Por provincias los indicadores más elevados corresponden a las provincias de Jaén (3,86) y Sevilla (3,72), en lo que seguramente han influido los convenios del sector agropecuario.
- Por debajo de la media se sitúan Cádiz, Córdoba y Huelva. El índice provincial más bajo corresponde Cádiz con 2,59 y los Interpr. con el 2,54%.

Retribución (III): por sector de actividad

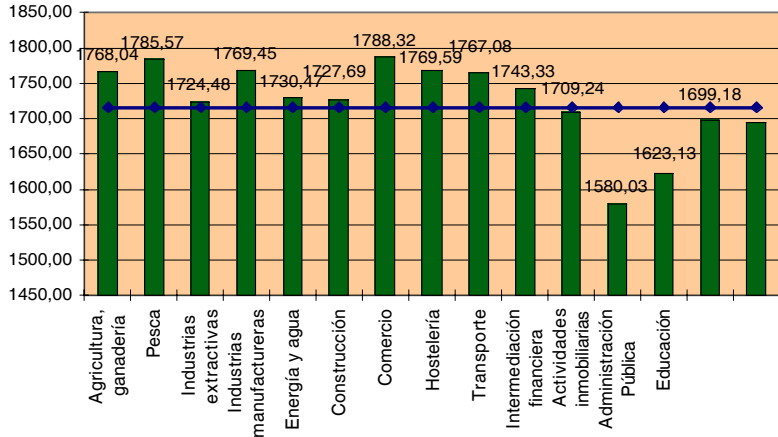


- Se sigue observando el condicionante que supone el ISP de agricultura

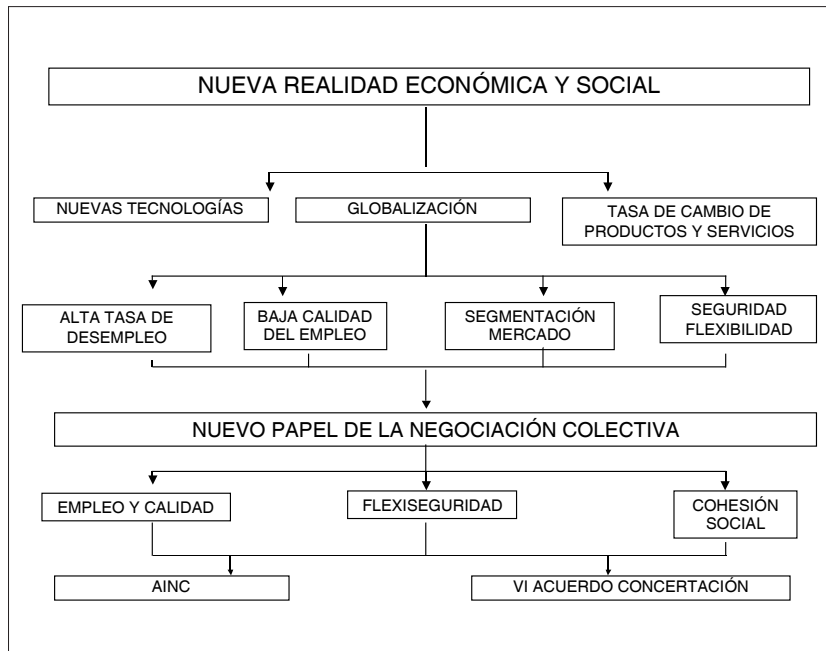


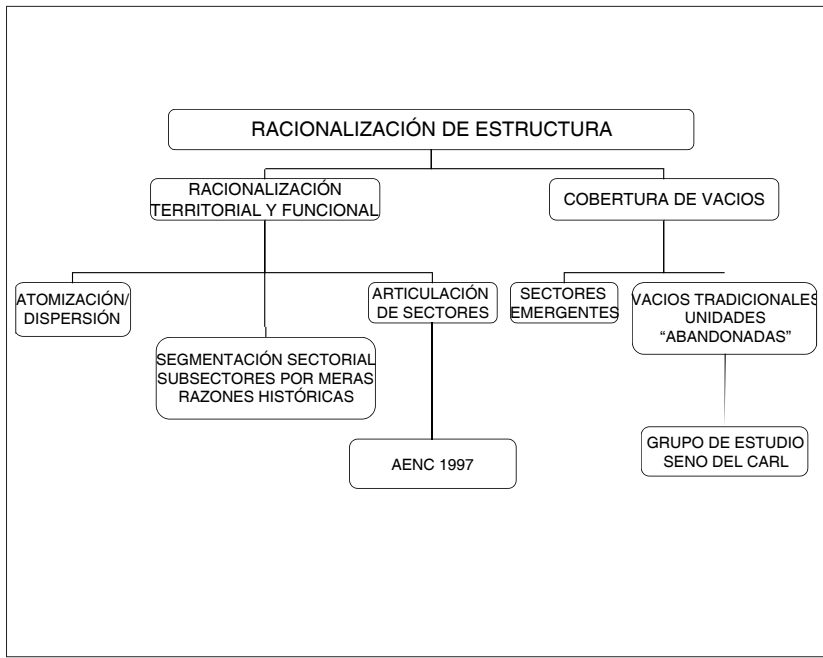


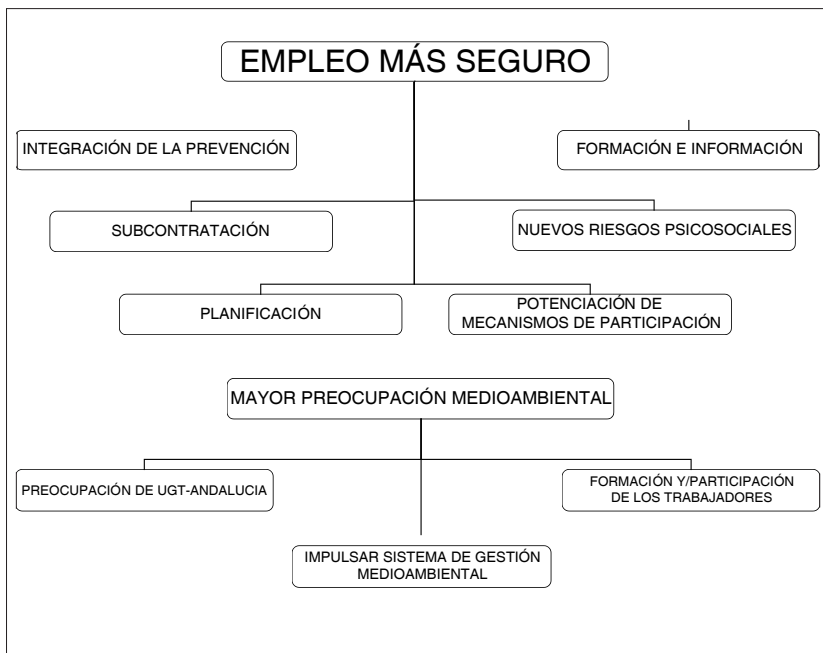
Tiempo de trabajo (IV): Sector de actividad

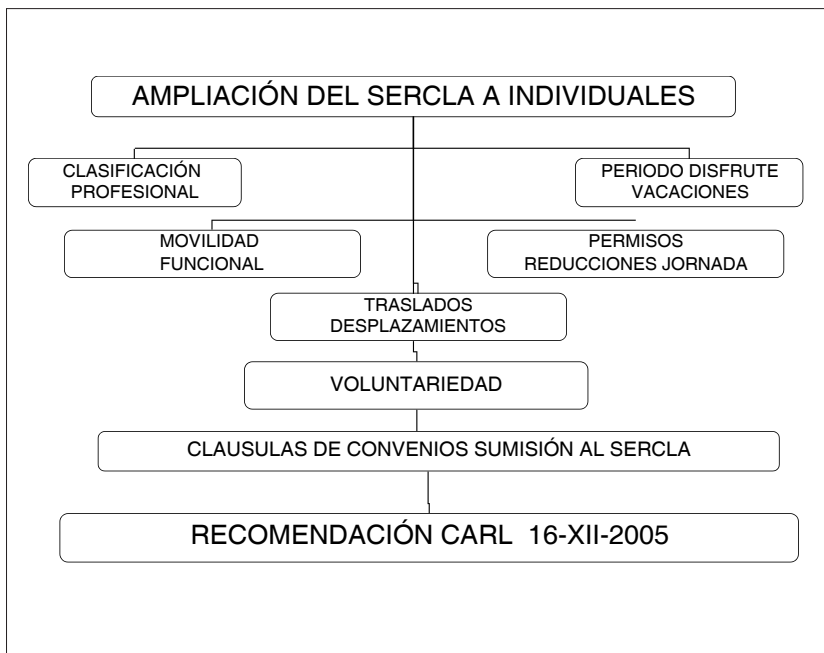
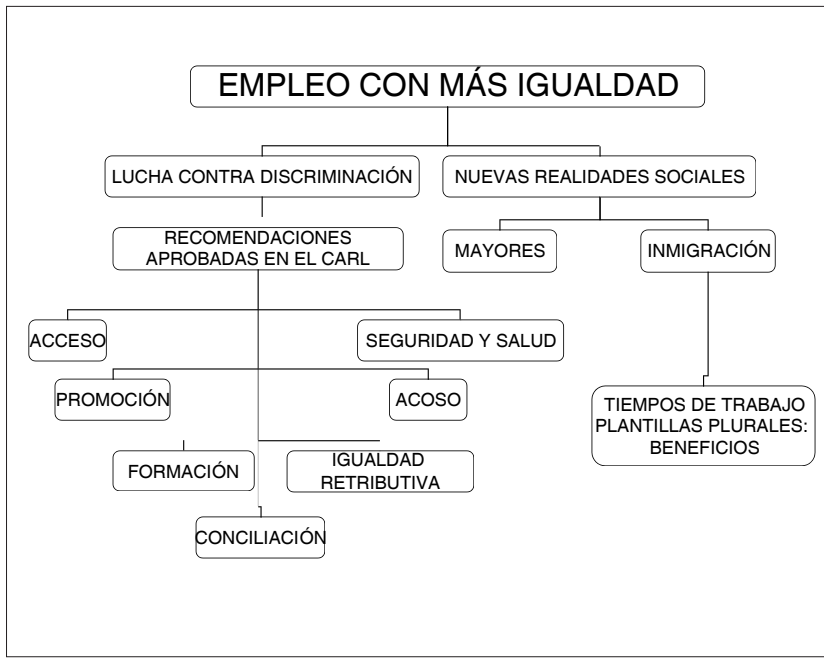


■ Por sectores, la mayor jornada se concentra en Comercio, Hostelería, Transportes y Pesca, mientras la menor se encuentra por razones evidentes en la Administración —35 horas—













5

Reseña de Legislación







Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (octubre-diciembre 2005)

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO *

ORDEN de 13 de diciembre de 2005, por la que se establece para el año 2006, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, y se fijan las tarifas aplicables a la contratación de los servicios

El Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en su Disposición adicional única, apartado 2, establece que el titular de la Consejería de Salud determinará mediante Orden, los grupos de edad que se incorporan anualmente a la garantía de la prestación reconocida en el mismo, incluyéndose, en cualquier caso, los niños que cumplan seis años. Durante el año 2006 tendrán derecho a la asistencia dental básica y a los tratamientos especiales establecidos en el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, los niños nacidos en los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000.

El Decreto 281/2001 establece que los dentistas de cabecera privados habilitados, serán retribuidos para la cobertura de la asistencia dental básica y por tratamiento realizado para los casos previstos de tratamientos especiales, mientras que la cantidad a abonar en el sistema capitativo, así como el baremo de honorarios a abonar por los tratamientos especiales, se determinará por la Consejería de Salud. La Orden de la Consejería de Salud de 19 de marzo de 2002, desarrolla el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en ella se establecen las condiciones esenciales de contratación de los servicios y se fijan las tarifas aplicables a la capitación por la asistencia dental básica y las correspondientes a los tratamientos especiales. La tarifa anual por el sistema de capitación contemplada en la mencionada Orden, fue modificada por Orden de 26 de diciembre de 2002. Habida cuenta del tiempo transcurrido, se considera adecuado proceder a la actualización de la misma.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide.

ORDEN de 25 de noviembre de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de incentivos para la contratación laboral del personal beneficiario de las órdenes reguladoras de las convocatorias de becas y ayudas para la formación de Doctores y del Personal Docente e Investigador en las Universidades y Centros de Investigación de Andalucía, correspondientes a los años 2002 y 2003

Las dotaciones de personal investigador cualificado es un requisito clave para el impulso de las políticas de I+D+i. A tal efecto, la Junta de Andalucía a través de la Consejería competente en materia de Universidades e Investigación ha venido realizando diferentes convocatorias anuales de ayudas e incentivos destinados a la formación del personal investigador, de las que actualmente coexisten dos tipologías. En las convocatorias anteriores a 2004 las ayudas se establecían en la modalidad de becas a personas físicas, de un año prorrogable como máximo por otros tres. En las convocatorias correspondientes a los años 2004 y 2005 las ayudas o incentivos para la formación de personal investigador se establecen en dos modalidades sucesivas: en una primera fase se considera la modalidad de becas a personas físicas durante dos años, y en una segunda fase se establece la modalidad de ayudas a las Universidades competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía y a Centros del Consejo Superior de Investigaciones Científicas en Andalucía para la contratación laboral, por un período de dos años, de los beneficiarios de las becas de la primera fase.

Con el objetivo de evitar los agravios que suponen que en un mismo centro coexistan personas que, realizando la misma actividad de formación, se encuentran sometidas a condiciones diferentes, se hace extensivo el compromiso de mejora antes aludido al personal investigador en formación que participó en convocatorias de ayudas correspondientes a los años 2002 y 2003 y que, por tanto, en la actualidad se encuentran, respectivamente, iniciando su cuarto o su tercer año de disfrute de la beca.

El importe de los incentivos concedidos aisladamente, o en concurrencia con subvenciones o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros entes públicos o privados, nacionales o internacionales, no podrá superar el coste de la actividad a desarrollar por la entidad beneficiaria (artículo 4). Las solicitudes de incentivos deben destinarse a la contratación laboral de las personas beneficiarias de becas por parte de la Universidad o Centro de Investigación de Andalucía que gestiona dichas becas, realizadas a partir del 1 de diciembre de 2005. La contratación se efectuará por el tiempo que reste para agotar las prórrogas previstas en la convocatoria de becas correspondiente (artículo 7). La cuantía de los incentivos será por el importe equivalente al salario estipulado para un ayudante no-doctor en Andalucía (incluida la cuota patronal a la Seguridad Social), durante el período de tiempo que reste para agotar las prórrogas previstas en la convocatoria de becas correspondiente, para cada uno de los becarios o becarias a los que resulte de aplicación lo establecido en esta Orden y se hubiera solicitado dicho incentivo (artículo 8).

ORDEN de 22 de noviembre de 2005, por la que se establecen procedimientos para la integración en el régimen estatutario de los Servicios de Salud del personal funcionario y laboral que presta servicios en Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud

La Disposición Adicional Quinta de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, referida a las «Integraciones de personal» establece que, al objeto de homogeneizar las relaciones de empleo del personal de cada uno de los centros, instituciones o servicios de salud, y con el fin de mejorar la eficacia en la gestión, las Administraciones Sanitarias Públicas podrán establecer procedimientos para la integración directa, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario, en la categoría y titulación equivalente, de quienes presten servicio en tales centros, instituciones o servicios con la condición de funcionario de carrera o en virtud de contrato laboral fijo. El párrafo segundo de la citada disposición señala, asimismo, que se podrán establecer procedimientos para la integración directa, entre otros, del personal laboral temporal en la condición de personal estatutario temporal, en la categoría, titulación y modalidad que corresponda.

La Orden de 29 de octubre de 2002, integra en los regímenes estatutarios de la Seguridad Social al personal funcionario y laboral de los Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud; mientras que el Real Decreto 2399/2004, de 30 de diciembre, traspasó a la Comunidad Autónoma de Andalucía los medios personales adscritos al Hospital Militar Vigil de Quiñones, de Sevilla, tras lo cual el Decreto 22/2005, de 1 de febrero, asignó estos al Servicio Andaluz de Salud.

Con el objetivo de avanzar en la homogeneización de las relaciones de empleo del personal del Servicio Andaluz de Salud, se estima necesario ofertar la integración en el régimen estatutario de los Servicios de Salud tanto al personal de nueva integración en el Organismo, como al que no se acogió a las ofertas de integración realizadas con anterioridad al Estatuto Marco (artículo 3 y 4). En este mismo sentido, se considera conveniente la integración directa del personal laboral temporal en la condición de personal estatutario temporal, en la categoría, titulación y modalidad que corresponda (artículo 6). En otro orden de cosas, se considera asimismo conveniente, ofertar un nuevo plazo para que el personal estatutario fijo del Servicio Andaluz de Salud de las categorías de Lavandera, Planchadora y Conductor, que no se acogió en su día a la opción de integración en las categorías correspondientes, puedan volver a ejercitar dicha opción (Disposición Adicional Primera).

ORDEN de 3 de noviembre de 2005, por la que se establece el procedimiento y las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo del Programa de Orientación y Preformación para el Empleo de las Mujeres (OPEM)

El Instituto Andaluz de la Mujer puso en marcha una red de servicios de información laboral, preformación y orientación profesional para mujeres, en colaboración con las Corporaciones Locales. La financiación de dichos centros se

regulaba en la Orden de 30 de enero de 2003, modificada por la de 7 de enero de 2004. 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 subvenciones a ayuntamientos, mancomunidades de municipios y consorcios para desarrollo del programa de información laboral, preformación y orientación profesional para mujeres, 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 mencionada Orden. Dada la naturaleza jurídica del colectivo al que van dirigidas estas subvenciones, Corporaciones Locales, que necesitan la financiación del Instituto Andaluz de la Mujer para el desarrollo del programa a subvencionar, se ha considerado exceptuar a las entidades solicitantes de las prohibiciones enumeradas tanto en lo establecido en el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, como el artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributaria, Administrativas y Financieras, para obtener la condición de beneficiarias.

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 %, y quedando su concesión condicionada a las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio (artículo 1). La finalidad de las subvenciones es la financiación de los gastos derivados de la contratación de una persona técnica en Orientación Profesional (artículo 2). La subvención no podrá representar más del 75% del presupuesto para gastos de personal, debiendo correr las Corporaciones Locales con el 25 %, como mínimo, de dicho presupuesto; el importe de las subvenciones, aislada o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, en ningún caso podrá superar el 75 % del coste de la actividad subvencionada (artículo 3). Las entidades beneficiarias deberán ser ayuntamientos, mancomunidades de municipios y consorcios de Andalucía que tengan Centro Municipal de Información a la Mujer que estén desarrollando un programa de Orientación y Preformación para el empleo de las Mujeres (OPEM) y se ajusten a los requisitos establecidos en la presente Orden; por el contrario, no podrán ser entidades beneficiarias las siguientes (artículo 10):

- a) Aquellos ayuntamientos, mancomunidades de municipios y concursos de Andalucía en cuyo ámbito de actuación radique un Centro de la Mujer dependiente del Instituto Andaluz de la Mujer que preste los servicios objeto de estas subvenciones.
- b) En caso de Servicios OPEM de nueva creación, aquellos ayuntamientos, mancomunidades o consorcios cuya población esté atendida por otro Servicio OPEM objeto de esta convocatoria. En caso de concurrencia de solicitudes, no será beneficiaria la corporación que atienda a menos población.

La 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 o convenio (artículo 13).

ORDEN de 5 de octubre de 2005, conjunta de las Consejerías de Empleo y para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se regula el procedimiento de concesión de prestaciones económicas por el Instituto Andaluz de la Mujer para mujeres víctimas de violencia acogidas a Programas de Formación Profesional Ocupacional

Como es conocido, el Instituto Andaluz de la Mujer tiene como finalidad, de acuerdo con lo establecido en su Ley fundacional, la promoción de las condiciones de igualdad real de hombres y mujeres, fomentando la participación de las segundas en la vida social, y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política en cumplimiento de los principios reconocidos en la CE y en el Estatuto de Autonomía. El cese de la violencia contra las mujeres producida en el ámbito familiar o doméstico precisa de la confluencia de múltiples factores, por tratarse de una lacra social que tienen múltiples causas. Sin perjuicio de lo anterior, la dependencia económica respecto del agresor dificulta la ruptura de la situación de violencia, siendo la obtención de un empleo una de las vías más adecuadas para alcanzar la independencia económica. En numerosas ocasiones, la situación de partida de estas mujeres limita de manera importante las posibilidades de obtener un empleo, circunstancia que las conduce hacia empleos en la economía sumergida.

Con tales objetivos, la Consejería de Empleo ha aprobado durante los últimos años acciones de Formación Profesional Ocupacional dirigidas a mujeres víctimas e violencia de género, priorizando las que tienen origen en Casas de Acogida. Las evaluaciones realizadas a dichos programas aportan valoraciones positivas tanto en relación con los índices de inserción laboral logrados, como respecto del grado de autonomía conseguido a través de una mejora de la cualificación profesional. Con carácter complementario, dichos programas prevén la concesión de una ayuda económica, conforme establece la Orden conjunta de las Consejerías de Presidencia y Empleo y Desarrollo Tecnológico de 30 de abril de 2001. 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 ayudas económicas 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 citada Orden. Aunque, con la nueva regulación de subvenciones, el procedimiento ordinario de concesión es el de concurrencia competitiva, sin perjuicio de lo cual, el artículo 31.1, párrafo segundo, de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, prevé que puedan concederse subvenciones en atención a la mera concurrencia de una determinada situación, quedando condicionado el importe a conceder a las disponibilidades presupuestarias del ejercicio económico correspondiente (artículo 2).

Podrán ser beneficiarias de estas prestaciones económicas aquellas mujeres víctimas de violencia de género seleccionadas para participar en los programas de FPO que carezcan de ingresos o éstos sean inferiores al salario mínimo interprofesional (artículo 3). La percepción de dichas ayudas será compatible con la percepción de 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 (ar-

título 9). Las beneficiarias deberán llevar a cabo la actividad que fundamenta la concesión de la prestación en la forma y plazos establecidos (artículo 10), pudiendo renunciar a la misma si por condiciones específicas de la Resolución de concesión o por su cuantía, la beneficiaria estime que no es posible llevar a cabo la actividad.

ORDEN de 13 de diciembre de 2005, por la que se establece para el año 2006, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, y se fijan las tarifas aplicables a la contratación de los servicios
BOJA núm. 250, de 27 de diciembre

El Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en su Disposición adicional única, apartado 2, establece que el titular de la Consejería de Salud determinará mediante Orden, los grupos de edad que se incorporan anualmente a la garantía de la prestación reconocida en el mismo, incluyéndose, en cualquier caso, los niños que cumplan seis años.

El Decreto 281/2001 anteriormente mencionado, establece en su artículo 9, apartado 1, que los dentistas de cabecera privados habilitados, serán retribuidos mediante sistema caputivo para la cobertura de la asistencia dental, básica y por tratamiento realizado para los casos previstos de tratamientos especiales. Y en su apartado 2 indica que la cantidad a abonar en el sistema caputivo, así como el baremo de honorarios a abonar por los tratamientos especiales, se determinará por la Consejería de Salud.

La Orden de la Consejería de Salud de 19 de marzo de 2002, desarrolla el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en ella se establecen las condiciones esenciales de contratación de los servicios y se fijan

las tarifas aplicables a la capitación por la asistencia dental básica y las correspondientes a los tratamientos especiales.

La tarifa anual por el sistema de capitación contemplada en la mencionada Orden, fue modificada por Orden de 26 de diciembre de 2002. Habida cuenta del tiempo transcurrido, se considera adecuado proceder a la actualización de la misma.

En su virtud, de conformidad con lo dispuesto en la habilitación contenida en el párrafo 2 de la Disposición final primera del Decreto 281/2001, de 26 de diciembre y , en uso de las atribuciones que me confiere el artículo 44.4 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma,

DISPONGO

Artículo 1.º *Derecho a la asistencia dental durante el año 2006.*—Durante el año 2006 tendrán derecho a la asistencia dental básica y a los tratamientos especiales establecidos en el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, los niños nacidos en los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000.

Art. 2.º *Retribución de las prestaciones de la asistencia dental.*—La tarifa anual por el sistema de capitación, por cada persona atendida con

derecho a la prestación de la asistencia dental, queda fijada en la cuantía de 34, 70 €.

Disposición derogatoria única.
Derogación normativa.—Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Orden.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día 1 de enero de 2006.

Sevilla, 13 de diciembre de 2005

MARÍA JESÚS MONTERO CUADRADO
Consejera de Salud

ORDEN de 25 de noviembre de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de incentivos para la contratación laboral del personal beneficiario de las órdenes reguladoras de las convocatorias de becas y ayudas para la formación de Doctores y del Personal Docente e Investigador en las Universidades y Centros de Investigación de Andalucía, correspondientes a los años 2002 y 2003
BOJA núm. 240, de 12 de diciembre

Contar con personal investigador cualificado es un requisito clave para impulsar las políticas de I+D+i.

A tal efecto, la Junta de Andalucía a través de la Consejería competente en materia de Universidades e Investigación ha venido realizando diferentes convocatorias anuales de ayudas e incentivos destinados a la formación del personal investigador, de las que actualmente coexisten dos tipologías.

En las convocatorias anteriores a 2004 las ayudas se establecían en la modalidad de becas a personas físicas, de un año prorrogable como máximo por otros tres. Las convocatorias establecían también la dotación inicial de las becas, el compromiso de actualización anual, de acuerdo con el índice de precios al consumo, y la forma de materializar el pago, a través de la Universidad u Organismo donde desempeña su actividad de formación la persona becada.

En las convocatorias correspondientes a los años 2004 y 2005 las ayudas o incentivos para la formación de personal investigador se establecen en

dos modalidades sucesivas: en una primera fase se considera la modalidad de becas a personas físicas durante dos años, y en una segunda fase se establece la modalidad de ayudas a las Universidades competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía y a Centros del Consejo Superior de Investigaciones Científicas en Andalucía para la contratación laboral, por un período de dos años, de los beneficiarios de las becas de la primera fase.

El cambio de tipología, que se produce a partir de la convocatoria de 2004, responde al compromiso de mejora de las condiciones del personal investigador en formación asumido por el gobierno de la Junta de Andalucía.

Para evitar los agravios que suponen que en un mismo centro coexistan personas que, realizando la misma actividad de formación, se encuentran sometidas a condiciones diferentes, es conveniente hacer extensivo el compromiso de mejora antes aludido al personal investigador en formación que participó en convocatorias de ayudas correspondientes a los años 2002 y 2003 y que, por tanto, en la actualidad

se encuentran, respectivamente, iniciando su cuarto o su tercer año de disfrute de la beca.

En virtud de todo lo anterior, a propuesta de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, en uso de las facultades que me confiere el artículo 39 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

DISPONGO

SECCIÓN I

Objeto de la Orden, normativa aplicable y ámbito de aplicación

Artículo 1.º *Objeto.*—La presente Orden tiene por objeto regular la concesión de incentivos destinados a la contratación laboral del personal beneficiario de las órdenes reguladoras de las convocatorias de becas y ayudas para la formación de Doctores y de Personal Docente e Investigador en las Universidades y Centros de Investigación andaluces correspondientes a los años 2002 y 2003, que se especifican en el artículo 7.1 de esta Orden, con el fin de equiparar las condiciones de dichas ayudas y becas a la modalidad incentivos que se crea en la Orden de 18 de mayo de 2004, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas para la formación de Doctores en Centros de Investigación y Universidades Andaluzas y se convocan las correspondientes al año 2004.

Art. 2.º *Normativa general.*—Los incentivos que se concedan al amparo de la presente Orden se registrarán, además de por lo previsto por la misma, por las normas aplicables de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; por lo establecido en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad

Autónoma de Andalucía, y la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras; por lo que dispongan las Leyes anuales del presupuesto; por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, que 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 y por las normas comunitarias aplicables a los incentivos financiados con cargo a Fondos de la Comunidad Europea.

SECCIÓN II

Financiación, compatibilidad y gestión de incentivos

Art. 3.º *Financiación de los incentivos.*—1. Los incentivos se financiarán con las dotaciones previstas en los programas presupuestarios de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa.

2. La concesión de incentivos estará limitada por las disponibilidades presupuestarias existentes en cada ejercicio, pudiéndose adquirir compromisos de gastos de carácter plurianual en las condiciones previstas en el artículo 39 de la Ley 5/83, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Art. 4.º *Compatibilidad con otras ayudas.*—El importe de los incentivos concedidos en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente, o 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 por la entidad beneficiaria.

Art. 5.º Órgano competente para la instrucción y resolución del procedimiento.—1. El órgano competente para la instrucción del procedimiento de concesión de estos incentivos, así como del procedimiento de reintegro en su caso, es la Dirección General de Investigación, Tecnología y Empresa.

2. La resolución de concesión o denegación de las solicitudes será dictada por la persona titular de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, por delegación del titular de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa.

SECCIÓN III *De los beneficiarios*

Art. 6.º Beneficiarios.—1. Podrán ser beneficiarios de los incentivos previstos en la presente Orden, las Universidades y los Centros de Investigación andaluces, respecto a las personas beneficiarias de becas correspondientes a las convocatorias reguladas por las órdenes que se enumeran a continuación:

— Orden de 20 de marzo de 2002 por la que se convocan, dentro del III Plan Andaluz de Investigación, ciento cincuenta becas de Formación de Personal Docente e Investigador en las Universidades y Centros de Investigación en Andalucía.

— Orden de 9 de mayo de 2002 por la que se convocan, dentro del III Plan Andaluz de Investigación, tres becas de Formación de Personal Investigador en la Red Andaluza de Aerobiología (RAA).

— Orden de 9 de mayo de 2002 por la que se convocan, dentro del III Plan Andaluz de Investigación, cinco becas de Formación de Personal Investigador sobre la Paz en Andalucía y su entorno geopolítico.

— Orden de 31 de marzo de 2003, por la que se convocan ayudas

para la Formación de Doctores en Centros de Investigación y Universidades Andaluzas.

— Orden de 12 de mayo de 2003 por la que se convocan, dentro del III Plan Andaluz de Investigación, setenta y seis becas de Formación de Personal Docente e Investigador en las Universidades y Centros de Investigación en Andalucía.

2. Será, además, requisito que dichas personas hayan disfrutado y a, al menos, de los dos primeros años de beca, expresen formalmente su renuncia a la misma, que será efectiva desde el momento en que se formalice el contrato, y se encuentren incorporadas a Grupos del Plan Andaluz de Investigación.

3. Las Universidades y los Centros de Investigación andaluces beneficiarios de estos incentivos estarán exceptuados de todas las circunstancias relacionadas en el apartado 2 del artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y apartado 1 del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, por concurrir en la naturaleza de los incentivos regulados en la presente Orden, los siguientes hechos:

a) Las actividades a realizar con los incentivos concedidos tienen carácter científico e investigador.

b) Estas actividades científicas e investigadoras se realizarán por entidades que, independientemente del carácter jurídico que adopten en el momento de su constitución, bien su presupuesto, sus órganos de gestión o directivos, su personal, etc., sean mayoritariamente de carácter público.

SECCIÓN IV *De los incentivos*

Art. 7.º Clase de incentivos.—1. Las solicitudes de incentivos irán des-

tinadas a las contrataciones laborales de las personas beneficiarias de becas por parte de la Universidad o Centro de Investigación de Andalucía que gestiona dichas becas, que se realicen a partir del 1 de diciembre de 2005.

2. La contratación se efectuará por el tiempo que reste para agotar las prórrogas previstas en la convocatoria de becas correspondiente.

Art. 8.º *Modalidad de los incentivos.*—Los incentivos regulados en la presente Orden revestirán la forma de incentivos directos.

Art. 9.º *Cuantía de los incentivos.*—1. La cuantía de los incentivos será por el importe equivalente al salario estipulado para un ayudante no doctor en Andalucía (incluida la cuota patronal a la Seguridad Social), durante el período de tiempo que reste para agotar las prórrogas previstas en la convocatoria de becas correspondiente, para cada uno de los becarios o becarias a los que resulte de aplicación lo establecido en esta Orden y se hubiera solicitado dicho incentivo.

2. Dicho salario se establece en la actualidad en 23.627, 93 euros, que serán actualizados durante los períodos que correspondan según el procedimiento que se recoge en el Acuerdo de 20 de diciembre de 2002, suscrito entre la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía y las centrales sindicales CC.OO., FETE-UGT y CSI-CSIF, en materia de contratación y retribuciones del profesorado.

SECCIÓN V

Iniciación, tramitación y resolución

Art. 10. *Procedimiento de concesión.*—A solicitud de la persona interesada, podrán concederse incentivos en atención a la mera concurrencia de una determinada situación en el perceptor,

sin que sea necesario establecer la comparación de las solicitudes, ni la prelación entre las mismas. No obstante lo anterior, para la concesión del incentivo se requerirá el pronunciamiento favorable de la Universidad o Centro de Investigación que corresponda, y que quedará recogido en el correspondiente documento de solicitud del incentivo.

Art. 11. *Presentación de solicitudes.*—1. La solicitud para la obtención de incentivos seguirá el modelo que figura, a título informativo, en el Anexo I de la presente Orden y que estará disponible para su cumplimentación y tramitación en la dirección de Internet:

www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa.

2. El modelo citado en el párrafo anterior se cumplimentará con los medios electrónicos disponibles en la referida dirección de Internet, por las personas beneficiarias de becas a que se refiere el artículo 6 de esta Orden, solicitando el ser contratadas laborales por parte de la Universidad o Centro de Investigación donde se encuentren becadas. A tal efecto, dichas personas para su cumplimentación deberán disponer del certificado electrónico que se especifica en el párrafo segundo del punto 4 del presente artículo.

3. Las personas beneficiarias de becas que deseen acogerse a la modalidad de contratación presentarán sus solicitudes, a través de la Universidad o Centro de Investigación que gestiona la beca, en un plazo de 30 días naturales contados a partir del día 9 de enero de 2006. Las solicitudes irán dirigidas a la persona titular de la Secretaría General de Titularidades, Investigación y Tecnología.

4. Las Universidades de Andalucía y los Centros de Investigación de Andalucía presentarán las solicitudes ante el Registro Telemático Unico de

la Administración de la Junta de Andalucía.

5. Para utilizar este medio de presentación el representante legal de la Universidad o Centro de Investigación correspondiente deberá disponer del certificado reconocido de usuario X509, clase 2 v3, expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet).

6. Las solicitudes deberán ser acompañadas de la documentación acreditativa de la personalidad del representante del organismo que suscribe la solicitud, así como el poder de representación con el que actúa, cuando no obre en la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, como consecuencia de su participación en convocatorias anteriores.

Art. 12. Plazo de presentación.—

1. La presente Orden se aplicará a todas aquellas solicitudes de incentivos que se presenten por parte de las Universidades de Andalucía y los Centros de Investigación del Consejo de Investigaciones Científicas en Andalucía, en el plazo máximo de 15 días naturales, contados a partir del siguiente al de finalización del plazo de presentación de las solicitudes por parte las personas beneficiarias de becas a que se refiere el punto tres del artículo anterior.

2. La presentación de solicitudes para optar a estos incentivos supone la aceptación expresa de lo establecido en la presente Orden.

Art. 13. Subsanación de las solicitudes.—1. Si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos, se requerirá al interesado, por la Dirección General de Investigación, Tecnología y Empresa,

para que en el plazo de diez días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos con la indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Dicha subsanación deberá de realizarse de forma telemática, en los mismos términos recogidos en el artículo 12 de esta Orden.

Art. 14. Tramitación.—1. Recibidas las solicitudes, la Dirección General de Investigación, Tecnología y Empresa, realizará de oficio cuantas actuaciones estime necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos sobre los que se pronunciará la resolución.

2. A la vista de las solicitudes recibidas y de la información recabada en su caso, la Dirección General de Investigación, Tecnología y Empresa elaborará propuesta que será elevada a la persona titular de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología para su resolución.

Art. 15. Resolución y notificación.—1. El órgano competente para dictar resolución es la persona titular de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, por delegación del titular de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa.

2. La resolución dictada pondrá fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse recurso potestativo de reposición ante la persona titular de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa.

3. La resolución de concesión de incentivo contendrá, como mínimo, los extremos establecidos en el artículo

13.2 del Reglamento por el que se regulan los procedimientos de 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. De acuerdo con lo establecido en el artículo 6.4 del Reglamento (CE) núm. 1159/2000, de la Comisión, de 30 de mayo, cuando el incentivo sea cofinanciado por fondos estructurales de la Unión Europea, en la resolución de concesión se señalará que la Unión Europea participa en la financiación del mismo y, en su caso, se indicará la cuantía o porcentaje de incentivo aportada por el instrumento comunitario que corresponda.

4. El plazo máximo para dictar y notificar resolución será de tres meses, contados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el Registro Telemático Unico de la Administración de la Junta de Andalucía. Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, se podrá entender desestimada la solicitud, en virtud de lo establecido en el artículo 31.4 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

5. La resolución del procedimiento, así como los actos que deban notificarse y, en particular, los de requerimientos de subsanación, se realizarán de forma individualizada a las personas interesadas.

SECCIÓN VI *De las obligaciones de los beneficiarios*

Art. 16. *Obligaciones de las Universidades y los Centros de Investigación de Andalucía.*—Sin perjuicio de otras obligaciones establecidas en la presente Orden, así como las establecidas en el artículo 14 de la Ley 38/

2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y de las que, en su caso, se puedan establecer, las Universidades y los Centros de Investigación de Andalucía, estarán obligados a:

a) Realizar los contratos a los becarios y becarias adscritos a los mismos, para los que se han concedido los incentivos, en el plazo de 2 meses contados desde el día en que se produce la resolución de la concesión de incentivos para la contratación.

b) Justificar ante el órgano concedente el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión del incentivo.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa; las de control financiero que correspondan a la Dirección General de Fondos Europeos, la Intervención General de la Junta de Andalucía y la Administración del Estado en relación con las ayudas y subvenciones concedidas; y las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía, aportando y facilitando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Llevar a cabo las actuaciones de publicidad y difusión de la participación comunitaria de acuerdo con el reglamento (CE) núm. 1159/2000 de la Comisión de 30 de mayo de 2000, así como la información y publicidad institucional de la Junta de Andalucía de conformidad con el artículo 29.2 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

e) Comunicar a la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, los cambios

de domicilio, a efectos de notificaciones, durante el período en el que el incentivo es susceptible de control.

f) 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 los estados contables y registros específicos, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

h) Comunicar a la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades incentivadas. Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos.

i) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 19 de esta Orden.

j) Remitir a la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, un certificado relativo a la contratación del personal afectado por esta Orden.

k) Permitir, en el supuesto de que los centros sean Universidades, la participación del personal contratado en los diferentes órganos de gobierno en la forma prevista en sus Estatutos.

l) Comunicar a la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, cuantas inci-

dencias se produzcan durante el desarrollo del programa de formación del personal contratado.

Art. 17. *Obligaciones de las personas objeto de contrato.*—Las personas que sean objeto de contrato, en el ámbito de la presente Orden, tendrán las siguientes obligaciones:

a) Cumplir las condiciones y obligaciones establecidas en las respectivas convocatorias de ayudas por las que les fueron concedidas las becas.

b) Realizar las actividades contempladas en sus programas de formación y especialización en la investigación.

c) Cumplir los objetivos del programa de formación y especialización con aprovechamiento.

d) Atenerse al régimen interno o de funcionamiento del organismo o institución en el que desarrolle sus actividades.

e) Asumir las obligaciones que les correspondan por razón de su inclusión en el régimen general de la Seguridad Social, así como las derivadas del Estatuto de los Trabajadores.

SECCIÓN VII

De la justificación de la inversión incentivada, presentación, forma y secuencia del pago del incentivo

Art. 18. *Justificación de la actividad objeto del incentivo.*—1. Las Universidades y los Centros de Investigación de Andalucía presentarán ante la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, la justificación de realización de la actividad incentivada, así como el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determinaron la concesión o disfrute del incentivo, aportando para ello la siguiente documentación:

a) Certificado del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió el incentivo y de la aplicación de los fondos recibidos.

b) Certificado en el que conste que los becarios y becarias contratados han cumplido los requisitos y condiciones que determinan la concesión y disfrute del incentivo.

c) Fotocopia compulsada de los contratos suscritos.

d) Certificado donde conste el abono de los contratos a cada una de las personas contratadas, así como los correspondientes ingresos de la cuota patronal a la Seguridad Social.

e) Cuenta justificativa del gasto realizado.

2. La justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en el acto de concesión del incentivo revestirá la forma de cuenta justificativa del gasto realizado. La rendición de la cuenta justificativa constituye un acto obligatorio del beneficiario, en la que se deben incluir, bajo responsabilidad del declarante, los justificantes de gasto o cualquier otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la incentivación pública. La cuenta deberá incluir declaración de las actividades realizadas que han sido financiadas con el incentivo y su coste, con el desglose de cada uno de los gastos incurridos.

3. La cuenta justificativa, así como los certificados a que se refieren los epígrafes a), b) y d) del apartado 1 de este artículo se efectuarán de forma telemática conforme al modelo incorporado en la dirección web señalada anteriormente, al que se incorporarán digitalizadas las copias de los contratos a que se refiere el apartado c). Los archivos incorporados digitalmente serán considerados compulsados de forma electrónica a través del acto de remisión de la Universidad u Organismo de Investigación, quedando los originales en archivo y custodia en la entidad solicitante.

mo de Investigación, quedando los originales en archivo y custodia en la entidad solicitante.

Art. 19. Pagos y justificación.—

1. El pago de los incentivos para la realización de los contratos tendrá la consideración de pago en firme con justificación diferida y se realizará a la Universidad o Centro de Investigación donde esté adscrita la persona contratada, mediante transferencia bancaria a la cuenta que la Universidad u Organismo de Investigación haya indicado en la solicitud.

2. El pago se efectuará de la siguiente forma:

— Hasta el 75% del importe total concedido una vez dictada la resolución de concesión, en el ejercicio en que ésta se dicte.

— El porcentaje que reste hasta el 100% del importe incentivado, una vez justificado el 25% del importe total concedido.

3. El 25% del total del incentivo concedido se justificará en un plazo máximo de ocho meses, a contar desde la fecha de materialización del primer pago. El resto del importe del incentivo, se justificará anualmente, por los gastos realizados en cada ejercicio, en un plazo máximo de cuatro meses, hasta la finalización de la actividad incentivada.

4. No podrá proponerse el pago a beneficiarios que no hayan justificado en tiempo y forma los incentivos concedidos con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Administración Autonómica y sus Organismos Autónomos.

SECCIÓN VIII

Reintegro, régimen sancionador y registro de incentivos

Art. 20. Causas de 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 del incentivo hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención del incentivo falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial de la actividad que fundamenta la concesión del incentivo.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o 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 en el Título VIII de la Ley 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 incentivadas, 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 los incentivos, 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 incentivadas, o la concurrencia de incentivos, 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.

2. En los supuestos a que se refieren los epígrafes b) y c) del apartado 1 de este artículo, cuando el incumplimiento sea parcial o la justificación insuficiente, el reintegro se realizará por el importe que corresponda bien al porcentaje de actividad incumplida, bien al porcentaje de justificación no realizada.

3. La contratación por un período inferior al establecido conllevará la devolución de aquella parte del incentivo relativa al período no formalizado. Asimismo, los remanentes de los incentivos no utilizados se deberán reintegrar en su totalidad.

4. Corresponderá a la persona titular de la Dirección General de Investigación, Tecnología y Empresa la tramitación del procedimiento de reintegro. La resolución y la imposición de sanciones a que alude el artículo 21 de la presente Orden, corresponderá a la persona titular de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología.

Art. 21. Régimen sancionador.— El Régimen sancionador aplicable será el previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Art. 22. Registro de ayudas.— Todos los incentivos concedidos al amparo de esta Orden se harán constar en la base de datos de subvenciones y ayudas públicas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, recogiendo los datos que se determinen en su norma reguladora.

Disposición Adicional Única. *Renuncia a la beca.*—Los incentivos concedidos al amparo de la presente Orden son incompatibles con el disfrute de las becas y ayudas para la formación de doctores y del personal docente e investigador reguladas por las convocatorias recogidas en el artículo 6 de la misma. En consecuencia, se entenderá que la presentación de la solicitud de contratación por parte del becario o la becaria implica la renuncia a la beca que disfruta. Dicha renuncia será efectiva desde el momento en que se formalice el correspondiente contrato.

Disposición Final Primera. *Autorización.*—Se faculta a la persona titu-

lar de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología para adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento, desarrollo e interpretación 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, 25 de noviembre de 2005

FRANCISCO VALLEJO SERRANO
Consejero de Innovación,
Ciencia y Empresa

ORDEN de 22 de noviembre de 2005, por la que se establecen procedimientos para la integración en el régimen estatutario de los Servicios de Salud del personal funcionario y laboral que presta servicios en Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud
BOJA núm. 236, de 2 de diciembre

La Disposición Adicional Quinta de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, referida a las «Integraciones de personal» establece que, al objeto de homogeneizar las relaciones de empleo del personal de cada uno de los centros, instituciones o servicios de salud, y con el fin de mejorar la eficacia en la gestión, las Administraciones Sanitarias Públicas podrán establecer procedimientos para la integración directa, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario, en la categoría y titulación equivalente, de quienes presten servicio en tales centros, instituciones o servicios con la condición de funcionario de carrera o en virtud de contrato laboral fijo.

El párrafo segundo de la citada disposición señala, asimismo, que se podrán establecer procedimientos para

la integración directa, entre otros, del personal laboral temporal en la condición de personal estatutario temporal, en la categoría, titulación y modalidad que corresponda.

Mediante Orden de la Consejería de Salud, de 29 de octubre de 2002, se produjo la anterior oferta de integración en los regímenes estatutarios de la Seguridad Social al personal funcionario y laboral de los Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud.

Mediante Real Decreto 2399/2004, de 30 de diciembre, fueron traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía los medios personales adscritos al Hospital Militar Vigil de Quiñones, de Sevilla, y por Decreto 22/2005, de 1 de febrero, se asignaron los mismos al Servicio Andaluz de Salud.

Al objeto de avanzar en la deseable homogeneización de las relaciones

de empleo del personal del Servicio Andaluz de Salud que ha de contribuir, sin lugar a dudas, en la mejora de la eficacia en la gestión del mismo, se estima necesario ofertar la integración en el régimen estatutario de los Servicios de Salud tanto al personal de nueva integración en el Organismo, como al que no se acogió a las ofertas de integración realizadas con anterioridad al Estatuto Marco.

En este mismo sentido, se considera conveniente la integración directa del personal laboral temporal en la condición de personal estatutario temporal, en la categoría, titulación y modalidad que corresponda.

En otro orden de cosas se considera asimismo conveniente, a la vista de las peticiones de numerosos interesados y de las representaciones sindicales, ofertar un nuevo plazo para que el personal estatutario fijo del Servicio Andaluz de Salud de las categorías de Lavandera, Planchadora y Conductor, declaradas a extinguir por las Ordenes de esta Consejería de Salud, de 27 de noviembre de 2002 y de 12 de diciembre de 2002, respectivamente, y que no se acogió en su día a la opción de integración en las categorías que dichas Ordenes creaban, puedan volver a ejercitar la opción de integración en las mismas.

La presente Orden se dicta con la finalidad de conseguir los objetivos mencionados, habiéndose cumplido con el requisito de negociación en la Mesa Sectorial de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Andalucía, exigido por la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas.

En su virtud, en uso de la facultad reconocida por la citada disposición, de las atribuciones 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, en relación con el artículo 39.9 de la misma y oídas la Consejería de Justicia y Administración Pública y la de Economía y Hacienda,

DISPONGO

Artículo 1.º Objeto.—La presente Orden tiene por objeto establecer los distintos procedimientos para la integración directa, en la condición de personal estatutario fijo, de quienes presen servicios en los centros e instituciones del Servicio Andaluz de Salud con la condición de personal funcionario de carrera o en virtud de vínculo laboral de carácter fijo, así como para la integración directa del personal laboral temporal en la condición de personal estatutario temporal que corresponda, de acuerdo con la duración del nombramiento o del contrato de origen.

Art. 2.º Ámbito de aplicación.—
1. Se incluye en el ámbito de aplicación de la presente Orden al personal funcionario de carrera y al personal laboral, tanto fijo como temporal, que a su entrada en vigor figure adscrito y venga prestando sus servicios en los Centros e Instituciones del Servicio Andaluz de Salud.

2. No queda incluido en el ámbito de aplicación de la presente Orden el personal de otras Administraciones Públicas que desempeñe puestos directivos, cargos intermedios o puestos básicos en situación de provisionalidad en los Centros e Instituciones del Servicio Andaluz de Salud; el funcionario de carrera e interino del Cuerpo Superior Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía (Especialidades de Farmacia y Veterinaria), ni el personal funcionario, interino o laboral adscrito a los Servicios Centrales del citado Organismo.

Art. 3.º Procedimiento para la integración del funcionario de carrera.—

1. El personal que ostente la condición de funcionario de carrera en los términos que establece el artículo anterior podrá optar por la integración directa en el régimen estatutario de los Servicios de Salud, formulando la correspondiente petición en la forma y plazo a que se refiere el artículo 5 de esta Orden.

2. De optar por la integración, la misma se efectuará, a todos los efectos, en la categoría básica que corresponda de las previstas en el régimen estatutario de los Servicios de Salud.

Dicha correspondencia se establecerá en atención al Cuerpo de pertenencia del funcionario y a la categoría básica equivalente de personal estatutario, con respeto, en todo caso, del requisito de titulación exigible para el acceso a la condición de personal estatutario de los Servicios de Salud.

3. De proceder la integración, se expedirá el correspondiente nombramiento como personal estatutario, pasando el interesado en su condición de funcionario de carrera a la situación administrativa que le corresponda.

4. Los funcionarios de carrera que no soliciten la integración directa o que, habiéndola solicitado, no resulte posible su concesión por inexistencia de categoría estatutaria equivalente o porque el interesado no reúna el requisito de titulación exigible para la categoría estatutaria, se mantendrán en la situación de servicio activo y con el mismo destino definitivo o provisional que posean.

5. La integración directa en la condición estatutaria del personal a que se refiere este artículo no altera el carácter definitivo o provisional de su destino. El personal que se acoja a la integración y se encuentre en reingreso provisional deberá concursar en el primer procedimiento de movilidad voluntaria que se celebre; y aquellos que se

encuentren en destino provisional se entenderá que lo ostentan en comisión de servicio, con las consecuencias legales inherentes a ello.

6. La integración directa en la condición de personal estatutario no supondrá modificación en el desempeño del cargo intermedio opuesto directo que, en su caso, tenga asignado el interesado.

Art. 4.º Procedimiento para la integración del personal laboral fijo.—

1. El personal que ostente la condición de laboral fijo en los términos del artículo 2 de esta Orden podrá optar por la integración directa en el régimen estatutario de los Servicios de Salud, formulando la correspondiente petición en la forma y plazo a que se refiere el artículo siguiente.

2. De optar por la integración, la misma se efectuará, a todos los efectos, en la categoría básica que corresponda de las previstas en el régimen estatutario de los Servicios de Salud.

Dicha correspondencia se establecerá en atención a la categoría que ostenta como personal laboral y a la categoría básica equivalente de personal estatutario, con respeto, en todo caso, del requisito de titulación exigible para el acceso a la condición de personal estatutario de los Servicios de Salud.

3. De proceder la integración, se expedirá el correspondiente nombramiento como personal estatutario, extinguiéndose simultáneamente el vínculo laboral anterior.

4. El personal laboral fijo que no solicite la integración directa o que, habiéndola solicitado, no resulte posible su concesión por inexistencia de categoría estatutaria equivalente o porque el interesado no reúna el requisito de titulación exigible para la categoría estatutaria, se mantendrá como tal personal laboral fijo y con el mismo destino que posea.

Art. 5.º Normas comunes a funcionarios de carrera y personal laboral fijo.—1. Corresponde a la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud la resolución de las solicitudes de integración directa como personal estatutario a que se refiere esta Orden, mediante la expedición del oportuno nombramiento, en el que se hará constar la efectividad que se derive de lo dispuesto en el apartado 3 del presente artículo.

2. Los funcionarios de carrera y el personal laboral que ostente la condición de fijo en los Centros e Instituciones del Servicio Andaluz de Salud interesados en tal integración, formularán su solicitud en el modelo que figura como Anexo 1 de la presente Orden, disponiendo para ello del plazo de cuatro meses a contar desde la entrada en vigor de la misma.

3. Los efectos de la integración estatutaria se situarán en el día 1.º del mes siguiente a aquel en el que se formule la solicitud de integración, a cuyo fin la correspondiente solicitud deberá ser presentada por alguno de los medios previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. En el supuesto de que exista personal cuyo Cuerpo o Categoría laboral no sea subsumible en las categorías básicas que correspondan de las previstas en el régimen estatutario de los Servicios de Salud o que, siéndolo, no reúna el requisito de titulación necesario, no le será de aplicación lo previsto en la presente Orden, conservando su régimen funcional o laboral de origen.

Art. 6.º Procedimiento para la integración del personal laboral temporal.—1. La entrada en vigor de la presente Orden determinará la integración

automática del personal laboral temporal a que se refiere su artículo 2, a todos los efectos, como personal estatutario temporal en la categoría equivalente de las previstas en el régimen estatutario de los Servicios de Salud.

2. En el supuesto de que exista personal cuyo Cuerpo o categoría laboral no sea subsumible en las del correspondiente régimen estatutario o que, siéndolo, no reúna el requisito de titulación necesario, no le será de aplicación lo previsto en la presente Orden, conservando su régimen laboral de origen.

3. La integración se confirmará mediante el nombramiento en la condición equivalente de personal estatutario temporal que corresponda de acuerdo con las definiciones del artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud.

Disposición adicional primera.

Nuevo plazo para la integración en la categoría de Personal de Lavandería y Planchado y en la de Celador-Conductor.—1. El personal estatutario fijo de las Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud en las categorías de Lavandera o Planchadora, en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de esta Orden, ajustándose al modelo que figura como Anexo II de la misma, podrá optar por integrarse en la categoría de Personal de Lavandería y Planchado, con abandono de las anteriores, o bien por mantenerse en su categoría de origen. En el caso de que opte por su integración, la plaza de la categoría de la que es titular se reconvertirá automáticamente en plaza de la categoría de Personal de Lavandería y Planchado. Si opta por no integrarse y mantener la categoría de origen continuará desempeñando la plaza que ocupa, la cual se amortizará en

el momento en que cese en el desempeño dicho titular.

2. El personal estatutario fijo de las Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud en la categoría de Conductor, y siempre que esté en posesión del permiso de conducir de la clase B2 o de la clase B con autorización para transporte escolar, transporte público de viajeros y vehículos prioritarios que utilicen señales especiales (BTP), en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de esta Orden, ajustándose al modelo que figura como Anexo II de la misma, podrá optar por integrarse en la categoría de Celador-Conductor, con abandono de la anterior, o bien por mantenerse en su categoría de origen. En el caso de que opte por su integración, la plaza de la categoría de la que es titular se reconvertirá automáticamente en plaza de la categoría de Celador-Conductor. Si opta por no integrarse, o no pueda hacerlo por no estar en posesión de alguna de las clases del permiso de conducir exigidas, mantendrá la categoría de conductor y continuará desempeñando la plaza que ocupa, la cual se amortizará en el momento en que cese en el desempeño dicho titular.

Disposición adicional segunda. *Seguimiento del proceso.*—Con la finalidad de efectuar el seguimiento del proceso de integración, se constituirá una Comisión Paritaria formada por el

Servicio Andaluz de Salud y las Organizaciones Sindicales con representación en la Mesa Sectorial de Sanidad de la Comunidad Autónoma.

Disposición transitoria única. *Complemento Personal de Integración.*—El personal que, de conformidad con las prescripciones de la presente Orden, resulte integrado en el régimen estatutario y, como consecuencia de ello, experimente una disminución en sus retribuciones, percibirá un Complemento Personal de Integración por la diferencia que será objeto de absorción según los criterios que establezcan las sucesivas Leyes de Presupuestos.

Disposición final primera. *Habilitación.*—Se faculta a la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud para dictar las instrucciones y órdenes de servicio necesarias para aplicación 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, 22 de noviembre de 2005

MARÍA JESÚS MONTERO CUADRADO
Consejera de Salud

ORDEN de 3 de noviembre de 2005, por la que se establece el procedimiento y las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo del Programa de Orientación y Formación para el Empleo de las Mujeres (OPEM)
BOJA núm. 225, de 17 de noviembre

El Instituto Andaluz de la Mujer, conforme a lo dispuesto en su Ley fundacional (Ley 10/1988, de 29 de di-

ciembre), 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.

En cumplimiento de este objetivo, el Instituto Andaluz de la Mujer puso en marcha una red de servicios de información laboral, preformación y orientación profesional para mujeres, en colaboración con las Corporaciones Locales. Para la financiación de estos Centros se promulgó la Orden de 30 de enero de 2003, modificada por la de 7 de enero de 2004. Con fecha 17 de diciembre de 2003 se firma el acuerdo de colaboración entre el Servicio Andaluz de Empleo y el Instituto Andaluz de la Mujer para la incorporación a la red Andalucía Orienta de los Centros de Orientación y Preformación para el Empleo (OPEM), en virtud del artículo 8.2 de la Orden de 22 de enero de 2004 por la que se establecen las normas de regulación de concesión de las ayudas del Programa de Orientación Profesional y se regula el Programa de Itinerarios de Inserción.

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 subvenciones a ayuntamientos, mancomunidades de municipios y consorcios para desarrollo del programa de información laboral, preformación y orientación profesional para mujeres, 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.

Dada la naturaleza jurídica del colectivo al que van dirigidas estas subvenciones, Corporaciones Locales,

que necesitan de la financiación del Instituto Andaluz de la Mujer para el desarrollo del programa a subvencionar, se ha considerado exceptuar a las entidades solicitantes de las prohibiciones enumeradas tanto en lo establecido en el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, como en el artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, para obtener la condición de beneficiarias.

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 del Instituto Andaluz de la Mujer, previos los informes legales preceptivos, y en uso de las facultades que conferidas en la Ley 6/1983, de 21 de julio, de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía,

DISPONGO

Artículo 1.º *Objeto, financiación y régimen jurídico.*—1. El objeto de la presente Orden es regular las bases y el procedimiento aplicables para la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a ayuntamientos, mancomunidades de municipios y consorcios para el funcionamiento de un Programa de Orientación y Preformación para el Empleo de las Mujeres (OPEM).

2. 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 Títu-

lo 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 oponga a los preceptos básicos de la norma estatal citada, y en las bases que se establecen a continuación.

3. 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%, y quedando su concesión condicionada a las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio.

4. 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.

Art. 2.º *Conceptos subvencionables.*—1. Estas subvenciones tienen como finalidad la financiación del Programa de Orientación y Preformación para el Empleo de las Mujeres, concibiéndose éste como un Programa específico de ámbito local, desde el que se articula una acción global de acompañamiento al empleo para mujeres que integra la atención individualizada, sesiones grupales de formación y seguimiento del itinerario de inserción laboral de las usuarias.

2. La finalidad de la subvención será la financiación de los gastos derivados de la contratación de una persona técnica en Orientación Profesional. En consecuencia, los gastos imputables a la misma serán exclusivamente los de retribuciones, cuotas patronales de la Seguridad Social, dietas y gastos de locomoción derivados de dicha contratación.

Art. 3.º *Importe, concurrencia y compatibilidad de las subvenciones.*—

1. La subvención no podrá representar en ningún caso más del 75% del presupuesto que se acepte en la resolución para los gastos de personal del Programa de Orientación y Preformación para el Empleo de las Mujeres, debiéndose entender que el Ayuntamiento, Mancomunidad de Municipios o Consorcios deberá financiar en un 25%, como mínimo, el mismo.

2. 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.

3. 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 75% del coste de la actividad subvencionada.

Art. 4.º *Entidades beneficiarias.*—1. Podrán ser entidades beneficiarias de estas subvenciones los ayuntamientos, mancomunidades de municipios y consorcios de Andalucía que tengan Centro Municipal de Información a la Mujer que estén desarrollando un programa de Orientación y

Preformación para el empleo de las Mujeres (OPEM) y se ajusten a los requisitos establecidos en la presente Orden.

2. No podrán ser entidades beneficiarias de las mismas:

a) Aquellos ayuntamientos, mancomunidades de municipios y concursos de Andalucía en cuyo ámbito de actuación radique un Centro de la Mujer dependiente del Instituto Andaluz de la Mujer que preste los servicios objeto de estas subvenciones.

b) En caso de Servicios OPEM de nueva creación, aquellos ayuntamientos, mancomunidades o consorcios cuya población esté atendida por otro Servicio OPEM objeto de esta convocatoria. En caso de concurrencia de solicitudes, no será beneficiaria la corporación que atienda a menos población.

c) No se aplicará lo previsto en la letra anterior en el supuesto de concurrencia de solicitudes entre entidades que hayan sido beneficiarias de subvención en el ejercicio 2005 en aplicación de la Orden de 30 de enero de 2003, en cuyo caso podrán ser subvencionadas ambas entidades.

3. Los requisitos que habrán de reunir las entidades solicitantes serán los que se indican seguidamente y los mismos deberán mantenerse durante todo el ejercicio al que se refiera la convocatoria en que se participe:

a) Contar con una persona contratada específicamente para el desarrollo del Programa OPEM, a jornada completa y con titulación, al menos, de grado medio. Como quiera que estas subvenciones son cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, la persona contratada debe serlo específicamente para el desarrollo del programa subvencionado; no admitiéndose al efecto el personal de plantilla.

b) Disponer en el Centro Municipal de Información a la Mujer de un es-

pacio adecuado para el desarrollo de las actividades propias del Programa de Orientación y Preformación para el Empleo de las Mujeres. Asimismo, la entidad solicitante deberá poner a disposición de este Programa un espacio adecuado para la celebración de sesiones grupales de formación.

c) El personal técnico del programa deberá disponer, para su uso exclusivo, de un ordenador que reúna los requerimientos de hardware y software necesarios para la utilización y correcto funcionamiento de la aplicación de base de datos elaborada por el Instituto Andaluz de la Mujer para el programa OPEM, debiendo utilizarse los sistemas informáticos comunes a la red Andalucía Orienta. Además, contará con acceso a Internet que permita la utilización de las herramientas de orientación puestas a disposición del programa, como la guía de recursos para el empleo. Asimismo, el ordenador estará dotado con una unidad de lectura de CD-ROM.

4. Atendiendo a la naturaleza de las subvenciones reguladas por la presente Orden, al amparo de lo establecido en los artículos 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, las entidades solicitantes quedan exceptuadas de las prohibiciones enumeradas en dicho precepto y de las obligaciones reguladas en el artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, para obtener la condición de beneficiarios.

Art. 5.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/instituto de la mujer. 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:

a) Certificación acreditativa de la condición de la persona que ostenta la Alcaldía o Presidencia de la Entidad Local, y de que esta persona está facultada para suscribir la solicitud de subvención. Todo ello de acuerdo con el modelo que figura como Anexo 2 de la presente Orden.

b) 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; así como de que el personal técnico del programa OPEM dispone del equipamiento informático requerido, y de que se dispone de un espacio adecuado, de conformidad con lo exigido en el artículo anterior. Todo ello de acuerdo con el modelo previsto en el Anexo 1.

c) Certificado emitido por el/la Secretario/a de la Corporación que acredite la persona contratada para desarrollo del Programa OPEM. Así mismo se certificará el presupuesto de gastos derivado de la contratación de esta persona. Todo ello de acuerdo con el modelo establecido en el Anexo 3.

d) En las resoluciones de convocatoria se podrá exigir, además de la documentación anteriormente señalada, cualquiera otra que se considere necesaria para el cumplimiento de los requisitos establecidos en las leyes anuales de presupuestos.

3. 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.

4. 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. 6.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. 7. *Criterios objetivos para la concesión de la subvención.*—Las solicitudes serán evaluadas con los criterios objetivos que se enumeran a continuación:

a) Categoría laboral y retribuciones de la persona técnica en Orientación Profesional del Programa de Orientación y Preformación para el Empleo de las Mujeres (OPEM).

b) Período, en el año natural, objeto de la contratación con cargo al Programa.

c) La población atendida y las actividades realizadas así como el ámbito de actuación territorial de las mismas.

Art. 8.º Tramitación y Resolución.—1. El procedimiento de concesión se sustanciará de acuerdo con las normas generales de los procedimientos administrativos iniciados de oficio, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

a) El plazo máximo para resolver y notificar la resolución expresa de la solicitud será de seis meses, computados desde la fecha en que la solicitud hay tenido entrada en el Registro del Instituto Andaluz de la Mujer.

b) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Ley 3/2004, citada, la subvención solicitada se concederá sin comparación con otras solicitudes, siempre que se cumplan los requisitos determinados en las bases reguladoras de la concesión y que exista consignación presupuestaria para ello.

c) La resolución se motivará con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho y deberá contener los extremos exigidos en el artículo 13 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, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre. Se señalará, así mismo, que la Unión Europea participa en la financiación de la subvención a través del Fondo Social Europeo (FSE) en un 80%.

d) Las notificaciones que deban realizarse a las interesadas se practicarán de forma individual de acuerdo con las normas generales de aplicación.

2. Las solicitudes, acompañadas de la documentación preceptiva, serán examinadas por el Centro Provincial

del Instituto Andaluz de la Mujer correspondiente, que emitirá informe.

3. Los expedientes de gastos deberán ser sometidos fiscalización previa.

4. A la vista de la documentación presentada y de la propuesta de resolución formulada por el Servicio de Formación y Empleo, la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer dictará la correspondiente resolución, siendo desestimatorio el sentido del silencio administrativo, en su caso.

Contra dicha Resolución que agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en la forma y plazo previstos por la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, o potestativamente, recurso de reposición, conforme lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 9.º Obligaciones de las Entidades beneficiarias.—1. Son obligaciones de las entidades beneficiarias de las subvenciones:

a) Llevar a cabo la actividad que fundamenta la concesión de la subvención en la forma y plazos establecidos, realizando los gastos de personal subvencionados en cuantía tal que alcance, como mínimo, la del presupuesto aceptado en la resolución.

b) Realizar la contratación del personal técnico de acuerdo con la normativa vigente y formando parte del Tribunal Calificador o de la Comisión Seleccionadora una persona representante del Instituto Andaluz de la Mujer.

c) Garantizar la asistencia de la persona contratada a cuantas actuaciones de coordinación, cursos de formación, jornadas y seminarios organice el Instituto Andaluz de la Mujer.

d) Hacer constar la colaboración del Instituto Andaluz de la Mujer y del Fondo Social Europeo en toda información, actuación o publicidad que se realice sobre el Programa OPEM (incli-

da la rotulación de edificios), y cumplir las disposiciones establecidas al respecto por la legislación comunitaria vigente. Asimismo deberá identificarse el Servicio OPEM como perteneciente a la red Andalucía Orienta.

e) Desarrollar las actividades del Programa de acuerdo con la metodología diseñada por el Instituto Andaluz de la Mujer:

— Atención individualizada.

— Celebración de módulos de preformación, orientación profesional, técnicas de búsqueda de empleo y orientación al autoempleo.

— Impartición de talleres.

— Seguimiento de los itinerarios de inserción de las beneficiarias del Programa.

f) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por la entidad concedente y a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía en relación con las subvenciones y ayudas concedidas, la Dirección General de Fondos Europeos, y las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la 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.

g) Comunicar la obtención de subvenciones, ayudas, otros ingresos o recursos para la misma finalidad procedentes de cualesquiera de las Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales.

h) Comunicar toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención.

i) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable a la entidad 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.

j) 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.

k) Justificar el empleo de la subvención en el plazo y con los requisitos establecidos en esta Orden.

l) 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.

m) Reintegrar el importe de la subvención percibida en los supuestos contemplados en el artículo 14 de la presente Orden.

n) 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 entidad beneficiaria estime que no es posible llevar a cabo el programa o actividad que se subvenciona, podrá renunciar a la misma.

Art. 10. Forma y secuencia del pago.—1. Forma y secuencia del pago: Podrá realizarse de dos formas, que se determinará en la convocatoria anual, teniendo en cuenta la normativa vigente:

a) En una secuencia de forma anticipada.

b) En dos secuencias, una primera de forma anticipada, y una segunda una vez justificada la subvención en su totalidad.

2. No podrá proponerse el pago de subvenciones a entidades beneficiarias que no hayan justificado en tiem-

po y forma las subvenciones concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos.

El órgano que, tenor del artículo 104 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sea competente para proponer el pago, podrá mediante resolución motivada exceptuar la limitación mencionada en el párrafo anterior, cuando concurran circunstancias de especial interés social, sin que en ningún caso se pueda delegar esta competencia.

3. El importe definitivo de la subvención se liquidará aplicando al coste de los gastos efectivamente realizados por la Corporación beneficiaria, conforme a la justificación presentada, el porcentaje de financiación establecido en la resolución de concesión.

Art. 11. 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 euros. 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. 12. 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 gas o

realizado, se acompaña modelo en Anexo 4. La rendición de la cuenta justificativa constituye un acto obligatorio de la entidad beneficiaria, en la que se deben incluir, bajo responsabilidad del declarante, los justificantes de gasto o cualquier otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la subvención pública (copias de las nóminas y de los documentos de valor probatorio de la liquidación de dietas y desplazamientos). En el caso de no presentarse los originales de los documentos justificativos, éstos deberán ser estampillados por el Instituto Andaluz de la Mujer.

2. La Corporación beneficiaria deberá justificar el coste total de la persona contratada para desarrollo del Programa OPEM, para así comprobar que la subvención no representa más del 75 % del presupuesto aceptado, y que la financiación por ella aportada representa, como mínimo, el 25 % restante, de acuerdo con lo que dispone el artículo 3.1 de esta Orden.

3. El plazo de justificación de las cantidades subvencionadas se señalará en la resolución anual de convocatoria.

Art. 13. 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 o convenio.

2. Las entidades 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 pueda variarse el destino o finalidad de la subvención.

Las solicitudes de modificación deberán estar suficientemente justificadas, presentándose de forma inmediata a la aparición de las circunstancias que las motiven y con antelación a la finalización del plazo de ejecución inicialmente concedido.

Las solicitudes que en al 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, de 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.

Art. 14. Reintegros 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 en el Título VIII Ley 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 par e 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.

2. Cuando el cumplimiento por la entidad beneficiaria se aproxime de modo significativo al cumplimiento o al y se acredite por éste una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá de terminada 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.

3. 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 75 % del 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.

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 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 Jun-

ta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, siendo órganos competentes para resolver los mismos que, de acuerdo con el artículo 8 de la presente Orden tienen atribuida la facultad de resolver sobre la concesión de subvenciones.

Art. 15. 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 30 de enero 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 a ayuntamientos, mancomunidades de municipios y consorcios para el desarrollo del Programa de Orientación y Preformación para el Empleo de las Mujeres (OPEM).

Disposición Transitoria Única. De conformidad con lo establecido en la disposición transitoria tercera, apartado 1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, las solicitudes presentadas y tramitadas al amparo de anteriores órdenes se resolverán de acuerdo con lo establecido en las mismas, sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la citada Ley.

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, 3 de noviembre de 2005

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad
y Bienestar Social

**ORDEN de 5 de octubre de 2005, conjunta de las Consejerías de Empleo y para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se regula el procedimiento de concesión de prestaciones económicas por el Instituto Andaluz de la Mujer para mujeres víctimas de violencia acogidas a Programas de Formación Profesional Ocupacional
BOJA núm. 214, de 3 de noviembre**

El Instituto Andaluz de la Mujer tiene como finalidad, de acuerdo con lo establecido en su Ley fundacional (Ley 10/1988, de 29 de diciembre, BOJA número 106, de 30 de diciembre), promover las condiciones para que sea real y efectiva la igualdad del hombre y la mujer, fomentando la participación de ésta en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política en cumplimiento de los principios reconocidos en la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía para Andalucía.

La violencia contra las mujeres se produce mayoritariamente en el ámbito familiar o doméstico, generalmente en el contexto del propio domicilio, por parte de un agresor que tiene o ha tenido un vínculo afectivo con la mujer maltratada.

Para que esta situación de violencia cese será necesario que confluyan múltiples factores, y a que estamos hablando de una lacra social multicausal, pero indudablemente, la dependencia económica respecto del agresor es una de las razones que dificultan a las mujeres dar el primer paso para romper la situación de violencia.

La autonomía económica y laboral sólo se puede conseguir a través de la obtención de un empleo, pero la situación de partida de estas mujeres limita sus oportunidades, hasta reducir las a la economía sumergida en tareas de servicio doméstico o similares.

A efectos de posibilitar dicha autonomía, la Consejería de Empleo viene aprobando en los últimos años acciones de Formación Profesional Ocupacional dirigidas a mujeres víctimas de violencia de género, teniendo prioridad las que proceden de Casas de Acogida, contando con el apoyo y la colaboración del Instituto Andaluz de la Mujer para el diseño, la selección, la coordinación, el seguimiento y la evaluación y con entidades colaboradoras para su gestión y desarrollo. Estas acciones tienen como objetivo primordial la consecución de la inserción laboral de las mujeres participantes.

La evaluación global del programa ha sido muy positiva, tanto en relación con los índices de inserción laboral logrados, como con la consecución de un alto grado de autonomía, conseguido a través de una mejora de la cualificación profesional y de la adquisición de una serie de recursos per-

sonales que constituyen una garantía para afrontar un proyecto de vida acorto y largo plazo con más y mejores posibilidades de éxito.

Una de las medidas complementarias imprescindibles para el éxito del programa, es la concesión de una ayuda económica para que las mujeres puedan disponer del tiempo necesario para participar en todo el proceso. La regulación de estas ayudas se llevó a cabo a través de la Orden conjunta de las Consejerías de Presidencia y Empleo y Desarrollo Tecnológico de 30 de abril de 2001 (BOJA núm. 57, 19.5.2001).

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 ayudas económicas 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. Aunque, con la nueva regulación de subvenciones, el procedimiento ordinario de concesión de las mismas es el régimen de concurrencia competitiva, sin embargo, el artículo 31.1, párrafo segundo, de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, prevé que puedan concederse subvenciones en atención a la mera concurrencia de una determinada situación en el perceptor, sin que sea necesario establecer, en tales casos, la comparación de las solicitudes ni la prelación entre las mismas.

En su virtud, y en uso de las facultades conferidas en el artículo 44.4 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta del Instituto Andaluz de la Mujer,

DISPONGO

Artículo 1.º Objeto, finalidad y régimen jurídico.—1. La presente Orden tiene como objeto regular ayudas económicas dirigidas a mujeres víctimas de violencia de género participantes en acciones de Formación Profesional Ocupacional aprobadas por la Consejería de Empleo.

2. Las ayudas económicas en concepto de becas por asistencia tienen por finalidad permitir la participación de las mujeres víctimas de violencia en el programa de formación para el empleo.

3. 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 el artículo 20 de la Ley 2/2004, de 28 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2005, 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 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y sus normas de desarrollo, y 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, en lo que no se opongan a los preceptos básicos de la norma estatal citada, y en las bases que se establecen a continuación.

Art. 2.º Financiación.—La financiación de estas ayudas se efectuará con cargo al Capítulo VII de los créditos presupuestarios del Instituto Anda-

luz de la Mujer. El importe a conceder queda condicionado a las disponibilidades presupuestarias del ejercicio económico correspondiente.

Art. 3.º *Requisitos para obtener la condición de beneficiaria.*—1. Podrán ser destinatarias de estas prestaciones económicas aquellas mujeres víctimas de violencia de género que hayan sido seleccionadas por el Instituto Andaluz de la Mujer y la Consejería de Empleo para participar en el programa Cualifica de Formación Profesional Ocupacional (FPO) y carezcan de ingresos económicos o éstos sean inferiores al salario mínimo interprofesional con el objeto de permitir su asistencia y aprovechamiento a todas las acciones que constituyen el itinerario de FPO.

2. Atendiendo a la naturaleza de las subvenciones reguladas por la presente Orden, al amparo de lo establecido en los artículos 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, las solicitantes quedan exceptuadas de las prohibiciones enumeradas en dichos preceptos para obtener la condición de beneficiarias.

Art. 4.º *Solicitudes, documentación y plazo.*—1. La solicitud de ayuda se realizará mediante instancia dirigida a la Ilma. Sra. Directora del Instituto Andaluz de la Mujer, según el modelo previsto en el Anexo 1 de la presente Orden, suscrita por la solicitante y que deberá estar acompañada por la documentación siguiente:

a) Copia compulsada del DNI/NIF de la solicitante. En caso de solicitantes extranjeras deberán aportar, en el caso de residentes en España, copia compulsada de la Tarjeta de Identidad de extranjera o de la Tarjeta de Resi-

dencia; en el caso de no residentes, copia compulsada del Pasaporte y declaración responsable de no ser residentes en España.

b) Declaración responsable de ingresos. Se incluye en Anexo 1.

c) Acreditación de la cuenta que tenga abierta la solicitante con expresión de códigos de entidad bancaria y sucursal, número de la misma y dígito de control. En Anexo 2 se incluye modelo orientativo.

2. 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.

3. 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 interesadas en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 5.º *Subsanación de las solicitudes.*—Si a la solicitud no se acompaña la documentación exigida o la presentada adoleciera de algún defecto, el Instituto Andaluz de la Mujer requerirá a la 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 Públi-

cas y del Procedimiento Administrativo Común.

Art. 6.º *Tramitación y resolución.*

1.—El procedimiento de concesión se sustanciará de acuerdo con las normas generales de los procedimientos administrativos iniciados de oficio, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

a) El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento será de seis meses, contados a partir del día siguiente al de finalización del plazo de presentación de solicitudes, siendo desestimatorio el sentido del silencio administrativo, en su caso.

b) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Ley 3/2004, citada, la subvención solicitada se concederá en atención a la mera concurrencia de una determinada situación en la preceptora, sin que sea necesario establecer, en tales casos, la comparación con otras solicitudes ni la prelación entre las mismas, siempre que se cumplan los requisitos determinados en las bases reguladoras de la concesión y que exista consignación presupuestaria para ello.

c) La resolución se motivará con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho y deberá contener los extremos exigidos en el artículo 13 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, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre.

d) Las notificaciones que deban realizarse a las interesadas se practicarán de forma individual de acuerdo con las normas generales de aplicación.

2. Las solicitudes, acompañadas de la documentación preceptiva, serán examinadas por la Dirección Provincial del Instituto Andaluz de la Mujer co-

rrespondiente, que emitirá propuesta de resolución. En las Direcciones Provinciales se emitirá el certificado acreditativo de la participación de la solicitante en el programa de formación para el empleo, que formará parte del expediente.

3. Los expedientes de gastos deberán ser sometidos a fiscalización previa.

4. A la vista de la documentación presentada y de la propuesta de resolución formulada, la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer dictará la correspondiente Resolución.

Contra dicha Resolución que agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en la forma y plazo previstos por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o potestativamente, recurso de reposición, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 7.º *Cuantía de las ayudas.*—

1. La duración de las prestaciones económicas será siempre temporal y estará vinculada al desarrollo del curso de formación.

2. Las prestaciones económicas tendrán como cuantía por día lectivo de asistencia al programa la cantidad señalada en la Resolución anual de convocatoria de la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer. Se considerará como día lectivo de asistencia aquellos días en los que la beneficiaria no asista por baja médica, y a sea por enfermedad o maternidad.

3. Estas ayudas quedarán sujetas a las retenciones que correspondan conforme a la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Art. 8.º *Importe y concurrencia de subvenciones.*—El importe de la subvención 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 situación subvencionada.

Art. 9.º Régimen de compatibilidad.—Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, la percepción de las subvenciones a que se refiere la presente Orden, será compatible con la percepción de 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.

Art. 10. Obligaciones de las beneficiarias.—1. Son obligaciones de las beneficiarias de las prestaciones económicas:

- a) Llevar a cabo la actividad que fundamenta la concesión de la prestación en la forma y plazos establecidos.
- b) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por la entidad concedente y a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía en relación con las prestaciones económicas concedidas, y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía.
- c) Comunicar la obtención de subvenciones o ayudas para la misma finalidad procedentes de cualesquiera de las Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales.
- d) Comunicar toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la prestación, así como todos aquellos cambios de domicilio a efectos de notificaciones que se produzcan durante el período en el que la ayuda es susceptible de control.
- e) Justificar el empleo de la prestación con los requisitos establecidos en esta Orden.

f) Facilitar cuanta información le sea requerida por el Tribunal de Cuentas, la Cámara de Cuentas de Andalucía y la Intervención General de la Junta de Andalucía.

g) Reintegrar el importe de la subvención percibida en los supuestos contemplados en el artículo 14 de la presente Orden.

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 a cabo la actividad que se subvenciona, podrá renunciar a la misma.

Art. 11. Devengo, pago y justificación.—1. La ayuda concedida se devengará mensualmente en función de los días lectivos de asistencia al curso. La cantidad mensual a abonar vendrá determinada por el número de días de asistencia multiplicado por el importe por día lectivo fijado en la Resolución anual de convocatoria de las ayudas.

Igualmente se devengará la ayuda desde el momento de incorporación al curso aun cuando la presentación de solicitud de la misma se haya efectuado con posterioridad. En este caso, el tiempo máximo de retroactividad de la ayuda será de 15 días.

2. Los pagos mensuales se efectuarán por el sistema de Anticipo de Caja Fija, conforme al procedimiento previsto en la Orden de 22 de enero de 1992. A efectos de acreditar el importe mensual a abonar a cada beneficiaria, las Coordinadoras de los Centros Provinciales de la Mujer emitirán certificación relacionando las mujeres asistentes cada mes, así como días de asistencia, cantidades diarias y total apercibir.

Art. 12. Justificación.—El importe de la ayuda se entenderá justificado por la propia asistencia de la beneficiaria al curso de formación, dado que, teniendo en cuenta la naturaleza de las

ayudas, la justificación viene determinada en virtud de lo que establece el artículo 105 de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por encontrarse la beneficiaria en una situación que legitima su concesión.

Art. 13. Modificación de la resolución de concesión.—Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de las ayudas, así como la obtención concurrente de otras ayudas otorgadas por otras Administraciones Públicas nacionales o internacionales, dará lugar a la modificación de la resolución de concesión.

La solicitud de modificación deberá estar suficientemente justificada, presentándose de forma inmediata a la aparición de las circunstancias que lo motiven y con antelación a la finalización del plazo de ejecución inicialmente concedido.

El acto por el que se acuerde la modificación de la resolución de concesión de la subvención o ayuda pública será adoptado por el órgano concedente de la misma, 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 del beneficiario.

Art. 14. Reintegración.—1. Las personas beneficiarias de estas subvenciones deberán reintegrar la totalidad o parte de las cantidades percibidas más los correspondientes intereses de demora 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 aquellas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la prestación.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente.

d) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de control establecidas en el artículo 85 bis de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

e) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las 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 prestación.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las 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.

2. 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.

3. Cuando el cumplimiento por la beneficiaria se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se



acredite por ésta 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.

Art. 15. 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. A la entrada en vigor de la presente Orden queda derogada la Orden conjunta de las Consejerías de Presidencia y Empleo y Desarrollo Tecnológico de 30 de abril de 2001 (BOJA núm. 57, 19.5.2001).

Disposición Final Primera. *Habilitación.*—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 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, 5 de octubre de 2005

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad
y Bienestar Social



