



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

73

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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



CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

VOCALES

AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR	Viceconsejero de Empleo
FCO. JAVIER AGUADO HINOJAL	Secretario General Técnico
FCO. JAVIER GUERRERO BENÍTEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ALFONSO MARTÍNEZ ESCRIBANO	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
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

COMITÉ DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

SECRETARIO

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

Suscripciones y distribución:

Editorial Comares, Polígono Juncaril, C/. Baza, parcela 208, 18220 Granada
Tel.: 958 46 53 82 • Fax: 958 46 53 83 • <http://www.comares.com>

© 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 73/2004

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- La relación de trabajo en la ley concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio 11
MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO
- La nueva regulación de la prevención de riesgos laborales: una solu-
ción de retoque 51
CARMEN CARRERO DOMÍNGUEZ
- Las nuevas obligaciones e infracciones tras la reforma del marco nor-
mativo de la ley de prevención de riesgos laborales 87
CARLOS DOMÍNGUEZ PEREJÓN
- Repercusión de la reforma de los derechos socio-laborales de los ex-
tranjeros 111
M.^a DOLORES VALDUEZA BLANCO
- La «revisión» del pacto de Toledo 145
GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR
- Ausencias retribuidas y reducciones de jornada para conciliar la vida
familiar y laboral 177
MARÍA LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

2. MERCADO DE TRABAJO

- La crisis del modelo tradicional de carrera 223
MANUEL ALCAIDE CASTRO
- Informe trimestral sobre el Mercado de Trabajo en España y Andalucía
(tercer trimestre) 251
SANTOS M. RUESGA BENITO, JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO Y CARLOS RESA
NESTARES



3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

Información mediante «copias» para los representantes de los trabajadores 281

MARÍA DEL JUNCO CACHERO

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

La peculiar relación de trabajo de los profesores de enseñanza privada concertada: en particular sobre su régimen salarial. La paga extraordinaria por antigüedad 291

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

Algunas ideas sobre la devolución de prestaciones indebidamente percibidas y la prescripción de su exigencia, tras la nueva redacción dada al artículo 45.3 LGSS por la Ley 66/1997 311

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

El principio de igualdad en la aplicación de la ley: «supervivencia» en el ámbito de la doctrina constitucional 327

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

4. INFORMES Y DOCUMENTOS

La Negociación Colectiva en Andalucía durante 2003 337

Constitución de la Asociación Española de Seguridad Social 353

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

DECRETO 330/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas

BOJA extraordinario núm. 1, de 29 de noviembre de 2003 357

DECRETO 331/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de ancianos y enfermos incapacitados para el trabajo, beneficiarios de ayudas periódicas indivi-



dualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos BOJA extraordinario núm. 1, de 29 de noviembre de 2003	359
DECRETO 332/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas de viudedad BOJA extraordinario núm. 1, de 29 de noviembre de 2003	359
DECRETO 347/2003, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 349/1996, de 16 de julio, por el que se regulan las diversas formas de prestación del tiempo de trabajo del personal funcionario en la Administración de la Junta de Andalucía BOJA núm. 244, de 19 de diciembre de 2003	360
ORDEN de 21 de noviembre de 2003, por la que se deroga la de 7 de mayo de 2001, modificada por Orden de 19 de noviembre de 2002, por la que se regulan y convocan ayudas relativas al desarrollo de medidas complementarias de apoyo al empleo BOJA núm. 230, de 28 de noviembre de 2003	372

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







LA RELACIÓN DE TRABAJO EN LA LEY CONCURSAL LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

La reforma concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio y Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio) ha llevado a cabo una regulación de aspectos laborales que, en líneas generales, conjuga las garantías y principios reconocidos en la normativa laboral con las especialidades propias de un procedimiento de insolvencia. Se puede afirmar que se ha pasado de un régimen proyectado (Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, Proyecto de Ley Concursal de 2002) que ignoraba derechos laborales individuales y colectivos a una regulación de los efectos del concurso en los contratos de trabajo que implica una matización o especialidad de la regulación laboral común pero que no ignora, con carácter general, derechos vertebradores de nuestro sistema democrático de relaciones laborales (autonomía y negociación colectiva [representación y defensa de intereses laborales durante la tramitación del procedimiento concursal, adopción de acuerdos de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo,], tutela judicial efectiva [vías de impugnación laboral]...).

Se aprecia así una interdependencia entre normas laborales y mercantiles cuyas manifestaciones más singulares son la significativa mercantilización de la relación de trabajo y su adecuación al proceso de concurso y la laboralización del juez del concurso en el conocimiento de cuestiones sociales durante la tramitación de éste. No obstante, en ocasiones, aquella interdependencia genera dudas y la incardinación de algunas reglas concursales en el sistema laboral plantea numerosos problemas interpretativos a nivel sustantivo y procesal. Así, en materia procesal, se diseña un complejo sistema de dualidad jurisdiccional mercantil-laboral que genera dificultades de delimitación competencial entre diversos órdenes introduciendo, a la par, amplios espacios de inseguridad jurídica. Junto a ello, hay que objetar a la reforma la minoración en la protección sustantiva de los créditos laborales y la falta de un refuerzo global de la garantía pública frente al riesgo de insolvencia en contrapartida a la eliminación del privilegio procesal de ejecución separada laboral. Por otra parte, aun cuando los principios de conservación de la empresa y de mantenimiento del empleo pretendían articular la reforma, algunos extremos del procedimiento de concurso conducen a la solución contraria, más aun cuando, en gran cantidad de ocasiones, la iniciación tardía de aquel procedimiento excluirá cualquier vía de la conservación de la actividad empresarial y del empleo. Se siguen echando en falta, por tanto, mecanismos preventivos que potencien y viabilicen la conservación real de empresas en dificultad.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
 - 1.1. La regulación de situaciones de insolvencia: del Derecho de quiebras al Derecho Concursal
 - 1.2. El nuevo Derecho Concursal español: la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) y la Ley Orgánica para la Reforma Concursal (Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio)
2. LA RELACIÓN DE TRABAJO EN LA LEY CONCUSAL
 - 2.1. La continuación de los contratos de trabajo tras la declaración de concurso
 - 2.2. La posibilidad de modificar, suspender o extinguir los contratos de trabajo en la empresa en concurso
 - 2.3. El expediente de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo
 - 2.3.1. La causa de las medidas contractuales proyectadas
 - 2.3.2. La naturaleza de las medidas: modificaciones, suspensiones y extinciones de contratos de trabajo
 - 2.3.3. El carácter colectivo de las medidas contractuales
 - 2.3.4. La solicitud de las medidas modificativas, suspensivas y extintivas
 - 2.3.5. El periodo de consultas
 - 2.3.6. La decisión del juez del concurso: vinculación al acuerdo alcanzado
 - 2.4. La vigencia de los convenios colectivos. 2.5. La protección sustantiva de los créditos laborales
 - 2.5.1. Créditos laborales contra la masa
 - 2.5.2. Créditos concursales laborales: créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general
 - 2.6. Tutela procesal del trabajador durante el concurso
 - 2.6.1. Acciones declarativas y ejecutivas laborales
 - 2.6.2. Medios de impugnación

1. INTRODUCCIÓN**1.1. La regulación de situaciones de insolvencia: del Derecho de Quiebras al Derecho Concursal**

La situación de crisis de una empresa puede derivar insolvencia y, en tal caso, ante la imposibilidad de cumplimiento de los compromisos contractuales o crediticios contraídos, es necesario establecer un procedimiento que ordene y regule la situación de los acreedores del empresario. Para garantizar los derechos de las partes, este procedimiento trasciende del ámbito estrictamente privado y se publica, ocupando en él una posición esencial el juez. Ante aquella situación de crisis insolvente de la empresa, son dos las opciones posibles: a) que el procedimiento de insolvencia priorice la conservación del patrimonio empresarial facilitando convenios entre el deudor empresario y los acreedores que impliquen aplazamiento o incluso condonación de deudas y b) que el procedimiento de insolvencia esté orientado a la liquidación del patrimonio empresarial mediante la realización de los activos existentes y el pago a los acreedores.



En Europa, hasta mediados del siglo XX, la regulación de aquellas situaciones de insolvencia era marcadamente liquidatoria, es decir, buscaba exclusivamente el pago a los acreedores a través de la liquidación de la empresa y ello implicaba su desaparición. La lógica del Derecho de insolvencia cambia después de la II Guerra Mundial y empiezan a surgir normas que regulan las situaciones de anormalidad empresarial potenciando la conservación y continuación de la empresa. Todos los intereses implicados en estas situaciones de crisis de empresa podrían salir (potencialmente) beneficiados con este nuevo enfoque pero ese beneficio es especialmente importante para los trabajadores de empresas en situación de dificultad económica: La continuación de la actividad productiva facilitará el mantenimiento de los contratos de trabajo. El cambio operado se refleja, además, a nivel terminológico pues del antiguo Derecho de Quiebras se pasa, en algunos ordenamientos europeos, al Derecho de empresas en crisis o Derecho de empresas en dificultad¹. Así, frente a una concepción excesivamente negativa del empresario en dificultades² el nuevo Derecho Concursal reglamenta las situaciones de insolvencia empresarial desde un enfoque eficiente de conservación y continuación de unidades productivas en crisis sin ignorar la esencialidad de todo procedimiento concursal: la satisfacción o el pago a los acreedores. Ahora bien, aquel enfoque continuista de la normativa de insolvencia puede ser un objetivo en sí mismo o bien quedar mediatizado por la voluntad solutoria de los acreedores de deudor de tal forma que la conservación de la empresa pasaría, exclusivamente, por un acuerdo o convenio entre aquéllos.

1.2. El nuevo Derecho Concursal Español: la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) y la Ley Orgánica para la reforma concursal (Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio)

En España, la evolución relatada no se ha producido hasta fechas muy recientes. Aun cuando habían existido muchos proyectos de reforma del Derecho de insolvencia (1959, 1983, Propuesta de Anteproyecto de 1995) nin-

¹ Singular se revela, en esta línea, el Derecho francés (*Droit des entreprises en difficulté*) que en aras a la conservación de la empresa y del empleo (art. 1 *Loi 25 janvier 1985*) otorga una protección reforzada a los contratos de trabajo y la ruptura de éstos es excepcional en el curso de los *procédures collectives* de forma tal que, como expresa Jouffin, sólo podrán desaparecer cuando su mantenimiento es incompatible con la supervivencia de la empresa (*Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, Ed. L.G.D.J., Paris, 1998, pág. 247).

² En España, en el caso de la quiebra los efectos personales de ésta sobre el deudor quebrado llegaban incluso al arresto domiciliario no así en el caso de la suspensión de pagos donde las consecuencias personales eran más débiles.

guno había visto finalmente la luz y la normativa aplicable (para el deudor empresario)³ era la contenida en el Código de Comercio de 1885, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922. Era una regulación eminentemente liquidatoria y enfocada a la satisfacción de los créditos a través de la ejecución colectiva del patrimonio del deudor. Además, aquellas normas habían sido aprobadas en el siglo XIX y primer cuarto del siglo XX, momento en el que aún no se había planteado toda la construcción de las garantías laborales individuales y colectivas en los sistemas democráticos de relaciones laborales. Por ello, en aquellas normas reguladoras de la insolvencia empresarial no existía referencia alguna a la situación de los contratos de trabajo ni a la posición de los representantes de los trabajadores. El resultado era que al aplicar las normas laborales en supuestos de quiebra y suspensión de pagos las contradicciones y discordancias exigían una permanente labor de reinterpretación. La ineficacia de aquellas normas concursales era evidente y ello exigía un cambio normativo urgente. Este cambio normativo se produce el 9 de julio de 2003 con la aprobación de la Ley Concursal y de la Ley Orgánica para la reforma concursal (en adelante LC y LORC, respectivamente)⁴. El Gobierno presenta los Anteproyectos de Ley Concursal y de Ley Orgánica para la Reforma Concursal el 7 de septiembre de 2001 y en la fase de tramitación parlamentaria estos proyectos son objeto de modificaciones importantes. Aun cuando las líneas básicas de la reforma concursal se mantienen, en los textos finalmente aprobados en el Congreso, las cuestiones laborales han sido profundamente modificadas.

³ La insolvencia del deudor no empresario se regulaba en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

⁴ Vid., RÍOS SALMERÓN, B., «La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003», *AL*, núm. 21, 2003, págs. 353 y ss., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal», *Justicia Laboral*, agosto 2003, págs., 11 y ss., MOLINA NAVARRETE, C., «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores: principales puntos críticos de la reforma concursal», *Revista CEF*, núm. 248, noviembre 2003, págs. 85 y ss., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs. 3 y ss., DESDENTADO BONETE, A., «La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs. 27 y ss., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs., 49 y ss., GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs. 77 y ss., CRUZ VILLALÓN, J., «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs. 99 y ss., DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., «La transmisión de empresas en situaciones concursales», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs. 143 y ss., RÍOS SALMERÓN, B., «Privilegios de los créditos laborales en situaciones concursales», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs. 163 y ss. y, con carácter general, AA.VV. (dir. A.Rojo), *La reforma de la legislación concursal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.

La LC elimina los procedimientos de suspensión de pagos y de quiebra y establece (unidad y simplificación procedimental) un único procedimiento de insolvencia: el concurso. Además, ya no distingue entre deudores comerciantes y no comerciantes⁵ ni separa, a nivel normativo, procesos de insolvencia provisional y procesos de insolvencia definitiva como ocurría en la normativa anterior con la suspensión de pagos y la quiebra. En base al principio de unidad legal y de disciplina que inspira la reforma, la LC regula en una misma norma aspectos sustantivos y procesales y reglamenta el desenvolvimiento de todas las relaciones contractuales que existieran en la empresa al declararse el concurso. Además, partiendo del objetivo de eficacia y celeridad procedimental, la reforma concursal consagra una novedosa unidad y especialización jurisdiccional con la creación de los llamados juzgados de lo mercantil. Aun cuando la LC articula (aparentemente) la ordenación normativa del procedimiento de concurso en torno a cuatro ejes básicos: mantenimiento de la empresa, conservación de los puestos de trabajo, limitación de privilegios crediticios y satisfacción de los acreedores mediante un procedimiento con juez (*cuasi*) único⁶ y administradores especializados, la propia Exposición de Motivos de la Ley insiste en que la satisfacción de los acreedores es la finalidad esencial del concurso y que, por el contrario, el saneamiento de empresas no es objeto del concurso. Por tanto, no será la conservación de la empresa un principio de la nueva regulación concursal⁷ sino que éste *podrá ser* un instrumento para la satisfacción de los acreedores y, si éstos optan por ello, entonces la LC articula una serie de medidas para favorecer la conclusión negociada y aprobación judicial del convenio de continuación entre los acreedores⁸. Ello lleva a la LC a calificar el convenio como «la solución normal del concurso», si se decidiera esa vía de satisfacción del interés de los acreedores y el deudor no optara por la liquidación⁹, habría que añadir.

⁵ En el Derecho Concursal anterior existían 4 procedimientos de insolvencia: quita y espera y concurso de acreedores para deudores no comerciantes y suspensión de pagos y quiebra para deudores no comerciantes.

⁶ *Vid., infra*, 2.6.

⁷ Sobre las quiebras del principio de conservación/mantenimiento de la empresa en el Proyecto de Ley Concursal de 2001, *vid.*, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 43-48.

⁸ En esta línea, declara Molina Navarrete, que el fin del procedimiento concursal será uno y el mismo en todos los supuestos (satisfacción del interés de los acreedores) si bien «...el instrumento o medio para alcanzarlo puede variar en cada caso —flexibilidad de medios—. El Estado dispone la reglamentación heterónoma de un procedimiento de composición (concertada) de la pluralidad de intereses en conflicto» («Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores...», *op. cit.*, nota al pie núm. 40, pág. 140).

⁹ El deudor podrá pedir la liquidación con la solicitud de concurso voluntario (por tanto, en la misma fase de apertura) y también si no mantuviese la propuesta anticipada de conve-

El concurso comienza a iniciativa del propio deudor (concurso voluntario) o de sus acreedores (concurso necesario) —incluidos los trabajadores—¹⁰ ante el estado de insolvencia, es decir, aquella situación en la que el deudor no puede hacer frente a sus obligaciones. Tal imposibilidad de pago, se configura, sin embargo, como «razón de fondo del concurso» delimitando la LC, además, «hechos externos» que legitiman la solicitud de declaración concursal por parte de los acreedores (art. 2.4 LC). Por su parte, en caso de solicitud concursal por parte del deudor, ésta implicará, por sí misma, el reconocimiento de su estado de insolvencia (art. 2.3 LC). Declarada por el juez la situación de concurso se generan una serie de efectos —personales y patrimoniales— sobre el deudor y —patrimoniales— sobre los acreedores. En relación a los primeros, la LC suaviza el tradicional rigor de los efectos personales ligados al procedimiento judicial de quiebra, efectos que podían llegar incluso al arresto del quebrado. La LC, sin embargo, atempera la dureza de aquellos efectos personales suprimiendo su carácter represivo y limitándose a establecer los estrictamente necesarios (secreto de las comunicaciones, libre residencia y circulación por el territorio nacional) desde el punto de vista funcional —graduados y adaptados por el juez a las circunstancias del caso—, en beneficio de la normal tramitación del procedimiento y en la medida en que éste lo exija.

Por su parte, los efectos patrimoniales sobre el deudor se concretan en la intervención —normalmente en supuestos de concurso voluntario— o en la sustitución —supuestos de concurso necesario, salvo excepciones— de aquél en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 40 LC) y entre los efectos patrimoniales sobre los acreedores resalta el principio general de continuación, tras la declaración concursal, de las relaciones bilaterales pendientes de ejecución. Este principio contrario a la resolución *ipso iure* de los contratos con obligaciones recíprocas en caso de concurso permite, sin embargo —y sin perjuicio de reglas específicas para determinados contratos [vgr. contratos de trabajo]— a la administración concursal¹¹ (en caso de suspensión) o al concursado (en caso de intervención) solicitar al juez la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso (art. 61.2 LC). Así, la declaración de con-

nio o los acreedores hubieran presentando la suya en fase de convenio. Además, si el deudor, durante la vigencia del convenio, conociera la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos o las obligaciones contraídas, estará obligado a pedir la liquidación (art. 142 LC).

¹⁰ Los trabajadores son titulares de créditos sociales y podrán solicitar al juez mercantil la declaración de concurso del empresario deudor (en esta línea, DESDENTADO BONETE, «La reforma concursal y el proceso social...», *op. cit.*, pág. 41).

¹¹ La administración concursal está integrada por abogado, un auditor de cuentas (o un economista o un titulado mercantil colegiado) y un acreedor titular de un crédito ordinario o de un crédito con privilegio general no garantizado.



curso no implica por sí misma la resolución contractual y ello es una consecuencia lógica del sistema concursal instaurado que admite —y favorece— la solución concordataria (convenio concursal) ¹² por lo que no interesa que se puedan resolver los contratos de tracto sucesivo y sí, en cambio, su mantenimiento. A ello responden, por ejemplo, disposiciones normativas como la contenida en el art. 61.3 LC que declara que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la resolución o extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes. No obstante, como se expuso anteriormente, no es el convenio y la continuación de la empresa la única solución o salida del procedimiento concursal ordenado por la LC, antes al contrario, la vía de la liquidación concursal y de la desaparición de la empresa también encuentran apoyo normativo expreso (arts. 142-162 LC). Así, la liquidación operará cuando no hay propuesta de convenio, éste no se aprueba o cuando aun aprobado, éste no se cumple. Las operaciones de liquidación se dirigen al pago de los acreedores atendiendo al régimen crediticio fijado en la Ley (créditos privilegiados —con privilegio general o especial—, créditos ordinarios y créditos subordinados) y se regula de forma flexible priorizando el plan de liquidación elaborado por la administración concursal —de preceptiva aprobación judicial— ¹³ y la enajenación en bloque de unidades productivas de bienes y servicios.

2. LA RELACIÓN DE TRABAJO EN LA LEY CONCURSAL

En la fase de tramitación parlamentaria de la LC, en el Congreso fueron corregidos (como respuesta a una fuerte presión sindical) algunos extremos controvertidos del texto de reforma. El texto final ha sido fruto del consenso y de un intenso proceso negociador entre fuerzas políticas y sindicales. El texto aprobado por unanimidad en el Congreso de los Diputados

¹² El contenido de las propuestas que pueden integrar el convenio concursal se regula en la LC de forma muy flexible: quitas y esperas (con ciertos límites), conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales o en créditos participativos, convenio de continuación (acompañado de Plan de Viabilidad). Se prohíben, no obstante, los convenios de cesión de bienes o derechos en pago o para el pago de créditos así como cualquier otra forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de las deudas. La misma flexibilidad se aprecia en las previsiones normativas que facilitan el rápido tránsito de la solución concordataria (convenio) a la solución liquidatoria cuando no se alcance o se frustre el convenio (vgr. el deudor no puede asumir las obligaciones fijadas en el convenio). Ello supone una importante novedad respecto al Derecho Concursal anterior (*vid.*, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial. Conservación frente a liquidación de empresas en crisis*, Ed. CES, Madrid, 2001, págs. 270-277).

¹³ No obstante, si no se aprobase el plan de liquidación de la administración concursal, serían de aplicación las reglas supletorias de la LC (art. 149).

el 3 de abril de 2003 contiene ya las referidas enmiendas garantistas centradas en el procedimiento de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo, en la protección de los créditos laborales y en la tutela procesal del trabajador.

Por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico las normas mercantiles de regulación de la insolvencia empresarial incluyen preceptos relativos al desenvolvimiento de los contratos de trabajo tras la declaración del concurso. Ello es una consecuencia lógica del principio de unidad legal y de disciplina que inspira esta reforma. Ahora bien, sólo determinadas cuestiones laborales son reguladas en la LC: modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo comunes tras la declaración de concurso, suspensión y extinción de contratos de alta dirección, régimen de los créditos laborales y tutela procesal del trabajador. Además, sobre estas cuestiones sólo se prevén determinadas reglas particulares y en todo lo no específicamente contemplado habrá que acudir a la normativa laboral. Junto a ello, la afectación colectiva de las medidas propuestas exige una implicación de los representantes de los trabajadores en estos procesos y la LC recuerda en este sentido que éstos mantendrán cuantas competencias les atribuye la normativa laboral (art. 64.11). También es esta línea el art. 8.2.º LC establece que aun en una situación de crisis de empresa motivadora de la situación de concurso, las relaciones laborales seguirán rigiéndose por *«los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral»*.

2.1. La continuación de los contratos de trabajo tras la declaración de concurso

La situación de insolvencia contextualiza el desenvolvimiento de las relaciones laborales en la empresa concursada pero esto no significa que los contratos de trabajos se extingan de forma automática como consecuencia de la declaración de concurso. El principio general es justamente el contrario, es decir, se mantiene la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento pudiendo solicitarse, sin embargo, al juez, la resolución del contrato si se estima conveniente al interés del concurso (art. 61.2 LC). Este principio general de continuación de los contratos ha de ponerse en relación, además, con otro principio cual es el de la continuación, como regla general, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado ¹⁴.

¹⁴ Como excepción, el juez del concurso podría acordar el cierre total o parcial de la empresa o de sus establecimientos y cuando estas medidas supongan extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo el juez deberá proceder, también, conforme al art. 64 LC.



2.2. La posibilidad de modificar, suspender o extinguir los contratos de trabajo en la empresa en concurso

Aun cuando haya de mantenerse ese principio general de continuación de los contratos de trabajo tras la declaración del concurso, la situación de insolvencia en que se encuentra inmersa la empresa producirá efectos en el plano del empleo. Es decir, las dificultades económicas constatadas por la iniciación de un procedimiento concursal, podrían justificar modificaciones, suspensiones y extinciones contractuales y la LC establece un específico procedimiento para llevarlas a efecto.

2.3. El expediente de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo

El art. 64 LC regula un procedimiento específico para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la suspensión y la extinción colectivas de los contratos de trabajo comunes¹⁵ en empresas en concurso. Este procedimiento será aplicable únicamente en estos casos (con las matizaciones que se realizarán después) y sólo cuando tengan carácter colectivo, por tanto, el régimen de modificaciones, suspensiones y extinciones de carácter individual y plural seguirá siendo el anterior a la LC. Además, la Ley establece sólo ciertos aspectos reguladores de los expedientes de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo y, en los extremos no específicamente regulados, se aplicará la legislación laboral. El procedimiento fijado es innovador porque (aun manteniendo similitudes con el procedimiento de los despidos colectivos) regula de forma unitaria el régimen aplicable a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones y extinciones colectivas, cuando en la normativa laboral tales vicisitudes contractuales presentan perfiles y regulaciones diferenciadas (singularmente, arts. 41, 47 y 51 ET). La Ley ha pretendido establecer un régimen único aplica-

¹⁵ El art. 65 LC establece, por su parte, que durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección. La competencia extintiva o suspensiva es, por tanto, de la administración concursal sin intervención del juez del concurso y se proyecta sobre supuestos individuales. En caso de suspensión del contrato, éste podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a indemnización. En caso de extinción del contrato, el juez podrá moderar la indemnización correspondiente al alto directivo (quedando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato) con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo. La administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplase hasta que sea firme la sentencia de calificación, regla de gran importancia de cara a la eventual responsabilidad de los altos cargos en supuestos de insolvencia fraudulenta.

ble, en caso de concurso, a vicisitudes contractuales de carácter colectivo y de naturaleza, modificativa, suspensiva o extintiva. La plasmación legal de las cuestiones laborales ha sido mucho más equilibrada y garantista para el interés social que los expoliadores textos pre-legislativos¹⁶ pero quizás la precipitación de la fase final de tramitación parlamentaria ha conducido a romper, en algunos extremos, la lógica de las instituciones laborales contempladas, incorporando distorsiones en el régimen aplicable. De cualquier forma, como expresa gráficamente, Molina Navarrete, «...*hay que diferenciar netamente entre la reforma socio-laboralmente deseable y la reforma que ha sido posible*»¹⁷.

2.3.1. *La causa de las medidas contractuales proyectadas*

La Ley prevé un expediente especial (judicial y con intervención de los representantes de los trabajadores) de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo (art. 64) que será de aplicación tanto en supuestos de continuación como de cese de la actividad empresarial tras la declaración del concurso. La solicitud de medidas contractuales modificativas, suspensivas y extintivas de carácter colectivo deberá incluir una exposición y justificación de las causas motivadoras de las medidas y de los objetivos que se proponen alcanzar para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo (art. 64.4). Partiendo del carácter supletorio del ET, el análisis de las causas de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo conduce a las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción allí establecidas. Sin embargo, la situación de concurso introduce algunas modificaciones en ese esquema causal, de modo que, en realidad, puede mantenerse una doble causa, según continúe o cese la actividad. Idéntico esquema causal se mantenía con el régimen anterior a la LC¹⁸.

¹⁶ Vid., RÍOS SALMERÓN, B., «El ALC y los trabajadores ¿Réquiem por el art. 32 de su Estatuto?, *RDS*, núm. 14, 2001, págs. 57 y ss., MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., «El anteproyecto de Ley Concursal: señal de alarma ante una reforma legal indispensable», *AL*, núm. 38, 2001, págs. 755 y ss., GUALDA ALCALÁ, F.J., LILLO PÉREZ, E., «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», *RL*, núm. 22, 2001, págs. 119 y ss., CAVAS MARTÍNEZ, F., «Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal», *AS*, núm. 18, 2002, págs. 10 y ss. y ALAMEDA CASTILLO, M.T., «La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales», *AL*, núm. 32, 2002, págs. 659 y ss.

¹⁷ MOLINA NAVARRETE, C., «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 99.

¹⁸ Vid., ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial...*, *op. cit.*, págs. 161 y ss.



Como se conoce, el ET (arts. 40, 41, 47 y 51) recoge una definición finalista de las causas económicas y productivas que pueden justificar reordenaciones o reestructuraciones de plantilla. Así, las medidas modificativas proyectadas habrán de contribuir a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado y una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Por su parte, las medidas suspensivas y extintivas se dirigirán a superar una situación económica negativa y a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo. En caso de concurso esas mismas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción legitiman la adopción de medidas contractuales diversas (modificaciones, suspensiones y extinciones). Todas estas causas se reconducen, en definitiva, a necesidades de reorganización económica y productiva de la empresa para poder seguir funcionando en condiciones de viabilidad. En tal situación de dificultad empresarial habría que proceder a la reestructuración de la empresa y las medidas de reorganización o reducción de empleo deberían quedar integradas en un plan o proyecto de recuperación del equilibrio de aquella¹⁹. Precisamente, la adopción de las medidas laborales podría contribuir a que la empresa continuara funcionando en el mercado en condiciones óptimas y junto a esas medidas habrían de adoptarse otras (nuevas inversiones o proyectos, innovación tecnológica, ampliación de mercados). En definitiva, las medidas laborales (modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo) formarían parte de un plan global dirigido a la superación de la situación económica negativa de la empresa en concurso y a su continuación. Es evidente que la vinculación de las medidas proyectadas a los objetivos de conservación de la empresa y viabilidad futura es limitada en la medida en que nos movemos en el terreno de las expectativas. En esta línea, la jurisprudencia insiste en que no es necesario probar, de forma plena e indubitada, que la extinción contractual lleve consigo necesariamente la superación de la crisis económica de la empresa, sino que basta con que «contribuya» a ello²⁰.

Fuera del concurso, la gradualidad de las medidas propuestas también se refleja en la causalidad de tal forma que se exige una justificación diversa y proporcionada en función de las medidas propuestas. Es decir, aquellas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción presentan matices en función de su vinculación a medidas modificativas, suspensivas o extintivas. Así, aun cuando existe una base causal similar, las causas económicas y productivas alegadas en supuestos modificativos se identifican con

¹⁹ STS [4.ª] 14 junio 1996 (Ar. 5162).

²⁰ STS [4.ª] 24 abril 1996 (Ar. 5297).

situaciones económicas mejorables mientras que las que se alegan en supuestos suspensivos y extintivos se identifican con situaciones económicas negativas aun cuando no es necesario que sean irreversibles. Podría mantenerse, por tanto, cierta gradualidad en las situaciones económicas alegadas para fundamentar medidas contractuales modificativas, suspensivas y extintivas. Por el contrario, en caso de concurso «*las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas*» se identifican con situaciones económicas negativas constatadas por la propia declaración de concurso, que, sin embargo, se consideran superables y que se vinculan a los objetivos de continuación de la empresa y del empleo. En cierta manera las causas de las medidas proyectadas *se unifican* y se encaminan a la superación de aquella situación económica deficitaria. Pese a esta similitud causal, el escalonamiento o gradualidad de las medidas sigue estando presente y serán prioritarios instrumentos de reordenación de plantillas menos traumáticos (modificaciones, suspensiones) que la extinción de los contratos de trabajo. El objetivo de conservación de la empresa se plasma en la regulación de los expedientes de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y buena prueba de ello es esa estrecha vinculación entre continuación de la actividad, justificación de las medidas proyectadas (viabilidad de la empresa y del empleo) y autorización del juez del concurso ²¹.

Junto a ello, como regla general, la declaración de concurso, no interrumpirá ni impedirá la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 44.1 LC). No obstante, cesará aquella actividad cuando el juez del concurso, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, así lo acordara (art. 44.4 LC). Tal situación generará efectos contractuales laborales y las medidas colectivas que se adopten seguirán también el procedimiento previsto en el art. 64 LC. El cese definitivo y la desaparición de la empresa generarán la extinción colectiva de los contratos de trabajo que, de igual modo, requerirá la autorización del juez del concurso y la intervención de los representantes de los trabajadores. La causa de extinción de los contratos de trabajo ya no será la superación de una situación económica negativa para garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo, sino que esas declaraciones judiciales de apertura del concurso y de cierre o cese de actividad tendrían (de forma conjunta) virtualidad extintiva, pese a la exigencia de respeto a las garantías laborales fijadas. Es decir, la extinción colectiva de los contratos de trabajo sería la consecuencia de aquel

²¹ En línea similar sostiene CRUZ VILLALÓN que el principio de proporcionalidad «...es una de las herramientas de trabajo capitales a los efectos de acertar en la decisión que corresponda (...). La intensidad de las medidas se encuentra en relación directa con la intensidad de las causas» («Despidos y suspensiones de contratos de trabajo..., op. cit., pág. 119).



cese de la actividad empresarial declarado judicialmente que implica la desaparición de la unidad productiva.

Podrían también producirse modificaciones, suspensiones o extinciones colectivas de contratos de trabajo en la fase de liquidación que seguirían, igualmente, el procedimiento especial del art. 64 LC (art. 149.4). La liquidación se encamina esencialmente al pago de los acreedores siguiendo las reglas de prioridad crediticia fijadas en la propia Ley y ello pasará, la mayoría de las ocasiones, por el cese de la actividad empresarial. En este caso, la causa de las medidas contractuales propuestas sería la declaración de concurso y el cese de la actividad, en el marco de las operaciones de liquidación. Ahora bien, la apertura de la fase de liquidación no impide la continuación de la actividad empresarial y la propia LC facilita la solución continuista. Así, a falta de aprobación del plan de liquidación, las operaciones de liquidación habrán de ajustarse a las reglas del art. 149 LC en las que se prioriza²², la enajenación del conjunto de los establecimientos, explotaciones u otras unidades productivas de bienes y servicios²³. Cuando como consecuencia de esta enajenación una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una entidad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales que existe sucesión de empresa de modo tal que el adquirente se subrogará en los derechos laborales y de Seguridad Social del anterior empresario (el deudor concursado) aun cuando se introduce cierta flexibilización en este régimen de asunción de responsabilidades para facilitar la continuación de la actividad empresarial (art. 149. 2)²⁴, con implicación del Fondo de Garantía Salarial.

²² No obstante, se trata de una priorización relativa pues, de un lado, el deudor podría haber optado directamente por la liquidación obviando el convenio (arts. 108 y 148 LC) y, de otro, las reglas del art. 149 son netamente subsidiarias, a falta de aprobación del plan de liquidación.

²³ Establece además el art. 149.1 *in fine* que en caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso, de las unidades productivas y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores y, en todo caso, serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores.

²⁴ En concreto, se acepta que el juez del concurso acuerde que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 ET. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo (art. 149. 2 LC. Sobre el tema, *vid.*, DEL REY GUANTER, S., LUQUE PARRA, M., «La transmisión de empresas en situaciones concursales», *op. cit.*, págs. 157 y ss.).

2.3.2. *La naturaleza de las medidas: modificaciones, suspensiones y extinciones de contratos de trabajo*

El nuevo art. 57 bis ET²⁵ establece que en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la LC. Por tanto, la norma concursal se proyecta sobre unas vicisitudes contractuales específicas y establece un régimen singular sólo para ellas. Lógicamente, ese régimen especial tiene fuentes laborales y, concretamente, aun cuando la LC presente un procedimiento único para modificaciones, suspensiones y extinciones, aquél guarda significativos paralelismos con el procedimiento de regulación de empleo de los despidos colectivos (art. 51 ET). Frente a ello, y guardando distancia con la regulación laboral, este *Derecho del Trabajo del concurso*²⁶ establece contenidos innovadores que se alejan de las disposiciones estatutarias, como la atracción hacia el concepto de despidos colectivos de un determinado número de despidos individuales fundados en la causa del art. 50. 1 b) ET (art. 64.10 LC) o la ampliación del concepto de modificación sustancial del lugar de prestación de servicios más allá de los tradicionales desplazamientos y traslados (art. 64.9 LC). Será oportuno, por tanto, revisar la naturaleza de las medidas contractuales cuya adopción en contexto concursal habrá de respetar los cauces del art. 64 LC sin perder de vista que, en la mayoría de las ocasiones, la interpretación laboral de cada una de las vicisitudes contractuales referidas se traslada a la normativa concursal por la expresa remisión de la Ley a la legislación laboral (art. 64.11)²⁷.

Un primer grupo de medidas serían las modificativas. Habrá que incluir aquí las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y no sólo las enumeradas en el art. 41 ET (modificaciones de jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y funciones cuando excedan de los límites de la movilidad funcional del art. 39 ET) sino todas aquéllas que tengan una naturaleza sustancial atendiendo a su importancia cualitativa o alcance temporal y que alteren o transformen aspectos fundamentales de la relación laboral²⁸. Se

²⁵ Introducido por la disposición final 14.ª LC.

²⁶ En línea similar se manifiesta Ríos Salmerón al hablar del «*Derecho del trabajo en la insolvencia declarada*» («La Ley Concursal y los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 366).

²⁷ Establece este precepto que en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma.

²⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», *op. cit.*, pág. 82.



mantiene, por tanto, a nivel cualitativo, un concepto idéntico de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en la legislación laboral y en la concursal. Diversa será, sin embargo, la modificación de una determinada condición de trabajo cual es la del lugar de prestación de servicios.

Efectivamente, los rasgos definatorios del traslado y de la movilidad geográfica en la normativa laboral (ET, LPL, RPRE) y en la LC presentan sustanciales diferencias. En las normas laborales, la movilidad geográfica se reconduce —sin más precisiones— a dos supuestos, cambio del lugar de trabajo que lleva consigo cambio de residencia con carácter temporal —no más de 12 meses en 3 años— (desplazamiento) y cambio del lugar de trabajo que exige cambio de residencia con carácter definitivo (traslado). En la LC, sin embargo, se incorpora un concepto de traslado cuyos perfiles no encajan en ninguno de estos supuestos de movilidad geográfica regulados en las normas laborales. Así, se introducen otras variables no tenidas en cuenta en la delimitación laboral de la movilidad geográfica como son la localización geográfica del centro de trabajo de origen y del centro de destino, la distancia entre ambos y el tiempo de desplazamiento de ida y vuelta (art. 64.9 LC). Los supuestos referidos por la LC difieren de la movilidad geográfica estatutaria (desplazamientos y traslados) pues, a efectos laborales, es preciso que con carácter temporal o definitivo, el trabajador cambie de lugar de prestación de servicios y de residencia y la LC, sin embargo, no mantiene tal concepción al tener en cuenta el tiempo diario de desplazamiento de ida y vuelta del domicilio al trabajo y viceversa.

Ante ello cabría interpretar que las referidas en la LC son otras situaciones de modificación del lugar de prestación de servicios que escapan de la regulación laboral legal de la movilidad geográfica. El empresario, en ejercicio de su poder de dirección, puede ordenar cambios o modificaciones objetivas en los contratos que afecten al lugar de trabajo aun cuando ello no implique cambio de residencia. Encajan en esta tipología los cambios entre centros de trabajo distintos de la misma empresa y los traslados de centro de trabajo o de un departamento del mismo, dentro o fuera de la misma población que no exijan cambio de residencia. En estos supuestos, lógicamente, el cambio será más oneroso para el trabajador, cuanto más alejado esté el nuevo centro de trabajo del centro de origen y del lugar de residencia, por tanto. Sin perjuicio de que por acuerdo individual o colectivo se pudieran fijar compensaciones económicas para los trabajadores afectados o la posibilidad de rescisión indemnizada del contrato de trabajo²⁹, lo cierto es

²⁹ Alguna sentencia ha llegado a reconocer que aun cuando no exista acuerdo (de naturaleza individual o colectiva) son admisibles las pretensiones resarcitorias que demuestren el desequilibrio producido en la economía del contrato y, en definitiva, el perjuicio para trabajador ante la decisión empresarial de cambiarlo de centro de trabajo (SSTSJ Cataluña 2 octubre

que el ET (art. 40.1) limita esta posibilidad a los supuestos de traslado (cambio de lugar de trabajo que exige cambio de residencia de forma definitiva). La LC, sin embargo, hace referencia a la rescisión indemnizada del contrato de trabajo con indemnización para otros supuestos de modificaciones del lugar de prestación de servicios.

Así, determinados *cambios sustanciales definitivos del lugar de trabajo*, gozarían en caso de concurso de aquella facultad de rescisión indemnizada³⁰. Se trataría de cambios definitivos en el lugar de prestación de servicios que no implican cambio de residencia (impropiamente calificados legalmente como «*traslados que supongan movilidad geográfica*»). En el supuesto de que el nuevo centro de trabajo esté en la misma provincia que el de origen y a menos de sesenta kilómetros de éste y el tiempo mínimo de desplazamiento no supere el 25% de la jornada diaria de trabajo, cabrá la suspensión de la facultad de rescisión del contrato con indemnización durante 12 meses desde la fecha del auto judicial que autorizó esa modificación (art. 64.9 LC). Esta previsión de la LC genera problemas interpretativos pues califica como traslado y movilidad geográfica a supuestos que presentan sustanciales diferencias con estas dos instituciones laborales y, además, establece la posible rescisión indemnizada del contrato de trabajo (y la suspensión de esta facultad)³¹ en supuestos en los que a tenor de la normativa

1997 y 9 de junio 1998 [As. 3992 y As. 3076, respectivamente). Otros pronunciamientos jurisprudenciales, sin embargo, se muestran en contra (STSJ Navarra 30 diciembre 1996 [As. 4525]). Sobre el tema, *vid.* PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Movilidad geográfica del trabajador (en torno al artículo 40)», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 852-855.

³⁰ La LC mantiene una concepción amplia de modificación sustancial de condiciones de trabajo que alcanza también a supuestos de modificación locativa con perjuicios para el trabajador. Buena prueba de ello es la referencia normativa contenida en el art. 64.9 LC («...tanto en este caso [movilidad geográfica] como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo...») que parece indicar que el legislador concursal tiene su propia concepción de modificación objetiva de carácter sustancial que incluiría al cambio del lugar de prestación de servicios. Aun cuando el cambio en el lugar de prestación de servicios no sea, en estrictos términos, un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, es evidente que el cambio forzoso de lugar de trabajo y, eventualmente de residencia, será una alteración objetiva del contrato de trabajo de tintes sustanciales, aun cuando su regulación sea independiente en la normativa laboral (art. 40 y art. 41 ET)

³¹ Establece el art. 64.9 LC que en el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el art. 41 ET, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizo dicha modificación. Esta suspensión será también de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de sesenta Kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada



laboral no existe (art. 40 ET). Tal como aparece regulado, habría que aplicar el procedimiento del art. 64 LC a lo que podría calificarse *modificación definitiva del lugar de prestación de servicios de carácter sustancial*: traslados colectivos y otros cambios sustanciales de carácter colectivo que no implicaran cambio de residencia pero que tuvieran carácter definitivo³².

El procedimiento del art. 64 de la LC también se aplica a supuestos colectivos de suspensión de contratos de trabajo. En versiones anteriores, los textos de reforma (ALC 2000, PLC 2001) no se pronunciaban de forma tan clara y la referencia a medidas colectivas laborales se reducía, en ocasiones, a modificaciones y extinciones de contratos de trabajo. En la Ley, sin embargo, todas las referencias a vicisitudes contractuales que habrán de seguir la especial vía procedimental del art. 64, se centran en modificaciones, suspensiones y extinciones colectivas de contratos de trabajo. En relación a estas últimas se trataría de extinciones de contratos de trabajo de base económica motivadas tanto por el cierre de la empresa tras la declaración de concurso (en la primera fase o en fase de liquidación) como por la necesidad de proceder a la reestructuración de plantilla para garantizar la viabilidad de la empresa (supuesto de continuación de la actividad). Se trataría, por tanto, de supuestos extintivos amparados en razones económicas cercanos (no idénticos) en su causalidad a los despidos colectivos del art. 51 ET³³.

No obstante, la LC amplía el concepto de despidos colectivos de base económica pues extiende el ámbito de aplicación del art. 64 LC a otros supuestos que a tenor de la normativa laboral no se tramitarían por la vía del expediente de regulación de empleo del art. 51 ET³⁴. Se trata de un determinado número de acciones individuales de extinción interpuestas por los trabajadores al amparo del art. 50.1.b) ET (dimisiones provocadas por la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado). Estos supuestos extintivos para alcanzar la consideración de colectivos en la LC han superar desde la declaración del concurso, los siguientes límites: a) empresas con plantilla de hasta 100 trabajadores-10 trabajadores; b) empresas con

diaria de trabajo. Tanto en este caso como en los demás de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó la modificación.

³² MERCADER UGUINA, J.R. y ALAMEDA CASTILLO, M.T., «Artículo 64. Los contratos de trabajo», en AA.VV. (dirs. Ángel Rojo y Emilio Beltrán, coord. Ana Campuzano), *Comentarios a la Ley Concursal*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, en prensa.

³³ *Vid., supra*, 2.3.1.

³⁴ En línea similar, MOLINA NAVARRETE, C., «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 22.

plantilla de 100 a 300 trabajadores-el 10% de los trabajadores; c) empresas con plantilla de más de 300 trabajadores-el 25% de los trabajadores. Serán además colectivas las ejercitadas por la totalidad de la plantilla de la empresa. En estos casos existen las razones económicas o dificultades empresariales que justificarían la adopción de modificaciones, suspensiones o extinciones contractuales pero la singularidad reside en que junto a aquellas existe un incumplimiento empresarial que legitima al trabajador a solicitar judicialmente la extinción de su contrato con una indemnización reforzada que, dicho sea de paso, es bastante más elevada que la del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción³⁵.

En definitiva la LC *colectiviza*, por encima de un determinado umbral numérico, las extinciones individuales fundadas en incumplimientos empresariales de pago de salarios y las atrae hacia el conocimiento del juez del concurso. Por tanto, aquellas extinciones se someterán al procedimiento del art. 64 LC (intervención de los representantes de los trabajadores, autorización judicial) con el objetivo de evitar que en una situación económica negativa las altas indemnizaciones generadas por esta modalidad extintiva pongan en peligro (la ya de por sí complicada) continuidad de la empresa tras la declaración de concurso al incrementar de forma significativa el montante crediticio contra la masa³⁶. Detrás de esta disposición de la LC está una línea jurisprudencial que vetaba el posible recurso al art. 50.1.b) ET cuando estaba en marcha un procedimiento de regulación de empleo o la empresa se hallaba incurso en un procedimiento de suspensión de pagos o de quiebra. Los tribunales alegaban razones de equidad, solidaridad o buena fe para primar en tales supuestos soluciones extintivas colectivas (con intervención de la representación legal de los trabajadores y de la autoridad laboral) frente a vías contractuales extintivas individuales fundadas en falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado³⁷.

Los supuestos modificativos, suspensivos o extintivos referidos serán los únicos a los que se aplique el procedimiento de regulación de empleo del art. 64 LC. Por tanto, a cualquier otra modificación objetiva de condiciones de trabajo que no encaje en las modificaciones sustanciales referidas (vgr. movilidad funcional del art. 39 ET, desplazamientos, modificación no sustancial...) o a cualquier suspensión o extinción no fundada en razones

³⁵ Como se conoce, la indemnización del art. 50.1. b) ET es de 45 días de salario por año de servicio con un límite de 42 mensualidades mientras que la indemnización del art. 51 ET es de 20 días de salario por año de servicio con un límite de 12 mensualidades.

³⁶ *Vid., infra*, 2.5.1.

³⁷ Sobre el tema, *vid.*, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial...*, *op. cit.*, pág. 216 y *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 162.

económicas, se le seguirá aplicando la normativa laboral común³⁸, aun cuando se adopte en una empresa en concurso.

2.3.3. *El carácter colectivo de las medidas contractuales*

Las medidas modificativas, suspensivas o extintivas solicitadas al juez del concurso habrán de revestir carácter colectivo, debiendo interpretar tal criterio conforme a la legislación laboral, aun cuando la LC existan algunas previsiones singulares en la materia.

Para determinar el carácter colectivo de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET) habrá que tener en cuenta la fuente de regulación de la condición que se pretende modificar y, en algún caso, el número de trabajadores afectados. Así, tendrá carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo que disfrutaban los trabajadores a título individual y tendrá carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. No obstante, determinadas modificaciones de este tipo (concretamente, modificaciones funcionales y de horario de trabajo) para tener carácter colectivo precisan un plus numérico que consiste en afectar, en un periodo de noventa días, como mínimo, a 10 trabajadores, en empresas que ocupen menos de 100 trabajadores, al 10% de los trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores o a 30 trabajadores en empresas que ocupen 300 o más trabajadores. En cuanto a las modificaciones de carácter sustancial que afectan al lugar de prestación de servicios³⁹, serán de carácter colectivo cuando alcancen los umbrales numéricos establecidos en el art. 40 ET. A estos efectos, será determinante el número de trabajadores implicados y podrá afectar a la totalidad de trabajadores de un centro de trabajo [siempre que éste ocupe más de cinco] o a una parte. En este segundo supuesto la medida habrá de comprender en un período de noventa días, al menos a 10 trabajadores en empresas que ocupen a menos de 100 trabajadores, al 10% de los trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300 o a 30 trabajadores en empresas que ocupen a 300 o más trabajadores⁴⁰.

³⁸ Se utiliza el término *normativa laboral común* por contraposición a la *normativa laboral especial*, que incluiría todas las disposiciones de contenido laboral insertas en la LC que implican una modificación del régimen común u ordinario de las normas laborales (ET, RPRE, LPL...).

³⁹ *Vid., supra*, 2.3.2.

⁴⁰ En los supuestos de modificación objetiva del contrato de trabajo de carácter sustancial (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y modificaciones definitivas

En relación a las suspensiones de contratos de trabajo, la legislación laboral (art. 47 ET) remite al procedimiento del despido colectivo (art. 51 ET) por lo que podría pensarse que también en supuestos suspensivos habría que distinguir, a efectos procedimentales, entre suspensiones individuales, plurales y colectivas⁴¹. No obstante, la interpretación doctrinal mayoritaria es la contraria (no sin importantes opiniones en contra) y se viene exigiendo el preceptivo expediente de regulación de empleo (intervención de los representantes de los trabajadores y de la autoridad laboral) en todos los supuestos de suspensión de contratos de trabajo por causas económicas técnicas, organizativas o de producción y por fuerza mayor, con independencia del número de trabajadores afectados. Es decir, habrá que seguir el expediente de regulación de empleo suspensivo en todos los supuestos de suspensión de contratos de trabajo en base a causas económicas y productivas y no sólo en supuestos de suspensiones colectivas por estas causas. La razón de ser de esta interpretación reside, esencialmente, en el necesario control público de estas medidas coyunturales o excepcionales fundamentalmente de cara al acceso a las prestaciones por desempleo que pueden percibirse (cumpliendo los requisitos legales) durante los periodos de suspensión de contratos de trabajo por causas económicas y productivas.

Al trasladar esta interpretación a la LC, podría pensarse que el art. 64 es aplicable a cualquier suspensión propuesta en contexto concursal. Sin embargo, siguiendo una lógica unidad de criterio con las otras vicisitudes contractuales, hay que mantener (pese al abandono de la interpretación laboral) que la vía del art. 64 sólo será aplicable a las suspensiones que superen los límites numéricos señalados para las extinciones. Si la LC hubiera querido extender aquel procedimiento a todos los supuestos de suspensiones de contratos de trabajo (individuales, plurales y colectivas) hubiera mantenido las versiones anteriores de los textos de reforma (ALC 2000 y PLC 2001). Por ello, parece que el procedimiento del art. 64 únicamente será aplicable cuando las suspensiones de contratos de trabajo operadas en contexto concursal tengan carácter colectivo⁴², lo cual no impide que los supuestos

del lugar de prestación de servicios de carácter sustancial) el derecho a rescisión del contrato con indemnización quedará en suspenso durante la tramitación del concurso con el límite de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación (art. 64.9 LC).

⁴¹ Podrá mantenerse el carácter colectivo si las medidas afectan en torno al 10% de los trabajadores de la empresa: 10 trabajadores en empresas que ocupen a menos de 100, el 10% de los trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores y 30 trabajadores en empresas que ocupen a 300 o más trabajadores.

⁴² MERCADER UGUINA, J.R., ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Artículo 64. Contratos de Trabajo*, op. cit. y DESDENTADO BONETE, A., «La reforma concursal y el proceso social...», op. cit.,



individuales y plurales sigan manteniendo la vía ordinaria laboral aplicable a estos supuestos (intervención de los representantes de los trabajadores y de la autoridad laboral).

En materia de extinción, sólo determinadas extinciones de contratos de trabajo que afectan a más de un trabajador, tendrán carácter colectivo. La legislación laboral distingue, a estos efectos, entre extinciones plurales y colectivas y, esta misma interpretación, puede trasladarse a la LC. El art. 51.1 ET califica como despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, afecte al menos a 10 trabajadores en empresas que ocupen a menos de 100 trabajadores, al 10% de los trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores, a 30 trabajadores en empresas que ocupen 300 o más trabajadores y a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco y se haya producido el cese total de la actividad empresarial fundada en aquellas causas. Por tanto, el procedimiento del art. 64 LC únicamente se aplicará cuando las medidas extintivas sean colectivas según los parámetros que acaban de exponerse. Podría ocurrir, sin embargo, que se proyectaran extinciones contractuales en contexto concursal que afectaran a uno o más trabajadores pero a menos de los límites señalados. En este caso, estas extinciones individuales y plurales seguirían la tramitación del despido objetivo económico (art. 52-c] ET).

Junto a aquellas extinciones colectivas de contratos de trabajo fundadas en causas o razones económicas, otras extinciones revestirán carácter colectivo y habrán de seguir también el procedimiento del art. 64 LC. Se trataría de las ya analizadas extinciones basadas en la falta de pago o retrasos continuados del empresario en el abono del salario pactado (art. 50. 1.b] ET) y que para la LC son colectivas si rebasan umbrales numéricos referidos⁴³.

2.3.4. La solicitud de las medidas modificativas, suspensivas y extintivas

Las medidas modificativas, suspensivas y extintivas referidas no pueden ser aplicadas de oficio por el juez, sino que han de ser solicitadas por

pág. 36. En contra, RÍOS SALMERÓN («La Ley Concursal y los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 367), GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN («Aspectos laborales de la nueva Ley...», *op. cit.*, pág. 26), MOLINA NAVARRETE («Un nuevo desafío para los derechos...», *op. cit.*, pág. 126) y CRUZ VILLALÓN («Despidos y suspensiones del contrato...», *op. cit.*, pág. 117).

⁴³ 10 trabajadores en empresas con plantilla de hasta 100 trabajadores, el 10% de los trabajadores en empresas con plantilla de 100 a 300 trabajadores, el 25% de los trabajadores en empresas con plantilla de más de 300 trabajadores y la totalidad de la plantilla de la empresa.

persona legitimada. En este sentido, se establece que podrán solicitar al juez del concurso la adopción de las medidas colectivas de modificación, suspensión y extinción de contratos de trabajo «*la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa a través de sus representantes legales*» (art. 64.2). La solicitud de la administración concursal procederá, normalmente, en casos de sustitución del deudor en las facultades de administración y disposición de su patrimonio (supuestos de concurso necesario, salvo excepciones). No obstante, en casos de mera intervención (concurso voluntario)⁴⁴ también intervendría, aun cuando en estos casos, únicamente daría o no conformidad a la iniciativa del deudor. Por tanto, en caso de sustitución estará legitimada únicamente la administración concursal y en caso de intervención la legitimación corresponderá al propio deudor empresario con la autorización o conformidad de la administración concursal (arts. 40, 43 y 44 LC). Añade la Ley que podrán iniciar el expediente los propios trabajadores de la empresa, a través de sus representantes legales. Se trata de un supuesto que se acerca al previsto en el ET para casos en los que «*racionalmente se presumiera*» que la inacción del empresario (no iniciación de expediente de regulación de empleo) pudiera acarrear a los trabajadores perjuicios de difícil o imposible reparación (art. 51.9 ET). La LC parte, sin embargo, de la consideración de que la situación de concurso ya es grave en sí misma y no es necesaria la alegación de aquellos perjuicios para poder iniciar el procedimiento de regulación de empleo del art. 64 de la Ley solicitando medidas modificativas, suspensivas y/o extintivas.

La lectura conjunta de los apartados 2 y 10 del art. 64 de la LC permite ampliar los supuestos de legitimación para solicitar la iniciación del procedimiento de regulación de empleo. Así, junto a la posible solicitud por parte de la representación unitaria o sindical cabría que un determinado número de trabajadores que superaran los umbrales establecidos en la Ley para considerar colectivas la extinciones individuales fundadas en falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, interpusieran demanda de resolución contractual con esta alegación para que por sí solos pusieran

⁴⁴ En principio, en caso de concurso voluntario el deudor conservará las facultades de administración y disposición de su patrimonio, quedando sometido en ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante autorización o conformidad y en caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 40. 1 y 2 LC). No obstante, esta regla general se flexibiliza en dos líneas: a) el juez del concurso podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario y b) a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento en cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio (art. 40. 3 y 4 LC).

en marcha el procedimiento sin necesidad, en este caso, de intervención de la representación legal de los trabajadores⁴⁵. Ello implicaría, lógicamente, el traslado de la resolución instada de la jurisdicción social a la jurisdicción mercantil⁴⁶.

La solicitud en los tres supuestos referidos habrá de realizarse una vez emitido por la administración concursal el informe relativo al estado financiero del deudor. Este informe de la administración concursal tendrá que emitirse en el plazo de dos meses desde la aceptación de dos de ellos (art. 74.1 LC) y podría ser ampliado —por tiempo no superior a un mes—, previa solicitud de la administración concursal, por el juez del concurso ante circunstancias extraordinarias. Es oportuna la fijación de este momento procesal pues antes no sería posible conocer la situación económica real de la empresa y, con ella, sus posibilidades de viabilidad futura y de mantenimiento del empleo. No obstante, sería posible anticipar la solicitud de medidas colectivas de modificación, suspensión o extinción de contratos de trabajo en la empresa, si se estimara que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas podría comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso y con acreditación de esta circunstancia, cabría solicitarlas en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso (art. 64. 3 LC). Podría pensarse, por ejemplo, en supuestos de empresas en situación económica crítica (con elevado número de trabajadores con altos salarios) en las que el mantenimiento del volumen de empleo en tales condiciones, pone en peligro las escasas posibilidades de continuación de la actividad empresarial. En estos casos, sería lógico pensar que la reordenación de los recursos humanos, que contribuiría a la viabilidad empresarial futura (modificaciones contractuales, suspensiones y, eventualmente, extinciones) habría de realizarse, cuanto antes, tras la solicitud de declaración de concurso. Tal circunstancia, además, habrá de quedar acreditada documentalmente (estado contable del deudor, realidad productiva de la empresa).

Las medidas colectivas proyectadas habrán de estar justificadas y fundadas, por tanto, en las causas anteriormente indicadas. A tales efectos, la Ley exige acompañar los documentos necesarios para su acreditación. En la normativa laboral, esta documentación acreditativa se concreta, a nivel

⁴⁵ En esta línea, CRUZ VILLALÓN, «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo...», *op. cit.*, pág. 122.

⁴⁶ Como expresa RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, a través de la acumulación de acciones y autos se podría deducir la dimensión colectiva del supuesto «...produciéndose una alteración sustancial de las demandas en cuanto que lo que empieza como acción individual no acumulable pasase a ser una acción colectiva acumulable tratada ficticiamente por la Ley Concursal como despido colectivo» («La Ley Concursal y el contrato de trabajo...», *op. cit.*, pág. 11).

reglamentario (art. 6 del RPRE), para los supuestos de despido colectivo. Ante la falta de especificación en la LC, la documentación recogida en aquella previsión normativa reglamentaria, podría ser la base de la que se exige a la administración concursal o al deudor que soliciten al juez del concurso la adopción de medidas colectivas de reestructuración de empleo, sean modificativas, suspensivas o extintivas⁴⁷. Estos documentos son la memoria explicativa de las causas o motivos de las medidas proyectadas y la documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de la situación económica, financiera y patrimonial en los últimos tres años. Junto a ello, habrá que acreditar documentalmente el número de trabajadores empleados durante el último año en la empresa, el número y categoría de los que vayan a verse afectados por las medidas propuestas, los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores afectados y el período a lo largo del cual está previsto adoptar las medidas modificativas, suspensivas y extintivas.

Pese a la aplicación del precepto reglamentario antedicho (art. 6 RPRE), si la administración concursal ya ha emitido el informe sobre el estado financiero del deudor (arts. 74 y 75 LC), parecería innecesario volver a remitir al juez la información financiera y patrimonial referida en el reglamento si ya obra en su poder. En tal caso, la obligación de información relativa al estado financiero y patrimonial del deudor podría verse suavizada (no así toda la información relativa a los trabajadores afectados, su categoría, volumen de empleo de la empresa, criterios de designación de los trabajadores afectados, previsión del tiempo de adopción de las medidas pretendidas). A tales efectos, sería suficiente con la memoria explicativa de las causas o motivos de las medidas proyectadas con indicación del estado patrimonial del deudor y remisión al informe de los administradores concursales. De igual forma, si el juez hubiera acordado el cese de la actividad empresarial (art. 44.4 LC) o, las medidas modificativas, suspensivas o extintivas se adoptaran previamente a la aprobación del plan de liquidación en el que se recoge el cese de la actividad empresarial y la desaparición de la empresa, sería suficiente —junto a la aportación de los datos relativos a trabajadores afectados, criterios de designación, tiempo de realización...— la indicación de estas causas en la memoria explicativa de las medidas pretendidas, la referencia a las decisiones de cese de la actividad y la remisión a la documentación sobre la situación financiera y patrimonial del deudor en poder del juez

⁴⁷ En contra, CRUZ VILLALÓN, que entiende que la referencia a los «documentos necesarios» no cumple otra función que la de otorgar libertad de criterio de lo que debe adjuntar el solicitante «...y, al propio tiempo, por vía del silencio excluir la exigencia del listado documental impuesto por el art. 6 RD 43/1996» («Despidos y suspensiones del contrato de trabajo...», *op. cit.*, pág. 125).



del concurso. La LC exige además acreditar, acompañando los documentos necesarios, los objetivos que se pretenden alcanzar con las medidas pretendidas para asegurar la viabilidad futura de la empresa y del empleo (art. 64.4). En este contexto, es lógico pensar que si el objetivo es la conservación de la empresa, las medidas modificativas, suspensivas y extintivas proyectadas deberán insertarse en un plan global de saneamiento empresarial y reorganización productiva (plan de viabilidad empresarial) y, a tales efectos, sería necesario aportar la documentación relativa al mismo.

Si el expediente fuera iniciado por los trabajadores, a través de sus representantes legales, entiendo que únicamente será necesario que se acompañe memoria explicativa de las razones por las que se inicia el procedimiento y si ya se ha emitido el informe de la administración concursal, el juez podrá verificar la situación económica y patrimonial del deudor. Si el informe no hubiera sido emitido, sería el juez el que habría de solicitar la documentación e informes pertinentes si el deudor hubiera dificultado a los representantes de los trabajadores el acceso a los medios de prueba y documentos necesarios.

Cuando las medidas afecten a empresas de más de cincuenta trabajadores, la referida solicitud (del deudor o de la administración concursal) debe acompañarse de un plan social. Este plan se exige por la legislación laboral (art. 51. 4 ET y art. 6.1. c) RPRE) en todos los supuestos de despidos colectivos en empresas de cincuenta o más trabajadores. El plan social en caso de concurso deberá contemplar la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo. El tenor legal del precepto vincula medidas laborales-viabilidad futura de la empresa y del empleo, por ello, cabrían en el plan social fórmulas alternativas a la extinción de empleos que pasan por la modificación objetiva o suspensión de contratos de trabajo, la recualificación de los trabajadores (reciclaje profesional), o el reparto del empleo (redistribución de la jornada de trabajo, disminución o prohibición de horas extraordinarias, prohibición de externalización de actividades). Podría decirse que la LC revitaliza los planes sociales en empresas en situación de insolvencia y en contexto de continuación de actividad. La previsión y solicitud conjunta de diversas medidas contractuales que reordenarán los recursos humanos en la empresa (*ex art. 64*) quedará reflejada en el plan social, instrumentalizando la continuación de la actividad y la conservación de la empresa en crisis⁴⁸. Por su parte, si el procedimiento concursal deriva en el cese de la actividad empresarial (sea como consecuencia —atípica— de la iniciación del procedimiento —art. 44. 4 LC—

⁴⁸ Sobre el plan social en la ordenación normativa laboral de las situaciones de insolvencia con anterioridad a la LC, *vid.*, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, *op. cit.*, pág. 250 y ss.

o como consecuencia de las operaciones de liquidación) aquel plan social, podría revestir perfiles distintos. En este caso, sería frecuente que el plan social se centrara en las medidas monetarias tendentes a suavizar las consecuencias de la extinción colectiva de los contratos de trabajo (mejoras indemnizatorias, mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social).

Recibida la solicitud (y, el plan social, en su caso) de modificación, suspensión o extinción colectivas de contratos de trabajo (por aplicación del art. 51.3 ET y art. 6.2 RPRE) el juez del concurso comprobará que la misma reúne los requisitos exigidos, requiriendo, en caso contrario, su subsanación en el plazo de diez días, con la advertencia de que si no lo hicieren, se tendrá por desistida la petición, con archivo de actuaciones. En caso de subsanación de los defectos formales, copia de dicha subsanación habrá de remitirse a la representación legal de los trabajadores.

2.3.5. *El periodo de consultas*

Recibida por el juez la solicitud de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo, éste convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas de duración no superior a treinta o a quince días naturales (si la empresa cuenta con menos de 50 trabajadores). Es significativa la exclusión del deudor que sería lógica en supuestos de sustitución de las facultades de gestión y disposición de su patrimonio (concurso necesario, normalmente) pero que no tiene mucho sentido en el caso de intervención. En estos casos, el deudor empresario podría seguir gestionando su patrimonio aun cuando quedara sometido a la autorización o conformidad de su gestión por parte de la administración concursal. Por ello, hubiera sido más lógico excluir la participación del deudor empresario en el periodo de consultas sólo en caso de sustitución (concurso necesario). Otra particularidad del periodo de consultas de la LC es que en los casos en los que la iniciativa parta de los representantes de los trabajadores también se exige aquél. Por el contrario, en el expediente de regulación de empleo solicitado por los representantes de los trabajadores *ex art. 51.9 ET* se omite el periodo de consultas como trámite obligatorio.

Las consultas, pese al silencio de la LC, versarán sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, por aplicación del art. 51.4 ET. La unidad de procedimiento permite aceptar, en contexto concursal, solicitudes conjuntas modificativas, suspensivas y extintivas —colectivas— que sean objeto de



análisis en el periodo de consultas y que, en función de su resultado sean confirmadas, autorizadas o denegadas por el juez mercantil del concurso. El texto final de la LC, ha reforzado la capacidad de gestión del empleo de los representantes de los trabajadores y ha reconocido la vinculación del juez mercantil del concurso al acuerdo alcanzado de buena fe. La Ley reproduce (art. 64.6) las previsiones que sobre adopción de acuerdos en períodos de consultas recoge ET para los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, traslados, suspensiones y despidos de carácter colectivo. Es decir, el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos. La necesaria eficacia en el proceso de negociación (mayoría en la adopción del acuerdo) legitima la limitación de aquellos representantes que van a participar y cerrar el acuerdo del periodo de consultas. En el supuesto de que no existiera representación colectiva de los trabajadores en el centro de trabajo (por aplicación del art. 4 del RPRE) éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que el juez del concurso entenderá las sucesivas actuaciones.

2.3.6. *La decisión del juez del concurso: vinculación al acuerdo alcanzado*

En los expedientes de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo regulados en la LC, la autoridad laboral ha perdido el papel dirimente que, a tenor de la legislación laboral, ostenta en las suspensiones y extinciones colectivas por causas económicas o empresariales (*ex* arts. 47 y 51 ET). Por el contrario, el juez del concurso ocupará una posición esencial resolviendo sobre las medidas contractuales propuestas⁴⁹. La intervención de la autoridad laboral ha quedado reducida en la LC a un simple informe que recabará el juez del concurso a ésta sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado. La emisión del informe se llevará a cabo en el plazo de quince días y la autoridad laboral podrá haber oído a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión. Recibido el informe por el juez o transcurrido el plazo, continuarán las actuaciones. No obstante, en todo caso, el informe presentado extemporáneamente podrá ser tomado en consideración por el juez del con-

⁴⁹ Mediante auto, en un plazo de 5 días (art. 64.7 LC). Este auto judicial habrá de ser cumplido en sus propios términos, como garantía del interés público inserto en el procedimiento.

curso en el momento de adoptar la correspondiente resolución (art. 64.6 LC). Aparte de este informe, es posible que el juez del concurso reciba directamente otros informes o alegaciones de parte que deriven de la voluntad de los sujetos interesados. Así, tanto el deudor como los administradores concursales pueden ser reconocidos como partes, sin necesidad de comparecencia en forma (art. 184.1 LC). Particularmente, esta posibilidad podría ser utilizada por el deudor, teniendo en cuenta que no ha tenido la oportunidad de participar en el período de consultas, y que la resolución judicial con seguridad va a tener una repercusión directa sobre su patrimonio y actividad empresarial⁵⁰.

La normalidad del acuerdo alcanzado en periodo de consultas determinará la vinculación del juez del concurso a éste y, en tal supuesto, al igual que ocurre con carácter general con la posición de la autoridad laboral en suspensiones y despidos colectivos, el juez deberá homologarlo o convalidarlo. Se refuerza así la capacidad de negociación y la autonomía colectiva de las partes. Ahora bien, el acuerdo alcanzado en periodo de consultas vincula al juez del concurso siempre que en la conclusión de aquél no haya existido dolo, coacción, abuso de derecho o fraude. En caso contrario y en el supuesto de falta de acuerdo declara la Ley que el juez «*determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral*» (art. 64.7). La existencia de aquellos vicios del consentimiento obstruye la legalidad del acuerdo alcanzado y, en base a ello, habría que revisar el mismo. En supuestos ordinarios de despido colectivo cuando la autoridad laboral aprecia vicios en el consentimiento remite las actuaciones —con suspensión de plazo— al juez de lo social que podría declarar la nulidad del acuerdo por el cauce procesal del proceso de oficio (art. 146-b) LPL). Su actuación se iniciaría de oficio (cuando el carácter fraudulento se deduzca del propio acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores) o a instancia de parte (por ejemplo, trabajadores afectados). En caso de concurso, el propio juez ejercerá ese control de legalidad previo (y prejudicial) a la adopción de las medidas propuestas ante la existencia de vicios de consentimiento en la conclusión de acuerdo. Y ello porque si es claro que en un expediente de regulación de empleo ordinario es lógico que una apreciación relativa a esos vicios, se defiera a un juez, que es el social, en el concurso al actuar un verdadero juez, como lo es el mercantil, resultaría poco fundada la persistencia de esa remisión al juez social.

Junto a ello, aun cuando no exista fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, también la falta de acuerdo en el periodo de consultas determinará que el juez del concurso decida sobre las medidas contractuales propuestas

⁵⁰ CRUZ VILLALÓN, J., «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo...», *op. cit.*, pág. 136.

(modificaciones, suspensiones, extinciones colectivas) en base a las causas y objetivos alegados. Al igual que ocurre con la intervención de la autoridad laboral en supuestos no concursales, la resolución del juez del concurso debe ser motivada y congruente (arts. 51.6 ET y 12 RPRE). Así, el juez deberá estimar o desestimar, en todo o en parte, la solicitud formulada (medidas modificativas, suspensivas y extintivas de carácter colectivo) y su solución deberá ser motivada. En este sentido, deberá autorizar las medidas propuestas cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas son necesarias para superar la situación económica negativa de la empresa y para contribuir a la viabilidad futura de la empresa y del empleo (juicio de razonabilidad de las medidas). Si ya hubiera cesado la actividad empresarial, las extinciones proyectadas serían una consecuencia de aquella situación crítica que implica la desaparición de la unidad productiva. Además, la resolución del juez del concurso habrá de ser congruente y ello impide que éste resuelva sobre cuestiones distintas de las planteadas o que establezca medidas alternativas a las propuestas. En esta línea, sería incongruente, que el auto judicial resolviera temas no cuestionados o que declarara la extinción de los contratos de trabajo cuando en el expediente se solicitara, únicamente, la autorización para proceder a la modificación o suspensión colectivas de contratos de trabajo. Si sería admisible, sin embargo, que solicitadas un determinado número de extinciones contractuales, el juez del concurso autorizara determinados despidos, no todos⁵¹.

El auto del juez del concurso es recurrible en suplicación, así como a través del resto de recursos previstos en la LPL. Todos estos recursos «*se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales*». (art. 64.8 LC). Ello supone atraer hacia el orden social la revisión de las decisiones judiciales en materia de regulación de empleo en contexto de concurso (modificaciones, suspensiones y extinciones colectivas) cuando en el modelo estatutario (arts. 47 y 51 ET) las decisiones de la autoridad laboral relativas a suspensión y a extinción colectiva de contratos de trabajo son recurribles ante el orden contencioso-administrativo⁵². Por su parte, las acciones que los trabajadores pue-

⁵¹ MERCADER UGUINA, J.R., ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Artículo 64. Contratos de trabajo, op. cit.*

⁵² Así, como expresa CRUZ VILLALÓN, paradójicamente, lo que no se ha logrado materializar respecto del modelo estatutario por la vía de la LJCA de 1998, por vía de la reforma del art. 3.2 b) LPL, se ha logrado con relativa facilidad respecto de la LC, a través de la incorporación de este singular mecanismo de impugnación vía recurso de suplicación a través del orden social de la jurisdicción («Despido y suspensiones del contrato de trabajo...», *op. cit.*, pág. 138).

dan ejercer contra el auto, «en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual», se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal, siendo recurrible en suplicación la sentencia que en él recaiga (art. 64.8 LC). El incidente concursal es el incidente concursal laboral regulado en el art. 195 de la LC y las cuestiones referidas estrictamente a «la relación jurídica laboral» podrían ser las relativas a la concreta cuantía de la indemnización fijada para el trabajador, su salario, antigüedad o categoría profesional⁵³.

En caso de acordarse la suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo, el auto producirá las mismas consecuencias que la resolución de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores afectados a la situación legal de desempleo. A tales efectos, la disposición final decimosexta de la LC establece dos nuevas situaciones legales de desempleo: la suspensión y la extinción del contrato de trabajo en virtud de resolución judicial adoptada en un procedimiento concursal⁵⁴.

2.4. La vigencia de los convenios colectivos

La declaración judicial de apertura del concurso no afectará a la vigencia de los convenios colectivos que se mantendrán en vigor pese a la situación de insolvencia empresarial. No obstante, si se pretendieran modificar condiciones de trabajo fijadas en convenios colectivos del Título III ET sería preciso acuerdo con los representantes de los trabajadores y sólo sería posible tal modificación respecto de las materias que fija la legislación laboral *ex art. 41.2. párr. 3.º ET (art. 66 LC)*⁵⁵. Tal acuerdo habría de adoptarse entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, quedando excluidos, de un lado, el juez del concurso⁵⁶ y, de otro, el empresario (sea concurso necesario o voluntario). Una lectura lógica y sistemáti-

⁵³ *Vid., infra*, 2.6.

⁵⁴ Se modifican por tanto, la letra a) del número 1 del apartado 1 y el número 2 del apartado 1 del art. 208 LGSS.

⁵⁵ Horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento.

⁵⁶ Con anterioridad a la incorporación de esta regla en el texto concursal, el ALC de 2001 establecía esta insostenible declaración: «Desde la declaración de concurso, el juez, a iniciativa del deudor o de la administración judicial y, en todo caso, a solicitud razonada de ésta, podrá acordar la suspensión, por tiempo determinado o por plazo referido a una fase del procedimiento concursal, de la eficacia de los convenios colectivos de trabajo en la parte relativa a las obligaciones de contenido económico a cargo del concursado empleador que no se hallaren consolidadas a la fecha de la resolución judicial».



ca de los arts. 64 y 66 LC permiten llegar a una conclusión en este sentido en la medida en que ambos preceptos regulan el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo especificando, el segundo de ellos, requisitos específicos cuando la condición a modificar se recoge en un convenio colectivo. En base a ello, también en este caso intervendrá el juez del concurso mediante la aprobación (convalidación) del acuerdo alcanzado (arts. 8.2 LC y 86 ter LOPJ) ⁵⁷.

2.5. La protección sustantiva de los créditos laborales

Desde los primeros textos de la reforma concursal (ALC de 2001, PLC de 2002) se insistió en la necesaria eliminación del privilegio de ejecución separada laboral para alcanzar los fines de eficacia, celeridad, garantía e igualdad de todos los acreedores en el procedimiento (*par condicio creditorum*). Se trataba de evitar, en definitiva, cualquier satisfacción crediticia *extra concurso* que pudiera mermar el patrimonio del concursado, garantía común de todos los acreedores. Este privilegio de ejecución separada que podría garantizar la satisfacción de créditos salariales e indemnizatorios a pesar de que la empresa se hallara incurso en un cuasi-interminable procedimiento concursal, también podría perjudicar a los trabajadores de la empresa pues, en el camino había la satisfacción crediticia, podría ser necesaria la realización de los elementos productivos, provocando el desmembramiento de la empresa y su desaparición ⁵⁸. Desde esta perspectiva quedaría, en cierta manera, justificada legalmente la eliminación del privilegio de ejecución separada, sin embargo, esta eliminación debería haberse completado con un diseño crediticio laboral (salarial e indemnizatorio) que, siguiendo los criterios de ordenación crediticia de la reforma, no minorara injustificadamente el marco preexistente y con un reforzamiento de los mecanismos de garantía pública ante el riesgo (contingencia) de insolvencia empresarial.

La LC, sin embargo, ha procedido a eliminar la ejecución separada laboral, ha bajado el nivel de protección del crédito salarial y no ha reforzado los mecanismos de garantía o protección pública frente a la insolvencia empresarial, con la excepción de la asunción de responsabilidades en caso de

⁵⁷ Vid., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J., «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos...», *op. cit.*, págs. 94.

⁵⁸ En esta línea, mantiene DESDENTADO BONETE, que la «*estampida de las ejecuciones separadas*» perjudican a los trabajadores que están en una posición más débil y, además, tiene una gran capacidad para destruir las posibilidades de recuperación de la empresa en crisis «...y su justificación es más que cuestionable» («La reforma concursal y el proceso social...», *op. cit.*, pág. 46).

sucesión de empresas durante el concurso⁵⁹. En esta línea, el art. 149.2 LC establece que cuando opere una sucesión de empresas en el contexto de las operaciones de liquidación, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 ET. Nada se dice, sin embargo, sobre una posible asunción de responsabilidades por el Fondo de Garantía Salarial cuando la transmisión opera en la fase de convenio y no se modifica ningún extremo del régimen de actuación y funcionamiento de aquel órgano público en aras a ganar en celeridad y eficacia. Se insiste en ello, por la necesaria contrapartida protectora ante la desaparición de la ejecución separada laboral. No obstante, el panorama era aun más desolador en los textos prelegislativos⁶⁰.

La LC elimina, por tanto, la posibilidad de ejecuciones separadas laborales quedando reducido el marco crediticio protector de salarios e indemnizaciones al nivel sustantivo. En esta línea, los instrumentos que ha utilizado la Ley son las deudas de la masa (créditos contra la masa) y los privilegios, de carácter especial y general (créditos concursales). Declarado el concurso, únicamente será aplicable el diseño crediticio de la LC⁶¹, por tanto, el art. 32 ET mantiene su vigencia para situaciones de concurrencia crediticia no concursal, con la redacción dada por el disposición final decimocuarta LC y hasta que se apruebe una futura Ley sobre concurrencia y relación de créditos.

2.5.1. *Créditos laborales contra la masa*

El art. 84.2. LC enumera los créditos contra la masa. En la Ley este término desplaza a otro con mayor tradición doctrinal (deudas de la masa)⁶²

⁵⁹ Sobre el tema, *vid.*, DEL REY GUANTER, S., LUQUE PARRA, S., «La transmisión de empresas en situaciones concursales», *op. cit.*, págs. 143 y ss y DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Economía social y salvamento de empresas. La Ley Concursal como telón de fondo», *RGDT y SS* (iustel), núm. 4, 2003.

⁶⁰ *Vid.*, RÍOS SALMERÓN, B., «El ALC y los trabajadores ¿Réquiem por el art. 32 de su Estatuto?, *op. cit.*, págs. 57 y ss., CAVAS MARTÍNEZ, F., «Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal», *op. cit.*, págs. 10 y ss. y ALAMEDA CASTILLO, M.T., «La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales», *op. cit.*, pág. 659 y ss.

⁶¹ *Vid.*, FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la ley concursal», en AA.VV., *Derecho Concursal (Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal)*, Ed. Dilex, Madrid, 2003, págs. 409 y ss.

⁶² *Vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Las deudas de la masa*, Ed. Real Colegio de España, Bolonia, 1986.



que, sin embargo, nunca se reflejó a nivel legislativo. Estos créditos contra la masa serán satisfechos conforme a las reglas del art. 154 LC, es decir, a) antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos para satisfacerlos (*prededucción*), b) cualquiera que sea su naturaleza serán satisfechos a sus respectivos vencimientos, y, además, cualquiera que sea el estado del concurso. Los créditos del art. 84.2.1.º LC (créditos por salarios de los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional) se pagarán de forma inmediata y c) las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial y en caso de resultar insuficiente lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos.

El art. 84.2 LC califica como créditos contra la masa varios tipos de créditos laborales. En el número 1 de la lista se sitúan los créditos por salarios de los últimos treinta días en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional y en el número 5 (quinto puesto) se sitúan los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, entre los que se incluyen algunos créditos laborales como son los correspondientes a la indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de contratos de trabajo y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde su cese, apruebe el convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso⁶³. Siguiendo la regla del art. 154 LC estos créditos generados con posterioridad a la declaración de concurso se pagarán a sus vencimientos pero los salarios por los treinta últimos días de trabajo anteriores al concurso se pagarán de forma inmediata. Tras una primera lectura conjunta de los arts. 154.2 y 84.2.1.º LC podría pensarse que el tradicional superprivilegio del art. 32.1 ET se mantiene, no obstante, hay algo que ha desaparecido en el texto concursal. En efecto, el superprivilegio del art. 32 ET prevalece sobre cualquier otro crédito, aun cuando esté garantizado por prenda o hipoteca, precisión que no se contie-

⁶³ La inclusión de los recargos de prestaciones entre los créditos contra la masa provoca una curiosa situación. Así, como expresa Ríos Salmerón, el recargo que puede afectar a cualesquiera prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional es deuda de la masa mientras que la prestación en sí misma no constituye ni deuda de la masa, ni privilegio general y ello supone que aquella quedará relegada a crédito ordinario y sometida, por tanto, a la ley de dividendo. Por ello, entiende el autor que ha quedado derogado el art. 121 LGSS que extendía a todas las prestaciones de la Seguridad Social, incluidos los recargos, los privilegios del art. 32 ET («Privilegios de los créditos laborales...», *op. cit.*, pág. 178).

ne en la LC porque el art. 154.3 indica que las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se hará con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (vgr. créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o prenda sin desplazamiento sobre los bienes hipotecados o pignorados...). Por ello, afirma Ríos Salmerón, que el superprivilegio salarial se pospone al hipotecario y ello equivale a una pérdida importante de derechos para el trabajador ⁶⁴.

2.5.2. *Créditos concursales laborales: créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general*

Declara el art. 84.1 LC que constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor que no tengan la consideración de créditos contra la masa y el art. 89.1 LC precisa que los créditos concursales se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados. Por lo que se refiere a los créditos concursales laborales privilegiados hay que distinguir entre créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general.

En relación a los créditos con privilegio especial, el art. 90.1.3.º LC establece que tienen tal carácter los créditos refaccionarios sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los bienes elaborados por ellos, mientras sean de propiedad o estén en posesión del concursado. La Ley exonera a los créditos refaccionarios de los trabajadores de las garantías exigidas para la oponibilidad a terceros (al igual ocurre con la hipoteca legal tácita [art. 90. 2 LC]), es decir, no se requiere formalidad o asiento registral para que surtan efectos ⁶⁵. Pese a la aparente coordinación entre los arts. 32.2 ET y 90.1.3.º y 2 LC hay una referencia que no se recoge en la norma concursal que es la relativa a que la preferencia especial refaccionaria se impone «sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores», lo que implica una nueva degradación en la protección crediticia laboral.

Por su parte, en la enumeración de los créditos con privilegio general, se sitúan, en primer lugar, los créditos por salarios que no gocen de privilegio especial (art. 91.1.º LC). En estos casos la cuantía garantizada con el privilegio general es la resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago. Asi-

⁶⁴ RÍOS SALMERÓN, B., *Ibid.*, pág. 172. En línea similar, MARTÍNEZ LUCAS («La posición jurídica de los trabajadores en la nueva Ley Concursal», *La Ley*, Año XXIV, Número 5884, 3 noviembre 2003, pág. 3).

⁶⁵ RÍOS SALMERÓN, B., *Ibid.*, pág. 179.



mismo, gozan de este privilegio general de primer rango las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Pese a estar situados los créditos laborales en primer lugar, no pueden perderse de vista las reglas de pago de los créditos laborales concursales con privilegio general. En esta línea, establece el art. 156 LC que deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en el art. 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. Lógicamente, si en una empresa no existen muchos bienes desafectos al pago de créditos con privilegio especial, los trabajadores tendrán serias dificultades para hacer efectivos sus créditos salariales e indemnizatorios protegidos con privilegio general. Junto a ello, y por encima de las cuantías protegidas con privilegio general, la LC excluye otras garantías crediticias laborales y ya no será aplicable ninguna regla sobre clasificación de créditos, ejecuciones y apremios que no esté expresamente recogida en ella. Por tanto, en contexto concursal, quedan excluidos no sólo los privilegios crediticios de las normas laborales (art. 32 ET y 246.3 LPL) sino también las preferencias de créditos salariales establecidas en normas extralaborales (art. 1924.2-d] CC y art. 913.1 y 914.2 Ccom).

2.6. Tutela procesal del trabajador durante el concurso

La atracción hacia el juez mercantil del concurso de todas las acciones sociales con trascendencia patrimonial dirigidas contra el concursado que recogían el ALC de 2001 y el PLC de 2002, desaparece en la Ley. Las Leyes Concursales (LC y LORC que modifica la LOPJ) limitan las acciones sociales objeto de conocimiento por el juez del concurso y admiten la interposición de recurso de suplicación y del resto de los recursos previstos en la LPL contra el auto que autorice medidas colectivas de modificación, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo. Ello implica un claro reforzamiento de la tutela procesal del trabajador durante el concurso en relación a las versiones iniciales, no obstante como se refirió previamente, otra institución garantista, el privilegio de ejecución separada laboral, desaparece del ordenamiento español.

2.6.1. *Acciones declarativas y ejecutivas laborales*

El juez del concurso conocerá de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, así como la suspensión y extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando éstas supongan modificar las condiciones establecidas en el convenio colectivo aplicable a estos contratos, se requiera acuerdo con los representantes de los trabajadores (art. 8. 2.º LC y art. 86 ter LOPJ). Además, conocerá el juez del concurso de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado cualquiera que fuera el órgano que la hubiera ordenado y toda medida cautelar que afecte al patrimonio de aquél (art. 8.3.º LC y art.86 ter LOPJ). Por tanto, el juez mercantil del concurso solo podrá conocer: a) respecto de los contratos de trabajo comunes, en fase declarativa, sobre modificaciones, suspensiones y extinciones colectivas de contratos de trabajo comunes en los términos vistos y en fase ejecutiva, se mantiene, desde los textos pre-legislativos (ALC 2001, PLC de 2002), el juez único que despacha ejecución conforme a las reglas propias de un procedimiento de ejecución universal y b) respecto de los contratos de alta dirección, en fase declarativa, sobre suspensiones y extinciones individuales y en ejecución, al igual que en los contratos de trabajo comunes⁶⁶.

Esta es la competencia en materia declarativa y ejecutiva que ostenta el juez mercantil desde la declaración del concurso. Puede ocurrir, sin embargo, que existieran juicios declarativos sociales en los que el deudor fuera parte y que se encontraran en tramitación al momento de la declaración de concurso. En este caso se continuarán, por el propio órgano que los estaba conociendo, hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, establece el art. 51.1 LC, que se acumularán aquellos que siendo competencia del juez del concurso (es decir, modificación, suspensión o extinción colectivas de contratos de trabajo comunes y suspensión y extinción de contratos especiales de alta dirección) se estén tramitando en primera instancia (por un juez de lo social o del orden contencioso-administrativo) y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. La competencia declarativa del juez mercantil del concurso sólo sobre determinadas acciones sociales reconduce a la jurisdicción social todas las pretensiones sociales que escapen de su jurisdicción exclusiva y excluyente. El juez de lo social seguiría, por ejemplo (y, a pesar del concurso) conociendo so-

⁶⁶ Vid., MERCADER UGUINA, J.R. y ALAMEDA CASTILLO, M.T., «Artículo 65. Contratos del personal de alta dirección», en AA.VV, *Comentarios a la Ley Concursal*, op. cit.



bre extinciones individuales o plurales o procesos de clasificación o movilidad funcional. No obstante, la naturaleza del procedimiento concursal que es un procedimiento de ejecución colectiva impone cierta coordinación y a ello responde la regla contenida en el art. 50 LC que establece que los jueces o tribunales del orden social ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase. En materia de ejecución, declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares y las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. Sin embargo, podrán continuarse las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad del proceso productivo del deudor (art. 55 LC).

En definitiva, como expresa Rodríguez-Piñero, la voluntad del legislador es circunscribir la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, en principio, a acciones laborales colectivas —con la salvedad hecha respecto a los contratos de alta dirección— y a las ejecutivas y compatibilizar la tramitación del procedimiento concursal con el conocimiento por el juez social de acciones declarativas de trabajadores afectados por este procedimiento⁶⁷.

2.6.2. *Medios de impugnación*

Las limitaciones a la competencia judicial del juez del concurso en materia laboral se intensifican en materia de medios de impugnación en la medida en que se acepta la interposición del recurso de suplicación y del resto de los recursos previstos en la LPL. Así, contra el auto del juez mercantil del

⁶⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales», *op. cit.*, pág. 12. DESDENTADO BONETE se manifiesta muy crítico con la extensión de la competencia del juez mercantil al conocimiento de las pretensiones declarativas sociales del art. 8.2.º LC en la medida en que ésta altera la normal distribución entre los órdenes jurisdiccionales y, en su opinión, no hubiera habido ningún problema en mantener, en fase declarativa, el conocimiento de acciones sociales siempre que no se pasara a la ejecución. Hubiera sido una solución más idónea dejar la decisión en manos del empresario o de la administración concursal y prever un proceso urgente de impugnación ante el orden social a partir del modelo del art. 138 LPL, quizá con un recurso del tipo del interés de ley para lograr la uniformidad de las resoluciones de instancia («La reforma concursal y el proceso social...», *op. cit.*, págs. 47-48).

concurso que decida la modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo en el proceso concursal, cabrá la interposición de recurso de suplicación y del resto de los recursos de LPL (recurso de súplica, recurso de queja, recurso de casación y casación para unificación de doctrina, recurso de revisión) que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales (art. 64.8 LC). Por su parte, las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a su relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal (art. 195 LC)⁶⁸ ante el juez del concurso. No obstante, la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación (art. 64.8 LC) y también cabrán los demás recursos previstos en la LPL por aplicación del art. 197 LC, precepto que extiende el recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la LPL a todas las sentencias que resuelvan incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso. La LC reconduce, por tanto, a la jurisdicción social la revisión de los autos del juez de lo mercantil e introduce una novedosa dualidad de jurisdicciones. Así, tiene el juez mercantil del concurso determinadas competencias en materia laboral (modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo comunes⁶⁹, suspensión y extinción de contratos de alta dirección) y si se recurre contra aquel auto la vía es la de los medios de impugnación de proceso laboral, aun cuando en el supuesto de interposición de acciones individuales contra el auto del juez de lo mercantil, previamente, sería preciso acudir al incidente concursal laboral.

⁶⁸ Establece el art. 195 LC que si se plantea el incidente concursal a que se refiere el art. 64.8. de la Ley la demanda se formulará de acuerdo con lo establecido en el art. 437 de la LEC. El juez advertirá, en su caso, a la parte, los defectos, omisiones o imprecisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que se subsane dentro del plazo de cuatro días, con apercibimiento de que, si no lo efectuase, se ordenará su archivo. Si la demanda fuera admitida, el juez señalará dentro de los diez días siguientes el día y la hora en que habrá de tener lugar el acto de juicio, citando a los demandados con entrega de copia de la demanda y demás documentos, debiendo mediar en todo caso un mínimo de cuatro días entre la citación y la efectiva celebración del juicio, que comenzará con el intento de conciliación o avenencia sobre el objeto del incidente. De no lograrse ésta, se ratificará el actor en su demanda o la ampliará sin alterar sus pretensiones, contestando al demandado, y proponiendo las partes a continuación las pruebas sobre los hechos en los que no hubiera conformidad, continuando el procedimiento conforme a los trámites del juicio verbal de la LEC, si bien tras la práctica de la prueba se otorgará a las partes un trámite de conclusiones.

⁶⁹ En palabras de DESDENTADO BONETE, «...por un curioso efecto de carambola, el orden social ha pasado a ser competente en materia de regulación de empleo, al menos en vía de recurso» («La reforma concursal y el proceso social...», *op. cit.*, pág. 33).



Pese a que la Ley es más respetuosa con la tutela judicial efectiva que las versiones iniciales de la reforma⁷⁰ se plantearán, inevitablemente, distorsiones ante la dualidad de jurisdicciones y la diversidad de criterios y de interpretación normativa de órganos judiciales pertenecientes a órdenes jurisdiccionales distintos algo que generará, sin duda, amplios espacios de inseguridad jurídica aun cuando la propia LC insista en que el juez del concurso en su actuación y, sin perjuicio de la aplicación de las normas de la LC, deberá tener en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral (art. 8.2.º LC y art. 86 ter LOPJ). Es decir, la mercantilización de la relación de trabajo y su adecuación al proceso de concurso va de la mano de la laboralización del juez del concurso en el conocimiento de cuestiones sociales durante la tramitación de éste. Pese a ello, otra cuestión generará una mayor inseguridad jurídica y es la relativa a la falta de efecto suspensivo de los recursos interpuestos ante los órganos jurisdiccionales del orden social (arts. 64.8 y 197.7 LPL) que podría provocar, de hecho, el no cumplimiento de las resoluciones de éstos pues si el concurso sigue su tramitación como si no se hubieran planteado impugnaciones, podría ocurrir que la resolución, una vez revisada en el orden social, no pudiera ser ejecutada. Todas estas distorsiones se producen por la precipitación y la falta de reflexión profunda en la fase final de tramitación parlamentaria de la Ley sobre las implicaciones reales de esta dualidad de jurisdicciones. Quedan abiertos, por tanto, muchos márgenes para la (necesaria) interpretación de la jurisdicción ordinaria y constitucional a partir de la entrada en vigor de la Ley⁷¹.

⁷⁰ Vid., ALAMEDA CASTILLO, M.T., «La proyectada reforma concursal...», *op. cit.*, pág. 674-675.

⁷¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ plantea, en este contexto, que se está afectando al derecho de los trabajadores implicados a que las resoluciones de los Tribunales del orden social se cumplan (en sus propios términos o por equivalente) y no constituyan «...meras victorias morales frente a la administración del concurso, o frente a nadie, llegado el caso». Estaría en juego, en definitiva, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE, en la interpretación dada por el TC («Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal», *op. cit.*, págs. 71-75).





LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: UNA SOLUCIÓN DE RETOQUE

CARMEN CARRERO DOMÍNGUEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Carlos III

EXTRACTO

La Reforma del marco normativo de la prevención supone una salida desesperada del legislador en la búsqueda de soluciones normativas tendentes a minorizar los índices de siniestralidad tan elevados que existen y de culturización preventiva de los empresarios, fundamentalmente, pero también, de todos los sujetos implicados en la seguridad y salud laboral. Uno de los objetivos esenciales que se marcó la Ley 31/1995 no ha sido claramente alcanzado, muy al contrario, seguimos en un panorama social y empresarial de cumplimiento formal de obligaciones pero no de concienciación preventiva. Tampoco han sido eficaces los mecanismos de asesoramiento y apoyo —los servicios de prevención— o de control y vigilancia —la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. No obstante, esta valoración no debe llevar a tener una impresión negativa de la Norma anterior, sino que la no consecución de este objetivo responde, más bien, a una incorrecta aplicación de la Ley. Esta era, en su origen, una buena regulación, actualizada a las políticas y parámetros marcados por la Unión Europea, sin embargo no se han producido los desarrollos normativos adecuados ni se han habilitado los recursos humanos y materiales necesarios. Ello ha incidido en unos resultados no correspondidos al espíritu y objetivos de la Ley. El nuevo marco normativo no ofrece soluciones reales a los problemas planteados en las empresas y Administraciones inspectoras en materia de prevención de riesgos laborales. La nueva regulación obsesionada porque las empresas integren la prevención como una actividad más de las que tienen que realizar sólo burocratiza, si cabe más, la seguridad y salud laboral, lo que conlleva caer en el mismo error, volver a cumplir documentalmente las obligaciones sin saber si van a tener un reflejo en la práctica. El nuevo plan de prevención, la integración de los recursos preventivos, entendido como más personal que no como más recursos materiales e instrumentos de aplicación preventiva, la habilitación de funcionarios para hacer labores de policía, que «in natura» son propias de la Inspección de Trabajo, son medidas reformadoras que tienden a enmarañar más aún la gestión de la prevención en la empresa y la actuación de los poderes sancionadores de la Administración con solapamiento de funciones entre la Inspección y el técnico habilitado. En fin, habrá que esperar a la aplicación de la norma para saber sus efectos positivos.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. FINALIDAD DE LA REFORMA: ¿OBJETIVOS NUEVOS O AFIANZAMIENTO DE LOS QUE YA EXISTEN?
3. LAS NUEVAS OBLIGACIONES EMPRESARIALES Y LA ALTERACIÓN DE LAS EXISTENTES
 - 3.1. Alcance de la especificación de la deuda general de seguridad del empresario
 - 3.2. El plan de prevención: ¿una obligación novedosa?
 - 3.3. Los recursos preventivos
4. LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES
5. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO: EL NUEVO MODELO DE COLABORACIÓN Y ACTUACIÓN
6. MODIFICACIONES PRODUCIDAS EN LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL
7. VALORACIÓN DE LA REFORMA

1. INTRODUCCIÓN

El pasado mes de diciembre se produjo la anunciada reforma de la Ley 31/1995¹, mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales². La nueva normativa busca dar soluciones a una situación estancada y, hasta cierto punto, de incumplimiento de la regulación anterior modificando así, las estructuras básicas que sustentan los pilares reguladores de esta materia.

El presente artículo pretende señalar cuáles han sido las alteraciones más significativas introducidas con la nueva Ley, así como analizar la necesidad, al menos dudosa, de la reforma. Hay que indicar que los cambios normativos que se estaban esperando ya han sido publicados con el Real Decreto que desarrolla el art. 24 de la Ley de Prevención, es decir, regula todo el campo de la coordinación de actividades en la empresa. En este punto se realizarán alguna consideraciones sobre el Reglamento que se acaba de aprobar y que fue debatido por el Ejecutivo y por los agentes sociales, sindicatos y patronal. Obviamente las observaciones que se realicen al respecto jugarán con la cautela suficiente a la espera de comprobar la virtualidad de la norma³.

De este modo, el análisis que este artículo pretende va a hacerse siguiendo el orden sistemático de la Ley, esto es, según grupos de materias, algo que, sin duda, ayudará a seguir las pautas de la Reforma, tener una

¹ Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre).

² BOE de 13 de diciembre.

³ Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (BOE de 31 enero).



visión global de la regulación actual y evitará un ir y venir constante a la Norma.

Por último y en tanto que la Reforma también afecta a la Ley de infracciones y sanciones en el orden social con la modificación de algunas de las infracciones y el establecimiento de nuevas que responden a la regulación de diversas obligaciones para el empresario, igualmente se realizará un acercamiento a estos cambios.

2. FINALIDAD DE LA REFORMA: ¿OBJETIVOS NUEVOS O AFIANZAMIENTO DE LOS QUE YA EXISTEN?

La mera lectura de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma pone en evidencia la eficacia y virtualidad práctica de la normativa reformada. Es claro que la regulación anterior ya intentó actualizar la normativa de prevención de riesgos laborales a una realidad distinta, tanto a las nuevas formas de organización de las empresas como a las necesidades de adaptar e integrar una materia que si bien acompaña desde el inicio a la actividad productiva, no obstante, se deja olvidada por lo costoso —tanto económica como organizativamente— que para los empresarios representa asumir la implantación de métodos y equipos que busquen la minoración y la lucha contra los riesgos laborales. Es por esto que la Ley de 1995 construyó un sistema de prevención basado fundamentalmente en tres pilares, a saber, la cultura preventiva de los sujetos sociales, la integración de la prevención en las empresas y el despliegue de un organigrama de responsabilidades y de control público del cumplimiento de las obligaciones del empresario⁴. Sin embargo, estos objetivos que sustentaban toda la regulación se han mostrado de todo punto no logrados. No tanto porque no fueran los necesarios sino porque la Ley no fue acompañada de los instrumentos y recursos necesarios para ponerla en práctica.

En efecto, una Ley tan compleja como es la de Prevención de Riesgos Laborales necesitaba, sin lugar a dudas y en primer lugar, de un desarrollo específico y detallado del alcance y contenido de las obligaciones que, de forma general, venían establecidas en la Norma. Es cierto que el volumen de normas reglamentarias de desarrollo de la Ley ha sido ingente; pero también lo es que ha estado marcada por una regulación, en unos casos de aspectos concretos (sustancias, riesgos específicos) y en otros técnicos (tal es el caso de la adaptación de la normativa en distintos ámbitos, siendo el más signifi-

⁴ Véase, en general, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Trotta, Madrid, 1996, págs. 46 y ss.

cativo el de la Administración Pública). Pero, pese a lo dicho, lo que no ha existido es un acercamiento y detalle de ese conjunto de obligaciones previstas legalmente y que claramente precisaban de unos desarrollos reglamentarios aunque sólo fuese por razones de seguridad jurídica. No obstante, esta no es la única razón que justificaba una regulación más concreta sino que existen otras que inciden directamente en la consecución de uno de los objetivos que se marcaba la Ley: el desarrollo, afianzamiento y concienciación de una cultura preventiva de trabajadores y empresarios.

El escaso empeño puesto por los poderes públicos en estos desarrollos va directamente relacionado con el menor interés que los empresarios manifiestan en el cumplimiento exacto de sus obligaciones; que dan cobertura formalmente, pero que no tienen una incidencia clave que se pudiera calificar como «normal» en las empresas. Dicho en otros términos, lo que parece importar es tener el documento correspondiente que justifique la obligación aunque luego no exista una correspondencia con la realidad empresarial; es decir, el papel justificativo de la evaluación de riesgos, el de la vigilancia de la salud, el conforme de la auditoria —dicho sea de paso aunque con la promesa de cumplir con lo encontrado como incumplido o defectuoso— etc. Desde luego, esto no ha ayudado a que los empresarios se conciencien en materia de prevención, que la asuman como una actividad más, dicho en otros términos que tomen conciencia de que hablamos de la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Pero esta falta de cultura preventiva también se manifiesta del lado de los trabajadores, preocupados más por la situación global de empleo, que en la exigencia y propio cumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud laboral. Si a estas consideraciones se añade que la negociación colectiva tampoco ha resultado tan provechosa en este ámbito como pudiera haber sido, sobre todo, en el empeño de conseguir esa concienciación que se pretendía, el resultado es bastante desconsolador⁵.

En segundo lugar, una de las piedras angulares de la regulación era la integración de la prevención en la empresa, principio preventivo sustentador de todo el sistema⁶. Se pretendía que los empresarios asumieran la prevención como un elemento más conformador de la actividad empresarial y no como un elemento secundario y no prioritario en el sistema productivo.

⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y CARRERO DOMÍNGUEZ, C. «La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». *Revista Cuadernos de Relaciones Laborales* 14/1999, págs. 49-68; MERCADER ÚGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B. «El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales». *Aranzadi Social* 14/2002, págs. 73 y ss.

⁶ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y otros. *La Seguridad y Salud Laboral en la pequeña empresa*. Editorial La Ley-Actualidad, 1999.



Este objetivo tampoco ha sido implantado suficientemente en el mundo empresarial. Es cierto que la Ley exigía la creación o, en su caso, el concierto de los servicios de prevención como instrumentos claves, innovadores⁷, de apoyo y asesoramiento y, por supuesto, de implantación de la prevención como una actividad más en la empresa⁸. No obstante, de nuevo se han convertido en herramientas poco eficaces para la integración de la seguridad y salud en las empresas. Se tiene la sensación de que se «cumple» con la constitución de aquellos o con la contratación de dichos servicios ajenos con las Mutuas o empresas acreditadas para realizar dichas funciones, eso sí, siempre que no pidan demasiado y formalmente aparezcan cumplidas las obligaciones exigidas. De esta realidad no se puede señalar un sólo culpable, esto es, el empresario sino que existe una corresponsabilidad entre éste, los servicios de prevención que, en la medida en que se les pide, intentan cumplir con el mínimo exigido y, por supuesto, los poderes públicos por no haber proporcionado los instrumentos de asesoramiento, apoyo y control necesarios para un mejor y más exacto cumplimiento de la norma.

Por último, el control, la vigilancia y el sistema de responsabilidades conformaban a la Ley como una de las leyes sustantivas de incidencia más clara e importante en las empresas. En efecto, la Ley de 1995 se configuró como una de las normas cuyo incumplimiento generaba un elenco de responsabilidades difícil de abarcar y, desde luego, que iba dirigido a desincentivar al empresario ante el hecho de no atender o no hacer frente a sus responsabilidades. Sin embargo, para que este objetivo tuviera efectividad y se consiguiera se hacía de todo punto necesario la existencia de instrumentos eficaces de control y vigilancia; un control y vigilancia inabarcable por parte de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social dado los medios humanos y materiales con los que, en ese momento y en la actualidad, cuenta. Todo ello, además, coincidiendo con la implantación de la nueva Ley de la Inspección de Trabajo donde se establece una organización bicefálica de este Cuerpo⁹. Es decir, jerárquicamente dependiente de la Administración General del Estado y funcionalmente de la Comunidad Autónoma correspondiente. Esto ha supuesto, sin duda, algún problema de funcionamiento y adaptación progresiva que ha tenido su incidencia, desde luego, en la vigilancia

⁷ PURCALLA BONILLA, M. A. «Los servicios de prevención: notas a propósito de la jurisprudencia del TJCE y del proyecto de Ley de Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales». *Diario La Ley*, 5879/2003, págs., 1 a 6.

⁸ En relación a su configuración, naturaleza y funciones, véase MORENO MÁRQUEZ, A. *Los servicios de Prevención*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; GONZÁLEZ ORTEGA, S., FERNÁNDEZ PERDIDO, F. y MORENO MÁRQUEZ, A. *Comentarios al Reglamento de los servicios de prevención*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

⁹ Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

y control de las empresas en materia de prevención de riesgos laborales. Si a ello se añade el escaso número de inspectores con que se cuenta, el resultado no es muy positivo, es decir, la Inspección no ha podido alcanzar y dar cumplimiento a todas las exigencias que la normativa de prevención le exigía ¹⁰.

Aún siendo éste el resultado aplicativo de la Ley de 1995, no se puede decir que esta Norma no deba de calificarse de renovadora y que podía haber sido suficientemente operativa si hubiera contado con las normas de desarrollo y los instrumentos materiales, presupuestarios y humanos necesarios para su puesta en práctica real y eficaz. De hecho, ya el Informe Durán ponía de manifiesto las consideraciones que se han realizado y las deficiencias que rodeaban a la norma, entre ellas, la carencia de políticas globales de prevención y de falta de estímulo para las empresas ¹¹.

Pues bien, desde estas manifestaciones se puede pensar que la Reforma, en sí misma considerada, no supone un cambio radical y en términos absolutos de los establecidos por la Ley de Prevención original. Es más, si los poderes públicos se hubieran tomado el interés requerido, incluso, podría decirse que no era necesaria la reforma producida. Sin embargo, para entender estas observaciones corresponde ahora analizar cuáles son las instituciones reformadas y los nuevos objetivos planteados con la Ley 54/2003. La primera afirmación que se puede realizar es que la reforma vuelve a basarse y fundamentarse en la misma estructura, bases y objetivos ya establecidos desde el 1995. Efectivamente, de nuevo son la cultura preventiva, la integración en la empresa y la vigilancia y control las que promueven y sustentan el nuevo marco normativo de la prevención.

Esta Reforma, consensuada por los agentes sociales y los poderes públicos ¹², considera que los mencionados pilares son los que deben afianzarse para dar respuesta al índice tan elevado de siniestralidad laboral existente en nuestro país y un mejor cumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud laboral. Para ello, el marco normativo se dirige directamente a conseguir distintas finalidades, entre ellas, las antes mencionadas de reducción de accidentes de trabajo, específicamente, en determinados sectores, como el de la construcción; buscar una mejor integración de la prevención en las organizaciones empresariales, teniendo en cuenta que uno de los ele-

¹⁰ DURÁN LÓPEZ, F. *Informe sobre Riesgos Laborales y su prevención, La seguridad y salud en trabajado en España*. Edición de Presidencia de Gobierno, Madrid, 2001, pág. 74.

¹¹ DURÁN LÓPEZ, F. «Informe sobre Riesgos Laborales y su prevención, La seguridad y salud en trabajado en España». *Op. cit.*, págs. 85 y 86.

¹² Informe-diagnóstico de la Mesa de Diálogo Social en materia de prevención de Riesgos Laborales dentro de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales de 30 de diciembre de 2002, cuyas propuestas fueron refrendadas por el Pleno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo de 29 de enero de 2003.



mentos esenciales es el de la coordinación de actividades, cuya delimitación de obligaciones y responsabilidades se hace necesaria; y por supuesto, buscar soluciones para un mayor y más efectivo sistema de información y control de la seguridad y salud laboral.

Las finalidades, ya contempladas en la regulación anterior, vuelven a configurarse como centrales y, para ello, la nueva Ley establece regulaciones más detalladas sobre las obligaciones, en concreto, la referida al establecimiento de un plan prevención, no meramente formal sino de cumplimiento y proyecto de futuro para las empresas, basado en la evaluación de riesgos y en la planificación de la prevención. Además, se incluyen los llamados recursos preventivos, para determinados supuestos y actividades que garanticen la aplicación de los planes de prevención y el control del riesgo. Se intenta realizar una mejora en determinadas tipificaciones de las infracciones y se buscan soluciones para la Inspección de Trabajo, habilitando a funcionarios públicos que colaboren con aquella y facilite la verificación y el control público del cumplimiento de la normas preventivas.

Hechas estas consideraciones de tipo general, el paso siguiente será el estudio de los aspectos más importantes del nuevo marco normativo por bloques de materias comenzando por la configuración y delimitación de las nuevas obligaciones empresariales así como un análisis de afectación de aquellas obligaciones ya contempladas en la Ley 31/1995 y que han sufrido algunas modificaciones en su articulación.

3. LAS NUEVAS OBLIGACIONES EMPRESARIALES Y LA ALTERACIÓN DE LAS EXISTENTES

3.1. Alcance de la especificación de la deuda general de seguridad del empresario

Como ya se ha señalado la Ley de Reforma, a partir de las premisas anteriormente mencionadas y, sobre todo, con base en el principio de integración de la prevención en la empresa¹³, reformula y detalla algunos de los deberes empresariales ya establecidos en la Norma de 1995. Entre ellos está la obligación general de seguridad sobre la que se asientan los demás deberes instrumentales del empresario¹⁴. Se procede a una reconsideración

¹³ LUJÁN ALCARAZ, J. «La proyectada reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales». *Tribuna, Aranzadi Social*, 12/2003 (BIB 2003/1140), pág. 5.

¹⁴ CAMAS RODA, F. *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*. La Ley, Madrid 2002. GONZÁLEZ DÍAZ, F. *La obligación de prevención de riesgos laborales*. CES, Madrid, 2002.

de la deuda de seguridad, no tanto porque se varíe o se dé un contenido distinto al que tenía, sino porque concreta y detalla, algo más, lo que debe entenderse por el deber de seguridad y, hasta que punto, es el contenido mínimo que debe conocer el empresario para entender que si lo cumple, está dentro de los márgenes de integración de la prevención en la empresa. La deuda de seguridad había sido entendida más que como una verdadera obligación como una proclamación de intenciones. En efecto, la configuración de un deber tan general provocaba no pocos problemas en su determinación, soslayados, parcialmente, por la delimitación que se producía mediante las obligaciones instrumentales¹⁵.

En este sentido, la nueva redacción del artículo 14.2 determina que, para el mejor cumplimiento del deber de protección, el empresario tiene que desarrollar una acción permanente que consiste —y aquí radica la precisión del contenido de dicho deber— en el seguimiento de la actividad preventiva en la empresa «continuo» que ya no sólo, que también, consiste en adoptar las medidas necesarias para la protección de los trabajadores en el trabajo sino que además requiere de una mayor diligencia exigida ante la identificación de los riesgos, su evaluación y control. De esta manera, la exigibilidad de la integración de la prevención en la empresa no queda reducida a la adopción de cuantas medidas sean necesarias sino igualmente a una acción empresarial más amplia que se asienta en una mayor diligencia exigible —en el marco de sus responsabilidades— y que debe proyectarse en un deber de vigilancia y acción actual¹⁶.

La primera valoración que se pueda ofrecer a este intento del legislador de concienciar al empresario de su compromiso prevencionista con la seguridad y salud de sus trabajadores, así como hacerle conocedor de que el cumplimiento de su deuda de seguridad no queda cubierto únicamente con la adopción de medidas cuando se actualiza un riesgo o es claramente probable que así suceda, desde luego, debe ser positiva. Lo que ocurre es que no se puede ignorar que, quizás, el empresario contemplará esta prescripción normativa como una imposición más, y no como una pauta de comportamiento que debe asumir, lo mismo que hace cuando se produce una reorganización productiva, y toma decisiones de mejora de la competitividad en el proceso de producción, o en los recursos humanos; decisiones que adopta no tanto por imposición sino como mejora de la situación de la empresa.

Dicho de otro modo, hay que ser optimista en el sentido de que esta mejora de la delimitación de la obligación general suponga una mayor se-

¹⁵ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. «La determinación del contenido del deber de seguridad del empresario». *Temas Laborales* 34/1995, págs. 105-119.

¹⁶ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*. La Ley, Madrid, 2001, págs. 125 y ss.



guridad jurídica para el empresario y, al mismo tiempo, le haga reflexionar acerca de la necesidad de realizar prevención; de la misma forma que contrata o pone su servicios o productos en el mercado, jugando con el hándicap de que, en este caso, se trata además, de preservar bienes jurídicos fundamentales para los trabajadores. Pero sin perder ese optimismo, todo apunta o hace pensar que este proceso de concienciación y reflexión va a ser lento y progresivo ya que entra en colisión con otros valores esenciales para el mundo empresarial como, y principalmente, los económicos y laborales; pues de no haber sido así lo lógico hubiese sido que a estas alturas estuviese ya consolidado. No obstante, esta modulación que se realiza a la obligación de seguridad significa superar un escalón pequeño en su determinación, ya que todavía quedan muchas materias que están directamente relacionadas con el alcance de la deuda de seguridad y a las que no se les ha dado solución. Baste citar, por ejemplo, aquellas recomendaciones que se realizan en normas de no obligatorio cumplimiento (UNE, normas técnicas de industria, guías, Informes del INSHT etc.) y cuyos contenidos delimitan, también, la obligación de un lugar de trabajo sin riesgos o libre de ellos ¹⁷.

3.2. El plan de prevención: ¿una obligación novedosa?

Una de las principales novedades de la reforma ha sido la inclusión del deber del empresario de elaborar un plan de prevención de la empresa. Se da una nueva redacción al artículo 16 de la Ley al incluir la necesidad de las empresas de concebir y aprobar un plan de prevención directamente relacionado con la evaluación de riesgos y con la planificación de la prevención que actúan como instrumentos de delimitación del contenido de dicho plan. La premisa de la que se parte en la modificación de este precepto, radica en que la prevención debe estar incluida en la gestión general de la empresa como cualquier otra actividad, y en consecuencia, afecta y debe ser asumida por todos los niveles jerárquicos de aquélla. Por esta razón parece que el empresario no es sólo el sujeto susceptible de asumir y hacer prevención, sino que quedan implicadas en esta actividad todas las personas que pertenezcan a los distintos escalones del sistema empresarial, desde los mandos intermedios hasta, por qué no el propio trabajador —dentro, eso sí, de los límites legales y de sus propias competencias ¹⁸—.

¹⁷ «Normativa en materia de prevención de riesgos laborales y delitos contra la seguridad en el trabajo», SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA. En AAVV. *Derecho Penal de la Empresa*. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, págs. 495-514.

¹⁸ GARCÍA SALAS, A. I. «Directivos y mandos en materia de seguridad y salud en el trabajo». *Monografías Temas Laborales*, Sevilla, en prensa, —acceso al original—.

El plan de prevención, por tanto, se configura en un proyecto actual y/o de futura de acción en materia de seguridad y salud laboral. De tal forma, que el empresario debe elaborar un plan de actuación en la empresa dependiendo de la actividad que realice, de los riesgos que genere, de quienes tengan que realizar dichas actividades y, para llevar a cabo este plan se hace de todo punto necesario que se plantee una organización, funciones a realizar, procedimientos a seguir y procesos a realizar así como los recursos que se van a poner a disposición para el cumplimiento del deber que la norma le impone. Todo este complejo de acciones que se impone al empresario se acompaña, además, prescribe el segundo párrafo del art.16, con la determinación de las responsabilidades. Esta última apreciación es la que presenta mayores dudas en orden a conocer a qué se está refiriendo la norma y el alcance de las mismas. Es claro que el abanico de responsabilidades por incumplimiento de la normativa en prevención de riesgos laborales viene establecido por la Ley en el art.42 y son las establecidas en ese precepto; por tanto, la pregunta que surge es a qué tipo de responsabilidades y a qué incumplimiento de obligaciones se está refiriendo el art. 16.2. La interpretación que parece que deba hacerse es que se trata de las obligaciones establecidas en el propio plan de prevención y de las responsabilidades (si acaso laborales o civiles por daños y perjuicios que se derivaran) que se generarán por incumplimiento de las mismas. No puede ser de otro modo, ya que otras posibles responsabilidades, como las administrativas, penales o de seguridad social, solamente pueden concebirse desde su establecimiento por una norma con rango legal¹⁹.

El plan, en ningún caso, debe entenderse como una acción actual y presente de la prevención, sino que la norma permite y, hasta cierto punto, impone la programación empresarial de las acciones a llevar a cabo a través del establecimiento de pautas, fases y fechas de cumplimiento de objetivos en esta materia. Desde luego, esta concesión normativa que tiene como finalidad permitir al empresario hacer frente a sus obligaciones de forma pautada y progresiva no quiere decir que deba existir una priorización por complejidad de actividades y objetivos dejando en último lugar las acciones más complejas y costosas. Muy al contrario, el empresario debe abordar sus acciones preventivas dando preferencia a aquellas actuaciones dirigidas a evitar o reducir los riesgos más graves o peligrosos para la seguridad de los trabajadores. Una interpretación contraria a la que se propone supondría abrir la mano a la discrecionalidad en la toma de decisiones en el plan de prevención que provocaría no pocos problemas jurídicos de delimitación del alcance de esta nueva obligación.

¹⁹ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. «El régimen jurídico sancionador...». *Op. cit.*, págs. 55 y ss.



En otro orden de cosas, la formulación del plan de prevención, como se ha mencionado anteriormente, se fundamenta en dos instrumentos conocidos en el ámbito de la prevención, como son la evaluación de los riesgos y la planificación de la prevención. Estas dos obligaciones instrumentales ya se contemplaban en la Ley del 1995 en términos parecidos a los que ahora se configuran en la nueva redacción del artículo 16²⁰. De este modo, la evaluación de riesgos inicial se adapta —y esto se acomoda a lo previsto en el Reglamento de los servicios de prevención²¹— al puesto de trabajo, en todo caso, esta especificación no puede olvidar la integración y el organigrama que tenga la empresa. Es decir, la evaluación de riesgos no se puede quedar sólo en el puesto de trabajo, sino que debe integrarse en la organización general de la empresa porque el trabajador está sometido a los riesgos que genera su puesto de trabajo y a los propios de cualquier actividad empresarial del concreto sector al que pertenezca. Por otra parte, se señala de forma detallada que se tendrán en consideración otros elementos que inciden en la idea señalada, como los equipos de trabajo, las condiciones de los trabajadores o las sustancias y métodos que se utilicen²². Además como ya se preveía esta evaluación debe actualizarse cuando sea necesario —por ejemplo cuando se introducen nuevos equipos o tecnologías— y, por supuesto, cuando el plan así lo contemple o se compruebe que las medidas adoptadas no han sido eficaces al fin perseguido y no se controla el riesgo o se actualizó el que se pretendía evitar.

El segundo instrumento del que se sirve el plan de prevención es la planificación de la prevención, que es la que debe marcar el iter temporal y de objetivos a alcanzar a partir de la evaluación de riesgos realizada. Evidentemente, el legislador obliga al empresario que nombre responsables del control de la actividad preventiva así como que se dote de los recursos humanos y materiales necesarios para hacer frente a las actuaciones preventivas que se tengan que realizar. Pero no sólo, sino que también, le obliga a que controle

²⁰ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y otros, «La Seguridad y Salud Laboral en la pequeña empresa». *Op. cit.*, págs. 22 y ss.

²¹ Real Decreto 39/1997 de 17 enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

²² De hecho ya existen Sentencias se señalan el contenido y alcance del plan de seguridad que debe contener no sólo la planificación de la seguridad como un cumplimiento formal de la obligación sino también la aplicación práctica del mismo. Baste citar como las más significativas la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo social) de 3 de junio de 2003 (AS 2003/2470); del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo social, sede de Valladolid) de 3 de febrero de 2003 (AS 2003/1315) y del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (Sala de lo contencioso-administrativo) de 11 de julio de 2003 (JUR 2003/234881) donde se resuelve la impugnación de una sanción por incumplimiento del la planificación preventiva y se deja claro que no consiste en un mero cumplimiento formal sino que debe materializarse en una realidad.



y vigile que todas las actividades que se deban realizar en este ámbito sean ejecutadas en los términos previstos e, incluso, cuando estos se manifestaran como inadecuados, modificar lo pronosticado inicialmente.

La introducción de este deber supone inevitablemente la modificación del art. 23 de la Ley de Prevención de 1995, referido a la documentación que debe quedar resguardada y a disposición de la autoridad laboral, en el sentido de que estos documentos deben ser incluidos entre los que se tiene que conservar en los términos fijados por dicho precepto.

El establecimiento de un plan de prevención, sin duda, supone una medida legislativa positiva en tanto en cuanto que delimita y exige al empresario que se marque objetivos a corto, medio y largo plazo. No obstante, lo que se debe evitar es que se convierta en una obligación formal que no tenga más consecuencias que la de elaborar un nuevo documento que se guarda en el cajón, a la espera de ser requerido por la Inspección de Trabajo o que no se ponga en práctica hasta que realmente se haya producido un accidente de trabajo, o se tenga que llevar a cabo la auditoria del sistema de gestión de la prevención. Esto era, hasta cierto punto, lo que venía ocurriendo con la evaluación de riesgos laborales y la planificación de la prevención. Se debe concienciar que se trata de una obligación con virtualidad práctica y exigible en esos términos. En todo caso, se trata de un deber que va a acarrear no pocos problemas de determinación y concreción, esencialmente en lo que respecta a la determinación de las funciones y responsabilidades de los encargados de realizar cada una de las actividades preventivas.

Para la puesta en práctica y desarrollo de esta obligación, la Ley modifica el art. 31, en sus apartados a) y c) señalando, a tal efecto, que los servicios de prevención deben cumplir las labores de apoyo y asesoramiento al empresario necesarias en lo relativo a la integración de la prevención en la empresa y en la planificación de la prevención, sobre todo, a las medidas a adoptar y a sus prioridades, así como al control de su eficacia. Obviamente este apoyo es imprescindible y necesario. No podría configurarse una obligación de esta naturaleza sin acompañarse de la intervención de los servicios de prevención, que por otra parte, no hacen nada más que cumplir con las funciones que les son propias reglamentariamente.

3.3. Los recursos preventivos

Aparece un nuevo artículo 32 bis en el marco normativo de la Ley que contempla la figura de los recursos preventivos. En un principio se puede pensar que se está refiriendo a la configuración de unos recursos humanos y materiales suficientes para llevar a cabo la tan reiterada integración de la prevención en la empresa, es decir, indicar al empresario cuáles deben ser los medios con los que tiene que contar para conseguir el objetivo mencio-



nado. Sin embargo esto no es así, la Ley cuando habla de esta nueva figura se está refiriendo a la presencia de más medios humanos encargados de funciones de prevención, que más adelante se analizarán, y que son obligatorios en determinados supuestos. En general, todos los supuestos van directamente relacionados con las actividades que se realicen en la empresa y los riesgos que se generan por las mismas. En efecto, se trata de riesgos que se ven agravados por el proceso productivo, o porque se tengan que realizar operaciones que requieran un control de las mismas y de los métodos que las ponen en práctica, o bien porque son actividades que por su propia naturaleza son peligrosos o especiales y, por último, porque la Inspección de Trabajo lo requiera dadas las circunstancias de los procesos y condiciones de trabajo.

Los supuestos que contempla la Ley, obviamente, son lo suficientemente importantes como para que se tengan que adoptar medidas adicionales que tiendan a un mayor control de los riesgos, pero quizás estos recursos deberían ser más de naturaleza material que humana, ya que de lo contrario se desvirtúan las propias funciones de los servicios de prevención. En todo caso, antes de realizar una valoración de esta nueva figura preventiva se hace necesario, en primer lugar, analizar en qué consisten estos recursos preventivos²³.

Se van a considerar recursos preventivos la asignación de «presencia» por parte del empresario de: bien uno o varios trabajadores, o bien miembros de los servicios de prevención propios o ajenos. La primera duda que surge es a que se está refiriendo la norma cuando utiliza el término «presencia»; pues en sí misma considerada, está puede no suponer ninguna actividad eficaz de los recursos preventivos para los supuestos de los que se intenta obtener una mayor vigilancia y control. Se deberían despejar las dudas cuando se leen las funciones que quedan prefijadas para estos recursos «humanos» preventivos, sin embargo, esto no es así, ya que la norma sólo se limita a señalar como función la de vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas.

De este modo, el recurso preventivo se convierte en una especie de «policía de empresa» cuya prestación de servicios consiste en estar en el centro de trabajo y controlar que se cumplen las normas o el plan de prevención, pero sin potestad activa de coacción o imposición correctora de conductas y mantenerse a disposición siempre que sea necesaria su presencia. Se convierte, dicho en otros términos, en controladores empresariales del cumplimiento de las medidas de prevención. Que, por supuesto, no es algo negativo porque ayudan a que el empresario observe con una diligencia mayor el

²³ PÉREZ CAPITÁN, L. «Un comentario a la Ley de Reforma del Marco normativo de la prevención de riesgos laborales». *Justicia Laboral*, Lex Nova, 16/2003, págs. 18 y ss.

control del cumplimiento de las normas. No obstante, aún aumentando la plantilla empresarial en este sentido, parece que el legislador no confía en un apoyo eficaz para el empresario de estos recursos, sobre todo, si son los asignados miembros de los servicios de prevención propios, concediéndole la posibilidad de nombrar uno o varios trabajadores, con formación al menos básica en prevención de riesgos laborales que no formen parte de esos servicios de prevención propios, ni ser trabajadores designados, pero sin establecer qué funciones específicas van a realizar, se puede intuir que serán funciones de apoyo y colaboración con los recursos preventivos.

Es cierto que la norma señala que deben disponer de los medios necesarios para realizar sus funciones pero, claro, la función de vigilar necesita de pocos medios, lo importante y que sí necesitaría de un mayor apoyo material son las propias medidas que se adopten para proceder al control de los supuestos contemplados en la norma ²⁴.

En fin, no se puede adelantar acontecimientos señalando cuál vaya a ser la eficacia y virtualidad que van a tener estos recursos preventivos; si la misma se va a limitar a la propia creación de empleo, que sin restarle importancia, resultará a estos efectos escasa. Habrá que esperar a la articulación por las empresas de esta nueva figura preventiva para conocer la necesidad o no de su existencia. El problema no es que haya más recursos humanos en prevención, al contrario, esto sería necesario dada la delimitación de sus funciones que tal y como vienen configuradas en la Ley son de gran trascendencia porque entran en la esfera del deber de vigilancia del empresario, pero tal y como aparecen los recursos preventivos configurados en la Norma, se convierten en correos informativos a disposición del empresario, teniendo que asumir los problemas internos que esto puede originar.

Por último, mención especial merece la nueva DA 14.^a de la Ley. En este precepto se establece la necesaria presencia de los recursos preventivos en el sector de la construcción. En primer lugar, este precepto contempla la exigencia de que exista la presencia de estos recursos para cada contratista. No obstante, no queda claro esta primera imposición ya que a continuación señala que en el supuesto recogido en el art. 32 bis.1.a) la existencia de aquellos será necesaria cuando la obra se realice con riesgos especiales; todo hace pensar que la presencia se convierte en preceptiva, en este caso concreto. Sin embargo, la interpretación que se debiera hacer sería que, en todo caso, deben estar presentes y en el supuesto concreto, su presencia debe mantenerse durante todo el tiempo que persistan las actividades u operaciones que generen estos riesgos especiales. En segundo lugar, vuelve a

²⁴ CAMAS RODA, F. «El proyecto de Ley de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales (la seguridad y salud laboral como cuestión prioritaria)». *Aranzadi Social* 12/2003 (BIB 2003/1150), págs. 7 y 8.



incidir en las funciones que deben asumir los recursos preventivos que no tienen mayor especialidad que la establecida en términos generales en el art. 32 bis. Por último, el precepto deja claro que la realización de las funciones de vigilancia y control que deben realizar los recursos preventivos son ejercidas sin perjuicio de las que le corresponden al coordinador en materia de seguridad y salud laboral. Es decir, ni se solapan ni se sustituyen. Esta apreciación normativa es hasta cierto punto normal, por la propia configuración jurídica que la norma concede a esta figura.

4. LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES

Merecen un estudio específico las modificaciones que se producen en relación a la coordinación de actividades que, si bien podrían incluirse dentro del análisis de las obligaciones empresariales, por su entidad parece adecuado que se realice de forma más monográfica. Precisamente las próximas páginas se dedicarán a resaltar los puntos más importantes de la Reforma en este sentido.

El artículo 24 queda modificado en dos cuestiones de partida, en primer lugar es añadido un nuevo apartado —el 6.º— que es una cláusula de habilitación reglamentaria para el desarrollo de las obligaciones empresariales en este ámbito. En segundo lugar y directamente relacionado con lo anterior, dicho desarrollo se ha producido ya, y como se dijo al inicio de este trabajo ha sido debatido por los agentes sociales y el Gobierno. No obstante, aún siendo una norma recién aprobada y no haber podido reflexionar y comprobar suficientemente su contenido y aplicación práctica para este trabajo, no impide que se pueda realizar alguna observación general para conocer, al menos, el camino al que tiende la nueva normativa.

El Reglamento tiene como objeto el tratamiento de los distintos supuestos de concurrencia de actividades por diferentes empresas en un mismo centro de trabajo, buscando un equilibrio entre el mantenimiento de la seguridad y salud de los trabajadores y la flexibilidad que debe tener la empresa en sus procesos productivos; de tal manera que se logre evitar los índices de siniestralidad tan altos que se están produciendo en este ámbito de concurrencia. Además, la exigencia de coordinación para lograr este equilibrio debe conducir al alejamiento de cumplir formalmente las obligaciones en prevención de riesgos laborales. La Norma reglamentaria está estructurada conforme al desarrollo de cada una de los mandatos establecidos en el art. 24 de la Ley de Prevención. De esta forma, cada capítulo reglamentario desarrolla cada apartado legal. Asimismo, se intenta dar un protagonismo mayor al papel de la negociación colectiva, funcionando el Real Decreto como derecho mínimo con respecto a aquella, esperando que los agentes negociadores se involucren más en la prevención de riesgos a la hora de articular el conve-

nio colectivo en situaciones de coincidencia de empresas en un mismo lugar de trabajo.

El Real Decreto 171/2004, comienza su regulación con la definición de tres conceptos fundamentales en materia de coordinación, a saber, centro de trabajo, empresario titular del centro de trabajo y empresario principal. Estas figuras son utilizadas reiteradamente por la norma, tanto en el establecimiento de obligaciones, como en la configuración misma de la actividad de coordinación. Así, por centro de trabajo, conforme al art. 2, se debe entender cualquier lugar, edificado o no, donde se presten servicios por los trabajadores; por empresario titular del centro aquél que tiene capacidad de gestión y disposición del centro y por empresario principal aquél que contrate o subcontrate la realización de obras y servicios de la propia actividad y que se desarrollen las actividades en su centro de trabajo. La propia norma establece como objetivos, ex art. 3, «aplicar, controlar y adecuar las actividades y los riesgos que se generen por su realización».

Este Reglamento prevé distintos supuestos de coordinación de actividades basados, fundamentalmente, en la existencia en un mismo centro de trabajo, independientemente de la vinculación jurídica de las empresas involucradas, de trabajadores pertenecientes a dos o más empresas. Lo determinante será que las actividades se desarrollen en un centro o lugar de trabajo, y que una de las empresas sea titular del mismo o bien se trate de la empresa principal, si de lo que se está hablando es de una subcontratación de obras y servicios laboral. El régimen jurídico de coordinación se aplicará también a los trabajadores autónomos que concurren en el centro aún cuando no tengan ninguna relación jurídica entre ellos. La coordinación deberá ser llevada a cabo, por tanto, indiferentemente de que se trate de contrataciones de propia actividad o no.

La Norma establece, por un lado, una obligación general de cooperación entre los empresarios o trabajadores autónomos concurrentes en el centro de trabajo, conforme al art. 4. Es una obligación general que se delimita en sus contornos por la Norma reglamentaria. Es decir, el deber de cooperación se materializa y se debe tener en cuenta a la hora de la evaluación de los riesgos y de la planificación de la prevención o la organización de los recursos preventivos, previendo no sólo los riesgos existentes en el lugar compartidos sino los que se pueden generar por la propia concurrencia de empresas y trabajadores. Asimismo, prevé en el caso de la contratación o subcontratación empresarial, que el empresario principal exigirá a las empresas contratistas y éstas, a su vez, a las subcontratistas, si es que las hubiera, acreditación por escrito de que son cumplidoras de las obligaciones en prevención de riesgos laborales, fundamentalmente las de evaluación de riesgos y planificación de su actividad preventiva.

La colaboración no sólo se debería basar en parámetros de apoyo sino de coordinación, esto es, de participación y de información recíprocas y que



se establezcan los medios de coordinación necesarios conforme a lo establecido en la norma, teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad, el número de trabajadores y la duración de la concurrencia de actividades por las distintas empresas. Por otro lado, la reciente norma reglamentaria determina obligaciones específicas comunes para cada uno de los supuestos que configuran el ámbito subjetivo y objetivo de la norma. Estas obligaciones se apoyan en la obligación general de cooperación, es más, suponen una precisión del contenido de ésta. En efecto, las obligaciones específicas a grandes rasgos se pueden caracterizar por lo siguiente, dependiendo del supuesto que nos encontremos.

En el caso de concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo del que un empresario es titular (arts. 6,7 y 8), las obligaciones para éste:

- Deberes de información y colaboración suficientes previa al inicio de la actividad y mientras se desarrolla la misma, de los riesgos propios del centro que pueden afectar a las actividades y a la puesta en marcha de las medidas de protección y prevención necesarias, así como de anuncio de situaciones de emergencia y las medidas a adoptar. Además, la información debe darse por escrito cuando los riesgos sean calificados como graves o muy graves.
- Informar y dar las instrucciones precisas acerca de los riesgos derivados de la actividad que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes; de las medidas de seguridad y salud a adoptar²⁵. Insistiendo de nuevo la norma en que si los riesgos en el centro de trabajo y que puedan afectar a estos trabajadores son calificados como graves o muy graves, dichas instrucciones deben facilitarse por escrito.

Para el caso de los empresarios concurrentes la norma exige que (art. 9):

- Recibida la información e instrucciones, las empresas concurrentes tienen el deber de tenerlas en cuenta en su evaluación de riesgos y en la planificación de la actividad preventiva. Es más, las instrucciones dadas por el titular del centro deben ser cumplidas por las otras empresas. Además deben comunicar a sus trabajadores respectivos estas informaciones e instrucciones. Siendo de aplicación a todas las empresas sin excepción y, también, a los trabajadores autónomos.

²⁵ En versiones anteriores a esta disposición de carácter general, se incluía también información acerca de los equipos de protección que deben ser utilizados; de las medidas de vigilancia de la salud que se van a llevar a cabo, su periodicidad y la obligatoriedad o no del cumplimiento por los trabajadores. Es de suponer que la obligatoriedad de la vigilancia de la salud, sobre todo en lo que se refiere a los reconocimientos médicos, debería basarse en los límites y supuestos establecidos por la Ley de prevención en su art. 22. Sin embargo, nada se dice de estos términos en la última adaptación de reglamento.

- Por último, designar una persona encargada de la coordinación de actividades.

En el supuesto de contratas y subcontratas correspondientes a la propia actividad de la empresa o, dicho de otro modo, concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo cuando existe uno principal (art. 10):

- Además de las obligaciones anteriormente mencionadas, el empresario principal debe vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las contratas o subcontratas. Además deberán acreditar por escrito que han cumplido con las obligaciones de información y formación respecto de los trabajadores que deben prestar servicios en el centro de trabajo.
- El empresario principal deberá cerciorarse, mediante acreditación por escrito, de que tienen realizada la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva antes del inicio de la contrata, así como organizado sus recursos para el desarrollo de las actividades de prevención con los medios de coordinación que fueren necesarios entre ellas —contratistas y subcontratistas—.
- En el relación a las empresas contratistas o subcontratistas, éstas deben acreditar, al inicio de su actividad, documentalmente, que han informado a los trabajadores que poseen la formación necesaria y que su estado de salud es el adecuado. Asimismo, la evaluación de riesgos laborales y la organización de sus recursos y ponerse a disposición de la persona designada como coordinador de actividades, recibiendo del mismo las instrucciones oportunas.

Los medios de coordinación que la norma propone, conforme art. 11, sin perjuicio de los que estableciera la negociación colectiva en este sentido y los determinados por la normativa específica de sectores y actividades son, entre otros, intercambio de información; celebración de reuniones periódicas entre las empresas o los comités de seguridad y salud laboral de las mismas; impartición de instrucciones; adopción de medidas conjuntas; establecimiento de recursos preventivos y designación de coordinador/res de actividades. Estos medios deben aprobarse al inicio de las actividades y siempre que sea necesario correspondiendo la legitimidad para hacerlo al empresario titular del centro y/o al empresario principal.

Por último, todas las empresas o trabajadores autónomos deben atender a las instrucciones que imparta el coordinador y el incumplimiento de las obligaciones no exime a todos los que intervienen de sus responsabilidades²⁶. Coordinador que será considerado como medio predominante en

²⁶ CARRERO DOMÍNGUEZ, C. «El régimen jurídico sancionador...». *Op. cit.*, págs. 273 y ss.; PÉREZ CAPITÁN, L. «Un comentario a la Ley de Reforma...». *Op. cit.*, págs. 22 y ss y «Res-



casos de actividades o procesos peligrosos, o cuando existan dificultades técnicas, organizativas o de especial complejidad para la coordinación de actividades teniendo en cuenta el número de trabajadores y de empresas concurrentes.

En este orden de cosas, el art. 14 de la Norma reglamentaria delimita las funciones y competencias del coordinador de actividades preventivas designado, ex art. 13, entre uno de los trabajadores de la empresa principal o del titular del centro o de las empresas concurrentes; o algún miembro del servicio de prevención propio o ajeno de la empresa titular o de las concurrentes; o trabajadores, que sin formar parte del servicio de prevención, ni estar designados posean conocimiento suficientes para realizar estas tareas; por último, personas que pertenezcan a empresas especializadas en la coordinación de actividades preventivas (lo que supone que empiecen a existir y crearse empresas cuya actividad o una de sus actividades será la prestación de servicios de coordinación en prevención de riesgos laborales a través de uno de sus trabajadores). Desde luego, estos coordinadores podrán ser designados de entre los recursos preventivos establecidos en la empresa siempre que sean compatibles con las funciones propias de los mismos.

A grandes rasgos se puede decir que éste se configura como un trabajador, aunque puede no serlo como se señaló anteriormente, que tiene como funciones principales, entre otras, las de coordinar las actividades garantizando que las empresas concurrentes cumplan con las acciones preventivas; recibir informaciones de las diferentes empresas y transmitirla entre ellas siempre que sea necesario para buscar una mejor eficacia; controlar la adecuada aplicación de los métodos de trabajo; requerir el cumplimiento de todos los temas relacionados con las obligaciones; estar a disposición de los representantes de los trabajadores en caso de que le propongan la adopción de medidas de prevención de riesgos que afecten a los trabajadores de las empresas concurrentes; y, finalmente, cuantas funciones le sean encomendadas por su empresa. Para ello se les requiere, al menos, tener una formación equivalente a la de Técnico de nivel intermedio en prevención de riesgos laborales.

Como se puede comprobar son funciones importantísimas para el buen desarrollo de la acción preventiva y suponen, al menos, encontrar un nexo de conexión y de comunicación entre las empresas que concurran que no

ponsabilidad administrativa en los supuestos de contratas y subcontratas en el Derecho sancionador de la Seguridad y Salud en el trabajo (un análisis del art. 42.3 de la LISOS)». *Justicia Laboral*, Lex Nova, 12/2002, págs., 13 a 36; En general, VALVERDE ASENSIO, A. J. *La responsabilidad administrativa en los supuestos de pluralidad de empresarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

existía con esta formulación hasta este momento. No se puede obviar que, desde luego, esto supone requerir a las empresas para que realicen un esfuerzo en conseguir una organización compleja pero eficaz que servirá, por supuesto, para delimitar sus responsabilidades y para participar en una cultura común de seguridad y salud en el trabajo. Otra cosa, será la puesta en práctica de este complicado y múltiple organigrama, sobre todo, cuando hablamos de subcontratación de pequeñas empresas de obras o servicios y de los trabajadores autónomos. Habrá que esperar a la aplicación real de esta norma reglamentaria para conocer el exacto encuadramiento jurídico del coordinador.

En relación a los delegados de prevención (art. 15), las nuevas competencias que les concede la norma suponen, en cierto modo, concederles la legitimación de ejercer el derecho de representación de estos delegados fuera de la empresa a la que pertenecen, porque, aún siendo representantes de los trabajadores de la empresa principal o titular del centro, pueden coordinarse con los representantes de las terceras empresas concurrentes para proponer la adopción de medidas de seguridad conjuntas. Del mismo modo, los comités de seguridad y salud laboral de las empresas concurrentes, pueden acordar la realización de reuniones conjuntas o actuaciones coordinadas para analizar la eficacia de las medidas de coordinación establecidas. La norma prevé la posibilidad de que en el centro no exista representación de los trabajadores, en este caso, será el empresario el que tendrá que reunirse, cuando fuera necesario, con las demás representaciones.

No se puede concluir este apartado sin apuntar que el Reglamento, conforme a la DA 1.ª, prevé que en el caso del sector de la construcción, independientemente del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la norma reglamentaria, seguirán vigentes todas las prescripciones contenidas en su normativa específica, especialmente en lo relativo a las obligaciones, especificando que todo lo referido al empresario titular del centro, en este supuesto concreto, se aplica al promotor²⁷. Pero de la lectura del proyecto parece que estuviera el Ejecutivo sólo pensando en este sector, careciendo de sentido esta última prescripción.

Tras esta exposición de los elementos más relevantes de lo establecido en el Reglamento de coordinación, se pueden realizar algunos comentarios a la norma. Así, en primer lugar, parece producirse, como también ocurriera en la modificación de la Ley aprobada, una burocratización de la prevención y su primacía en contraste con una mejor y más práctica protección de los trabajadores. La obligación de documentación se dispara,

²⁷ Véase con respecto a este sector, SÁNCHEZ DE LA ARENA, M. A. «Seguridad y salud en las obras de construcción». *Biblioteca de Prevención de Riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2001.



y parece que lo importante es documentar a efectos de acreditar más formalmente todas las actuaciones pero de la que, a simple vista, no tiene por qué materializarse en una puesta en práctica real. En segundo lugar, el requerimiento de acreditaciones, por escrito, de la información y formación de los trabajadores debería materializarse después en realidad práctica con cursos específicos, cuando sea necesario, de los trabajadores, o en reconocimientos médicos cercanos al momento de la prestación de servicios; la pregunta que surge es cómo se va a controlar si la acreditación responde a estas necesidades que tienen como objetivo principal una mejor prevención de riesgos en un lugar donde concurren actividades de distintas empresas.

En tercer lugar, el olvido de dar una definición de algunos conceptos que son imprescindibles a la hora de determinar las actuaciones a seguir, baste señalar, procesos complejos, propia actividad o riesgo grave o muy grave, entre otros. Esto podría provocar situaciones de inseguridad jurídica en relación a las acciones a llevar a cabo y cuando se debe cumplir una u otra obligación, e incluso, conocer por las empresas o trabajadores autónomos si se encuentran en uno u otro de los supuestos de los establecidos como ámbito subjetivo y objetivo de la norma.

Finalmente, de la lectura de la Norma parece que se proyecta el principio de dominio del espacio físico como instrumento delimitador del control y exposición del riesgo; consecuentemente, serviría también para la delimitación de las responsabilidades. El Reglamento considera distintos niveles de coincidencia de empresas, de ahí que establezca distintos supuestos de concurrencia que, al mismo tiempo, supone que se despliegue toda una red de obligaciones de diferente naturaleza dependiendo del ámbito en el que nos encontremos; lo que, a su vez, debería suponer una determinación por niveles de las responsabilidades de cada una de las empresas o trabajadores autónomos que concurren y tengan que coordinarse. Pero, lo importante, del estudio de la Norma, parece ser quién está en disposición de imponer las acciones que deban llevarse a cabo y controlar que se cumplan todas las medidas de prevención de riesgos. Siendo esto así, el Reglamento concede, en este sentido, un protagonismo especial al empresario titular del centro y a la empresa principal como sujetos que dominan el espacio de prestación de servicios indistintamente de la actividad que se lleve a cabo.

Evidentemente que en el caso de lugares físicos donde concurren actividades de diversa condición —piénsese en una gran superficie—, el papel que debe cumplir el titular del centro, aún siendo esencial, está directamente relacionado con el cumplimiento de unas obligaciones específicas de coordinación que le incumben a dicho empresario pero que, de no llevarse a cabo por las empresas concurrentes, no le van a suponer el responder por los incumplimientos de éstas, es decir, el tener que responder en lugar de

otro²⁸. Esto debería suponer que del establecimiento de los niveles de coincidencia y de la aplicación del principio del dominio del lugar se podrían depurar las responsabilidades de cada una de las empresas que coincidan. Esta afirmación parece materializarse en la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social donde se determina una responsabilidad directa del titular del centro por el incumplimiento de sus obligaciones, lo que haría pensar que cada empresa o trabajador autónomo responderá, igualmente, de las obligaciones propias que incumpla.

No ocurre lo mismo en el caso de la subcontratación de obras y servicios de propia actividad, donde la Norma podría suponer un reforzamiento de la solidaridad entre las empresas que concurren y la principal. En efecto, del tenor del Reglamento, el empresario principal tendría un dominio del lugar y de las acciones a llevar a cabo más intenso que en el caso del titular del centro, lo que necesariamente debería conducir a un mayor grado de responsabilidad que se conforma, precisamente, con el mantenimiento de la solidaridad cuyo reflejo es más acentuado al exigir la empresa principal unas obligaciones más concretas en este tipo de concurrencia. Por supuesto, que no es negativo que esto ocurra, sin embargo, hay coincidencias de empresas que no responden a la propia actividad (que como se señaló no ha sido definida ni detallada por la Norma) donde se traduce el mismo dominio del medio y de las medidas y acciones que se tengan que adoptar. Quizás pudiera ser razonable que se pensara en ampliar este reforzamiento a estos supuestos, aunque se es consciente de las dificultades de diversificación de las situaciones que esto podría provocar. No obstante, sería recomendable porque se estaría respondiendo a una realidad creciente en las empresas.

En todo caso, el Reglamento supone abrir un camino difícil, lento y progresivo pero que a medio y largo plazo será positivo para las empresas y, desde luego, para los trabajadores. Esta brecha normativa que se abre va a suponer varias consecuencias que favorecerán la aplicación de la prevención de riesgos laborales en este ámbito de concurrencia de empresas. Por un lado, supondrá, seguramente, la necesidad de que las empresas se planteen la seguridad y salud laboral desde el inicio de las actividades concurrentes como imprescindible y, poco a poco, normal; por otra parte, aunque en este momento de entrada en vigor del Reglamento, los empresarios tengan que realizar una actividad compleja y costosa de organización y adaptación a las nuevas prescripciones normativas, provocará una progresiva ade-

²⁸ Esta observación se realiza a expensas de lo que más tarde se señalará para el supuesto del sector de la construcción donde sí que se establece la responsabilidad en lugar de otro, es decir, del promotor por las actuaciones infractoras cometidas por otros sujetos, en concreto, el coordinador de actividades. La Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social es reformada en este sentido, según lo establecido por el art. 12.24.



cuación de la mentalidad empresarial a los principios que sustentan la prevención de riesgos laborales lo que, sin duda, tendrá como consecuencia una mayor culturización preventiva y, obviamente, una integración en la empresa de la seguridad y salud laboral. Claro que en este empeño no sólo tiene que participar el empresario sino que, una vez que la Norma le concede los instrumentos necesarios, se debe apoyar técnica y jurídicamente al mismo, conceder facilidades aplicativas y un cierto margen de acomodación a las empresas.

No se puede olvidar que en este tesón jugará un papel fundamental la negociación colectiva y se debe esperar que sea ahora cuando ésta se involucre más en este ámbito, y ya no sólo porque sea necesario y un instrumento adecuado para hacerlo sino porque, además la Norma le concede ese protagonismo; con lo que los interlocutores sociales deberían comprometerse más en las actuaciones tendentes a conseguir una mayor prevención en los supuestos de concurrencia de empresas y actividades. De todos modos, no se puede dejar de apuntar algunas de las dificultades con las que se va a encontrar la negociación colectiva en este ámbito. En efecto, si se trata del supuesto de subcontratación de obras y servicios, el convenio colectivo más apropiado sería, quizás, el de sector ya que se trata de propia de actividad. Sin embargo, más complicaciones surgen en el otro caso de concurrencia, donde es el titular del centro el que debe asumir la mayoría de las obligaciones y se está refiriendo a actividades de naturaleza diversa donde podrían concurrir convenios de distinta índole, a saber, de sector o de empresa. Aquí se podría producir problemas en cuanto a qué convenio sería el más adecuado para desarrollar esta materia y como se articularía los instrumentos para que el resto de empresas y trabajadores queden vinculados por lo estipulado en el mismo.

5. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO: EL NUEVO MODELO DE COLABORACIÓN Y ACTUACIÓN

La nueva reformulación de las actuaciones de la Inspección de Trabajo resulta una de las modificaciones más llamativas y críticas de la Ley. Esta nueva regulación afecta a diferentes y diversos aspectos relacionados con el papel que debe cumplir la Inspección de Trabajo en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Se pueden agrupar estas reformas de la Ley 54/2003 en varias partidas homogéneas. Por un lado, la relativa a los funcionarios habilitados y, por otro, a la tipificación de las infracciones.

En relación con la primera hay que decir que una de las novedades más importantes es la que se refiere a los funcionarios habilitados para realizar funciones de control de la actividad preventiva como técnicos de apoyo y de colaboración con la Inspección de Trabajo. Esta previsión normativa su-

pone introducir dentro del ámbito de la potestad sancionadora de la Administración a personas que, como luego se verá, realizan funciones de policía pero, que sin embargo, no pertenecen al cuerpo de Inspectores, que es el que, precisamente, habilita a llevar a cabo competencias en este ámbito de potestad. Desde luego es significativa la forma por la que adquieren estas potestades y el papel que cumplen estos funcionarios, a los que se les requiere pertenecer a los grupos A o B; también deben tener y acreditar conocimientos en materia de prevención de riesgos laborales. No obstante, se debe ir por pasos para entender esta nueva red de vigilancia y control establecida por la Ley.

Por un lado, debe tratarse de funcionarios que pueden pertenecer tanto a la Administración General del Estado como a la Autonómica, aunque es cierto que como esta es una potestad transferida a las Comunidades Autónomas, lo normal es que se trate de funcionarios de este ámbito territorial. Esta consideración es subrayada, posteriormente, en la dicción de la DA15.^a Conforme a la misma, estos funcionarios adquieren estas competencias a través de una habilitación específica que emitirá su Comunidad Autónoma, en los términos que reglamentariamente se determinen (como dice la Norma). Se supone que este desarrollo reglamentario irá dirigido a establecer el procedimiento adecuado para adquirir dicha habilitación, es decir, si se trata de un concurso-oposición o simplemente de que el funcionario correspondiente acredite formación en prevención de riesgos laborales tal y como señala este precepto. Resulta, al menos, curioso que se haga una apreciación tan general a la formación que deben poseer estos técnicos. En efecto, no se señala si se está hablando de técnicos con formación superior, como debiera ser si se toman en consideración las funciones que, en principio, éstos deben realizar; o si bastaría con una formación de nivel intermedio que sería, al menos, la mínima exigible; o si finalmente la básica debería ser descartada.

Con relación a las funciones encomendadas al habilitado, éstas se centran, según el nuevo art. 9.2, fundamentalmente, en asesoramiento, información y, aquí está lo interesante, de comprobación del cumplimiento de «las condiciones de seguridad y salud laboral en las empresas y centros de trabajo», pudiendo incluso sobre este extremo proceder a dictar requerimiento en los supuestos de encontrar incumplimiento de las medidas de seguridad en los términos del art. 43 de la Ley. De hecho se incluye un nuevo art. 43.3 en el sentido de que lo que denomina reforzamiento de la vigilancia y control del cumplimiento de la normativa en prevención de riesgos laborales. Pues bien, este precepto establece la posibilidad de llevar a cabo el requerimiento por estos funcionarios habilitados con los requisitos establecidos para el mismo y pudiéndose reflejar en el Libro de Visitas de la Inspección, en la forma que se determine reglamentariamente. El requerimiento, aún siendo un acto de trámite, está dentro de las competencias de la Inspección de Tra-



bajo porque supone una coacción al empresario para que subsane las deficiencias encontradas por el Inspector en el ejercicio de sus competencias en un plazo determinado de tiempo y como advertencia de que si no lo hace podrá ser objeto de levantamiento de Acta de Infracción y propuesta de sanción. Eso sin contar que actúa como agravante que será lo habitual o, mejor dicho, como criterio de graduación de la sanción. Parece, pues y sin lugar a dudas, una actuación puramente encuadrada dentro la actividad sancionadora de la Administración.

No puede causar sino extrañeza que se produzca una delegación de esta competencia por la Ley en los términos tan generales en que lo hace, eso sin contar con la efectividad que resulte de la actividad de estos funcionarios y el grado de aceptación en el mundo empresarial. Además, todo se complica cuando la norma, en el nuevo art. 9.3, señala que si el funcionario comprobare la comisión de una infracción, previo requerimiento, debe redactar un informe a la Inspección comunicándole los hechos comprobados que tendrá su influencia en la decisión del levantamiento de la correspondiente Acta de Infracción. Informe cuyos hechos gozarán de presunción de certeza a efectos del Acta. Parece ser que las actuaciones previas que venía realizando la Inspección de Trabajo, anteriores a la iniciación del procedimiento administrativo sancionador, quedan en manos de estos funcionarios, a los que se aplica, en sus actuaciones, lo establecido en este campo por la Ley 42/1997 de la Inspección de Trabajo²⁹.

Por supuesto, que esta situación normativa va a causar no pocos problemas jurídicos de delimitación competencial, así como de establecimiento de mecanismos adecuados de comunicación y colaboración entre ambos Cuerpos, el de funcionarios técnicos habilitados y el de la Inspección. La Ley señala que en las actuaciones de estos funcionarios tienen un papel esencial las Comisiones Territoriales de la Inspección, en el sentido de que éstas deberán ser las que establezcan los planes de actuación y de integración en el plan de acción de la Inspección. Si ya es difícil que haya una verdadera coordinación en la Inspección de Trabajo, aún resultará más complicado adecuarla a las funciones de estos habilitados. Hay que añadir que en los últimos tiempos la actuación rogada de la Inspección es prioritaria a la actividad programada; pues bien, si esto es así, la pregunta que surge inmediatamente es si la Inspección actuará al margen de estos funcionarios o, al contrario, les comunicará la denuncia presentada para que ellos comprueben la misma y lleven a cabo el requerimiento antes de iniciarse el procedimiento sancionador si procediese.

²⁹ Por todos, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I. (Coord.) *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. Aranzadi, Pamplona, 1999.

Solapamiento de competencias, delegación de funciones sancionadoras, dificultades de establecimiento, colaboración, coordinación y comunicación entre ambos Cuerpos, en fin, no parece ser esta la solución al control de la siniestralidad en nuestro país. La Ley se pronuncia en términos muy genéricos y habrá que esperar a los desarrollos reglamentarios para poder hacer una valoración más positiva de esta nueva regulación. Por otra parte, parecen excesivas las remisiones a los mencionados desarrollos reglamentarios, dejando en manos de estas disposiciones de carácter general cuestiones muy importantes de funcionamiento, competencias y procedimientos, quizás la Ley debía haber sido más precisa en la determinación de estos supuestos. Tal vez hubiera sido mejor, como una de las soluciones posibles, ampliar el Cuerpo de Inspectores y Subinspectores, incluso, si cabe, con una mayor especialización en el ámbito de la seguridad y salud laboral, ya que, entre otras razones, su preparación para poder acceder a este Cuerpo ya acreditada, sin lugar a dudas, su competencia profesional para esta materia, añadiendo que la nueva regulación lo que pone de manifiesto es todo lo contrario, es decir, que la capacidad profesional de la Inspección está en entredicho y, por eso, es necesario que se acompañe de técnicos para realizar parte de sus funciones que, por otra parte, no hay que olvidar que la solicitud de asesoramiento técnico es una posibilidad que llevan a cabo todos los inspectores cuando era necesario. Por ello, no se justifica suficientemente la necesidad de estos funcionarios, a no ser que se trate de una política de empleo que abre una nueva salida profesional a los Técnicos en prevención de riesgos laborales de la Administración lo que, desde luego, estadísticamente queda adecuado y bien.

6. MODIFICACIONES PRODUCIDAS EN LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL

En correlación con las modificaciones sustantivas ya apuntadas aparecen las relativas a la potestad sancionadora de la Administración; lo que supone, claramente, una alteración de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el orden social, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Aún cuando se intentan delimitar por la Ley de Prevención (54/2003) los supuestos de obligaciones concretas, nuevas o modificadas basadas en el gran principio de integración de la prevención en la empresa hay que comprobar su correspondencia con la tipificación que se contienen en la norma sancionadora.

En primer lugar, no existe ampliación de los sujetos responsables sino solamente en lo relativo a la determinación —para los supuestos de coordinación de actividades y, en consonancia con los supuestos que se contemplaran en el reglamento de desarrollo del art. 24—, del empresario titular



del centro (nuevo art. 2.8). No obstante, hubiera sido una buena oportunidad el esclarecimiento de los sujetos responsables a efectos de incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, porque aunque el empresario es el sujeto por su naturaleza imputable de las mayoría de las obligaciones, también es cierto que aparecen toda una serie de personas, baste citar, al coordinador, a los recursos preventivos y, porque no, a los funcionarios habilitados por dejación de sus funciones de control y vigilancia —ya que tal y como se ha dicho, no son verdaderos agentes de policía en el ámbito de la Inspección de Trabajo—. Nada dice la norma sobre ellos y, por tanto, no se conoce el alcance de sus responsabilidades generadas por incumplimiento de numerosísimo grado de obligaciones que asumen³⁰.

En segundo lugar, se matiza el concepto de infracción laboral en materia de prevención de riesgos laborales; en efecto, conforme al nuevo art. 5.2 no se hace una enumeración de los sujetos que pueden cometer infracciones en este ámbito, sino que se hace solamente una mención genérica a los diferentes sujetos responsables que incumplan la normativa de seguridad y salud laboral. Parece que el legislador ha optado por generalizar quizás, porque entiende que la lista de sujetos sería demasiado amplia, sin embargo, como ya se ha dicho anteriormente no existe una ampliación de sujetos tan importante para no haberse contemplado más detalladamente. No obstante, como ya se verá más adelante, existen otros presuntos responsables que pueden cometer infracciones en diferentes ámbitos con incidencia en la materia de seguridad y salud en el trabajo y que está directamente relacionado con la inclusión de la tipificación de nuevas conductas infractoras.

En tercer lugar, se amplía el abanico de infracciones, algunas porque se incluyen por primera vez y otras porque quedan modificada la descripción objetiva del tipo adecuándola a la obligación modulada o detallada por la Reforma. Los preceptos modificados son los relativos a las infracciones graves y muy graves. Se empezará analizando las relativas a las graves y que aparecen como nuevas o modificadas. El art. 12 aparece con dos apartados, uno —el a)— que se refiere a incumplir la obligación de integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa con la implantación del plan de prevención y, otro, el relativo al incumplimiento de la evaluación de riesgos —el b)— con la delimitación de la obligación establecida en la Ley. Relacionada y basada en estos tipos infractores se hace necesario establecer una modificación del incumplimiento del deber de planificación de la prevención que como se comentó constituye una de las herramientas del plan de prevención que, a su vez, es el instrumento principal de integración de la

³⁰ Ver en relación a los sujetos responsables, CARRERO DOMÍNGUEZ, C. «El régimen jurídico sancionador...». *Op. cit.*, págs. 231 y ss.

prevención en la empresa. La redacción dada al tipo del art. 12.6 es mucho más general que la anteriormente contemplada, con lo que conlleva, por un lado mayores posibilidades de incluir conductas dentro del tipo infractor y, por otro, mayor inseguridad jurídica porque no se da fiel cumplimiento a los requisitos informadores del principio constitucional de la tipicidad de las conductas infractoras³¹.

En contraste, la nueva redacción del aptdo. 14 supone una mayor descripción, adaptada a la configuración de las obligaciones del titular del centro, de las conductas infractoras realizadas producidas en los supuestos de coordinación de actividades. En la misma línea se encuentra el aptdo. 15 respecto a los recursos preventivos. En esta ocasión el tipo se desgaja en dos conductas posibles del empresario, a saber, por un lado, la propia de no dotar de recursos preventivos a la empresa cuando sean necesarios (subaptdo. a) y, por otro, la falta de presencia de estos recursos cuando sea preceptivo (subaptdo. b). Realmente, parece una redundancia haber contemplado estas dos conductas que se refieren a lo mismo, pero quizás la primera, y esta es la interpretación más adecuada, se refiere al hecho de la designación de los recursos, mientras que se proyecta respecto de la segunda la efectividad en la realización de sus funciones. De tal manera que la obligación no se quede en un mero cumplimiento formal de la obligación sino que realmente existan y funciones en la empresa —directamente relacionada con la necesidad pero, también, obsesión legislativa de que la integración de la prevención en la empresa sea real—.

El art. 12 en su apartado 19 también queda modificado en el sentido de que la obligación empresarial de información y documentación ya no queda solamente cumplida facilitándola a los servicios de prevención (redacción primitiva), sino que ahora y además debe ser facilitada a los trabajadores designados para realizar funciones en materia de prevención de riesgos laborales.

Se añaden cuatro nuevos tipos infractores, los recogidos en los apartados 23, 24, 25 y 26. Dos de ellos, los primeros relativos a los incumplimientos producidos en la normativa que afecta al sector de la construcción —sector de más alta siniestralidad actualmente— y los otros dos respecto a las actividades de auditorías y de formación respectivamente. Con relación a los tipos en la construcción se refieren esencialmente a incumplir la obligación de realizar un plan de prevención o que, aún existiendo, carezca de contenido real y adecuado a los riesgos que se generen por la actividad y procedimientos desarrollados; también los incumplimientos referidos a las obligaciones de los promotores de designar coordinadores en materia de se-

³¹ *Ibidem* págs. 44 y ss.



guridad y salud laboral; o no adoptar las medidas necesarias para que los empresarios que desarrollen actividades en la obra reciban la información o instrucciones necesarias sobre los riesgos y las medidas a adoptar o no cumplir por los coordinadores las obligaciones que la normativa en prevención prevé, tanto de presencia como de vigilancia, control y de servir de hilo conductor y comunicador entre las empresa concurrentes.

Asimismo, llama poderosamente la atención de que no se amplíen los sujetos responsables de forma concreta, como ya se mencionó anteriormente, para este caso, es decir, el promotor (equivalente al titular del centro) va a responder de las conductas incumplidoras de los coordinadores en materia de seguridad y salud laborales; responden, pues, en lugar de otro. Lo que se produce aquí es una falta de tipicidad, ya que los coordinadores realizan funciones tan importantes y alejadas del promotor que hubiera sido necesario considerarlos como sujetos responsables, a efectos administrativos, por sus conductas incumplidoras. Sin embargo, lo cierto es que aparecen los promotores parece ser que respondiendo de los actos de los coordinadores de seguridad. En concreto, cuando éstos hacen dejación de sus funciones. Salvo que la interpretación sea uno de los supuestos que justificarían al legislador cuando decide en el concepto de infracción laboral en materia de prevención no mencionar detalladamente quienes pueden ser los sujetos incumplidores y se puedan incluir ahí. Lo que ocurre es que esto no es posible puesto que el principio de legalidad formal y material quedaría dañado, al menos, por no contemplar estos responsables. Obligación ineludible del legislador para dar fiel cumplimiento a lo prescrito en el art. 25 de la Constitución relativo al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

En lo que se refiere a las entidades o personas que realicen funciones auditoras y formativas, los nuevos tipos tratan, de forma general, a las obligaciones que asumen conforme a la normativa en prevención de riesgos laborales.

La nota común a casi todas las infracciones aquí señaladas es que en la descripción de los tipos no se produce un detalle de todos los elementos objetivos constitutivos de la conducta infractora, sino que hay una remisión a la normativa sustantiva en prevención de riesgos laborales. Es decir, la legalidad material o tipicidad requiere que el tipo contenga todos los rasgos de la conducta incumplidora. No ocurre así en algunas de las infracciones comentadas, esto es, se configuran como infracciones cuyo contenido está en blanco, o dicho de otro modo, es imprescindible acudir a la norma que contiene la obligación para conocer los rasgos delimitadores del incumplimiento. De hecho, muchos de los tipos realizan esta mención y remisión de la conducta infractora «con el alcance y contenido establecidos en la normativa en materia de prevención de riesgos laborales».

Existen, pues, infracciones en blanco que necesitan, para la delimitación del incumplimiento, subsumir, en sentido negativo, el contenido de la

obligación con el alcance que la Ley de Prevención le conceda. Desde luego, parece excesivo que el legislador con el afán de no dejar fuera ningún incumplimiento realice, desde este punto de vista, una descripción de los tipos tan general. El problema no es tanto que no se contemplen todos los incumplimientos sino que, realmente, se castiguen cuando se produzcan, ahora bien, siempre dentro del cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad de la potestad sancionadora. Se trata más de una cuestión de eficacia de la actividad sancionadora que de abarcar todas las conductas que, por otra parte, ya quedaban cubiertas por las cláusulas en blanco que contienen cada uno de los preceptos que detallan las infracciones y sus calificaciones. Además suponer difundir más inseguridad jurídica sobre el empresario que se encuentra siempre con la amenaza de la sanción por cualquier conducta posible. Consecuentemente, con todo lo dicho con anterioridad se puede decir que el legislador sigue apostando por la responsabilidad cuasi-objetiva del empresario. Cuando se tiene que tener en cuenta que responsabilidad y culpabilidad a efectos sancionadores son dos conceptos no coincidentes³².

Siguiendo con el hilo conductor de los tipos reformados y con respecto a las infracciones calificadas como muy graves, se puede señalar como lo más relevante lo siguiente: la calificación de muy grave para el supuesto de infracción grave del art. 12.14 cuando el incumplimiento se produzca con actividades que reglamentariamente sean consideradas como peligrosas o con riesgos especiales (apto. 13.8.a); contemplando en el apartado b) del mismo precepto —por tanto también considerado como muy grave— la infracción consistente en la falta de presencia de recursos preventivos en los casos anteriormente mencionados, es decir, de actividades peligrosas o con riesgos especiales. También se añade un nuevo apartado 13 y 14 al art. 13 de infracciones muy graves, el primero respecto al falseamiento de datos o contenidos comprobados en la empresa auditada, de quienes tienen que realizar los informes de auditoría de los sistemas de gestión de la prevención. El segundo, en el sentido de declarar en fraude de ley los pactos dirigidos a la elusión de responsabilidades establecidas conforme al art. 42.3 de la Ley de infracciones; éste es un nuevo párrafo dirigido a evitar los acuerdos entre las empresas que vayan dirigidos a evitar responsabilidades e, incluso y aunque no lo diga, el reparto de las mismas escapando del sistema establecido por la norma sancionadora. Estos pactos serán nulos de pleno derecho así como originarán la correlativa sanción pecuniaria a quienes los suscriban.

Se produce alguna otra modificación en materia de infracciones pero que no corresponden al Capítulo concreto de prevención de riesgos labora-

³² CARRERO DOMÍNGUEZ, C. «El régimen jurídico sancionador...». *Op. cit.*, págs. 183 y ss.



les sino que se encuentran encuadradas en otros capítulos de la Ley. Entre ellas está la introducción de un nuevo tipo infractor para las empresas usuarias cuando permitan el inicio de la prestación de servicios sin tener constancia documental de que los trabajadores en misión hayan recibido información y formación sobre los riesgos a los que se vayan a enfrentar; así como que se encuentren en el estado de salud adecuado para el puesto de trabajo que van a desempeñar. Esta modificación del art. 19.2 f) es configurada como una infracción grave, si bien es necesario subrayar que parece que se trate del cumplimiento de una obligación documental ya que el tipo describe una conducta consistente en no tener documentados los extremos que en el precepto infractor se señalan.

Sin embargo, esta situación no tiene porque responder a una realidad objetiva de información, formación o vigilancia de la salud de los trabajadores que tienen que ir a desarrollar su actividad a la empresa usuaria; el cumplimiento de tener acreditadamente estos datos ¿exoneraría de responsabilidad a la empresa usuaria? ¿Qué tipo de responsabilidad se genera para la empresa de trabajo temporal? ¿Qué corresponsabilidad existe entre ambas empresas?; las preguntas se multiplicarían proporcionalmente al grado de burocratización al que se está llegando con el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Son cuestiones sin resolver por la Ley de Infracciones y que quedarán a la interpretación de los operadores jurídicos y, sobre todo, del mundo empresarial y de la puesta en práctica real que realicen.

En cuarto lugar, los criterios de graduación de las sanciones quedan levemente modificados en su aptdo. f) del art. 39.3. Esta alteración era imprescindible para legitimar la actuación de los funcionarios habilitados, con los contornos señalados ya, que de otra forma no tendría ninguna virtualidad práctica el incumplimiento de los requerimientos que pueden realizar y que, anteriormente a la reforma eran de exclusiva competencia de la Inspección de trabajo; (alteración ésta altamente criticable como ya se hizo mención y a la que remitimos en todos sus extremos). Este precepto, desde la perspectiva del procedimiento administrativo sancionador, queda reforzado con la introducción dentro de las infracciones relativas a la obstrucción de las actividades inspectoras de un nuevo apartado en el art. 50.2 *in fine*, así como en lo referente al contenido de las Actas de infracción conforme al nuevo art. 53.5. En efecto, con relativo al primero, tendrán la misma consideración las conductas obstructoras que afecten a las actuaciones llevadas a cabo por los funcionarios habilitados en el marco de sus competencias de comprobación y apoyo a la Inspección de Trabajo.

En lo que respecta al contenido de las Actas, la Norma sancionadora establece que cuando el Acta se practique conforme a los hechos y datos contenidos en el Informe emitido por el funcionario técnico habilitado, éstos serán incorporados al contenido del Acta —que como ya se dijo adqui-

rirán la naturaleza de presunción de certeza—. En todo caso, la Inspección de Trabajo podrá recabar a dichos funcionarios la subsanación de defectos del Informe, si los hechos comprobados son insuficientes a efectos sancionadores. Si no se procediera a dicha subsanación en el plazo de 15 días, se archivará sin perjuicios de actuaciones comprobatorias posteriores. Esta prescripción es de todo punto de vista imprescindible porque se debe recordar que estos funcionarios no tienen la preparación profesional suficiente, a efectos de realizar el informe que adquirirá presunción de certeza y que tendrá como consecuencia, posiblemente, la apertura de un procedimiento administrativo sancionador. Por supuesto, esa observación se realiza sin poner en duda su profesionalidad con respecto a conocimientos técnicos en materia de prevención de riesgos laborales que puede que no tenga corresponsabilidad dentro del ámbito sancionador. Pero en todo caso, es difícil prever como se van articular organizativamente las actuaciones de los habilitados y de la Inspección de Trabajo³³.

Por último, se altera levemente, a efectos procedimentales, la concepción del principio «non bis in ídem» con un nuevo apartado, el art. 52.3; modificación que operan en el sentido de afianzar este principio sobre la base de la preceptiva comunicación entre la Administración de justicia y la Administración Laboral (autoridad laboral e Inspección de Trabajo). Es decir, el Ministerio Fiscal debe comunicar, en todo caso, a dichas autoridades administrativas, la tramitación de cualquier proceso penal sobre la comisión de infracciones constitutivas de delito y, por supuesto, notificar la sentencia firme o auto de sobreseimiento en su caso.

Consecuentemente sólo a partir de ese momento continuaría, si procediese, el procedimiento administrativo sancionador. Esta consideración normativa no era necesaria porque, en principio y aunque no diga nada la norma, conforme a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración (Ley 30/1992) debe existir y establecerse los instrumentos de comunicación entre las Administraciones públicas sobre las distintas actuaciones que tengan correlación, aún más si estamos hablando de la manifestación del «ius puniendi» del Estado, en su doble vertiente: de Administración de Justicia y de Potestad sancionadora de la Administración. Bueno, en todo caso no está de más recordar, por escrito y en una Ley, las obligaciones que tiene el Estado que después se convierte en derechos de los ciudadanos y, además, significa más seguridad jurídica.

³³ En este sentido, PÉREZ CAPITÁN, L. «Un comentario a la Ley de reforma...». *Op. cit.*, pág. 37.



7. VALORACIÓN DE LA REFORMA

Tras la exposición de la Reforma operada en el marco normativo de la prevención de riesgos laborales, varias son las consideraciones y conclusiones que se pueden realizar a efectos de dar una valoración general de la misma.

Tal vez la pregunta que tras el análisis realizado cabe hacerse es si esta Reforma era necesaria, ya que sólo desde esta necesidad parecen quedar justificadas las modificaciones operadas y, en consecuencia, atisbar los futuros beneficios que las mismas puedan ofrecer. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su redacción original de la Ley 31/1995, podría ser calificada, en términos de política normativa, como una buena Norma que se caracterizaba fundamentalmente por su actualidad, por adaptarse a las políticas europeas en materia de seguridad y salud laboral y, por último porque se trataba de una Ley que contemplaba la prevención desde todos los ámbitos y perspectivas, a saber, técnicas, de control, de vigilancia, sociológicas, de protección de riesgos y colectivos específicos y, como no, de responsabilidades.

La cuestión es que la Ley podría haber dado más y mejores resultados si se hubiera puesto realmente en práctica. Situación ésta que dejaba mucho que desear. Se puede afirmar, sin miedo en caer en generalidades, que no ha habido voluntad ni de los poderes públicos, ni de los sujetos implicados, empresarios, sindicatos, servicios de prevención, entidades auditoras y, también, trabajadores. Unos por no preocuparse de desarrollos de la ley operativos y eficaces centrados en la ayuda y asesoramiento a las empresas y en el control efectivo del cumplimiento a través de los mecanismos necesarios y proporcionando para ello los recursos humanos, económicos y materiales necesarios. Los otros por no concienciarse de que la prevención es algo connatural a la actividad productiva, y en preocuparse más por lo costes y por el cumplimiento formal y de cubrir el expediente ante la administración inspectora o auditora; los servicios de prevención y las entidades auditoras en no convencer y, en la medida de lo posible, exigir a los empresarios que apliquen los instrumentos necesarios para cumplir con sus obligaciones, quizás porque les ocupa más no perder clientes que en cumplir fielmente sus deberes, algunos de ellos esenciales no sólo porque suponen el cumplimiento de toda una trama normativa sino porque se trata de proteger la seguridad y salud de los trabajadores. Los sindicatos por no incidir en la negociación colectiva en esta materia y estar activos en otros menesteres y ámbitos de naturaleza más patrimonial. Todas estas actuaciones no tienen nada más que como consecuencia no tanto la «no cultura preventiva» sino «la cultura de la elusión del cumplimiento de las normas» o del «cumplimiento formal de las mismas».

Tampoco podemos olvidar la parcela que corresponde a los trabajadores, ya que no están acostumbrados a exigir a las empresas el cumplimiento

de las medidas de seguridad. Siendo su máxima preocupación el mantenimiento del empleo asumiendo el azar y la suerte de no sufrir un accidente de trabajo. Lo que ocurre es que esta conducta tiene una exigente a considerar de gran calado y es que, en efecto, la situación actual del mercado de trabajo obliga al trabajador a asumir el riesgo, por lo que es ciertamente criticable las últimas resoluciones judiciales donde declaran como responsable al trabajador que no exige seguridad o se niega a realizar un trabajo en condiciones precarias de prevención de riesgos laborales.

Pero claro, si unimos todas las observaciones el resultado que tenemos es que los únicos responsables son los que pudiendo y teniendo medios para prevenir no lo hacen; esto es, el empresario en su parcela de control, los sindicatos como agentes principales de la negociación colectiva y, también, los poderes públicos en el marco de sus responsabilidades pero, no tanto, aunque también, el trabajador que está obligado a asumir sus obligaciones laborales para mantener su empleo en detrimento de más prevención, sobre todo si se trata de empresas pequeñas donde no existen mecanismos de participación de los trabajadores que actúan, en gran medida, de controladores y peticionarios de seguridad laboral. Estas consideraciones deben decirse porque el problema no es que no se conozcan es que no se les presta la atención debida y no se asumen, y desde luego responden a una realidad objetiva en nuestras empresas.

Así pues, esta Reforma no se puede entender sino desde el sentimiento de culpabilidad de los sujetos implicados y, por supuesto, del propio legislador. La Reforma no aporta mucho más de lo que ofrecía la regulación anterior. Si acaso enreda más el sistema de gestión de la prevención y lo hace desde dos puntos de vista, por un lado, con la excesiva administrativización y burocratización de las obligaciones empresariales, lo que generará seguramente volver a recaer en lo que se intentaba evitar, el cumplimiento formal y documental de los deberes. Y por otro lado, a riesgo de equivocarse y dejando un margen de duda razonable, el establecimiento de tanto «personal» para la gestión (los recursos preventivos, trabajadores designados) o de control y comprobación (coordinador o funcionarios habilitados) sin buscar alternativas y sistemas o instrumentos procedimentales actuales, provocará no pocos problemas de solapamiento y de inseguridad en las funciones que cada uno de los sujetos tienen que asumir. Pero no sólo, porque será necesario buscar un sistema organizativo que coordine la convivencia de lo mandado por la Ley con las funciones preventivas, incluidos los propios servicios de prevención y el nuevo papel que deben asumir éstos.

Desde el lado de la coordinación de actividades habría que señalar que la finalidad de la Norma es muy loable y acertada, no obstante, su aplicación parece que va a resultar complicada y habrá que dar un margen de confianza a las empresas para que poco a poco vayan aplicando razonable y adecuadamente las obligaciones y medidas preventivas. Organigrama em-



presarial que, como se ha mencionado, es muy complejo, sobre todo, en las pequeñas y medianas empresas. En todo caso, habrá que esperar la puesta en marcha y a la reacción aplicativa de los sujetos para que, desde los datos objetivos de aplicación, se pueda concluir más positivamente de lo que aquí ha sido posible a la vista de las normas Reformadas y no tanto por la finalidad que persigue sino por la culturización preventiva en todos los niveles y sujetos que necesitan para ser eficaces.







LAS NUEVAS OBLIGACIONES E INFRACCIONES TRAS LA REFORMA DEL MARCO NORMATIVO DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

CARLOS DOMÍNGUEZ PEREJÓN

Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Sevilla

EXTRACTO

La Ley 54/2003, de 12 de diciembre (BOE de 13 de diciembre), de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, ha representado importantes modificaciones tanto a nivel sustantivo (en materia de las obligaciones preventivas y en materia de acción inspectora) como a nivel sancionador.

En este trabajo se efectúa una aproximación al contenido de la reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo desde la óptica de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante el análisis de las nuevas obligaciones sustantivas y de las nuevas infracciones que se regulan en la materia, al objeto de propiciar la reflexión sobre los aspectos de la reforma que suscitan dudas y carencias en orden a su fiscalización.

ÍNDICE:

1. LAS OBLIGACIONES PREVENTIVAS
 - 1.1. La integración y el plan
 - 1.2. La evaluación y la planificación
 - 1.3. Los recursos preventivos
 - 1.4. La coordinación preventiva
2. LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES
 - 2.1. Los sujetos responsables
 - 2.2. Las infracciones
 - 2.3. Criterios de graduación
 - 2.4. Responsabilidades
 - 2.5. Infracciones por obstrucción
 - 2.6. Notificaciones del Ministerio Fiscal
 - 2.7. Contenido de las actas de infracción
3. EL REFORZAMIENTO DE LA FUNCIÓN INSPECTORA

1. LAS OBLIGACIONES PREVENTIVAS

Se concretan en que se modifica el art. 14 núm. 2, el título del art. 16 y se da nueva redacción a los apartados 1 y 2 de dicho artículo, todos ellos de la LPRL.

Se da igualmente nueva redacción a las letras a), b) y c) del apartado 1 del art. 23 y a las letras a) y c) del art. 31 como consecuencia de las modificaciones de los artículos 14 y 16.

Los fines perseguidos por la nueva regulación en la materia son los siguientes:

- 1.º) La regulación en norma de rango legal de la obligación empresarial de integrar la actividad preventiva en la empresa.
- 2.º) La regulación en norma de rango legal de la obligación de implantar y aplicar un plan de prevención de riesgos laborales.
- 3.º) Una regulación más completa de la evaluación de riesgos y de la planificación de la prevención.
- 4.º) La regulación de los denominados recursos preventivos.

1.1. La integración y el plan

Las modificaciones de los artículos 14 y 16 (y las derivadas de los artículos 23 y 31) de la LPRL, suponen la regulación positiva (sustantiva) en una norma de rango legal de la obligación empresarial de integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa a través del diseño y puesta en práctica de un plan preventivo.

Supone la regulación, en términos de equiparación, de obligaciones instrumentales en materia de gestión de la prevención de riesgos laborales, entre la LPRL y el Real Decreto 97/1997, dado que, por razones que resultan difícil de explicar, tanto la integración como el plan de prevención eran obligaciones que, si bien se omitían en el texto de la Ley, aparecían recogidas en su reglamento (v. arts. 1 núm. 1 y 2 núm. 2 del R.D. 39/1997).

La nueva regulación tiene la importancia que resulta de regular en una norma de rango legal las obligaciones sobre las que descansan a modo de piedra angular o muro maestro el sistema o política de gestión preventiva de las empresas instaurado por la nueva normativa de prevención de riesgos laborales, de modo que sin el cumplimiento de las obligaciones relativas a la integración y al plan, el cumplimiento de las obligaciones referentes a la evaluación de riesgos y a la planificación de la prevención (establecidas en el art. 16 LPRL y en los arts. 3 a 9 del RSP) carecían de toda utilidad práctica, al convertirse en un fin en sí mismo con olvido de que son medios instrumentales, esto es, se convirtieron en obligaciones puramente formales o documentales.

Esa finalidad, de lucha contra el cumplimiento meramente formal o documental de las obligaciones preventivas informa permanentemente la reforma, tanto en el ámbito de regulación sustantivo como en el sancionador, enmendando de ese modo una grave omisión del legislador, aún mayor que la comentada, ya que, debe recordarse que, además de una Ley (LPRL) que omitía en su regulación sustantiva toda referencia a las obligaciones empresariales de integrar la prevención y de poner en práctica un plan de prevención, omitía toda regulación a efectos sancionadores de los incumplimientos de aquellas obligaciones.

La implantación y aplicación del plan de prevención se configura como el instrumento o medio necesario para la integración de la prevención de riesgos laborales en el sistema general de gestión de la empresa.

El plan se configura como un instrumento preventivo que debe incluir:

- √ la estructura organizativa
- √ las responsabilidades
- √ las funciones
- √ las prácticas
- √ los procedimientos
- √ los procesos y
- √ los recursos necesarios

El plan, a tenor de la disposición transitoria única de la Ley 54/2003, no tendrá que documentarse por escrito hasta los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la ley.

1.2. La evaluación y la planificación

La nueva regulación se caracteriza, como se ha señalado¹, porque supera la concepción de tales instrumentos como un conjunto totalizador, admitiéndose su realización por materias y fases; porque supone una aproximación a la regulación reglamentaria de la evaluación, al circunscribirla no al centro o lugar de trabajo, sino al puesto de trabajo y teniendo en cuenta incluso al trabajador singularmente considerado, con el objeto de pivotarla sobre todos los factores de riesgos (objetivos y subjetivos) asociados al trabajo; al regular la planificación en unos términos más concretos y detallados, también en línea con la regulación reglamentaria existente (así: «...incluyendo para cada actividad preventiva el plazo para llevarla a cabo, la designación de responsables y los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución», compárese con el contenido de los artículos 8 y 9 del RSP); y, al añadir la obligación empresarial de «asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma», como una vía más de preservar el sentido de la planificación como instrumento de aplicación real de gestión preventiva.

Las modificaciones del artículo 23 son una consecuencia obligada de las modificaciones de los artículos 14 y 16:

- 1.º) Se instaure la obligación de documentar el plan de prevención de riesgos laborales (nuevo apartado a), en cuanto nueva obligación preventiva.
- 2.º) Se reubican en el precepto las obligaciones documentales de la redacción original.

Así, el resultado de los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores aparece junto con la evaluación de riesgos (nueva letra b) por entenderse (acertadamente) en la nueva regulación que los controles periódicos de las condiciones de trabajo son manifestaciones del cumplimiento del deber empresarial de evaluar los riesgos laborales.

Por su parte, la obligación documental de la planificación de la prevención se ubica en una letra específica (el c), al haberse regulado materialmente como una obligación instrumental distinta de la relativa a la de la evaluación de riesgos.

La nueva regulación del artículo 31 es, igualmente, una consecuencia de la nueva regulación sustantiva de los artículos 14 y 16 de la LPRL que

¹ LUIS PÉREZ CAPITÁN: «Un comentario apresurado al proyecto de ley de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales», *Justicia Laboral*, Lex Nova, 16/2003.



plantea el proyecto, con referencia a la función de asesoramiento y apoyo de los servicios de prevención a las empresas respecto de los instrumentos preventivos:

- 1.º) Se introduce una nueva letra a) en el apartado 3 del artículo (al haberse regulado un nuevo instrumento preventivo), respecto al «diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención en la empresa».
- 2.º) Se da nueva redacción a la letra c del mismo apartado, respecto a la «planificación de la actividad preventiva y la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas y la vigilancia de su eficacia».

Finalmente, se da nueva redacción al art. 39 núm. 1 a) LPRL con el añadido de la alusión al artículo 16 en relación con las actividades de protección y prevención.

1.3. Los recursos preventivos

Se regula un nuevo artículo 32 bis LPRL relativo a los recursos preventivos.

Se establece la obligatoriedad de tales recursos, en los siguientes casos:

a) «Cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo».

Enrevesada descripción de una circunstancia que requiere un cierto esfuerzo interpretativo, pero que parece hacer referencia a la concurrencia de actividades en un lugar de trabajo con afectación de los riesgos laborales de los trabajadores que prestan sus servicios en el mismo (coordinación de actividades preventivas, art. 24 LPRL).

b) «Cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales».

La concurrencia de este supuesto exige la previa consideración como peligrosa de la actividad en una norma reglamentaria, lo que nos lleva a constatar la inexistencia de una norma que identifique las actividades peligrosas a efectos de prevención de riesgos laborales, salvo el caduco Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, que aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, resultando muy forzado para la identificación de tales actividades las que aparecen relacionadas en el Anexo I del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero (RSP), dado que se recogen a unos efectos determinados (en orden a la exigencia de Servicio de Prevención Propio).

Por ello se impone la publicación de un reglamento actualizado que, con alcance general en materia de prevención de riesgos laborales, determine qué actividades se consideran especialmente peligrosas, dadas las múltiples implicaciones que tal calificación tiene en la actualidad no sólo en la normativa sustantiva en la materia sino también en el ámbito sancionador (reglamento que en la actualidad está en fase de elaboración).

c) «Cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas».

Se trata de una nueva facultad inspectora que, a falta de mayor precisión, será discrecional pero lógicamente fundada en razones que la justifiquen, debidamente razonadas por el actuante, con el objeto de evitar la indefensión.

Los tipos de recursos preventivos que prevé el precepto son los siguientes

a) «Uno o varios trabajadores designados».

b) «Uno o varios miembros del servicio de prevención propio de la empresa».

c) «Uno o varios miembros del o los servicios de prevención ajenos concertados por la empresa».

Destaca la posibilidad de elegir libremente (dentro de las tres modalidades) el tipo de recurso preventivo por el propio sujeto obligado (el empresario), incluso fuera de esas tres modalidades, al establecerse en el núm. 4 del artículo que «...el empresario podrá asignar la presencia de forma expresa a uno o varios trabajadores de la empresa que, sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores designados, reúnan los conocimientos, la cualificación y la experiencia necesarios en las actividades o procesos a que se refiere el apartado 1 y cuenten con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones de nivel básico».

De inicio, la realidad, sobre todo en el sector de la construcción, ya se está planteando la subcontratación del recurso y, además, parece que está optando por hacer coincidir el recurso preventivo en la persona de trabajadores de la empresa que no son ni un trabajador designado, ni un miembro del servicio de prevención propio o ajeno, compatibilizando el desempeño del papel del recurso preventivo con el desarrollo de las funciones profesionales que como empleado tenga encomendada, suscitando la cuestión relativa a si tal aplicación de la norma respeta realmente la finalidad perseguida por la misma (problemáticas que serán analizadas con más detenimiento con referencia a la regulación en ese sector).

El régimen de funcionamiento de los recursos preventivos, viene determinado con la técnica del concepto jurídico indeterminado, por lo que su fiscalización inspectora requerirá un esfuerzo de ponderación por parte de los actuantes:

- 1.º) El deber de «colaborar entre sí» los diferentes recursos preventivos con presencia.
- 2.º) Tendrán «la capacidad suficiente» (el requisito de capacitación — en los niveles básico, intermedio o superior— vendrá determinado por el exigido por las acciones preventivas a desempeñar como trabajador designado o como miembro del SPP o del SPA, salvo en el caso de que el recurso preventivo recaiga sobre alguien ajeno a aquellas estructuras preventivas, caso en que deberá disponer de formación de nivel básico), dispondrán de «los medios necesarios» y serán «suficientes en número para vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas» (que será la función a desarrollar), «debiendo permanecer en el centro de trabajo durante el tiempo en que se mantenga la situación que determine su presencia».

Por lo demás, ya se ha suscitado la crítica al nivel de formación exigido (el básico), por considerarse insuficiente con razón², pues parece más razonable haber vinculado el nivel formativo a las circunstancias de cada caso (al igual que ocurre respecto de los recursos preventivos previstos en el artículo 30 LPRL), lo cual, probablemente nos lleva de nuevo al concepto jurídico indeterminado, a la formación suficiente sin más, que habrá de ser valorado sobre el terreno.

El sector de la construcción, la regulación de los recursos preventivos con presencia en el centro de trabajo viene dada por una nueva disposición adicional decimocuarta de la LPRL, que establece:

«1. Lo dispuesto en el artículo 32 bis de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales será de aplicación en las obras de construcción reguladas por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, con las siguientes especialidades:

- a) La preceptiva presencia de recursos preventivos se aplicará a cada contratista.
- b) En el supuesto previsto en el apartado 1, párrafo a), del artículo 32 bis, la presencia de los recursos preventivos de cada contratista será necesaria cuando, durante la obra, se desarrollen trabajos con riesgos especiales, tal y como se definen en el citado Real Decreto.
- c) La preceptiva presencia de recursos preventivos tendrá como objeto vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan de seguridad y salud en el trabajo y comprobar la eficacia de las mismas.

² PÉREZ CAPITÁN, *op. cit.*

3. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las obligaciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra».

La disposición plantea las siguientes cuestiones:

1.º) Sobre el sentido de la misma, derivada de su coexistencia con el artículo 32 bis, dado que no se entienden las razones por las que mientras que en los demás sectores productivos la presencia de los recursos se regula preceptiva en los tres supuestos tasados, en el de construcción, tan sólo se prescribe en uno (que en realidad son los dos primeros previstos con carácter general, si bien de modo acumulado): cuando se de la concurrencia de operaciones sucesivas o simultáneas en trabajos con riesgos especiales (en este caso, la identificación de tales trabajos encuentra su concreción reglamentaria en el Anexo II del Real Decreto 1627/1997), no estando prevista que sea preceptiva la presencia de los recursos preventivos cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la ITSS.

A mi juicio, la regulación de la presencia de los recursos preventivos en el sector de la construcción debió partir del mismo nivel de exigencia instaurado con carácter general (exigible, de modo aislado, en los tres supuestos previstos por el nuevo art. 32 bis), al margen de la existencia de la figura de los coordinadores durante la fase de ejecución de la obra, figura que al no tener regulada en norma material alguna su presencia permanente, resulta en la práctica manifiestamente insuficiente como mecanismo preventivo de control.

2.º) Sobre su alcance, ya que plantea la duda sobre cómo interpretar la referencia a «cada contratista» cuando se regula la preceptiva presencia de los recursos, en el sentido de si se refiere a cada contratista en sentido estricto (interpretación literal) o comprende también a los subcontratistas.

En principio la cuestión debe quedar zanjada acudiendo a la definición del contratista que recoge el artículo 2 núm. 1 h) del Real Decreto 1627/1997, tratándose por consiguiente de una obligación que recae exclusivamente sobre el ejecutor (constructor) que haya contratado con el promotor la realización de la obra o de parte de la misma conforme al proyecto.

Asimismo, queda vedada la posibilidad de que el contratista «subcontrate» el recurso preventivo, atendiendo tal obligación, tanto acudiendo a la contratación externa y específica de una empresa para que aporte el recurso, como endosando la designación a una de las empresas subcontratadas en la obra, ya que están clara las modalidades previstas en la ley del recurso (artículo 32 bis, de aplicación también en el sector de la construcción), entre las que no caben esas modalidades.

Finalmente, quizás el aspecto más polémico que ya nos está deparando la realidad sea el de hacer coincidir el recurso en la persona de un empleado de la obra (el encargado), con el objeto de que compatibilice su función profesional con la propia del recurso preventivo. Parece que tal práctica en-



caja en una de las modalidades de designación del recurso prevista en el nuevo artículo 32 bis (también aplicable al sector de la construcción, no se olvide), aunque me parece que esa modalidad va a desvirtuar por completo la nueva figura preventiva, que, a mi juicio, debió haberse perfilado legalmente con la exigencia de la dedicación exclusiva, dado que las funciones del recurso difícilmente van a quedar suficientemente atendidas compatibilizándolas con otras tareas profesionales, en particular con las que exigen una dedicación exhaustiva como las de encargado de obra. En ese caso, la insuficiencia de tal encomienda sólo podrá combatirse entendiendo incumplida la obligación de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud, subsumiendo tal conducta en el nuevo tipo del número 23 del artículo 12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en los demás sectores, apreciando cometida la infracción tipificada en el número 15 b) del artículo 12, por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la presencia de los recursos preventivos), aunque ello representará una labor fiscalizadora complicada que, me temo, llevará al traste la utilidad de la figura.

1.4. La coordinación preventiva

El Real Decreto 171/2004 (que desarrolla el artículo 24 de la LPRL), dedica el capítulo I a las disposiciones generales, el capítulo II a la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo, el capítulo III a la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo del que un empresario es titular, el capítulo IV a la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo cuando existe un empresario principal, el capítulo V a los medios de coordinación y el capítulo VI a los derechos de los representantes de los trabajadores.

Pensamos que la opción reguladora utilizada en la materia ha sido inadecuada, dado que el reglamento ha venido no sólo a concretar el contenido del artículo 24 de la LPRL, sino incluso a regular nuevas obligaciones en materia de coordinación preventiva, en respuesta a la necesidad de cubrir determinadas carencias de la regulación legal.

El Real Decreto entrará en vigor a los tres meses de su publicación.

El capítulo I (artículos 1 a 3), destaca que el contenido del real decreto tiene el carácter de «normas mínimas» (art. 1), aspecto relevante que conviene tener presente dado que, a mi juicio, el reglamento se extralimita al regular obligaciones ex novo no contempladas en la norma legal que desarrolla.

— Acertadamente se definen (art. 2) los conceptos de centro de trabajo (en términos de lugar de trabajo), de empresario titular («la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo») y de empresario principal, diferenciándolos, dándose así cobertura normativa a la interpretación generalizada de los mismos.

- Se precisan los objetivos de la coordinación (art. 3) en:
 - √ La aplicación coherente y responsable de los principios de acción preventiva.
 - √ La aplicación correcta de los métodos de trabajo por las empresas concurrentes en el centro de trabajo.
 - √ El control de las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo, en particular, cuando puedan generar riesgos calificados como graves o muy graves o cuando se desarrollen en el centro de trabajo actividades incompatibles entre sí por su incidencia en la seguridad y la salud de los trabajadores.
 - √ La adecuación entre los riesgos existentes en el centro de trabajo que pueden afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y las medidas aplicadas para su prevención.

El capítulo II (artículos 4 y 5), regula la coordinación preventiva en un plano horizontal en desarrollo del número 1 del art. 24 LPRL³, a través del «deber de cooperación».

— Los sujetos destinatarios del deber son las empresas y trabajadores autónomos que desarrollan su actividad en un mismo lugar de trabajo, tengan o no vínculo contractual entre los mismos.

— Se trata de deberes individuales y no colectivos, cuyos incumplimientos dará lugar a responsabilidades directas de los incumplidores⁴.

— El deber de cooperación se establece en un plano horizontal entre los diversos sujetos obligados, incluso aunque exista entre ellos una relación de subcontratación.

- El contenido del deber de cooperación consiste en:
 - √ Deberán informarse recíprocamente sobre los riesgos específicos de las actividades de cada empresa en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las otras empresas concurrentes, especialmente sobre aquellos riesgos que puedan verse agravados o modificados por las circunstancias derivadas de la concurrencia de actividades.
 - √ Deberán informarse de los accidentes de trabajo producidos como consecuencia de los riesgos de las actividades concurrentes.
 - √ Deberán comunicarse de inmediato toda situación de emergencia susceptible de afectar a la salud o la seguridad de los trabajadores de las empresas presentes en el centro de trabajo.

³ Los deberes de coordinación del art. 24 LPRL se analizaron por CARLOS DOMÍNGUEZ PEREJÓN en «La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales» (*Temas Laborales*, núm. 64/2002), en los planos horizontal y vertical.

⁴ CARLOS DOMÍNGUEZ PEREJÓN, *op. cit.*

- √ Informara cada empresario a sus trabajadores de los riesgos derivados de la concurrencia de actividades empresariales en el centro de trabajo.
- √ Establecerán los medios de coordinación para la prevención de los riesgos laborales.
- La información ha de ser:
 - √ Suficiente.
 - √ Proporcionada antes del inicio de las actividades concurrentes, cuando se produzca un cambio en las actividades concurrentes que sea relevante a efectos preventivos y cuando se haya producido una situación de emergencia.
 - √ Por escrito cuando alguna de las empresas genere riesgos calificados como graves o muy graves.
- La información recibida deberá ser tenida en cuenta por cada empresa concurrente en la evaluación de los riesgos y en la planificación de su actividad preventiva.

El capítulo III (artículos 6 a 9), desarrolla el núm. 2 del artículo 24 de la LPRL, regulando los deberes de coordinación preventiva en un plano vertical, tanto para el titular del centro de trabajo como para las empresas que desarrollen sus actividades en el mismo, existan o no relaciones jurídicas entre ellas, cuando se produce la concurrencia de actividades de varias empresas en un centro de trabajo del que un empresario es titular.

- Se identifica al empresario titular como sujeto obligado respecto de:
 - √ El deber de informar a los otros empresarios concurrentes sobre los riesgos propios del centro de trabajo que puedan afectar a las actividades por ellos desarrolladas, las medidas preventivas frente a tales riesgos y las medidas de emergencia a aplicar. El deber de informar se entiende cumplido por el promotor mediante la elaboración del estudio de seguridad y salud o el estudio básico (disposición adicional primera).
 - √ Deber de dar instrucciones a los empresarios concurrentes para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y sobre las medidas que deben aplicarse cuando se produzca una situación de emergencia. Las instrucciones se entenderán cumplidas por el promotor mediante las impartidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra o, cuando tal figura no exista, por la dirección facultativa (disposición adicional primera).
- La información deberá:
 - √ Ser suficiente.
 - √ Facilitarse por escrito cuando los riesgos sean calificados como graves y muy graves.

- Las instrucciones deberán:
 - √ Ser suficientes y adecuadas a los riesgos.
 - √ Proporcionarse antes del inicio de las actividades y cuando se produzca un cambio en los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y a las medidas preventivas.
 - √ Se facilitarán por escrito cuando los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes sean calificados como graves o muy graves.
- Los otros empresarios concurrentes se regulan como sujetos obligados respecto a:
 - √ Tener en cuenta la información recibida del titular en la evaluación de los riesgos y en la planificación de la actividad preventiva.
 - √ Cumplir las instrucciones recibidas.
 - √ Comunicar a sus trabajadores la información y las instrucciones recibidas del titular.

El capítulo IV (artículo 10), desarrolla en núm. 3 del artículo 24 de la LPRL, regulando la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo cuando existe un empresario principal.

— El sujeto obligado es el empresario principal (definido en el artículo 2), al que se le encomienda por el precepto legal que se desarrolla (artículo 24 LPRL) el deber in vigilando del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas o subcontratistas en las obras y servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en su propio centro de trabajo.

— Se concreta el alcance del deber in vigilando del sujeto obligado con referencia al cumplimiento de la normativa de prevención en cuanto a la realización de la evaluación de riesgos y de la planificación de la prevención, y en relación con las obligaciones de información y formación de los trabajadores. Nada se dice sobre la vigilancia de la normativa en materia de condiciones materiales de trabajo, ámbito, respecto del cual, sin duda, recae igualmente el deber in vigilando. En este aspecto, creemos que el reglamento puede estar excediéndose en su capacidad reguladora, ya que está limitando el alcance de una obligación legal.

— En cumplimiento del deber in vigilando, el empresario principal exigirá a las empresas contratadas que le acrediten por escrito el cumplimiento de tales obligaciones preventivas tanto por ella como por las empresas subcontratadas, acreditación que exigirá antes del inicio de la actividad respecto de la evaluación de riesgos y de la planificación de la prevención. La empresa contratista, por su parte, deberá exigir tales acreditaciones a cada subcontratista para su entrega a la principal.

— El empresario principal deberá comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas.

— Las medidas establecidas para el empresario principal corresponden al contratista definido en el Real Decreto 1627/1997.

El capítulo V (artículos 11 a 14), regula los medios de coordinación.

— Relación no exhaustiva de medios de coordinación:

- √ El intercambio de información y de comunicaciones entre las empresas concurrentes.
- √ Las reuniones periódicas.
- √ Las reuniones conjuntas de los comités de seguridad y salud de las empresas o, en su defecto, de los empresario que carezcan de comités y de delegados de prevención.
- √ La impartición de instrucciones.
- √ El establecimiento conjunto de medidas de prevención de los riesgos o de procedimientos o protocolos de actuación.
- √ La presencia de los recursos preventivos de las empresas.
- √ La designación del encargado (s) de la coordinación preventiva.

— El establecimiento de los medios de coordinación se deberá llevar a cabo una vez recibida la información sobre los riesgos y las instrucciones que procedan, antes del inicio de las actividades.

— La iniciativa para el establecimiento de los medios de coordinación corresponderá al empresario titular o, en su defecto, al principal.

— Los medios de coordinación deberán actualizarse cuando no resulten adecuados.

— Cada empresario deberá informar a sus trabajadores sobre los medios de coordinación establecidos.

— Se facilitarán a los trabajadores los datos para la identificación de las personas que forman parte de los recursos preventivos con presencia o de los encargados de la coordinación.

— Se establece la designación de una o más personas encargadas de la coordinación preventiva, como medio de coordinación preferente, cuando concurren dos o más de las siguientes condiciones. A mi juicio, es en este aspecto en el que reglamento más claramente se extralimita, pues realmente la exigencia de este medio de coordinación preventiva no puede entenderse derivada de la regulación legal, siendo de creación ex novo:

- √ Cuando en el centro de trabajo se realicen, por una de las empresas concurrentes, actividades o procesos reglamentariamente considerados como peligrosos o con riesgos especiales, que puedan afectar a la seguridad y salud de los trabajadores de las demás empresas.
- √ Cuando exista una especial dificultad para controlar las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo que puedan generar riesgos calificados como graves o muy graves.

- √ Cuando exista una especial dificultad para evitar que se desarrollen en el centro de trabajo, sucesiva o simultáneamente, actividades incompatibles entre sí desde las perspectiva de la seguridad y la salud de los trabajadores.
 - √ Cuando exista una especial complejidad para la coordinación como consecuencia del número de empresas y trabajadores concurrentes, del tipo de actividades desarrolladas y de las características del centro de trabajo.
- La designación podrá sustituirse por cualesquiera otros medios cuando existan razones técnicas u organizativas justificadas.

— Podrán ser encargados:

- √ Uno o varios de los trabajadores designados para el desarrollo de las actividades preventivas por la empresa titular o por las demás.
- √ Uno o varios miembros del servicio de prevención propio de la empresa titular o de las demás.
- √ Uno o varios miembros del servicio de prevención ajeno concertado por la empresa titular o por las demás.
- √ Uno o varios trabajadores de la empresa titular que, sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores designados, reúnan los conocimientos, la cualificación y la experiencia necesarios para el desarrollo de las actividades de coordinador (concepto jurídico indeterminado sobre el requisito de capacitación que no se entiende justificado, dado que el reglamento exige un requisito de capacitación concreto, mínimo y universal para todos los encargados).
- √ Cualquier otro trabajador de la empresa titular que, por su posición en la estructura jerárquica de la empresa y por las funciones técnicas que desempeñen en relación con el proceso o los procesos de producción desarrollados en el centro, esté capacitado para la coordinación (de nuevo se contempla una alusión indeterminada a la capacitación cuya razón de ser no se entiende por lo indicado anteriormente).
- √ Una o varias personas de empresas dedicadas a la coordinación de actividades preventivas, que reúnan las competencias, los conocimientos y la cualificación necesarios (se trata de una coordinación contratada externamente y al margen del servicio de prevención ajeno y de nuevo con la alusión innecesaria a la capacitación).

De todo ello resulta un abanico de posibilidades excesivamente amplio que complica una visión clara de la norma por sus destinatarios.

— En cualquier caso, el encargado de la coordinación deberá mantener la necesaria colaboración con los recursos preventivos de las empresas concurrentes.

— La(s) persona(s) a las que se asigne el recurso preventivo con presencia permanente en cumplimiento del art. 32 bis LPRL podrá ser igualmente el encargado de la coordinación, salvo cuando se trate del trabajador de la empresa titular con una posición en la estructura jerárquica de la misma y que desarrolle las funciones técnicas relacionadas con los procesos productivos o cuando se contrate externamente a través de empresas dedicadas a la coordinación.

— Las funciones de los encargados de la coordinación son:

- √ Favorecer el cumplimiento de los objetivos de la coordinación.
- √ Servir de cauce para el intercambio de las informaciones que deben intercambiarse las empresas concurrentes.
- √ Cualesquiera otras encomendadas por la empresa titular.

— Las facultades del encargado de la coordinación:

- √ Conocer las informaciones que deben intercambiarse las empresas concurrentes, así como cualquier otra documentación preventiva necesaria.
- √ Acceder a cualquier zona de trabajo.
- √ Impartir a las empresas concurrentes la adopción de medidas preventivas.

— El encargado deberá estar presente en el centro de trabajo por el tiempo necesario para el cumplimiento de sus funciones.

— El encargado deberá contar con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones de nivel intermedio.

Aquí estamos ante un requisito concreto de capacitación, que hace innecesarias las alusiones indeterminadas a los conocimientos, cualificación, experiencia, o competencias s necesarios, etc., antes comentados. De nuevo estamos ante una creación ex novo del reglamento.

— Los medios de coordinación en el sector de la construcción serán los establecidos en el Real Decreto 1627/1997.

El capítulo VI (arts. 15 y 16), regula los derechos de los representantes de los trabajadores: regulando el derecho de los delegados de prevención de la empresa titular a ser informados de los contratos de prestación de obras o servicios, a ser consultados por la titular sobre la organización del trabajo, así como sus facultades de participación respecto de las actividades concurrentes, y las reuniones conjuntas de los comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes o de los propios empresario en su defecto u otras medidas de actuación coordinada.

2. LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES

Las modificaciones que contempla la Ley de reforma de la LISOS son una consecuencia de la reforma de la regulación sustantiva que recoge en materia de prevención de riesgos laborales.



2.1. Los sujetos responsables

La única modificación producida es al núm. 8 del artículo 2 de la LISOS, al tipificarse entre los sujetos responsables de los incumplimientos de las obligaciones que deriven de la normativa de prevención de riesgos laborales a los «empresarios titulares de centro de trabajo», que se añaden a los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia.

La modificación introducida es acertada en cuanto tipifica como responsables a los empresarios titulares transgresores del artículo 24 núm. 2 LPRL que, salvo que el centro fuera una obra, quedaban fuera de los sujetos responsables tipificados en la Ley.

La reforma, sin embargo, en esta materia, a mi juicio, se queda inexplicablemente corta, al sufrir una notable omisión, ya que no ha reparado en recoger entre los sujetos responsables de los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales a los empresarios que no sean titulares de las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la omisión, dado que los mismos, ni pueden subsumirse entre los sujetos tipificados en el núm. 1 del artículo 2 («El empresario en la relación laboral»), ni en el modificado núm. 8 (por no ser ni el empresario titular del centro de trabajo, ni el promotor o propietario de una obra, ni el trabajador por cuenta propia), ya que estamos pensando en la empresa no titular del centro que incumpla el deber de coordinación preventiva previsto en el núm. 1 del artículo 24 LPRL, cuando tal incumplimiento no afecte a trabajadores propios sino a trabajadores de otra empresa contratada por la titular o subcontratada por la incumplidora o por otra empresa que desarrolle su actividad en el lugar de trabajo.

2.2. Las infracciones

Se modifica el núm. 2 del artículo 5 LISOS al definir el concepto de infracción en materia de prevención de riesgos laborales, que pasa a referirse de un modo genérico pero comprensivo de todos los sujetos tipificados como responsables por el art. 2, dado que se considera infracción en la materia «las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan ...».

Infracciones graves:

- √ Se regula como nuevo tipo los incumplimientos de la obligación regulada en el nuevo art. 16 núm. 1 de la LPRL, relativa a integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa y a aplicar el plan preventivo (art. 12 núm. 1 a).
- √ Como nuevo tipo (art. 12 núm. 1 b) se regula el incumplimiento de la obligación regulada en el nuevo art. 16 núm. 2 a) LPRL, de reali-



- zar la evaluación de riesgos y sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores, y sobre el desarrollo de las actividades preventivas necesarias. Se trata igualmente de un tipo persecuidor de las conductas antiformalistas en la materia.
- √ Otro nuevo tipo (art. 12 núm. 6) contempla el incumplimiento de la obligación del nuevo art. 16 núm. 2 b) LPRL relativa a la planificación de la prevención, igualmente en términos antiformalistas.
 - √ Se modifica el tipo del núm. 14 del art. 12 LISOS, al redactarse en unos términos acordes con la nueva tipificación de los sujetos responsables recogida en el art. 2.8, más completo y preciso que la redacción hasta ahora existente, al concretarse que el incumplimiento refiere a los deberes de informar y dar instrucciones regulados, respecto del empresario titular del centro de trabajo en el núm. 2 del art. 24 LPRL.
 - √ El antiguo tipo del art. 15 se bifurca en dos, para diferenciar el preexistente, aunque en unos términos más completos por añadirse «...o no dotar a los recursos preventivos de los medios que sean necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas», de otro nuevo, relativo al incumplimiento del nuevo deber sobre presencia de los recursos preventivos (art. 32 bis LPRL).
 - √ Se modifica la redacción del tipo recogido en el núm. 19 del art. 15, haciéndolo más completo al referir el incumplimiento no sólo respecto de la no facilitación del acceso a la información y documentación al servicio de prevención sino también «a los trabajadores designados» (beneficiarios de ese derecho).
 - √ Se crean tres nuevos tipos (el núm. 23 del art. 12), donde se residen los incumplimientos de las obligaciones relativas al plan de seguridad y salud, que dejan de estar en el tipo del 12.6: a) incumplir la obligación de elaborarlo con el alcance y contenido establecidos, destacando «por carecer de contenido real y adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y la salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o los procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo». Se trata de un gran avance por cuanto tipifica como infracción los cumplimientos meramente formales por medio de la práctica de los planes genéricos o estándar desconectados de la realidad; b) incumplir la obligación de elaborar el plan «en aplicación del estudio de seguridad y salud o, en su caso, del estudio básico...», se regula como nueva falta; c) incumplir la obligación de «realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud...», aparece como una nueva falta y hace referencia al incumplimiento de las obligaciones del recurso preventivo del contratista.

√ Nuevos tipos en el número 24, relativos a los incumplimientos de las obligaciones del promotor, que hasta ahora tenían que reconducirse con gran esfuerzo en el tipo genérico del número 14 del artículo 12 («No informar el promotor o el empresario titular del centro de trabajo, a aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo, sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia»), por lo que han supuesto un considerable avance en materia de tipificación sancionadora, diferenciándose cinco infracciones: a) no designar a los coordinadores (incumplimiento del art. 3 R.D. 1627/1997); b) incumplir la obligación de elaborar el estudio o estudio básico en los términos regulados (art. 4 números 1 y 2 R.D. 1627/1997); c) «no adoptar las medidas necesarias para garantizar que los empresarios que desarrollan actividades en la obra reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia, en la forma y con el alcance previstos en la normativa de prevención» en este tipo puede encajar la no utilización del libro de incidencias unido a la no utilización de cualquier otro medio documental que acredite la comunicación de la información y las instrucciones necesarias sobre los riesgos y las medidas frente a los mismos; d) «No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra» (tipo en el que, pueden encajar conductas como las aludida en el tipo anterior, y que, además, debiera de haber estado acompañado por una modificación en la norma material que prescribiera el tiempo de presencia en la obra de los coordinadores para evitar apreciaciones subjetivas del fiscalizador); y e) «No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra». Igualmente pueden encajar aquí las omisiones documentales aludidas cuando las mismas trasciendan sobre las condiciones de seguridad y salud de la obra, con lo que el tipo parece una reiteración innecesaria. Por lo demás, como se ha planteado⁵, el precepto origina importantes problemas de justicia material cuando el promotor no es un promotor profesional sino particular, en los que se propone su exención de responsabilidad con imputación directa del coordinador.

⁵ PÉREZ CAPITÁN, *op. cit.*



- √ Nuevo tipo al añadirse el número 25 al artículo relativo a «Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, de acuerdo con la normativa aplicable». Se trata de un tipo nuevo, antes inexistente, similar al del art. 12.22 relativo a los Servicios de Prevención Ajenos, cubriéndose de este modo un importante vacío a efectos sancionadores, por permitir la persecución de conductas omisivas de estas entidades que hasta la fecha quedaban impunes.
- √ Nuevo tipo al añadirse el número 26: «Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con la normativa aplicable». Tipo similar al anterior que tiene como destinatario infractor a las entidades formativas.

Infracciones muy graves:

- √ Art. 13 núm. 8 LISOS: el tipo del apartado a) es el equivalente en muy grave del nuevo tipo 12 núm. 24 c) de las graves y el tipo del apartado b) es el equivalente al tipo del 12 núm. 15 b), en ambos casos cuando «se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales».
- √ Se añade un nuevo párrafo 13 al artículo: «La alteración o el falseamiento, por las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, del contenido del informe de la empresa auditada». El tipo persigue la emisión de dictámenes fraudulentos que no respondan a la realidad comprobada por parte de las empresas auditoras, conducta cuya constatación implicará que la disfunción del dictamen con la realidad auditada sea evidente y palpable.
- √ Se añade un nuevo párrafo 14: «La suscripción de pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en el apartado 3 del artículo 42 de la presente Ley». Hace referencia a la práctica contractual que persiga la elusión de responsabilidad por la empresa principal, por tratarse de cláusulas contra legem⁶.

⁶ Art. 42 núm. 3 LISOS: «La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal».

Infracciones de las empresas usuarias:

- √ Nuevo párrafo f) en el apartado 2 del art. 19 LISOS, calificándose como grave: «Permitir el inicio de la prestación de servicios de los trabajadores puestos a disposición sin tener constancia documental de que han recibido las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas, poseen la formación específica necesaria y cuentan con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar». La crítica consiste en que tratándose de una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, por razones que no se comprenden, se tipifica como una infracción en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias (Sección 4.ª de la LISOS), con sanciones económicas inferiores a las correspondientes a las infracciones de la misma calificación en aquella materia. Por la misma razón, no resulta justificable que las infracciones de los tipos 18 núm. 2 c), 18 núm. 3 b), 19 núm. 2 b) y d) y 19 núm. 3 b) continúen fuera del elenco de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.

2.3. Criterios de graduación

- √ Se modifica la redacción del criterio de graduación recogido en la letra f) del apartado 3 del artículo 19 LISOS, con remisión a las advertencias o requerimientos previos «a que se refiere el artículo 43 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales», precepto que resulta modificado por la reforma en materia de colaboración con la ITSS (medidas reguladoras en el objetivo número 3 de la reforma).

2.4. Responsabilidades

- √ Se añade un último párrafo al apartado 3 del art. 42 LISOS en el sentido de que «Los pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en este apartado son nulos y no producirán efecto alguno». Se trata de la regulación material de la ineficacia de tales pactos, que tendrán su tipificación como infracción muy grave en el nuevo tipo contemplado en el art. 13 núm. 14. En materia de responsabilidad, se produce una de las grandes omisiones de la reforma, al no haberse aprovechado la ocasión para volver a la tipificación original del art. 40 de la LISOS de 1988 de la responsabilidad directa de la empresa principal respecto de omisiones afectantes a trabajadores de la empresa contratada o



subcontratada, dado que «la aplicación sistemática del mecanismo de imputación solidaria de responsabilidad a todos los supuestos del núm. 3 del artículo 24 de la LPRL, presenta a mi juicio un grave problema de técnica sancionadora, ya que puede resultar en muchos casos difícilmente conciliable con las exigencias de los principios de culpabilidad (STCo 246/1991) y de proporcionalidad que han de informar la actuación administrativa sancionadora, pues la aplicación sistemática de la misma responsabilidad a diversos sujetos impide el previo juicio de culpabilidad de cada uno y la ponderación del grado de culpabilidad de los mismos»⁷.

2.5. Infracciones por obstrucción

Se añade un nuevo párrafo final al apartado 2 del número 50 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, con el objeto de incluir en el concepto de infracción las conductas de obstrucción a los técnicos en sus actuaciones de comprobación en apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

2.6. Notificación del Ministerio Fiscal

Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 52 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que regula el deber del Ministerio Fiscal de notificar, en todo caso, a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la existencia de un procedimiento penal sobre hechos que puedan resultar constitutivos de infracción, con el objeto de que dicha notificación produzca el efecto de la paralización del procedimiento administrativo sancionador iniciado hasta el momento en que el Ministerio Fiscal notifique a la autoridad laboral la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento dictado por la autoridad judicial.

La modificación tiene su importancia pues viene a corregir la falta de comunicación de la fiscalía tanto a la autoridad laboral como a la Inspección que se ha venido dando en la práctica, lo que ha provocado la prolongación innecesaria de la suspensión de procedimientos sancionadores.

Por lo demás, significar que no se producirá la suspensión hasta que no se produzca la notificación del Ministerio Fiscal sobre la existencia de un procedimiento penal sobre los hechos.

⁷ CARLOS DOMÍNGUEZ PEREJÓN: «La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales» (*Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. 40/1996).

2.7. Contenido de las actas de infracción

Se añade un nuevo apartado 5 del artículo 53 de la Ley de Infracciones y Sanciones para dar cabida a las actas practicadas como consecuencia de informe emitido por los funcionarios técnicos en actuaciones de comprobación en apoyo de la Inspección, al establecerse que el acta incorporará a su texto el relato de hechos del informe así como los demás datos relevantes de éste.

3. EL REFORZAMIENTO DE LA FUNCIÓN INSPECTORA

En ejecución del objetivo número 3 de la reforma consistente en mejorar el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales ...mediante «el reforzamiento de la función de vigilancia y control del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social», se da nueva redacción al apartado 2 del artículo 9 de la LPRL, se añaden los apartados 3 y 4 al mismo precepto y se añade la disposición adicional decimoquinta a la Ley, se añade un nuevo párrafo final al apartado 2 del artículo 50 LISOS y un nuevo párrafo 5 al artículo 53 de la misma.

La modificación supone la atribución a los funcionarios dependientes de las Comunidades Autónomas de funciones y facultades hasta la fecha atribuidas en exclusivas al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social.

El fin perseguido con la medida reside en dotar mayores medios humanos a la función de vigilar y exigir el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

El régimen jurídico relativo a las actuaciones, competencias y facultades inspectoras que se otorgan a estos funcionarios son:

- √ El asesoramiento y la comprobación de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo.
- √ Tendrán la facultad de requerir la subsanación de las deficiencias observadas que supongan una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales.
- √ Los requerimientos que efectúen podrán reflejarse en el Libro de Visitas de la ITSS.
- √ Remitirán informe a la ITSS siempre que haya mediado incumplimiento de previo requerimiento, con el fin de que ésta extienda en base a los hechos por ellos comprobados acta de infracción.
- √ Los hechos comprobados en sus actuaciones tendrán la fuerza legal de presunción de certeza.
- √ Los actos de obstrucción que afecten al ejercicio de los cometidos asignados a estos funcionarios en sus actuaciones de comprobación en apoyo de la ITSS, se tipifican como infracciones por obstrucción

en los mismos términos que cuando afectan a las actuaciones de los funcionarios de la ITSS.

- √ La ITSS requerirá de estos funcionarios la subsanación de sus informes cuando considere que el relato de hechos contenido es insuficiente a efectos sancionadores, procediendo al archivo si no se subsanase en el término de 15 días y sin perjuicio de nuevas comprobaciones.
- √ Estarán sometidos a los plazos de actuación reguladores de la actuación inspectora de 9 meses y de 3 meses de interrupción de las actuaciones comprobatorias.
- √ Las actuaciones comprobatorias de estos funcionarios se programarán por la respectiva Comisión Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en cuanto órgano coparticipado por la Administración general del estado y la de la Comunidad Autónoma para el establecimiento de los objetivos y programas de actuación ordinaria de la ITSS, el seguimiento y control de sus resultados, los medios y colaboraciones necesarios para su cumplimiento, etc (véase el art. 17 de la Ley 42/1997).
- √ Para poder ejercer estas funciones, los funcionarios públicos de las CC.AA. deberán contar con una habilitación específica expedida por su Comunidad Autónoma, en los términos que reglamentariamente se determine.
- √ Los funcionarios deberán pertenecer a los grupos A o B y acreditar formación específica en materia de prevención de riesgos laborales.

Este aspecto tan esencial de la reforma, no está exento de interrogantes que, brevemente, se exponen:

- 1.^a) Llama la atención que en la reforma se omita toda referencia al establecimiento del mismo régimen de incompatibilidades para estos funcionarios que el que gravita sobre el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (véase el art. 12 de la Ley 42/1997), cuando en los borradores del proyecto de la reforma se contemplaba tal requisito, que se considera fundamental en orden a la salvaguarda de una actuación inspectora independiente de los funcionarios de las CC.AA.
- 2.^a) Los términos de la habilitación de estos funcionarios, deben fijarse con referencia a los mismos requisitos de acceso para todas las CC.AA, cuestión que queda en el aire dada la remisión a la regulación reglamentaria sin más sobre el particular, desconociéndose si tal referencia va dirigida al poder reglamentario de cada Comunidad o al de la Administración General del Estado ⁸.

⁸ PÉREZ CAPITÁN, *op. cit.*





REPERCUSION DE LA REFORMA DE LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES DE LOS EXTRANJEROS

M.^a DOLORES VALDUEZA BLANCO

Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Carlos III

EXTRACTO

La situación jurídica de los extranjeros extracomunitarios ha sido regulada en España en un periodo de tan sólo cuatro años, por tres leyes: la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, posteriormente reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y, a su vez, modificada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003. Esto pone de manifiesto las dificultades con las que el legislador se encuentra a la hora de acometer el fenómeno inmigratorio. El presente trabajo va a analizar, exclusivamente, las novedades que, la promulgación de la LO 14/2003, ha supuesto en el régimen inmigratorio preexistente.

La actual reforma legislativa ha centrado todos sus esfuerzos en el control de la inmigración irregular —si bien es verdad, que las anteriores leyes también pusieron énfasis en ello—, siendo las modificaciones referidas a las situaciones de regularidad de menor trascendencia, con la excepción del tratamiento dado al visado. Este control se ha visto reforzado en las tres fases de la migración, esto es, tanto en el país de origen, como en la frontera y en el país de destino; estableciéndose, para ello, más instrumentos de vigilancia (v.g. las compañías de transporte adquieren nuevas obligaciones cuyo incumplimiento es susceptible de sanción). Con la misma finalidad, se habilita a la Dirección General de la Policía para el acceso a los datos padronales de los extranjeros. Este acceso, en la práctica, podría llegar a provocar que los inmigrantes no se inscribieran en el correspondiente Padrón Municipal motivando así, el efecto contrario al pretendido por la norma. Esta falta de inscripción también podía afectar, de hecho, al ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria, al estar éste vinculado al requisito del previo empadronamiento.

Especial mención merece la reforma del art. 36.3, en tanto que otorga a los trabajadores irregulares el derecho a las prestaciones que pudieran corresponderles.

Finalmente, respecto de la incorporación de los inmigrantes al sistema productivo español, desarrollando una actividad por cuenta ajena, el art. 39, que regula el contingente, ha venido a positivizar las prácticas que ya se venían llevando a cabo.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES DE LOS EXTRANJEROS
 - 2.1. Posible afectación de derechos sociales a través de la LBRL
 - 2.2. Ampliación de los derechos de los trabajadores irregulares
 - 2.2.1. Antecedentes
 - 2.2.2. El nuevo art. 36.3 LOE
 - 2.2.2.a) La responsabilidad del Empresario
 - 2.2.2.b) Las prestaciones
3. EL CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS
 - 3.1. En el país de origen
 - 3.2. En la frontera
 - 3.3. En el país de destino
4. EL ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO
 - 4.1. El régimen general
 - 4.2. El Contingente
 - 4.3. El Régimen Privilegiado
5. A MODO DE REFLEXIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Desde que se promulgara la L.O. 7/85¹, sobre derechos y libertades de los extranjeros, se han incorporado al Ordenamiento Jurídico tres nuevas leyes², a saber, la ley 4/2000, la modificación operada por la LO 8/2000 y la actual, también modificando la precedente, LO 14/2003. Por tanto, la L.O. 7/85 ha estado en vigor durante quince años mientras que en el periodo de, tan sólo, cuatro años han sido necesarias tres reformas. Y, si bien es cierto que el fenómeno migratorio ha sufrido, en estos casi veinte años, un cambio significativo, no parece que ello haya sido la causa de las últimas reformas legislativas señaladas sino, más bien, el desacierto en el control de los flujos migratorios³. Control que se erige en objetivo esencial para el legis-

¹ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (BOE 03-07-1985), que desde ahora se denominará LO 7/85.

² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 12-01-2000), a la que se aludirá como LO 4/2000. Posteriormente se promulga la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 23-12-2000) que será denominada como LO 8/2000. Y, finalmente, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003 (BOE 21-11-2003) a la que se hará referencia como LOE.

³ Que se manifiesta tanto en los sucesivos procedimientos de regularización, como en las cifras de inmigrantes irregulares que se barajan. «Una aproximación al volumen de extranjeros en situación irregular se obtiene comparando la estimación del Censo de Población (1.175.000) con el registro de residentes legales del Ministerio del Interior en 2001. Esta comparación eleva a 400.000 la cifra de inmigrantes irregulares, un volumen muy elevado si se

lador, como puede constatarse, si se analizan las correspondientes Exposiciones de Motivos de las mencionadas leyes⁴, pues en todas ellas se viene haciendo énfasis en la necesidad de hacer frente a una determinada realidad, esto es, la inmigración no deseada

Así, ya en la primera de ellas, en la LO 7/85⁵, tras poner de manifiesto la necesidad de promulgar una ley que se adecuase tanto a la Constitución española⁶ como a los textos internacionales ratificados por España, se indicaba que debían diferenciarse las situaciones de legalidad de las de ilegalidad, debiendo impedirse éstas. La siguiente ley, la LO 4/2000, se produce después de quince años, si bien el legislador no indica, quizá por los avatares políticos que rodearon la misma, los motivos de su promulgación y se ha de esperar a la LO 8/2000 para conocer los propósitos de estas reformas. Pues bien, la LO 8/2000, además de señalar los cambios sufridos por el fenómeno migratorio, recuerda que España, ahora miembro de la UE, debe adecuar sus normas a los compromisos que se adquirieran en ese espacio común⁷, y por ello insiste en la necesidad de diferenciar, en todos los aspectos, la inmigración legal de la ilegal⁸.

Finalmente, la LOE justifica la necesidad de una nueva reforma, básicamente, en dos aspectos: la obligada adecuación a las fuentes jurídicas⁹ y

considera que en las regularizaciones extraordinarias de 2000 y 2001 se concedió la residencia a 387.000 personas. No obstante, la cifra se puede rebajar hasta las 200.000 personas, pues el arraigo de 2001 se llevó a cabo a partir de la segunda mitad de año y tuvo efectos en 2003. En cualquier caso, estas cifras sólo tienen un valor orientativo y a ellas habría que sumar las entradas de nuevos irregulares que se producen desde 2001, así como la caída en la irregularidad de aquellos otros que no lograron renovar el permiso de residencia». «Trabajadores Extranjeros y Acción Sindical». Cuadernos de Información Sindical. Confederación Sindical de Comisiones Obreras: Madrid, octubre 2003, pág. 13

⁴ Salvo en la LO 4/2000, que carece de Exposición de Motivos.

⁵ Señala textualmente que: «Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones. La Ley pretende, además, favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española».

⁶ El art. 13 de la CE establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantizan su título I, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.

⁷ Véase el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 16 y 17 de octubre de 1999, sobre un espacio de libertad, seguridad y justicia.

⁸ Se indica en la Exposición de Motivos «... incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal».

⁹ Respecto de la normativa comunitaria, debían incorporarse al ordenamiento jurídico interno: La Decisión del Consejo de 20.12.2001 (sobre tasas); la Directiva 2001/51 de 28-06-2001 (sobre transportistas); la Directiva 2001/40 de 28.05.01 (sobre expulsión); la Directiva

los propios aspectos sociológicos de las migraciones¹⁰, entendiendo que ambas realidades deben materializarse en el control de acceso de los extranjeros Intervención que, en esta ley y en las precedentes, se realiza por dos vías; una de ellas, a través del vigilancia de las fronteras —de fracasar ésta, surge el régimen sancionador—; y la otra, restringiendo el ejercicio de determinados derechos. En esta última reforma, respecto del control de la inmigración irregular, se pone énfasis en el que ha de ser efectuado de forma preventiva, obligando a los transportistas a asumir un papel policial en dicha tarea. Además, el irregular que lo sea en cualquier estado miembro de la UE es susceptible de expulsión por las autoridades españolas.

Por lo que se refiere a la privación de derechos, se mantienen las carencias de la legislación precedente —salvo el art. 36 LOE, que constituye un avance importantísimo en los derechos laborales de los trabajadores irregulares— aunque también, en la práctica, podrían quedar afectados negativamente otros, concretamente aquéllos cuyo ejercicio está condicionado al requisito de la inscripción en el Padrón Municipal.

Es verdad que el legislador no se ha olvidado completamente de la inmigración regular como tal —y no tan sólo como el otro lado de la ilegal—, pues adopta algunas medidas al respecto tales como dar una nueva naturaleza al visado, simplificando los trámites administrativos de acceso y la creación de dos nuevas instituciones como son el Consejo Superior de Inmigración y el Observatorio contra el racismo¹¹. Sin embargo, tratándose de integración¹² debe subrayarse que ni esta reforma legislativa ni todas las recientes medidas, adoptadas por diversas instancias, la toman en consideración más allá de las actitudes encaminadas a evitar las estancias irregulares¹³.

2002/90 de 28.11.2002 (sobre irregulares) y el Reglamento 1030/2002 del Consejo de 13.06.02 (sobre tarjetas de identidad). Y, por supuesto, la STS de fecha 20.03.2003 que establecía la nulidad de determinados artículos del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000 (RD 864 / 2001, de 20 de julio; publicado en el BOE de 21-07-2001, al que se denominara a partir de ahora como RE)

¹⁰ «Así, junto al considerable incremento producido del número de residentes extranjeros en España en los últimos años, también se ha constatado un cambio en las formas en las que se produce el hecho migratorio del que nuestro país es receptor; lo que ha generado un mayor conocimiento de este fenómeno a fin de incorporar nuevos instrumentos normativos que posibiliten una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios facilitando los medios a través de los que se ha de desarrollarse la inmigración respetuosa con los causes legales, y reforzando los mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal...». (Exposición de Motivos de la LOE).

¹¹ Arts. 68 y 71, respectivamente, de la LOE.

¹² No debe olvidarse que la LO 4/2000 introduce este concepto en el propio título de la Ley, que pasa a versar sobre «derechos y libertades de los extranjeros y su integración social».

¹³ Véase la Ley 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234 de 20.09.03).

Por consiguiente, el presente trabajo se articula sobre el eje de la reforma, esto es, la lucha contra la inmigración ilegal a través del control de flujos y la restricción de derechos. Para ello, se propone el siguiente cuadro, que de forma muy simplificada, viene a plasmar los aspectos principales de las modificaciones que se van a tratar.

CUADRO 1
RESUMEN DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES LO 14/2003

	<p>Sin modificación: Reunión, Asociación, Huelga, Sindicación, Trabajo.</p> <p>Modificaciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Posible afectación de los derechos condicionados al empadronamiento (Ex. DA 7.ª LBRL) • Derecho a prestaciones sociales de los trabajadores irregulares (ex art. 36.3 LOE) <p>Acentuación del control y nuevos instrumentos para llevar a cabo el mismo</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los nuevos «aliados» contra la inmigración: Las Compañías de Transporte, el Padrón, etc. • Visión comunitaria de la irregularidad: reconocimiento de las expulsiones acordadas en cualquier Estado de la UE. • Acceso a través del Contingente: ¿un nuevo visado?
S A N C I O N E S	<ul style="list-style-type: none"> • A los Transportistas (Art. 54 LOE) • A los Empresarios (modificación art. 15 de la ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal) <p>* <i>Se articula un régimen de derechos y deberes en los Centros de internamiento.</i></p>

2. LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES DE LOS EXTRANJEROS

El ejercicio de derechos por parte de los extranjeros se halla condicionado a las situaciones administrativas en las que se encuentren¹⁴. Así, los extranjeros que están empadronados tienen acceso a los derechos sociales

¹⁴ Puede verse cómo la distinción no debe hacerse tan sólo entre la regularidad e irregularidad, pues dentro de ambas existen diferentes niveles que configuran múltiples situaciones a las que el legislador condiciona el ejercicio de derechos, en VALDUEZA BLANCO, M. D., «Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales». *Relaciones Laborales*, núm. 8, agosto/ 2003.

básicos (v.gr. asistencia sanitaria); aquéllos que cuentan con una autorización de residencia pueden ejercer, por ejemplo, el derecho a la sindicación; y, por último, los que están autorizados para el trabajo tienen además de aquéllos derechos, otros como, por ejemplo, el de huelga. Por consiguiente, conforme se van conquistando situaciones administrativas de regularidad, se va teniendo acceso a derechos, hasta llegar a la situación de residencia permanente, en la que el extranjero posee un estatuto jurídico de semi-paridad¹⁵ con el nacional. Pues bien, debe señalarse que en este aspecto no se han producido *formalmente* cambios significativos (aunque sí pudieran producirse, en la práctica, debido a la reforma de la LBRL¹⁶) con respecto a la legislación anterior, con la salvedad de la importante novedad introducida por el art. 36.3 LOE. De modo que, con las excepciones expuestas, la restricción de derechos a los irregulares se mantiene tal, y como aparece en la modificación operada por la LO 8/2000, en los siguientes términos:

CUADRO 2
LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS Y DERECHOS



DA. 7.ª de la LBRL: Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley Orgánica (...), sobre control y permanencia de extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía telemática. (Reforma introducida por la LOE)

LOE

ART. 36.3 LOE: La carencia de la correspondiente autorización (...) sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar (...) no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.

¹⁵ Pues la paridad absoluta sólo se produce con la nacionalización.

¹⁶ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

En este análisis normativo de los derechos socio-laborales, no se va a realizar, lógicamente, una valoración del estatus jurídico actual del extranjero tras las diferentes reformas¹⁷ llevadas a cabo por la LO 4/2000 y la LO 8/2000¹⁸. Sin embargo, es imposible evitar poner de manifiesto el olvido del legislador al no recoger el derecho a la justicia gratuita de todos los extranjeros, tras el pronunciamiento al respecto del Tribunal Constitucional¹⁹, cuando precisamente la reforma efectuada por la LOE tiene, entre otros cometidos, el de incorporar las normas comunitarias así como tomar razón de las sentencias de los Tribunales.

2.1. Posible afectación de derechos sociales a través de la reforma de la LBRL

Centrado el estudio en los derechos socio-laborales²⁰ de los inmigrantes, como se refleja en el cuadro n.º 2, es la asistencia sanitaria el único que se otorga cumpliendo solamente el requisito de estar inscrito en el Padrón Municipal²¹. Por tanto, puede afirmarse que las reformas que pudieran afectar

¹⁷ Para ello, puede consultarse, entre otros: AA.VV; *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*. Comares, Granada, 2002. RAMOS QUINTANA, M.; *El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consejería de Empleo de Cantabria: Santander, 2003. TABARINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y Contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

¹⁸ Si bien, resulta, cuanto menos paradójico, que, vigente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el PSOE a la LO 8/2000 en cuanto a la inconstitucionalidad de determinados artículos de la misma —concretamente, y entre otros, los que se refieren a la restricción de derechos a los irregulares— v.gr. derecho de reunión, asociación, sindicación, se pacte con el actual Gobierno la presente LOE que mantiene precisamente tales limitaciones.

¹⁹ STC 95/2003, de 22 de mayo, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra el art. 2 de la Ley de asistencia gratuita, según la cual todos los extranjeros que se encuentren en España tendrán derecho a la justicia gratuita «cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

²⁰ Pues la reforma de la LBRL también podría ser abordada desde una perspectiva que contemplara la posible afectación a otros derechos como, por ejemplo, el derecho a la intimidad. Como señala el Consejo de Estado, al examinar el anteproyecto de la LOE, *el art. 18.4 CE como instrumentación del derecho a la intimidad consagrado en el mismo art. 18.1, fue, en el momento constituyente, un precepto sumamente innovador, tanto en el ordenamiento español como en el panorama comparado (...). El legislador que regula una materia diferente, pero incidente en la protección de datos informatizados, debe mantener la coherencia con el desarrollo que el propio legislador ha hecho del mencionado valor constitucional*. Dictamen del Consejo de Estado de 12 de junio de 2003. Puede consultarse en <http://www.icam.es>

²¹ De este modo, como señala MOLINA NAVARRETE, la inscripción padronal es el presupuesto habilitante para el disfrute de un derecho social a la asistencia sanitaria en igualdad de

al empadronamiento, en orden a que la Dirección General de la Policía puede acceder a los datos de inscripción padronal de los extranjeros, sólo tendría repercusión en dicho derecho conforme se indica a continuación.

En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que con la promulgación de la LOE no se produce ningún cambio en cuanto al régimen jurídico de la inscripción de los inmigrantes en el padrón municipal, esto es, pueden seguir empadronándose como lo han venido haciendo hasta ahora. En segundo lugar, la LOE no ha modificado el art. 12.1²², por tanto los extranjeros que cumplen con el requisito de estar empadronados siguen teniendo derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Por consiguiente, se puede señalar que no se ha producido una modificación en el acceso al Padrón Municipal, ni, tampoco, en el requisito exigido para el ejercicio del derecho. Sin embargo, sí se ha producido una modificación²³ en la LBRL al introducir en la misma la Disposición Adicional séptima que, para la finalidad del ejercicio de las competencias establecidas legalmente, permite el acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción padronal de los extranjeros. Pues bien, esta medida de control de flujos migratorios puede suponer, en la práctica, que aquellos inmigrantes que no tengan regularizada su situación administrativa tengan desconfianza a la hora de inscribirse en el Padrón Municipal por temor a que les sean impuestas las medidas sancionadoras que establece la norma para estos supuestos. Este recelo a inscribirse motivaría un desconocimiento, por parte de las autoridades gubernativas, de las cifras de extranjeros que están en nuestro país; y, por supuesto, la pérdida del derecho a la asistencia sanitaria *en las mismas condiciones*²⁴ *que los nacionales*²⁵ al no cumplirse el

condiciones que los españoles. Conciliándose así, la protección frente a las necesidades asistenciales con las exigencias de control y de racionalidad de todo servicio público de solidaridad universal, que lleva a limitar el acceso a aquellas personas que acrediten una mínima estabilidad o asentamiento en nuestro país. MOLINA NAVARRETE, C., en AAVV. *Comentario a la Ley al Reglamento... Op. cit.*, pág. 234.

²² Señala este artículo que «los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el Padrón del Municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

²³ Se analizará al tratar el control de flujos migratorios en el país de destino.

²⁴ Los españoles que tienen derecho a asistencia sanitaria son los trabajadores por cuenta ajena o asimilados incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, pensionistas y perceptores de prestaciones periódicas, familiares asimilados a los sujetos anteriores, sujetos incluidos en el ámbito de los diversos Regímenes Especiales de la Seguridad Social, los desocupados perceptores del subsidio de desempleo, los perceptores de pensiones no contributivas y los carentes de recursos económicos. TABARINI CASTELLANI. *Reforma y Contrarreforma...*, op. cit. Pág. 79-80

²⁵ Esta asistencia, al igual que ocurre con los propios nacionales, tampoco es completamente universal, de modo que el extranjero que cuente con medios económicos suficientes y

único requisito que se exige para su ejercicio²⁶. Respecto a este último aspecto, debe señalarse que los extranjeros no empadronados²⁷ tendrían acceso a dicha asistencia sólo en dos supuestos: en situación de urgencia y en el caso de menores y embarazadas (arts. 12.2,12.3 y 12.4 no modificados por la LOE).

Por consiguiente, si bien el acceso al Padrón Municipal puede tener repercusiones en el control eficiente de los flujos migratorios, no debe olvidarse que, por los motivos expuestos, puede abocar a los extranjeros irregulares a situaciones de marginalidad.

2.2. Ampliación de los derechos a los trabajadores irregulares

El art. 15 de la Ley 7/85 señalaba que los extranjeros que desearan ejercer cualquier actividad lucrativa debían de proveerse del correspondiente permiso de trabajo, no haciendo ninguna mención a la carencia de dicha autorización. Posteriormente, tanto la LO 4/2000 (art. 33) como la LO 8/2000 (art. 36), además de insistir en la obligación de contar con una autorización previa a la hora de desempeñar una actividad productiva, hacen alusión al supuesto de que dichas actividades se desempeñen sin el correspondiente permiso, señalando que dicha carencia no invalidará el contrato respecto de

carezca de título, no será beneficiario de ella. El RE recoge esta matización, por ejemplo, en su artículo 14.5 al señalar que: «*Cuando se solicite visado de residencia sin finalidad lucrativa, el extranjero deberá aportar documentación que acredite que dispone de medios de vida (...). Los medios de vida o ingresos periódicos deberán cubrir con suficiencia el alojamiento, manutención y la asistencia sanitaria tanto del solicitante como de los familiares a su cargo*».

²⁶ Téngase en cuenta que el Balance de la Delegación de Gobierno del año 2002 señalaba que «... en cuanto a las Tarjetas Sanitarias para personas sin recursos a 1 de enero de 2002 existían 358.616 mientras que a 10 de octubre pasado son 507.492 con un incremento, por tanto, en algo más de diez meses, del 41,51%». BALANCE 2002 DE LA DELEGACION DE GOBIERNO PARA LA EXTRANJERIA Y LA INMIGRACION. MINISTERIO DEL INTERIOR, pág. 18. El mismo Balance pero referido al año 2003, indica que«... en octubre de 2003 el número de ciudadanos extranjeros con tarjeta sanitaria para personas sin recursos económicos suficientes ascendía a 619.598». BALANCE 2003 DE LA DELEGACION DE GOBIERNO PARA LA EXTRANJERIA Y LA INMIGRACION. MINISTERIO DEL INTERIOR, pág. 15. Por tanto, de enero de 2002 a octubre de 2003, es decir en 22 meses, se ha producido un incremento del 73%.

²⁷ Debe tenerse en cuenta lo establecido por las Comunidades Autónomas. A modo de ejemplo, la Ley Foral 2/2000 (BON de 31-05-2000 y BOE 06-06-2000) establece una garantía de asistencia sanitaria universal a todos los inmigrantes no legales «*para culminar el proceso de extensión y universalización de la atención sanitaria a todos los ciudadanos y ciudadanas residentes en la Comunidad Foral con independencia de su situación legal o administrativa*». Véase, también, el Decreto 26/2000, de 22 de febrero, por el que se regula el derecho a la asistencia sanitaria de los ciudadanos extranjeros en la Comunidad Valenciana y se crea la Tarjeta Solidaria (DOCV de 28-02-2000).

los derechos de los extranjeros. Finalmente, la LOE (art. 36) reitera la obligación de poseer una autorización, así como la no invalidación del contrato respecto de los derechos de los trabajadores irregulares, pero, introduce un inciso nuevo reconociéndoles el derecho las prestaciones que pudieran corresponderles. Por consiguiente, en el transcurso de estos años en los que se han ido promulgando varias leyes, parece que el legislador ha ido contemplando de manera cada vez más tuitiva, la situación de los trabajadores irregulares. Es, por tanto, interesante ver la evolución que se ha ido produciendo.

2.2.1. Los antecedentes

Durante la vigencia de la Ley 7/1985 no resultaba, en absoluto, pacífica, la calificación que merecía el contrato de trabajo celebrado sin el preceptivo permiso de trabajo²⁸. Si bien es verdad que se propugnaba, mayoritariamente²⁹, la nulidad radical del contrato basándose en diversos argumentos.³⁰

El art. 36 de la LO 8/2000 —y el art. 33 de la LO 4/2000³¹— seguía sin calificar el contrato de trabajo celebrado sin la correspondiente autori-

²⁸ La STS de fecha 21-3-1997 (RJ 3391) señalaba, en el supuesto de un trabajador que es despedido por la empresa —sin que a la sazón contara con permiso de trabajo— que el contrato merecía la calificación de nulo «por aplicación concordada de los artículos 6.3. y 1275 del Código Civil, en relación con el ya citado artículo 7.c) del Estatuto de los trabajadores», mezclando confusamente causas de nulidad diferentes, al basarse conjunta y simultáneamente en el art. 7c) del ET y en los artículos 6.3 y 1275 del CC. Esta interpretación lineal y reiterada del TS tiene un punto de inflexión, en la STS (4.ª) de 21-12-1994 (RJ 10349), dulcificando la doctrina hasta entonces sostenida, en el sentido de diferenciar la regularidad laboral absoluta (no tiene ni permiso de trabajo ni permiso de residencia) de la relativa (no tiene permiso de trabajo pero si de residencia). Esta doctrina fue acogida por la LO 8/2000.

²⁹ Si bien una parte de la doctrina judicial, iniciada en el TSJ de Cataluña, consideraba que la validez del contrato quedaba condicionada a la efectiva denegación del permiso, por lo que, hasta que la Administración no se pronunciase sobre el mismo, el contrato era válido. Por todas ellas, la STSJ de Cataluña de 15-09-2000 (AS4585).

³⁰ Por falta de capacidad ex. Art 7. c) del ET; por falta de uno de los elementos esenciales del contrato y por prohibiciones legales ex. art. 6.3 del CC. A modo de ejemplo pueden verse: por la falta de capacidad: SSTS de fecha 20-10-1986 (RJ 5859), 30-10-1995(RJ 5246) y SSTSJ de Andalucía/Sevilla 03-07-1998 (AS 3498), Comunidad Valenciana 04-03-1998 (AS 5640) y de 23-03-2000 (AS 4378),Cataluña 11-01-1999 (AS 1308) y por la violación de las normas prohibitivas: SSTS 01-06-1987 (RJ 4078); 23-02-1987 (RJ 1092) y SSTSJ Cataluña 09-11-1995 (AS 4446), Canarias /Las Palmas 04-05-1995 (AS 2959) y de 19-04-1994 (AS 1514), de Extremadura de 14-06-1993(AS 3236)

³¹ Respecto a la carencia del permiso de trabajo el art. 36 LO 8/2000 y el art. 33 LO 4/2000 tienen una redacción prácticamente similar.

zación, sin embargo, ya señalaba que: «la *carencia de la correspondiente autorización —por parte del empleador— sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero*». Ahora bien, aunque el art. 36.3 LO 8/2000 era más explícito que el art. 15 de la Ley 7/1985, abría nuevos interrogantes. Se cuestionaba que contenido debía darse al término «no invalidará» y qué derechos se recogían en la expresión «derechos de los trabajadores».

Respecto de la primera cuestión, si se interpretaba que por «no invalidará» debía deducirse que el contrato celebrado sin permiso de trabajo era un contrato válido, parece que se vaciaba de contenido el sentido de la existencia del permiso³² —pues a tenor del art. 36.1 de la LOE es el presupuesto necesario para poder trabajar—. Si, por el contrario, se sostenía que el contrato era nulo, esta afirmación era difícil de mantener con los derechos que se le atribuían. Adoptando una postura ecléctica se encontraba algún sector de la doctrina, al entender que el contrato podía calificarse como válido o como nulo, si bien, en ambos casos con carácter relativo³³. Respecto a la segunda cuestión, esto es, el contenido del término «*derechos de los trabajadores*»³⁴

³² Si el extranjero es capaz de suscribir un contrato valido sin estar autorizado a trabajar en España, eso quiere decir que el permiso de trabajo se configura como un elemento ajeno a la relación obligatoria; de tal forma que su obtención perfeccionaría el contrato laboral suscrito en su carencia y su denegación comportaría la rescisión legal de una relación obligatoria que en ningún caso es considerada inválida. Por consiguiente el contrato con trabajador extranjero no dependería, en ningún caso de la obtención de la perceptiva autorización administrativa, sino de la pura realización de la prestación profesional de sus servicios. ESPINAR VICENTE, J. M. *Comentario a la nueva Ley de Extranjería*. Universidad Alcalá de Henares: Madrid, 2001, pág. 27.

³³ Así lo entiende GÓMEZ ABELLEIRA, F., «sí cabe seguir hablando de nulidad “relativa”, distinta de la “total” del artículo 9.2 y distinto, también, de la “parcial” del artículo 9.1 ET. De haber querido el legislador repeler de raíz la doctrina jurisprudencial de la nulidad del contrato de trabajo de extranjero sin permiso de trabajo, podría haberlo hecho afirmando rotundamente que el contrato de trabajo sería valido o eficaz, o que no sería nulo por el mero hecho de la falta de permiso de trabajo. Pero no habiendo hecho el legislador tan rotunda afirmación, sino la más moderada de que la falta de permiso no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, cabe sostener que el legislador sigue partiendo de la nulidad de base del contrato, aunque ahora se añada el importantísimo matiz, de que esta nulidad es relativa, porque no afectará a los derechos del trabajador extranjero, derechos que, puede adelantarse ya, y parece obvio, no son sólo los de carácter remuneratorio, como se contemplan en el artículo 9.2 ET». GÓMEZ ABELLEIRA, F., «Notas sobre la nulidad “relativa” del contrato de trabajo de trabajador extranjero sin permiso de trabajo y sobre su no invalidación respecto a los derechos del Trabajador». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 2001, pág. 369.

³⁴ TABARINI CASTELLANI AZNAR, M. «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras a nueva Ley de extranjería. A propósito de la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002». *Actualidad Laboral*, núm. 10 marzo 2003, pág. 167.

se planteaba si se refería a los derechos derivados de la estricta relación entre las partes, o a todos los derivados de un contrato —se incluirían, entonces, los de seguridad social—, o, finalmente, si se debían reconocer todos los derechos derivados de la condición de trabajador (además de los anteriores se contemplarían derechos como el de huelga, sindicación... etc.).

En esta situación de incertidumbre, la STSJ de Cataluña de fecha 14-05-2002 (AS 3396), resolviendo una demanda sobre reclamación de derechos de trabajadores irregulares³⁵, vino a dar respuesta —a tenor de la LO 8/2000— a las dos cuestiones planteadas. En primer lugar, señaló que el contrato era perfectamente válido³⁶ y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiese dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que careciera de permiso. Y, en segundo lugar, entendió que la nueva norma había querido dejar a salvo los derechos laborales del trabajador extranjero para que pudiera exigir de su empleador el cumplimiento de todas las obligaciones en esta materia que nacen de cualquier prestación por cuenta ajena y por tanto las derivadas de la decisión extintiva unilateral en que el despido consiste. No obstante, el Tribunal aclaró que la validez del contrato era sólo a efectos de la relación laboral entre el empresario y el trabajador, de modo que es sólo en ese ámbito donde el contrato sería válido, pues, en los ámbitos penal y administrativo, seguiría siendo sancionable. Por consiguiente, para esta línea doctrinal los derechos de los trabajadores irregulares se verían constreñidos al aspecto exclusivamente económico en la relación trabajador-empresa.

Así las cosas, la sentencia del TS (recurso de casación para la unificación de doctrina) de fecha 29-9-2003³⁷ se pronuncia, sobre las incógnitas planteadas, de manera decisiva como se verá a continuación. La mencionada sentencia resuelve el caso de una trabajadora de nacionalidad argentina,

³⁵ Los trabajadores carecían de permiso de trabajo al iniciar la relación laboral y seguían careciendo del mismo a su extinción

³⁶ El Tribunal llega a aseverar la validez del contrato de trabajo, a través de los criterios siguientes de interpretación del art. 3.1 del CC: a) respecto del sentido gramatical, pues el artículo señala «no invalidará» por lo que el contrato no puede considerarse nulo; b) en cuanto al elemento sistemático, pues el «contexto» en el que se contiene este precepto no hace sino abundar en ella; c) los antecedentes históricos, pues, tras la modificación operada por la LO 8/2000, el legislador mantiene el contenido del artículo aunque se modifica la numeración; d) referente al elemento sociológico, por la frecuente contratación irregular por empresarios que aprovechan esta situación para imponer condiciones de trabajo abusivas, con el convencimiento de que el trabajador carece de posibilidad legal de exigir el cumplimiento de las obligaciones ordinarias que derivan de cualquier contrato de trabajo, a lo que se quiere poner término permitiendo al trabajador actuar contra este empresario también en el ámbito laboral.

³⁷ El Derecho 2003/127727. [http:// www.elderecho.com](http://www.elderecho.com)

sin permiso de trabajo, que es despedida verbalmente por encontrarse, a la sazón, embarazada. Pues bien, señala el Tribunal que cuando se producen los hechos ya se encuentra en vigor la LO 4/2000 que señala que la carencia de la correspondiente autorización (...) no invalidará el contrato de trabajo; *matización que establece con toda claridad, que el contrato del extranjero no autorizado no es a partir de la expuesta Ley un contrato nulo*. Respecto a los derechos de la trabajadora despedida, señala la Sala, que no puede verse privado el trabajador de una protección que, *en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo*, desestimando así el recurso interpuesto por la Empresa frente a la Sentencia del TSJ de Cataluña, dictada en el recurso de suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social que estimando la demanda de la trabajadora, de despido nulo, condenó a la empresa a la readmisión de la actora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido así como al pago de los salarios de tramitación. Téngase en cuenta, que el TS no sólo cambia la tesis de nulidad del contrato celebrado sin el correspondiente permiso de trabajo— aunque tampoco dice como ha de ser calificado—, sino que, en el supuesto contemplado, los derechos de la trabajadora —cuyo despido fue declarado nulo— comprenden su readmisión en la Empresa a pesar de que —al menos no consta en la Sentencia— la trabajadora no cuenta con el correspondiente permiso

2.2.2. *El nuevo art. 36.3 LOE*

En el debate expuesto sobre el contenido de la expresión *derechos de los trabajadores* del art. 36.3 (en su versión de la LO 8/2000), se entendió por una parte de la doctrina³⁸ que no se incluían los derechos a la Seguridad Social, pues el art. 10³⁹ sólo reconocía este derecho a los extranjeros regulares. Pues bien, el legislador deja al margen la coherencia sistemática, ya que por un lado mantiene el presupuesto de regularidad del art. 10 y, por otro lado reconoce expresamente el derecho a prestaciones sociales a los trabajadores irregulares al modificar el art. 36.3 en los siguientes términos: *«la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obten-*

³⁸ TABARINI CASTELLANI AZNAR, M. «Las consecuencias contractuales...», *op. cit.*, pág. 155

³⁹ Art. 10 «*Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen, tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social*».

ción de las prestaciones que pudieran corresponderle». Con lo cual el legislador resuelve la duda que se expuso inicialmente respecto del contenido del término «derechos del trabajador» al adicionar «y a las prestaciones», pero abre otras incógnitas.

2.2.2.a) *La Responsabilidad del empresario*

La afirmación de que los trabajadores irregulares tienen derecho a las prestaciones de seguridad social —por más que sea contradictorio con el art. 10, que no ha sufrido modificación alguna— conlleva el tener que reflexionar sobre los actos de encuadramiento en el sistema, debiendo resolver sobre la afiliación y alta de los mismos.

Pues bien, del artículo 10 se deduce que la regularidad laboral es el presupuesto para la afiliación y alta en la Seguridad Social. En los mismos términos, el art. 42 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresa y Afiliación, Alta, Baja y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social (RA), aprobado por RD 84/1996 de 26 de enero establece que *«a las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles, deberá acompañarse copia del correspondiente permiso de trabajo, cuando se trate de extranjeros que para ejercer en España su actividad deban proveerse del mismo»*. Este requisito se suavizó, pues la resolución de 20-2-1998⁴⁰ señaló que bastaba para ello la presentación de la resolución favorable de la Administración laboral sobre el permiso de trabajo y no el permiso en si. Pero lo cierto es que se sigue exigiendo la autorización administrativa que permite al extranjero trabajar, y, sin la cual el empresario no puede ni afiliar ni dar de alta al trabajador.

No obstante, lo señalado, respecto de los requisitos para proceder a la afiliación y alta de trabajadores extranjeros, por algunos sectores de la doc-

⁴⁰ Siguiendo esta disposición normativa: Circular conjunta de las Direcciones Generales de Ordenación de las Migraciones y de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre afiliación, alta, bajas, variaciones de datos y cotización de trabajadores extranjeros a la Seguridad Social, publicada mediante Resolución de 20 de febrero de 1998, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE de 4 de marzo de 1998) exige en su Instrucción 3.A).3.1 entre los documentos para solicitar la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de dichos trabajadores, copia de la resolución laboral de concesión, renovación o, en su caso, modificación del correspondiente permiso de trabajo, autorización para trabajar o excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo.

La Tesorería General de la Seguridad Social en su Circular 5-004, de 13 de febrero de 2001, establece expresos efectos para el caso de la afiliación y alta en la Seguridad social de

trina judicial⁴¹ se ha sostenido que la carencia de permiso no es obstáculo para que el empresario cotice al sistema. Esta línea argumental, señala que el art. 70.1 LGSS al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social, desvincula la cotización de otras obligaciones formales. La obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo (es decir, sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad). Para el Tribunal, aunque el contrato sea nulo por falta de permiso de trabajo, el trabajador (ex art. 9.2 del ET) tendrá derecho a la remuneración correspondiente por el trabajo prestado y ello por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, y, por este mismo principio, también debe el empresario cotizar a la Seguridad Social pues *«aún no siendo procedente la afiliación y alta se cotiza en función del tiempo trabajado»*.

Si se siguiera esta línea jurisprudencial, se estaría en la contradicción de exigir responsabilidades al empresario a tenor del art. 126.2 LGSS que las prevé para aquellos supuestos en los que el empresario haya incumplido la obligación que le incumbe de afiliación, alta y cotización respecto de los trabajadores a su servicio; cuando el empresario no ha podido incumplir dicha obligación puesto que hay una prohibición expresa de incorporar al sistema a los trabajadores irregulares.

Por ello, el legislador se ha apartado de esta línea doctrinal y ante un supuesto de falta de afiliación y alta de trabajadores irregulares no impone al empresario infractor —no debe olvidarse que la utilización de trabajadores extranjeros irregulares es una conducta susceptible de sanción⁴²— la obligación de cotizar, sino la sanción correspondiente, eso sí, incrementada a razón de lo que, en su caso, hubiera tenido que cotizar. Así el art. 48 de la

trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo. A tenor de la Instrucción núm. 2 de la referida Circular «*las afiliaciones y altas de extranjeros producidas sin el cumplimiento del requisito de concesión de permiso de trabajo, por cuenta propia o ajena, cuando ello sea necesario, serán nulas por tratarse de actos contrarios al ordenamiento jurídico en supuestos en los que se carece de un requisito esencial para la adquisición de la condición legal de trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena, conforme al art 36 LOE.*

⁴¹ Las sentencias que recogen esta tesis no son del orden social sino que lo son de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS. En una de ellas, la de fecha 02.12.98 (RJ 10268), el hecho causante es el trabajo de un extranjero sin permiso de residencia y de trabajo que da lugar al levantamiento de unas actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social por parte de la Inspección de Trabajo. El empresario recurre y llegado el litigio al Tribunal, este sostiene que aún no procediendo el Alta de quien no posee permiso de trabajo sí procede la obligación del empresario de cotizar a la Seguridad Social.

⁴² Téngase en cuenta que la LOE introduce un apartado nuevo en el art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que señala que: *Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el art. 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería».*

Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁴³ señala que «cuando se sancione a un empleador que utilice un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la LOE 4/2000 (...), se incrementará⁴⁴ en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios».

Obviamente, adoptar esta vía soluciona algunos aspectos conflictivos. Así, se soluciona el problema del enriquecimiento injusto, puesto que el empresario si contrata a trabajadores irregulares aunque no tenga que cotizar por ellos a la Seguridad Social la cuantía que pudiera haberse ahorrado la deberá ingresar en concepto de multa. También se hace frente al problema de la doble sanción que suponer tener que abonar las prestaciones y a su vez tener que ingresar las cotizaciones debidas. Desparece la incongruencia entre la prohibición de afiliar y dar de alta a irregulares, y la obligación de cotizar al sistema. Y, finalmente, el objetivo de la sanción, esto es, que la conducta infractora sea reprimida queda satisfecho, pues si bien, los derechos de los trabajadores irregulares se equiparan a los de los regulares, no sucede esta paridad entre los empresarios que respetan las normas y aquellos que están al margen.

2.2.2.b) Las Prestaciones

El art. 36.3 LOE se refiere en todo momento a trabajadores, pues señala que respecto a los *derechos de los trabajadores* la falta de permiso no será obstáculo para la *obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle*. Debe tenerse en cuenta que, previamente a la reforma que se comenta, los trabajadores irregulares estaban protegidos, independientemente de su situación de irregularidad, frente a los accidentes de trabajo⁴⁵ a tenor

⁴³ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, (BOE 313/2003 de 31 diciembre).

⁴⁴ El incremento efectuado por la mencionada Ley es conforme a derecho al no tener el art 55.1.LOE, que establece las sanciones, rango de Ley Orgánica. Véase la Disposición final 4.ª. De la LO 8/2000 y la Disposición final 1.ª. de la LOE.

⁴⁵ En el caso de la STSJ de Murcia de 4-10-1999 (AS 3206) se resolvía el recurso de suplicación interpuesto por un trabajador marroquí que había sufrido un accidente de trabajo cuando se encontraba realizando la prestación laboral sin permiso de trabajo ni de residencia, sin contrato de trabajo y sin que la empresa para la que trabajaba lo hubiera dado de alta en el Régimen de Seguridad Social. El citado Tribunal impone a la empresa el pago del subsidio por incapacidad temporal derivada de accidente laboral, al no existir afiliación del trabajador. La STSJ Madrid de 10 de mayo de 1995 (AS 2202) señala que de no admitirse tales conclusiones se estaría promocionando el recurso a la ocupación de extranjeros en situación irregular y el



del convenio 19 de la OIT, el art. 4.1.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1967 y la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15-4-1968. Ahora bien, la actual redacción del artículo señala que los trabajadores irregulares tienen derecho a «las prestaciones», por tanto, al utilizar el plural, parece que se refiere a todas las prestaciones vinculadas a la única condición de ser trabajador, independientemente de su situación administrativa.

De lo señalado, al referirse a la responsabilidad del empresario, se deduce que el trabajador carente de permiso de trabajo tendrá derecho a las prestaciones que pudieran corresponderle de conformidad con el Sistema de Seguridad Social. De modo que, se haría una especie de ficción al tener en cuenta su vida laboral como si se tratase de un trabajador regular calculándose a tenor de esta carrera de seguro las prestaciones y la cuantía a la que tuviera derecho. Y, una vez determinadas las prestaciones y las cuantías, la responsabilidad sería a cargo del empresario infractor de la normativa sobre extranjeros.

3. CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS

Los extranjeros que se encuentran en España de forma regular no se hallan en una situación inamovible, sino todo lo contrario. Aquellos que cuentan con una autorización para residir y con ella están habilitados para poder ejercitar derechos como el de sindicación, pueden pasar a ser regulares laborales, si cuentan con una oferta de trabajo, teniendo así acceso a derechos como por ejemplo el de huelga. En los mismos términos, quienes poseen un permiso de trabajo por cuenta ajena inicial —que limita el ejercicio de derechos como el de reagrupación familiar⁴⁶— en el momento en el que les sea renovado conquistan otros derechos de los que hasta entonces venían careciendo. Finalmente, si, se van sucediendo las renovaciones, se puede llegar a alcanzar el estatus de residencia permanente que, entre otras venta-

correspondiente fraude en el empleo, solución que representa un claro perjuicio tanto para la política de empleo como para la financiación de la Seguridad Social. Así la STSJ de Madrid de 16-4-1998 (AS 1392) consideró que de la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es responsable la empresa del pago de las prestaciones por falta de alta en la seguridad Social. Vid. SSTSJ de Andalucía /Granada de 7 de enero de 1998 (AS 378), Cataluña de 25-4-1997 (AS 2430); Andalucía /Málaga de 23 febrero 1996 (AS 296).

⁴⁶ En materia de reagrupación familiar, para evitar fraudes en las «reagrupaciones en cadena» se ha incorporado a la Ley Orgánica, como presupuesto para el ejercicio de dicho derecho por parte de un residente que lo fuese en virtud de una previa reagrupación, el que este sea titular de una autorización de residencia independiente, así como determinados requisitos concretos para el ejercicio de la reagrupación familiar en el caso de ascendientes previamente reagrupados. Igualmente se precisan los supuestos en los que los cónyuges y los hijos reagrupados pueden acceder a una autorización de residencia independiente, para lo que en todo caso se exigirá que cuenten con una previa autorización para trabajar. (Exposición Motivos LOE).

jas, supone no tener que renovar las correspondientes autorizaciones. La consecuencia de ello es que los extranjeros regulares⁴⁷ que se encuentran en nuestro país pueden ir logrando niveles más altos de regularidad, y con ello más derechos; si bien es verdad que también pueden pasar a situaciones de irregularidad desde el momento en que se produzca la denegación de las renovaciones solicitadas o la imposibilidad del tránsito de una situación de regularidad a otra⁴⁸. Para estos sujetos, el legislador no establece grandes novedades⁴⁹, simplemente trata de simplificar aspectos administrativos.

Pero, junto a los inmigrantes descritos, también se encuentran los que han accedido soslayando los trámites exigidos o los que, siendo regulares *ab initio*, conforme se ha indicado, han perdido dicho estatus jurídico. Ante esta situación de irregularidad se interviene administrativamente de dos maneras: a) reduciendo el nivel de derechos, que se ven cercenados a niveles básicos —v.gr. asistencia sanitaria de urgencia— y, b) procediéndose a la expulsión⁵⁰, al ser susceptible de esta sanción el no estar en posesión de la autorización para residir. Bien es verdad que, también desde esta situación de irregularidad, se podría aspirar a la regularidad, pero sólo hay dos caminos para ello: 1) que la Administración establezca un procedimiento de regularización⁵¹ —por el que no se ha optado en esta nueva Ley—; 2) que el infractor permanezca residiendo el tiempo suficiente en su situación de irre-

⁴⁷ Conviene mencionar una medida novedosa que no interviene en la inmigración irregular, sino en la regular; se trata de las ayudas al retorno voluntario. La Disposición Adicional Octava de la LOE señala que «el Gobierno contemplará anualmente la financiación de programas de retorno voluntario de las personas que así lo soliciten y planteen proyectos que supongan su reasentamiento en la sociedad de la que partieron y siempre que los mismos sean de interés para aquella comunidad».

⁴⁸ Por ejemplo, el extranjero que accedió al país con visado de turista, en el momento en que agote el tiempo máximo del mismo, debe regresar a su país; y si no lo hiciera y permaneciera en España, pasaría a ser un irregular —dado que no se permite el tránsito del estatus de turista al de residente—, por más que su situación inicial fuese de absoluta regularidad.

⁴⁹ Como señala la Exposición de Motivos, *los cambios en materia de visados persiguen simplificar la tramitación administrativa, en aras a favorecer la inmigración legal de los extranjeros que deseen residir en España suprimiendo trámites innecesarios*. Como se verá más tarde, el visado adquiere una nueva naturaleza de modo que una vez que el extranjero entra en España, le habilita para permanecer en la situación para la que le ha sido expedido (art. 27 LOE). Otra de las novedades, tendentes a documentar al extranjero, es la modificación consistente en la obligación de proveerse de una tarjeta de identidad como documento acreditativo de la autorización administrativa para residir, adaptándose así nuestra normativa al Reglamento 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio 2002 (art. 4 LOE).

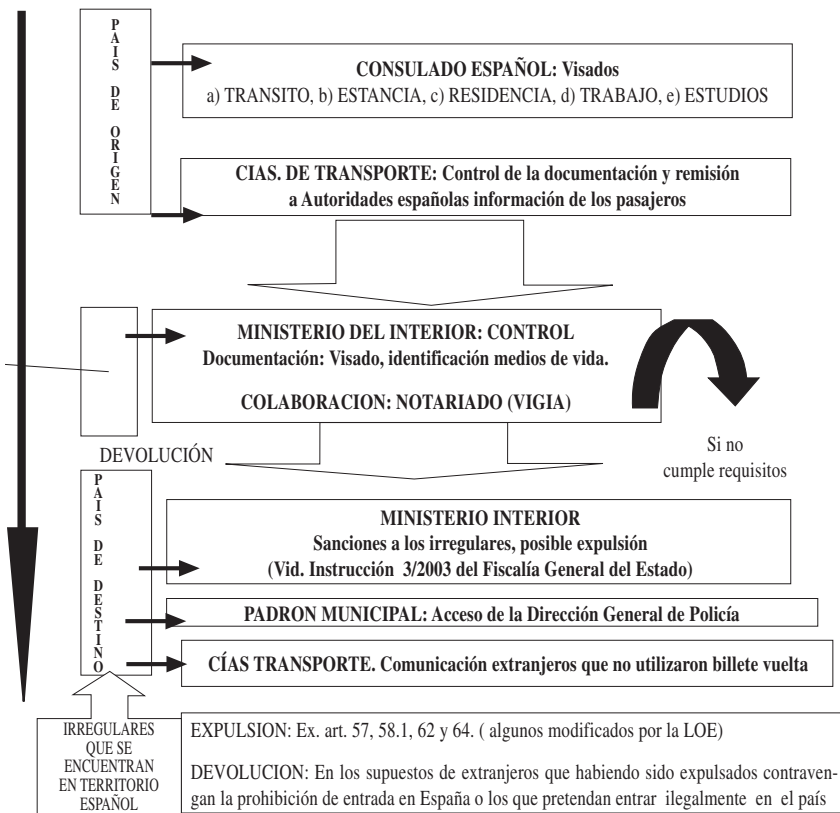
⁵⁰ Téngase en cuenta que la ejecución de las órdenes de expulsión no siempre es viable pues está condicionada a la existencia de acuerdos de devolución con el país de origen del inmigrante sancionado. De no existir dichos acuerdos estos extranjeros no pueden ser retornados permaneciendo en nuestro país en una especie de *limbo* jurídico.

⁵¹ Regularizaciones ha habido en 1985, 1991, 1996, 2000 y 2001. El Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero (BOE 19.02.2000), estableció el procedimiento para la regularización

gularidad, sin ser expulsado, lo que podría llegar a constituir un supuesto de arraigo ⁵², contemplado también en esta nueva LOE.

Pues bien, esta inmigración no deseada es el objetivo principal de la reforma que se estudia; y, como se refleja en el siguiente cuadro, se establecen — o, en su caso, se refuerzan— los mecanismos de control en sus diversas etapas.

**CUADRO 3
CONTROL DE ACCESO A PAIS DE DESTINO**



de extranjeros prevista en la Disposición Transitoria primera de la Ley 4/2000. El Real Decreto 142/2002, de 16 de febrero (BOE 20.02.2001) estableció los requisitos para la regularización prevista en la Disposición Transitoria cuarta de la LO 8/2000.

⁵² Si bien, debe esperarse a que el nuevo reglamento establezca los requisitos necesarios para poder estar en dicho supuesto. La Disposición final tercera de la LOE señala el plazo de seis meses, desde la publicación de dicha Ley, para la adaptación del RE a la misma.

3.1. En el país de origen

Ya se indicó que el acceso de los extranjeros a nuestro país obedece a diversos fines tales como un viaje turístico, residir de forma temporal o permanente o desarrollar alguna actividad productiva por cuenta propia o por cuenta ajena. Pues bien, en todos los supuestos, el legislador ha establecido unos requisitos de admisibilidad comunes —documentación, carencia de antecedentes penales, etc.— a los que, en cada situación concreta, añade unos específicos, por ejemplo en la residencia se deben acreditar los medios de vida de los que se va a disponer. Así, el extranjero que pretenda permanecer en España, para la finalidad que fuere, deberá solicitar —como regla general— el correspondiente visado⁵³ en la representación diplomática española en su país de origen y la Administración española —previo estudio de la solicitud— procederá, en su caso, a la expedición⁵⁴

Este primer filtro que ha de pasar el extranjero en el Consulado español, en su país de origen, no ha supuesto ninguna novedad con la LOE, si bien es significativa la Instrucción de la Unión Europea dirigida a las Misiones Diplomáticas⁵⁵ que, al tratar la tramitación y resolución de los visados, y refiriéndose a los criterios de base para el examen, señala: *«en relación con el riesgo de inmigración ilegal, la evaluación será de la entera responsabilidad de la misión diplomática u oficina consular de carrera. El objetivo del examen de las solicitudes será detectar a las personas que tienen intención de emigrar e intentar penetrar y establecerse en el territorio de las Partes contratantes al amparo de un visado de turismo, estudiantes, negocios o visita familiar. Será conveniente ejercer a tal efecto una vigilancia especial en lo que respecta a la “población de riesgo”, a saber, parados, personas sin recursos estables, etc. En caso de duda sobre la autenticidad de los documentos y de los justificantes presentados, la misión diplomática u oficina consular de carrera se abstendrá de expedir visado. Por el contrario, se flexibilizarán los controles en el caso de los solicitantes conocidos como personas de buena fe cuyos datos serán intercambiados en el marco de la cooperación consular».*

⁵³ Las modificaciones que han sufrido los tipos de visado se encuentran recogidas en el art 25 Bis LOE.

⁵⁴ Parece coherente que, en función de los fines, se diversifiquen los tipos de visado de larga duración. Se puede querer residir en nuestro país, sea para vivir con medios propios de los que ya se dispone, sea para trabajar por cuenta ajena accediendo al mercado laboral español, para realizar estudios, o para reagruparse con la familia que ya se encuentra en España. Los poderes públicos desean conocer a priori cada pretensión, para satisfacerla o denegarla en función de la política española o europea de inmigración, de seguridad ciudadana o económicas, que resulten de aplicación al caso.

⁵⁵ INSTRUCCION CONSULAR COMUN DIRIGIDA A LAS MISIONES DIPLOMÁTICAS Y OFICINAS CONSULARES DE CARRERA (DOCE C/310 DE 19.12.2003, págs. 10 y 11).



Pues bien, superado este control, el extranjero ha de pasar un nuevo filtro, el de las compañías de transporte. Estas compañías, en primer lugar, deben *realizar la debida comprobación*⁵⁶ *de la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado de los que habrán de ser titulares los extranjeros* (actual art. 66.3.a LOE, cuya redacción es exactamente igual a la del antiguo art. 66.a). Si estos sujetos responsables del transporte no realizan el mencionado control, incurren en una infracción grave (antiguo art. 54.2.a y tras la LOE, art. 54.2.b) que es sancionada con una multa (cuya cuantía ha sido modificada por el art. 55.1.c de la LOE)⁵⁷. Lo que sí supone un novedad de la LOE es que las compañías de transporte deben remitir⁵⁸ (en el momento de la finalización del embarque y antes de la salida del medio de transporte) a las autoridades españolas, encargadas del control de entrada, la información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, al territorio español. Esta información será comprensiva del nombre y apellidos de cada pasajero, de su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad (art. 66 LOE). También —como ocurría si no se verificaba la regularidad de los documentos— de no efectuarse la mencionada remisión se comete una infracción grave (recogida en el nuevo art. 54.2.a LOE) sancionada con la multa que señala el art. 55.1.c de la LOE.

Con la intervención del Consulado y de las Compañías de transporte de pasajeros se cerraría el control de la inmigración en el propio país de origen del extranjero.

⁵⁶ Señala la página web del Ministerio del Interior, al tratar de los Requisitos de Entrada y Justificación del Objeto, que *cuando embarquen viajeros fuera del territorio de los países en los que esté en vigor el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985, la persona o personas que al efecto designe la empresa de transportes deberán requerir a todos los extranjeros para que presenten sus pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, a efectos de comprobar su titularidad y si aparentemente cumplen los requisitos necesarios. La empresa de transporte será responsable de que el personal encargado de estas tareas posea los conocimientos adecuados para poder detectar la carencia, falta de vigencia o manifiesta falsedad de los documentos indicados.* (<http://www.mir.es>)

⁵⁷ Téngase en cuenta que la LOE no ha modificado ni suprimido el art. 54.3 que señala que *«No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, no se considerará infracción a la presente Ley el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de asilo, esta le es admitida a tramite, de conformidad con lo establecido en el art. 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo».*

⁵⁸ *Cuando así los determinen las autoridades españolas respecto de las rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen, en las que la intensidad de los flujos migratorios lo haga necesario* (art. 66.2 LOE).

3.2. En la frontera

La entrada a nuestro país, según establece el art. 25 (tan sólo modificado en parte por la LOE), debe efectuarse por los puestos de control fronterizo y el extranjero ha de hallarse provisto de la documentación que acredite los siguientes extremos: su identidad (pasaporte o documento de viaje), el objeto y condiciones de su estancia así como los medios económicos de los que dispone para ello, y —en su caso— del visado⁵⁹ correspondiente; no debiendo estar sujeto a prohibiciones expresas. Precisamente dentro de esos documentos justificativos del motivo del viaje, que permiten la entrada a nuestro país, están la cartas de invitación⁶⁰ consistentes en actas de manifestaciones y compromisos, en las que una persona —español o residente legal en España—, invita a otra persona —no nacional, que se encuentra en su país de origen— a venir a España como turista, comprometiéndose a correr con todos los gastos que se deriven de su estancia en nuestro país, así como garantizar el retorno del invitado a su país de procedencia, una vez finalice la estancia. Estas actas de manifestaciones, es frecuente —aunque no obligatorio— que se hagan ante fedatario público, dotándolas de esta manera de un aspecto de legalidad, toda vez que el notario da fe de lo manifestado por el invitador.

Pues bien, al margen de la normativa de extranjería, surge, mediante un acuerdo suscrito entre el Consejo General del Notariado y el Ministerio del Interior, un sistema que permite a los fedatarios públicos colaborar en la lucha contra la inmigración irregular en lo relativo a las actas de manifestaciones descritas. Este Sistema Notarial de Comunicación de Invitaciones⁶¹ a extranjeros, denominado VIGIA⁶², está destinado a solucionar las dudas

⁵⁹ Aunque existen convenios de supresión de visados, suscritos por España, que permiten permanecer en el país hasta un máximo de tres meses sin visado, en ningún caso habilitan para realizar una actividad laboral.

⁶⁰ La Instrucción Consular Común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de Carrera (DOCE de 19.12.2003 C/310/1) señala, entre los documentos justificativos del motivo del viaje, por ejemplo, las cartas de invitación. Asimismo, el Ministerio del Interior señala «... sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba o de comprobación que puedan realizar los funcionarios responsables del control para justificar o establecer la verosimilitud de los motivos de entrada invocados, podrá exigirse, en concreto, uno o varios de los documentos siguientes: c) para los viajes de carácter turístico o privado: invitación de un particular, billete de vuelta o de circuito turístico...» <http://www.mir.es>

⁶¹ Piénsese que se trata de evitar no sólo la irregularidad originaria —motivada porque la entrada ya es ilegal— sino también la sobrevenida, es decir, la que se produce tras una situación de regularidad (un ejemplo sería el del extranjero que se traslada a España para pasar unas vacaciones y finalizado el tiempo de estancia para el que ha sido autorizado no retorna a su país).

⁶² Creado por la Circular 3/2003, del Consejo General del Notariado.



que pudieran plantearse en las comisarías de frontera acerca de la autenticidad del documento de invitación que se les presenta por el extranjero invitado permitiendo a dichos fedatarios confirmar *on line* los casos dudosos.

Por tanto, en el propio control fronterizo, el extranjero puede ver impedido su acceso al territorio por considerar las autoridades administrativas, a tenor de lo expuesto, que no cumple con los requisitos exigidos, acordándose el rechazo en frontera, a través de la figura del retorno ⁶³.

3.3. En el país de destino

Una vez que el extranjero ha superado tanto los filtros de los países de origen como los establecidos en los puestos de control fronterizo tiene permitido el acceso a nuestro país. El visado, que le habilitó entrar en nuestro país, extiende sus efectos más allá del puesto fronterizo permitiéndole, también, la permanencia en España en la situación para la que hubiese sido expedido.

Parece que, si el sistema de control funcionase tal y como lo prevé el legislador, no sería necesaria la lucha contra la inmigración ilegal en el propio país de acogida. Sin embargo, el sistema falla, y muchos extranjeros no entran por los puestos habilitados al efecto ⁶⁴ y otros, aún entrando, llegado el momento, no retornan a sus países de origen como era previsible. Por ello, las autoridades gubernamentales crean mecanismos para combatir la inmigración no deseada dentro de los propios países de destino a través de un sistema sancionador. Este sistema, que establece como conducta infractora —susceptible de expulsión ⁶⁵— el permanecer en nuestro país de forma irre-

⁶³ A los extranjeros que no reúnan los requisitos de entrada, les será denegada, por los funcionarios responsables del control, la entrada en el territorio español mediante resolución motivada y notificada, con información acerca de los recursos que puedan interponerse contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante la que deba formalizarse, y de su derecho a la asistencia letrada que podrá ser de oficio y, en su caso, de interprete, que comenzará en el momento en que se dicte el acuerdo de iniciación de expediente que pueda llevar a la denegación de entrada.

⁶⁴ Debe tenerse en cuenta que existe un numero importante de extranjeros que ni siquiera intentan entrar a nuestro país por los puestos fronterizos habilitados, pues conocen de inmediato que no cuentan con ninguno de los requisitos que les permitiría el ingreso. Buscan otras vías de acceso que constituyen entradas ilegales, por lo que, de ser interceptados, se acordará la correspondiente devolución.

⁶⁵ La expulsión es una sanción que se impone a los inmigrantes irregulares, también a otras infracciones que en este momento no se van a tratar, de modo que el inmigrante sancionado, siempre y cuando exista con su país de origen un acuerdo de devolución, retorna a su país de forma obligatoria.

Sería conveniente reflexionar sobre la iniciativa de la República Italiana con vistas a la adopción de una decisión del Consejo, relativa a la organización de vuelos conjuntos de dos o

gular, no sólo se mantiene con la LOE si no que amplía el ámbito subjetivo en cuanto que serán expulsables también los extranjeros, detenidos en territorio español si se constata que contra ellos se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea. En dicho supuesto, se procederá a la ejecución inmediata de la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión⁶⁶.

Junto al aspecto sancionador, como método de control de flujos, se añaden más instrumentos —que merecerían un análisis en profundidad respecto a la posible vulneración de derechos— siendo destacable el acceso, por parte de la Dirección General de Policía, a los datos del Padrón Municipal, a raíz de la reforma de la LBRL; las obligaciones impuestas a las compañías de transportes; y finalmente, aunque no recogido en la LOE, la interpretación que hace el Ministerio Fiscal de las situaciones de abandono tratándose de extranjeros irregulares.

Respecto de la citada reforma de la LBRL, ya se indicó que la Disposición Adicional Séptima señalaba que «*para el ejercicio de las competencias legalmente establecidas en la LOE, sobre el control y permanencia de los extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción patronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales, preferentemente por vía telemática*». La Agencia de Protección de Datos (APD)⁶⁷, visto el anteproyecto de la LOE, dió legitimidad a la cesión cuya finalidad fuese: *la actualización del Registro Central de Extranjeros, la posibilidad de realizar comunicaciones administrativas que*

más Estados miembros para la expulsión de nacionales de terceros países que se presenten ilegalmente en sus territorios (19-9-2003 Consejo C223/3).

El art. 1 señala que el objetivo *de la presente Decisión es conseguir racionalizar, mediante la organización de vuelos conjuntos, las operaciones de expulsión de los nacionales de terceros países a los que se apliquen las correspondientes medidas adoptadas por dos o más Estados miembros.*

Señala el art. 5 de la mencionada propuesta que *antes de la organización del vuelo, las autoridades nacionales dispondrán de la información siguiente:*

- *posibles antecedentes penales del nacional del tercer país, teniendo en cuenta, en particular, los tipos de delito que haya cometido;*
- *conducta del nacional del tercer país durante el periodo de detención en los centros previstos en las respectivas legislaciones nacionales antes de la expulsión o durante el periodo transcurrido en espera de la adopción de las medidas de expulsión (...)*

Por último, dicho artículo, señala que una vez obtenida la información a que se refiere el apartado anterior, las autoridades nacionales evaluarán el nivel de riesgo que puede presentar la operación de vuelo (...). En caso de que los nacionales de terceros países puedan perturbar gravemente el vuelo, será preciso prever un servicio de escolta adecuado capaz de hacer frente a conductas violentas que puedan poner en peligro la seguridad del vuelo.

⁶⁶ Véase el art. 64.3 LOE.

⁶⁷ Puede consultarse el Informe en <http://www.icam.es>

interesen a los residentes que hubieran cambiado de domicilio sin haber comunicado esta circunstancia, la localización de extranjeros como consecuencia de solicitudes realizadas por sus propias Embajadas o Consulados, o, el conocimiento de que el extranjero tiene domicilio en territorio español a fin de evitar su ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros por constar dicho domicilio. Asimismo, la APD propuso que se realizase una modificación en el párrafo primero de la Disposición, en la que se incluyese «*para el ejercicio de las competencias establecidas en la presente Ley Orgánica*»⁶⁸; modificación que ha sido incorporada a la LOE. Esto último, supone que la Dirección General de la Policía, está habilitada para acceder al Padrón Municipal en el ejercicio de sus funciones de control de flujos —finalidad más amplia que la señalada por la APD— que comprende la sanción de conductas infractoras como son, entre otras, la permanencia en nuestro país sin la correspondiente autorización para ello. Este acceso policial, que facultaría la eficiencia del sistema desde el punto de vista sancionador, puede suponer, sin embargo, la desmotivación de los irregulares a efectuar la inscripción en el Padrón dando lugar a un desconocimiento, por parte de las autoridades gubernamentales, de la situación real de la inmigración en nuestro país.

Por lo que se refiere a las Compañías de Transporte, las obligaciones impuestas en los países de origen —verificación de regularidad de la documentación y, tras la LOE, remisión de la información de los pasajeros en el momento de finalización del embarque— continúan también en los de destino. En el país de destino, *toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada a enviar a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información comprensiva del número de billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros que previamente hubiesen transportado a España (...) de rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen. Cuando así lo determinen las autoridades españolas (...) la información comprenderá además, para pasajeros no nacionales de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de países con los que exista un convenio internacional que extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados, el nombre y apellidos de cada pasajero, su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad*» (art. 66.2. LOE). Con esta medida, las autoridades gubernativas, pueden tener conocimiento de la irregularidad sobrevenida. Pues, si los pasajeros, llegado el momento, no retornan a los países

⁶⁸ El anteproyecto señalaba que: «... para el ejercicio de las competencias legalmente establecidas, sobre el control y permanencia de los extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales, preferentemente por vía telemática».

de quedará constancia en las compañías de transporte de los billetes de vuelta no utilizados. El incumplimiento, por parte de estas empresas, de la obligación señalada, es motivo de la sanción —al igual que lo era la obligación de remitir los datos de los pasajeros previo al embarque— de multa del art. 56.1.b LOE.

Ha de tenerse en cuenta que, además, las compañías de transporte deben hacerse cargo⁶⁹ inmediatamente del extranjero que hubiesen trasladado si a éste se le hubiera denegado la entrada por deficiencias en la documentación necesaria para el cruce de fronteras (antiguo art. 66.b y que tras la LOE art. 66.3.b). Asimismo, deben transportar a dichos extranjeros hasta el Estado de origen o hacia aquel que garantice su admisión (anterior art. 66 b) y actual art. 66.3.d LOE). Esta responsabilidad de las compañías por no haber efectuados los correspondientes controles en la documentación de los pasajeros, como se indica, ya se encontraba en la legislación precedente, estableciendo la LOE una novedad respecto de las condiciones que deben tener los pasajeros a los que no se permitió la entrada a nuestro país. Así, señala el art. 66.3.d, *in fine* que *la compañía, empresa de transporte o transportista que tenga a su cargo un extranjero (...) deberá garantizar al mismo unas condiciones de vida adecuadas mientras permanezca a su cargo.*

Finalmente, y, al margen de lo establecido en la LOE, debe hacerse mención a la interpretación que hace el Ministerio Fiscal —en su Instrucción núm. 3/2003— respecto de las situaciones de desamparo de los menores. En este sentido, señala que *no se puede permitir que la minoría de edad⁷⁰ se convierta en la coartada legal que legitime la violación sistemática de las normas del Estado, asegurando por sí sola, a través de la mecánica de*

⁶⁹ A Amnistía Internacional le preocupa que, en los últimos tiempos, dichos traslados los están realizando en España (y en otros países) compañías de seguridad privada contratadas por las compañías aéreas. Tal y como ha manifestado el Defensor del Pueblo, la custodia de personas sólo puede ser desempeñada por agentes del Estado. El personal de las empresas de seguridad tiene simplemente la condición de colaborador de la policía, sin que pueda delegar en ese personal la custodia de ninguna persona (informe del Defensor del Pueblo de 1997, págs. 232-33). Por ello, Amnistía Internacional quiere señalar que las expresiones «hacerse cargo» y «tener a su cargo» (...), no pueden ser interpretadas nunca en sentido «ser responsable de la custodia». AMINISTIA INTERNACIONAL (Sección Española). *¿Somos todos iguales ante la ley? Preocupaciones y recomendaciones de Amnistía internacional al proyecto de reforma de la ley de extranjería.* 26 de septiembre de 2003 (www.a-i.es)

⁷⁰ Sin embargo, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26-06-1997 relativa a los menores no acompañados de países terceros (97/C 221/03) indica que «... se entenderá que el menor se encuentra en desamparo cuando lleguen a territorio nacional sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos».



declaración de desamparo, la residencia en España de todos los extranjeros menores de edad que accedan a nuestro país. Por ello, sostiene que los menores de edad extranjeros podrán beneficiarse de las normas de protección de menores en tanto carezcan de la capacidad civil de obrar, esto es, siempre que sean menores de dieciocho años y no puedan entenderse emancipados, si bien, entiende que, en definitiva, respecto de aquellos menores que pretendan la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres, no cabe imaginar otra prueba más notoria de vida independiente.

Esta interpretación de la Fiscalía General del Estado, que se basa en la defensa del bienestar económico de nuestra sociedad⁷¹, no parece estar en consonancia con el tratamiento del legislador de la LOE, que, al referirse a las personas que están excepcionadas de la obligación de proveerse de un permiso de trabajo, ha incluido a *los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social* (art. 49.k LOE)

4. ACCESO AL MERCADO LABORAL

El acceso de los extranjeros a nuestro territorio puede deberse a diversos motivos, siendo uno de ellos el desarrollo de actividades productivas, por cuenta ajena o por cuenta propia. Pues bien, como ya se indicó, para entrar en nuestro país se deben cumplir unos requisitos comunes de admisibilidad —documentación, carencia de antecedentes penales, etc.— a los que se añade la autorización administrativa para trabajar cuando la finalidad es de carácter laboral. Así, señala el art. 36.1 LOE que *«los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar»*. Esta exigencia consistente en que los inmigrantes laborales se provean de una autorización administrativa previa, responde a la necesidad de adecuar los flujos migratorios a la situación nacional de empleo (SNE), de modo que —en general— y en los supuestos de autorizaciones

⁷¹ Argumenta la Instrucción, citada, que «hemos de ser conscientes de que los recursos materiales de los llamados países de acogida, entre los que se encuentra España, no son limitados, ni pueden asumir los actuales flujos migratorios sin poner en peligro su bienestar económico. Las entidades españolas de protección nunca van a disponer de los ingentes medios personales y materiales que serán necesarios para atender a todos los menores de edad que intentan acceder irregularmente a nuestro país, ni los tejidos productivos de la sociedad española serán capaces de absorberlos».

de carácter inicial⁷² por cuenta ajena —que son las únicas que se van a considerar en este trabajo— sólo se concederá dicha autorización si no existen suficientes trabajadores españoles⁷³ capacitados para el desempeño del puesto de trabajo.

Ahora bien, previamente a la concesión de la autorización administrativa, debe tenerse en cuenta que tratándose de trabajadores extranjeros — que en general se encuentran en sus países de origen— y de empresarios españoles, de alguna forma debe producirse la conexión entre la oferta y la demanda. Esta conexión se lleva a cabo a través de tres sistemas que conviven⁷⁴ y tratan de dar respuesta a supuestos distintos, como se verá a continuación.

4.1. El Régimen General

Uno de los sistemas para conexas la oferta y la demanda es el establecido en el Régimen General, que se encuentra regulado en el art. 38 (que la LOE no modifica) y en el art. 70 RE. En este sistema de libre acceso, el inmigrante —que se encuentra en su país de origen— no se incorpora a un puesto de trabajo porque previamente la Administración haya determinado que no existe mano de obra para el mismo —como ocurre con el contingente— sino que es el propio empresario quien ofrece un específico puesto de trabajo a un determinado trabajador —oferta nominativa—

La solicitud de autorización, la efectúa el empresario ante la propia Administración, que para proceder a la concesión tendrá en cuenta —entre otros aspectos⁷⁵— la *Insuficiencia de trabajadores en territorio nacional* (art. 70

⁷² Una de las ventajas que supone el renovar un permiso de trabajo inicial es que el inmigrante ya puede acceder a un puesto de trabajo sin que se tenga en cuenta la situación nacional de empleo. Puede consultarse el art. 69 del RE sobre modalidades y tipos de permiso de trabajo.

⁷³ No sólo se tiene en cuenta a los trabajadores españoles, sino también a los comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar (art. 70.1.1.a RE)

⁷⁴ *Si bien es verdad, que a raíz del Acuerdo de fijación del contingente para el año 2002, que contenía en el punto noveno un epígrafe denominado «conurrencia de procedimientos» se determinó una práctica administrativa que supuso la desaparición de la gestión de las ofertas nominativas y del denominado «régimen general» en la tramitación y obtención de los permisos de trabajo, lo cierto es que la unificación en un sólo régimen de la posibilidad de acceder a un permiso de trabajo no se compadece con la regulación contenida en la Ley y en el Reglamento de Extranjería.* MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.; «El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia». *Relaciones Laborales*. Núm. 11, 2003.

⁷⁵ Pues en el procedimiento, también, se tendrá en cuenta la regularidad del propio empleador, así como las circunstancias personales del trabajador.

RE). Respecto de este requisito debe señalarse que el tener en cuenta la SNE no quiere decir que haya que anteponer a cualquier solicitud de permiso por parte de un extranjero la existencia de trabajadores españoles en paro. Por el contrario, es indispensable que se acredite que la mano de obra autóctona sin empleo pretende encontrarlo en el ramo de la actividad en que vaya a ocuparse el extranjero, es especial si se trata de un puesto de trabajo para el que se exijan determinadas cualificaciones ⁷⁶.

Pues bien, en relación a este régimen, la LOE no añade muchas novedades significativas salvo que, a fin de simplificar administrativamente los trámites, desaparece la separación entre permiso de residencia y permiso de trabajo (necesarios según la LO 8/2000), refiriéndose el nuevo art. 36.1 LOE simplemente a *una autorización previa para trabajar*.

4.2. El Contingente

El origen del modelo que actualmente se conoce como contingente, comenzó a utilizarse con la finalidad de cubrir las ofertas de trabajo que, de forma ya generalizada ⁷⁷ —no para deficiencias puntuales, como en el régimen general— no eran cubiertas con mano de obra autóctona. Esta práctica ⁷⁸ fue positivizada en la LO 4/2000 (art 37); en la LO 8/2000 (art. 39) y

⁷⁶ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 11-12-2002 (RJ 2003/180) y de fecha 19-12-2002 (RJ 2003/221).

⁷⁷ Por ello, el contingente tiene una doble vertiente: en primer lugar, es una estimación técnica ya que, para su formulación, es necesario estimar los puestos de trabajo que no pueden ser cubiertos por mano de obra nacional o comunitaria o bien por extranjeros no comunitarios, ya residentes en España. En segundo lugar, el contingente es un instrumento de política de empleo, en sentido de que está sujeta a variaciones, en función de su utilización como medida de endurecimiento o flexibilización del mercado de trabajo. MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, al comentar el art. 37 de la LOE, en AA.VV. *Comentario a la nueva Ley de Extranjería*. Lex Nova: Valladolid, 2000.pág. 210-11.

⁷⁸ Relación de Contingentes:

Año	n.º de ofertas
1993	20.100
1994	17.000
1995	25.000
1996	R.E.*
1997	15.000
1998	28.000
1999	30.000
2000	R.E.*
2001	R.E.*
2002	32.079
2003	34.157

* R.E.: Regularización extraordinaria

se mantiene en la actual LOE si bien ha sufrido, aparentemente, importantes modificaciones.

El mencionado art. 39 LOE sigue estableciendo los mismos requisitos que venían siendo exigidos con anterioridad, esto es, una facultad de carácter anual que posee el Gobierno que, en la aprobación del contingente, tendrá en cuenta la situación nacional de empleo —algo obvio, pues es el origen del propio sistema— y, finalmente, que los trabajadores deben encontrarse en sus países de origen.

La única novedad de la LOE en esta materia reside, básicamente, en la implantación del denominado *visado para búsqueda de empleo*. Este tipo de visado instaura un sistema en el que se autoriza a trabajadores extranjeros —que se encuentran en su país de origen— *a desplazarse al territorio español con la finalidad de buscar trabajo durante el periodo de estancia de tres meses, en los que podrán inscribir en los servicios públicos de empleo correspondiente. Si transcurrido dicho plazo no hubiera obtenido un empleo, el extranjero quedara obligado a salir del territorio*. Este nueva modalidad de conexión entre la oferta y la demanda, si bien es verdad que está recogida en la LOE, debe ser analizada más exhaustivamente, merced a las particularidades que posee en cuanto a su posible utilización.

La primera de ellas, sería que, de acuerdo con el art. 39.3 LOE, los sujetos beneficiarios de esta modalidad son los hijos o nietos de *español de origen* y, como se verá en el próximo apartado, éstos —según el art. 40, no modificado en este aspecto por la LOE— podrán acceder al mercado de trabajo sin la necesidad de tener en cuenta la situación nacional de empleo. Por tanto, no parece lógico que aquellos a los que en el Régimen General —para realizar una actividad productiva— no se les tiene en cuenta la SNE, utilicen el sistema del Contingente que, conforme se ha indicado, oferta sólo los puestos de trabajo que no son satisfechos por la mano de obra autóctona. Pues en definitiva, en el primer sistema de conexión tienen acceso a todos los puestos de trabajo, mientras que en el segundo sólo a los que no son cubiertos por los nacionales. La segunda de las particularidades viene señala el art. 39.4 LOE cuando sostiene que *«asimismo, el contingente podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigido a determinados sectores de actividad u ocupaciones en las condiciones que se determinen»*. Pues bien, dicha particularidad ya estaba contemplada en el contingente del año 2003⁷⁹ y también lo está en el del presente año.

⁷⁹ Concretamente en los puestos de trabajo estable en el servicio doméstico, en la modalidad de ofertas genéricas. Véase el punto sexto A) c) de la Resolución de 14 de enero de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contrata-



Finalmente, debe señalarse el art. 39.6 señala que las ofertas de empleo realizadas han de ser orientadas preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos⁸⁰. Esta orientación de las ofertas de empleo, ha sido positivizada en el mencionado artículo, pues de facto ya se venía llevando a cabo. Así, la propia Resolución que establece el contingente para el año 2004⁸¹, señala que *la Dirección General de Ordenación de las Migraciones comunicará a las autoridades competentes de los países con los que existe Acuerdo sobre Regulación y Ordenación de Flujos Migratorios las ofertas presentadas, con el fin de facilitar la disponibilidad de trabajadores que se ajusten al perfil profesional de las ocupaciones aprobadas*.

4.3. El régimen privilegiado

Los dos regímenes que se han expuesto —con las particularidades reseñadas—, contemplan la conexión entre oferta y demanda en el supuesto en el que el trabajador está en su país de origen y, siempre y cuando, ello sea viable a tenor de la situación nacional de empleo. Pues bien, junto a aquellos regímenes existe otro en el que no se tienen en cuenta la situación nacional de empleo ni es requisito —en general— que el trabajador se encuentre en su lugar de origen, de ahí que pueda ser denominado *privilegiado*⁸².

Este régimen privilegiado se aplica a los supuestos que ya se relacionaban en el art. 40 y que, tras la LOE, se han visto incrementados al incor-

ción y se fija el número y características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ellas (BOE núm. 14 de 16 de enero de 2003).

⁸⁰ Países con los que se han celebrado acuerdos de ordenación de los flujos migratorios: Rumania, Colombia, Marruecos, Polonia, Ecuador, República Dominicana, Bulgaria.

⁸¹ Resolución de 29 de diciembre de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2003, por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y características de las ofertas de empleo que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004. (BOE núm. 313 de 31-12-2003). También se contemplaba en el contingente del año anterior.

⁸² Ex. Art. 71 RE: a) por vínculos familiares: ser cónyuge o hijo de extranjero residente, tener a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española, ser hijo o nieto de español de origen. b) por arraigo: ser titular de una autorización previa que se pretende renovar, haber nacido y ser residente en España, contar con un permiso de residencia temporal por estar en los supuestos de l art. 41.2.b) y c) del RE. c) por motivos socio-políticos: haber gozado de la condición de refugiado o apartida, los menores en edad laboral y con permiso de residencia. d) por el trabajo a realizar: puestos de confianza y trabajos de montaje o reparación de una instalación o equipos productivos importados.

porar nuevos sujetos: *el cónyuge o hijo de extranjero residente en España con un permiso renovado, así como el hijo de español nacionalizado o de comunitario, siempre que estos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario. Y, los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país.* Como ya se indico, la LOE no suprime de este artículo 40, a los hijos o nietos de españoles de origen, que son sujetos a los que —entre otros— van destinados los visados de búsqueda de empleo de sistema de contingente ya comentado.

También disfrutaban de un sistema privilegiado las personas exceptuadas de la obligación de proveerse de permiso de trabajo conforme señala del art. 41 (modificado por la LOE) y los estudiantes para los que de conformidad con el art. 79 RE no se tendrán en cuenta la SNE.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La LOE establece novedades de bastante trascendencia que no pueden ser valoradas en toda su extensión en tanto no se lleve a cabo el correspondiente desarrollo reglamentario. Por ejemplo, cuando el art. 31 de la LOE señala que las personas que acrediten una situación de arraigo pueden solicitar una autorización de residencia temporal, no establece cuales van a ser los requisitos exigidos para hallarse en dicho supuesto. También, se deja al posterior desarrollo normativo las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación familiar.

En cuanto a la incorporación de los inmigrantes al sistema productivo español, sin perjuicio de lo que pueda disponer el Reglamento, la LOE no ha supuesto novedades relevantes al respecto, si bien es verdad que positiviza algunas prácticas existentes, siguen persistiendo los fallos del sistema. El diseño actual del Contingente sigue sin incorporar medidas eficaces frente a la significativa desconexión entre las necesidades reales de los empresarios y las ofertas de empleo que se recogen en el Contingente. Además, los trámites administrativos siguen impidiendo que el encuentro entre la oferta y la demanda sea lleve a cabo en el tiempo necesario. No obstante, desde la perspectiva del trabajador, la LOE supone un avance importantísimo al reconocer a quienes ejercen un actividad productiva por cuenta ajena —independientemente de la situación administrativa en la que se encuentren— el derecho a las prestaciones que pudieran corresponderles.

Como se indicó al inicio de este trabajo, el objetivo principal de esta LOE es el control de los flujos migratorios. Dicho control, se apoya en la colaboración de bastantes aliados —unos voluntarios y otros forzosos— conforme establece el legislador, u otras normas (circulares, instrucciones, acuer-



dos, etc.) que ponen en cuestión la propia jerarquía normativa del ordenamiento. Lo cierto es que, a pesar de todos los esfuerzos realizados por las autoridades gubernativas es difícil evitar la inmigración no deseada, salvo que el fenómeno migratorio se contemplara en el contexto de una Comunidad Internacional globalizada. La revolución de las comunicaciones, a la que se viene asistiendo, ha motivado, entre otros aspectos, que la prosperidad de los países desarrollados sea mostrada al resto del mundo constituyendo una especie de invitación. Evitar que estas personas, la mayoría jóvenes, resistan la tentación de abandonarlo todo y migrar a lo desconocido, no parece que puede conseguirse con meras políticas de control policial de fronteras. A estas dificultades, debe añadirse la situación concreta de España que —ya de forma considerable, pero repentina— se ha convertido en un país de destino, en un momento en el que el mercado nacional empieza a sufrir el fenómeno de la deslocalización productiva, la falta de profesionales capacitados en atención a las demandas del mercado laboral —los Contingentes cada año precisan más profesionales—, sin olvidar aquellos sectores abandonados por los autóctonos —desde hace tiempo— por sus precarias condiciones de trabajo.







LA «REVISIÓN» DEL PACTO DE TOLEDO

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

EXTRACTO

Mediante el *Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo* se procede, en primer término, a analizar el desarrollo de las recomendaciones del Pacto de Toledo y, en su caso, a la actualización de las mismas, para, en segundo término, incorporar nuevas propuestas con las que afrontar los cambios habidos desde 1995 en la realidad social e institucional de España. Tras una breve introducción en la que se resumen los antecedentes del documento en cuestión, en el presente trabajo se da noticia de las conclusiones alcanzadas por la Comisión que elaboró dicho informe, al tiempo que se aprovecha la ocasión para efectuar un primer análisis crítico de las mismas. De modo muy gráfico y en sencillo resumen de cuanto a continuación se indicará, podría decirse que la Comisión se ha limitado a cumplir con su trabajo (fundamentalmente, revisar el Pacto de Toledo) y poco más. De hecho, escasas han sido las novedades introducidas por la Comisión en dichas conclusiones, como escaso ha sido también el nivel de compromiso asumido respecto de todas y cada una de ellas. No obstante lo anterior, el mayor mérito de la Comisión reside aquí en institucionalizar el consenso político y el diálogo social como vías de permanente consolidación y perfeccionamiento de nuestro sistema público de protección social. De este modo, por más que su contenido sea objeto de periódicas actualizaciones (por otra parte, del todo punto necesarias), el espíritu del Pacto de Toledo que tan buenos resultados nos ha dado seguirá siempre vivo.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DESARROLLO DEL PACTO DE TOLEDO
 - 2.1. Separación y clarificación de las fuentes de financiación
 - 2.2. Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones
 - 2.3. Fondo de Reserva
 - 2.4. Financiación, simplificación e integración de Regímenes Especiales
 - 2.5. Mejora de las bases de cotización
 - 2.6. Cotizaciones orientadas al empleo
 - 2.7. Modernización e información al ciudadano
 - 2.8. Gestión del sistema
 - 2.9. Lucha contra el fraude
 - 2.10. Sobre el carácter contributivo del sistema
 - 2.11. Edad de jubilación
 - 2.12. Prestaciones de viudedad y orfandad
 - 2.13. Solidaridad y garantía de suficiencia
 - 2.14. Sistemas complementarios
3. RECOMENDACIONES ADICIONALES
 - 3.1. Nuevas formas de trabajo y desarrollo profesional
 - 3.2. Mujer y protección social
 - 3.3. Dependencia
 - 3.4. Discapacidad
 - 3.5. Inmigración
4. EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA
5. SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN
6. VALORACIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Partiendo del hecho más que probable de que las previsiones de diversa índole tomadas en cuenta para la elaboración del Pacto de Toledo¹ podrían «alterarse significativamente en las próximas décadas», su Recomendación XV consideró «del máximo interés» la utilización, en el Gobierno y en el Parlamento, de los instrumentos necesarios con los que efectuar «un seguimiento y una evaluación periódica de la evolución de las magnitudes que intervienen en el equilibrio financiero del sistema para operar con las intervenciones que fueran requeridas en cualquier eventualidad». Y, en este

¹ Técnicamente *Texto aprobado por la Comisión de Presupuestos sobre la base del informe elaborado por la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse*, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 6 abril de 1995 (BOCG 12-4-1995). Sobre este Pacto *vid.*, por todos, BLASCO LAHOZ, J. F.: *La reforma de la Seguridad Social: El Pacto de Toledo y su desarrollo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, págs. 59 y ss., así como CABANILLAS BERMÚDEZ, J. M.: *El pacto de Toledo. Análisis descriptivo del sistema nacional de la Seguridad Social en España*, Tecnos, Madrid, 1997.

sentido, de forma expresa propuso aquella «que el Congreso de los Diputados cada cinco años cree una Ponencia que estudie el presente y futuro del sistema de Seguridad Social como garantía de continuidad del mismo».

Alcanzado dicho plazo quinquenal, la Mesa de la Cámara del Congreso, en su reunión de 30 de mayo de 2000 adoptó el acuerdo de crear «una Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo y, en base a ello, estudiar su desarrollo de futuro, dentro de los criterios de estabilidad, sostenibilidad e igualdad de prestaciones para toda España, que permita garantizar la continuidad en la mejora del nivel de bienestar de nuestros pensionistas, con especial atención a las pensiones de menor cuantía».

Dicha Comisión, compuesta por un total de veinticinco Diputados de los distintos grupos políticos, quedó formalmente constituida el 14 de junio de 2000, dando comienzo a sus trabajos el día 28 de junio de 2000. Desde esta fecha hasta la finalización de los mismos, se sucedieron más de una treintena de sesiones. Además de atender a los numerosos expertos y autoridades nacionales y extranjeras que participaron en ellas y analizar la numerosa documentación presentada, la Comisión consideró oportuno trasladar a una delegación a Bruselas y Berlín. En el primer caso, para realizar reuniones de estudio con representantes de las instituciones comunitarias competentes; en el segundo, para el conocimiento de las reformas a introducir en el sistema alemán de pensiones, así como las causas de dichas reformas.

Finalmente, en su última sesión de 30 de septiembre de 2003, la Comisión aprobó, para su elevación al Pleno del Congreso, el informe que da pie al presente comentario. La aprobación del citado informe por el Pleno del Congreso de los Diputados tuvo lugar, tras la defensa de los diferentes votos particulares, en la sesión plenaria número 271 de 2 de octubre de 2003 con el siguiente resultado que se desprende del Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación Permanente), núm. 284: votos emitidos 239; a favor, 228; en contra, seis; abstenciones, cinco.

Con carácter general, la redacción de dicho informe, que aparece publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) núm. 596, serie D, de fecha 2 de octubre de 2003, perseguiría los dos siguientes objetivos: por un lado, valorar los resultados de la aplicación de las quince recomendaciones del Pacto de Toledo y, por otro, «perfilar las modificaciones más adecuadas que deben introducirse en el actual sistema de pensiones, con el objeto de adaptarlo a la cambiante horma de los tiempos, de conformidad con las transformaciones sociales y económicas, así como con los cambios demográficos que se vienen advirtiendo para un futuro no tan lejano».

A tales objetivos generales el informe de la Comisión dedica un total de 103 páginas estructuradas de la siguiente forma:

- a) Antecedentes (págs. 2 a 17). Además de los aspectos relativos a la creación de la Comisión, su específica composición o la determinación del plazo máximo para la ejecución de sus trabajos, en esta primera parte se da cuenta de las sesiones celebradas con indicación de los concretos comparecientes a las mismas, la exhaustiva documentación recibida, así como los desplazamientos efectuados.
- b) Introducción (págs. 17 a 21). Junto a la presentación del informe y la indicación expresa de los objetivos perseguidos, en esta parte se contiene, de manera muy resumida, la evolución legislativa con especial incidencia en la materia que ahora nos ocupa desde 1995 hasta el año 2003.
- c) Orientaciones comunitarias en relación con la sostenibilidad de los sistemas de pensiones en la Unión Europea y principales reformas ya efectuadas por Estados miembros con arreglo a las mismas (págs. 21 a 33). De manera, asimismo, resumida, se recogen aquí las principales recomendaciones (hasta un total de veinticuatro) efectuadas por las instituciones comunitarias en materia de pensiones. A su vez, se da cuenta de los aspectos más destacables de las reformas del sistema de pensiones en Alemania y Suecia.
- d) Evolución demográfica prevista para España (págs. 33 a 39). Junto a otros estudios y proyecciones demográficas, en esta parte se procede a revisar las proyecciones sobre la población española efectuadas por el Instituto Nacional de Estadística (agosto 2001).
- e) Conclusiones. Tras su presentación general en un considerable Preámbulo, se exponen aquí las principales conclusiones obtenidas por la Comisión. Dichas conclusiones aparecen divididas en cuatro grandes apartados: desarrollo del Pacto de Toledo, recomendaciones adicionales, el sistema de pensiones en el marco de la Unión Europea y, por último, seguimiento y evaluación. Como fácilmente puede deducirse, ésta es la parte más importante del informe y, por tal motivo, a ella se dedicará por entero el grueso del presente comentario.
- f) Anexo estadístico (págs. 48 a 89). Al igual que en su día hiciera el Pacto de Toledo, como complemento del informe se incorporan en esta parte hasta un total de cincuenta y cinco cuadros estadísticos de muy diverso contenido.
- g) Votos particulares (págs. 90 a 103). En fin, termina el informe recogiendo los no muy numerosos votos particulares presentados a las conclusiones de la Comisión por los distintos grupos parlamentarios.

Pues bien, tal y como se ha adelantado ya y sin perjuicio de acudir a los demás apartados cuando ello resulte preciso, a continuación se procede a dar noticia, siquiera muy brevemente por evidentes razones de espacio, de las distintas conclusiones alcanzadas por la citada Comisión. En este sentido,



parece oportuno avanzar cómo, tras el Preámbulo, la Comisión procede, en primer término, «a analizar el desarrollo de las recomendaciones del Pacto de Toledo y, en su caso, la actualización de las mismas, para, en segundo término, proceder a incorporar nuevas propuestas para afrontar los cambios habidos, desde 1995, en la realidad social e institucional de España». Propuestas que, de este modo, pasarían a formar parte del contenido del Pacto de Toledo, verdadero hito en el trascendental proceso no traumático de consolidación y racionalización de nuestro sistema público de pensiones.

Siendo ello así, no puede dejar de reconocerse que gran parte del éxito del Pacto de Toledo ha residido en el clima de diálogo social que, con fracturas de mayor o menor alcance, le siguió en los años posteriores a su aprobación y del que son referencia imprescindible el *Acuerdo social para la consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social* de 9 de octubre de 1996, el *Acuerdo sobre revalorización de las pensiones mínimas del sistema de la Seguridad Social para el año 2000* de 16 de septiembre de 1999 y el *Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social* de 9 de abril de 2001. De hecho, junto a las Recomendaciones del Pacto de Toledo, buena parte del contenido de dichos acuerdos se encuentra extraordinariamente presente en el documento que ahora se comenta. Veamos a continuación con qué alcance y contenido².

2. EL DESARROLLO DEL PACTO DE TOLEDO

2.1. Separación y clarificación de las fuentes de financiación

Respecto del contenido de la Recomendación I del Pacto de Toledo cuyo título se reitera aquí, el informe de la Comisión prácticamente se limita a constatar cómo el legislador ha procedido a dar cumplimiento a la misma separando y clarificando las fuentes de financiación de la Seguridad Social en función de la naturaleza, contributiva o no, de las prestaciones que integran su acción protectora.

Como es sabido, al menos en parte, ello ha sido así gracias a las modificaciones introducidas en el artículo 86 LGSS por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, dictada en aplicación del Acuerdo Social de 1996 [apartado a)]. Ha de advertirse, sin embargo, que, como bien constata la Comisión, el proceso de separación y clarificación de las fuentes financieras de la Seguridad Social sigue abierto. Principalmente porque, pese al expreso reconocimiento

² Un primer comentario al presente documento puede consultarse en CARDENAL CARRO, M.: «El nuevo “pacto de Toledo”», *Aranzadi Social*, núm. 13, 2003, pág. 9 y ss.

de su naturaleza no contributiva [art. 86.2 b) LGSS], los complementos a mínimos de las pensiones contributivas de la Seguridad Social todavía siguen financiándose, en parte, con cargo al presupuesto de la Seguridad Social. Lo cual, como fácilmente puede imaginarse, supone una considerable detracción de los recursos propios del sistema de Seguridad Social que bien pudieran destinarse, por ejemplo, a la mejora de su acción protectora (fundamentalmente, en sus cuantías mínimas) o a la rebaja de las cotizaciones sociales.

Con todo, fruto del Acuerdo Social de 2001, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, incorporó al texto de la LGSS un procedimiento gradual para la definitiva financiación íntegra de estos complementos con cargo a las aportaciones del Estado, procedimiento que no debiera superar el plazo de los doce años a contar desde el uno de enero de 2002 (disp. transit. decimo-cuarta LGSS). No obstante lo anterior, en la presente recomendación la Comisión considera conveniente agilizar la culminación definitiva de este proceso «dentro del plazo de vigencia de estas recomendaciones», en principio, cinco años.

Dentro de este complejo proceso de separación y clarificación de las fuentes de financiación, téngase en cuenta, además, que hasta las recientes modificaciones introducidas por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, en el Capítulo IX del Título II de la LGSS existía un cierto desfase entre la naturaleza, contributiva o no, de las asignaciones económicas de la Seguridad Social por hijos a cargo y su financiación, a cuyos solos efectos estas prestaciones tenían naturaleza no contributiva [art. 86.2 b) LGSS]. Con la actual consideración como de carácter no contributivo de todas las prestaciones familiares de la Seguridad Social de contenido económico, dicho desfase quedaría hoy en día superado al coincidir, plenamente hoy, su naturaleza y financiación.

Por lo demás, el informe de la Comisión se limita a reiterar e insistir en previsiones ya establecidas en la Recomendación I del Pacto de Toledo o en los Acuerdos Sociales de 1996 y 2001. Así, por ejemplo, se incide en el dato de que las cotizaciones sociales deban garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter contributivo. Ello no obstante, junto a la probable evolución del gasto de pensiones, se recomienda contemplar, en el programa de estabilidad presupuestaria y sus sucesivas actualizaciones, la evolución del tipo de cotización necesario para hacer frente a dicho gasto. Se trataría con ello de que las cotizaciones sociales vinieran determinadas en cada momento por la previsión de gasto de las pensiones contributivas. Lo cual, no sólo debiera interpretarse en el sentido de dejar abierta una puerta a posibles incrementos de las cotizaciones sociales cuando así resulte necesario para afrontar dicho gasto, sino también a su rebaja cuando la situación económica lo permita. No otra cosa cabría deducir de lo que la Comisión denomina «tipo de cotización de equilibrio». Y, en este último sentido, repárese



cómo, al referirse al Fondo de Reserva, la propia Comisión contempla que, de existir, los excedentes no destinados al mismo reviertan al propio sistema de Seguridad Social. Aunque nada más se diga al respecto, qué duda cabe de que dichos excedentes bien podrían destinarse, cuando así lo permitieran las circunstancias, a rebajar las cotizaciones sociales.

En fin, en tácita remisión al contenido de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, la Comisión insta «a clarificar, a la mayor brevedad, el balance económico-patrimonial entre el Estado y la Seguridad Social, de forma tal que no se generen efectos negativos sobre el equilibrio presupuestario».

2.2. Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones

La revisión de la Recomendación XI del Pacto de Toledo se adelanta aquí para reiterar, básicamente, lo en ella ya dispuesto: esto es, el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas al margen de toda manipulación política. Y en este sentido ha de recordarse que, aunque en ocasiones pretendan hacernos creer lo contrario con estudiadas campañas publicitarias o mensajes de claro matiz electoral, el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas al que indirectamente se refiere el artículo 50 CE no depende del Gobierno de turno, encontrándose garantizado por ley desde que así lo estableciera la Ley 24/1997, de 15 de julio. Como es de todos conocido, en aplicación de aquella Recomendación y del Acuerdo Social de 1996 [apartado g)], la citada norma introdujo en el articulado de la LGSS (art. 48) una fórmula más o menos estable de revalorización automática de las pensiones contributivas en función del índice de precios al consumo. De ahí que, por resultar necesario a estos efectos, no resulte extraño que ahora se exija al Gobierno la expresa indicación «en el cuadro macroeconómico que acompaña a los Presupuestos Generales del Estado, el índice de precios al consumo previsto» para cada ejercicio.

Desde este punto de vista, poco más aportaría el informe de la Comisión a lo que ya sabíamos. Ello no obstante, repárese cómo, dentro de este marco relativo al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y como consecuencia de la experiencia acumulada, expresamente se recomienda evitar posibles «correcciones a la baja». El sentido de esta recomendación obedecería a lo siguiente: la Ley 24/1997 estableció que cuando el índice de precios al consumo previsto y en función del cual se practicara la oportuna revalorización resultase superior al realmente producido en el período de referencia, las diferencias existentes serían absorbidas –que no devueltas– en la revalorización que correspondiera aplicar en el siguiente ciclo económico (art. 48.Uno.3 LGSS). Debe advertirse, sin embargo, que dicha previsión nunca fue puesta en práctica pese a concurrir, inicialmente, las con-

diciones previstas legalmente para su aplicación. De ahí que fuera expresamente derogada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre. A buen seguro, porque semejante fórmula de revalorización, no era tan automática como en principio parecía ya que en último término la misma dependía de las previsiones efectuadas al respecto en la correspondiente Ley de Presupuestos. Igualmente, el hecho mismo de decidir la no aplicación de la norma en estos supuestos, ya constituía en sí misma una manipulación política por más que directamente resultaran beneficiados los propios pensionistas.

Con todo, adviértase cómo la defensa del mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas parece supeditarse, ahora, al «equilibrio financiero del Sistema en el futuro». Es por ello por lo que, aun cuando en el informe quede absolutamente confirmado el mecanismo actualmente vigente de revalorización automática de las pensiones, quizás se haya dejado abierta la posibilidad de suspender su aplicación cuando dicho equilibrio se halle en peligro. Ahora bien, si así sucede, no será por lo que para el sistema supone este concreto mecanismo de revalorización.

Sea como fuere, garantizado de este modo el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones (disp. adic. quinta Ley 61/2003, de 30 de diciembre, respecto del ejercicio de 2004), se recomienda desde aquí mejorar la defectuosa redacción del artículo 48 LGSS en relación con el artículo 52 del mismo texto legal.

2.3. Fondo de Reserva

Básicamente, se reiteran aquí las previsiones contenidas en la Recomendación II del Pacto de Toledo. Si bien, ahora ya, con referencia expresa al Fondo de Reserva de la Seguridad Social que, en aplicación de dicha Recomendación y del Acuerdo Social de 1996 [apartado b)], la Ley 24/1997 introdujo en el apartado primero del artículo 91 LGSS (últimamente modificado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) y cuyo régimen jurídico ha sido recientemente regulado por la Ley 28/2003, de 29 de septiembre. A él alude, también, la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, en cuyo artículo 17.2 se prevé destinar parte del posible superávit presupuestario al Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

Por lo demás, aparte de congratularse por la constitución de este Fondo, apenas si se añade algo nuevo al respecto. Únicamente quizás merezca la pena ser destacado el hecho de que la Comisión estime oportuno no fijar, en un documento de estas características, límite alguno a la dotación del Fondo de Reserva. Y siendo ello así, llama la atención que la Comisión aluda al «resto de los excedentes, si los hubiere». Nótese que si, de entrada, no se fija límite alguno al respecto, difícilmente podría calcularse un resto de lo que no tiene límite.

Si así sucede es porque la Comisión ha trasladado aquí parte de las previsiones del Acuerdo Social de 2001 en el que sí se establecieron unos límites económicos concretos. Ahora bien, por más que los excedentes queden supeditados a la previa constitución prioritaria del Fondo de Reserva o por más que legalmente queden fijados los supuestos en los que podrá hacerse uso de dicho fondo (situaciones de déficit financiero del sistema de Seguridad Social en su nivel contributivo), no ha de pasarse por alto que la concreta fijación, en cada ejercicio económico, de la cantidad de excedentes destinada a la dotación del citado fondo según la situación social y económica de cada momento corresponde, en exclusiva, al Gobierno de turno. De ahí que la citada dotación o, cuando menos, el hecho mismo de la dotación pueda quedar expuesta a posibles manipulaciones políticas. En todo caso, ya se destinen a la mejora de las prestaciones (fundamentalmente en sus cuantías mínimas) o a la reducción de las cotizaciones sociales, «los excedentes de los excedentes» derivados de las cotizaciones sociales que no se destinen al Fondo de Reserva no podrán revertir más que en el propio sistema de la Seguridad Social³.

2.4. **Financiación, simplificación e integración de Regímenes Especiales**

Sin que apenas se añada mucho más a lo ya previsto en ellas, se refunden aquí las Recomendaciones IV y VI del Pacto de Toledo. Así, bajo el criterio de que la igualdad de la acción protectora debe ser consecuencia de la igualdad en la aportación contributiva, la Comisión comienza constatando el inicio de la aproximación de las cotizaciones de determinados Regímenes Especiales en relación a los niveles de protección por ellos dispensados. Acto seguido la Comisión considera oportuno agilizar todavía más la equiparación de la protección social de los distintos Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social mediante la eliminación de las disfunciones existentes entre dichos Regímenes y la aproximación de las cotizaciones. Todo ello, claro está, sin perder de vista las concretas peculiaridades de los distintos colectivos afectados. Buena muestra de este objetivo lo constituirían, por ejemplo, las modificaciones últimamente introducidas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre (por cuanto aquí interesa, desarrollada por el RD 463/2003, de 25 de abril), así como por el RD Ley 2/

³ En este sentido el voto particular del Grupo Parlamentario Mixto-BNG propuso que el resto de los excedentes se aplicara a «mejorar la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, rechazando cualquier posibilidad de destinarlo a la reducción del endeudamiento de otras Administraciones Públicas».

2003, de 25 de abril, primero o por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, después.

Ahora bien, el limitado y complejo proceso de equiparación iniciado entre los distintos Regímenes de la Seguridad Social no ha sido seguido del todavía más complejo proceso de simplificación de la estructura de nuestro sistema de protección social en su nivel contributivo. De ahí que, una vez más, se reitere ahora el objetivo de reducir a tan sólo dos los (al menos, cinco) Regímenes (clásicos) de la Seguridad: uno para los trabajadores por cuenta ajena y otro para los trabajadores por cuenta propia. Reducción que, lo diga o no la Comisión en su informe, no puede llevarse a cabo sino de forma gradual, no traumática, y con respeto, siempre, de las especialidades que procedan en relación a todos y cada uno de los colectivos afectados en cuanto, de un modo u otro, resultarían afectadas las legítimas expectativas de derechos generadas en el tiempo.

En este sentido y teniendo en cuenta que esta misma previsión se contemplaba ya en el Pacto de Toledo, se echa de menos el establecimiento de un horizonte temporal de referencia para la consecución definitiva de la tan anunciada simplificación, por otra parte ya prevista en el artículo 10.5 LGSS y en la Recomendación VI del Pacto de Toledo y reiterada, con mayor detalle, en los Acuerdos Sociales de 1996 [apartado i)] y de 2001 (apartado VII). Aun así, la Comisión supedita este proceso de simplificación a un nuevo análisis de la situación actual de los Regímenes Especiales Agrario y del Mar. De ahí que no deba resultarnos extraño comprobar cómo, al término de la vigencia de las recomendaciones que ahora se efectúan, las cosas sigan tal cual están hoy en este punto, bien que abstracción hecha de la progresiva equiparación de Regímenes en materia de acción protectora. De hecho, el informe alude al «establecimiento de períodos graduales de integración» queriendo referirse, a buen seguro, a «períodos graduales de equiparación». Y es que «la progresiva equiparación» de la acción protectora de los distintos Regímenes aparecería constituida, según parece, como el instrumento elegido para la posterior simplificación de la actual estructura de la Seguridad Social.

Por lo demás, no se entiende muy bien qué significa eso de estudiar la posibilidad de que las especialidades que proceda mantener en cada Régimen «sean financiadas, en parte, por el Sistema de Seguridad Social». Trátándose, como se trata, de la integración de Regímenes en el nivel contributivo de la Seguridad Social dichas especialidades deberán correr en su conjunto con cargo al presupuesto de la Seguridad Social y, más concretamente, con cargo a las cotizaciones sociales.

En fin, aparte de felicitarse por la equiparación de los derechos de los trabajadores autónomos respecto de los trabajadores incluidos en el Régimen General e instar a continuar en esta línea, nada nuevo se añade, tampoco, respecto a lo contemplado en el Acuerdo Social de 2001 en relación a la



evitación de discriminaciones de la mujer en el ámbito agrario. Con todo, es de agradecer la mención expresa de todos estos aspectos en el Pacto de Toledo así revisado.

2.5. Mejora de las bases de cotización

Poco o nada se añade aquí, tampoco, respecto del contenido de la Recomendación III del Pacto de Toledo cuyos objetivos no eran uno sólo, como parece desprenderse del informe de la Comisión, sino dos: por un lado, el establecimiento de un único tope máximo de cotización para todas las categorías laborales y, por otro, la coincidencia de las bases de cotización con los salarios reales.

Respecto del primero de los objetivos citados, por otra parte contemplado en los artículos 110.1 LGSS y 9.1 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, la Ley 24/1997, de 15 de julio, no sólo introdujo un procedimiento gradual para su consecución a través de las correspondientes Leyes Generales de Presupuestos del Estado, sino que limitó su plazo máximo de ejecución al año 2002 (disp. transit. decimoquinta LGSS). De ahí que el informe de la Comisión se limite, básicamente, a constatar la consecución de este objetivo.

En cambio, respecto del segundo de los objetivos marcados, curiosamente el directamente perseguido en el Pacto de Toledo, parece como si la Comisión diese un paso atrás. Nótese que, lejos de impulsar este objetivo y frente a la imperatividad del Pacto de Toledo («Las bases de cotización *deberán* coincidir ... con los salarios reales»), la Comisión se limita, sin más, a proponer ahora un «estudio de la situación actual». En este sentido, se echa de menos un mayor compromiso al respecto con indicación, en su caso, de los posibles procedimientos a seguir en el tiempo. Y, más concretamente, si lo realmente pretendido es alcanzar dicha equiparación, se echa de menos un pronunciamiento expreso sobre la posibilidad de liberar, en un futuro más o menos próximo, siquiera sea con carácter voluntario, los topes máximos de cotización.

Y, en relación a este último objetivo, llama la atención el hecho de que, respecto de aquellos Regímenes en los que la cotización mayoritaria sigue efectuándose sobre bases mínimas (por ejemplo, al depender del trabajador la elección de la base de cotización cual ocurre en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos), el informe se limite a recomendar, sin establecer propuesta alguna de solución, el estudio de la situación. Piénsese, por ejemplo, que, en estos supuestos, la cotización bien podría venir determinada, con sujeción o no a unos límites mínimos y máximos de cotización, por los ingresos realmente percibidos por los interesados. Previsión ésta que, precisamente, parecería ser la deseada respecto de los trabajadores en gene-

ral y que, muy probablemente, ayudaría a alcanzar la tan deseada equiparación de la acción protectora entre Regímenes. Acudir en exclusiva, como parece pretender el informe, a la sola concienciación de los afectados para que aumenten sus bases de cotización se antoja claramente insuficiente. Entre otras cosas, porque éstos preferirán acudir a los más beneficiosos y menos solidarios sistemas complementarios de previsión o, simplemente, en el peor de los casos, arriesgarse a disfrutar de una protección más limitada.

2.6. Cotizaciones orientadas al empleo

Ciertamente, el informe de la Comisión perfecciona en este punto al contenido, mucho más genérico, de la Recomendación VIII del Pacto de Toledo por lo que respecta a la reducción de las cotizaciones sociales como elemento dinamizador del empleo estable. Es verdad, asimismo, que el informe no sólo menciona los instrumentos elegidos al servicio de la creación y mantenimiento del empleo (bonificaciones y exoneraciones de cotizaciones sociales; se descartan, por el momento, subvenciones económicas directas), sino que además alude expresamente a algunos de los colectivos cuyo empleo se quiere fomentar por esta vía (en general, personas con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo o en situaciones de riesgo de expulsión de aquél; en particular, mujeres o trabajadores de mayor edad; aunque deban entenderse incluidos dentro de este genérico objetivo, nada se dice, ahora, de otros colectivos igualmente dignos de protección tales como los discapacitados, los excluidos sociales, etc.).

Pese a todo ello ha de reconocerse que, también aquí, poco o nada se añade respecto de lo que ya sabíamos. De hecho, el informe tiene muy presente el apartado XII del Acuerdo Social de 2001. A lo sumo, cabría destacar la expresa asunción de los objetivos establecidos en el Consejo Europeo de Lisboa del año 2000 en relación al apoyo de la integración laboral y al desempeño profesional de la mujer y que, de este modo, la Comisión haría suyos. Respecto de este colectivo, cuya protección se recomienda seguir reforzando, diversas son las normas que contemplan bonificaciones o exoneraciones de las cotizaciones destinadas a la entrada, el regreso o la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Dejando al margen otras normas que tendrían en cuenta las responsabilidades familiares de la mujer trabajadora (últimamente, por ejemplo, Ley 36/2003, de 11 de noviembre), dicha específica protección se viene apreciando en los sucesivos Programas de Fomento del Empleo (para 2004, art. 44 Ley 62/2003, de 30 de diciembre).

Asimismo, en relación a los trabajadores de edad avanzada, son de destacar la expresa limitación del recurso a las jubilaciones, como también la expresa desincentivación del abandono prematuro de la vida laboral, «en



aras a conseguir la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación». Previsión, esta última que encontraría perfecto acomodo en la recomendación dedicada más adelante a la edad de la jubilación. Si se alude a ella ahora es porque uno de los instrumentos establecidos a tal efecto consiste en la exoneración o bonificación de las cotizaciones sociales introducidas, en aplicación del Acuerdo Social de 2001 (apartados IV y XII), por el RD Ley 16/2001, de 27 de diciembre, primero, y por la Ley 35/2002, de 12 de julio, después.

En cualquier caso, ha de resaltarse que, como se indica en el Preámbulo de las conclusiones, el crecimiento del empleo en general sigue siendo uno de los objetivos prioritarios para garantizar la pervivencia del sistema. En este sentido téngase en cuenta que, tratándose como se trata de un sistema fundamentalmente contributivo, el aumento de la población activa no sólo es una de las mayores garantías para la viabilidad futura de nuestro sistema de pensiones, sino que, por encima de todo, constituye la garantía menos traumática de todas. De ahí que no debiera pasarse por alto el amplio margen existente al respecto, máxime si tenemos en cuenta la todavía alta tasa de desempleo existente en nuestro país.

Con todo, como bien indica la Comisión, esta política ha de condicionarse «al mantenimiento del equilibrio financiero de las cuentas públicas» tal y como se establece en la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria.

Adviértase, por último, cómo la reducción de cotizaciones en cuanto elemento dinamizador del empleo parece limitarse, casi en exclusiva, al estímulo del empleo estable e indefinido. Así pues, sólo de forma excepcional podrá fomentarse el empleo temporal cual viene ocurriendo, por ejemplo, respecto del trabajo de los excluidos sociales en los sucesivos programas anuales de fomento del empleo.

2.7. Modernización e información al ciudadano

Respecto del contenido de la Recomendación VII del Pacto de Toledo, el informe de la Comisión no hace otra cosa que reafirmarse en la necesidad de intensificar y continuar con las mejoras realizadas en beneficio de la eficacia gestora del sistema respecto de aspectos tales como los siguientes: funciones de afiliación, recaudación y gestión de prestaciones (ejemplo de estas mejoras lo constituiría, entre otras, las recientes modificaciones introducidas por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre), utilización de las tecnologías de la información de cara a conseguir una gestión integral (ejemplo de ello lo constituiría la implantación del sistema RED) o, dada la actual complejidad de nuestro sistema de protección social, información a los ciudadanos sobre sus derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social (ejemplo

de ello sería la puntual remisión anual por parte de la TGSS a los trabajadores de sus respectivos informes de vida laboral).

Adviértase, por último, cómo nada se dice en la presente recomendación, porque nada hay todavía, sobre el compromiso asumido por el Gobierno en el apartado IX del Acuerdo Social de 2001 de remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de creación de la Agencia de la Seguridad Social. Aspecto éste último que constituiría uno de los incumplimientos del citado Acuerdo.

2.8. Gestión del sistema

Bajo este genérico epígrafe y en una especie de miscelánea, la Comisión haría suyos parte de los diversos objetivos contemplados en las Recomendaciones VII, XIII y V, por este orden, del Pacto de Toledo. Y, al igual que sucede con la recomendación anterior, apenas si añade algo más que la mera constatación o potenciación de los mismos.

De entrada sorprende, incluso, que, por más que *ex novo* se aluda expresamente a «la idea de simplificación ... sin perjuicio de la delimitación competencial constitucional y estatutariamente definida», se reitere en su primer párrafo el mensaje de fondo ya expresado en el último párrafo del punto anterior en relación a la mejora de la eficacia gestora del sistema respecto de las funciones de afiliación, recaudación y gestión de prestaciones. Es más, en el último párrafo de este punto, la Comisión vuelve a insistir en la constatación de los avances producidos en el ámbito de la gestión recaudatoria para, a continuación, limitarse a incentivar el proceso de mejora constante en la materia transcribiendo, casi literalmente, parte del contenido de la Recomendación V del Pacto de Toledo. Sin concretar, cual podría ser su específico contenido, se destaca la importancia de estimular la «implantación de buenas prácticas en la materia».

Por otra parte, recogiendo, a veces literalmente, lo dispuesto en la Recomendación XIII del Pacto de Toledo y en los Acuerdos Sociales de 1996 [apartado e)] y 2001 (apartado X), la Comisión dedica en su informe dos párrafos a avanzar y reforzar el control de las prestaciones de incapacidad temporal o permanente que eviten prácticas abusivas. Todo lo cual redundará, sin lugar a dudas, en un mayor endurecimiento del acceso y permanencia en estas prestaciones y, probablemente también, en sus respectivos regímenes de compatibilidades. Sin necesidad de remitirnos a antecedentes más o menos lejanos, ejemplo de lo anterior lo constituirían las reformas introducidas en el artículo 222 LGSS por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Nada nuevo, se añade, por lo demás, al respecto. De hecho, como consecuencia de la copia cuasi literal del Pacto de Toledo, el informe mantiene la expresión «invalidez» en lugar de la más actual «incapacidad permanen-



te». Y, en relación a esta última prestación, no hubiera estado de más alguna alusión expresa al valiente objetivo contemplado en el apartado e) del Acuerdo Social de 1996 respecto de la elaboración de una lista en la que aparecería fijada de antemano la graduación de cada episodio incapacitante. Previsión ésta que, si bien fue introducida por la Ley 24/1997, de 15 de julio, en el articulado de la LGSS (art. 137), se encontraría todavía hoy pendiente de desarrollo reglamentario (disp. transit. quinta *bis* LGSS) y, por tanto, de operatividad práctica.

En fin, al igual que hiciera el Acuerdo de 2001 y, por más que el Pacto de Toledo aludiera a ellas bajo el epígrafe «Mejora de la gestión», bien podrían haberse introducido estas últimas previsiones relativas al control de las prestaciones de incapacidad temporal y permanente en el apartado siguiente.

2.9. Lucha contra el fraude

Por cuanto aquí interesa, el informe de la Comisión parte del segundo y último párrafo de la Recomendación V del Pacto de Toledo destinada a la lucha contra la economía irregular. Por sus repercusiones positivas (para el sistema, al aportar nuevos activos) y negativas (para los trabajadores, por su ausencia de protección; y para los empresarios, por las responsabilidades en juego), la Comisión entiende necesario seguir luchando de forma decidida contra ella, «con especial atención a los sectores donde ésta sigue teniendo incidencia».

Como es de todos conocido, uno de estos sectores viene constituido, en la actualidad, por la inmigración ilegal. Por razones fácilmente comprensibles, el Pacto de Toledo no realizó referencia alguna a ella. Acertadamente, en cambio, la Comisión incide ahora en este tema, no sólo por su innegable conexión con la economía sumergida, sino por las negativas consecuencias que de ella se derivan para las partes implicadas, muy especialmente los propios trabajadores extranjeros. En este sentido, además de las modificaciones introducidas al respecto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre, un firme paso, por más que discutible técnicamente, en la lucha contra el empleo sumergido derivado de la inmigración ilegal vendría dado por el contenido del artículo 48 Ley 62/2003, de 30 de diciembre, relativo al incremento de la multa a imponer a quien emplee a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo. Téngase en cuenta, en fin, que la recomendación adicional quinta del presente informe se dedica por entero al fenómeno de la inmigración, bien que de carácter legal, a cuyo contenido procede remitirse ahora.

Acertada parece, igualmente, la expresa recomendación, tácitamente contemplada en el apartado X de Acuerdo Social de 2001, respecto a la de-



bida afiliación en el Régimen General de los denominados «falsos autónomos» o «autónomos dependientes» a que se refiere la disposición final sexta de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre.

2.10. Sobre el carácter contributivo del sistema

Aparte de reafirmarse en la idea de seguir reforzando los principios de contributividad y proporcionalidad, también aquí, poco o nada se añade respecto del contenido de la Recomendación IX del Pacto de Toledo, recogido a su vez en los acuerdos sociales de 1996 [apartado j)] y 2001 (apartado V). A tal fin se recomienda «seguir avanzando en el objetivo de lograr una mayor proporcionalidad ente las pensiones y el esfuerzo de cotización realizado» en la línea ya iniciada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, muy especialmente, aunque no exclusivamente, con ocasión de la pensión de jubilación (art. 162 LGSS). Previsión ésta con la que, sin perjuicio de llevar a cabo las actualizaciones que correspondan, quedarían claramente amparados futuros incrementos de los períodos a tener en cuenta para el cálculo de las respectivas bases reguladoras. Lo cual, si bien resultaría plenamente coherente con los principios anteriormente señalados, qué duda cabe que supondrá un endurecimiento respecto del cálculo de las pensiones⁴. Con todo, como señala la propia Comisión y al igual que sucedió en materia de jubilación (disp. transit. quinta LGSS), estos cambios deberán acometerse «con la necesaria gradualidad».

Lógicamente, en tanto no se liberen los tipos máximos de cotización, el principio de contributividad resultará compatible «con el mantenimiento de un tope máximo en la cuantía de la pensión». Aunque no ya como consecuencia del citado principio sino más bien como expresión del principio de solidaridad, dicha compatibilidad resultaría extensible al «mantenimiento del principio de cuantías mínimas para las diferentes modalidades de pensión». Referencia que, en parte, es consecuencia de lo dispuesto en la Recomendación XII del Pacto de Toledo, como también de los Acuerdos Sociales de 1996 [apartado j)], 1999 y 2001 (apartados V y VI). Respecto de este tema volverá el informe en su recomendación decimotercera a la que ahora procede remitirse.

⁴ Con el fin de que la noción de contributividad se realice separada de la solidaridad y se pueda utilizar para recortar las pensiones en vez de mejorarlas, el voto particular primero del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida propuso fijar el período de referencia en un máximo de quince años, elegidos por el trabajador en todo su vida laboral.



2.11. Edad de jubilación

Sin lugar a dudas la jubilación es la pensión estrella de nuestro sistema de protección social. De ahí que, al margen de otras importantísimas modificaciones de su régimen jurídico perfectamente encuadrables en varios de los apartados anteriores, el informe de la Comisión destine un apartado específico a revisar el contenido de la Recomendación X del Pacto de Toledo, profusamente desarrollado por los apartados f) y IV, respectivamente, de los Acuerdos Sociales de 1996 y 2001.

Básicamente dos han sido los objetivos específicos seguidos en relación a la edad de jubilación: en primer lugar, establecer un sistema de jubilación gradual y flexible y, en segundo lugar, fomentar la actividad laboral más allá de los sesenta y cinco años a través de diversos instrumentos (bonificaciones o exoneraciones de cotizaciones sociales, limitación del recurso a las prejubilaciones, especialmente, de carácter voluntario, etc.). Tal y como expresamente se indica por parte de la Comisión, en la consecución de ambos objetivos han tenido una especial relevancia el RD Ley 16/2001, primero, y la Ley 35/2002, después, frutos ambos del Acuerdo Social de 2001.

Por lo demás, aun cuando el informe de la Comisión apenas añade nada nuevo respecto a lo que ya sabíamos, merece la pena destacar la recomendación de continuar por el camino ya iniciado de conseguir el objetivo general de que la edad real (media, estadísticamente hablando) de jubilación se aproxime, cada vez más, a la edad de sesenta y cinco años. Y es que, junto a la creación de empleo, el que el acceso a la pensión de jubilación se aproxime cada vez más a dicha edad, constituye, sin lugar a dudas, una de las medidas menos traumáticas y, sin embargo, con una mayor incidencia en el sistema de pensiones desde el punto de vista del gasto. Téngase en cuenta, además, que con la consecución de este objetivo no habría necesidad, por el momento, de fijar la edad ordinaria de jubilación por encima de los sesenta y cinco años.

En este último sentido, ha de señalarse que la elevación de la citada edad ordinaria de jubilación en modo alguno quedaría amparada por el presente informe. Fuera del mismo quedaría, igualmente, cualquier «discriminación por razón de edad que tenga por consecuencia la expulsión prematura del mercado de trabajo de trabajadores con plenas facultades físicas y psíquicas para continuar desarrollando su labor». Lo cual, derogada ya la disposición adicional décima ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio, constituiría un elemento más a favor de la definitiva postergación de las jubilaciones forzosas establecidas en convenio colectivo.

Sea como fuere, claro queda que «sólo en supuestos específicos y justificados deberían poder utilizarse recursos públicos de la Seguridad Social para ajustes de plantilla que supongan jubilaciones anticipadas». Y, por su-

puesto, descartada queda toda concepción de una jubilación obligatoria por el mero cumplimiento de la edad de sesenta y cinco años⁵. Como indica la Comisión, «La edad legal de jubilación a los 65 años es actualmente voluntaria», quedando en manos de los interesados la opción de anticipar o postergar el acceso a su pensión. Lógicamente, cuestión distinta es que, siempre en el respeto a esta libertad de opción, se pretenda fomentar la prolongación de la actividad laboral⁶.

Aun así, se sigue considerando conveniente el mantenimiento de la jubilación parcial, como también aquellas jubilaciones anticipadas que vengan determinadas por razón de la actividad o del grado de discapacidad del interesado (art. 161.2 LGSS). Al margen de la corrección de las posibles disfunciones a que habría dado lugar el RD Ley 16/2001 o las diferencias que pudieran existir entre unas y otras modalidades (sobre todo cuando existan análogas condiciones de acceso y esfuerzo contributivo), ninguna otra referencia se contempla, sin embargo, respecto de las demás modalidades de jubilación anticipada. Lo cual, unido al objetivo general anteriormente descrito, dejaría abiertas múltiples posibilidades al respecto (por ejemplo, un endurecimiento de los requisitos de acceso a las mismas e, incluso, su supresión), bien que, eso sí, siempre con el debido respeto a los derechos adquiridos en el tiempo por los trabajadores.

2.12. Prestaciones de viudedad y orfandad

Objeto de especial tratamiento en los últimos años lo han sido, también, las prestaciones por muerte y supervivencia y, muy especialmente, las de viudedad y orfandad. Como ejemplo de las modificaciones introducidas recientemente baste citar, entre otras, las Leyes 24/2001, 52/2003 ó 62/2003. Entre otros factores, ello ha sido consecuencia de las previsiones contenidas en la Recomendación XII de Pacto de Toledo, así como en los apartados j) y VI, respectivamente, de los Acuerdos Sociales de 1996 y 2001. De ahí, además, la justificación de dedicar a ellas un apartado específico.

En este sentido la Comisión destaca que estas prestaciones «han tenido, en los últimos años, una evolución en la que se ha tratado de atender más a las situaciones reales de necesidad que a la estricta contributividad». Precisamente por ello resulta de suma importancia que, tras entender que

⁵ Así parecería, pretenderlo, sin embargo, el Grupo Parlamentario Mixto-BNG en su voto particular.

⁶ Para el Grupo Parlamentario Mixto-BNG todas estas medidas afectarían al empleo de los jóvenes, especialmente de los menores de 30 años, de ahí que en su voto particular proponga limitar las medidas de este tipo y, más concretamente, la jubilación flexible.

«éste es un camino adecuado», aquella proponga ahora «una reformulación integral de las prestaciones de muerte y supervivencia» «para que no se produzcan contradicciones en la regulación y situaciones de discriminación legal».

En cuanto que uno de los objetivos de la misma tendería a «cubrir de forma efectiva las necesidades familiares que se producen como consecuencia del fallecimiento de una persona», bien podría sostenerse que dicha reformulación se hallaría orientada al progresivo encaje de estas prestaciones en el nivel no contributivo de nuestro sistema de protección social. No en vano, al introducirse en su régimen jurídico elementos típicamente no contributivos (por ejemplo, art. 11 OM 13 de febrero de 1967, según redacción dada al mismo por el RD 1465/2001, de 27 de diciembre), las prestaciones por muerte y supervivencia han sufrido en los últimos años un importante proceso de «asistencialización».

En cualquier caso, parece fuera de toda duda que, con independencia del camino que finalmente sigan en un sentido u otro, estas prestaciones necesitan de una reformulación integral que las adapte a las circunstancias cambiantes de la sociedad española. Sin complicarnos mucho las cosas, baste pensar, por ejemplo, en la nula operatividad actual del auxilio por defunción o la prestación de infortunio familiar del Seguro Escolar. Cuando menos, necesaria resulta a todas luces una urgente sistematización normativa de su dispersa y obsoleta regulación.

Concretamente ya, por lo que a las prestaciones de viudedad se refiere, ha de destacarse, asimismo, el objetivo de mejorar su cuantía en relación a las personas que no disponen de otros ingresos y, muy especialmente, «en el caso de los mayores de 65 años». Entre otras cosas porque estas mejoras redundarían, a buen seguro, en beneficio de todas aquellas mujeres respecto de las que, por haber tenido que renunciar otrora a su concreta promoción profesional y de seguro, la sociedad actual en su conjunto tendría asumida una gran deuda histórica.

Aun así, no puede dejar de reconocerse que, como consecuencia de los Acuerdos Sociales de 1996, 1999 y 2001, se ha producido ya un notabilísimo avance en la materia. Ejemplo de ello lo constituirían las modificaciones introducidas, últimamente, por el RD 1795/2003, de 26 de diciembre o por la Ley 61/2003, de 30 de diciembre. Ello no obstante, aún quedan pendientes de resolver cuestiones tan importantes como, por ejemplo, el cálculo de la pensión de viudedad cuando el causante reúne la condición de pensionista de jubilación o incapacidad permanente; muy especialmente, en aquellos supuestos de viudas con edad avanzada que, no habiendo podido generar derecho a una pensión propia y teniendo prácticamente vedado el acceso al mercado de trabajo, se hallaban al exclusivo cargo del causante. Y, en este último sentido, parecería más adecuado que el objetivo de mejorar estas cuantías viniera referido a los mayores de sesenta años pues, como es sabido, a partir de esta edad pueden causarse ya pensiones anticipadas de jubilación.

Por otra parte, aunque no queda del todo claro qué «contradicciones» serían las que se recomienda eliminar en relación a la aplicación de las normas reguladoras de la pensión de viudedad, ninguna duda cabe que, si lo que se persigue es atender a los supuestos de menores ingresos, la citada reformulación de estas prestaciones habrá de afectar a su actual sistema de compatibilidades. En este sentido se habría mostrado ya la Ley 52/2003, de 10 de diciembre. Repárese, sin embargo, cómo en la siguiente recomendación la Comisión considera adecuado revisar «la incompatibilidad entre la percepción del SOVI y la pensión de viudedad».

En fin, aparte de constatar los avances registrados al respecto, ya desde la Ley 24/1997, y promover la profundización en la mejora de su cuantía, especialmente en supuestos de ausencia o percepción limitada de ingresos alternativos, poca cosa más se añade en relación a las pensiones de orfandad.

2.13. Solidaridad y garantía de suficiencia

En cuanto al reforzamiento del principio de solidaridad y de garantía de suficiencia de las pensiones (art. 41 CE), la Comisión parte de lo ya previsto al respecto en la Recomendación XII del Pacto de Toledo y en los apartados j) y VI, respectivamente, de los Acuerdos Sociales de 1996 y 2001.

Es por ello por lo que en el presente apartado se considera necesario seguir avanzando, siempre que la situación financiera lo permita, en la mejora de las pensiones más bajas a través del establecimiento de cuantías mínimas para las diferentes modalidades de pensión; especialmente, en lo que a las personas de edad avanzada se refiere. Nada se dice, sin embargo, en relación al concreto alcance que deberá darse a dicha mejora⁷.

Repárese, además, que, a diferencia de lo dispuesto en el Acuerdo Social de revalorización de pensiones mínimas de 1999, el informe limita su actual contenido al nivel contributivo. Bien es verdad que las pensiones del nivel no contributivo habrán de revalorizarse en, al menos, el mismo porcentaje que las pensiones del nivel contributivo (art. 52 LGSS). Ahora bien, la presente recomendación no abordaría, exactamente, el principio general del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, sino más bien, la mejora de la cuantía de las pensiones mínimas, con independencia de la aplicación de dicho principio. Por tal motivo, tratándose como se trata de abordar la solidaridad del sistema, parece cuando menos criticable la ausencia

⁷ A tal efecto, en su segundo voto particular, el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida propone una «modificación legal en el sentido de que las pensiones mínimas, en cualquiera de sus modalidades, puedan incrementarse por encima del IPC en situaciones de mejora de la situación económica del país ... En este sentido se sugiere acometer en la próxima legislatura la mejora de la cuantía de la pensión mínima equiparándola al salario mínimo interprofesional».

de toda referencia en este apartado a las pensiones del nivel no contributivo que, precisamente, son las que una mayor solidaridad requieren⁸.

Por referencia al citado Acuerdo y tratándose de garantizar un nivel de vida digno de las personas con bajos ingresos, habida cuenta además de las iniciativas de diversa índole adoptadas al respecto por parte de las distintas Comunidades Autónomas, también se echa de menos aquí una referencia a la igualdad de tratamiento en todo el territorio nacional como única forma de mantener y consolidar la unidad del sistema público de Seguridad Social.

En último término y en previsión que quizás encontraría mejor cabida en el apartado anterior, se deja abierta la posibilidad de permitir compatibilizar la pensión SOVI y la pensión de viudedad. Sin lugar a dudas, esta medida favorecerá a aquellas mujeres que, por haber abandonado prematuramente su carrera de seguro, no han podido causar, por sí mismas, una pensión contributiva de jubilación distinta de la pensión SOVI.

Por cuanto al principio de solidaridad se refiere y por más que se hayan silenciado, de momento, las voces que en su día reclamaban un cambio al sistema de capitalización, tampoco hubiera estado de más aludir, de forma expresa, a la apuesta por el mantenimiento del sistema de reparto intergeneracional como garantía del mantenimiento de dicho principio⁹. Nada se dice, tampoco, respecto a la propuesta contenida en el párrafo segundo de la Recomendación XII del Pacto de Toledo de actualizar, definitivamente, el régimen jurídico de la responsabilidad en orden a las prestaciones; régimen que, por datar, nada menos, que de 1966, resulta notoria su falta de adecuación a las circunstancias presentes al tiempo que es motivo de numerosos problemas jurídicos. Y si bien es cierto que, como consecuencia de lo dispuesto al respecto en el apartado XI del Acuerdo Social de 2001, se han introducido interesantes modificaciones normativas al respecto (Ley 24/2001, de 27 de diciembre; Ley 52/2003, de 10 de diciembre), no puede pretenderse que con ello haya quedado satisfactoriamente resuelto un tema de tan extraordinaria importancia.

2.14. Sistemas complementarios

El último de los apartados dedicados a la revisión del Pacto de Toledo aparece dedicado a la previsión social complementaria, como es sabido uno de los tres pilares (contributivo, universal y libre o complementario) en los

⁸ En este sentido, el voto particular del Grupo Parlamentario Grupo Mixto-BNG propuso «elaborar y ejecutar un plan para incrementar sustancialmente las pensiones no contributivas, con el objeto que se sitúen como mínimo, y en un plazo no superior a cinco años, en niveles similares al salario mínimo interprofesional».

⁹ Véase en este sentido el voto particular del Grupo Parlamentario Grupo Mixto-BNG.

que se asientan nuestro modelo de protección social (art. 41 CE). Pese a que se perfecciona ahora su contenido, no dejan de reiterarse aquí las principales previsiones contenidas ya en la Recomendación XIV del Pacto de Toledo y en el apartado XIII del Acuerdo Social de 2001. Básicamente, aunque no exclusivamente, potenciación de los sistemas complementarios de la Seguridad Social en el marco de la negociación colectiva mediante la extensión e incorporación en planes de pensiones de empleo y seguros colectivos al mayor número de trabajadores; incluidos los del sector público, tal y como se prevé ya en la Ley 61/2003, de 30 de diciembre (art. 19 y disp. transit. cuarta). De este modo se buscaría que el conjunto de la población activa, en principio ya cubierta por el sistema público de Seguridad Social, se hallara doblemente protegida.

Repárese, en cualquier caso, que, de todos los posibles mecanismos de previsión social privada, la Comisión muestra su preferencia por los planes de pensiones y los seguros. Y, más concretamente, frente a los planes de pensiones y los seguros individuales, se recomienda fomentar, por cuanto se acaba de indicar, los planes de pensiones de empleo y los seguros colectivos en el ámbito empresarial. Con todo, por cuanto a este último ámbito se refiere, la Comisión insta a tener en cuenta las circunstancias particulares de cada empresa partiendo, además, de «las características de nuestro tejido empresarial, compuesto en gran medida por pequeñas y medianas empresas y empresarios individuales». En este último sentido, siguiendo al Acuerdo Social de 2001, la Comisión considera que «se debe facilitar a este tipo de empresas y a sus trabajadores la posibilidad de participar en planes de pensiones de promoción conjunta y seguros colectivos, con sistemas sencillos y flexibles, que generen economías de escala y reduzcan los costes de gestión y administración».

Por lo demás, reforzar, potenciar o facilitar el desarrollo de los sistemas complementarios de protección social en absoluto debiera significar dinamitar las bases del sistema público de pensiones. A tal efecto, es de destacar el concreto compromiso asumido por la Comisión de que «dichos sistemas complementarios tienen como objetivo el complementar y no el sustituir las pensiones públicas». No en vano, estos mecanismos, en cuanto sistemas externos a la Seguridad Social, han de estar orientados a servir «de complemento y mejora de las prestaciones de la Seguridad Social», que no a minorar su contenido. De ahí que el carácter de estos sistemas sea «claramente voluntario», tanto en su constitución cuanto en su financiación mediante «aportaciones privadas independientes y no sustitutivas de las contribuciones obligatorias al sistema público de la Seguridad Social». Así las cosas, por más que la Comisión proponga reforzar el, a su juicio, «insuficiente grado de desarrollo de la previsión complementaria», en modo alguno cabría deducir del contenido de la presente recomendación una vía abierta para la definitiva desaparición de nuestro sistema público de protección social.



En otro orden de cosas, especialmente llamativa resulta la recomendación que la Comisión hace de regular, en este marco de sistemas de previsión social distintos del de Seguridad Social, «un seguro de dependencia complementario de carácter privado». Máxime cuando, de conformidad con el apartado VIII del Acuerdo Social de 2001, la tercera de las recomendaciones adicionales se dedica por entero a la necesidad de configurar, «con la participación activa de toda la sociedad y con la implicación de la Administración Pública a todos sus niveles», un sistema integrado, a lo que parecería inicialmente de carácter público, que aborde el fenómeno de la dependencia. Dado que este último sistema todavía se encontraría muy lejos de aprobación pese al creciente interés existente en la materia y el evidente retraso de nuestro país al respecto, la Comisión vendría a decirnos con ello que, de momento, tendremos que conformarnos con acudir a la iniciativa privada. De este modo parecería retomarse la propuesta contenida en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, relativa a un seguro de dependencia realizado «por los planes de pensiones, las mutualidades de previsión social y demás entidades aseguradoras».

En fin, pese a que la presente recomendación lleva por rúbrica «Sistemas complementarios», nada se dice en ella respecto de la legítima previsión social (ya no privada, sino pública) de carácter complementario llevada a cabo por las Comunidades Autónomas dentro de sus estrictas competencias. Aspecto este último de extraordinaria actualidad e importancia que, ni muchísimo menos, ha de entenderse definitivamente resuelto por las modificaciones introducidas en el artículo 38 LGSS por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre¹⁰. Antes al contrario, el debate se halla más abierto que nunca, máxime con ocasión de la Sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002, de 11 de diciembre, dictada en relación a complementos autonómicos de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social. De ahí que se eche de menos un decidido posicionamiento al respecto por parte de la Comisión. Sin entrar ahora en este profundo y complejo debate constitucional, que en realidad versaría sobre el concepto de la Seguridad Social en orden a la delimitación competencial en la materia, no puede dejar de aprovecharse la ocasión para señalar, siquiera sea muy brevemente, que, teniendo las

¹⁰ De hecho, el voto particular presentado por el Portavoz Andalucista en el Congreso, adscrito al Grupo Parlamentario Mixto propuso la inclusión de una nueva recomendación específicamente dedicada al papel de las Comunidades Autónomas. Y, en este mismo sentido, se encontrarían los votos particulares segundo del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y únicos de los Grupos Parlamentarios Catalán (Convergència i Unió) y Mixto (a instancia del Diputado de Esquerra Republicana de Catalunya). En esta misma dirección, cabría enmarcar el voto particular primero del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el que se propone sustituir por medidas fiscales o subvenciones económicas de las que el País Vasco es competente a las bonificaciones a la Seguridad Social en cuanto instrumentos de fomento del empleo activo.

partes implicadas (Gobiernos estatal y autonómicos) parte de razón, ojalá las mismas trabajaran en una misma dirección haciendo gala en el recurso a sus competencias del sentido común sobre el que se cimentó la elaboración del Pacto de Toledo.

3. RECOMENDACIONES ADICIONALES

3.1. Nuevas formas de trabajo y desarrollo profesional

Aunque en el fondo no se proponen medidas concretas, bajo el presente epígrafe la Comisión recomienda analizar la incidencia de las nuevas formas de organización del trabajo en las carreras de seguro de los trabajadores. Por razones obvias, dicho análisis iría, principalmente, dirigido a aquellos colectivos cuya protección social se halla mermada como consecuencia de la estricta aplicación del principio de contributividad en relación a la efectiva actividad desarrollada. Este sería el caso, por ejemplo, de los trabajadores a tiempo parcial cuya limitada protección social es consecuencia, a su vez, de su limitada contribución al sistema (disp. adic. séptima LGSS).

Asimismo, la Comisión insta a prever «la existencia de carreras profesionales de carácter irregular en las que se alternen períodos de cotización con situaciones de no participación en el mercado laboral». Además de los trabajadores a tiempo parcial que no presten sus servicios todos los días de la semana, el mes o el año, éste sería el caso, también, de los trabajadores fijos discontinuos o de los trabajadores temporales. Como ha tenido ocasión de señalarse, respecto de unos y otros colectivos, la Comisión «propone el difícil equilibrio, por no decir imposible, de atender estas situaciones, “sin merma del principio básico de contributividad”»¹¹.

En fin, junto a las diversas medidas que se puedan adoptar al respecto, la Comisión deja abierta la posibilidad de extender los mecanismos ya previstos de compatibilidad entre salarios y pensiones o subsidios. Además de la jubilación parcial o flexible, ejemplo claro de estas posibilidades lo constituirían las nuevas modalidades de compatibilidad de las prestaciones o subsidios por desempleo con el trabajo por cuenta ajena introducidas por el RD Ley 5/2002, de 24 de mayo, primero y por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, después.

3.2. Mujer y protección social

Ya en sus recomendaciones cuarta y sexta al desarrollo del Pacto de Toledo la Comisión había aludido, siquiera brevemente, al colectivo de mu-

¹¹ CARRO, M.: «El nuevo “pacto de Toledo”», ob. cit., pág. 15.

jeros para rechazar su discriminación en el ámbito del Régimen Especial Agrario o para promover su plena integración en el mercado laboral mediante la reducción de cotizaciones. Ello no obstante, la Comisión estimó oportuno dedicar una recomendación específica a la protección social de las mujeres trabajadoras. Básicamente, para promover la remoción de cuantos obstáculos impidan la igualdad real entre hombres y mujeres trabajadores derivada, por cuanto aquí interesa, de la existencia de discriminaciones, directas o indirectas, de carácter salarial. No en vano, como se indica en el propio informe, «los salarios constituyen la base sobre la que se asientan las cotizaciones». De ahí que cualquier discriminación en este sentido redunde negativamente a su vez en la protección social de las mujeres. Todo lo cual ha de enlazarse, también, con la recomendación anterior, pues las nuevas formas de trabajo y desarrollo profesional tienen, asimismo, una especial incidencia en este colectivo; en ocasiones, incluso, como consecuencia de la existencia de discriminaciones indirectas.

Adviértase, por lo demás, cómo, dentro de este mismo epígrafe, titulado «Mujer y protección social», parecen confundirse política de igualdad por razón de género y política familiar. Y si bien es cierto que entre las mismas existe una estrecha conexión en la práctica, ha de indicarse que ambas políticas gozan de absoluta independencia, debiendo rechazarse cualquier planteamiento que proponga, incluso tácitamente, que la conciliación de la vida laboral y familiar es competencia exclusiva de la mujer.

Por tal motivo, hubiera parecido mejor abordar estos temas de forma totalmente separada y dedicar una recomendación distinta a la protección social de la familia, cosa que realmente se echa de menos. En lugar de ello, la Comisión se limita a realizar una alusión parcial a la protección social de la familia relativa a las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral o a las nuevas realidades familiares asociadas a la separación o divorcio de las parejas. Desde este punto de vista, parecería que las responsabilidades familiares sólo parecen protegerse en la medida en que contribuyen a otros fines distintos igualmente dignos de protección, tales como, por ejemplo, la aportación de nuevos activos al sistema a través del incremento de la natalidad (a la que tanto se alude en el Preámbulo de las conclusiones de la Comisión) o la plena incorporación de la mujer al mercado de trabajo.

Con todo, no puede dejar de estimarse como positivo que la Comisión promueva, siquiera sea por sus innegables repercusiones en la protección social de la mujer, seguir avanzando en las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar. A tal efecto se considera pertinente «estudiar mecanismos que incorporen los períodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como elementos a considerar en las carreras de cotización». Entre dichos mecanismos cabría citar la consideración como de cotización efectiva del total período de excedencia por cuidado de familiares. Consideración que, si bien ha sido modificada recientemente por la Ley 40/



2003, de 18 de noviembre y por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, en relación a las familias numerosas, bien podría extenderse a otros supuestos conexos (por ejemplo, reducciones de jornadas) o ampliar su duración en el tiempo. No en vano, son los miembros de las familias, especialmente todavía las mujeres, quienes, a costa de renunciar a sus salarios y a sus carreras de seguro, asumen el cuidado y atención de sus familiares. Por lo demás, aunque su ausencia esté justificada por el título del epígrafe, se echan de menos propuestas relativas a la mejora del contenido de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, como es sabido, unas de las más exiguas de Europa o, más genéricamente, de protección social a la familia en general.

A su vez, en un tanto confuso apartado, la Comisión considera necesario abordar las situaciones creadas por «nuevas realidades sociales asociadas a la separación o al divorcio de las parejas que impliquen, entre otras, situaciones de riesgos no cubiertos por nuestro sistema de protección, y que pueden generar situaciones de desprotección con especial incidencia en las mujeres, en particular aquellas de más edad o víctimas de la violencia doméstica». Aparte de su específica inclusión en los sucesivos programas de fomento del empleo (para 2004, art. 44 Ley 62/2003), sabido es que este último colectivo se halla incluido en los igualmente sucesivos programas de renta activa de inserción (para 2004, RD 3/2004, de 9 de enero). Con todo, no puede sino valorarse positivamente semejante previsión.

En fin, pese a que en absoluto nos hallaríamos ante nuevas realidades y a que sí se generarían al respecto auténticas situaciones de desprotección, nada se dice en el informe respecto del establecimiento futuro de posibles instrumentos de inclusión en el sistema de Seguridad Social del trabajo doméstico no retribuido, como tampoco, respecto de la adaptación de nuestro modelo de protección social a las parejas de hecho ¹².

3.3. Dependencia

Como ha tenido ocasión de señalarse anteriormente, ya el Acuerdo Social de 2001 contempló en su apartado VIII, con mayor detalle si cabe, el fenómeno de la dependencia por razones de edad, enfermedad o deficiencia. De ello se hace eco ahora la Comisión con el objeto de promover la pronta regulación de dicho fenómeno, bien que «a través de la elaboración de una política integral de atención a la dependencia en la que quede clara-

¹² Bien que en exclusiva referencia a las prestaciones por muerte y supervivencia, el voto particular del Grupo Parlamentario Socialista abogaría por «extender los derechos correspondientes a las prestaciones de supervivencia a las uniones estables de hecho, con independencia de su orientación sexual».

mente definido el papel que ha de jugar el sistema de protección social en su conjunto». Dado que para ello se cuenta con «la participación activa de toda la sociedad y con la implicación de la Administración Pública a todos sus niveles», ahora sí, deberá tenerse muy en cuenta, «la distribución de competencias entre las distintas administraciones públicas». No sólo porque haya de garantizarse «la igualdad de acceso» a la misma por parte de todos los ciudadanos, sino más bien porque se trata de cuestión que, por más que pudiera tener un cierto encaje en ella, excedería, ampliamente, de los estrictos límites de la Seguridad Social.

Además de recoger una definición de la dependencia (aspecto éste clave respecto de la correspondiente distribución competencial), dicha futura regulación habrá de prever, entre otras cosas, «los recursos necesarios para su financiación». A tal efecto expresamente se contempla que, en determinados supuestos que, por supuesto, no se aclaran, pueda preverse «la contribución de los usuarios para la financiación de estos servicios». Y, en este sentido, recuérdese cómo ya en la recomendación decimocuarta del epígrafe dedicado al desarrollo del Pacto de Toledo se propone la creación de un seguro de dependencia complementario de carácter privado. Como puede apreciarse, si bien todas las vías quedan abiertas, del informe de la Comisión parecería desprenderse el futuro establecimiento de un sistema mixto (público-privado; básico-complementario; obligatorio-voluntario; universal-libre; estatal-autonómico) de protección de la dependencia. De hecho, expresamente se indica en este sentido que la futura regulación del fenómeno en cuestión habrá de contener «las posibles alternativas para su protección». Sea como fuere, lo cierto es que, a la postre, el coste del cuidado de las personas dependientes seguirá recayendo de forma mayoritaria en las familias, por más que su atención ya no se dispense sólo en su seno sino en el de las instituciones públicas o privadas concertadas creadas a tal efecto.

Así las cosas, si bien es de agradecer la expresa inclusión por esta vía de la dependencia en el Pacto de Toledo, poco o nada se añade al respecto; al menos, nada que nos ayude a despejar el despiste general existente sobre el particular. Y ello pese a que el tema ya viene de atrás¹³ y a la existencia, por tal motivo, de numerosos estudios e informes en la materia¹⁴. En este sentido, recuérdese que el Acuerdo Social de 2001 contempló la constitución al efecto de una Comisión de Trabajo cuyos trabajos debieron haber quedado finalizados «antes del 30 de junio del año 2002».

¹³ La conveniencia de implantar un seguro de dependencia de las personas mayores ya se planteó en la *Ponencia especial para el estudio de la problemática del envejecimiento de la población española* creada en la Comisión de Sanidad y Asuntos Sociales del Senado (BOCG 26-11-1999).

¹⁴ Por todos, véase MALDONADO MOLINA, J. A.: *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

3.4. Discapacidad

Si bien parte de la protección de los discapacitados podría tener cabida en otras recomendaciones anteriores (cotizaciones orientadas al empleo o, más concretamente, dependencia), la Comisión optó por dedicar un epígrafe específico a la discapacidad. Fundamentalmente, para insistir en la necesidad de seguir avanzando en la materia y recomendar, «en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, prestar una atención especial a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales para el disfrute de sus derechos en la materia». Todo ello, «evitando cualquier tipo de discriminación y fomentando su plena integración laboral y social». Respecto de estos últimos temas cabría citar, recientemente y entre otras, normas tan importantes como la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, de empleo público de discapacitados, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo o la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que introduciría medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo de los discapacitados.

Por lo demás, tampoco aquí se añade nada nuevo. Ni siquiera cuando se recomienda «que en el desarrollo de las distintas políticas públicas, y en especial de aquéllas vinculadas al sistema de protección social, se evalúe su impacto sobre las personas discapacitadas». Con todo, se considera positiva la inclusión específica de este colectivo en el renovado Pacto de Toledo.

3.5. Inmigración

En fin, no podían terminar estas recomendaciones adicionales sin dedicar particular atención al fenómeno de la inmigración. Como se reconoce en el informe, dicho fenómeno «representa una gran contribución a la estabilidad de nuestro sistema de protección social en el futuro». No en vano, la garantía financiera del mismo depende sobremanera del incremento de cotizantes con independencia de otros aspectos como, por ejemplo, la nacionalidad. Consciente de ello, no sin antes indicar en el Preámbulo de estas conclusiones que «la inmigración no es una solución definitiva», la Comisión considera oportuno mejorar e «incrementar las acciones de adaptación de nuestro mercado laboral a la incorporación de inmigrantes». En este último sentido irían encaminadas las recientes modificaciones de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y, más concretamente, por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

En cualquier caso parece indiscutible que el inmigrante que resida legalmente en España ha de poder disfrutar de nuestro sistema de protección



social, incluido su nivel no contributivo, «con plenitud de derechos y obligaciones». No en vano, el inmigrante que reside legalmente en nuestro país es, por cuanto aquí interesa, «un ciudadano con todos sus derechos ... evitando situaciones que puedan conducir a la marginación, al trabajo clandestino o a situaciones de explotación».

Al margen de cuanto se acaba de indicar, ninguna mención expresa se realiza aquí a la inmigración ilegal. Recuérdense que a ella se aludía ya en la recomendación novena del desarrollo del Pacto de Toledo, bien que por referencia a la lucha contra la economía irregular. Ha de advertirse, sin embargo, que, siquiera fuera respecto de sus necesidades básicas, nuestro sistema de protección social no debiera dar la espalda a esta realidad. Muchísimo menos en aquellos supuestos en los que existe una efectiva prestación de servicios, supuestos respecto de los cuales habría de contemplarse la aplicación, al menos en parte, del principio de automaticidad sin perjuicio, claro está, de la exigencia de las oportunas responsabilidades. En este último sentido, aun tratándose de soluciones técnicamente discutibles, un importante paso vendría dado por la nueva redacción dada al artículo 36.3 Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 14/2003, así como por el contenido del artículo 48 Ley 62/2003, de 30 de diciembre, relativo al incremento de la multa a imponer a quien emplee a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo.

En fin, no sin destacar como positiva la expresa referencia a este colectivo, tampoco aquí se añadiría nada nuevo a lo que ya sabíamos.

4. EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

Pese a que no constituyera uno de los objetivos inicialmente trazados por la Comisión, el informe incorpora en sus conclusiones un apartado específico dedicado a los sistemas de pensiones en el marco de la Unión Europea. Dicho apartado gira en torno a las tres siguientes recomendaciones:

- Mecanismos de coordinación en el ámbito de la Unión Europea.
- Políticas económicas y presupuestarias orientadas a la estabilidad, al crecimiento y a la mejora del gasto social (sostenibilidad financiera del sistema).
- La movilidad de los trabajadores en la Unión Europea.

A nada que se acuda al apartado en cuestión, enseguida se aprecia que el mismo es, básicamente, un resumen de las principales recomendaciones efectuadas en los últimos años por las instituciones comunitarias en materia de pensiones. Resumen que, a su vez, partiría del resumen que, respecto del mismo tema, se contempla en la tercera parte del informe que ahora se comenta (Orientaciones comunitarias en relación con la sostenibilidad de los



sistemas de pensiones en la Unión Europea ...). De ahí que no proceda ahora sino remitirse al mismo.

Siendo ello así, cabe plantearse si, no hallándose la Comisión obligada al respecto, resultaba preciso o no contemplar un epígrafe como el presente. De entrada, ha de reconocerse que el mismo no está de más. Ahora bien, dado que muchas de las cuestiones que se abordan ya aparecían contempladas en las conclusiones de distintos Consejos Europeos (Niza 2000, Lisboa 2000, Laeken 2001, Gotemburgo 2001, Barcelona y Sevilla 2002), bien podría sostenerse lo contrario. De hecho, tal y como se indica en su propio Preámbulo, los propósitos del vigente Pacto de Toledo coincidirían en mucho con las principales propuestas europeas.

Sea como fuere, lo cierto es que, con independencia de la verdadera intención seguida por la Comisión, su contenido queda definitivamente incorporado, de este modo, al contenido del Pacto de Toledo.

5. SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN

En fin, al igual que en su día hiciera la Recomendación XV del Pacto de Toledo o los Acuerdos Sociales de 1996 y 2001, en cuanto garantía de su pervivencia en el tiempo, finalizan las presentes conclusiones de la Comisión con un epígrafe dedicado a su seguimiento y evaluación futura. Como ya se anunciara en el Preámbulo, se estima necesario en este punto «incorporar una base metodológica adecuada para realizar un seguimiento permanente y una evaluación eficaz» de las reformas acometidas.

Por lo que al primero de estos aspectos se refiere, se reitera una vez más la necesidad de que el desarrollo de las recomendaciones cuente con el diálogo de los agentes sociales y económicos. Diálogo cuya principal virtualidad reside en la paz social que del mismo deriva y que tan trascendental resulta para acometer cualquier reforma del sistema de Seguridad Social. Buena prueba de ello sería la nula contestación social que mereció una reforma tan importante como la en su día introducida por la Ley 24/1997, de 15 de julio, frente al extraordinario rechazo que, sin embargo, mereció la reforma del desempleo llevada a cabo de forma unilateral, al margen de los agentes sociales, por el Gobierno en el año 2003 (RD Ley 5/2002, de 24 de mayo).

En cuanto al segundo de los aspectos señalados, se considera oportuno proceder, en un plazo de cinco años, a la revisión general de las anteriores conclusiones por parte del Congreso de los Diputados. Todo ello, claro está, sin renunciar a la evaluación permanente de las magnitudes y variables que pudieran tener incidencia en los sistemas de pensiones.

Por lo demás, a diferencia de lo previsto en los Acuerdos Sociales de 1996 y 2001, no se ha estimado necesario proceder a la constitución de un



órgano permanente para el análisis y seguimiento de las recomendaciones apuntadas. Ello no obstante, teniendo en cuenta las facultades de actuación que se confieren al Gobierno en algunos de los temas analizados, así como la preocupante asunción por su parte, a través del artificioso recurso a las situaciones de urgencia, de funciones en principio sólo atribuidas a las Cortes Generales, no hubiera estado de más crear en el ámbito parlamentario un órgano permanente y específico que fiscalizara la actuación de aquél en tan importante materia.

6. VALORACIÓN FINAL

De modo muy gráfico y en sencillo resumen de cuanto hasta aquí se ha venido indicando, podría decirse que la Comisión se ha limitado a cumplir con su trabajo (fundamentalmente, revisar el Pacto de Toledo) y poco más.

Así, respecto de la revisión del Pacto de Toledo, la citada Comisión se ha limitado, básicamente, a constatar los logros alcanzados hasta el momento presente, a perfeccionar el contenido de sus recomendaciones, a actualizar la redacción de los temas y/o a reiterar la necesidad de continuar por el camino trazado por aquél. Dicha revisión se ha llevado a cabo, además, de manera un tanto asistemática. Frente a lo que quizás parecería más adecuado, la Comisión no ha seguido, exactamente, el guión establecido en su día por tal Pacto. Este es el motivo por el que las Recomendaciones del Pacto de Toledo aparecen, en ocasiones, mezcladas o bajo epígrafes distintos a los entonces previstos.

Pocas han sido, por lo demás, las novedades introducidas en el epígrafe dedicado al desarrollo del Pacto de Toledo, como pocas lo han sido, también, las novedades introducidas en los epígrafes dedicados a las recomendaciones adicionales o al sistema de pensiones en el marco de la Unión Europea. Y, aun por referencia a todas ellas, escaso ha sido el nivel de compromiso asumido por la Comisión. Especialmente indicativo de cuanto ahora se dice lo sería el propio contenido de las recomendaciones adicionales; si bien es cierto que las mismas han supuesto una agradable novedad en cuanto a su incorporación al Pacto de Toledo, a la postre se antojan un tanto pobres en cuanto a su contenido.

Bien es verdad que el panorama socio-económico que ha servido de marco a la elaboración del presente informe es bien distinto del que dio lugar al Pacto de Toledo. En este sentido el trabajo de la Comisión ha resultado mucho más cómodo que entonces. Precisamente por ello se ha perdido una buena ocasión para abordar con mayor profundidad si cabe los temas propuestos e, incluso, para introducir con perspectiva de futuro otros nuevos. Así, por ejemplo, fuera del informe han quedado temas tan importantes como el alcance del concepto de la Seguridad Social en orden a la delimita-

ción de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o como el diseño de una nueva estrategia de protección social a la familia. Siquiera sea desde un punto de vista estrictamente técnico, igualmente se echa de menos alguna recomendación relativa a la necesaria reordenación normativa del sistema español de Seguridad Social en su conjunto. Y ello, no ya sólo por la ingente información jurídica existente en la materia, si no, más bien, porque en muchos temas la misma se encuentra sumamente dispersa al tiempo que, en ocasiones, desactualizada.

A consecuencia de todo lo anterior bien podría sostenerse que «La Comisión ha sido mucho más política que técnica ... Si el Pacto de año de 1995, más allá de lo juicios que suscite en cada uno, fue una apuesta decidida y arriesgada que se ha plasmado en importantes cambios del Sistema de Seguridad Social, no es predecible que las reformas que se vean en los próximos años sea posible sustentarlas con tanta facilidad en este documento tan largo, pero la mayor parte de las veces tan hueco»¹⁵.

Ello no obstante, no han de escatimarse ciertos méritos al trabajo de la Comisión. Así, por ejemplo, quedarían elevados a la categoría de pacto de Estado parte del contenido de los Acuerdos Sociales de 1996, 1999 y 2001. Con todo, el mayor mérito de la Comisión reside en institucionalizar el consenso político y el diálogo social como vías de permanente consolidación y perfeccionamiento de nuestro sistema público de protección social. Consenso que, por otra parte, en absoluto habría quedado roto por la legítima presentación de votos particulares por los distintos grupos políticos, como tampoco por la existencia de un número muy limitado de votos en contra en el proceso final de aprobación del informe por parte del Congreso de los Diputados. Sólo de este modo, mediante el recurso al consenso político y social, el espíritu del Pacto de Toledo, que tan buenos resultados nos ha dado, seguirá siempre vivo. Y ello por más que su contenido sea objeto de constantes y periódicas actualizaciones, por otra parte, del todo punto necesarias en una materia tan sensible como ésta a las cambiantes circunstancias socio-económicas.

¹⁵ CARRO, M.: «El nuevo “pacto de Toledo”», ob. cit., pág. 15.



AUSENCIAS RETRIBUIDAS Y REDUCCIONES DE JORNADA PARA CONCILIAR LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

MARÍA LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

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

EXTRACTO

Los motivos que según la ley, y sin perjuicio de lo que la regulación convencional determine, ocasionan permisos retribuidos y/o reducciones de jornada y van a ser reseñados en este estudio tienen un punto en común. Se trata de supuestos que impiden la asistencia al trabajo por causas derivadas de las relaciones intra-personales y más concretamente de los lazos familiares. Tal es el caso del matrimonio, del nacimiento de un hijo, enfermedad grave, accidente, hospitalización o fallecimiento de parientes o el traslado del domicilio habitual, motivos estrechamente relacionados con las circunstancias personales-familiares del trabajador. Es quizás en este tipo de permisos donde con mayor nitidez se aprecia el espíritu tuitivo tan propio de las normas laborales, en cuanto que se trata de proteger la esfera más íntima del trabajador.

La prevalencia de la faceta personal del sujeto sobre su condición de trabajador es lo que pone en evidencia la especial consideración que el ordenamiento jurídico le otorga como miembro de una comunidad en la que las relaciones familiares, en cuanto repletas de valores éticos o morales, prevalecen sobre las relaciones meramente contractuales y, por tanto, sobre el interés del empresario, que deberá soportar la asunción de una obligación retributiva que no actúa como contraprestación de un trabajo previo realizado.

Si bien el presente trabajo se refiere a las ausencias retribuidas y reducciones de jornada para *conciliar la vida familiar y laboral*, no pretende llevar a cabo un análisis exhaustivo de los principios informadores, de los objetivos y, en definitiva, del espíritu inspirador de la Ley 39/1999, que introdujo sustanciales modificaciones en la materia con el fin no sólo de proteger a la familia sino de facilitar el cumplimiento de los deberes familiares y laborales de las personas trabajadoras, fomentando un reparto equitativo de cargas entre hombres y mujeres y, en consecuencia, impulsando un trato igualitario en el acceso al mercado de trabajo y permanencia en el mismo. Con este análisis únicamente se quiere poner de manifiesto las cuestiones que la actual regulación aún no ha resuelto y que, por tal razón, son criticadas por parte de la doctrina y objeto de resoluciones judiciales.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS INTERRUPCIONES NO PERIÓDICAS O PERMISOS POR CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN A LA VIDA FAMILIAR DEL TRABAJADOR
 - 2.1. Configuración legal de los permisos familiares
 - 2.1.1. Antecedentes normativos
 - 2.1.2. Régimen jurídico. Bien protegido y requisitos de acceso al derecho
 - 2.1.3. Contenido del derecho
 - 2.2. Permisos para la conciliación de intereses familiares y laborales y ausencias retribuidas para la atención de otras cuestiones familiares
 - 2.2.1. Nacimiento de un hijo
 - 2.2.2. Nacimiento de un hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto
 - 2.2.3. Lactancia
 - 2.2.4. Fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de familiares
 - 2.2.5. El matrimonio
 - 2.2.6. La mudanza
3. REDUCCIONES DE JORNADA PARA LA CONCILIACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y EXTRADOMÉSTICO
 - 3.1. Clasificación
 - 3.2. Problemas planteados
4. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

En las líneas que siguen analizaremos, en primer lugar, los permisos previstos para conciliar *tiempo de trabajo* y *tiempo de familia*. Iniciaremos nuestro estudio con un examen sucinto de la regulación legal y convencional aplicable a los permisos por motivos familiares y continuaremos con el análisis de las modalidades de este tipo de permisos *para la conciliación*, distinguiendo entre aquellos contemplados para que las personas trabajadoras puedan compaginar sus intereses familiares y laborales y aquellos otros previstos para atender otras cuestiones puntuales derivadas del entorno doméstico. Indagaremos en las opiniones doctrinales y en las líneas mantenidas por los tribunales en la resolución de los problemas que la regulación legal y convencional plantea a la hora de aplicarse a los variados casos que la realidad presenta. La segunda parte del trabajo estará dedicada a poner de manifiesto los problemas que la regulación vigente plantea en torno a las reducciones de jornada por motivos familiares, diferenciando entre aquellas que permiten compatibilizar el cuidado del hijo y las obligaciones derivadas de la relación laboral y aquellas previstas para que la persona trabajadora pueda cumplir con sus deberes laborales sin desatender a otros miembros de la familia dependientes.



2. LAS INTERRUPCIONES NO PERIÓDICAS O PERMISOS POR CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN A LA VIDA FAMILIAR DEL TRABAJADOR

2.1. Configuración legal de los permisos por motivos familiares

2.1.1. *Un breve repaso a los antecedentes normativos*

La existencia de unos derechos previstos para conciliar la vida familiar y laboral se remonta al momento en que el legislador crea unas figuras jurídicas que permiten al trabajador compatibilizar el trabajo con la atención de diferentes cuestiones familiares. Una de estas figuras son los permisos retribuidos o interrupciones no periódicas de la prestación laboral por motivos familiares.

La primera muestra legal que sobre los permisos retribuidos existe la encontramos en el Anteproyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 16 de octubre de 1922, que en su artículo 24, apartado 1, concede permiso al trabajador, por el tiempo que no exceda de una jornada de trabajo y en caso de «muerte, entierro del padre o abuelo, hijo o nieto, cónyuge o hermano, enfermedad grave de padres, hijos ó cónyuge, alumbramiento de esposa»¹.

Esta primitiva redacción será la que se traslade sin apenas cambios al artículo 80 de la LCT de 1931 y posteriormente al artículo 67 de la LCT de 1944. Alguna variación en la fijación del período prefijado y en la redacción de los supuestos que dan lugar a estos permisos fue lo que caracterizó al artículo 25.3 de la LRL de 8 de abril de 1976². Mucho más contundente al respecto fue el artículo 37.3 del texto estatutario primitivo, (Ley 8/1980, de 10 de marzo) que suprimió la enumeración concreta de parientes de la normativa anterior sustituyéndola por la fijación del grado a tener en cuenta, incluyendo tanto el que procede de la consanguinidad como de la afinidad³. También, a partir de este momento, como consecuencia de las modi-

¹ Un párrafo al final del artículo aclaraba que: «El obrero, a petición del patrono, vendrá obligado a justificar la certeza del motivo alegado, incurriendo, caso de ser inexacto, en la suspensión de un día de trabajo, con devolución del jornal percibido por el día de ausencia injustificada, si lo hubiera cobrado»

² Así, y en lo que a la fijación del período se refiere, se pasó de prever un período de tiempo que no excedía de una jornada de trabajo, a dos días que podían ampliarse a tres más si era necesario un desplazamiento al efecto. En lo que respecta al contenido del artículo, ya no se habla de muerte o entierro, sino de fallecimiento del cónyuge, hijo, padre o madre de uno y otro cónyuge, nietos abuelos y hermanos; es pues, más explícito en la relación de parientes al incluir también las relaciones de afinidad.

³ El silencio que guarda el E.T. sobre el significado y sentido que se le quiso atribuir al parentesco por afinidad ha provocado dudas que exigen soluciones desde los tribunales. Una

ficaciones que la Ley 11/1981 de 13 de mayo (BOE del 19), en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introdujo en el Código Civil, se deja atrás la distinción entre las relaciones de parentesco legítimo e ilegítimo —dentro de éste el natural y el no natural— por la división mucho más simple de filiación por naturaleza y por adopción, incluso extensible, según algunos, a los prohijados o acogidos de hecho⁴. De manera que, dentro de los límites señalados por la nueva regulación legal, cualquiera que sea el origen de la relación de parentesco producirá idénticas consecuencias a efectos de la obtención por el trabajador de un permiso retribuido⁵. No podría ser otra la conclusión si tenemos presente la intención última del legislador al instaurar este período de tiempo, que debiendo estar dedicado al trabajo, puede emplearse para atender necesidades familiares.

La concienciación del legislador de que hay que «personalizar» la figura del asalariado ha ido aumentando a medida que la sociedad ha evolucionado y que los intereses familiares han encontrado reflejo constitucional. Esto se ha traducido en un mayor número de supuestos que dan derecho a obtener permisos retribuidos y a una mejora del régimen jurídico regulador. Sin embargo, un punto esencial que hay que tener en cuenta es que la finalidad o el objetivo que caracteriza esta evolución normativa no es sólo la protección de intereses familiares; en los últimos años todas las modificaciones introducidas en la materia responden a un objetivo último cuál es proteger a las personas trabajadoras procurando la conciliación de sus intereses laborales y familiares. A potenciar este grueso normativo ha contribuido la idea de que el Derecho debe ofrecer medios instrumentales que solucionen los posibles conflictos entre intereses difíciles de compaginar y que gozan de reconocimiento constitucional, tales como el familiar y el laboral. Y sin duda alguna en este fomento ha jugado un papel esencial el cada vez mayor número de mujeres trabajadoras, ya que tradicionalmente sobre ellas ha recaído las responsabilidades familiares.

interpretación amplia del término ha sido la tónica que ha caracterizado los pronunciamientos jurisprudenciales. *Vid.*, como ejemplo, STS de 27 de mayo de 1998 (AR. 4932), ó SAN de 1 de octubre de 1997 (Ar. 3374), que interpreta ampliamente el término por aplicación del principio «*in dubio pro operario*» que aconseja una interpretación favorable a los intereses de los trabajadores, de las normas dudosas, oscuras o imprecisas y de aquéllas que pueden tener más de un sentido.

Algunos convenios colectivos incluyen, para evitar dudas, un cuadro o árbol indicativo de la directa relación de parientes correspondiente al grado de consanguinidad o *afinidad*. *Vid.*, Cc. de la empresa Aldeasa, S.A. 00/02. RDGT de 4 de septiembre de 2000 (BOE del 22).

⁴ *Vid.*, RAYÓN SUÁREZ, «Descanso semanal, fiestas y permisos», *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores*. Edersa. Madrid, 1982, pp. 333 y 334.

⁵ RAYÓN, *op. cit.*, p. 330, señaló las situaciones «*pintorescas*» que tras estas modificaciones introducidas podían surgir, como por ejemplo, el derecho del trabajador a faltar al trabajo en caso de del nacimiento del hijo de su cónyuge con un tercero, etc...



Esta incorporación de la mujer al trabajo hace imprescindible el establecimiento de políticas sobre compaginación del trabajo y de la familia con un objetivo último: que las mujeres puedan acceder, permanecer y promocionarse en el trabajo sin sufrir discriminaciones y adversidades derivadas de la persistencia de estereotipos sexuales que se traducen en una rigidez del reparto de los papeles femeninos y masculinos en lo laboral y en la vida pública y privada⁶.

Con ese espíritu, e inspiradas en la normativa internacional y comunitaria, surgen un elenco de normas encabezado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁷, que introducen importantes novedades en la regulación de los permisos o ausencias retribuidas, previstas en el artículo 37 de la LET. A ellas dedicaremos las próximas líneas.

2.1.2. Régimen jurídico. Bien protegido y requisitos de acceso al derecho

Es en el artículo 37.3 de la LET⁸ donde se contempla el grueso de la regulación de los llamados permisos o ausencias retribuidas por motivos familiares⁹ (o si preferimos, haciéndonos eco de la terminología utilizada a partir de la entrada en vigor de la Ley 39/1999, los que podríamos llamar, permisos para la conciliación de la vida familiar y laboral)¹⁰. Destaquemos algunas cuestiones generales que pueden resultar de interés.

⁶ Vid., en este sentido ARGÜELLES BLANCO, «Vida laboral versus vida familiar. Reflexiones sobre el estado de la cuestión a raíz de las últimas reformas». *Actualidad Laboral*, 6/2003, p. 76, en dónde pone de manifiesto el papel determinante que han desempeñado las normas internacionales en la evolución de los derechos que persiguen conciliar la familia y el trabajo.

⁷ Vid., la exposición de Motivos de la Ley, en dónde se reconoce que la incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos del siglo XX que hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

⁸ El precepto estatutario prevé una serie de supuestos en los que, por voluntad del trabajador, se puede interrumpir la prestación laboral, siempre que se avise a la empresa su deseo de disfrutarlos y se justifique su necesidad y su realización. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de enero de 2002 (Ar. 3233), afirma que estos permisos se configuran como una cláusula que no puede ser derogada por la voluntad de las partes, únicamente podrá ser mejorada por convenio colectivo o pacto individual.

⁹ En el apartado 4 bis prevé permiso retribuido para el caso de nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados tras el parto.

¹⁰ En concreto, el apartado a) —permiso por matrimonio—, apartado b) —permiso por el nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes—, apartado c) —permiso por mudanza—, apartado f) —permiso para asistir a

Para determinar el objeto inmediato de protección de cualquier interrupción no periódica de la prestación laboral vamos a recurrir a la definición que Rayón Suárez dio de la misma. Para el autor la interrupción no es sino una «situación transitoria en que se encuentra el contrato de trabajo, en la que el trabajador afectado por alguna de las causas previstas por el ordenamiento o por el acuerdo de las partes, queda liberado de la obligación de realizar su prestación manteniendo, sin embargo el derecho a percibir la retribución»¹¹.

Pone de manifiesto esta definición el espíritu tuitivo o garantista que envuelve a la figura creada, que si bien es el propio de otras figuras «interruptivas», suspensiones propiamente dichas o excedencias, parece adquirir en el supuesto de las interrupciones un mayor grado o dimensión. Y ello es porque en este concreto caso no sólo quedará liberado el trabajador de prestar efectivamente su trabajo, sino que, además continuará percibiendo su retribución. Así pues, la intención protectora lo es en un doble sentido: por una parte se garantiza al trabajador la supervivencia de su relación con la empresa; se protege, de este modo, su estabilidad en el empleo y, por otra, se reconoce su derecho al percibo de las cantidades que recibiría si estuviese trabajando¹², añadiéndose así un plus de protección¹³ que además recae sobre el empresario, en cuanto debe asumir, en virtud del principio de buena fe, la especial vela y cuidado del trabajador¹⁴.

Aunque el macroobjetivo o bien último que se protege es el trabajo asalariado, en los supuestos de interrupción que ahora nos ocupa el bien inmediato a proteger se concreta o matiza. En todos estos casos se está prote-

exámenes médicos prenatales así como a técnicas de preparación al parto; no olvidemos que la ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales introdujo en el elenco de causas interruptivas que nos presentaba el texto estatutario primitivo, el derecho de las trabajadoras embarazadas a faltar al trabajo por este motivo—, punto 4 del artículo 37, —derecho a ausentarse del trabajo una hora para la lactancia de un hijo menor de nueve meses—, punto 4. bis —permiso por el nacimiento de un hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado después del parto—.

¹¹ Vid., RAYÓN SUÁREZ, «Descanso semanal, fiestas y permisos», cit., p. 319.

¹² No cabe duda de que estamos ante un mecanismo de garantía de la continuidad de las relaciones laborales, a pesar del advenimiento de eventos que impiden el normal desarrollo de la misma. Sin embargo, en este caso la intención tuitiva llega hasta sus últimas consecuencias pues el trabajador afectado por la causa interruptiva no se verá afectado económicamente por la no realización de su trabajo en la empresa. La garantía del empleo y de la posición económica del trabajador afectado por una de las causas tipificadas como interruptivas nos demuestra, insistentemente, la doble dimensión que el mecanismo garantista adquiere en estos supuestos de inactividad laboral.

¹³ Para ARGÜELLES BLANCO, *La excedencia laboral voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 145, el criterio fundamental de distinción entre las suspensiones e interrupciones depende de ese diferente nivel de protección que proporcionan al trabajador.

¹⁴ Así lo determina JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, «Las interrupciones no periódicas por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares. TS 65/96», p. 40.



giendo la relación laboral de las vicisitudes (ya voluntarias, ya involuntarias) que pudieran incidir en la esfera personal del trabajador. De esta forma, el legislador está facilitando, y protegiendo, el normal desenvolvimiento de su vida privada, de sus relaciones intrafamiliares, en cuanto que los acontecimientos derivados de aquélla (matrimonio, nacimiento, enfermedad o fallecimiento de familiares...) no deben significar un obstáculo para su permanencia en el entorno laboral. Y es en este punto dónde el legislador ha querido poner mayor énfasis: en la eliminación de aquellos obstáculos que surgen o pueden surgir en el entorno familiar de las personas trabajadoras. Se está tutelando la condición humana del trabajador, y por ende, su salud físico-psíquica, su bienestar y el de los suyos, su espacio vital; y ello se lleva a cabo anteponiendo la condición de persona a la de trabajador asalariado. Las nuevas previsiones normativas pretenden potenciar la esfera privada del trabajador conciliándola o coordinándola con la esfera laboral. El objetivo último a proteger es la esfera de un individuo que no está aislado sino que forma parte, en primer lugar, de un grupo familiar y en segundo lugar de un entorno laboral determinado.

En lo concerniente a las condiciones exigidas para poder disfrutar de las ausencias o permisos retribuidos, debemos distinguir entre aquéllas de carácter subjetivo y los requisitos que podríamos llamar de carácter objetivo o formalidades.

Respecto a los primeras (subjetivas), podrá acceder al disfrute de estos permisos todo trabajador en el sentido proclamado en el artículo 1.1. de la LET¹⁵. Esto es lo que se deduce del primer párrafo del artículo 37.3. Así pues, y sin perjuicio de que para el disfrute de ciertos permisos se exija una condición más específica, —tal es el caso, por ejemplo, de los permisos concedidos para la realización de exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto, previstos para la trabajadora que se encuentra en estado de gestación—, serán los trabajadores por cuenta ajena los destinatarios de estos derechos reconocidos.

En lo referente a los que siendo trabajadores por cuenta ajena lo son en virtud de una relación laboral de carácter especial habría que distinguir entre aquellos a los que se le aplicará el régimen de permisos del artículo 37.3 por remisión expresa de su RD¹⁶, aquellos a los que también le resultará

¹⁵ Los trabajadores autónomos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LET y por tanto no podrían ser destinatarios de estos derechos. Además, la virtualidad práctica de estos permisos sería escasa dada la propia naturaleza de su trabajo.

¹⁶ Tal es el caso de la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar, en la que el artículo 7.5 del RD 1424/1985, de 1 de agosto, hace una remisión expresa al artículo 37.3 de la LET; en el mismo sentido el artículo 4.3 del RD 1438/85, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial de las personas que intervienen en Operaciones Mercantiles; el artículo 13 del RD 1368/85, de 17 de julio, sobre Minusválidos que trabajen en

aplicable el régimen de permisos, no por remisión expresa sino por resultar de aplicación supletoria a su regulación especial esta normativa laboral común¹⁷, y el caso específico del personal de alta dirección al que sólo se le aplicará el régimen común sobre permisos si así se establece de manera expresa en el contrato suscrito, según se desprende del artículo 3 del RD 1382/85, de 1 de agosto, regulador de esta relación laboral de carácter especial.

Sin embargo, para acceder al derecho no basta con estar incluido dentro del campo de aplicación del mismo. La ley exige el cumplimiento de otros requisitos que podríamos denominar exigencias «*sine qua non*» de acceso al derecho (objetivos).

Si el trabajador se ausentase del trabajo por alguno de los motivos tipificados previamente ya por la norma legal, ya por la norma convencional, como interruptivos, sin haberlo preavisado ni justificado, habrá incurrido en un incumplimiento contractual que podrá ser sancionado incluso con el despido¹⁸. De este modo, el trabajador que desee disfrutar de un permiso deberá preavisarlo y además justificar la necesidad del mismo. Así se desprende del tenor literal del artículo 37.3 y así ha sido ratificado por nuestros tribunales¹⁹. Una vez que el trabajador ha preavisado a la empresa no tendrá la obligación de aguardar un reconocimiento de ésta, y podrá acceder de forma automática al permiso por causa tasada previamente²⁰. Habiéndose cumplido únicamente²¹ los requisitos generales de preaviso y jus-

Centros Especiales de Empleo se remite también de forma expresa al artículo 37 de la LET. Además reconoce en su apartado c) el derecho del trabajador minusválido a ausentarse al trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación formación y readaptación profesional.

¹⁷ Se trata de la relación laboral de los Deportistas Profesionales (Artículo 21 del RD 1006/85, de 26 de junio), Artistas Profesionales (Artículo 12 del RD 1435/85 de 1 de agosto) y Estibadores Portuarios (artículo 19 del RD-ley 2/86, de 23 de mayo).

¹⁸ El no preaviso o la no justificación podría ser considerada como una trasgresión de la buena fe contractual, causa de despido disciplinario, según el artículo 54.2. d); o si han sido varias las veces en las que se faltó sin justificación alguna se podrá alegar la causa del 54.2.a): faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad.

¹⁹ *Vid.*, como ejemplo, STSJ de Castilla-León (Valladolid) de 3 de septiembre de 1997 (Ar. 2967), STSJ de Extremadura de 17 de noviembre de 1997 (Ar. 4228), STSJ de Castilla-León (Burgos) de 6 de julio de 1998 (Ar. 3124) y STSJ de Navarra de 5 de diciembre de 1997 (Ar. 4848) que determina el derecho del empresario a ser advertido oportuna y temporáneamente, para que la licencia no perjudique la organización y dirección de la actividad empresarial.

²⁰ Habría, sin embargo, que hacer una matización al respecto. El preaviso y justificación legitiman al trabajador para ausentarse únicamente por el tiempo previsto, ya en el texto estatutario, ya en el convenio aplicable. Transcurrido ese período, sólo la autorización del empleador justificaría la ausencia. *Vid.*, STSJ de Asturias de 26 de enero de 2001 (Ar. 101).

²¹ Y decimos únicamente porque el TS en su Sentencia de 14 de marzo de 1988 (Ar. 1919) dejó sentado que la empresa no puede gravar innecesariamente las exigencias instrumentales

tificación, y tratándose de un permiso por causa prevista en la ley, el empresario ha de «conceder» el permiso, pues debemos tener presente que éste no es sino un derecho del trabajador y, por ende, una obligación del empresario, y no un mero otorgamiento graciable de éste²².

La necesidad de aviso, o mejor dicho de (pre)aviso se contempla con el fin de evitar perjuicios en la organización de la empresa que deberá continuar desempeñando su normal actividad. Ante el silencio legal²³, las condiciones en las que el preaviso deberá llevarse a cabo, vendrán determinadas en los convenios colectivos que, sin embargo, tampoco suelen ser demasiado explícitos al respecto, pues se limitan a emplear expresiones usadas ya por los textos normativos anteriores, como «con la posible antelación»²⁴, «avisando con antelación»²⁵, «previo aviso a la empresa»²⁶, etc.. No obstante, también puede observarse alguna excepción²⁷.

La parquedad de la norma quizás sea debida a que la fijación de plazos de preaviso rígidos sólo podría cumplirse efectivamente cuando los motivos de la ausencia dependiesen de forma directa de la voluntad del trabajador; por ejemplo, tal sería el caso del matrimonio o de otros acontecimientos

que la ley ha fijado, sancionando a quienes no sigan un determinado cauce impuesto por la empresa para preavisar o justificar. *Vid.*, STSJ de la Rioja de 5 de marzo de 2002 (Ar. 1390), que considera que la trabajadora cumplió los requisitos exigidos ya que puso en conocimiento de la encargada del establecimiento el hecho desencadenante del permiso (el matrimonio).

²² No obstante, algunos autores señalan la posibilidad de que existan limitaciones a la concesión de los permisos basadas en el poder de dirección del empresario, que serán las llamadas «necesidades del permiso», esto es, de aumento de la producción, o trabajo estacional, etc... *Vid.*, en este sentido ABELLA MESTANZA y GARCÍA VIÑA, «Los permisos de matrimonio y mudanza». *Tribuna Social*, 65/1996, núm. monográfico, p. 35

²³ La normativa anterior a la LET, tanto la LCT como la LRL, determinaban que el aviso debía realizarse «con la posible antelación». La regulación actual sólo habla de «previo aviso».

²⁴ *Vid.*, como ejemplos, Cc. de Empresas Organizadoras del Juego del Bingo. RDGT de 23 de diciembre de 1997 (BOE de 20 de enero de 1998); «Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera». RDGT de 13 de enero de 1998. (BOE de 29 de enero de 1998).

²⁵ *Vid.*, Cc. para el sector de las empresas concesionarias y privadas de Aparcamiento de Vehículos. RDGT de 23 de febrero de 1998. (BOE de 11 de marzo).

²⁶ *Vid.*, Cc. para las Oficinas de Farmacia. 00/02. RDGT de 10 de julio de 2000 (BOE del 27).

²⁷ Así, por ejemplo, el artículo 26 del Cc. de la empresa Iciet, S.A. RDGT de 1 de diciembre de 1997 (BOE de 19 de diciembre). Se refiere el convenio a la necesidad de «solicitar» permisos retribuidos (expresión que no nos parece correcta, pues recordemos que el disfrute de este tipo de permisos se reconocen como un derecho del trabajador, que sólo tendrá que avisar, no solicitar) con una antelación mínima de 5 días. Si no resulta posible el trabajador deberá, telefónicamente poner los hechos lo más pronto posible en conocimiento de su mando directo

tos semejantes tales como la Primera Comuni3n o el Bautizo de un hijo para los que ciertos convenios conceden permisos. En el caso de otros eventos tales como enfermedades o fallecimientos, dif3cilmente se podr3 exigir un preaviso con un n3mero de d3as de antelaci3n al hecho; ni siquiera se podr3 pretender que sea previo al evento, dada su imprevisibilidad²⁸.

El contenido del 37.3, que s3lo hace referencia a la necesidad de preaviso, y de la ulterior justificaci3n, no soluciona en absoluto el dilema planteado acerca de las consecuencias que del no preaviso pudiesen derivarse. Tendr3amos que recurrir a la normativa precedente y en concreto, al art3culo 67 de la LCT de 1944 que especificaba que el trabajador deb3 avisar con la posible anticipaci3n lo que propiciaba que parte de la doctrina interpretase que cuando la antelaci3n del preaviso resultase moralmente imposible, podr3 quedar el trabajador exento de tal aviso²⁹.

Con los preceptos actualmente en vigor no parece que pueda ser posible una interpretaci3n semejante. Sin embargo la real imposibilidad de preavisar que podr3 padecer un trabajador afectado por cualquiera de los motivos del 37.3.b), nos exige abandonar una interpretaci3n tan r3gida del concepto de «preaviso» y de los efectos nocivos que para el trabajador se derivar3an en caso de incumplimiento; lo que es posible si recordamos que no s3lo el preaviso se convierte en requisito para poder disfrutar leg3timamente del derecho. Tamb3n la justificaci3n es condici3n ineludible. De manera que en caso de que el trabajador no pudiese preavisar por la imprevisibilidad del evento siempre podr3, en un momento inmediatamente posterior³⁰, «justificar» su ausencia. De tal forma que el requisito de la justificaci3n parece servir de soluci3n a la atemperaci3n que de la condici3n de preaviso se pudiese hacer en estos casos especialmente complejos. La reconsideraci3n de las circunstancias en cada supuesto³¹ resulta esencial en este tipo de ausencias, en las que debe atenderse especialmente a la actitud del sujeto trabaja-

²⁸ CARRO IGELMO, *La suspensi3n del contrato de trabajo*. Bosch. Barcelona, 1959, p. 233 justificaba la imprecisi3n de la ley de Contrato de Trabajo de 1944, argumentando que estas causas surgen de forma inesperada, o cuanto menos impiden fijar con exactitud el momento. Por ello S3NCHES TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador*. Aranzadi. Pamplona, 1999, p. 38, afirma que en estos casos no cabe aviso previo sino s3lo coet3neo o posterior.

²⁹ Vid., CAÑADA VALLE, *Anotaciones a la ley de Contrato de Trabajo*. Zaragoza, 1951, p. 207. En el mismo sentido, CARRO IGELMO, *op. cit.*, p. 233.

³⁰ Vid., STSJ de Extremadura de 17 de noviembre de 1997 (Ar. 4228) que despidi3 al trabajador que falt3 a su trabajo por causa de enfermedad grave de su padre, sin preaviso ni justificaci3n hasta transcurridos 13 d3as.

³¹ Vid., SEMPERE NAVARRO y S3NCHES TRIGUEROS, «Problemas generales de los permisos retribuidos», *Aranzadi Social*, 11/1999, cit., p. 10, que manifiestan que «respecto a la necesidad de cursar previo aviso, hay que llevar a acabo una interpretaci3n razonable y circunstancial pues no puede exigirse igual preaviso cuando la causa a del permiso es el matrimonio que la muerte s3bita de un familiar».

dor, presumiéndose su buena fe, que debe ser corroborada a través de su aviso a la empresa, y en caso de que éste no pudiera ser previo, a través de una justificación posterior.

En lo que a esta última se refiere, su exigencia tiene como fin el impedir que las ausencias se tipifiquen como faltas al trabajo y puedan ser motivo de despido³²; además se pretende que durante éstas, el trabajador pueda continuar percibiendo su retribución³³. No obstante, la justificación puede no resultar suficiente cuando se trata de ausencias que no se han contemplado previamente, es decir, que no han sido tipificadas como licencias o permisos³⁴ a través de la regulación convencional o el acuerdo individual o colectivo³⁵.

También puede ocurrir que se aleguen o justifiquen determinados motivos de ausencia, cuando en realidad las faltas al trabajo responden a otras causas. Debemos dejar constancia en este sentido que, en virtud del principio de buena fe, el permiso debe emplearse para el fin para el que fue concedido³⁶. La utilización de este tiempo previsto para atender ciertos asuntos de carácter personal o familiar que no admiten demora, no puede convertirse en un mero período de asueto a disfrutar por el trabajador. El permiso ha sido concedido para una finalidad concreta y a la satisfacción de

³² *Vid.*, en este sentido RAYÓN SUÁREZ, «Descansos...» cit., p. 325.

³³ Esta última idea queda bien demostrada por el contenido del artículo 26.4 e) del Cc. para la empresa Ictict, S.A. RDGT de 1 de diciembre de 1997 (BOE de 19 de diciembre). Dice el citado artículo que si no se acredita suficientemente la causa justificativa del permiso se entenderá que el trabajador ha hecho uso de un permiso sin sueldo.

³⁴ No obstante, el artículo 23.2 del Cc. ESK, S.A., en la provincia de Huelva. RDGT de 5 de septiembre de 1997 (BOE de 23 de septiembre) prevé para estos casos de ausencia por motivos no previstos, será necesaria en estos casos la solicitud del permiso, tras lo cual la empresa lo concederá o denegará en atención a sus necesidades; también determinará su carácter retribuido o no.

³⁵ *Vid.*, RAYÓN SUÁREZ, *Las interrupciones no periódicas de la relación laboral*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Madrid, 1975, p. 53, Determinaba la necesidad de que el hecho causante de la interrupción estuviese previamente tipificado como interruptor. Según el autor, la justificación está en que las interrupciones no periódicas son excepciones a la norma general que regula las obligaciones recíprocas y, por lo tanto, «no puede en modo alguno el intérprete extenderla a otros supuestos distintos de aquellos para los que fue dada», ya que las normas que suponen excepciones han de ser interpretadas restrictivamente.

³⁶ En este sentido se pronuncia ÁLVAREZ MARTÍNEZ, «Del permiso laboral para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Comentario al apartado d) del núm. 3 del artículo 37 del E.T.», *Tribuna Social*, 65 /1996, p. 46, cuando afirma que el beneficiario no podrá hacerlo valer en situaciones diferentes a las determinadas por el propio proyecto ni por tiempo superior al establecido o normalmente exigible. (Observaciones que hace para el supuesto del 37.3.d) pero que pueden extenderse al resto de permisos contemplados en ese artículo).

esta debe ir dirigido, de ahí que la justificación devenga fundamental³⁷. De esta manera la alegación de causas inexistentes en la solicitud de los permisos y la utilización de éstos para fines distintos a los previstos, provoca un incumplimiento del trabajador, calificado por algunos convenios colectivos como falta grave³⁸, con las consecuencias que de esta clasificación se derivan³⁹.

En lo que respecta a la configuración formal de la justificación, la parquedad que el texto estatutario presenta exige del convenio colectivo una labor de concreción en la determinación de los requisitos formales que la misma debe cumplir. Aunque algunos de ellos se limitan a repetir los términos estatutarios o a utilizar expresiones tales como «*previa justificación adecuada*»⁴⁰, otros son mucho más exhaustivos al respecto, reseñando los documentos de aportación obligatoria en cada caso⁴¹. Es pues la regulación convencional la que determina y concreta la forma de cumplir los requisitos exigidos desde los textos legales, aunque no sin provocar dudas⁴².

³⁷ Aunque el motivo sea cierto y se haya preavisado, si no se justifica, estaríamos ante un ausencia injustificada. En este sentido, SANCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, p. 44, con cita de Jurisprudencia.

³⁸ *Vid.*, como ejemplo, Cc. de la empresa «Amcor Flexibles España», S.A. RDGT de 3 de septiembre de 1997 (BOE de 22 de septiembre)

³⁹ En la normativa anterior a la estatutaria (Art. 67 de la LCT de 1944) la falta de justificación o la falsedad del motivo alegado sólo daba lugar «a la suspensión de un día de trabajo, con devolución del jornal percibido por el día de su ausencia injustificada». Sin embargo, en la actualidad son muchos los convenios que consideran esta falta como grave o muy grave, siendo sancionadas por nuestros tribunales con el despido por *trasgresión de la buena fe contractual* o por *faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo*. *Vid.*, al respecto, ABELLA MESTANZA y GARCÍA VIÑA, «Los permisos de matrimonio y mudanza». *TS*. 65/96, p. 29

⁴⁰ Como ejemplos, Cc. para el personal laboral del Ministerio de Economía y Hacienda. RDGT de 18 de febrero de 1998. (BOE de 10 de marzo); Cc. para el personal laboral de las Universidades de Extremadura, Murcia, Salamanca y Valladolid. RDGT de 22 de abril de 1998. (BOE de 18 de mayo).

⁴¹ Son muchos los convenios colectivos que especifican los documentos a aportar en cada caso para la justificación de la ausencia. Así y como ejemplos, Cc. de la empresa Renault España Comercial. S.A. RDGT de 21 de mayo de 1997 (BOE de 13 de junio); Cc. de la empresa Gallina Blanca, S.A. RDGT de 4 de julio de 1997 (BOE de 29 de julio); Cc. de la empresa «Lucent Technologies Network Systems España, S.A. RDGT de 28 de octubre de 1997 (BOE de 13 de noviembre); Cc. de la empresa Adidas España, S.A. RDGT de 21 de enero de 1997 (BOE de 10 de febrero). Son también muy exhaustivos: Cc. de la empresa «Petroquímica Española, S.A. RDGT de 10 de diciembre de 1996 (BOE de 13 de enero de 1997); Cc. de la empresa Fiat Auto España, S.A. RDGT de 18 de noviembre de 1997 (BOE de 3 de diciembre) (que determina quién concede el permiso, el plazo para entregar la justificación, etc...); Cc. de la empresa Pez Austral, S.A. Vigo. RDGT de 15 de enero de 1998 (BOE de 2 de febrero); Cc. de la empresa de Transformación Agraria, S.A. RDGT de 3 de marzo de 1998 (BOE de 23 de marzo); Cc. de la empresa DHL Internacional España, S.A. RDGT de 3 de marzo de 1998 (BOE de 25 de marzo); Cc. de la empresa Danone, S.A. RDGT de 17 de enero de 2003 (BOE de 4 de febrero).

⁴² Tal sería, por ejemplo, si cabe aguardar a que finalice el tiempo del permiso para presentarla o hay que hacerlo a la mayor brevedad posible.

2.1.3. *Contenido del derecho*

En primer lugar, la duración se convierte en un elemento importante⁴³, aunque no esencial, para la identificación de las interrupciones no periódicas; de ahí que si el período previsto para el descanso sobrepasa determinados límites, el permiso o licencia contemplado originariamente, dejaría de ser tal para convertirse en otra figura jurídica, con un régimen jurídico diferente.

La duración establecida desde la ley para cada permiso varía en función del motivo justificador de la ausencia. La gran mayoría de los convenios dilatan en el tiempo el plazo previsto en la ley para ausentarse del trabajo al acontecer una determinada vicisitud interruptiva⁴⁴.

No obstante, en determinados supuestos la falta de previsión legal y la parquedad de los textos convencionales, exigen un pronunciamiento por parte de los tribunales, que son los que deberán sentar las pautas a seguir. Es, por ejemplo, lo que ocurre con cuestiones referentes a la fecha o, más concretamente, al momento en el que el disfrute de éste debe llevarse a cabo. Desde la doctrina judicial se deja sentado que los permisos deben disfrutarse en las fechas en las que se produzca la necesidad, pues para solventar ésta han sido previstos⁴⁵. También parece ser que ha sido la tendencia predominante

⁴³ Baste hacer mención a la existencia de convenios que convierten en permisos sin sueldo ampliaciones en el tiempo de motivos prefijados como permisos propiamente dichos; esto es, permisos retribuidos que exceden del plazo temporal fijado se convierten en auténticas suspensiones.

⁴⁴ *Vid.*, sólo algunos ejemplos en Cc. de la compañía «Castellana de Bebidas Gaseosas», S.A. RDGT de 28 de septiembre de 1998 (BOE de 23 de octubre), que en su artículo 21 concede 5 días en los casos de muerte del cónyuge, padres o hijo del trabajador, tres días en caso de enfermedad grave del cónyuge, padres o hijos, dos días por enfermedad grave de hermanos o dos días por la muerte de abuelos políticos; Cc. de Enagás, S.A. RDGT de 27 de febrero de 2003 (BOE de 19 de marzo), que incrementa los días de permiso por fallecimiento de cónyuge o hijos a 4 y de otro familiar a 3, o para el traslado de domicilio a 4 días; Cc. entre la compañía Transmediterránea y su personal de flota RDGT de 24 de enero de 2003 (BOE de 10 de febrero), contempla un permiso por nacimiento o adopción de hijos de 5 a 15 días; Cc. de la empresa «Zadoya Otis», S.A. y «Ascensores Eguren», S.A. RDGT de 22 de agosto de 1997 (BOE de 12 de septiembre) que prevé en su artículo 10, 18 días naturales para el caso de matrimonio, o el Cc. de la empresa «Electrolux Home Products España, S.A.» RDGT 7 de noviembre de 2000 (BOE del 21); Art. 33 del Cc. de la empresa Federación de Farmacia Sociedad Cooperativa. RDGT de 30 de mayo de 1997 que los fija en 17 días. En sentido semejante el Cc. de «Servimax Servicios Auxiliares». RDGT de 3 de junio de 1997, ó el Cc. de Empresas de promoción de Empleo, Sector de la Construcción Naval. RDGT de 13 de agosto de 1997, que prevé para los casos de maternidad el disfrute de una semana a continuación del período legal de suspensión por esta causa.

⁴⁵ Como ejemplos, que ya podemos considerar históricos, *Vid.*, STCT de 3 de marzo de 1982 (Ar. 2065) o STCT de 25 de enero de 1989 que afirma que el artículo 37.3 «no presupo-

en la regulación convencional ⁴⁶, aunque no podemos negar la existencia de convenios que contemplan la posibilidad de acumulación de estos permisos al período vacacional, o el desplazamiento a otras fechas si coincidiesen con vacaciones o días festivos ⁴⁷.

Por último, apuntemos que el disfrute de las interrupciones puede resultar problemático cuando nos referimos a los contratados temporalmente y/o a tiempo parcial ⁴⁸.

ne un descanso retribuido durante un número determinado de días, es decir, no se reconoce el derecho a vacar en cierto tiempo, sino a ausentarse del trabajo precisamente para atender asuntos personales, deberes de carácter público o estar presentes en acontecimientos familiares, sin merma de sus rentas de trabajo». El sentido de los permisos está en conceder al trabajador un tiempo para atender una necesidad que se superpone horariamente con la actividad laboral. Así se pronunció la STS de 3 de julio de 1989 (Ar. 5074). Muestras de pronunciamientos más recientes las tenemos en la STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2002 (Ar. 2444), que se refiere al permiso por nacimiento de hijo, en la que se hace hincapié en que el permiso se debe disfrutar cuando acaece el acontecimiento y no en un momento posterior, aunque en ese momento el trabajador esté de vacaciones o sufriendo una baja por incapacidad temporal. Resulta, sin embargo, interesante, la SJS de Badajoz de 24 de abril de 2001 (Ar. 3467) en la que se conceden permiso de tres días para la inhumación de las cenizas de la madre de la trabajadora que, debido a los trámites administrativos, no es inmediata a la muerte sino que se difiere en el tiempo (hasta mes y medio después). Puesto que no hay previsiones para estos casos, el Tribunal opta por aplicar analógicamente las previsiones existentes para el caso de fallecimiento y conceder los tres días de permiso previstos en la normativa de aplicación. No obstante, debemos apuntar que la actora no pudo hacer uso del permiso en la fecha de la muerte por encontrarse de vacaciones.

⁴⁶ *Vid.*, como ejemplos, Cc. de la ONCE. RDGT de 13 de junio de 1997 (BOE de 24 de junio), art. 28; Cc. de la empresa Icict, S.A. RDGT de 1 de diciembre de 1997 (BOE de 9 de diciembre), art. 26.

⁴⁷ Así por ejemplo se pronuncia el Cc. de las Empresas Concesionarias y Privadas de Aparcamiento de Vehículos. RDGT de 23 de febrero de 1998 (BOE de 11 de marzo), que en su artículo 57, sobre el permiso de matrimonio dice que no podrá acumularse al período vacacional, salvo acuerdo expreso de las partes; el Cc. Interprovincial del Banco de Crédito Local de España, S.A. RDGT de 12 de febrero de 1997, que en su artículo 28 reconoce el derecho a seis días de libre disposición al año que no podrá acumularse al período anual de vacaciones, salvo supuestos especiales autorizados por el Banco; o el Cc. de la empresa Corporación de Medios de Murcia, S.A. RDGT de 20 de septiembre de 1996 (BOE de 15 de octubre) y Cc. de la empresa Olivetti Española, S.A. RDGT de 14 de marzo de 1997 (BOE de 5 de abril) que reconocen el derecho a acumular el permiso de 15 días por matrimonio con el tiempo de disfrute de vacaciones, cuando coincida la fecha de la boda con éstas.

⁴⁸ Así, por ejemplo, en los casos de permiso por neonatos hospitalizados la ausencia de un pronunciamiento legal «*ad hoc*» nos hace pensar que la intención del legislador fue la de conceder ese tiempo de permiso con independencia del número de horas trabajadas al día. La cuestión, sin embargo, es polémica cuando nos referimos a otros tipos de permiso, como el de matrimonio. En el apartado dedicado al mismo trataremos más detenidamente el tema.



Por otra parte, la permanencia de la retribución⁴⁹ no es sino una clara excepción al principio general de que el salario no se devenga más que cuando se realiza efectivamente el trabajo encomendado. Constituye también una excepción a la teoría general de la distribución de los riesgos en el contrato mantenida por la normativa civil. Y esto porque la carga del riesgo de la interrupción recae sobre el empresario. No es el deudor imposibilitado de cumplir el que soporta el «*periculum obligationis*», sino el acreedor de trabajo, obligado a entregar la retribución sin haber recibido el servicio inicialmente convenido. Es aquí donde radica el punto central o motivo primordial de la atribución del riesgo empresarial⁵⁰. La desigualdad que entre las partes del contrato de trabajo existe, exige la contemplación de normas que corrijan la posición subordinada del trabajador con el fin de lograr un equilibrio entre ambas partes. De ahí que el empresario aparezca como la persona que asume todos los riesgos que se hayan derivado o no de la creación y puesta en funcionamiento de una organización que él mismo controla, al ser la parte más fuerte económicamente⁵¹.

Durante la ausencia, el trabajador continuará percibiendo sus emolumentos como si efectivamente prestase sus servicios a la empresa⁵². Sin

⁴⁹ Decíamos en el apartado dedicado al bien jurídico protegido que el trabajador recibía en estos casos de ausencias al trabajo una especial protección pues, a pesar de no desempeñar su actividad laboral, continuaba percibiendo sus emolumentos como si efectivamente trabajase. Confirma así esta realidad la manifestación mantenida por algún autor de que «*la retribución que obtiene el trabajador por su trabajo no puede ser considerada exclusivamente como uno de los elementos del intercambio de bienes que se realiza a través del contrato del contrato de trabajo, sino que ha de ser contemplado también como el conjunto de medios materiales que aquél necesita para atender sus necesidades personales*». Vid., en este sentido RODRÍGUEZ SAÑUDO, *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975, p. 160.

⁵⁰ Vid., en este sentido, los comentarios de RODRÍGUEZ SAÑUDO, «Imposibilidad de la prestación» en la obra de AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales*. El E.T. Tomo VI. EDERSA. Madrid, 1982, p. 189 y sigs.

⁵¹ Para RODRÍGUEZ SAÑUDO, *op. cit.*, p. 242, este argumento no sólo tiene naturaleza sociológica y económica, sino que también de naturaleza jurídica, en la medida que el ordenamiento jurídico articula efectivamente esa realidad, resolviendo el conflicto de intereses en base a la desigualdad de las partes.

⁵² Los contenidos de los convenios colectivos actuales se erigen en fiel recordatorio de la que fuera la base de la normativa sectorial precedente (RT y OL), sobre la que recayó, como ya el grueso de la regulación de las ausencias al trabajo. Los contenidos de aquella originaria normativa sectorial se trasladan hasta nuestros días, por lo que no nos ha de extrañar la contemplación desde el convenio de permisos retribuidos y no retribuidos o sin sueldo, cuando la expresión «*permiso sin sueldo*» parece contradecir las más elementales pautas reseñadas desde la ley y asentadas por la doctrina más autorizada. Vid., como ejemplo, Cc. de Seguros Catalana Occidente, SA. de seguros y reaseguros RDGT de 23 de enero de 2003 (BOE de 11 de febrero de 2003) y Cc. de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. RDGT de 26 de

embargo, de nuevo la parquedad de la previsión estatutaria hace plantearnos al respecto algunas dudas. En primer lugar, dudas sobre el concepto empleado. ¿Qué debe entenderse por retribución? El alcance del término ha venido determinado por nuestros tribunales. Es comprensiva la expresión «derecho a remuneración» de todos los componentes salariales que conforman el propio salario real⁵³; esto es, tanto el salario base como los complementos salariales⁵⁴, pues durante los permisos se han de cobrar «las retri-

febrero de 2003 (BOE de 17 de febrero), que contemplan la posibilidad de un permiso de hasta un mes por motivos familiares, si bien, a partir del tercer día (o del 4.º día, si hay necesidad de desplazamiento), la ausencia no será retribuida.

Ante esta realidad presente en una gran mayoría de convenios, nos surge de forma inmediata otra duda: ¿Puede el convenio colectivo contemplar un permiso sin sueldo cuando la ley, que es norma que fija mínimos sólo mejorables a través de la negociación colectiva, determina el carácter retribuido de estas interrupciones no periódicas de la prestación laboral? Para responder a esta pregunta habría que recurrir de nuevo a la posición mantenida tanto desde la doctrina como desde la Jurisprudencia que, teniendo como base el artículo 3.3 de la LET, se decantan por la aplicación del convenio cuando el régimen de permisos establecido es más favorable en su conjunto para el trabajador. Sin embargo desde una interpretación estricta del término jurídico-legal «permiso», tendríamos que optar por considerar que, en estos casos, el convenio no regula una interrupción no periódica, sino una figura que al poseer todos y cada uno de los caracteres legales atribuidos a la institución suspensiva se convierte en ésta. Ya lo determinaba MARTÍNEZ GIRÓN, «Las causas generales de suspensión, ¿numerus clausus?», en la obra de AA.VV. *La suspensión del contrato de trabajo*. CGPJ. Madrid, 1994, p. 41, en donde atribuye a los permisos no retribuidos contemplados en convenio colectivo el carácter de causas de suspensión de la relación laboral. *Vid.*, también, ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, p. 144 no duda de calificarlos de suspensiones del contrato de trabajo sin causa prefijada. En contra, JIMÉNEZ ASENJO GÓMEZ, «Las interrupciones no periódicas por nacimiento de hijo, enfermedad grave fallecimiento de familiares». *TS 65/96*, p. 44 que prefiere abogar en estos casos por una 3.ª categoría de supuestos en los que existe una ausencia justificada pero sin derecho a ser retribuida que, por su brevedad, no conviene calificarla de supuesto suspensivo.

⁵³ Así lo determinó el TS en su Sentencia de 20 de mayo de 1992 (Ar. 3581) y ésta parece ser la postura mantenida por los TSSJJ. Como ejemplo, STSJ de Navarra de 26 de septiembre de 1996 (Ar. 3344). Sentencias anteriores en el tiempo también se pronunciaron en el mismo sentido al considerar que debían incluirse cuantos complementos se asignen normalmente al puesto de trabajo; *Vid.*, por todas STS de 31 de enero de 1990, a pesar de que reconoce de que con esta práctica se rompe la ecuación *trabajo efectivo – salario*. *Vid.*, más reciente, STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001 (Ar. 939) que estima que «ha de retribuirse por el importe del salario que hubiera recibido el trabajador de haber prestado servicios con arreglo a la jornada que tuviera prefijada para ese día». Según el Tribunal *con ello se atiende la finalidad de la norma, que persigue la protección del interés del trabajador por atender necesidades personales, puesto en peligro si por ausentarse del trabajo perdiese parte del salario que hubiese obtenido*.

⁵⁴ Parece ser ésta también la postura adoptada desde la regulación convencional. Prueba de ello es el Cc. para el personal laboral de la Administración del Estado. RDGT de 24 de noviembre de 1998. (BOE de 1 de diciembre), que al referirse al permiso para la formación

*buciones que ordinariamente (se) vienen devengando»*⁵⁵. Sin embargo, las sentencias son divergentes en cuanto al complemento por cantidad de trabajo⁵⁶ (hoy incluido en el complemento por el trabajo realizado), y ello a pesar de que al abonarse sólo cuando el operario supere el rendimiento normal, difícilmente podría calcularse cuando se está de permiso. Sin embargo, no quedarán incluidas aquellas partidas que no tengan carácter salarial tales como los suplidos y las dietas, ni tampoco aquellas remuneraciones que estén totalmente vinculadas con determinados períodos de tiempo, tal cual es el «plus de nocturnidad»⁵⁷. Estas son las pautas sentadas desde la Jurisprudencia⁵⁸; pautas que responden a una intención tuitiva o de garantía (que es en definitiva la que inspira el régimen atribuido a la figura) de la posición que el trabajador por cuenta ajena tiene en el entramado empresarial.

distingue entre los retribuidos, los permisos en los que sólo se recibe el salario base, en su caso el complemento personal de unificación y el complemento personal, y los no retribuidos. Se deduce de tal redacción que en el concepto de permisos con derecho a retribución quedan incluidos el salario base y todos los complementos salariales. En sentido semejante, Cc. de la empresa Casa Buades, S.A. RDGT de 23 de diciembre de 1997 (BOE de 21 de enero de 1998, que distingue entre permisos no abonables y licencias con derecho a abono a salario real; artículos, 58 y 57 respectivamente. *Vid.*, también Cc. nacional de la Industria de Elaboración del Arroz. RDGT de 23 de junio de 1997 (BOE de 9 de julio), art. 40.

⁵⁵ *Vid.*, al respecto, STSJ de Galicia de 27 de abril de 1995 (Ar. 1523)

⁵⁶ *Vid.*, como ejemplo, a favor de la exclusión, *vid.*, STSJ de Navarra de 11 de marzo de 1994 (Ar. 883). En contra, *vid.*, STSJ de Navarra de 20 de octubre de 1989 (Ar. 694). *Vid.*, porque se hace eco de la inexistencia de unanimidad y contiene referencias de pronunciamientos a favor y en contra, STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001, *cit.*, y SJS núm. 4 de Sevilla de 10 de diciembre de 2002 (Ar. 3860), que se pronuncia a favor de la exclusión de la prima de producción del concepto de retribución.

⁵⁷ Parece ser que la Jurisprudencia justifica las inclusiones de los complementos que responden a un concepto económico permanente y que, por tanto, no presentan carácter excepcional. Es también lo que parece desprenderse de estudio Jurisprudencial llevado a cabo por ALONSO OLEA y BARREIRO GONZÁLEZ, *El ET. Texto actualizado, jurisprudencia y comentario*. Civitas. Madrid, 1987, p. 175, que cita sentencias que excluyen del concepto de retribución en los permisos, el «plus de nocturnidad» ni el importe de las horas extraordinarias. *Vid.* También, al respecto, el estudio Jurisprudencia de SEMPERE NAVARRO y SÁNCHEZ TRIGUEROS, «Problemas generales de los permisos retribuidos», *cit.*, pp. 14 a 17.

Sin embargo, también existen posturas contradictorias tal y como es la mantenida por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de abril de 1997 (Ar. 1501) que al interpretar la previsión convencional de que el trabajador podrá ausentarse o faltar al trabajo avisando con la posible antelación y justificándolo adecuadamente, «con derecho a remuneración con los conceptos de un día normal de trabajo efectivo» considera que debe incluirse la «prima de presencia» y el «plus de nocturnidad».

⁵⁸ Para un estudio más pormenorizado, *Vid.*, SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, pp. 61 a 65.

Puede ocurrir, no obstante, que desde los convenios colectivos se excluyan ciertos complementos⁵⁹ que, según los pronunciamientos jurisdiccionales, debieran estar incluidos en el concepto legal de retribución⁶⁰.

2.2. Permisos para la conciliación de intereses familiares y laborales⁶¹ y ausencias retribuidas para la atención de otras cuestiones familiares

2.2.1. *Permiso retribuido por nacimiento de un hijo. (Artículo 37.3. b) ET*

El reconocimiento del derecho a ausentarse del trabajo por motivo del nacimiento de un hijo está tan arraigado en nuestra cultura que se acepta

⁵⁹ Aunque la relación que entre la ley y el convenio colectivo existe no es, en principio, sino de suplementariedad y, por tanto, el último sólo podrá incidir sobre las previsiones legales mejorándolas, es perfectamente posible que se lleve a cabo la aplicación del convenio si, a pesar de establecer unas condiciones de retribución inferiores a las legales, en su conjunto el régimen de permisos establecido en el mismo sea más favorable para el trabajador. Así lo determinó el TC en su Sentencia de 30 de enero de 1987.

⁶⁰ Esta postura no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que la normativa sectorial precedente no mantuvo al respecto una línea uniforme; mientras que ciertas RT y OL reconocían, sin más, el derecho a obtener licencias «con sueldo», algunas, más específicas determinaban que la remuneración a la que el trabajador tenía derecho era únicamente la compuesta por el salario base y el complemento por antigüedad; como por ejemplo, la Ordenanza Laboral para la Industria del Aceite y de Aderezo, Relleno y Exportación de Aceitunas. O.M. de 28 de febrero de 1974 (BOE de 6 de marzo). Otras incluían dentro de la remuneración el salario base y otros complementos, como por ejemplo, «*pluses por cargas familiares*», «*complementos personales*» o por «*asuntos periódicos y carestía de vida*». Así la OL de Género de punto. O.M. de 4 de octubre de 1946, la OL. de Puertos y Faros, O.M. de 14 de marzo de 1947, ó la OL de Industrias Químicas, O.M. de 24 de julio de 1974. En otros convenios se excluía la «prima de asistencia», el «plus de convenio» o el «plus de actividad»; *vid.*, en este sentido Cc. interprovincial de la industria de Géneros de punto, RDGT de 5 de mayo de 1962; Cc. para las factorías de secado de bacalao, RDGT de 15 de febrero de 1974 y Cc. de las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtido de pieles para peletería, RDGT de 2 de mayo de 1964.

⁶¹ Aunque algún autor se refiere al permiso retribuido para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto cuando hace análisis de los derechos y medidas para la protección de la familia y su conciliación con la vida laboral, (*vid.*, como ejemplo, ARGÜELLES BLANCO, «Vida laboral... cit., p. 79 y sigs.), consideramos que las características y finalidad de este permiso no permiten su inclusión dentro del elenco de permisos previstos por el legislador para conciliar, avenir, el trabajo y las responsabilidades o tareas derivadas de un entorno familiar concreto. El permiso tiene como fin tutelar la salud de la mujer embarazada y, por ende, su reconocimiento responde a una cuestión de seguridad y salud laboral; no viene a resolver un problema de incompatibilidad entre el trabajo fuera de casa y la dedicación al cuidado de los miembros de la familia que requieren atención. Por ello, consideramos que no procede su inclusión en este estudio, dedicado, en exclusiva, a las ausencias retribuidas y reducciones de jornada *para conciliar la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*.



como algo normal o lógico, lo que provoca que apenas existan reflexiones doctrinales y/o jurisprudenciales al respecto. La *ratio essendi* del permiso radica fundamentalmente en dar al padre⁶² la posibilidad de acompañar a la madre en el momento del nacimiento del hijo, conocer, cuidar del recién nacido en esos primeros momentos, atender obligaciones sociales y/o burocráticas, etc...⁶³. Partiendo de esta base, podemos afirmar que el derecho a faltar al trabajo por el nacimiento de un hijo es el primer permiso reconocido legalmente que nace con una vocación conciliadora de la vida familiar y laboral. Habría, no obstante que reflexionar sobre algunas cuestiones.

Por una parte, que la titularidad del derecho se reconozca sólo al padre nos hace plantearnos algunas cuestiones. ¿Responde este reconocimiento en exclusiva a los nuevos modelos de familia existentes? Por otra, existen situaciones, muy comunes en la práctica, que no corresponden a la concepción estricta de nacimiento de un hijo pero que, sin embargo, producen los mismos efectos familiares, sociales y legales, o bien, sin producir estos últimos y sin crear vínculos familiares entre las partes sí exigen la convivencia entre las mismas, creando unos lazos de afectividad entre ellas e implicando unas obligaciones y deberes. Nos estamos refiriendo a los supuestos de adopción y de acogimiento, respectivamente. ¿Podríamos realizar una interpretación extensiva del derecho reconocido por el legislador a ausentarse por motivo del nacimiento de un hijo? Vayamos por partes.

En lo que a la primera cuestión concierne, debemos apuntar que, junto a la familia tradicional compuestas por dos progenitores, hombre y mujer, y uno o varios hijos, coexisten otros *tipos* de familia, tales como las monoparentales, o las uniones de hecho. Así mismo, el nacimiento puede tener lugar por inseminación artificial o mediante técnicas de reproducción asistida o incluso puede intervenir una tercera persona como madre de alquiler. Las previsiones legales no se hacen eco de todas estas variadas situaciones que, de hecho, se dan frecuentemente en la práctica y si bien algunos supuestos, como puede ser el caso de los hijos extramatrimoniales no plantean dudas en lo que a la aplicación de las previsiones sobre permisos se refiere⁶⁴, hay otros casos que debieran haber sido contemplados

⁶² La titularidad de este derecho recae únicamente sobre el varón, lo que resulta lógico pues la mujer trabajadora, al dar a luz, tendrá derecho a la suspensión de su contrato por maternidad, período de 16 o 18 semanas que, evidentemente, absorbe el permiso de dos días reconocido por ley.

⁶³ *Vid.*, en este sentido SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador*, cit., p. 92.

⁶⁴ Así, SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, p. 95, mantiene que lo decisivo no es que se produzca una convivencia *more uxorio* entre la madre y el trabajador sino que la exigencia se sitúa en un plano diverso, el de la filiación paterna por naturaleza. Así pues, el permiso ha de concederse siempre al padre biológico, provenga o no el hijo del matrimonio y también con independencia de que se conviva o no con la madre.

expresamente por el legislador, o en su defecto, remitidos a la negociación colectiva⁶⁵.

Si nos referimos al caso de los hijos adoptados, la cuestión puede sorprendernos. A pesar de que la maternidad/paternidad natural está equiparada legalmente a la adoptiva, el legislador no se ha preocupado de contemplar un permiso para el caso de la adopción⁶⁶. Esta ausencia de previsión puede estar justificada si tenemos en cuenta la finalidad primordial del permiso por nacimiento de hijo (acompañar a la madre en el momento del nacimiento, atender al recién nacido, etc.). Sin embargo, recurriendo a una interpretación teleológica, sería congruente con la regulación normativa vigente que quiere conciliar la vida familiar y laboral, no sólo equiparar a efectos del derecho a permisos a los padres biológicos y adoptivos, sino, además, reconocer a los padres adoptivos un permiso para poder realizar las gestiones que exige la adopción⁶⁷. Es más, si lo que se pretende es facilitar a las personas trabajadoras la combinación de su trabajo con las responsabilidades familiares sería lógico y congruente con esta finalidad el reconocimiento a los padres adoptivos (a ambos o a uno de ellos) de un permiso por el tiempo necesario para desplazarse hasta el lugar dónde se encuentra el niño adoptado y trasladarlo a su hogar, pues para los futuros padres adoptivos, este hecho tendrá efectos muy similares a los del propio nacimiento para los padres biológicos.

⁶⁵ Por ejemplo, en el caso de la ausencia del progenitor masculino (supuestos en los que no se reconoce la paternidad o ésta es desconocida) hubiera sido adecuado el contemplar el derecho al disfrute del permiso por un miembro de la familia de la madre, como podría ser el abuelo o la abuela, o cualquier otro familiar cercano. Así mismo, para los supuestos de madre de alquiler, ¿no estaría acorde con el espíritu propio de la regulación sobre permisos que concilian la vida familiar y laboral conceder el derecho de ausentarse al trabajo a la madre que, sin ser la biológica, cuidará al niño como suyo?; o en el caso de hijo engendrado por inseminación artificial que procede de un tercero, ¿no resultaría absurdo conceder el permiso al padre biológico o natural y no al padre que siente al recién nacido como descendiente propio?

⁶⁶ Algunos convenios sí lo hacen. Como ejemplos, Cc. de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) RDGT de 20 de enero de 2003 (BOE de 5 de febrero); Cc. entre la empresa Recoletos Grupo de Comunicación, SA. y el personal de redacción del diario deportivo «Marca» RDGT de 19 de diciembre de 2002. (BOE de 8 de enero de 2003); Cc. de la empresa Danone, S.A. RDGT de 17 de enero de 2003 (BOE de 4 de febrero); Cc. de las empresas Gallego Vilar, S.A. Gallego Vilar Metales, SL. y Gallego Villar Construcción, SL. RDGT de 4 de marzo de 2003 (BOE de 21 de marzo).

⁶⁷ Si en el caso de la maternidad/paternidad biológica los exámenes prenatales y las técnicas de preparación al parto responden a normas de salud laboral y son requisitos necesarios y, a veces imprescindibles, para que tenga lugar el nacimiento sin complicaciones, las gestiones para la adopción se convierten en exigencias legales ineludibles para que la adopción pueda tener lugar. Desde esta perspectiva, y a pesar de que tendrían una finalidad inmediata distinta, quedaría justificada la existencia de ambos permisos.



Para el caso del acogimiento, la cuestión puede no estar tal clara si tenemos en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con la adopción, no se crean vínculos familiares entre las partes. Desde una interpretación estricta, el reconocimiento de un permiso para la gestión del acogimiento no respondería a la finalidad de conciliación entre intereses familiares y laborales, pues, como hemos dicho, del acogimiento no se deriva un auténtico «*status familiae*». La realidad, sin embargo, nos hace entender que de la integración de un menor en el núcleo familiar surgen unas responsabilidades y obligaciones que se asemejan a las derivadas del nacimiento, y ello con independencia de la edad del menor acogido, pues lo esencial en estos supuestos es que existe un nuevo miembro en la familia. Desde este punto de vista, debería extenderse la aplicación del permiso que ahora analizamos, pero con las matizaciones que hemos hecho para el caso de la adopción.

Sin dudar de que sería conveniente la contemplación por el legislador de un permiso similar al reconocido para el nacimiento de hijo para los casos de adopción y acogimiento (pues los efectos para los padres van a ser idénticos, en el primer caso, o muy similares, en el segundo, a los de aquél) creemos que debe ser la negociación colectiva el medio idóneo de regulación de estas cuestiones. También, el convenio colectivo constituiría la vía adecuada de regulación de un sinnúmero de situaciones surgidas de la propia evolución del concepto de familia y de la propia sociedad. Regulaciones que deberían llevarse a cabo sin esgrimir remedios asombrosos, equilibrando de manera sensata los intereses de ambas partes de la relación laboral.

2.2.2. Permiso retribuido por nacimiento de un hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto. (Artículo 37.4 bis ET)

Constituye este tipo de permiso una auténtica muestra de la progresiva incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una normativa que se interesa por la avenencia entre las obligaciones derivadas del puesto de trabajo y las que provienen de situaciones familiares concretas que dificultan esa coordinación.

En este supuesto específico, que no existió hasta el 11 de julio del año 2001, (fecha de entrada en vigor de la 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 la calidad), se contempla un supuesto que en la práctica ocasiona verdaderos problemas para los padres-trabajadores⁶⁸. Nos referi-

⁶⁸ Sin duda, existía una preocupación social al respecto. Prueba de ello son las propuestas provenientes de asociaciones de padres de hijos prematuros. Como ejemplo, podemos hablar de una propuesta de ley planteada a nivel nacional por la Asociación de Padres de Niños

mos al caso del nacimiento de un hijo prematuro o que, por cualquier causa, debiera permanecer hospitalizado tras el parto. Para estos casos el legislador reconoce el derecho a ausentarse del trabajo⁶⁹ durante una hora⁷⁰ que, según entendemos, subsistirá mientras persista la hospitalización del bebé⁷¹ y que, puesto que se trata de una figura interruptiva, dará derecho al trabajador a continuar percibiendo su retribución⁷².

Como en la gran parte de los permisos a los que nos estamos refiriendo, el legislador sólo ha previsto la cuestión y la ha regulado tímidamente. Corresponde a la negociación colectiva y a las interpretaciones que hacen los tribunales en la resolución de los casos que la realidad presenta, concretar numerosos aspectos ni siquiera esbozados.

Y decimos esto porque, por ejemplo, aunque del tenor literal del texto estatutario se desprende que el campo de aplicación del permiso no se limita a los supuestos de nacimientos de hijos prematuros (que se presupone,

prematuros (APREM) y en el territorio de la Comunidad Valenciana, por la Asociación Valenciana de Padres de Niños Prematuros (AVAPREM). *Vid.*, al respecto, VICENTE PACHÉS e IBÁÑEZ GOZALBO, «El permiso por maternidad en caso de nacimiento de un hijo prematuro. Un supuesto lamentablemente olvidado», *TS* 123/01. La problemática se trasladó a los partidos políticos, de tal forma que ya en el año 2000 existían, al respecto, algunas proposiciones o actuaciones por parte del Grupo Parlamentario Socialista, Mixto, y Catalán. Acerca de las mismas, *vid.*, SÁNCHEZ TRIGUEROS, «Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados». *Aranzadi Social*, 17/2002, pp. 50 y 51.

⁶⁹ Asimismo queda reconocido, como luego veremos, el derecho del trabajador a ver reducida la jornada, con reducción proporcional del salario. También, aunque no es tema que nos ocupe, el derecho a posponer el disfrute del descanso por maternidad, excepción hecha de las seis semanas que, obligatoriamente, deben disfrutarse después del parto.

⁷⁰ Quizás hubiera sido recomendable incrementar el periodo de ausencia, tal y como planteaban las Proposiciones de Ley presentadas por los Grupos Parlamentarios Socialista y Mixto (tres horas diarias). Sin duda, es la negociación colectiva la vía idónea para lograr el incremento del tiempo de permiso.

⁷¹ ¿Qué ocurrirá si hay dos o más bebés hospitalizados provenientes de un mismo parto? Sobre los partos múltiples la ley no dice nada. Desde la doctrina, SÁNCHEZ TRIGUEROS, «Derechos laborales...» cit., p. 55 opta por entender que el legislador ha querido reconocer el derecho por cada uno de los neonatos hospitalizados por lo que el tiempo de permiso se vería multiplicado por el número de hijos.

⁷² La obligación de retribuir sigue recayendo sobre el empresario. Estamos ante interrupciones no periódicas de la relación laboral y, precisamente, la continuidad en la retribución es el elemento característico de la figura, que la diferencia de otras afines tales como las suspensiones de la prestación laboral o excedencias. Dada la especial circunstancia que contempla este tipo de permiso, cabría plantear la posibilidad de que el pago del tiempo durante el que no se trabaja por dedicarlo al cuidado del neonato enfermo no se imputara al empresario, sino que fuera asumido por la Seguridad Social. Puesto que «*a priori*» se desconoce el tiempo que el empresario debe soportar esa situación, sería prudente evitar un excesivo gravamen para el mismo. En estos supuestos las cargas deberían compartirse, y está claro que no corresponde al trabajador participar en el reparto.



van a necesitar de vigilancia médica durante un tiempo) sino también quedan incluidos los casos del recién nacido que nace con problemas y que, en consecuencia, debe quedar en el hospital tras el parto, sería, absurdo negar este derecho a los padres del recién nacido que fue dado de alta y enviado a su hogar y horas o pocos días después reingresa en el hospital.

De modo similar, el legislador se refiere al padre o a la madre como titulares del permiso, pero deja cuestiones interesantes sin resolver. Si no existe prioridad en el disfrute para ninguno de ellos, ¿podrían concurrir ambos en el uso del mismo? Aunque el empleo de la disyunción «o» descarta la simultaneidad, podríamos plantearnos la posibilidad de un disfrute compartido, de tal forma que el tiempo de ausencia al trabajo beneficiase en días alternos a cada uno de los progenitores. No obstante, hay que hacer constar que la medida se podría aplicar sólo en aquellos casos en los que la hospitalización continuase una vez que hubieren transcurrido las seis semanas de descanso obligatorio tras el parto para la madre, pues en los demás casos ésta tendría suspendida su relación laboral por razón de maternidad (art. 45.1.d) ET) y sólo el padre podría hacer uso del permiso.

Tampoco resuelve el problema que puede surgir en caso de fallecimiento de los titulares del permiso. Es lógico pensar que, tal y como ocurre con otros derechos, la desaparición del titular conllevaría la extinción del derecho⁷³. Sin embargo, y dado que, con el reconocimiento de este tipo de permisos, se trata de avenir o conciliar la vida familiar y laboral en beneficio de los/as padres/madres trabajadores/as y, por supuesto del recién nacido⁷⁴, y dadas las especiales circunstancias en las que se encuentra este último, habría que matizar la cuestión atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. Sin llegar a un suceso tan extremo como sería el supuesto del fallecimiento de ambos progenitores, pensemos en los problemas que se derivarían si el recién nacido no tuviera padre reconocido y fallece la madre. ¿No sería oportuno reconocer el derecho a ausentarse del trabajo a aquella persona que mantiene vínculos familiares con el recién nacido y/o va a cuidar de él?⁷⁵.

⁷³ También desaparecerá el derecho al permiso si el trabajador inicia sus vacaciones (*vid.*, al respecto, aunque referido al permiso por nacimiento de hijo, STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2002, cit.) suspende su contrato por alguna de las causas previstas en el artículo 45 del ET, o se coloca en situación de excedencia voluntaria. Huelga decir que la extinción de la relación laboral hace desaparecer el derecho, pues su persistencia carecería de virtualidad práctica.

⁷⁴ *Vid.*, SÁNCHEZ TRIGUEROS, «Derechos laborales...», cit., p. 53, nota 14, que explica como la enmienda núm. 231 que presentó el Grupo Socialista al Proyecto de Ley 12/2001, estaba fundamentada en la existencia de informes médicos que determinaban que la situación del niño mejora cuánto mayor es el tiempo que los padres pueden estar con él.

⁷⁵ Algunos podrían argumentar que, desde esta perspectiva, igualmente quedaría justificado el reconocimiento del permiso por *nacimiento de hijo* a los abuelos o a otro familiar

Una última cuestión a apuntar es la referente al supuesto de hospitalización tras el parto de un recién nacido que ha sido adoptado o va a ser acogido. Bajo la regulación vigente, ¿se reconocería el disfrute del permiso al padre o a la madre adoptivos o que van a acoger al menor? Atendiendo a una lógica jurídica, si la adopción se equipara a todos los efectos a la filiación, carecería de sentido negar este derecho a los padres adoptivos. En el caso del acogimiento, y dado que hay diversos grados del mismo, tendríamos que hacer esta afirmación con reservas, aunque una interpretación teleológica de la norma nos inclinaría por reconocer el derecho también en estos supuestos. En cualquier caso, sobre los tribunales recae una importantísima labor de interpretación de la norma con efectos prácticos de gran alcance.

2.2.3. *Pausa para la lactancia del hijo menor de nueve meses*

La regulación de la pausa por lactancia se remonta a las primeras normas laborales, concretamente a la Ley de 13 de marzo de 1900⁷⁶. También las normas internacionales establecieron, en el marco de las primeras regulaciones sobre la protección por la maternidad, el derecho a descansos para permitir la lactancia⁷⁷. En la actualidad la pausa por lactancia aparece regulada en el apartado 4 del artículo 37 de la LET. En él se prevé que las trabajadoras podrán ausentarse durante una hora del trabajo (o bien dividir la hora en dos fracciones) por razón de lactancia de un menor de nueve meses⁷⁸.

cercano. Sin embargo, debemos matizar diciendo que, si bien ambos permisos tienen vocación de facilitar a las personas trabajadoras la coordinación de sus obligaciones familiares, el permiso por nacimiento de hijo se contempla, principalmente, para que el padre pueda acompañar a la madre en el parto y atender obligaciones sociales u otros deberes, tales como proceder a la inscripción en el Registro Civil del hijo, etc..., mientras que el permiso que ahora nos ocupa tiene un objetivo último y, diríamos, principal: no privar al recién nacido con problemas de la presencia, aunque sea durante un breve espacio de tiempo al día, de los dos progenitores, que le prestarán una compañía y atención que pueden resultar vital para su pronta recuperación. La ausencia de éstos nos hace plantearnos la necesidad de buscar *sustitutos* que, en beneficio del menor, tengan reconocido un derecho a ausentarse del trabajo mientras que aquél se encuentre hospitalizado.

⁷⁶ Recordemos brevemente que tras la ley de 13 de marzo de 1900, el RD de 21 de agosto de 1923 contempló esta medida con idéntica regulación. Después será la LCT de 1944 la que en su artículo 168 tratará la figura. El Decreto de 20 de agosto de 1970 sobre trabajo de la mujer y de los menores además de regular esta pausa o permiso introdujo importantes previsiones sobre locales adecuados para la lactancia y creaciones de guarderías diurnas, etc... medidas hoy reivindicadas desde la doctrina. La regulación de la LRL de 1976 y después del ET de 1980 fue modificada por la Ley 3/89 que acabó con el carácter exclusivamente femenino de la pausa por lactancia.

⁷⁷ *Vid.*, artículo 3.d) del convenio 3 de la OIT y artículo 5 del convenio 103.

⁷⁸ El Cc. de la empresa ONCE y su personal RDGT de 17 de marzo de 2003 (BOE de 4 de abril) reconoce el derecho a la lactancia por hijo menor de 12 meses.

Pretendiendo sólo dar unas pinceladas sobre la materia⁷⁹, baste reseñar algunas cuestiones de la regulación vigente y hacer hincapié en aquellos problemas que la doctrina más autorizada detecta en el contenido de la misma.

La Ley 39/99 no introdujo ninguna novedad en lo que a la titularidad del derecho se refiere a pesar de que, desde la doctrina científica, se abogó porque se estableciese una situación de absoluta igualdad frente al disfrute de este derecho por parte de ambos progenitores. La redacción de la ley sigue suscitando las mismas críticas⁸⁰.

No olvidemos que, aunque la posibilidad de disfrute del varón surgió tras la regulación del Ley 3/89 que previó el disfrute indistinto por el padre o la madre⁸¹ en caso de que «ambos trabajen»⁸², la titularidad del derecho

⁷⁹ Para un estudio de esta materia específica, *vid.*, RIVAS VALLEJO, «Los permisos retribuidos por causa de maternidad», *RT y SS (Estudios financieros)* 173-174 / 97; LOUSADA AROCHENA, «El permiso de lactancia», *RL*. 14/1996; GARCÍA NINET, «Notas sobre la ausencia del trabajo por lactancia. (En torno al artículo 37.4 del ET)». *RT*, 94/89; DILLA CATALA, «El derecho a la licencia retribuida por lactancia», *AL* 1989, 1; ALONSO LIGERO «Lactancia y guarda legal» en AA.VV. *Comentarios a la leyes laborales*. El ET. Tomo VII. EDERSA, Madrid, 1982, entre otros;

Como trabajos más recientes, que se refieren a la pausa por lactancia después de las modificaciones introducidas por la Ley 39/1999, *vid.*, a modo de ejemplo, MARÍN CORREA, «Trabajo a tiempo parcial y pausa por lactancia», *Actualidad Laboral*, 35/2001; RUBIO SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones sobre el disfrute del permiso de lactancia» *Aranzadi Social*. 2001; CAVAS MARTÍNEZ, «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador. Algunas reflexiones sobre el Proyecto de ley para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras». *AS* 1999(V); GORELLI HERNÁNDEZ, «La reciente Ley 39/99, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*. 24/99; PÉREZ DEL RÍO, «La Ley 39/99 de Conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate». *Temas Laborales*, 52/99; SEMPERE NAVARRO, «La Ley 39/99, de conciliación de la vida familiar y laboral en el ET», *AS* 20/00; CABEZA PEREIRO, «Notas sobre la ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *DL* 61/00; BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/99 de conciliación de la vida familiar y laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000; ALBIOL MONTESINOS, *La modificación del ET por la Ley 39/99*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ, *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*. Laborum. Murcia, 2001.

⁸⁰ Se pone en evidencia el efecto disuasorio de la contratación femenina que puede provocar esta regulación. La propuesta que los representantes de ELA-STV y CIG formulaban en su voto particular al Dictamen del CES afirmaba que si la intención era que la reducción de jornada por lactancia no produjera impacto adverso en la contratación de las mujeres, la solución estaría en conceder simultáneamente el derecho al padre y a la madre. *Vid.*, desde la doctrina, como ejemplo, ALMENDROS GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 63 y sigs.

⁸¹ Recordemos que la STC 109/1993 consideró inconstitucional la redacción del precepto estatutario, que hacía alusión exclusiva a las trabajadoras y no a los trabajadores varones, como beneficiarias del derecho.

⁸² Para ESCUDERO RODRÍGUEZ, «La ley 3/89. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscurios». *La Ley* 1989, Tomo I, p. 1152, la inclusión de la expresión en la Ley

recae sólo sobre la madre, de forma que si ésta no trabaja⁸³, o tiene su contrato en suspenso, o disfruta de algún tipo de excedencia, el padre no podrá acceder al disfrute. Desde la rígida posición de la ley, surgirían situaciones injustas e incluso perjudiciales para el hijo, por ejemplo en los casos de fallecimiento de la madre, o si tras una separación, nulidad matrimonial o divorcio, el padre obtiene la patria potestad y la madre no trabaja⁸⁴. En definitiva, es la madre la que tiene el derecho originario y, por tanto, y siempre que trabaje, podrá hacer uso de él con independencia de la situación laboral del padre. El padre, por contra, sólo podrá usar el derecho si la madre trabaja y, claro está, no ha hecho uso de él⁸⁵. Como deficiencia regulativa, también habría que destacar que el derecho sólo se reconoce a los progenitores, dejando una importante laguna acerca de que ocurriría si el bebé quedase huérfano.

Tampoco quedan resueltas dudas acerca de cómo ha de ejercerse el derecho si ambos trabajan y quieren disfrutar del mismo. ¿Qué sucede si el padre y la madre reclaman el derecho?⁸⁶ ¿quién decide el disfrute?, ¿cómo se enteran los empresarios de la opción? ¿Cabría el disfrute combinado?, es decir, ¿podría parte del derecho ser disfrutado por la madre y parte por el padre?, ¿sería factible el cambio de beneficiario en la reducción del tiempo de trabajo?⁸⁷.

Otro problema puesto de manifiesto por la doctrina científica, derivado de la parquedad legal y que la ley de Conciliación no ha resuelto es la contemplación del derecho para los padres adoptivos con respecto a sus hijos adoptados menores de nueve meses⁸⁸. Antes de la Ley 39/99 la doctrina

3/89 no es sino una «concreción del intento de contribuir al reparto de la sobrecarga derivada de la crianza de los hijos en sus primeros meses de vida entre uno y otra, dentro del explícito proyecto de contribuir a la masculinización de la realización de tales tareas».

⁸³ Una línea mayoritaria entre los Tribunales de Justicia nos hace llegar a la conclusión de que la posibilidad de que sea el padre el que disfrute de la pausa por lactancia se reduce a los supuestos en los que la madre es trabajadora por cuenta ajena, sin que se pueda extender a los casos de mujeres que desempeñen una actividad por cuenta propia. *Vid.*, STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001 (Ar. 2100) y los comentarios, al respecto de RUBIO SÁNCHEZ, *op. cit.*

⁸⁴ *Vid.*, GORELLI, *op. cit.*, 341.

⁸⁵ La posición privilegiada de la madre se pone de manifiesto por parte de la doctrina. *Vid.*, como ejemplos, SEMPERE NAVARRO, *op. cit.*, p. 94; LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ, «Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo», *Revista de Treball*, 10/1989, p. 34 y LOUSADA AROCHENA, *op. cit.*, p. 20 y 21.

⁸⁶ Bajo la normativa vigente, el padre sólo podrá hacer uso del derecho si queda acreditada la renuncia de la madre. *Vid.*, por ser muy significativa, STSJ de Andalucía/Sevilla de 24 de abril de 2001 (Ar. 2809).

⁸⁷ A favor de esta medida, GORELLI, *op. cit.*, p. 347 y LOUSADA AROCHENA, *op. cit.*, p. 23.

⁸⁸ El Cc. de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) RDGT de 20 de enero de 2003 (BOE de 5 de febrero) prevé el derecho a la lactancia para los adoptados menores de nueve meses.



en este punto se encontraba dividida y mientras algunos opinaban que sería adecuado el reconocimiento del derecho en los caso de adopción⁸⁹, otros manifestaban que, aunque tal posición parecía razonable, el «legislador tuvo en sus manos la contemplación de la referida hipótesis y no acabó por asumirla»⁹⁰. No creemos, sin embargo, que la falta de una mención específica por parte del legislador a los adoptados sea motivo para considerarlos excluidos como sujetos causantes del derecho de lactancia, máxime si consideramos que bajo la regulación vigente la maternidad natural y adoptiva se encuentran totalmente equiparadas. Algún autor⁹¹, incluso va más allá y, dando por supuesto que son sujetos beneficiarios tanto los padres biológicos como los adoptivos, considera que, incluso los convivientes de hecho, no progenitores deberían disfrutar del permiso aludido.

También la cuestión de los partos múltiples ha sido silenciada por la norma. Desde una postura congruente con la intención o el espíritu que ha venido promoviendo la evolución normativa de esta materia, y siguiendo la opinión de parte de la doctrina⁹², abogamos por la práctica de la concesión de un permiso de lactancia por cada hijo nacido en un mismo parto.

El legislador ha desaprovechado también la oportunidad de realizar algunas mejoras en el contenido de la ley, tanto formales o técnicas como de contenido. Así, por ejemplo, debería haber sustituido el término *lactancia* por el de *manutención* o *cuidado de hijos* menores de nueve meses; del mismo modo ésta hubiera sido una buena oportunidad para mejorar el tiempo dedicado a la lactancia, a todas luces insuficiente para el cumplimiento del fin para el que se propuso.

2.2.4. *Permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de familiares*

La regulación de esta materia se lleva a cabo por el artículo 37.3.b) del texto estatutario vigente, aprobado por RD-Legislativo 1/95, de 24 de mar-

⁸⁹ Vid., ESCUDERO, *op. cit.*, p. 1153; DILLA CATALA, «El permiso retribuido por lactancia», *cit.*, p. 213; ALONSO LIGERO, *op. cit.*, p. 365 y GORELLI, *op. cit.*, p. 342 que considera adecuado extender el reconocimiento incluso al acogimiento de hecho.

⁹⁰ Vid., SEMPERE NAVARRO, *op. cit.*, p. 94, refiriéndose a la reforma que llevó a cabo la Ley 3/89.

⁹¹ Vid., ALARCÓN CASTELLANOS, «Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/99» *Aranzadi Social*, 20/2000, p. 59, que considera que después de la reforma resulta más incomprensible la limitación del derecho al permiso por lactancia a los casos de filiación de un menor de nueve meses.

⁹² Vid., de nuevo LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ, *op. cit.*, p. 34, DILLA CATALA, *op. cit.*, p. 213 y SEMPERE NAVARRO, *op. cit.*, p. 95.

zo⁹³, que contempla el plazo de dos días⁹⁴, ampliables a cuatro, en caso de necesidad de desplazamiento⁹⁵, para atender determinados motivos familiares⁹⁶.

A los tradicionales supuestos previstos legalmente como originadores de permisos por razones familiares (nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afi-

⁹³ No olvidemos que la Ley 12/2001, de 9 de julio, añade un apartado 4 bis al artículo 37 en el que se contempla que, en los casos de parto prematuro y en aquellos en que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse al trabajo durante una hora.

⁹⁴ Que podrá disfrutar, previo aviso y justificación, en cualquier momento de la enfermedad o a lo largo del período en que el familiar esté hospitalizado, sin que se exija una coincidencia temporal entre el comienzo de la enfermedad u hospitalización y el permiso. *Vid.*, al respecto, STSJ de Aragón de 21 de noviembre de 2002 (Ar. 3390)

⁹⁵ La STSJ de Aragón de 22 de diciembre de 1997 (Ar. 4288) reconoció que los cuatro días para los casos de desplazamiento están previstos para cualquiera que sea éste, esto es, independientemente de la distancia o de las dificultades del transporte. Sin embargo, anteriormente, los tribunales habían mantenido una postura diversa, considerando que esta previsión no debía aplicarse si la distancia era corta y/o los medios de comunicación buenos. *Vid.*, al respecto, ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, p. 80.

⁹⁶ Uno de los problemas que pueden presentarse es el relacionado con la acumulación de estos supuestos interruptivos. El silencio que al respecto caracteriza a los textos legales hace que tengamos que recurrir, como en otras muchas ocasiones, a la regulación convencional. Será pues el convenio como norma directa y específica aplicable, con prevalencia sobre las fuentes de carácter genérico, el que determine la acumulación del período de disfrute previsto para dos supuestos interruptivos en el caso de que éstos sean sucesivos. De manera que si nada se dispone en el convenio al respecto habría que negar la acumulación. Sin embargo, tal afirmación parece que debe hacerse con mayor precaución cuando estamos ante determinados supuestos como, por ejemplo, es el caso de la enfermedad o accidente grave del familiar que puede tener resultado de muerte. Puesto que el 37.3.b) concede dos días en caso de «enfermedad, accidente grave, hospitalización o fallecimiento» parece lógico afirmar que en caso de que la enfermedad venga acompañada de muerte el trabajador tenga derecho a dos días por cada suceso, de manera que el tiempo total podría superar las dos jornadas. Podrían, por ejemplo, ser tres días si el fallecimiento tuvo lugar cuando transcurrió el primer día de permiso por razón de enfermedad grave, o puede ocurrir que el trabajador tenga derecho a dos días para asistir al familiar enfermo y otros dos más para el sepelio, si la muerte ocurre inmediatamente después de transcurrir el plazo de dos días. Si hubiera tenido que desplazarse tras tener conocimiento de la enfermedad grave, el plazo sería de cuatro días que podrían ampliarse a dos más si llega a producirse la muerte. La acumulación de los períodos de tiempo en caso de acontecer sucesivamente estos supuestos ha sido defendida por parte de la doctrina. Sin embargo, una interpretación jurisdiccional lógica o congruente de un texto legal parco o poco previsor sería la única forma de solventar los casos reales planteados. Esta labor que recae sobre el Juez estaría facilitada en gran medida si fueran los convenios los que especificaran la posibilidad o no de acumulación y las condiciones de ésta, pues nunca podría ser utilizado este dato en perjuicio de los intereses empresariales.

idad)⁹⁷ la Ley 39/99 añade el *accidente grave* y la hospitalización⁹⁸. Con la contemplación de «la hospitalización de un familiar» como motivo de ausencia al trabajo son más las ocasiones en las que el trabajador por motivos familiares podrá faltar al trabajo. Con la anterior redacción sólo la «enfermedad grave», entre otras causas, legitimaba al titular del derecho el poder acceder a su efectivo ejercicio. Se suscitaron polémicas doctrinales acerca de la interpretación del concepto de «enfermedad grave»: ¿A qué hacía referencia la gravedad?, ¿al peligro que podía suponer para la vida?, ¿o sería suficiente con que la enfermedad hubiera producido o pudiera producir unas alteraciones importantes de la integridad funcional o un defecto anatómico del individuo?

La interpretación del término podía acarrear importantes problemas con repercusiones prácticas tanto para el trabajador como para el empresario. Una interpretación excesivamente rígida del término impediría que el trabajador pudiera faltar al trabajo por enfermedades de sus familiares más cercanos de cierta envergadura que, sin embargo, no los colocarían en una fase agónica con inmediato resultado de muerte⁹⁹. Por contra, si el término se interpretaba con menos rigidez, siempre existía el peligro del abuso del trabajador, que podía faltar al trabajo con relativa asiduidad ante problemas de salud de sus parientes¹⁰⁰. La subjetividad implícita en el término enfermedad «grave»¹⁰¹, llevó a creer que debían ser los profesionales de la medicina los que determinasen la gravedad o no de una concreta patología¹⁰². Otros, sin embargo, consideraron que el término gravedad se identificaba con la inmediatez o la incertidumbre de lo acontecido¹⁰³.

⁹⁷ El parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado comprende: en línea recta descendiente a los hijos y nietos; en línea recta ascendente abarca a los padres y abuelos y en línea colateral a los hermanos. En lo que al parentesco por afinidad se refiere, comprende a los cónyuges de los hijos y de los nietos y a los padres, abuelos y hermanos políticos.

⁹⁸ Con ello se traspone la Directiva 96/34, sobre permiso parental que afirma, en su Cláusula 3, que los «Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos y/o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador».

⁹⁹ Vid., STS de 16 de octubre de 1997 (Ar. 4003) que considera que la norma ha querido equiparar la enfermedad grave al fallecimiento.

¹⁰⁰ Vid., al respecto, el comentario que HINOJOSA FERRER, «El contrato de trabajo, Comentario a la ley de 21 de noviembre de 1931». *Editorial Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1932, p. 155, hacía sobre el artículo 80 de la LCT de 1931.

¹⁰¹ La dificultad en la determinación o concreción del término es evidente. Además se ve agravada por la especial relación que entre el trabajador y los sujetos afectados existe, que hace que la valoración de la enfermedad y sus consecuencias por parte del primero sea aún mucho menos objetiva.

¹⁰² Vid., RAYÓN SUÁREZ, *op. cit.*, p. 327.

¹⁰³ Vid., en este sentido, JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 43.

A partir de la nueva redacción cualquier motivo grave o no que ocasione la hospitalización del afectado se convierte en motivo justificado de ausencia al trabajo por el tiempo prefijado. La cuestión, a nuestro parecer, se simplifica porque el ingreso del familiar en el hospital para, por ejemplo, una pequeña intervención quirúrgica, o un chequeo que requiera de una previa observación, legitima al trabajador para ausentarse del trabajo sin necesidad de justificar la «*gravedad*» de la enfermedad que se ha producido¹⁰⁴. Problemas ocasionados en las relaciones entre patrono y obrero y llevados a ser resueltos por los tribunales por este motivo, tendrían en base a esta nueva redacción legal, fácil solución¹⁰⁵.

No dudamos de que, antes de esta regulación, serían muchos los casos en los que el trabajador, amparado por el contenido del convenio que le fuese aplicable, pudo faltar al trabajo por estos motivos, que sin suponer enfermedad revestida de gravedad, habían ocasionado la hospitalización del sujeto. También en otros muchos supuestos la transigencia del patrono ante la presupuesta buena fe del trabajador, daba lugar a que este último pudiera ausentarse por enfermedades de sus parientes, sin que éstas tuviesen la calificación «objetiva» de enfermedades graves, en el sentido de que existiese constancia de que pudiesen provocar la muerte. Sin embargo, es ahora el propio texto estatutario el que ratifica la procedencia de esas prácticas habituales, en un claro intento de facilitar la compatibilización de los deberes que implica el tener una familia y unos lazos afectivos y las obligaciones derivadas de la condición que es propia del trabajador por cuenta ajena.

¹⁰⁴ Un punto de vista diferente lo encontramos en la SJS núm. 25 de Madrid, de 3 de diciembre de 2001 (Ar. 274), en donde se hace una interpretación bastante estricta del término «hospitalización», denegando el permiso al actor cuyo cónyuge permaneció en el Servicio de Urgencias de un Hospital desde las 18 horas hasta las 11,40 del día siguiente. Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2002 (Ar. 2481), considera que el término hospitalización ha de entenderse ampliamente, incluyendo tanto a los supuestos en los que se da una permanencia superior a 24 horas, como a los llamados ingresos ambulatorios, de menor duración.

¹⁰⁵ Y decimos esto porque tras la lectura de la STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 1997 (Ar. 4003), que deniega el derecho del trabajador al permiso por parto por cesárea de la madre, hija, nieta, hermana cuñada, es decir, por un pariente de 2.º grado, al no calificarlo como enfermedad grave, a pesar de suponer una intervención quirúrgica que requiere, claro está, de hospitalización. Con la redacción dada por el Proyecto de ley, el trabajador tendría derecho al permiso, no por motivo de enfermedad grave de uno de sus parientes, sino por el simple hecho de haber sido éste hospitalizado.

Esto es lo que ocurre en la STSJ de Cantabria de 29 de julio de 1998 (Ar. 3608) que reconoce el derecho del trabajador a tres días de descanso previstos por el convenio para el caso de enfermedad grave, intervención quirúrgica u hospitalización, y no el de dos días que se reconoce por el nacimiento de un hijo, al haberse ocasionado el parto a través de cesárea equiparada no a enfermedad grave pero si al supuesto de intervención quirúrgica u hospitalización.



También es prueba de lo expuesto la inclusión junto al término de enfermedad, el de accidente, del que también se predica su «gravedad». A nuestro modo de ver, el texto no hace sino un reconocimiento explícito de un estado, el provocado por un accidente, que en la práctica había sido equiparado a los trastornos ocasionados por la enfermedad grave¹⁰⁶. No obstante, con esta redacción mucho más explícita se evitan las posibles confusiones o malentendidos que la anterior redacción pudiese ocasionar.

Para finalizar esta referencia al permiso por accidente o enfermedad graves u hospitalización de familiares habría que hacer algunas reflexiones críticas. En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, a pesar de que con la actual redacción del precepto se ha pretendido ampliar el número de supuestos que dan derecho a ausencias retribuidas por motivos familiares, no debemos pasar por alto alguna de las deficiencias técnicas de las que adolece la regulación. Así, y como ejemplo, la doctrina¹⁰⁷ puso de manifiesto el hecho de que el legislador se refiriese sólo a los parientes «hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad» y no incluyese de forma expresa al «cónyuge». Tampoco se mencionan los lazos surgidos de la adopción o el acogimiento y, por supuesto, como ocurre con los demás supuestos del artículo 37.3 referentes a motivos familiares, no se mencionan relaciones surgidas de la convivencia de hecho.

Del mismo modo, el legislador no hace referencia al supuesto de que ocurriría si dos o más trabajadores de la misma empresa generan el derecho al permiso por el mismo sujeto causante. Interpretamos que si la norma no ha previsto, como ha hecho en otras ocasiones¹⁰⁸, nada al respecto, es porque ha considerado que el empresario no puede limitar el ejercicio de un permiso que se reconoce a todo trabajador que justifica su derecho al mismo. Se trata de un derecho individual del trabajador (es el trabajador el que genera el derecho, no la persona enferma, accidentada u hospitalizada), de manera que las consecuencias que se derivan de su ejercicio efectivo deben ser soportadas por el empresario¹⁰⁹.

Además de estas insuficiencias ya manifestadas convendría poner de relieve la falta de previsión de otras situaciones o circunstancias relaciona-

¹⁰⁶ Muestra de ello es, por ejemplo, las argumentaciones de JIMÉNEZ-ASENJO, *op. cit.*, p. 43, al considerar que la *gravedad* está en el carácter súbito o repentino o en la incertidumbre del accidente y en el previsible o fatal desenlace que la enfermedad puede ocasionar, dando pues por sentado la inclusión del accidente en el término estatuario de enfermedad.

¹⁰⁷ *Vid.*, RIVAS VALLEJO, «La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/1999, una reforma técnica», *Tribuna Social*, 108/1999, p. 13.

¹⁰⁸ Recordemos lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 46 LET, referido a la excedencia por cuidado de hijos, o en el mismo artículo 37.5 sobre reducción de jornada por guarda legal.

¹⁰⁹ *Vid.*, STSJ de Andalucía /Sevilla de 21 de mayo de 2002 (Ar. 3788), sobre concesión de permiso a otro familiar de la persona enferma en la misma empresa.

das con la salud de los familiares que, sin embargo, se dan con mucha frecuencia en la vida diaria, y que no se califican como graves ni requieren hospitalización ¹¹⁰. A tenor de la Directiva 96/34, sería causa suficiente para solicitar un permiso retribuido cualquier motivo de fuerza mayor vinculado a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que haga indispensable la presencia inmediata del trabajador, por lo que quedarían incluidos supuestos más específicos tales como el acompañamiento a visitas médicas de los hijos menores o de familiares de avanzada edad. También daría derecho a ausencias retribuidas el padecimiento por el familiar de una enfermedad infecto-contagiosa, que no es calificable de *grave* ni tampoco requiere hospitalización.

Las carencias de la legislación vigente hacen muy necesaria la intervención de la negociación colectiva, que actúa en un doble sentido: por un lado, contemplando situaciones no previstas desde la norma y, por otro mejorando la regulación ya existente ¹¹¹.

2.2.5. *Ausencias retribuidas para la atención de otras cuestiones familiares: el matrimonio*

Aunque en la actualidad las parejas de hecho suelen equipararse a través de la negociación colectiva a las uniones legales ¹¹² a efectos del derecho de disfrute de gran parte de los permisos retribuidos reconocidos legal o convencionalmente ¹¹³, tradicionalmente era este negocio jurídico fundamental del Derecho de Familia el que originaba el reconocimiento jurídico

¹¹⁰ *Vid.*, al respecto, ALMENDROS GONZÁLEZ, *Familia y trabajo. Comentario práctico a la ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*. Comares. Granada, 2002, pp. 43 y sigs.

¹¹¹ La mayoría de los convenios incrementan el tiempo que el texto estatutario prevé para el disfrute del permiso. *Vid.*, algunos ejemplos reseñados en nota 51. Algunos son muy exhaustivos en la regulación, contemplando supuestos específicos. Como ejemplo, Cc. «Patentes TALGO», SA. RDGT de 21 de enero de 2003 (BOE de 7 de febrero de 2003). También el Cc. de la empresa Danone, S.A. RDGT de 17 de enero de 2003 (BOE de 4 de febrero) establece una exhaustiva lista de permisos por motivos familiares, aunque poco aporta a la regulación legal.

¹¹² *Vid.*, algunos ejemplos, Cc entre la empresa Recoletos Grupo de Comunicación, SA. y el personal de redacción del diario deportivo «Marca» RDGT de 19 de diciembre de 2002. (BOE de 8 de enero de 2003); Cc de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) RDGT de 20 de enero de 2003 (BOE de 5 de febrero); Cc de las empresas Gallego Vilar, S.A. Gallego Vilar Metales, SL. y Gallego Villar Construcción, SL. RDGT de 4 de marzo de 2003 (BOE de 21 de marzo) que, a efectos de del derecho a permisos por motivos familiares equipara las parejas inscritas en el Registro Público correspondiente al matrimonio.

¹¹³ No obstante, hay excepciones. *Vid.*, como ejemplo, SJS de Pamplona núm. 3 de 20 de junio de 2002 (Ar. 2706), que considera que el permiso por matrimonio no se puede extender a situaciones de convivencia extramatrimonial puesto que en el convenio colectivo aplica-



de los lazos familiares, y por ende, el método exclusivo para acceder al disfrute de gran cantidad de permisos que tenían su origen en circunstancias familiares. El acto de contraer matrimonio se concebía como el único medio válido para poder reconocer la existencia de vínculos entre personas por razón de parentesco. Desde esta perspectiva, el contrato de matrimonio adquiriría una doble dimensión: se convertía, por una parte, en la causa originante de supuestos reconocidos como interrupciones no periódicas de la prestación laboral y, por otra, en supuesto que, en sí mismo y como tal, daba derecho al trabajador a no asistir al trabajo durante el tiempo prefijado en la ley, es decir pasaba a ser un motivo de interrupción no periódica en sí mismo considerado¹¹⁴. Sin embargo, este reconocimiento normativo del matrimonio como supuesto que da lugar a permiso retribuido no tendrá lugar hasta la LRL de 1976¹¹⁵. Hasta entonces, la regulación básica y única existente será la que lleven a cabo las RT y OL, y ello a pesar de lo extraño que pudiese parecer la falta de una normativa que contemplase el matrimonio, tan importante en la época franquista¹¹⁶, como motivo de ausencia al trabajo.

Después de un breve repaso a las citadas RT y OL, la conclusión a la que podemos llegar es la enorme variedad existente en la fijación del período de duración de estos permisos¹¹⁷. Diversidad que continuará siendo du-

ble no se hace alusión expresa a la cuestión del matrimonio, a pesar de que sí se hace extensible a las parejas de hecho los permisos por defunción de cónyuge, enfermedad no grave, grave o intervención quirúrgica que requiera hospitalización.

¹¹⁴ En este sentido se pronunció RAYÓN SUÁREZ, «Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral...», cit., p. 191, a decir que si ciertos «eventos producen la interrupción por afectar a determinadas personas ligadas al trabajador por razón de parentesco, parece razonable pensar que el acto que de forma mediata o inmediata determina la existencia del parentesco, ha de originar también unos efectos de la misma naturaleza».

¹¹⁵ Habría en este punto que hacer una pausa para dejar constancia de que, a pesar de la equiparación que desde los convenios se hace entre las situaciones matrimoniales y las extramatrimoniales a efectos del reconocimiento del derecho de permisos por causas familiares, continúa siendo el acto del matrimonio el único supuesto que origina el derecho a disfrutar de 15 días de permiso. Es decir, es el negocio jurídico del matrimonio, no las meras uniones de hecho, el motivo generador de una interrupción no periódica de la prestación laboral. Así lo determina la STSJ de Madrid de 25 de marzo de 1998 (Ar. 806) y la STSJ del País Vasco de 3 de marzo de 1998 (Ar. 1290), que no entiende que en el caso de convivencia fáctica se haya producido el hecho causante determinante de la licencia por matrimonio.

¹¹⁶ El matrimonio era concebido como «*célula primaria natural y fundamento de la sociedad, y al mismo tiempo, como institución moral dotada de derecho inalienable y superior a toda ley positiva*». Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, declaración XII. En el mismo sentido, Fuero de los Españoles, ley de 17 de julio de 1945, artículo 22: «*El Estado reconoce y ampara a la familia como institución y fundamento de la sociedad*».

¹¹⁷ Así, por ejemplo, en la década de los cuarenta se regula desde un permiso de *dos días* —OL. de Harina. OM. de 28 de julio de 1945, artículo 30—, hasta *veinte días* naturales —OL. del personal dependiente de la organización médica colegial, OM. de 9 de agosto de

rante años la nota más relevante, potenciada, si cabe, por la falta de una regulación legal que fije al respecto unas pautas a seguir.

La LRL en su artículo 25.3 fue el primer texto con rango legal que reguló un permiso de «diez días naturales para el caso de matrimonio»¹¹⁸. Será después el ET el que aumente en cinco días más el tiempo previsto para estos casos. Ampliación que según algún sector de la doctrina se limitó a reflejar la realidad imperante en la mayoría de los convenios vigentes en la época¹¹⁹. En la actualidad el plazo predeterminado por la ley para estos casos (15 días *naturales*¹²⁰) aparece fijado como mínimo de derecho necesario, a respetar por la negociación colectiva. Hay muestras de convenios colectivos que establecen una mayor duración del permiso, mejorando de este modo la regulación legal¹²¹.

1948 artículo 35— existiendo también regulaciones de «siete días» —OL. del Sector sedero de la Industria Textil, OM de 31 de enero de 1946, artículo 71, OL. de las Industrias del manipulado y exportación de frutos secos, OM. de 18 de junio de 1949...—, de «ocho días» —OL. de Explotación de Ferrocarriles por el Estado, OM. de 15 de marzo de 1946—, de «diez días» —OL. de las Industrias derivadas del cemento, OM. de 16 de julio de 1946, arts. 79 y 80, OL. de Tintorerías, OM. de 30 de abril de 1949, artículo 57— ó de «15 días», OL. de Puertos y faros, OM. de 15 de diciembre de 1947, art. 92. Esta variedad en la regulación del tiempo de descanso previsto para los casos de matrimonio fue la tónica general durante las décadas siguientes, pudiéndose observar un aumento progresivo en la duración prefijada.

¹¹⁸ La tramitación parlamentaria de este tema no fue demasiado polémica. La norma se limitó a actualizar en una norma de rango legal los períodos regulados en la normativa sectorial. No obstante, el plazo quedó fijado en 10 días naturales porque hubo quien señaló que una mayor dilación de este período supondría llegar a cifras insoportables. *Vid.*, al respecto, ABELLA MESTANZA y GARCÍA VIÑA, *op. cit.*, p. 25 que atribuyen esta última argumentación al Sr. Conde Bandrés.

¹¹⁹ *Vid.*, GARCÍA NINET, «Comentario al artículo 37», en la obra de AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid. *Revista de Derecho Privado*, 1981, p. 273.

¹²⁰ En la fijación de los días del resto de los permisos nada se dice acerca de la naturaleza de éstos. Es el caso del matrimonio el único dónde se especifica que han de ser naturales. *Vid.*, STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 1993 en dónde no se reconoce el derecho de la trabajadora a fijar nuevos sábados de libranza por haber quedado incluidos varios dentro de su permiso.

¹²¹ Bien aumentando el número de días o refiriéndose a días laborables o hábiles y no naturales. *Vid.*, Cc. para la Industria de Elaboración del Arroz. RDGT de 20 de junio de 1996. También contemplan la ampliación del permiso cuando el trabajador necesite hacer un desplazamiento desde el lugar en que presta sus servicios hasta el de celebración del matrimonio. C de la empresa ABB. Reinoso, S.A. RDGT de 20 de agosto de 1997 (BOE de 11 de septiembre). Otros permiten la ampliación de los días en función de la antigüedad del trabajador. El Cc. de la empresa «Tetra Park Iberia, S.A.. RDGT de 7 de abril de 1997 (BOE de 24 de abril), establece una ampliación de la duración que fija el convenio de un día por año de antigüedad, hasta un máximo de 20 días. En sentido similar, Cc. de la empresa Hertz de España, S.A. RDGT de 30 de mayo de 1997 (BOE de 19 de junio), que extiende el permiso a cinco días naturales más en el supuesto de trabajadores con un antigüedad en la empresa superior a un año; Cc de las empresas Gallego Vilar, S.A. Gallego Vilar Metales, SL. y Gallego Villar Construcción, SL. RDGT de 4 de marzo de 2003 (BOE de 21 de marzo), lo fija en 20 días.

Sin embargo, los problemas derivados de la extensión temporal del permiso por razón de matrimonio no acaban aquí. Los temas relacionados con la duración han ocasionado polémicas cuando los titulares del contrato que pretenden disfrutar del derecho responden a perfiles concretos. Nos referimos a los supuestos especialmente confusos de los trabajadores a tiempo parcial y de aquellos que son titulares de una relación de duración determinada ¹²².

En lo que respecta a estos últimos, debemos recordar que los trabajadores temporales está equiparados de derecho a los fijos. Sin embargo, ¿lo están también de hecho? Ya comprobamos al hablar de otras cuestiones que la equiparación real de ambos colectivos de trabajadores en determinadas materias es especialmente difícil, ocasionando no pocas veces situaciones injustas. Cuando hablamos del disfrute del permiso de matrimonio, una diferenciación entre trabajadores fijos y temporales puede resultar concorde al espíritu de la ley; y no por la mera condición de fijo o temporal, que pudiera ser la propia del trabajador, evidentemente. La distinción tendría sentido si se atiende al criterio del tiempo efectivamente trabajado, de manera que el trabajador temporal, al igual que el fijo, deberá disfrutar en proporción al tiempo que ha trabajado en la empresa, teniendo como referencia el año natural. Y ello porque dada la naturaleza y el fin para el que se concede el permiso ¹²³, es lógico aplicar la regla de la proporcionalidad ¹²⁴, que también opera justamente en el caso de las vacaciones anuales ¹²⁵; sólo así se podrá lograr una coherencia entre el interés empresarial y el propio interés personal del trabajador, que tiene derecho a disfrutar de un descanso por el evento acontecido. No obstante es éste un tema que a pesar de la polémica que puede ocasionar apenas ha sido tratado por la doctrina. Criterio semejante parece que es el adecuado al hablar de los trabajadores a tiempo parcial. Esta fue la postura tomada por nuestros tribunales al afirmar que «parece evidente que la intención de los contratantes sería que los días de permiso fueran proporcionales al tiempo de trabajo» ¹²⁶.

¹²² Vid., al respecto, los comentarios de SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, pp. 47 a 50.

¹²³ Sería incoherente e injusto aplicar la proporcionalidad en el caso de otros permisos que responden a finalidades diferentes, tales como son los permisos por enfermedad, nacimiento de hijos, etc...

¹²⁴ Se contempla esta regla, por ejemplo, en el artículo 22.c) del III convenio Colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia. RDGT de 19 de diciembre de 1994, DOG de 28 de diciembre, referido a la licencia por asuntos propios, cuando dice: «Si los servicios prestados son inferiores al año natural, los días a disfrutar serán en proporción al tiempo efectivamente trabajado». Vid., al respecto, STSJ de Galicia de 11 de febrero de 1998 (Ar. 23)

¹²⁵ Aunque no existen pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, si observamos alguna postura proveniente de la doctrina científica. Vid., como ejemplo, ABELLA MESTANZA y GARCÍA VIÑA, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁶ Vid., STSJ de Asturias de 17 de septiembre de 1993 (Ar. 3993). No obstante, SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, p. 49, aboga porque los permisos se concedan por los días previstos con

2.2.6. *Ausencias retribuidas para la atención de otras cuestiones familiares: la mudanza*¹²⁷

La contemplación de un permiso para el cambio de domicilio tuvo lugar por primera vez a través de la normativa sectorial¹²⁸. No será hasta 1976 cuando la LRL prevea un permiso de un día para el traslado del domicilio habitual haciéndose eco de la regulación que había venido siendo propia de la normativa sectorial desde años anteriores. Desde la LRL hasta el ET actual la regulación ha permanecido invariable. La clara redacción del texto estatutario que concede un día por «traslado del domicilio habitual» hace de estos permisos uno de los menos problemáticos, sin que esto signifique que no existan polémicas doctrinales acerca del alcance de la expresión.

Mientras que algunos afirman que el «traslado»¹²⁹ a otra vivienda ha de suponer «el traslado de los enseres propios de la vivienda, y no un mero

carácter general por la norma y llevar la regla de la proporcionalidad a la retribución. Hace una llamada a los convenios para que aborden el tema y determinen si el permiso será disfrutado por cada trabajador de forma íntegra o proporcional en función de su horario de trabajo. Considera adecuado aplicar la misma técnica a los trabajadores temporales.

¹²⁷ Huelga decir que el permiso por mudanza contempla supuestos diferentes a los previstos por el artículo 40.4 de la LET en donde se regula el supuesto del trabajador que, por determinadas circunstancias es desplazado por su empresa de su domicilio habitual. En estos casos el traslado es siempre a población distinta de la habitual y aunque se trata también de ceses de corta duración durante los que se continúa percibiendo la retribución, responden a una contraprestación que tiene como finalidad atenuar los trastornos que el desplazamiento impuesto por el empresario le puede ocasionar.

¹²⁸ *Vid.*, como primera muestra el Reglamento de Régimen Interior de RENFE, O.M. de 9 de junio de 1962, que reconoce dentro de las licencias por asuntos propios «el cambio de domicilio dentro de la misma residencia que quedaría subordinado a las necesidades del servicio». A partir de entonces otras normas sectoriales regularon estos permisos, si bien incluidos dentro del concepto de asuntos propios, que se concedían de forma restringida «teniendo en cuenta las anteriores peticiones del solicitante y su expediente personal». Tal es el Reglamento de Trabajo del personal civil no funcionario de las Fábricas Militares. Decreto 2525/67 de 20 de octubre, artículo 41. Será por primera vez en el sector de la Banca donde aparezca reconocido un «permiso por mudanza», y como ejemplo de lo dicho, *vid.*, Cc. de Bancos Privados Resolución de 6 de mayo de 1967, art. 29 y Cc. del Banco Exterior de España. Resolución de 19 de septiembre de 1967, artículo 37.

¹²⁹ La utilización del término traslado no debe llevarnos a confusión alguna. Aunque el término es empleado por el texto estatutario para referirse a supuestos de movilidad geográfica, es decir aquellos que implican un cambio a población distinta, el traslado en el caso de mudanza no se refiere sino al que supone «trasladarse de una casa a otra sin que las distancias entre los domicilios de origen y destino sea significativa. Aunque en algunos convenios se asignan duraciones diversas en función de si el cambio se lleva a cabo dentro de la misma o en distinta localidad. Cc. de la Caja Postal, S.A. RDGT de 4 de julio de 1996 (RCL 1996, 2284).



cambio de hotel»¹³⁰, otros contemplan la posibilidad de cambio de domicilio sin traslado de muebles considerando que esta circunstancia «ni se ha tenido en cuenta por el E.T. para vincular a su concurrencia la concesión del permiso, ni priva a éste de su finalidad»¹³¹.

Desde esta perspectiva también podríamos argumentar siguiendo a otros autores¹³² que el permiso podría obtenerse para otras actividades directa o indirectamente relacionadas con el cambio de domicilio, como el dar de alta el suministro de agua, gas, luz, etc..., incluso para adquirir nueva vivienda cuando se va a convertir en el domicilio habitual. También, podrían quedar incluidos aquellos traslados temporales ocasionados por reformas en el domicilio habitual. Queda claro, no obstante, que al trabajador se le concede el permiso por trasladar su propio domicilio y no porque así lo hagan otras personas cercanas¹³³.

Sin embargo, el problema quizás más acuciante que podría suscitarse sería el derivado de la intención de acumular este permiso, otorgado por un corto tiempo¹³⁴, a otro permiso o al período de vacaciones anuales retribuidas. Serán los convenios los que establezcan esta posibilidad, siempre teniendo en cuenta los intereses del trabajador y sin contravenir las previsiones legales que se contemplan como mínimos de derecho necesario relativo mejorables a través del convenio colectivo¹³⁵.

3. REDUCCIONES DE JORNADA PARA LA CONCILIACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y EXTRADOMÉSTICO

3.1. Clasificación de las reducciones de jornada para la conciliación

Dentro de las reducciones de jornada que contempla el legislador para conciliar la vida familiar y laboral destacaríamos dos grupos:

¹³⁰ *Vid.*, en este sentido RAYÓN SUÁREZ, *op. cit.*, p. 329. Opinión compartida por SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, 137.

¹³¹ *Vid.*, al respecto, la argumentación de DESDENTADO BONETE en la STS de 7 de mayo de 1992 (Ar. 3523)

¹³² *Vid.*, al respecto, ABELLA MESTANZA y GARCÍA VIÑA, *op. cit.*, p. 28.

¹³³ *Vid.*, SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, p. 135 que determina como algunos convenios, de los que da ejemplos, han preferido explicitar esa titularidad a fin de solventar las dudas.

¹³⁴ Y esto, sin perjuicio, de que a través de la Negociación colectiva se establezcan, como en otros supuestos, mayores duraciones. Muchos convenios así lo establecen, y como muestras: Cc. del grupo de empresas Milupa, integrado por Milupa, S.A. y Milupa Productora S.A. RDGT de 27 de agosto de 1996 (BOE de 12 de septiembre); Cc. de la empresa Red Eléctrica de España, S.A. RDGT de 27 de agosto de 1996 (BOE de 13 de septiembre); Cc. de la empresa Ertisa, S.A. RDGT de 27 de agosto de 1997 (BOE de 17 de septiembre).

¹³⁵ La STSJ de Navarra de 29 de octubre de 1996 (Ar. 3014) desestima, porque nada dice el convenio, la acumulación del permiso por mudanza al período de descanso por matrimonio.

- Aquéllas previstas particularmente para el cuidado de hijo. Dentro de las que, a su vez, distinguiríamos:
 - A) Reducción de jornada por lactancia¹³⁶, que permite a la trabajadora (y, en su caso, al trabajador) reducir su jornada en media hora, con mantenimiento del salario.
 - B) Reducción de jornada por nacimiento de un hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto, que va a permitir al padre o a la madre reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.
- Aquéllas previstas para el cuidado de un menor de seis años¹³⁷ o minusválido¹³⁸ (hijo o no) y para la atención de un familiar¹³⁹, con

¹³⁶ Tanto para el caso de lactancia como para el de nacimiento de hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado tras el parto, nos remitimos a los comentarios hechos al respecto en el apartado dedicado a los permisos.

¹³⁷ La Directiva 96/34/ CE, sobre Permiso Parental, prevé la protección del menor hasta los ocho años. La falta de trasposición a nuestro derecho de este dato ha sido criticada por la doctrina en repetidas ocasiones. No obstante, desde la regulación convencional se ha tratado de mejorar la regulación estatutaria; *vid.*, como ejemplo, Cc. de Seguros Catalana Occidente, SA. de seguros y reaseguros RDGT de 23 de enero de 2003 (BOE de 11 de febrero de 2003), que incluso ha intensificado la protección que ofrece la Directiva, al contemplar el derecho a reducción de jornada por guarda legal para los menores de hasta 10 años.

No obstante, habría que apuntar que, bajo la regulación vigente, se incrementa considerablemente los supuestos que permiten acceder a la reducción de jornada para atender a la familia. De forma que es perfectamente posible que la persona trabajadora que tenga un hijo mayor de seis años solicite y pueda acceder a la reducción de su jornada esgrimiendo su derecho de reducción para atender a un familiar que no puede valerse por sí mismo.

¹³⁸ Que según jurisprudencia reiterada, debe interpretarse como «*persona que padezca cualquier tipo de dolencia o enfermedades médicamente constatadas que alteren notoriamente su salud*». En la anterior redacción el legislador se refirió al disminuido y no al minusválido. Los efectos del cambio de terminología son inapreciables, pues según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua persona disminuida es aquella que «*tiene mermadas sus facultades físicas o mentales*» y minusválido es «*la persona incapacitada, por lesión congénita o adquirida para ciertos trabajos, movimientos, deportes*».

¹³⁹ Tras la entrada en vigor de la Ley 39/99, las previsiones acerca de la hasta entonces llamada *reducción por guarda legal*, sufrieron modificaciones sustanciales, que afectan a la titularidad, al contenido y al ejercicio del derecho. Par un estudio de las novedades introducidas en esta materia por la Ley 39/99, *vid.*, GORELLI HERNÁNDEZ, «La reciente ley...» cit., pp. 16 a 22; PÉREZ DEL RÍO, «La Ley 39/99», cit., pp. 50 a 52; SEMPERE NAVARRO, «La Ley 39/99» cit., pp. 11 a 14; BALLESTER PASTOR, «La Ley 39/99...» cit., pp. 64 a 66; RIVAS VALLEJO, «La relación entre trabajo y familia...», cit., pp. 16 a 21; ALARCÓN CASTELLANOS, «Permiso, reducción de jornada», cit., pp. 60 a 64; VALLE MUÑOZ, «La protección...» cit., pp. 34 a 38; CABEZA PEREIRO, «Notas sobre la ley...», cit., p. 32; MARTÍN JIMÉNEZ, «Disposiciones *extravagantes* y otras cuestiones reguladas en la Ley 39/99», AS 20/00, pp. 123 y 124; LOUSADA AROCHENA, «La modalidad procesal...», cit.

Muy brevemente, dejemos señalado que, en lo que se refiere al contenido, la novedad radica en que no sólo el menor de seis años o minusválido puede dar derecho a la reducción de



el que exista una relación de parentesco de primer o segundo grado, que no pueda valerse por sí mismo ¹⁴⁰ y que no desempeñe actividad retribuida ¹⁴¹. Este derecho contemplado permite a su titular reducir la jornada entre un tercio y la mitad de la duración de aquella, con reducción proporcional del salario ¹⁴², para atender a sus necesidades familiares ¹⁴³.

la jornada, también activará el derecho aquel familiar con el que exista una relación de parentesco de primer o segundo grado y no pueda valerse por sí mismo. El derecho, además, se concibe, como de titularidad individual, al igual que las excedencias por cuidado de hijos y familiares, lo que supone que no se trata del derecho del hijo o familiar que requiere cuidado, sino del trabajador. Huelga decir, pues, que un mismo sujeto causante puede dar lugar al nacimiento del mismo derecho en beneficio de personas distintas; se admite, pues, el ejercicio tanto sucesivo como simultáneo de distintos trabajadores para el cuidado de un mismo sujeto causante, si bien con los límites impuestos desde la ley y que se concretan en la posibilidad del empresario de limitar el ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

¹⁴⁰ Con el fin de evitar interpretaciones restrictivas que equiparasen la situación a la gran invalidez configurada en la legislación de Seguridad Social, el Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley 39/99 (Dictamen 4/99) abogó porque la expresión «no pueda valerse por sí mismo» fuese sustituida por «que tenga dificultad para valerse por sí mismo»

Desde la doctrina, GORELLI HERNÁNDEZ, «La reciente ley...», cit., p. 40, afirmó que no es posible equiparar esta situación a una gran invalidez, sino que debe ser entendido de manera más flexible. También PÉREZ DEL RÍO, «La Ley 39/99...», cit., p. 51. SEMPERE NAVARRO, «La Ley 39/99...», considera que la locución *que no puedan valerse por sí mismo* «no ha de interpretarse buscando equivalencia en los niveles de Seguridad social, sino más bien en el sentido social, indicativo de que se precisa de otras personas para realizar determinadas tareas o gestiones, incluso aunque las capacidades psicofísicas no estén mermadas de manera relevante».

¹⁴¹ La exigencia es cuestionada por la doctrina. *Vid.*, como ejemplo, RIVAS VALLEJO, «La relación entre trabajo...» cit., p. 17 y ALMENDROS GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 73. Ambos afirman que un minusválido puede prestar servicios retribuidos, compatibles con su estado, y, sin embargo, puede depender de terceras personas para hacer los actos esenciales de la vida.

¹⁴² Sin establecer ninguna otra restricción respecto a los derechos laborales que pudieran corresponder a los derechos de los trabajadores con jornada completa. *Vid.*, al respecto, la STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2001 (Ar. 2991) que, contempla un supuesto de trabajadores de Centros Comerciales «Pryca, SA.», con jornada reducida en virtud del 37.5 ET, a los que no se les reconoce la facultad de fijar los días en que se les compensan las horas trabajadas en exceso. El Tribunal afirma que, en modo alguno, está justificado un trato diferente a los que se encuentran en la situación prevista en el artículo 37.5 ET.

¹⁴³ A este respecto, resulta interesante el supuesto contemplado en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de julio de 2000 (Ar. 501). El Tribunal manifiesta que, si bien la causa de la reducción está en el cuidado, en este caso, del menor de seis años, una vez concedida, el trabajador tiene plena libertad para organizar y distribuir el tiempo resultante durante el que no presta servicios efectivos para la empresa. Así pues, quien disfruta de una reducción de jornada por cuidado de familiares no debe permanecer durante dicho tiempo de reducción en compañía del menor o familiar que la justifica ya que esta exigencia no puede deducirse del contenido del artículo 37.5 ET.

3.2. Problemas planteados

Los problemas que el disfrute de estas reducciones de jornadas plantean en la práctica vienen referidos, principalmente ¹⁴⁴, al supuesto de compatibilidades con otras reducciones o permisos y al de concreción horaria y determinación del período de disfrute de la reducción de jornada.

Sobre la primera cuestión, las dudas más acuciantes se cernían en torno a la compatibilidad con el disfrute del permiso por lactancia. La regulación vigente en materia de reducción de jornada ha propiciado un cambio sustancial en las posturas doctrinales sobre la compatibilidad del permiso de lactancia con la reducción de jornada por guarda legal ¹⁴⁵. A partir de la Ley 39/99 la reducción se hace sobre la jornada del beneficiario del derecho, no sobre la jornada normal en la empresa, que puede no ser coincidente ¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Aunque en menor grado, otras cuestiones se han planteado en la práctica. Contamos con ejemplos en la STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2001, cit., y en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de julio de 2000 (Ar. 503). En la primera sentencia se plantea un supuesto de trato discriminatorio entre personas trabajadoras con jornada reducida por cuestiones familiares y aquellas otras con jornada ordinaria. La discriminación que tiene lugar, y que pone en evidencia el Tribunal, lo es además en un doble sentido: no sólo se está vulnerando el derecho a la igualdad de trato entre trabajadores, con independencia de la duración de su jornada laboral, sino que, en la medida que la mayor parte de las personas trabajadoras que acceden a la reducción de jornada son mujeres, se está incurriendo en una actitud que resulta manifiestamente contraria a la equiparación laboral que pretende la ley entre hombres y mujeres, que desencadena en una evidente discriminación (indirecta) por razón de sexo.

Por otra parte, la sentencia de la Comunidad Valenciana se hace eco de una problemática que ya se planteó para los supuestos del disfrute de excedencia por cuidado de hijos. Nos referimos al derecho al disfrute por los trabajadores titulares de un contrato de interinidad. Las empresas han venido argumentando que la razón de interinar una plaza vacante está en la necesidad de cubrir urgentemente un puesto de trabajo, de manera que si el interino, una vez toma posesión, solicita reducción de jornada la no atención del puesto de trabajo haría desaparecer la causa que llevó a la contratación del trabajador. El Tribunal pone especial énfasis en la causa última de la reducción de jornada, que se deriva de los principios establecidos en el artículo 39.1 y 3 de la Constitución. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la reducción está basado fundamentalmente en que la denegación de la misma supondría un grave obstáculo a la permanencia en el mercado laboral que afecta mayoritariamente a las mujeres, que son las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de reducciones para el cuidado de hijos u otros familiares, lo que haría persistir la situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral.

¹⁴⁵ Vid., ALBIOL MONTESINOS, «La modificación de la Ley...» cit., p. 34, que manifiesta como desde los tribunales se abogaba por la incompatibilidad entre ambos derechos. Si el trabajador optaba por la reducción de jornada se suponía que era suficiente para el cuidado del hijo y que no era preciso añadir el permiso por lactancia.

¹⁴⁶ Quedaron así resueltas las dudas sobre el derecho al disfrute de los trabajadores contratados a tiempo parcial. Vid., al respecto, «STJS del País Vasco de 24 de abril de 2001», en *Actualidad Laboral*, 35/2001.

De esta forma, queda clara la posible compatibilidad entre el permiso por lactancia y la reducción de jornada por cuidado de familiares ¹⁴⁷.

En lo que a la segunda cuestión concierne, la Ley 39/99 introdujo un nuevo apartado en el artículo 37, en el que se prevé el derecho del trabajador a concretar el horario y el período durante el que quiere reducir su jornada laboral ¹⁴⁸, decisión que el empresario sólo podrá limitar en los casos en los que dos o más trabajadores de la misma empresa generen este derecho por el mismo sujeto causante y, además, pretendan llevar a cabo un ejercicio simultáneo (no consecutivo o alternativo) del mismo. Fuera de estos supuestos deducimos que la propuesta del trabajador es inmediatamente ejecutiva ¹⁴⁹, y ello con independencia de que las posibles discrepancias entre empresario y trabajador se resuelvan conforme al procedimiento previsto en el artículo 138 bis de la LPL. Serán entonces los tribunales los que, ponderando los intereses puestos en juego ¹⁵⁰, estimen la propuesta del trabajador, o bien la alternativa de la empresa, o incluso adopten una solución ecléctica.

¹⁴⁷ *Vid.*, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid de 20 de julio de 1998 (Ar. 2891), de Galicia de 27 de noviembre del mismo año (Ar. 4159), que no admitían la compatibilidad argumentado que ambas reducciones tenían la misma razón de ser. *Vid.*, más reciente, en sentido contrario, la STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001 (Ar. 2101), y los comentarios de RUBIO SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones...», cit., *vid.*, en este último sentido, SJS núm. 1 de Barcelona de 9 de enero de 2002 (Ar. 1297) sobre permiso por lactancia y compatibilidad con la reducción de jornada por razón de guarda legal.

¹⁴⁸ *Vid.*, al respecto, los comentarios de CHARRO BAENA, «La concreción del horario del trabajador que reduce su jornada por motivos familiares», (Comentario a la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de mayo de 2000 (Ar. 1910), en *A. Social*, 2000, Tomo II.

¹⁴⁹ Para ALBIOL MONTESINOS, «La modificación del ET por la Ley 39/99», cit., p 48, la propuesta del trabajador sobre horarios y periodo de disfrute de la reducción de su jornada debe tener carácter ejecutivo, de modo similar a como en el artículo 41 del ET resulta ejecutiva la decisión empresarial de modificar sustancialmente condiciones de trabajo, y ello con independencia de que el trabajador pudiera impugnarla después. Son varias las razones que justifican esta postura: la primera de ellas la encontramos en el propio tenor literal del artículo 37.5 «*in fine*» que al señalar de forma expresa el poder de limitar el ejercicio simultáneo en el caso de que dos o más trabajadores de la misma empresa generasen el derecho, nos está evidenciando que estamos ante un supuesto excepcional, no aplicable al resto de los casos. La segunda razón a esgrimir la centramos en las previsiones del legislador de declarar nulos aquellos despidos relacionados con la reducción de jornada, de forma que si el trabajador no acata la decisión empresarial no sufrirá consecuencia jurídica alguna, pues el posible despido será calificado nulo. No obstante, a nuestro modo de ver, el argumento principal para defender la ejecutividad de la decisión del trabajador radica en la finalidad del derecho a la reducción de jornada, que encuentra su base en los principios establecidos en el artículo 39.1 y 3 de la CE, y que no es sino la atención del hijo o del familiar. Nadie mejor que el propio cuidador conoce las responsabilidades a las que tiene que hacer frente. *Vid.*, los argumentos empleados por la STSJ de Madrid de 5 de marzo de 2002 (Ar. 1664).

¹⁵⁰ Teniendo en cuenta el espíritu conciliador de obligaciones familiares y laborales que caracteriza a la Ley 39/1999, el juzgador debería hacer prevalecer los intereses familiares del

La inexistencia de una previsión legal expresa al respecto provoca que entre la doctrina científica¹⁵¹ se planteen dudas referidas al derecho del trabajador que disfruta de una reducción de jornada a modificar el horario inicial prefijado. También sobre la posibilidad de reincorporarse a su jornada ordinaria extemporáneamente y/o sin mediar el preaviso de 15 días establecido legalmente. En lo que atañe a la primera cuestión, si la facultad de concreción del horario recae sobre el trabajador, pues nadie como él conoce las necesidades a las que tiene que hacer frente, es lógico considerar que, siempre que actúe bajo los parámetros de la buena fe, también pueda plantear modificaciones cuando esos horarios fijados inicialmente sean poco efectivos en las nuevas circunstancias existentes. Una interpretación diferente pondría en tela de juicio el fin pretendido por la norma; sin duda, iría en contra de la tutela de los intereses que trata de favorecer el derecho a la reducción de jornada¹⁵². En lo referente a la reincorporación a la jornada ordinaria sin mediar el preaviso establecido legalmente, debemos apuntar que no siempre el trabajador podrá planificar con esa antelación su vuelta a la jornada ordinaria, circunstancia ésta que deberá ser tenida en cuenta por el empresario y sopesada por los tribunales en caso de conflicto. Más problemática puede resultar la petición tardía de reincorporación a su jornada ordinaria,

trabajador sobre los meramente organizativos (y, en definitiva, económicos) del empleador. *Vid.*, al respecto, los comentarios de RODRÍGUEZ COPÉ a la STSJ de Baleares de 1 de diciembre de 2000 (Ar. 1980), en el trabajo «Delimitación del poder empresarial en la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada del trabajador por guarda legal», *Temas Laborales*, 64/2002, pp. 163 a 171.

Ejemplos de sentencias que resuelven discrepancias en la determinación del horario, tras solicitar la reducción de jornada por cuidado de familiares, los encontramos en la SJS núm. 1 de Pamplona de 19 de septiembre de 2001 (Ar. 3891), en la que el Tribunal reconoce que es a la trabajadora solicitante de la reducción de jornada a quien corresponde concretar el horario, que se establece con el fin de atender a las necesidades de su hijo, y esta elección ha de prevalecer sobre las inevitables incomodidades que pueda suponer para la empresa, si bien, en virtud del principio de buena fe, debe actuar procurando la no distorsión de la actividad empresarial. En sentido similar SJS de Pamplona de 5 de abril de 2001 (Ar. 787) que afirma que debe prevalecer la determinación horaria efectuada por la demandante, pues limitando las posibilidades de elección se vulnera el espíritu y finalidad de la reducción. (*Vid.*, al respecto, los comentarios de MARÍN ALONSO «Reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años: determinación y concreción conforme a la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral» *Aranzadi social*, 5/2001). La STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de septiembre de 2000 (Ar. 524), en la que el juez estima la propuesta de la actora al considerar que dada las dimensiones de la empresa (Centros Comerciales Pryca, SA.) no consta que la actividad de la misma quedara perjudicada a causa del ejercicio del derecho por la actora. *Vid.*, también, SJS núm. 2 de Pamplona de 5 de febrero de 2002 (Ar. 675), muy contundente en los argumentos que expone al estimar la propuesta de horario de la actora.

¹⁵¹ *Vid.*, como ejemplo, ALBIOL MONTESINOS, *op. cit.*, pp. 53 a 58.

¹⁵² En este sentido, de nuevo, ALBIOL MONTESINOS, *op. cit.*, p. 54.



esto es, cuando ha transcurrido un tiempo desde que desapareció la causa que justificó el derecho. Es en estos supuestos, en dónde el actuar diligente del trabajador y bajo los parámetros de la buena fe puede tener un peso esencial en la postura empresarial ¹⁵³.

4. REFLEXIÓN FINAL

Con este estudio queda demostrado que el legislador ha pretendido potenciar, aún mas si cabe, el aspecto personal o humano de las personas trabajadoras. La contemplación de situaciones familiares diversas incidentes en la relación laboral, tienen como último objeto de protección la institución familiar, entendida esta en su más amplio sentido; en consecuencia, va a beneficiar más directamente a un nutrido número de mujeres que se incorporan al mundo laboral y que continúan responsabilizándose del cuidado y protección de los *dependientes* del entorno familiar ¹⁵⁴. Y decimos esto porque las nuevas previsiones sobre la materia dirigidas a proteger los intereses familiares, van dirigidas por igual a hombres y mujeres ¹⁵⁵ que, en cuanto personas trabajadoras que son, pertenecen a un entorno familiar y a un entorno laboral concreto, en dónde tienen responsabilidades a las que hacer frente. En consecuencia, se está protegiendo no sólo la institución familiar y el derecho al trabajo sino el derecho a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el campo de las relaciones laborales que, en definitiva, se traduce en un derecho a la igualdad de trato y de no discriminación por razón de sexo en la vida privada y pública ¹⁵⁶.

¹⁵³ ALBIOL MONTESINOS, *op. cit.*, pp. 57 y 58, señala que, en estos supuestos el empresario podrá despedir al trabajador, alegando trasgresión de la buena fe contractual, o podrá negar el derecho del trabajador a la reincorporación a su jornada ordinaria, manteniéndolo con jornada reducida y, por ende, convirtiendo el contrato en uno nuevo a tiempo parcial, o bien podrá aceptar su reincorporación a la jornada ordinaria, obviando la *abusiva* utilización por el trabajador de su derecho.

¹⁵⁴ Así lo ponen de manifiesto numerosos estudios sociológicos. *Vid.*, al respecto ARGÜELLES BLANCO, «Vida laboral *versus*...», cit., pp. 74 y 75, dónde además se refiere a la Comunicación de la Comisión europea «Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres» (2001-2005), de la que se pueden sacar conclusiones interesantes.

¹⁵⁵ Hay un reconocimiento paulatino de la mayoría de los derechos de protección de intereses familiares al trabajador varón, aunque todavía existen limitaciones, sobre todo en lo que se refiere a la suspensión del contrato por maternidad y reducción de jornada por lactancia, aunque en lo que a esta última se refiere existen opiniones diversas. *Vid.*, el trabajo de COSTA REYES y RODRÍGUEZ COPÉ, «Conciliación de espacios y tiempos. ¿Una apuesta laboral real?», *Derecho y Opinión*, 9/2001. Universidad de Córdoba, pp. 248 y 249.

¹⁵⁶ El elenco de valores o bienes jurídicos que quedan protegidos en estas previsiones normativas se ve incrementado. Al macroobjetivo o fin último de protección se añaden otros



Sin duda, estos son los bienes jurídicos que el legislador pretende tutelar. Se protege el derecho al trabajo, se protege la institución de la familia, pero bajo las pautas sociales existentes, bajo la estructura socioeconómica actual, ¿es posible que el intento de proteger el derecho a la igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres tenga los resultados esperados en la práctica? Sin duda, habría que empezar por educar a la población, por inculcarles valores éticos, tales como la equidad, la justicia y la dignidad de las personas, que hagan ver lo absurdo que puede resultar el rígido e inflexible encasillamiento en un rol social determinado por la única razón de pertenecer a uno o a otro sexo. La educación, la cultura y, puesto que vivimos en la era de las comunicaciones, los medios de comunicación, resultan esenciales en el logro del objetivo que el legislador se ha propuesto alcanzar.

fines específicos de tutela, surgidos de la propia evolución que va experimentando la sociedad. A los intereses laborales (derecho al trabajo, a permanecer en él y a promocionarse dentro del mismo) y familiares hay que añadir un tercero: el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, entre personas trabajadoras, derecho fundamental, proclamado en el artículo 14 de nuestra Carta Magna.



2

Mercado de Trabajo







LA CRISIS DEL MODELO TRADICIONAL DE CARRERA

MANUEL ALCAIDE CASTRO

Catedrático de Organización de Empresas
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Durante la última década se ha extendido la idea de que el denominado modelo tradicional o clásico de carrera se encuentra en crisis. Este modelo se caracteriza por la importancia de la promoción o el ascenso y por la existencia de un cierto grado de compromiso de la organización con el progreso profesional de sus empleados, cuadros y directivos. Además, se desarrolla en un contexto económico caracterizado por un notable crecimiento económico, por una cierta forma de materializar ventajas competitivas y por la vigencia de formas organizativas en las que existen jerarquías funcionales estables. Una serie de cambios en el contexto de las empresas (internacionalización de la competencia, aceleración de la tasa de innovación en productos y procesos, nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones, etc.), y en las características y estrategias de las mismas (nuevas formas de organización, deslocalización, downsizing, outsourcing, etc.) hacen cada vez menos viable la supervivencia de la versión tradicional de las carreras y de su gestión, dando lugar a un nuevo modelo que, bajo denominaciones diversas (carrera adaptable, sin fronteras, postcorporativa, etc), supone un contrato psicológico diferente que gira en torno al concepto de empleabilidad.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONCEPTO DE CARRERA Y DE GESTIÓN DE CARRERAS
3. CARACTERÍSTICAS DEL MODELO CLÁSICO O TRADICIONAL DE CARRERA
4. CONTEXTO EN EL QUE SE DESARROLLA EL MODELO TRADICIONAL DE CARRERA
5. LA CRISIS DEL MODELO TRADICIONAL DE CARRERA
6. EL MODELO EMERGENTE DE CARRERA

1. INTRODUCCIÓN

La problemática de la Gestión de Carreras constituye un tema de gran actualidad, muy controvertido, y sobre el que recientemente se ha escrito con frecuencia en revistas de difusión internacional y de prestigio académico¹, utilizando términos o ideas tan llamativas en los títulos de los artículos como «El pandemonium de la carrera»², «Las paradojas de la gestión de carreras en la actualidad» o «Las características de las carreras en el siglo XXI». El interés que esta materia ha suscitado en los últimos años proviene de la existencia de una cierta conciencia de crisis de lo que se denomina el modelo tradicional de carrera, sin que haya surgido con claridad, al menos a juicio de muchos, nada equivalente que lo sustituya en términos de «contrato psicológico». El concepto³ de contrato psicológico ha sido muy utilizado, ha sido objeto de interesantes debates⁴ y hace referencia no a un contrato real o escrito, sino a las convicciones de las personas acerca de las obligaciones recíprocas que comporta la relación laboral de la que forman parte⁵.

¹ Academy of Management Executive, Journal of Organizational Behaviour, Human Resource Management Journal, Harvard Business Review, Journal of Organizational Behavior, Career Development International, Organizational Dynamics, por citar sólo algunas.

² El pandemonium es la capital del reino infernal, un lugar donde prevalece el ruido y sobre todo la confusión.

³ Utilizado por primera vez por ARGYRIS en 1960. C. ARGYRIS (1960). «Understanding Organizational Behaviour», *Tavistock Publications*, London: 90.

⁴ Véase en este sentido: DAVID E. GUEST (1998). «Is the psychological contract worth taking seriously?», *Journal of Organizational Behavior*, 19: 649-664. DENISE M. ROUSSEAU (1998). «The “problem” of the psychological contract considered», *Journal of Organizational Behavior*, 19: 665-671. DAVID E. GUEST (1998). «On meaning, metaphor and the psychological contract: a response to Rousseau», *Journal of Organizational Behavior*, 19: 673-677.

⁵ Para profundizar en el concepto ver igualmente: NEIL ANDERSON, RENÉ SCHALK (1998). «The psychological contract in retrospect and prospect», *Journal of Organizational Behavior*, 19: 637-647.



2. EL CONCEPTO DE CARRERA Y DE GESTIÓN DE CARRERAS

Con respecto a la carrera sucede en parte lo que señalaba San Agustín con respecto al tiempo, que todos sabemos lo que es hasta que alguien nos pregunta. Se han dado muchas definiciones de carrera, la mayoría de ellas no muy satisfactorias, de aquí que sea preferible, para no añadir una más a la lista, eludir una definición académica y formalizada y centrarse en la noción intuitiva y aproximada que se tiene acerca de lo que es la carrera de una persona.

La palabra proviene del latín «*carraria*» y se trata de un término polisémico que se utiliza para hacer referencia a realidades muy diferentes, desde «pugna de velocidad» hasta «servicio que presta un vehículo de alquiler transportando clientes». Pero en el contexto de la Dirección y la Administración de Empresas, la noción de carrera aparece relacionada de forma simultánea con dos conceptos:

- De una parte, con el concepto de trabajo, de ocupación, de actividad laboral, de actividad profesional.
- De otra, con el concepto de evolución, ya que el interés se centra en los cambios que esta actividad experimenta en el transcurso de la vida activa de la persona y que en la mayor parte de los casos, no siempre desde luego, tienen relación con las organizaciones. Cambios que pueden ser múltiples, entre empresas, áreas funcionales (marketing, producción, finanzas, etc.), puestos de trabajo, grupos y categorías profesionales, niveles retributivos, o una combinación de todos o algunos de estos factores⁶. Lo importante es resaltar la idea de evolución, de cambio, de movimiento, tanto es así que en la literatura especializada, se habla de «*movimientos de carrera*», término acuñado o al menos popularizado por Edgar Schein durante la década de los sesenta⁷.

Por su parte, el concepto de gestión de carreras hace referencia a las decisiones que se encuentran en el origen de estos cambios o movimientos y al conjunto de técnicas relacionadas con ellas. En función de quién las tome es posible hablar:

- De movimientos que son el resultado de decisiones exclusivamente individuales, de la persona protagonista de la carrera. Como puede ser el caso de una persona que abandona voluntariamente una orga-

⁶ MANUEL ALCAIDE CASTRO y MANUEL GONZÁLEZ RENDÓN (2002). «Procesos Básicos de Dirección de Recursos Humanos», *Edición Digital @ tres*: 65.

⁷ EDGAR H. SCHEIN, (1977). «El individuo, la organización y la carrera: un modelo conceptual». En: DAVID A. KOLB, IRWIN M. RUBIN, JAMES M. MCINTYRE (Ed.). *Psicología de las Organizaciones: problemas contemporáneos*, Ed. Prentice/Hall Internacional, Madrid: 200-218.

nización para ocupar un puesto en otra que le ofrece mejores condiciones de trabajo.

- De movimientos que son el resultado de decisiones exclusivamente organizativas. En este sentido hay que tener presente que existen muchas decisiones, que suponen directamente movimientos de carrera, y que el empresario, en el ejercicio de su poder de dirección y dentro de los límites legales y contractuales, puede tomar sin el acuerdo o consentimiento de la persona afectada. Basta con pensar, entre otros, en el supuesto o los supuestos de movilidad funcional ordinaria contemplados por nuestro ordenamiento jurídico laboral.
- Y, finalmente, cabe hablar de movimientos que son el resultado de decisiones en las que participan tanto la organización como la persona protagonista de la carrera. Como puede ser el caso del trabajador negocia con el empresario un ascenso, un traslado, o la propia entrada o salida de la empresa.

La importancia que la carrera y la gestión de carreras, entendidas en estos términos, tienen para los individuos y las organizaciones es fácil de intuir.

- La carrera, por muy humilde y caótica que sea, suele ser importante para quien la protagoniza. Tanto es así que, con respecto a muchas personas, no sería apropiado decir que la carrera forma parte de su vida, sino que habría que decir que es su misma vida, su propia vida.
- Por su parte, a la organización, gestionar de forma adecuada las carreras de las personas que trabajan para ella, le puede proporcionar múltiples réditos. Puede favorecer la lealtad, el compromiso y la motivación de su plantilla y garantizar o, al menos, facilitar el disponer, en cada momento y para cada puesto, de la persona con el perfil profesional deseado o adecuado.

3. CARACTERÍSTICAS DEL MODELO CLÁSICO O TRADICIONAL DE CARRERA

Antes de proceder a caracterizar el denominado modelo clásico o tradicional de carrera es necesario realizar dos precisiones:

- De una parte, indicar que se trata de un modelo ideal y que, por ello, representa algo a lo que se tiende durante un determinado período histórico, más que constituir una realidad que explica el desarrollo de la carrera de todos los empleados y directivos sin excepción. En cierta medida se trata de un modelo que ejerce un cierto predominio cultural durante una determinada época y circunstancias concretas ⁸.

⁸ Véase: NIGEL NICHOLSON (1996). «Career Systems in Crisis: Change and Opportunity in the Information Age», *Academy of Management Executive*. Vol. 10, núm. 4: 40-51



- De otra parte, señalar que se trata de un modelo que sin renunciar totalmente a explicar la carrera de los trabajadores, de los «blue collars», se centra más en los empleados, cuadros, profesionales y directivos de diverso nivel, que en los primeros. No es que la carrera no sea importante para los trabajadores, que lo es, o que no exista bibliografía específica al respecto, que existe, pero se trata de aportaciones que tienen un enfoque diferente, más cercano al ámbito de especialidades como la sociología del trabajo, el derecho laboral, y una cierta literatura de origen sindical que alcanzó una gran difusión en la segunda mitad de los setenta en países como Italia o Francia.

El modelo denominado clásico o tradicional puede ser caracterizado y explicado por dos rasgos fundamentales: por el predominio de los movimientos verticales de carrera y porque la organización ofrece ciertas garantías en lo relativo al desarrollo de la misma⁹.

- De una parte, el movimiento de carrera que constituye la esencia del modelo tradicional es la promoción o el ascenso, entendido como el paso de un puesto de trabajo a otro de mayor status, autoridad y responsabilidad, generalmente dentro de la misma especialidad. Sólo este tipo de movilidad tiene un valor reconocido, porque el éxito está culturalmente definido, y en algunos países con raíces muy profundas, por llegar lo más alto posible en la organización más grande posible.

Este movimiento vertical se suele producir en el seno de la misma organización pero también es posible, para acelerar la escalada y llegar más alto, que se produzcan cambios de empresa. En este sentido, siempre se ha diferenciado en el seno del modelo tradicional entre la variante *européa* y la *americana*, caracterizada esta última por una mayor propensión a que la carrera se desarrolle entre organizaciones.

Además, las personas suelen desarrollar su carrera en una o varias empresas pero generalmente en el seno de la misma especialidad. El movimiento lateral puro, es decir, sin ir acompañado de un ascenso, es menos frecuente y cuando existe constituye una exigencia del vertical, es decir, una experiencia necesaria para posteriormente subir en la jerarquía. También en este sentido se han establecido siem-

⁹ MAURY PEIPERL y YEHUDA BARUCH utilizan dos dimensiones muy similares para establecer una tipología de carreras. De una parte, según predominen los movimientos verticales u horizontales de carrera y, de otra, según se desarrolle la carrera dentro o al margen de las organizaciones. Véase en este sentido: MAURY PEIPERL and YEHUDA BARUCH (1997). «Back to Square Zero: The Post-Corporate Career», *Organizational Dynamics*, Spring: 7-22.

pre diferencias entre el estereotipo de carrera *occidental* y el *japones*, donde el cambio de área funcional era muy frecuente ¹⁰.

Hay que señalar que el movimiento descendente casi no se contempla, se asocia automáticamente a la idea de fracaso y se suele saldar, más pronto que tarde, con la salida del individuo de la empresa.

- De otra parte, el modelo tradicional se caracteriza porque las organizaciones adquieren un cierto grado de responsabilidad o compromiso con el desarrollo de la carrera de sus empleados y directivos. Responsabilidad que tiene su origen en un contrato psicológico caracterizado por la permuta de seguridad y avance en la jerarquía a cambio de compromiso en términos de rendimiento, dedicación y un cierto «patriotismo organizativo». Se trata de un intercambio propio de un contrato psicológico relacional, en el que el horizonte de la relación entre empleado y organización es el largo plazo, y donde se establecen vínculos socio-emocionales ¹¹ como demuestran, de forma evidente, los nombres que los propios empleados daban a las grandes organizaciones. Así, para sus empleados, IBM fue el «Gran Azul», Kodak «El Gran Padre Amarillo» y la empresa de servicios financieros Merrill Lynch, «Madre Merrill» ¹². Empleados y alta dirección perciben este intercambio como las obligaciones mutuas de una relación de empleo saludable.

Sobre este compromiso o esta responsabilidad que adquiere la organización con la carrera de sus empleados cabe realizar diversas matizaciones:

- En primer lugar, no es de la misma intensidad en todas las empresas. No puede serlo, siendo superior en aquéllas que se inclinan en mayor medida a la hora de cubrir vacantes por la promoción interna que por el reclutamiento externo y que, además, asumen las necesarias inversiones en formación.

Aunque la mayoría de las organizaciones combinan ambas formas de provisión, unas se inclinan más hacia lo que se denomina el mercado interno de trabajo y otras hacia el mercado externo.

Además, mientras que algunas organizaciones asumen todo o la mayor parte de los costes en la formación de los trabajadores, otras descargan sobre el individuo una parte importante de los mismos.

¹⁰ J.C. PIERRE (1979). *Gestion des Ressources Humaines*. Vol. 2. Université Catholique de Louvain.

¹¹ D. M. ROUSSEAU, J. MCLEAN-PARKS (1993). «The contracts of individuals and organizations», In: B.M. STAW (Ed.), *Research in Organizational Behavior*, 15: 1-43.

¹² MAURY PEIPERL, YEHUDA BARUCH. *Op. cit.*: 16.



- En segundo lugar, esta responsabilidad o compromiso se asume con un mayor o menor grado de participación de las personas interesadas. En ocasiones la participación del individuo en la gestión de las carreras que realiza la empresa es intensa y en otras esta gestión se caracteriza por la centralización y por venir unilateralmente impuesta de arriba a abajo.
- En tercer lugar, esta responsabilidad se asume con un mayor o menor grado de formalización y rigor. En ocasiones la gestión de carreras se lleva a cabo, por parte de la empresa, de forma improvisada, informal, sin la utilización de herramientas sofisticadas de gestión y, en otras, es fruto de la planificación, del cálculo, y de la utilización de técnicas complejas que varían en su sofisticación y en el grado que exigen la implicación del protagonista de la carrera. Entre estas técnicas cabe destacar:
 - sistemas de información sobre puestos y personas,
 - centros de evaluación del potencial,
 - diseño de canales o trayectorias de carrera,
 - planes de sucesión de directivos,
 - matrices de rendimiento y potencial,
 - centros de valoración,
 - prácticas de *mentoring* y *coaching*,
 - y todo un conjunto de herramientas de las que se da cumplida cuenta en algunos manuales de Dirección de Recursos Humanos.
- En cuarto lugar, los criterios que se utilizan para dirimir los conflictos entre candidaturas en los denominados «torneos competitivos», varían de empresa a empresa. No obstante, los que se utilizan con más frecuencia, solos o en combinación, son la antigüedad, el rendimiento pasado, la aptitud y el potencial de los candidatos.
- En quinto lugar, las posibilidades de avance en el seno de la empresa nunca se han distribuido de forma igualitaria.
 - Siempre han existido colectivos o grupos más desfavorecidos en lo que se refiere al desarrollo de la carrera, por razones múltiples, tales como sexo, raza, edad, relación contractual, limitaciones de jornada y dedicación, etc.
 - Igualmente, las posibilidades de carrera no son idénticas en todas las áreas funcionales. Dependiendo de cuáles sean las contingencias críticas que la organización tiene que afrontar en cada momento, puede ser más fácil llegar a los puestos más altos de la organización a través de una u otra área funcional concreta. En ocasiones finanzas, en otras producción, en otras marketing. En España, durante la década de los 50 y 60, abun-

daban los ingenieros en la alta dirección de las empresas porque los problemas más críticos a los que se tenía que hacer frente, en una época de reconstrucción y crecimiento, eran los de producción.

— Finalmente, se trata de un compromiso y de una gestión, es obvio decirlo, que no se encuentra al margen del impacto de las tácticas políticas que se desarrollan en el seno de las organizaciones, tales como:

- el uso selectivo de criterios objetivos,
- el desarrollo de relaciones patrocinador-patrocinado,
- la formación de coaliciones,
- la creación de redes de apoyo, etc.

En este sentido en las investigaciones realizadas sobre la gestión de carreras, es frecuente que se hable de la dinámica política que se desarrolla en torno a las decisiones en este campo, y de cómo operan los grupos de presión que existen dentro de las empresas y que reciben las más variadas denominaciones: sistemas de castas, cuadradas, tribus, etc.¹³.

Pero ni las herramientas de gestión de las carreras, ni los criterios de promoción, ni las tácticas políticas que se desarrollan en torno a esta gestión, ni los tipos específicos de carrera que es posible identificar en el seno de este modelo tradicional, temas todos ellos muy interesantes, constituyen el objetivo central de este trabajo y, por tanto, no se profundiza en ellos.

4. CONTEXTO EN EL QUE SE DESARROLLA EL MODELO TRADICIONAL DE CARRERA

El modelo clásico de carrera prevalece en un contexto caracterizado por el crecimiento de las organizaciones, por una determinada forma de obtener ventajas competitivas y por el recurso a formas de organización que comportan la existencia de jerarquías funcionales estables.

- De una parte, se trata de un modelo que resulta más fácil de llevar a la práctica en organizaciones que se encuentran en crecimiento. Los economistas han debatido siempre, sin llegar a conclusiones claras, cuáles son los auténticos objetivos de la empresa, llegando algunos a considerar que este objetivo no es otro que el crecimiento. La razón que se esgrime para ello es que el crecimiento atenúa el con-

¹³ JEFFREY PFEFFER (1989). «A political perspective on careers: interests, networks and environments», In M.B. ARTHUR, D.T. HALL, and B.S. LAWRENCE (Eds), *Handbook of Career Theory*, Cambridge University Press, UK: 380-396.



flicto y hace más viable el proyecto empresarial. En este sentido, no cabe duda, sea o no el objetivo de la empresa, que una organización que crece, y además de forma estable y previsible, a igualdad del resto de los factores, es más fácil que ofrezca posibilidades de promoción y de carrera a sus empleados. No hay que olvidar que el modelo tradicional de carrera, aunque es un modelo ideal, adquiere su mayor realismo durante la década de los sesenta y principios de los setenta cuando la mayoría de las economías occidentales experimentaban tasas de crecimiento muy notables y, consecuentemente, la mayoría de las empresas crecían a un ritmo intenso.

- De otra parte, las empresas materializan ventajas competitivas o, si prefiere, compiten de forma efectiva, mediante el desarrollo de un capital humano específico y distintivo de la empresa que acumula experiencias en la misma, lo cual plantea la exigencia de plantillas estables. Para ello, muchas desarrollan los denominados mercados internos de trabajo, en cuya configuración las promociones y todo un sistema de recompensas basados en la experiencia y la antigüedad desempeñan un papel esencial en orden a la retención del empleado a largo plazo. Se trata de estrategias que tienen como objetivo aislar a los empleados de las demandas del mercado externo aumentando los costes de salida, los costes de transición hacia el exterior. En consonancia con esta realidad económica nacen durante estos años algunas reputadas teorías sobre el funcionamiento de las empresas y de los mercados, tales como la Teoría del Capital Humano¹⁴ o la teoría de los mercados internos de trabajo, con todas sus variantes o desarrollos posteriores.
- Finalmente, decir que el modelo tradicional de carrera constituye un modelo viable porque en las organizaciones existen jerarquías funcionales estables. La piedra angular sobre la que se levanta el edificio organizativo es el puesto de trabajo, entendido como conjunto de tareas que se asignan a una persona sobre bases relativamente estables. Y en la coordinación y control de las personas que ocupan estos puestos desempeña un papel central la jerarquía, lo que da lugar a la existencia de múltiples estratos jerárquicos. Además, estas jerarquías son funcionales, porque la empresa se estructura preferentemente por funciones, creando unidades de ventas, producción, personal, finanzas, investigación, etc. Esta forma de organización exige para la mayoría de los directivos un conjunto de

¹⁴ G.S. BECKER (1975). *Human Capital. A theoretical and empirical analysis with special reference to education*, 2nd Edition, Columbia University Press, New York.

capacidades de tipo técnico. Solamente los de más alto nivel tienen que hacer frente a problemas de carácter general y necesitan de una comprensión de todas las funciones de la empresa y de cómo interactúan en la generación del beneficio empresarial ¹⁵.

Schein utilizó una figura cónica para representar, de forma idealizada, desde luego, este tipo de organización funcional y reflejar en la misma los diversos movimientos de carrera: de inclusión, exclusión, radiales o laterales, centrales y verticales. Las secciones horizontales del cono ilustran estratos jerárquicos y las verticales las diversas áreas funcionales: marketing, producción, finanzas ¹⁶, etc.

Más habitual es la representación de este tipo de organización a través de los denominados organigramas donde quedan reflejados la multitud de estratos jerárquicos y las relaciones de autoridad y dependencia propias de las grandes organizaciones funcionales. Estos organigramas reflejan perfectamente las posibilidades de movimiento, sobre todo, de movimiento vertical.

Con el transcurso de los años, algunas empresas introdujeron variantes en la estructura funcional pura, tales como la estructura con divisiones y la estructura matricial.

Así, organizaciones como General Motor y Sears fueron pioneras en la creación de divisiones dentro de sus estructuras. Divisiones por productos, clientes o áreas geográficas que tenían un grado muy considerable de autonomía y que a su vez se estructuraban dentro de ellas por funciones. En términos de capacidades, este cambio significó que a un mayor número de directivos se les exigía, además de las capacidades técnicas propias de la función otras relacionadas con el desarrollo de la actividad empresarial, ya que estas divisiones tenían una gran libertad para asignar recursos y definir su estrategia.

Con posterioridad surgen en la industria aeroespacial americana, las denominadas organizaciones matriciales, que se estructuran a la vez por dos criterios, el funcional y algún otro, como pueden ser proyectos, productos, etc. y que amplían de nuevo para un mayor número de directivos el campo de las capacidades necesarias, más allá de las técnicas propias de la función.

No obstante, esta evolución en las formas organizativas matiza, pero no cambia sustancialmente, el hecho clave: la existencia de una jerarquía de puestos relativamente estables adscritos a un área

¹⁵ BRENT B. ALLRED, CHARLES C. SNOW and RAYMOND E. MILES, (1996). «Characteristics of Managerial Careers in the 21st century», *Academy of Management Executive*, Vol. 10, núm. 4: 17-27.

¹⁶ EDGAR SCHEIN. *Op. cit.*: 202.



funcional, donde lo fundamental son las competencias de carácter técnico.

La crisis de este modelo tradicional se inicia a mediados de la década de los 70. Concretamente, a raíz de la fuerte recesión en la que entran las economías occidentales después del primer *shock* del petróleo. Comienza durante esos años una fase de transición entre lo viejo y lo nuevo, el crecimiento se atenúa y se hace menos estable y previsible, la tasa de cambio y de innovación aumenta, las empresas comienzan a experimentar una necesidad creciente de flexibilidad y pueden ofrecer menos posibilidades de promoción a sus empleados y directivos.

En términos de carrera esta fase de transición supuso los siguientes cambios:

- En primer lugar, los movimientos verticales que habían constituido la esencia del modelo anterior ceden terreno en beneficio de los horizontales. Las empresas, en parte «*haciendo de la necesidad virtud*», comienzan a proclamar la necesidad de «generalistas» y a diseñar trayectorias profesionales de carácter horizontal entre diversas áreas funcionales y geográficas.
- En segundo lugar, se produce un cierto cambio en el contrato psicológico establecido entre la empresa y los empleados:
 - Lo que ofrece la empresa ya no es seguridad y avance, sino seguridad y, más que avance, una experiencia profesional más variada y generalista. Se trataba, desde luego, de una recompensa más difícil de valorar y más difícil de presentar como un logro incuestionable entre familiares y colegas. Costaba mucho trabajo que este movimiento lateral sustituyera al ascenso clásico en la lógica del modelo tradicional¹⁷. No obstante, el movimiento vertical no estaba completamente excluido y siempre quedaba la esperanza de llegar a ocupar con el paso del tiempo un puesto de superior nivel una vez acumulada la experiencia necesaria en las diversas áreas funcionales.
 - De otro lado, la empresa gana al menos parte de la flexibilidad que necesita, si se compara con el modelo tradicional, ya que los directivos tienen ahora una combinación de competencias y experiencias que les permiten trabajar eficazmente en entornos más dinámicos, sin estar tan limitados por una única especialidad funcional. En este tipo de carrera, al que se ha denominado a veces, por parte de algunos autores, «carrera en espi-

¹⁷ MAURY PEIPERL, YEHUDA BARUCH. *Op. cit.*: 10.

ral»¹⁸, el empleado se desplaza de un área a otra, estando en cada una de ellas el tiempo que resulta necesario para desarrollar las competencias fundamentales de la misma. En la cultura empresarial dominante gana predicamento el denominado modelo *japonés* de carrera, basado, entre otras características, en una mayor movilidad entre las funciones empresariales: producción, finanzas, márketing, etc. Son los años en los que «*lo japonés*» ejerce una gran atracción en el *mercado de la moda* de las técnicas de gestión, un mercado en apariencia, sólo en apariencia, esnob como pocos.

- Finalmente, resulta también importante destacar que en la primera mitad de la década de los ochenta, se consagra el concepto de «empresa flexible», en el sentido utilizado por Atkinson de una organización empresarial que diferencia entre un núcleo y una periferia¹⁹.
 - Un núcleo, formado por personas que mantienen una relación estable con la empresa y con respecto a las cuales existe un compromiso de carrera, aunque este compromiso no esté basado exclusivamente en trayectorias verticales.
 - Y una periferia, formada por personas que prestan sus servicios pero que en muchos casos no mantienen una relación estable con la empresa, trabajadores temporales, trabajadores cedidos, trabajadores de contratas, etc. y con respecto a las cuales, como es lógico, no se adquiere compromiso alguno en términos de carrera.

En esta formulación de la «empresa flexible» se vislumbran ya algunas de las bases del modelo «emergente» de carrera. Lo que ocurre es que durante años quedaron al margen de esta periferia muchas categorías de empleados, los mandos intermedios, los cuadros de la empresa, los especialistas de las diversas áreas funcionales y los directivos. Aunque progresivamente se toma conciencia de que esta periferia es cada vez más amplia y se nutre de formas más variadas de relación, no se habla de crisis del modelo tradicional de carrera hasta que, además de los trabajadores, comienzan a formar parte de la misma los grupos profesionales anteriormente mencionados.

¹⁸ KENNETH R. BROUSSEAU, MICHAEL J. DRIVER, KRISTINA ENEROTH and RIKARD LARSSON (1996). «Career pandemonium: Realignment organizations and individuals», *Academy of Management Executive*, Vol. 10, núm. 4: 52-66.

¹⁹ J. ATKINSON (1984). «Manpower strategies for flexible organisations», *Personnel Management*, august: 28-31.



5. LA CRISIS DEL MODELO TRADICIONAL DE CARRERA

¿Cuáles son los cambios que se han producido en las dos últimas décadas y que explican que en la actualidad la viabilidad del modelo tradicional se encuentre ampliamente cuestionada?

En lo relativo al contexto en el que se desarrolla la actividad empresarial hay que señalar que éste experimenta una severa transformación:

- En primer lugar, la competencia se intensifica al desarrollarse cada vez más a escala internacional. Se trata de una de las facetas más importantes de la traída y llevada globalización, hoy tan de moda por tantas razones. Son muchas las instituciones y los procesos de integración regional que han contribuido a la desaparición de barreras que obstaculizan el comercio y la competencia internacional. Además, la tecnología ha tenido también un tremendo impacto sobre esta internacionalización por una doble vía:
 - De una parte, han mejorado de forma sensible las comunicaciones de todo tipo. La rápida extensión de internet y la red mundial nos han llevado a todos a la oficina o a la casa de los demás. El hecho de que las empresas se hayan apresurado para que sus productos y servicios estén disponibles en la red refleja simplemente la facilidad, economía y universalidad de este nuevo medio para llegar a clientes potenciales y llevar a cabo transacciones²⁰.
 - De otra parte, muchos productos y servicios debido a su alto contenido tecnológico sólo son económicamente factibles si se producen y venden a escala mundial. El caso de los semiconductores es un buen ejemplo de ello. Los gastos de investigación y desarrollo y las grandes inversiones asociadas a la producción de un nuevo diseño son económicamente viables siempre que se fabriquen y vendan en volúmenes muy superiores a la demanda de un sólo país.
- En segundo lugar, se ha producido una tremenda aceleración en la tasa de cambio. Las innovaciones en productos y en procesos fluyen a un ritmo más intenso que nunca y afectan no sólo a las empresas sino los propios ciudadanos en sus productos de uso cotidiano. El cambio *incremental* que permite una adaptación lenta cede el paso ante el cambio radical que sólo permite el ajuste y la adaptación rápida. Hoy no causa sorpresa la obsolescencia artificial de productos y de equipos que no sólo no han sido amortizados con el uso,

²⁰ MAURY PEIPERL, YEHUDA BARUCH. *Op. cit.*: 17 y 18.

sino que no han llegado a ser utilizados al cincuenta por ciento de sus capacidades. Se trata, sin duda, de una obsolescencia programada porque, con los materiales y con las posibilidades de que se dispone en la actualidad, la mayoría de los productos podrían ser mucho más duraderos. Pensemos, por ejemplo, en la necesidad cada vez más compulsiva que se tiene de cambiar equipos informáticos que se pueden considerar nuevos, pero que hay que sustituir porque ya no permiten «entrar» en ciertos portales, porque no «corren» ciertos programas o porque problemas de compatibilidad técnica impiden intercambiar información y trabajos con otras personas. Además, la aceleración en la tasa de cambio ha dado lugar a que la experiencia pierda importancia en beneficio de la capacidad de aprendizaje. Esta es una de las razones, no la única, por lo que en muchas empresas, españolas y extranjeras, personas con edades cercanas a los cincuenta años se jubilan anticipadamente, siendo en muchos casos sustituidas por personas jóvenes.

- En tercer lugar, se ha producido un desarrollo inimaginable hace unos años de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones que facilitan el desarrollo de estrategias empresariales de *deslocalización* y fragmentación de los procesos productivos, haciendo posible, además, que para muchas actividades exista una oferta de trabajo prácticamente ilimitada. En ocasiones las barreras a la inmigración no constituyen un obstáculo para que los empresarios dispongan de la mano de obra que necesitan a través de los denominados trabajadores virtuales. Incluso en la actualidad se habla de expatriados virtuales, que dirigen y son responsables de equipos que trabajan a miles de kilómetros de distancia.

Estos tres cambios en el contexto han tenido importantes consecuencias para las empresas y explican las profundas modificaciones que se están produciendo en el seno de las mismas.

- El primer cambio dentro de la empresa al que cabe hacer referencia es lo que podríamos denominar la desaparición del puesto de trabajo. Un artículo reciente de la revista *Fortune* señalaba que el concepto de puesto de trabajo era una reliquia de la era industrial que ha quedado completamente obsoleto. Lo que está desapareciendo, decía el artículo, no es un cierto número de puestos de trabajo o los puestos de trabajo de ciertas industrias, o los puestos de trabajos en alguna parte del país. Se trata de algo más profundo, más problemático, ya que lo que está desapareciendo es el propio concepto de «puesto de trabajo». La práctica de organizar el trabajo en un conjunto fijo de tareas que se asignan a personas específicas, o a grupos de personas, sobre bases más o menos estables, se está transformando y reemplazando por la práctica de organizar el trabajo sin que exis-



- tan un conjunto de deberes fijos o tareas definidas. La referencia ahora, en muchos casos, no es el puesto de trabajo sino el proyecto. No se trata tanto de «qué puesto ocupas» como de «en qué proyecto estás»²¹.
- En segundo lugar, crece la implantación de nuevas formas de organización que reducen la jerarquía empresarial a su mínima expresión. Las formas organizativas tradicionales, utilizadas durante décadas, y que fueron adecuadas para desenvolverse en un entorno caracterizado por un crecimiento estable y previsible, se convierten en un pesado lastre cuando la velocidad de respuesta y la flexibilidad son el signo de los tiempos. Entre estas nuevas formas de organización destacan la organización de red y la organización celular.

Empresas innovadoras tales como Nike, Motorola, Novell, etc. hace años que pusieron en práctica una nueva forma de organización que se denomina «organización de red». Ahora, estas empresas no llevan a cabo la secuencia entera de investigación, diseño, producción y comercialización del producto, sino que lo que hacen es convertirse en el centro de una red, o formar parte de una red, de empresas pequeñas, contratas, subcontratas, consultores, empresas de trabajo temporal y colaboradores independientes, autónomos, muchos o algunos de ellos antiguos empleados de la empresa, que se complementan y que suministran servicios relativos a cada una de estas fases anteriores. Estas redes tratan de que cada empresa logre el máximo aprovechamiento de sus competencias claves, encargando a otros socios de la red la ejecución de otras actividades de la cadena de generación de valor. Con esta estructura las empresas pequeñas pueden emprender y desarrollar proyectos mucho más importantes de lo que su tamaño les permite. Por su parte las empresas de mayor dimensión tratan de ganar agilidad uniendo sus fuerzas a pequeños socios especializados.

Nike, por ejemplo, no tiene grandes plantas en las que fabricar las zapatillas que llevan su clásico logotipo. La función de producción ha sido externalizada a socios que realizan esta fabricación en países tales como Korea, Taiwan, China y Tailandia. Estos socios, fabricantes independientes, se benefician de la estabilidad y de la imagen de marca de Nike, mientras que ésta se beneficia de los menores costes laborales y de no tener que dirigir ni ser propietario de instalaciones de fabricación o producción. Nike también se beneficia de la capacidad de distribución de sus socios, las más importantes cadenas

²¹ W. BRIDGES, (1994). «The end of the job», *Fortune*, september, 19, 62-74.

de venta, para colocar sus productos en las manos o, en este caso, en los pies de sus clientes²².

Se trata de estructuras nuevas con las que se pretende que la información técnica y de mercado circule libremente entre las empresas de la red, que la confianza reemplace a lentos mecanismos de control, que los costes se reduzcan sensiblemente y, todo ello, facilitado por las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

En los últimos años surge incluso una nueva forma organizativa, acerca de la cual todavía se ha teorizado poco, la denominada «organización celular», pero a la que recientemente se le está prestando una creciente atención. Una organización compuesta por células o celdas (equipos autónomos, grupos autónomos, unidades de negocio autónomas, etc.) que podrían existir por sí mismas pero que interactúan con otras con el objetivo de dar lugar a un organismo más potente y competente. Equipos altamente integrados desarrollan la dirección, coordinación, y distribución del trabajo que antes desarrollaba la jerarquía, por lo que no se requieren posiciones de supervisión fijas. En este tipo de organización, se pretende que las funciones de dirección y coordinación se desarrollen a partir de mecanismos tales como compartir conocimientos y aceptar responsabilidades y que el trabajo se distribuya en función de lo que la situación requiera en cada momento. En alguna ocasión se han establecido similitudes entre el funcionamiento ideal de la organización celular y el funcionamiento del sistema inmunológico. En este último sistema cada célula desarrolla su función especializada pero siempre en coordinación con las demás mediante un complejo sistema de comunicación intercelular. Todo ello sin jerarquías, sin ordenes, sin comportamientos oportunistas y a través de una comunicación intensa, compleja y precisa. Es obvio que no todas las empresas adoptarán desde luego la estructura celular, pero los principios organizativos que laten detrás de esta manera de conducir la empresa están comenzando a tener un fuerte impacto en el seno de la cultura organizativa dominante. Entre las entidades que han desarrollado este tipo de organización destacan la empresa de servicios informáticos TCG de Sydney, la empresa Acer, que produce ordenadores personales, Oticon, empresa danesa de aparatos para el oído, etc.²³.

²² BRENT B. ALLRED, CHARLES C. SNOW and RAYMOND E. MILES, (1996). *Op. cit.*: 19 y 20.

²³ RAYMOND E. MILES, CHARLES C. SNOW, JOHN A. MATHEWS, GRANT MILES, and HENRY J. COLEMAN (1997). «Organizing in the knowledge age: Anticipating the cellular form», *Academy of Management Executive*, Vol. 11, núm. 4: 7-24.



También, hay que hablar, dentro de las nuevas formas de organización, de lo que se ha denominado la «organización virtual». Existen en la actualidad empresas, de software y también de otras ramas de actividad, que tienen empleados que viven y trabajan en varios países diferentes y que se conectan a través de redes informáticas para coordinar sus actividades.

En suma, lo que hay que resaltar es que se trata de nuevas formas organizativas que convierten a la jerarquía como mecanismo de control y coordinación en un recuerdo del pasado y donde ya no existen posibilidades de desarrollar trayectorias verticales de carrera.

En tercer lugar, las empresas desarrollan cada vez con más frecuencia actuaciones incompatibles con cualquier tipo de compromiso creíble con la carrera de las personas. Con el objetivo de ser más competitivas, ganar en flexibilidad y adaptarse a las nuevas formas organizativas las empresas reducen su tamaño, el denominado *downsizing* o *rightsizing*, contraen sus actividades, aumentan la descentralización y el llamado *empowerment*, desarrollan severas estrategias de reducción de costes, externalizan actividades, el llamado *outsourcing*, suprimen capas jerárquicas enteras, eliminan líneas de productos, presionan para que los empleados se jubilen anticipadamente, estimulan salidas negociadas y protagonizan sorprendentes movimientos corporativos de *deslocalización*, fusión, absorción, adquisición y alianzas que normalmente se saldan con reducciones de personal de todos los niveles²⁴. Todo ello constituye una oportunidad para las empresas, con agenda oculta o sin ella, de romper con lo viejo, de establecer nuevas prioridades, de ganar flexibilidad, de acelerar la toma de decisiones, de reducir al mínimo las plantillas y de crear más presión, por utilizar una terminología coloquial frecuente hoy en el mundo de las empresas. Los mercados internos de trabajo con sus reglas, con sus garantías, con sus mecanismos para aislar al empleado del mercado exterior desaparecen y se subordina con rapidez a los dictados de los mercados externos.

Evidentemente, las organizaciones siempre han estado sometidas en épocas de crisis a recortes de plantillas y las personas que trabajan en ellas siempre han estado sometidas al riesgo de la extinción de la relación laboral. El recurso al despido ha sido en muchos casos necesario para garantizar la continuidad de la empresa, lo nuevo es que ahora despiden también masivamente empresas viables y saneadas,

²⁴ NEIL ANDERSON and RENÉ SCHALK (1998). «The psychological contract in retrospect and prospect», *Journal of Organizational Behavior*, 19, 637-647.

NIGEL NICHOLSON (1996). *Op. cit.*: 40-51

lo que, además, se aplaude, en muchos casos, en los mercados de valores con subidas en el precio de sus acciones. Socialmente el despido ha dejado de ser un estigma, ya que en la actualidad cualquier trabajador por eficiente e irreprochable que sea en su conducta puede caer víctima del *fuego graneado* que comportan algunas de estas estrategias empresariales.

Si se piensa en el modelo de empresa flexible de Atkinson, mencionado con anterioridad, cabe señalar que el núcleo experimenta una progresiva reducción y la periferia amplía sus dominios al personal cualificado, a los cuadros, a los especialistas, a los directivos intermedios. Ya se indicó que sólo se ha comenzado a hablar de la crisis del modelo tradicional de carrera cuando la periferia se ha extendido a las «clases medias y medias altas» de las organizaciones. En este sentido durante la segunda mitad de la década de los 80 y de los 90, se perdieron literalmente millones de puestos trabajo de niveles intermedios mediante reestructuraciones o reducciones de tamaño.

En el ámbito internacional serían innumerables los ejemplos de reducciones masivas de personal. Por citar sólo dos ejemplos muy recientes, Sony planea reducir 20.000 empleos en todo el mundo en tres años. Por su parte el grupo farmacéutico estadounidense Merck, con una mera reducción del beneficio en el tercer trimestre de 2003 de un 1,4 por ciento esta intentando justificar la decisión ya tomada de suprimir cerca de 5.000 empleos. Los ejemplos serían innumerables.

Por su parte importantes empresas españolas, o que operan en España, y que obtienen buenos resultados, se encuentran sometidas durante el 2003 a expedientes de regulación de empleo o a procesos sustractivos que afectan a veces a cientos y a veces a miles de trabajadores de muy diversos sectores. Son los casos de Telefónica, BSCH, BBVA, Repsol, Altadis, Renfe, Seat, Ford, Nissan, Iveco-Pegasso y otras. En los servicios centrales del Santander, por ejemplo, se estima que sobran todavía unas 2.000 personas a pesar de que la presión de las prejubilaciones ha sido muy intensa durante los últimos cuatro años. Iberdrola, muy en contra de las recomendaciones europeas, ha planteado la prejubilación de 3.200 trabajadores. Vía Digital negoció la baja voluntaria de varios cientos y Sogecable hizo lo mismo. En los últimos 9 años de considerable expansión económica se han aprobado en España 77.387 expedientes de regulación que han afectado a 1.800.000 trabajadores. El número de trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo en los primeros ocho meses de 2003 ya supera a los registrados en todo 2002.



En España se destruye mucho empleo, pero se crea más, con un saldo neto que resulta claramente positivo. A esto se le denomina rotación y flexibilidad, hoy desarrollas un trabajo y mañana otro. Sin embargo en los últimos años el número de organizaciones en los que su sistema de desarrollo profesional y de gestión de carreras ha desaparecido o ha perdido toda su credibilidad como consecuencia de estas estrategias ha experimentado un considerable aumento. Para muchos directivos estos cambios suponen promesas incumplidas y esperanzas de trayectorias profesionales que desaparecen.

Hasta los Departamentos de Recursos Humanos, tradicionalmente inmunes a la práctica de la *externalización* no se han podido librar de ella. Así, por poner algunos ejemplos, cabe señalar que el Santander ha externalizado la formación en varias consultoras y empresas de servicios, el grupo Dragados, el departamento jurídico-laboral, el grupo Carrefour, la selección en Cáteron, IBM, la gestión de expatriados en Landwell y así podríamos seguir con una larga lista²⁵.

Por su parte, los fenómenos de deslocalización también se intensifican. Oracle, la segunda firma de software mundial ha despedido en los últimos seis meses a 800 empleados a la vez que contrata a trabajadores en Bangladesh donde ya trabajan para ella 3000 empleados. Texas Instrument, Yahoo, Acenture, IBM, General Electric, Dell, Citigroup, Merrill Lynch, JP Morgan, entre otras, están también contratando con cierta intensidad personal en el sudeste asiático. Consecuencia de la deslocalización, British Telecom, que cuenta con 16.000 trabajadores en el Reino Unido, anunció en 2003 el traslado de parte de sus servicios de atención telefónica a la India. Un estudio de Adecco, la conocida multinacional de trabajo temporal, afirma que las 100 compañías de servicios más importantes del mundo trasladarán al sudeste asiático dos millones de puestos de trabajo en los próximos cinco años. De nuevo los ejemplos son muchos y cada día se dan nuevos casos que trascienden a la opinión pública a través de los medios de comunicación. Incluso recientemente representantes empresariales de ciertos sectores han recomendado abiertamente a sus representados, a través de los medios de comunicación, el desarrollo de estrategias para deslocalizar sus actividades y desarrollarlas fuera de España.

La Alta Dirección de las empresas, para navegar en aguas más turbulentas que nunca en lo económico, han definido nuevas aproximaciones a la gestión y nuevas formas organizativas que pretenden adaptarse mejor a las

²⁵ JOAN ALTÉS (2003). «El Outsourcing en el Departamento de Recursos Humanos», *Capital Humano*, núm. 168, julio-agosto: 23-27.

presiones competitivas de una economía global. Sin embargo, muchos economistas no están seguros de que algunos aspectos de estas nuevas aproximaciones sean adecuadas. Quizá se trate de la respuesta ante la incertidumbre que obtiene un mayor respaldo en el seno de las redes profesionales, financieras y patrimoniales que constituyen el vivero donde se nutre la Alta Dirección de las empresas, pero ello no garantiza que sea la respuesta más adecuada. De hecho no hay seguridad de que muchas de estas estrategias hayan suministrado la capacidad de adaptación esperada. La lógica de reducir costes al máximo, de reducir el número de empleados y de externalizar actividades puede ser peligrosa. Muchas empresas lo hacen de forma compulsiva y siguen eliminando músculo después de eliminar la grasa, dando lugar más que a una organización competitiva y eficiente, con una flexibilidad propia de atletas de élite, a una organización anoréxica²⁶. Los riesgos inherentes a un excesivo *downsizing* y *outsourcing* es que conducen a la pérdida de capacidades organizativas para responder a las necesidades de adaptación, a la vez que transmiten un mensaje amenazador a toda la empresa. Quizás la agenda oculta de muchos de los cambios que se están produciendo no sea otra que la continua transferencia de los costes sociales de las organizaciones al individuo.

6. EL MODELO EMERGENTE DE CARRERA

Ante la crisis del modelo tradicional o clásico de carrera como consecuencia de los cambios descritos, algunos autores, fundamentalmente a partir de la segunda mitad de la década de los 90, han comenzado a reflexionar acerca de la creciente difusión de un nuevo modelo de carrera, al que hemos denominado el modelo emergente²⁷ y que Hall denomina la «carrera de Proteo»²⁸, Waterman, la «carrera adaptable»²⁹, Arthur, la «carrera sin fronteras»³⁰, y Peiperl y Baruch, la «carrera postcorporativa». Aunque es-

²⁶ W.F. CASCIO (1993). «Downsizing. What do we know? What have we learned?». *Academy of Management Executive*, 7: 95-104.

CHRIS HENDRY and ROMY JENKINS (1997). «Psychological contracts and new deals». *Human Resource Management Journal*, Vol. 7, núm. 1: 38-44.

²⁷ Emergente en el sentido de que nace, que emerge, que es principio de una cosa distinta.

²⁸ DOUGLAS T. HALL (1996). «Protean Careers of the 21st Century», *Academy of Management Executive*, Vol. 10. Núm. 4: 8-16.

²⁹ ROBERT H. WATERMAN, JUDITH A. WATERMAN and BETSY A. COLLARD (1994), *Toward a Career-Resilient Workforce*, july-august: 87-95.

³⁰ M.B. ARTHUR (1994). «The boundaryless career: a new perspective for organizational inquiry», *Journal of Organizational Behavior*, Vol. 15, núm. 4: 295-306.



tos autores no realizan descripciones totalmente idénticas de este nuevo modelo, existe una coincidencia en sus rasgos fundamentales y, sobre todo, se enmarcan en un nuevo contrato psicológico de características diferentes al tradicional. Un contrato psicológico más transaccional que relacional, a corto plazo, sin compromisos a largo, sin vínculos emocionales entre las partes. Donde nadie se siente traicionado cuando la relación se rompe. Donde la organización a cambio de un compromiso con el trabajo más intenso que nunca, porque así lo exigen las nuevas formas de organización y de gestión y las nuevas presiones competitivas, ya no ofrece seguridad y avance en la carrera sino, la nueva palabra mágica, «empleabilidad». En el marco de un contrato psicológico de estas características el modelo emergente se caracteriza por los siguientes rasgos:

- De una parte, la carrera se convierte ante todo una responsabilidad del individuo³¹. El empleado toma la dirección de su propia carrera que se convierte de forma creciente en un proyecto de «hágalo usted mismo». El empleado se convierte en un agente de sí mismo que reinventa su carrera al ritmo del cambio. La empresa es tan sólo un socio temporal de conveniencia y el trabajador debe estar preparado y considerar natural que en cualquier momento prescindan de sus servicios, no debe sentirse traicionado por ello. Mientras más variadas y actuales sean sus capacidades más seguro estará que tras las viejas oportunidades vendrán otras nuevas. Como comentan los directivos entre ellos, «debes fabricar y envolver tu propio paracaídas»³². Además, deben estar dispuestos a afrontar riesgos, estar siempre dispuestos a «tirarse por la ventana de la oportunidad» antes de que se cierre. La gestión de carreras en una organización sin puestos y sin estratos jerárquicos, para muchos responsables va poco más allá de asegurar el reclutamiento, la selección de los empleados adecuados. El mensaje ya no es «ayudándonos, te ayudas» sino «ayúdanos y, además, ayúdate»³³. Algunos autores han creído ver ciertas similitudes entre este nuevo modelo de carrera y las denominadas carreras preorganizativas de la época preindustrial³⁴. Es cierto que antes de que surgieran las organizaciones empresariales, si prescindimos de la Iglesia, la Administración y el Ejército, con sistemas

³¹ M.A. CAVANAUGH and R.A. NOE (1999). «Antecedents and consequences of the new psychological contract», *Journal of Organizational Behavior*, 20, 323-340.

³² KENNETH R. BROUSSEAU, MICHAEL J. DRIVER, KRISTINA ENEROTH and RIKARD LARSSON. *Op. cit.*: 54.

³³ MOHAN THITE (2001). «Help us but help yourself: the paradox of contemporary career management», *Career Development International*, 6, 6: 312-317.

³⁴ MAURY PEIPERL, YEHUDA BARUCH. *Op. cit.*: 14-15.

siempre muy peculiares, las carreras de las mayorías de las personas, de los comerciantes, agricultores y artesanos eran exclusivamente una responsabilidad individual. Pero los paralelismos son limitados ya que si se piensa en el trabajo artesanal, está bien documentado que existían trayectorias profesionales fijas, verticales y claramente definidas aunque con pocos niveles, y en virtud de las cuales pasaban de aprendiz a oficial y de oficial a maestro. Además, existía un compromiso del maestro e incluso de las instituciones gremiales con la carrera del aprendiz, por lo que difícilmente se puede considerar que este contrato psicológico era de naturaleza puramente transaccional.

- De otra parte, no sólo desaparece el predominio de los movimientos y trayectorias verticales de carrera sino que las empresas con sus nuevos sistemas organizativos carecen de trayectorias profesionales fijas y las personas que trabajan en ellas no pueden predecir qué pasará con su carrera más allá del corto plazo. No pueden predecir ni en qué van a trabajar mañana, ni en qué organización, ni de qué tipo. De aquí que algunos especialistas, como Hall, para denominar al nuevo modelo hayan acuñado el término de «carrera de proteo³⁵», queriendo reforzar con ello la idea de una carrera que cambia continuamente de forma, en permanente evolución, en adaptación constante a las oportunidades de cada momento, sin previsiones, sin planes, sin trayectorias predefinidas y sin horizonte más allá del muy corto plazo³⁶.

¿Cuáles son las opiniones en el seno del ámbito académico con respecto a este nuevo modelo de carrera? ¿Está muy extendido? ¿Se adaptarán fácilmente los empleados a sus características? ¿Constituye un modelo viable que se terminará consolidando? ¿Exigirá de las empresas un considerable esfuerzo en orden a su implantación? ¿Es una respuesta adecuada ante los problemas que tienen que afrontar las empresas en la actualidad? Las opiniones con respecto a todos estos temas son muy variadas y llenas de matices, sin que sea posible, por ello, proceder a un tratamiento detallado de las

³⁵ Proteo era una divinidad marina que poseía la facultad de conocer el futuro pero nunca lo revelaba a no ser que se viera obligado a ello. Esto era, no obstante, muy difícil de conseguir porque únicamente salía del mar a medio día para dormir la siesta a la sombra de las rocas y, además, a fin de no verse obligado a profetizar, lo que le producía un gran hastío, había obtenido de Poseidon el poder de cambiar de forma voluntariamente. A pesar de todo, si algún mortal, más hábil o con más fortuna que otros, conseguía descubrirlo, el dios recobraba entonces su forma primitiva y predecía el futuro, con gran disgusto, pero de manera infalible.

³⁶ ROBERT BARNER (1994). «The new careee strategist: career management for the year 2000 and beyond», *The Futurist*, september-october: 8-13.



diversas aportaciones al respecto³⁷. En términos muy generales, y probablemente simplificando mucho más de lo aconsejable, es posible identificar las siguientes opiniones:

- En primer lugar, opiniones como la de Waterman³⁸ nos vienen a decir: «el rey ha muerto, larga vida al rey», «la carrera tradicional ha muerto, larga vida a la carrera adaptable»³⁹. Dando por supuesto, explícita o implícitamente, que los trabajadores comprenden la necesidad del cambio, que aceptan la nueva situación e incluso la reivindican, y dando por supuesto que las organizaciones darán el soporte necesario para que individuo pueda gestionar eficazmente su carrera. El lema parece ser: fuera lo viejo y adelante sin reservas con lo nuevo.
- En segundo lugar, es posible encontrar autores que «niegan la mayor», que consideran que se ha sobrevalorado el impacto de las transformaciones producidas en el entorno, que las modificaciones en el seno de las organizaciones no han sido de tanta entidad como se afirma y que éstas continúan, en general, cumpliendo sus promesas de seguridad. Algunos de estos autores estiman que el nuevo modelo es el resultado de un conjunto de aportaciones con tintes futuristas que, en algunos casos al menos, comenten el error de ser muy críticas con el presente a la vez que cubren el pasado con un manto de falso resplandor en lo relativo a la seguridad en el empleo y al desarrollo de trayectorias verticales de carrera. Lo cual sólo fue una realidad en muy pocas organizaciones, muchas de ellas protegidas de la competencia, y para muy pocos profesionales⁴⁰.
- Finalmente, muchos autores, quizá la mayoría, se sitúan en posiciones intermedias entre las dos anteriores aceptado la entidad de los cambios y su impacto sobre el modelo tradicional. Estos autores consideran que en los próximos años coexistirán diversos modelos de carrera, incluso en el seno de una misma organización, que existirán importantes diferencias entre los empleados en lo referente a

³⁷ Véase a este respecto:

PAUL SPARROW and CARY L. COOPER (1998). «New Organizational Forms: The Strategic Relevance of Future Psychological Contract Scenarios», *Canadian Journal of Administrative Sciences*, 15.4: 356-371.

GREAME MARTIN, HARRY STAINES and JUDY PATE (1998). «Linking job security and career development in a new psychological contract». *Human Resource Management Journal*, Vol. 8, núm. 3: 20-40.

³⁸ ROBERT H. WATERMAN, JUDITH A. WATERMAN and BETSY A. COLLARD. *Op. cit.*: 87-95.

³⁹ YEHUDA BARUCH (2001). «Employability: a substitute for loyalty?», *Human Resource Development International*, 4, 4: 543-566.

⁴⁰ DAVID E. GUEST (1998). «Is the psychological contract worth taking seriously? *Journal of Organizational Behavior*, 19: 649-664.

la adaptación a la nueva situación y que el tránsito de lo viejo a lo nuevo supondrá para las organizaciones un reto de envergadura que carece del automatismo que algunos suponen⁴¹. Entre los muchos argumentos de interés que se esgrimen a este respecto cabe destacar los siguientes:

- De una parte, muchos autores afirman que continuarán existiendo organizaciones que ofrezcan a sus empleados algo muy similar a lo que se ha denominado el modelo tradicional de carrera. Hay que tener en cuenta que ésta es también la época de las *megafusiones* y alianzas estratégicas en sectores como la banca, los automóviles, las petroquímicas, la aviación, el suministro de servicios a través de internet etc. Esto está creando *superorganizaciones* que pueden ofrecer empleo de por vida a la gente y tener un papel muy activo en el desarrollo de la carrera de los empleados, al menos de los empleados claves que se integran en el denominado núcleo de la organización. Se estima, desde estas posiciones, que incluso en esta época de incertidumbre las organizaciones necesitan dosis de estabilidad y orden y esto solo se puede lograr con un núcleo más o menos amplio de empleados permanentes a los que se les garantiza alguna forma de carrera en su seno.
- De otra parte, se considera que la aceptación por parte de los empleados del nuevo modelo será muy variable, constituyendo una fuente de gran libertad pero también de gran ansiedad, según los casos. Algunos empleados con un fuerte poder de negociación individual, dadas sus características personales y profesionales, podrán obtener ventajas del nuevo modelo. Tienden a desaparecer los mercados internos de trabajo que creaban ataduras a una organización concreta, tienden a desaparecer las prácticas clásicas de retención y es más fácil desempeñar el papel de «*mercenario de lujo*» cuando los costes de transición hacia el exterior de las organizaciones han desaparecido o se han atenuado sensiblemente. Es cierto también que en la actualidad se habla de la denominada generación «X», que parece ser portadora de valores que se encuentran en sintonía con lo que significa este nuevo modelo de carrera emergente. Una generación que no quiere

⁴¹ Véase en este sentido la interesante aportación de GREGORY LEE que identifica cuatro paradigmas, en función de la aceptación o no por parte de empresarios y trabajadores del nuevo contrato psicológico de carácter transaccional. Cuando este nuevo contrato es aceptado por ambas parte prevalece el paradigma de la flexibilidad, cuando es rechazado, el denominado paradigma de la «retención», mientras que la aceptación por parte de los empresarios y el rechazo por parte de los empleados da lugar al denominado paradigma de la rebelión. GREGORY LEE (2001). «Towards a contingent model of key staff retention: the new psychological contract reconsidered», *South African Journal of Business Management*, 32, (1): 1-9.



ni adquiere compromisos, que no tiene interés por escalar las jerarquías tradicionales y que no desea pasarse toda su vida desarrollando un mismo tipo de trabajo ⁴². No hay que dudar que existan personas que se adapten con facilidad a lo que se considera la nueva realidad de las carreras, pero tampoco hay que dudar de que un número muy alto se sentirán golpeadas desde todas las direcciones por la fuerza del cambio y experimentarán problemas de adaptación de muy diverso tipo:

- Muchas añorarán las trayectorias verticales y la integración en una gran organización jerarquizada, ya que trabajan mejor con una cierta cantidad de rutina y dirección que con una autonomía total. Aunque en teoría trabajar con menos autoridad y con menos reglas facilita una mejor integración entre la vida familiar y laboral, la cultura de la autonomía y la autorresponsabilidad total, arroja muchas veces como resultado el pasar más tiempo trabajando y una mayor presión.
- A muchos de los que pierden su trabajo, como consecuencia de recortes de plantilla y la externalización de servicios, no les resultará fácil continuar con un empleo fuera de los límites de la empresa. Además, diversas investigaciones han mostrado los efectos que estas actuaciones empresariales tienen no sólo entre los damnificados sino también entre los que no se ven directamente afectados por las mismas. El nombre de algunas aportaciones al respecto lo dice todo: «Los resultados del Downsizing: ¿que es peor, ser víctima o superviviente?» ⁴³, en las que se ha analizado el denominado «síndrome del superviviente» con una relación de trabajo fuertemente dañada en muchas de sus facetas.
- Muchos no se adaptarán a la incertidumbre que supone este tipo de carrera y carecerán de la confianza necesaria en sus posibilidades para afrontar los nuevos retos. Concretamente, Durcan y Oates, consideran que las personas que mejor se adaptan al nuevo modelo de carrera son las que se caracterizan por su capacidad de aprendizaje, autoconfianza, autoestima y deseo y potencial para el desarrollo profesional ⁴⁴. Por su parte, London men-

⁴² KENNETH R. BROUSSEAU, MICHAEL J. DRIVER, KRISTINA ENEROTH and RIKARD LARSSON. *Op. cit.*: 54.

⁴³ KAY DEVINE, TRISH REAY, LINDA STAINTON and RUTH COLLINS-NAKAI (2003). «Downsizing outcomes: better a victim than a survivor?», *Human Resource Management, Summer*, Vol. 42, núm. 2: 109-124.

⁴⁴ J. DURCAN and D. OATES (1996). *Career Paths for the 21st Century*, London, Century Business.

ciona una alta seguridad en sí mismas, una fuerte necesidad de logro y predisposición a asumir riesgos. Todo lo cual no constituyen características generalizables a la mayoría de los empleados ⁴⁵.

En la actualidad algunas organizaciones, tales como Nortel o Northern Telecom, entre otras, se encuentran desarrollando esfuerzos orientados a superar algunas de las dificultades indicadas por la vía de lo que se denomina una aproximación pluralista al desarrollo de la carrera ⁴⁶. Lo que básicamente consiste en tratar de ofertar a cada persona el modelo de carrera que mejor se adapte a sus preferencias y características personales.

La mayor parte de los interrogantes que surgen ante el nuevo modelo de carrera tienen su origen en las características del nuevo contrato psicológico en el que este modelo se enmarca. La organización exige más compromiso que nunca con el trabajo, jornadas más largas, responsabilidades adicionales, tolerancia a la ambigüedad y al cambio, capacidades variadas, y todo ello porque así lo demandan las nuevas presiones competitivas, las nuevas formas de organización y las nuevas técnicas de gestión. Paradójicamente parece que las organizaciones esperan que los empleados respondan a una oferta transaccional con un grado de compromiso más propio de una oferta relacional. Si no existe una relación a largo plazo que produzca identificación con la empresa ¿Qué generará este compromiso más intenso y necesario que nunca? Antes exigiendo un compromiso menor, se ofrecía seguridad y avance en la carrera, hoy se ofrece «empleabilidad». Pero, ¿Qué es la empleabilidad? ¿Es una contrapartida razonable? ¿Es una contrapartida real? ¿Están las organizaciones en condiciones de garantizarla?

La empleabilidad es un concepto que gira en torno a la idea de mantenerse competitivo en el mercado de trabajo. No cabe duda que tener un empleo fomenta la empleabilidad de quien lo tiene y que las situaciones de desempleo, y más de desempleo prolongado, descapitalizan profesionalmente. También es posible admitir que las empresas pueden estar interesadas, en ciertos casos, en mantener la empleabilidad interna del trabajador, la empleabilidad que interesa a la empresa. Pero ser competitivos en el mercado de trabajo es algo más, o mucho más. Es que cuando se abandona una organización, por las razones que sean, se tengan garantías de encontrar fácilmente un trabajo al menos similar al que se deja en remuneración, importancia, y estatus. Empleabilidad significa que la organización proporcio-

⁴⁵ Véase por ejemplo: MANUEL LONDON (1996). «Redeployment and continuous learning in the 21st century: Hard lessons and positive examples from the downsizing era», *Academy of Management Executive*, Vol. 10, núm. 4, 67-79.

⁴⁶ KENNETH R. BROUSSEAU, MICHAEL J. DRIVER, KRISTINA ENEROTH and RIKARD LARSSON. *Op. cit.*: 55-65.

na a través de la experiencia y la formación capacidades no sólo transferibles sino también demandadas por el mercado. Dicho de otra manera más directa, un nuevo curso sobre gestión de créditos hipotecarios no hace a un directivo de nivel medio de banca más empleable si no hay vacantes en el sector o un nuevo curso sobre informática y práctica docente no hace más empleable a un profesor si la titulación en la que imparte docencia va a desaparecer con una nueva reforma de los planes de estudio.

No hay ninguna razón, al margen del voluntarismo, que induzca a pensar que las empresas se van preocupar de proporcionar esta empleabilidad externa. En este sentido las investigaciones de Mark Roehling y colaboradores muestran el escepticismo de los propios directivos y directores de recursos humanos hacia el concepto de empleabilidad externa. Una de las frases pronunciada por los mismos ilustra bien a las claras su posición al respecto: «Nosotros pensamos que la empleabilidad es una gran idea, para que la lleven a la práctica nuestros competidores»⁴⁷. Ni está claro cuáles son las capacidades que suministran empleabilidad, lo cual puede ser considerado a veces una pregunta muy difícil de responder⁴⁸, ni está claro por qué, en el caso de que fueran conocidas, las organizaciones tendrían interés en suministrarlas si van más allá de la empleabilidad interna.

La retórica de la empleabilidad⁴⁹ surge ante la necesidad evidente de generar ilusión, de generar optimismo, de tratar de equilibrar una relación claramente desequilibrada, de mantener la ficción de que los cambios no han dado lugar a una relación ganador-perdedor. En suma, de convencer de que los cambios no han dado lugar a una relación que Tsui y colaboradores denominan de «infrainversión»⁵⁰, en la que el empresario exige pleno compromiso al empleado a la vez que tiene plena libertad para prescindir de él sin obligaciones a largo plazo con su carrera.

Pero la retórica de la empleabilidad no acaba de convencer, no acaba de cristalizar en algo significativo, siendo interpretada por muchos como

⁴⁷ MARK V. ROEHLING, MARCIE A. CAVANAUGH, LISA M. MOYNIHAN and WENDY R. BOSWELL (2000). «The nature of the new employment relationship: a content analysis of the practitioner and academic literatures», *Human Resource Management*, Winter, Vol. 39, núm. 4: 305-320.

⁴⁸ Hay que tener presente que las empresas invierten gran cantidad de recursos en la detección de necesidades formativas y no siempre con éxito

⁴⁹ A. RAJAN (1997). «Employability in the finance sector: rhetoric vs reality». *Human Resource Management Journal*, Vol. 7, núm. 1: 67-78.

R. PASCALE (1995). «In search of the new employment contract», *Human Resources*, november-december, 21-26.

YEHUDA BARUCH. *Op. cit.*: 543-566.

⁵⁰ ANNE S. TSUI, JONE L. PEARCE, LYMAN W. PORTER, ANGELA M. TRIPOLI (1997). «Alternative approaches to the employee-organization relationship: does investment in employees pay off?», *Academy of Management Journal*, Vol. 40, núm. 5: 1089-1121.



algo vacío de contenido, como una cortina de humo que se extiende sobre empleados y directivos para que no tomen conciencia de la pérdida real de oportunidades y de poder a que están dando lugar las nuevas transformaciones.

¿Quiere esto decir que el modelo de carrera emergente, por el desequilibrio que comporta, no será un modelo estable o viable? No necesariamente, es muy posible que el modelo emergente de carrera sea aceptado por la mayoría, con resignación y sin entusiasmo, debido a que se impone, lo que frecuentemente se olvida, en el marco de unas relaciones de poder asimétricas, y que, como consecuencia de ello, trabajadores y empleados ajusten sus expectativas a la baja, plenamente conscientes de que no existen alternativas reales. Tampoco hay que descartar que las transformaciones que se han producido den lugar a una relación perdedor-perdedor porque la respuesta de los empleados y directivos ante tanta inseguridad genere todo un conjunto de comportamientos disfuncionales que entren en contradicción con el compromiso necesario. Entre los menos dañinos, emplear buena parte de sus energías en blindajes de diverso tipo y en la construcción y mantenimiento de una red externa de contactos que le facilite una salida en caso de dificultad, es decir, emplear buena parte de sus energías en la fabricación de su propio paracaídas particular.

El modelo tradicional de carrera constituía un modelo ideal que tiende a desaparecer sin que haya surgido por el momento nada nuevo que lo sustituya con el mismo nivel de credibilidad colectiva. Se puede afirmar que lo que ha ocurrido simplemente es que una ficción interesada, la empleabilidad, ha sustituido a otra, no menos ficción y no menos interesada, trayectorias verticales para todos, pero todo parece indicar que esta última estaba mejor construida y concitaba un mayor grado de consenso.



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

SANTOS M. RUESGA BENITO
Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

CARLOS RESA NESTARES
Profesor de Economía Política
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Lo que llevamos del año 2003 parece confirmar un referente en las expectativas del ciclo económico, respecto a la situación del año pasado. El crecimiento económico del trimestre llega casi a los 2,5 puntos porcentuales, mostrando una tendencia ascendente a lo largo del año, que sin embargo, no permitirá alcanzar, para el conjunto del año la tasa media del año 2002. Da la impresión de que, aunque ligeramente, la economía española se recupera de la recesión por la que atravesó en la parte final de 2002 y principio del año 2003. En este contexto la generación de empleo se ha recuperado, creciendo en tasa interanual a un ritmo del 2,8; por ciento, un punto porcentual más que hace un año.

Por contraste con el mismo trimestre del 2002, la población activa ha moderado su ritmo de crecimiento, en tasa interanual, lo que ha redundado en un descenso de casi tres décimas en la tasa desempleo con tan solo un ligero incremento en la cifra de parados. Es interesante resaltar como se están produciendo algunas variaciones que, si no importantes en cuantía si lo son por lo que apuntan en la estructura del desempleo por género y edad.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a diciembre de 2003.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL

Enero 2004

	Unidad	Periodo	Dato	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
				VA(*)	VB(*)	Dato	VA(*)	VB(*)	
I. MERCADO DE TRABAJO									
Población activa	Miles	3 ^{er} Trim. 03	18.932,4	+1,0	+2,5	3.181,4	+0,6	+2,2	
Tasa de actividad	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 03	55,31	+0,8	+1,8	53,00	+0,4	+1,4	
Hombres	67,80	+0,8	+0,8	67,22	+0,4	+0,3	
Mujeres	43,52	+0,9	+3,5	39,53	+0,4	+3,3	
16-19 años	26,25	+6,5	-2,1	28,62	+4,1	+1,7	
20-24 años	64,28	+4,3	+3,0	62,17	+2,3	+0,3	
25-54 años	79,45	+0,2	+1,5	73,85	-0,2	+1,2	
Más de 55 años	17,58	+0,4	+3,5	15,70	+1,5	+2,7	
Ocupados	Miles	3 ^{er} Trim. 03	16.817,8	+0,9	+2,8	2.586,4	-0,1	+4,6	
Agricultura	910,7	-2,5	+0,2	215,8	-11,6	+0,4	
Industria	3.146,8	+0,6	-1,8	296,0	+1,8	+1,9	
Construcción	1.989,2	-1,0	+4,3	378,8	+1,3	+10,9	
Servicios	10.771,1	+1,7	+4,2	1.695,8	+1,8	+4,4	
Asalariados del sector público	..	3 ^{er} Trim. 03	2.742,6	+1,0	+3,7	
Asalariados temporales	..	3 ^{er} Trim. 03	4.220,2	+1,6	+2,7	
Parados encuestados	..	3 ^{er} Trim. 03	2.114,6	+1,4	+0,4	595,0	+3,5	-7,0	
Hombres	916,2	+3,2	+2,4	262,6	+0,3	-9,6	
Mujeres	1.198,4	+0,1	-1,0	322,4	+6,2	-4,9	
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 03	11,17	+0,4	-2,1	18,70	+2,9	-1,3	
Hombres	8,13	+2,3	+0,9	13,38	-0,3	+1,1	
Mujeres	15,64	-0,9	-5,0	27,28	+5,6	-3,2	
16-19 años	30,69	-7,9	+3,9	36,22	-4,5	-12,6	
20-24 años	20,13	+3,5	+0,1	27,60	+0,6	-8,2	
25-54 años	9,95	-1,0	-2,6	17,05	+3,3	-8,6	
Más de 55 años	7,12	+13,7	+4,7	14,64	+10,6	-5,5	
Parados de larga duración	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 03	36,94	+0,1	+0,9	35,48	-3,3	+0,6	
Parados registrados	Miles	3 ^{er} Trim. 03	1.583,5	-2,4	+1,3	349,2	-1,9	-6,1	
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 03	73,56	+2,7	+5,4	
II. CONDICIONES DE TRABAJO									
Salario mínimo	€/mes	2003	460,50	..	+2,0	460,50	..	+2,0	
Coste laboral por trabajador	€/mes	3 ^{er} Trim. 03	1.942,03	-2,4	+3,6	1.790,90	-1,7	+3,1	
Industria	2.228,89	-2,2	+4,4	2.049,23	+0,6	+4,3	
Construcción	1.850,13	-4,6	+6,4	1.819,09	-1,1	+5,9	
Servicios	1.866,14	-1,9	+2,9	1.728,86	-2,2	+2,2	
Jornada laboral efectiva	horas/mes	3 ^{er} Trim. 03	129,2	-8,3	-0,1	132,2	-6,2	-1,2	
Accidentes mortales de trabajo	Total	3 ^{er} Trim. 03	400	+7,2	+2,3	
III. REGULACIÓN DE EMPLEO									
Expedientes	Total	3 ^{er} Trim. 03	975	-14,8	-0,5	71	-50,0	-30,4	
Trabajadores	Extinción de empleo	..	8.714	+2,6	+12,7	581	+28,0	+24,1	
	Suspensión de empleo	..	5.038	-69,1	+21,6	24	-93,7	-88,5	
	Reducción de jornada	..	738	+54,1	+258	3	+200	-70,0	
IV. CONFLICTOS LABORALES									
Huelgas	Total	3 ^{er} Trim. 03	147	-52,7	+34,9	
Participantes	Miles	..	29,2	-95,2	+132	1,5	-98,9	+114,3	
Jornadas no trabajadas	79,0	-82,5	+9,3	1,8	-92,4	-25,0	
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS									
Crecimiento económico	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 03	2,4	2,3	1,8	
Balanza por cuenta corriente	Millardos	3 ^{er} Trim. 03	-5,4	-4,1	-3,0	
Inflación	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 03	2,9	2,8	3,5	2,9	2,7	3,2	
Déficit público	(operaciones no financieras)	Millardos	2.º Trim. 03	-4,1	-2,8	-5,6	
Tipo de interés (Euribor 12 meses)	Porcentaje	4.º Trim. 03	2,4	2,2	3,0	

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



ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA COYUNTURA LABORAL EN EL TERCER TRIMESTRE DEL AÑO 2003
 - 2.1. La demanda de trabajo
 - 2.2. La oferta de trabajo
 - 2.3. Desempleo
 - 2.4. Condiciones de trabajo
3. COYUNTURA LABORAL EN ANDALUCÍA EN EL TERCER TRIMESTRE DE 2003
 - 3.1. La oferta de trabajo
 - 3.2. La demanda de trabajo
 - 3.3. El desempleo
 - 3.4. Paro registrado
 - 3.5. Algunos aspectos a escala provincial

1. INTRODUCCIÓN

Lo que llevamos del año 2003 parece confirmar un referente en las expectativas del ciclo económico, respecto a la situación del año pasado. El crecimiento económico del trimestre llega casi a los 2,5 puntos porcentuales, mostrando una tendencia ascendente a lo largo del año, que sin embargo, no permitirá alcanzar, para el conjunto del año la tasa media del año 2002. Da la impresión de que, aunque ligeramente, la economía española se recupera de la recesión por la que atravesó en la parte final de 2002 y principio del año 2003. En este contexto la generación de empleo se ha recuperado, creciendo en tasa interanual a un ritmo del 2,8; por ciento, un punto porcentual más que hace un año.

Por contraste con el mismo trimestre del 2002, la población activa ha moderado su ritmo de crecimiento, en tasa interanual, lo que ha redundado en un descenso de casi tres décimas en la tasa desempleo con tan solo un ligero incremento en la cifra de parados. Es interesante resaltar como se están produciendo algunas variaciones que, sino importantes en cuantía si lo son por lo que apuntan en la estructura del desempleo por género y edad.

2. LA COYUNTURA LABORAL EN EL TERCER TRIMESTRE DEL AÑO 2003

2.1. La demanda de trabajo

El volumen de ocupados se ha incrementado en cerca de ciento cincuenta mil personas en el tercer trimestre de 2003, y en algo más de cuatrocientos cincuenta mil a lo largo del año. En términos relativos, la demanda de trabajo se expandió en cerca del 3 por ciento, mostrando una recuperación importante respecto a la situación que mostraban las estimaciones de



la EPA hace un año, cuando se alcanzaban las cifras relativas de generación de empleo más bajas desde mediados de los noventa.

Analizando las características tanto de las nuevas personas ocupadas como de los empleos generados se constata ese cambio de tendencia en la dinámica del mercado laboral.

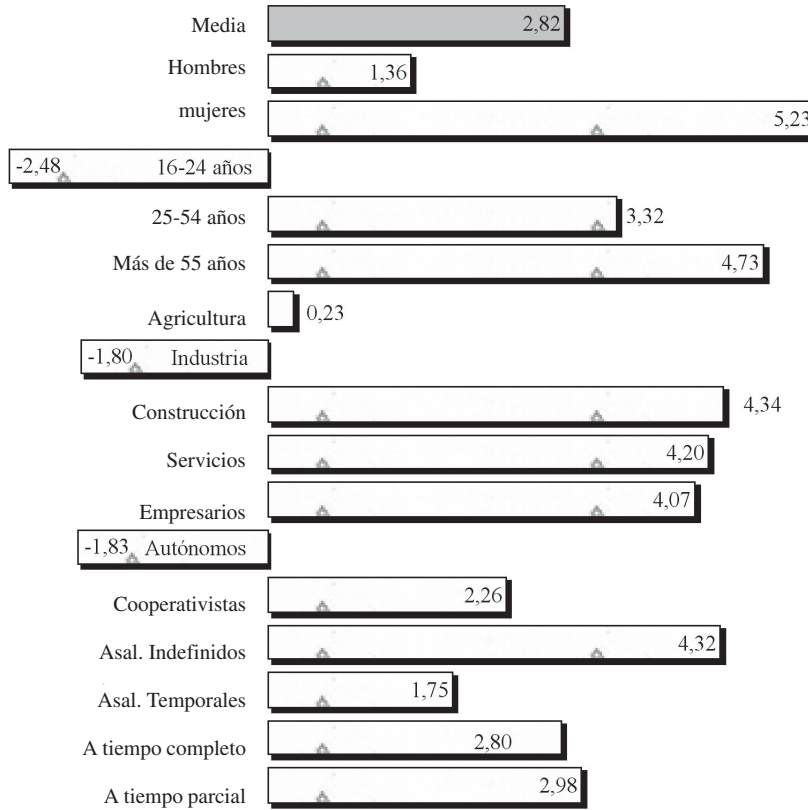
De un lado, el crecimiento de la ocupación afecta de modo singular a las mujeres, cuyo volumen de empleo se incrementa en tasa interanual por encima de cinco por ciento, frente a un ascenso en la ocupación de los varones inferior al 1,5 por cien, para una tasa media de crecimiento de la población ocupada del 2,8 por ciento.

De otro lado, se observa una mejora relativa en la evolución del empleo juvenil —que confirma su senda descendiente por razones fundamentalmente demográficas—. Y, por contraste con el año anterior, la recuperación relativa del empleo se muestra más intensa en el segmento de población de mayor edad; creciendo los ocupados mayores de 55 años a un ritmo cercano al 5 por ciento, en tasa interanual.

Y, sectorialmente el dinamismo del empleo vuelve de la mano de la construcción y los servicios. La agricultura cambia su registro, tornando a cifras ligeramente positivas en la evolución del empleo. Por el contrario, el sector industrial retorna a lo que viene siendo su secuencia de largo plazo, en las últimas décadas, reduciendo su nivel de ocupación en casi dos puntos porcentuales en el último año, aunque con un ligero repunte para el tercer trimestre.

Así que de los cuatrocientos sesenta mil empleos netos de incremento estimado para el último año, los servicios aportaron cuatrocientos treinta y cinco mil, es decir más del noventa por ciento de la nueva ocupación, correspondiendo a la construcción otro dieciocho por ciento de la generación de empleo neto, restando a estas cifras la industria, hasta un doce por cien del saldo neto de la ocupación.

**CRECIMIENTO DEL EMPLEO POR CARACTERÍSTICAS DE LOS OCUPADOS
Y DEL EMPLEO, 3^{er} Trimestre 2003 (Interanual)**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa.

Se mantiene la tendencia observada ya en el año anterior hacia la caída en el número de trabajadores autónomos, aunque en términos relativos se modera el descenso experimentado por el empleo en este colectivo. Lo contrario ocurre con los ocupados como empresarios que experimentan un crecimiento aún superior al del año pasado en este mismo periodo.

En cuanto al empleo según la duración de la jornada se registra un ligero mayor crecimiento para los ocupados a tiempo parcial, rompiendo con

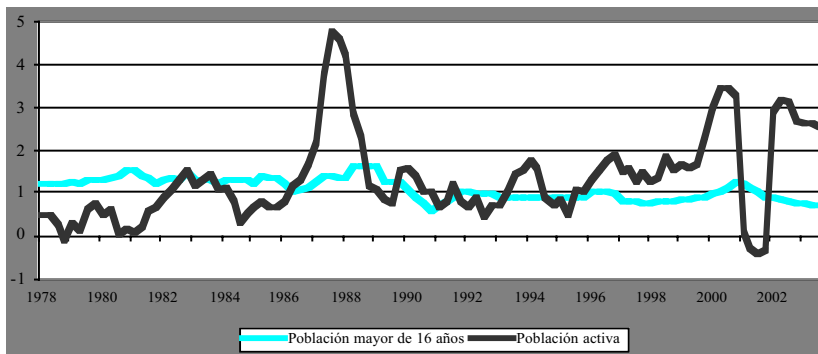
la situación estimada al pasado año, cuando este tipo de empleo apenas creció, perdiendo por tanto pero relativo en el conjunto de la ocupación.

En el ámbito del empleo asalariado, los trabajadores con contrato indefinido siguen aportando una mayor proporción a la generación de empleo, lo que significa que se mantiene la tendencia ligeramente descendente de la temporalidad en el conjunto de la ocupación asalariada. También en este capítulo es interesante constatar como el empleo asalariado en el sector público crece a un ritmo casi un punto porcentual por encima de la tasa registrada para el conjunto de la ocupación, refrendando una situación que se viene observando desde años atrás. Esto se está manifestando en el registro de una tendencia al alza de la importancia relativa del sector público en la dinámica de generación de empleo.

2.2. La oferta de trabajo

El ritmo de crecimiento de la población potencialmente activa (mayor de 16 años) sigue una senda ligeramente descendente, a pesar de que el flujo de inmigrantes extranjeros continúa en ascenso. Desde el inicio del año dos mil se está observando una reversión en la tendencia de la tasa de crecimiento de la población mayor de 16 años, que tiende a disminuir de manera sistemática, (en 2003 crece a un ritmo de 0,7 por ciento), como resultado de los intensos cambios demográficos acaecidos hace veinticinco años, cuando se produjo un vuelco en las tasas de natalidad.

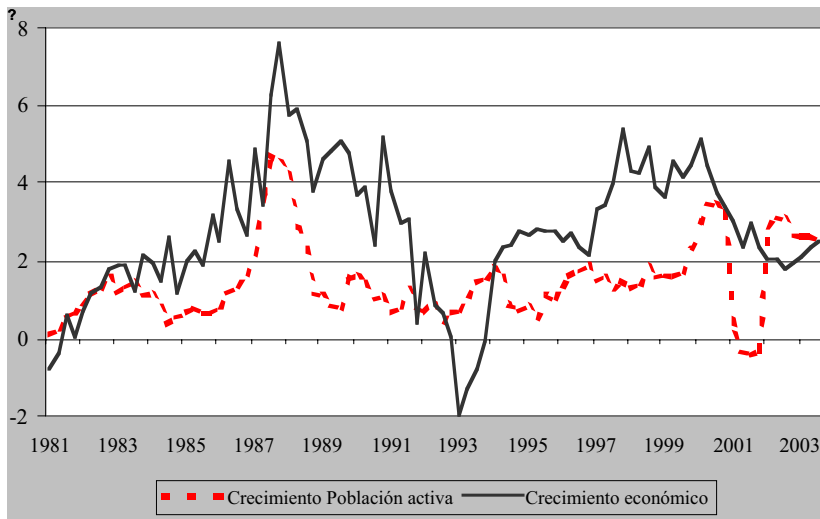
**CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN MAYOR DE 16 AÑOS
Y DE LA POBLACIÓN ACTIVA, 1978-2003**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Esta evolución demográfica se deja notar en la dinámica de la oferta de trabajo, cuyos efectivos están creciendo a un ritmo paulatinamente descendente. Así, en el periodo que transcurre entre los terceros trimestres de 2002 y 2003 la población activa se incremento en cuatrocientos cincuenta mil personas, cien mil menos que en el año inmediatamente anterior. En términos de tasa de crecimiento, ahora crece a un ritmo de 2,5 por ciento anual frente a un 3,1 en el periodo un punto porcentual hasta situarse en 55,3 por ciento. Del crecimiento experimentado por la población activa en 2003, en torno a la mitad proviene de la mano de obra inmigrante, que aumenta notablemente su nivel de ocupación en España.

CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN ACTIVA Y CRECIMIENTO ECONÓMICO, 1981-2003



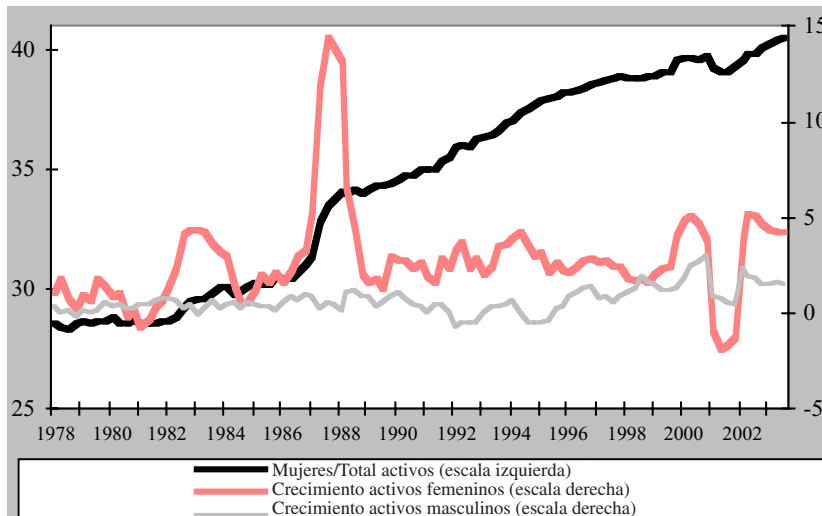
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Contabilidad Nacional, Instituto Nacional de Empleo.

Así pues, la población activa sigue creciendo a tasas superiores a las de la población mayor de 16 años, a causa, fundamentalmente del fuerte tirón que está experimentando la actividad femenina, aunque ya las distancias entre oferta potencial y oferta de trabajo disminuyen ligeramente, por contraste, con lo que ocurriera el año pasado, volviendo así pauta de comportamiento relativa más habituales en la dinámica del mercado laboral español. Como se recordara, el año pasado se apuntaba en esta misma revista (núm. 68, pág. 134) que «durante la mayor parte de la pasada década, el

estirón de la población activa prácticamente calcó, aunque con dientes de sierra mucho mas acusados, el tipo de comportamiento que siguió la población de dieciséis años. A medida que el crecimiento económico se ha ido haciendo mas patente y visible para la población a finales de los años noventa, algunos desanimados han sentido la llamada del mercado y, en consecuencia, el aumento de la población activa comenzó a despegar, separándose del efecto puramente demográfico».

Se está registrando una cierta convergencia entre las tasas de crecimiento del producto y de la población activa, que pude responder a una menor incidencia del efecto «desánimo» (incorporación que en situaciones anteriores de recuperación del ciclo.

CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN ACTIVA POR SEXO Y PARTICIPACIÓN TOTAL DE LAS MUJERES EN LA ACTIVIDAD, 1978-2003



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Como viene siendo habitual desde hace más de dos décadas, con breves episodios en sentido contrario, son las mujeres activas quienes experimentan un crecimiento más rápido en el conjunto de la oferta de trabajo. En los últimos tres años la tasa de crecimiento de la población activa femenina ha cuadruplicado a la de la masculina, superando ya el contingente de mujeres el cuarenta por ciento de la oferta global de trabajo.

Combinando en el análisis de la dinámica de la oferta laboral, la perspectiva de género y edad, se observa que son las mujeres de más edad quienes aumentan en mayor proporción su oferta de trabajo, situándose en el polo opuesto los varones más jóvenes.

**CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN ACTIVA POR SEXO Y EDAD,
VARIACIÓN INTERANUAL HASTA EL TERCER TRIMESTRE 2003**

Mujeres más de 55 años	9,8
Mujeres 25-54 años	4,8
Hombres más de 55 años	3,1
Hombres 25-54 años	1,8
Hombres 20-24 años	-0,5
Mujeres 20-24 años	-2,2
Mujeres 16-19 años	-2,4
Hombres 16-19 años	-7,6

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa.

Como se ha hecho referencia en anteriores informes el nivel de calificación de la fuerza de trabajo avanza inexorablemente.

Más de tres cuartas partes de la población que accede al mercado laboral español cuenta con una titulación académica de grado medio o superior, proporción que además asciende de modo continuó.

La estructura de la población activa por cualificaciones muestra una composición más avanzada en el caso de las mujeres, debido a que el coste de oportunidad del trabajo doméstico aumenta a medida que se eleva el nivel educativo, son las mujeres con menor nivel de estudios quienes se insertan en menor medida en el mercado laboral.

No obstante, este diferencial en materia de nivel educativo entre la oferta de trabajo femenina y la masculina no se refleja ni en el grado de inserción en el mercado laboral ni en los niveles salariales; en ambas cuestiones son los activos varones quienes muestran resultados satisfactorios, menor tasa de paro y mayores salarios unitarios, a pesar de las diferencias educativas.

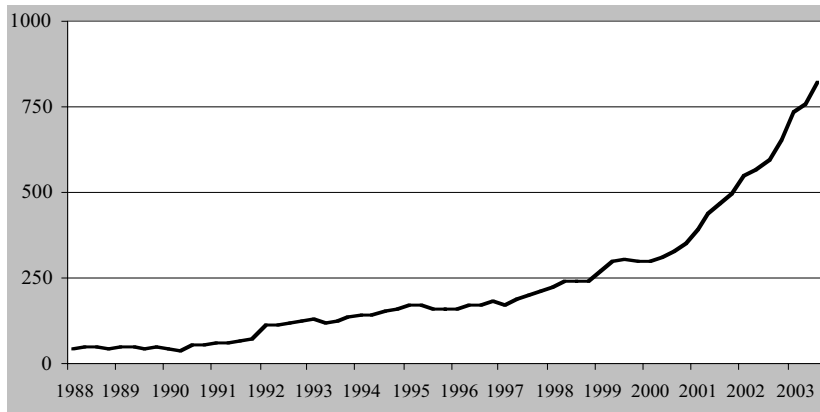
Profundizando un poco más en estas diferencias de titulación académica entre los activos femeninos y los masculinos, se constata como tales divergencias son más acusadas en las edades más jóvenes, descendiendo hasta casi su desaparición en edades más maduras. Lo que refleja el avance espectacular que está experimentando la mujer en los estudios superiores.

Casi la mitad del incremento estimado de la oferta de trabajo en el año 2003 procede del extranjero, como se ha señalado anteriormente. Entre el periodo entre los terceros trimestres de 2002 y 2003, la oferta de trabajo inmigrante se incrementa en cerca de un cuarenta por cien. Obviamente es-

tas cifras dejan fuera a toda la inmigración no regularizada (a los «sin papeles»), pero, probablemente también a parte de la regularizada, dadas las características del diseño muestral y de trabajo a cargo de la Encuesta de Población Activa española.

Como se puede observar en el gráfico adjunto el ascenso importante de la presencia de fuerza de trabajo inmigrante se produce hacia finales del 2000; desde entonces la oferta de laboral de esta población se ha triplicado prácticamente.

ACTIVOS EXTRANJEROS EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL, 1988-2003



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

La procedencia de los activos extranjeros marca fuertes diferencias de comportamiento, debido a diversas características. En este sentido, cabe destacar como son los inmigrantes latinoamericanos, los que representan una mayor proporción sobre el total y en ascenso. De igual modo, las mujeres representan una proporción creciente entre los mismos, siendo la población procedente de Latinoamérica quien aporta un gran contingente de mano de obra femenina; que además, en términos relativos evoluciona en ascenso. Parece que los procesos migratorios desde este continente se inician por una mujer y una vez estabilizada su presencia en España son ellas las que impulsan el reagrupamiento familiar.

Para el resto de las procedencias, la proporción de mujeres sobre el total de inmigrantes, evoluciona a la baja, de forma particular entre los procedentes de África.

**PORCENTAJE DE MUJERES ENTRE LOS ACTIVOS EXTRANJEROS
POR PROCEDENCIA, 1991, 2001 Y 2002**

	1991	2001	2002
Unión Europea	38,1	36,1	35,5
Resto de Europa	37,3	45,1	44,7
América Latina	41,1	52,3	55,6
Resto del mundo	26,5	24,2	21,8
TOTAL	34,9	40,5	43,1

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Es significativo constatar las diferencias en el nivel de cualificación formal de la mano de obra según procedencia. Los contingentes activos procedentes de Europa se sitúan en los niveles de cualificación por encima de la media española —cualificación formal, definida por el nivel educativo alcanzado—. Se observa una diferencia importante, no obstante, entre los procedentes de la Unión Europea y de los de la Europa del Este. En el primer caso el nivel educativo es superior, y además, su inserción laboral se orienta hacia los empleos de mayor cualificación. Para los inmigrantes procedentes del Este de Europa, su integración se lleva a cabo en los niveles más bajos de la pirámide profesional.

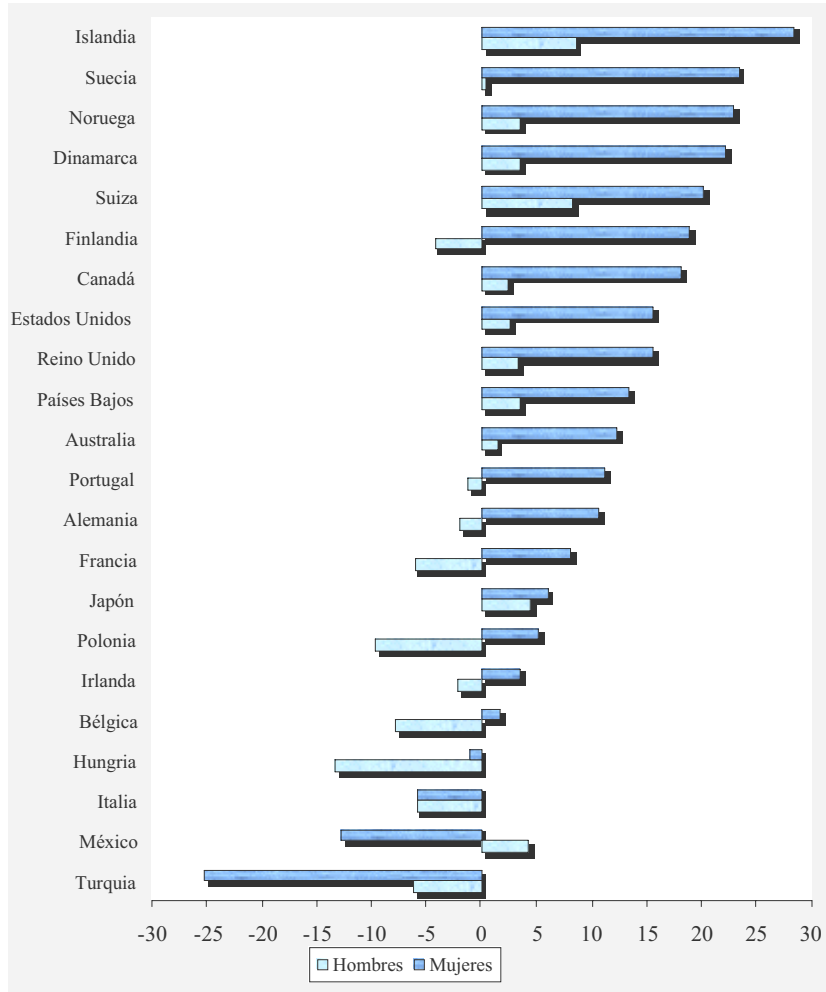
**NIVEL EDUCATIVO DE LOS ACTIVOS
POR LUGAR DE PROCEDENCIA, 2002**

	Analfabetos	Estudios primarios	Estudios secundarios	Estudios superiores
Unión Europea	0,0	11,2	38,1	50,8
Resto de Europa	0,0	16,1	50,4	33,4
América Latina	0,1	21,2	56,5	22,2
Resto del mundo	7,0	41,9	39,4	11,7
España	0,4	22,2	48,9	28,5

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Tanto los inmigrantes procedentes del Este de Europa con los de otros orígenes la cualificación relativa, según nivel educativo, va descendiendo a medida que se incrementa el volumen de inmigrantes. Este proceso es significativo especialmente con los que proceden de Latinoamérica. Esto muestra que en los inicios de los procesos migratorios arrancan los más formados, para continuar grupos poblacionales con menores niveles educativos.

**DIFERENCIAL* EN TASA DE ACTIVIDAD DE PAÍSES SELECCIONADOS
CON RESPECTO A ESPAÑA POR SEXO, 2002 (EN PUNTOS PORCENTUALES)**



* Diferencial = Tasa de actividad en un país – Tasa de actividad en España.

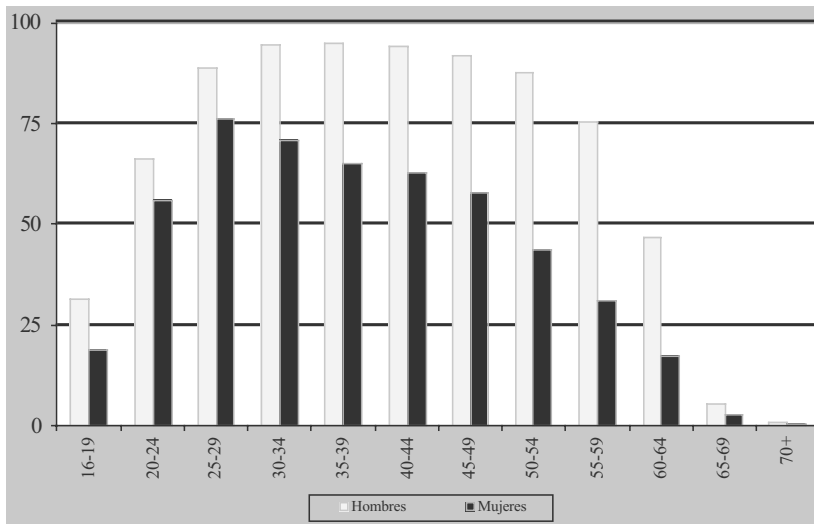
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Desde un punto de vista dinámico la actividad laboral sigue avanzando a un ritmo importante, como se señalaba más arriba, habiéndose incrementado en un punto porcentual. Se mantiene la tendencia al alza que venía manifestando desde 1998, cuando la tasa de actividad superó el techo del cin-



cuenta por cien. De igual modo, las tendencias de las tasas respectivas de actividad por género siguen en la secuencia marcada ya hace varias décadas con ligeras alternaciones: mientras la tasa de actividad femenina sigue su curso ascendente, la masculina ha quebrado su tendencia declinante para recuperar, desde el año 2000, algunas décimas cada año.

TASAS DE ACTIVIDAD POR SEXO Y TRAMOS DE EDAD, 2002



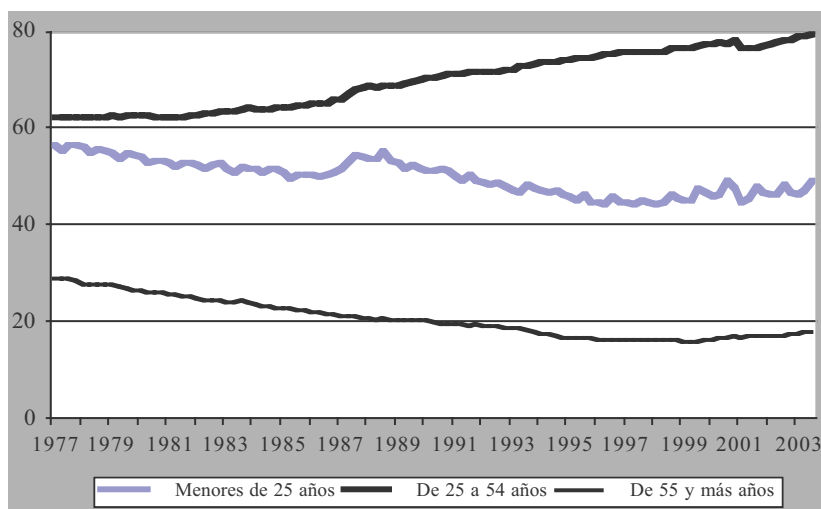
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

A pesar de estos avances significativos en la tasa de actividad femenina española, siguen siendo aún muy abultadas las diferencias con respecto a la mayoría de los países europeos. Las diferencias mucho más atenuadas por lo que se refiere a las tasas de actividad masculina. Tan solo algunos países, como Turquía, México o Italia, dentro de los de la OCDE, registran tasas de actividad femeninas significativamente menores. Como se señalaba en esta misma revista el año 2003 (núm. 68, pág. 161), «la tasa de actividad por edades ha mostrado un comportamiento muy dispare en el pasado reciente, que se ha esbozado gráficamente mediante un achatamiento de la pirámide de la población trabajadora. Mientras se aumentaba la parte central, como consecuencia sobre todo de la incorporación de las mujeres maduras al mundo laboral, en los extremos se generaban las reacciones contrarias. Los jóvenes han abandonado masivamente el mercado de trabajo y se retraen a incorporarse al mismo hasta edades más tardías, en buena parte como

consecuencia de una prolongación de los estudios bien entrados los veinte años. Por el otro extremo de la pirámide de edad, los mayores de cincuenta y cinco años veían igualmente reducirse su participación laboral gracias a las jubilaciones y las prejubilaciones».

Pero, de igual modo, como también se señalaba el año pasado, se estaban produciendo algunas modificaciones a esta situación, hipótesis que se refuerza con los datos relativos al tercer trimestre de 2003. Al menos en lo que se refiere a la población activa de más edad su tasa de actividad respectiva continua en ascenso; no ocurre así respecto a los más jóvenes (de 16 a 19 años), aunque sí para el grupo de edad intermedia (20-24 años), por lo que en conjunto la tasa de actividad de los jóvenes experimenta un ligero repunte.

TASA DE ACTIVIDAD POR GRUPOS DE EDAD, 1977-2003



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Por otro lado, se observa una mayor convergencia en las tasas de actividad hombre-mujer en los tramos centrales de edad, (entre 20 y 50 años) que es donde se concentra el crecimiento más intenso de la actividad laboral femenina. Sigue no obstante siendo marcada la caída en la tasa de actividad femenina a partir de los 30 años de edad, por constaste con los varones que no entran en esa secuencia de ret4oceso hasta los 45 años.

El nivel educativo de los diferentes grupos poblacionales tiene una incidencia muy acusada en las respectivas tasas de actividad tal incidencia se



relaciona con la estructura de la población por edades, que explica, asimismo, la distribución por titulación académica. Así la tasa de actividad de los analfabetas es muy baja y experimenta un rápido declive, en tanto que la población totalmente iletrada se sitúa en los tramos más altos de edad, saliendo del mercado laboral. Téngase en cuenta que la tasa de actividad aquí estimada tiene como denominador a la población mayor de 16 años.

La tasa de actividad de la población con el resto de niveles educativos sigue pautas semejantes: disminuye para los niveles educativos más bajos (primaria y formación profesional) y asciende para los tramos educativos de mayor cualificación (secundaria y superior).

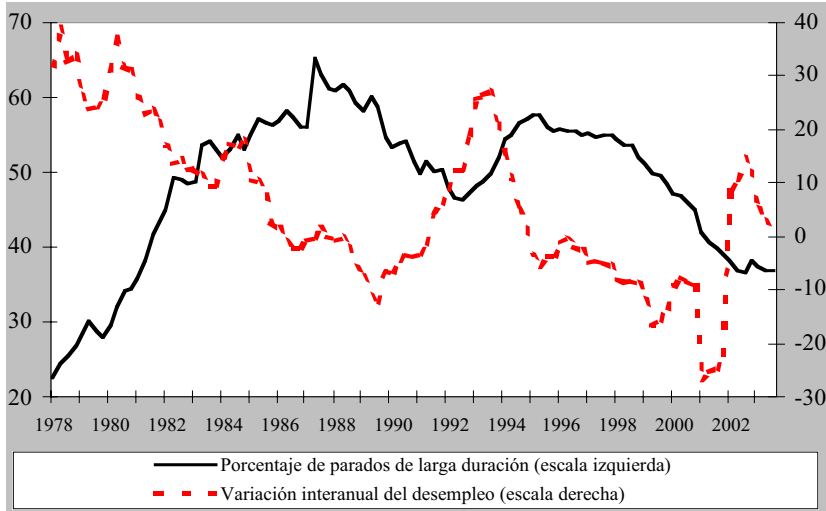
2.3. Desempleo

La relativa moderación en la tasa de crecimiento de la población activa expandida, como se analizará más adelante y el mayor dinamismo en la generación del empleo traen como resultado un incremento muy moderado en el ascenso del desempleo, en cifras absolutas, y un descenso de 25 centésimas respecto al mismo periodo del año anterior, en lo que a tasa de paro se refiere. Con ello aún la cifra de desempleados se aleja un poco más del objetivo expresado en algún momento desde instancias oficiales de situarse por debajo de los dos millones de desempleados.

Se constata, no obstante, que de acuerdo con lo apuntado sobre el cambio de ciclo, se ha quebrado la línea ascendente en la tasa de crecimiento del volumen de desempleo que se venía estimando desde inicios del año 2001 hasta finales del 2002.

En razón del género, la evolución del desempleo vuelve a pautas habituales en las fases expansivas, disminuye más rápidamente (o crece menos) entre las mujeres. En efecto, así ocurre en el tercer trimestre de 2003: en tasa interanual el desempleo masculino crece un 2,35 por ciento en tanto que el femenino disminuye un uno por cien. Es decir, se estima en 21 mil más el número de hombres desempleados y en 12 mil el de mujeres, respecto a la situación de hace un año.

VARIACIÓN DEL DESEMPLEO Y PORCENTAJE DE PARADOS DE LARGA DURACIÓN, 1978-2003



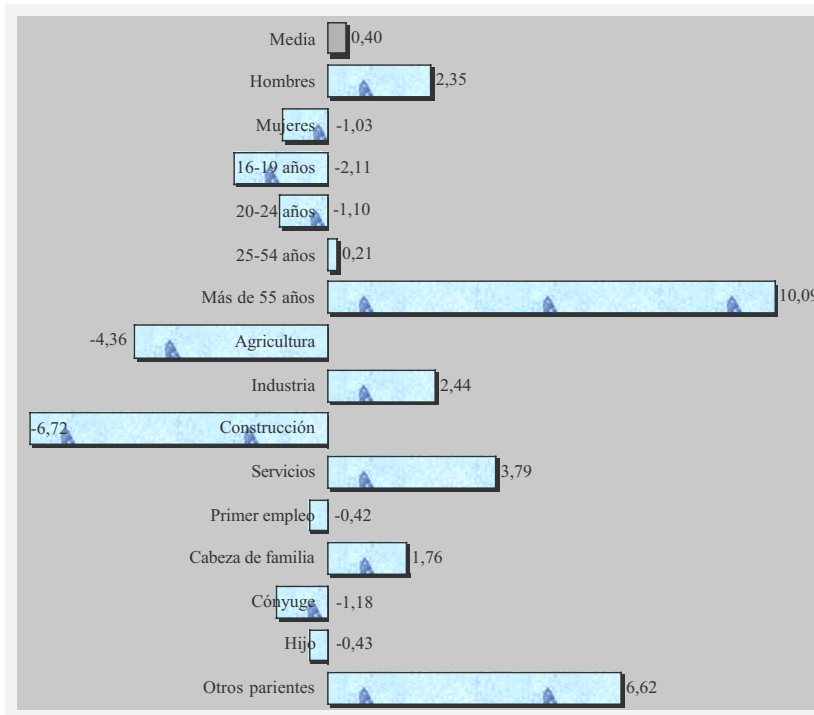
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

A pesar de la evolución de la ocupación por tramos de edad, analizada anteriormente, el desempleo, en términos absolutos crece más (o desminuye menos) a medida que aumenta la edad, en términos semejantes a lo que ocurría el pasado año en el mismo periodo. No se observa el mismo posicionamiento si el análisis se sitúa en términos de tasa de paro. Aquí los cambios van en dirección contraria, reflejando la evolución de la actividad, fuertemente descendente en las edades más jóvenes y ascendente en las más maduras de la pirámide, pero a mayor velocidad que la propia población activa.

En concordancia con la evolución del desempleo por edades, el volumen de desempleo de los que acceden por primera vez al mercado laboral desciende.

Por contraste, los que trabajaran anteriormente en la industria y en mayor proporción relativa aún, los que lo hicieron en servicios, contribuyen a engrosar las cifras del desempleo. En la industria, a causa de la caída neta en el volumen de ocupación y en los servicios, debido a la importancia relativa de la población femenina que se incorpora a la actividad desde la inactividad pasando por el desempleo.

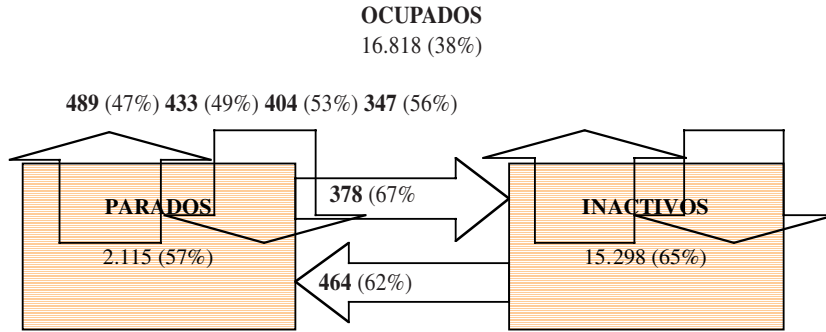
**CRECIMIENTO DEL DESEMPLEO POR CARACTERÍSTICAS
DE LOS DESOCUPADOS Y DEL ÚLTIMO EMPLEO,
3^{er} TRIMESTRE 2003 (INTERANUAL)**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa.

En este sentido, se observa como el tránsito hacia la actividad se realiza, para las mujeres —con mayor presencia relativa en el sector servicios—, a través del desempleo, en mayor proporción que a través de la ocupación.

MOVIMIENTOS EN EL MERCADO DE TRABAJO, 3^{er} TRIMESTRE 2003
(EN MILES DE PERSONAS, PORCENTAJE DE MUJERES ENTRE PARÉNTESIS)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Los cabezas de familia, al igual que en el mismo trimestre del año pasado, siguen concentrando las tasas de incremento de sus cifra de desempleo más elevadas, frente a los cónyuges e hijos que experimentan descensos en sus volúmenes estimados de paro. Y por último, en relación a la situación del desempleo en el tercer trimestre del año 2003, se constata un ligero repunte en la importancia relativa del desempleo de larga duración (de más de un año), aunque no altera básicamente la tendencia ya instalada en el mercado laboral español de pérdida de importancia relativa en esta categoría de parados. El continuo ascenso en la rotación de la mano de obra, particularmente en lo que a la oferta de trabajo de baja cualificación se refiere, puede tener como efecto derivado este descenso en el desempleo de larga duración.

2.4. Condiciones de trabajo

Los costes laborales insisten en la senda de moderación que ya se observaba el pasado año por estas fechas, intensificando, si cabe, algo más esta tendencia. En conjunto anual, y en términos reales los costes laborales experimentan un crecimiento casi nulo e incluso están describiendo una secuencia a la baja hasta el punto de que descienden en términos nominales respecto al trimestre anterior.

Es, de nuevo, el sector servicios, como en el año pasado en el mismo periodo, quien apuntala con mayor intensidad la moderación salarial. Por el contrario, la construcción sujeta a un fuerte tirón de la de-

manda, está experimentando los mayores incrementos registrados en sus costes salariales.

La conflictividad laboral en España ha mostrado cifras muy bajas, en términos de referencia histórica, aunque para este trimestre y en conjunto anual se observa un repunte tanto en el número de huelgas como en el de trabajadores implicados y jornadas no trabajadas, que no obstante, no apunta hacia ningún cambio de tendencia.

Si resulta preocupante la continuidad en la tendencia alcista en la siniestralidad laboral, particularmente en lo que a accidentes mortales de trabajo se refiere. Esta lacra social que castiga a la sociedad española sigue mostrando el lado más negro del funcionamiento de nuestro sistema de relaciones laborales, que no es capaz de modificar una situación que nos mantiene en una posición de cabecera, por el número relativo de accidentes en el contexto de la Unión Europea.

**JORNADA LABORAL SEMANAL MEDIA PACTADA Y EFECTIVA
POR RAMA DE ACTIVIDAD, AÑO TERMINADO EN EL 3^{er} TRIMESTRE 2003**

Rama de actividad	Jornada Pactada	Jornada efectiva	Diferencia entre la jornada efectiva y la pactada (%)
Educación	34,2	28,2	17,5
Actividades sanitarias y veterinarias, servicios sociales	37,3	30,8	17,3
Industrias extractivas	38,3	31,9	16,7
Producción y distribución de energía eléctrica y agua	38,0	32,7	13,9
Intermediación financiera	38,0	32,7	13,9
Actividades sociales y de servicios personales	38,9	33,7	13,3
Industria manufacturera	39,4	33,8	14,2
Media	39,1	34,1	12,8
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	39,3	34,6	12,0
Actividades inmobiliarias y servicios empresariales	39,2	34,8	11,4
Construcción	39,5	34,9	11,6
Comercio y reparaciones	39,7	35,1	11,6
Hostelería	40,0	36,2	9,5

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Boletín de Estadísticas Laborales.



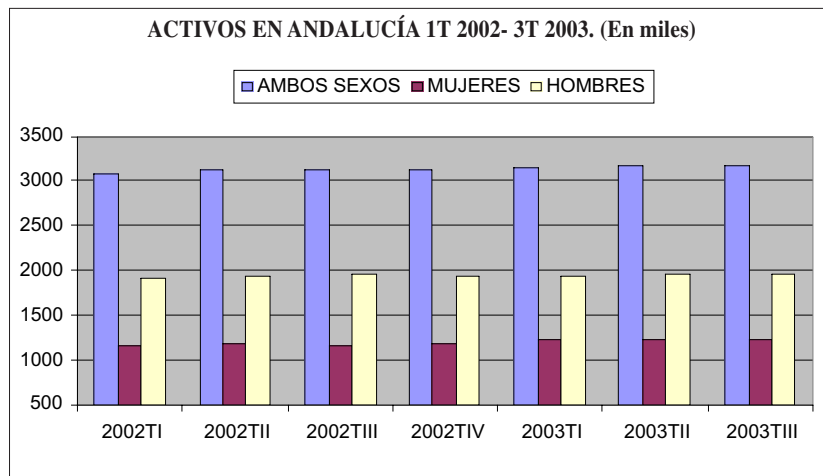
No se registran alteraciones con respecto al mismo periodo del año 2002 en lo que se refiere a la jornada laboral. Tanto la jornada pactada en los convenios como la efectivamente trabajada (del contrato, los tiempos de abstencionismo y paros técnicos) no se han modificado en este periodo de tiempo. Tampoco las posiciones relativas a las agrupaciones sectoriales y experimentan variaciones significativas, manteniéndolas en los extremos tanto de jornada pactada como efectiva, la educación y la hostelería de mayor a menor, respectivamente.

3. COYUNTURA LABORAL EN ANDALUCÍA EN EL TERCER TRIMESTRE DE 2003

La evolución del mercado de trabajo en España sirve para enmarcar las tendencias generales del mercado laboral en Andalucía. Siguiendo un esquema clásico vamos a plantear las líneas básicas de caracterización de lo ocurrido en el mercado de trabajo de Andalucía en el tercer trimestre del año 2003. No obstante, antes de empezar a analizar los aspectos más relevantes de lo ocurrido en el mercado laboral en el tercer trimestre de 2003 a partir de los datos facilitados fundamentalmente por le Encuesta de Población Activa hay que hacer hincapié en la creciente importancia del fenómeno de la inmigración en toda España y en especial en Andalucía. El efecto de este fenómeno no es fácil de determinar como consecuencia de la importante tasa de empleo y ocupación irregular asociada a este fenómeno. El análisis de los datos debe tener en cuenta esta realidad, un análisis específico del fenómeno es necesario para matizar los análisis comparativos a lo largo del tiempo.

3.1. La oferta de trabajo

En el tercer trimestre de 2003, el número total de activos se ha situado en Andalucía en 3.181.400 personas, lo que supone un aumento de 18.400 personas respecto al trimestre pasado y 69.200 respecto al mismo trimestre del año anterior. Este importante aumento de la actividad ha sido básicamente masculino en el trimestre de referencia (11.000 hombres frente a 7.400 mujeres). No obstante, si comparamos con el mismo trimestre de 2002, el aumento ha sido fundamentalmente femenino (48.900 mujeres frente a 20.300 hombres). Por todo ello, se ha alcanzado la cifra de 1.962.800 hombres y 1.218.600 mujeres laboralmente activos. La evolución de la oferta de trabajo significa que se está alcanzando, en los últimos trimestres, una cifra de activos más alta que en el anterior.



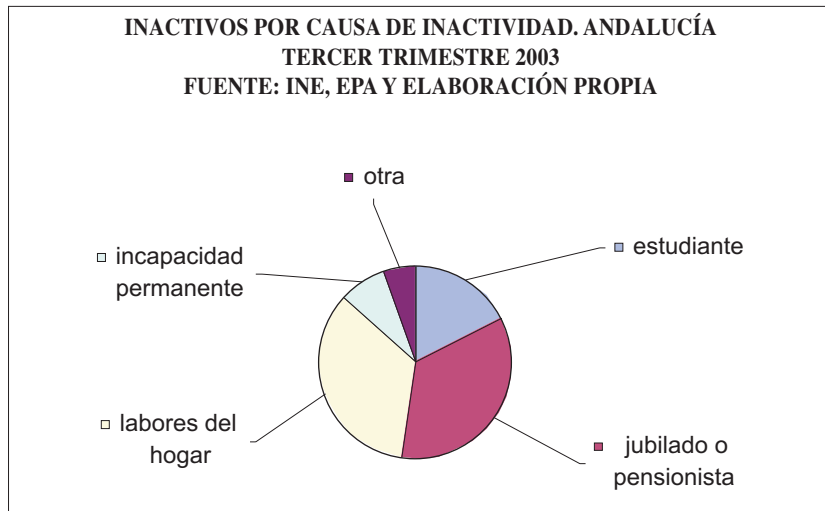
Fuente: INE, EPA y elaboración propia.

Estos cambios, han provocado que la tasa de actividad en Andalucía se haya situado en el 53%, en el tercer trimestre de 2003, mientras que a nivel nacional ha sido el 55,31%. Sin embargo, las diferencias de género no son simétricas. La tasa de actividad masculina en Andalucía es del 67,22% y el 39,53% la femenina. En la economía española se han situado las mismas tasas en 67,8% y el 43,52% respectivamente.

Por último, podemos considerar la población no activa según las causas que se alegan para la no participación en el mercado laboral. Según la metodología de la Encuesta de Población Activa, las razones se concentran fundamentalmente en dos motivos, la dedicación a las tareas del hogar y la jubilación. Ambos grupos superan ligeramente las 970.000 en el tercer trimestre de 2003. La tercera causa de inactividad laboral, según alegan los encuestados, es la dedicación a los estudios, que alcanzan un total de 491.100. En este último caso, merece la pena señalarse que se muestra una clara tendencia decreciente, pues a comienzos de 2001 se consideraban inactivos por este motivo 602.400 personas

3.2. La demanda de trabajo

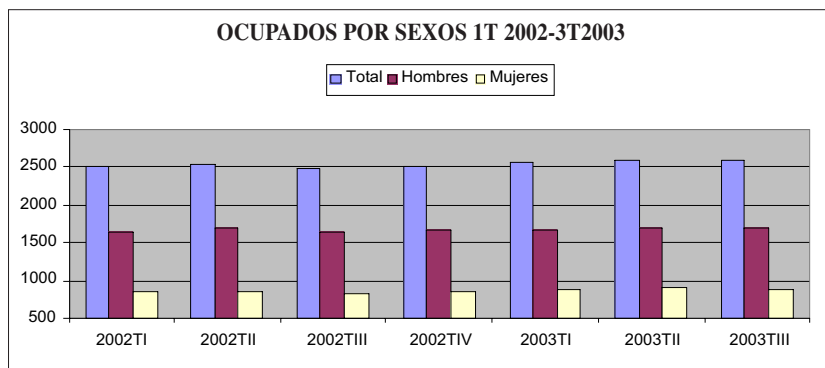
La ocupación en Andalucía a lo largo del trimestre prácticamente se ha mantenido respecto al trimestre anterior, alcanzándose la cifra de 2.586.400 empleados, sólo 1.800 menos que el periodo precedente, Sin embargo, son 114.300 personas ocupadas más que en el mismo trimestre del año anterior. El empleo ha crecido de forma asimétrica, pues mientras que la ocupación



Fuente: INE, EPA y elaboración propia.

masculina es de 10.400 hombres más que en el trimestre anterior, el empleo femenino se ha reducido en 12.200 mujeres. Si consideramos la variación interanual el crecimiento de la ocupación, podemos constatar que ésta ha sido muy significativa, ya que el aumento ha sido de 48.300 varones y 66.100 mujeres respecto al mismo trimestre de 2002.

La ocupación aumenta entre los hombres jóvenes, entre 16 y 24 años, (9.700 personas) y disminuye básicamente entre las mujeres de edad comprendida entre 25 y 39 años (9.000 personas). En términos interanuales, el grupo de edad en el que más ha crecido la ocupación entre los hombres y mujeres ha sido el de 25 a 39 años (25.100 y 32.800 respectivamente).

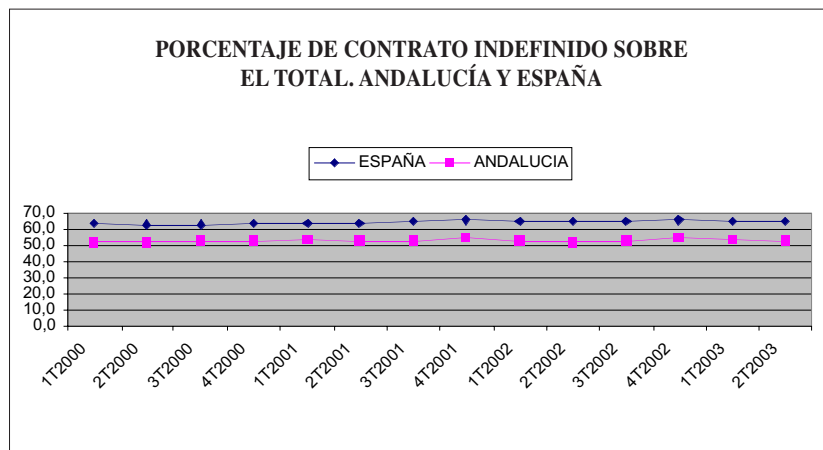


Fuente: INE, EPA y elaboración propia.

En lo que respecta a los sectores productivos, la ocupación se ha reducido en el sector agrícola en 28.300 personas (fundamentalmente mujeres 19.000), también en la industria se ha reducido moderadamente el empleo (8.400 personas). Por el contrario, ha aumentado en el sector de la construcción (de forma muy moderada este trimestre) y sobre todo en el sector servicios (29.900 personas de las que 18.100 fueron hombres).

Si consideramos la evolución del empleo por sectores en términos interanuales, el crecimiento de la ocupación ha sido de un 4,41%. De todos los sectores, el crecimiento interanual del empleo ha crecido de forma destacada en el de la construcción en el que se ha situado en un 9,8%. El empleo en el sector servicios ha crecido en un 4,18%. Por el contrario, el sector de la industria presenta un crecimiento muy moderado del 1,8% y el sector agrícola prácticamente mantiene el mismo nivel de empleo que el mismo trimestre del año anterior (0,41%). Esta pauta de crecimiento del empleo, en el que el sector de la construcción juega un papel destacada, se mantiene desde hace algún tiempo y está directamente relacionada con el crecimiento económico que muestra la economía andaluza y el conjunto de la española en los últimos años.

Por último, podemos hacer una breve referencia a la estructura de la ocupación en términos de los contratos laborales de los trabajadores. Para ello podemos utilizar los datos que ofrece la Encuesta de Coyuntura Laboral la cuál ofrece datos sobre el porcentaje de los contratos indefinidos sobre el total de contratos. En este sentido, podemos constatar la diferencia que existe entre los valores nacionales y andaluces que se mantiene en torno a diez puntos en el periodo considerado.

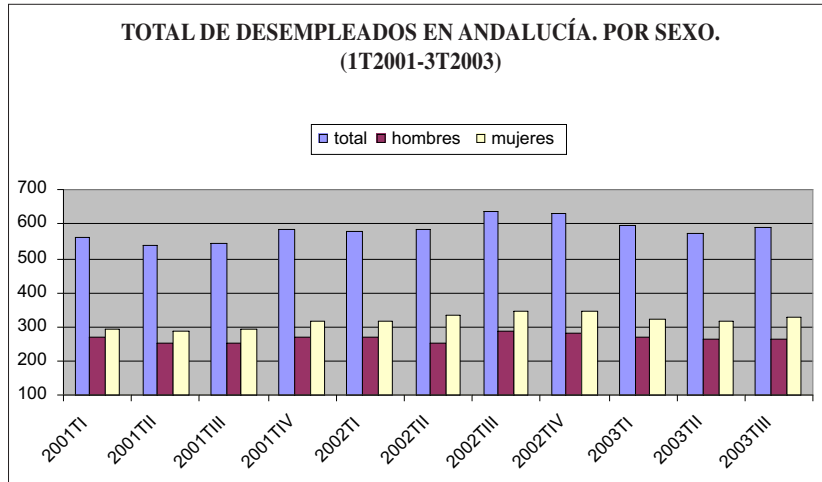


Fuente: INE, ECL y elaboración propia.

3.3. El desempleo

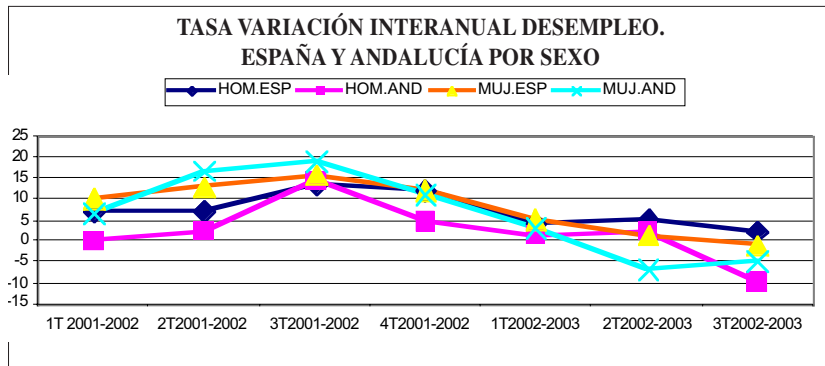
El desempleo en Andalucía ha crecido en 20.200 parados en el trimestre de referencia, situándose en un total de 595.000 personas. Por ello, la tasa de desempleo ha alcanzado el 18,70%, lo que representa un aumento de 0,53 décimas. Si comparamos con el mismo trimestre del año anterior el desempleo se ha reducido en 1,87 puntos. Por sexo, el desempleo ha crecido casi exclusivamente entre las mujeres (19.600 mujeres frente a 600 hombres).

La tasa de desempleo se ha situado en el 13,38% entre los hombres y en un 27,28% entre las mujeres. La tasa de paro masculina se ha mantenido fundamentalmente estable en este trimestre, mientras que la femenina ha crecido en 1,45 puntos. Sin embargo, la reducción de la tasa de desempleo es sustancial en ambos grupos respecto al mismo trimestre del año anterior, la tasa masculina se ha reducido en 10,57% y la femenina en un 8,72%, porcentajes muy superiores a lo ocurrido con estas mismas tasas a nivel nacional (subida del 0,87% de la tasa masculina y bajada de un 5,04% para la tasa femenina).



Fuente: INE, EPA y elaboración propia.

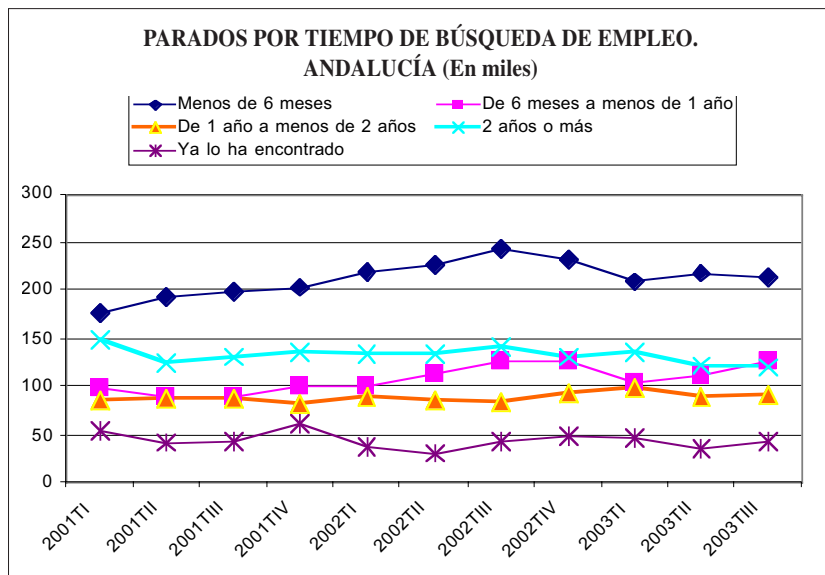
La evolución del total del desempleo en términos interanuales presenta una clara tendencia tanto en Andalucía, como en el conjunto nacional, hacia la reducción del total a partir del tercer trimestre de 2002. El número de desempleados se reduce en términos porcentuales con respecto al mismo trimestre del año anterior, para los grupos de mujeres en Andalucía y España y de los hombres en Andalucía, no así para el grupo de hombres en España.



Fuente: INE, EPA y elaboración propia.

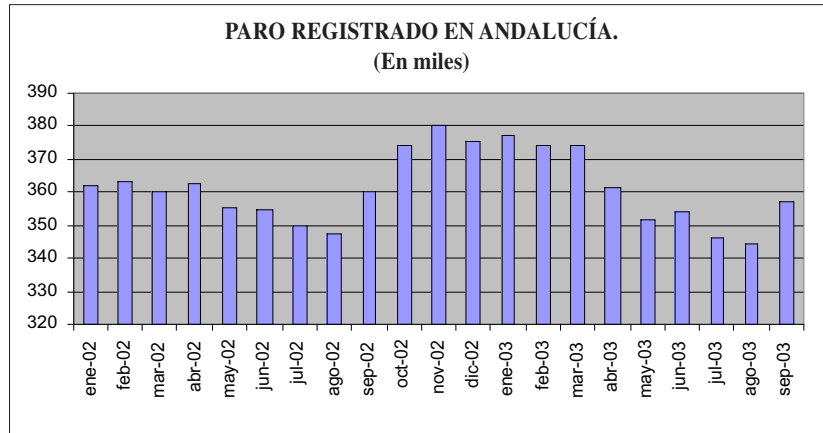
Por edades se puede observar que el paro ha crecido fundamentalmente en el grupo de edad entre 25 y 39 años (15,100 parados de los cuáles 12.300 han sido mujeres) el único grupo de edades que presenta una reducción del paro es el de los 40 a 54 años debido fundamentalmente a la reducción del desempleo masculino.

Por sectores económicos, el paro ha crecido en todos salvo en una ligera reducción en el sector de la construcción (400 personas).



Fuente: INE, EPA y elaboración propia.

3.4. Paro registrado



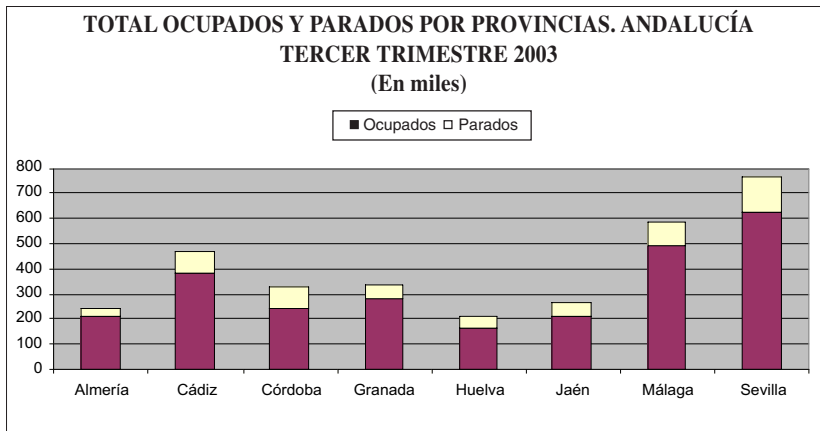
Fuente: INE, MLR y elaboración propia.

El paro registrado ha experimentado un cambio significativo de tendencia a lo largo del tercer trimestre del año 2003. Mientras que en los meses de julio y agosto, el paro registrado en Andalucía se redujo hasta alcanzar las 344.300 personas, el mes de septiembre ha significado un aumento del paro registrado en nuestra región que se ha situado en las 357.100 personas. La estacionalidad que muestra el paro registrado es bastante acusada, como se observa en el gráfico, repitiendo en este trimestre las pautas de comportamiento del año 2002, aunque las cifras alcanzadas en los meses del tercer trimestre de este año son menores que las correspondientes al mismo periodo del año pasado. Ello sugiere una mejora de los resultados del desempleo de Andalucía en este último año.

3.5. Algunos aspectos a escala provincial

Si atendemos a la situación del mercado laboral durante el tercer trimestre de 2003 a escala provincial se observa que la población activa crece, con respecto al trimestre anterior de forma significativa en Almería (10.200), Córdoba (10.300) y Málaga (7.500). Por el contrario, se reduce en Granada (1.600) y Jaén (1.400) y sobre todo en Cádiz (11.000). Por lo que respecta a la ocupación, la caída más fuerte ocurre en Huelva (8.700 personas), seguida de Sevilla (4.500). La ocupación ha crecido más significativamente en Cádiz (5.700) y Málaga (4.800). En cuanto a la evolución del paro, las subidas más altas en el trimestre se han dado en Almería (11.200), Córdoba

(12.500) y Huelva (12.700). Por el contrario, la caída más acentuada se ha dado en Cádiz (16.700). Esta evolución hay que ponerla en el contexto de unos cambios en la estructura demográfica de las provincias andaluzas que se están produciendo donde el litoral mediterráneo y atlántico presentan un crecimiento de poblacional diferencial respecto a las zonas del interior.



Fuente: INE, EPA y elaboración propia.





3

Comentarios de Jurisprudencia







PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

INFORMACIÓN MEDIANTE «COPIAS» PARA LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

S. Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 13 de febrero de 2003

MARÍA DEL JUNCO CACHERO *

SUPUESTO DE HECHO: Se presenta demanda de conflicto colectivo por la Federación Sindical H. para que se declare el derecho del Comité de empresa de los centros y sucursales de la Empresa M. F., S.A., en Madrid, Barcelona, Bilbao y Sevilla, a recibir una copia del informe mensual que por cada trabajador la Empresa debe realizar y entregar a cada empleado afectado, donde conste día a día su jornada diaria con indicación de las horas trabajadas, a efectos del cómputo de las horas extraordinarias.

Asimismo, se contempla en esta Sentencia el derecho del Comité de empresa a que se les haga entrega de copia íntegra de los contratos de trabajo de todo el personal integrado en la Empresa —salvo los que tengan relación laboral especial de alta dirección— de la que se excluyen solamente los datos personales del documento nacional de identidad, domicilio, edad, sexo, estado civil y cualquier otro que de acuerdo con la Ley 1/1982¹ pudieran afectar a su intimidad personal.

Los hechos probados de la Sentencia relatan que la Empresa no suministra información a los Comités de empresa respecto de la jornada de los trabajadores «no reglamentados»², alegando que no controla la misma en

* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que fue modificada por Ley Orgánica 3/1985, de 9 de mayo.

² En la Empresa es el 90% de la plantilla. Entiende la Sentencia «no reglamentados» como aquellos que están contratados bajo una relación no establecida explícitamente, de entre las que el art. 8 E.T. determina, deben ser por escrito; indica la Sentencia que son «contratos de fijeza que en principio pueden celebrarse verbalmente».

cuanto fichan en el trabajo sólo para acreditar presencia, pero no para fichar a la entrada y a la salida como los «reglamentados».

Tampoco da la empresa información del resto de las condiciones laborales del personal «no reglamentado» de carácter fijo. La información que suministra de este personal recoge la duración, tipo de contrato, retribución mensual, jornada anual y fecha de formalización.

RESUMEN: La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (Proc. 126/2002. Sentencia núm. 14/2003) ha estimado parcialmente la demanda, pues por una parte reconoce la obligación de elaborar un resumen de las horas extraordinarias y entregar el mismo al trabajador «en el recibo correspondiente» y en copia a los representantes de los trabajadores, tal y como dispone el art. 35.5 E. T.³. Y por otra, con respecto a la petición de recibir la «copia básica» de «todo el personal integrado en la Empresa», es claro que aquélla sólo se refiere a los contratos que, conforme al art. 8 E. T., deben celebrarse por escrito, «lo que excluye en especial a los contratos de fijeza que en principio pueden celebrarse verbalmente»⁴.

ÍNDICE:

1. DEBER EMPRESARIAL
2. «COPIA» PARA LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES, DE LA JORNADA DE TRABAJO (HORAS EXTRAORDINARIAS)
3. «COPIA» PARA LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES, DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO
 - 3.1. «Copia básica». Contenido
 - 3.2. Contratos de los que deben entregarse «copia básica»

1. DEBER EMPRESARIAL

Nuestra legislación le impone al empresario una serie de deberes legales de información⁵ y en la medida en que han sido reconocidos y otorgados normativamente, es la propia norma la que del mismo modo indica ciertos

³ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Reunificado del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E. T.

⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2003.

⁵ «Estas situaciones jurídicas pasivas —miradas del lado del empresario— en unos casos se configuran como cargas de información (así, los deberes de entregar la copia básica de ciertos contratos de trabajo y las denuncias correspondientes a los mismos); en otra, como verdaderas obligaciones de información (obligación de informar acerca de las previsiones sobre celebración de nuevos contratos y en materia de subcontratación)». MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de Información de los Representantes de los Trabajadores*. Civitas. Madrid 1992. Pág. 457.

presupuestos a los que el empresario debe sujetarse en su caso, y que en suma no son más que circunstancias objetivas o temporales cuya presencia pone en marcha el mecanismo de la potestad informativa⁶.

Se genera pues, una específica relación jurídica que sujeta al empresario al cumplimiento de un deber que va más allá del mero sometimiento, en la medida en que le es exigido jurídicamente un determinado comportamiento como necesario para dar plena satisfacción a los intereses reflejados en las potestades informativas. Así pues, como sujeto de un deber jurídicamente exigible, el empresario ha de observar una conducta a favor de los titulares de las potestades informativas⁷.

De esta potestad informativa, de la que es titular la representación de los trabajadores, se señalan en la Sentencia que se comenta, concretamente dos: una, la establecida en la Disposición Adicional 3.^a del R. D. 1561/1995⁸: «Competencias de los representantes de los trabajadores en materia de jornada: ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores» y otra, la que marca el art. 64.1.2.^o E. T.⁹: «El comité de empresa tendrá las siguientes competencias: recibir la copia básica de los contratos a que se refiere el párrafo a) del apartado 3 del artículo 8 y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mimos, en el plazo de los diez días siguientes a que tuvieran lugar». La fijación de su contenido se efectúa en ambos casos como un derecho a recibir copia, bien de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del art. 35 del E. T., bien de todos los contratos que deban celebrarse por escrito a excepción de los de relación laboral especial de alta dirección.

La propia Sentencia¹⁰ se hace eco de la acepción del término copia y textualmente señala: «copia, en la acepción del Diccionario de la Real Academia significa «Traslado o reproducción de un escrito» significado específico del genérico de «Muchedumbre o abundancia de una cosa» que responde a la noción latina originaria que se evidencia por ejemplo en el adjetivo <copioso>. Copia pues se contrapone a nociones restrictivas como extracto, resumen, etc.». Y no es baladí esta referencia a qué debe ser una copia, qué debe contener y hasta qué punto pueden o no alterarse el documen-

⁶ GARRIDO PÉREZ, E.: *La Información en la Empresa*. CES. Madrid 1995. Pág. 150.

⁷ GARRIDO PÉREZ, E.: *La Información...*, *op. cit.* Pág. 150.

⁸ Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas Especiales de Trabajo.

⁹ Art. 8.3.a) E. T.: «El empresario entregará a los representación legal de los trabajadores una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, a excepción de los contratos de relación laboral especial de alta dirección sobre los que se establece el deber de notificación a la representación legal de los trabajadores...».

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2003.

to originario que es recibido siempre en un primer momento por el trabajador, pero del cual tienen constancia los representantes de éste.

2. «COPIA» PARA LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES, DE LA JORNADA DE TRABAJO (HORAS EXTRAORDINARIAS)

La parte demandante solicitaba cumplimiento por la Empresa, de la Disposición Adicional 3.^a del R. D. 1561/1995, que en su apartado b) dispone como competencia de los representantes de los trabajadores, «ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores»¹¹.

En el supuesto que nos ocupa, la Empresa ha defendido su oposición a transmitir a los representantes de los trabajadores la información de la Disposición Adicional 3.^a mencionada, en el caso del personal «no reglamentado» —recordemos que éste es el 90% de la plantilla—. Siendo esto así, es de notar que este personal no tiene controlada, según la Empresa, la jornada de trabajo que ejecutan, argumentando que «como no tiene que fichar a la entrada y a la salida, la Empresa no controla su jornada, de modo que «ha renunciado al control de los trabajadores confiando en la buena fe de los mismos para el cumplimiento de su trabajo». Con esta solución, la Empresa, estima que cumpliendo con la entrega del resumen de las horas extraordinarias, si las hubiere, lo que se estaría llevando a cabo sería un control por los representantes de los trabajadores de un personal «incontrolado» empresarialmente»¹².

Clara es la Sentencia en este sentido, pues estima que independientemente de los argumentos vertidos por la Empresa, que ponen de relieve la no necesidad de que los «contratos» de los «no reglamentados» trasciendan a la luz pública, lo que se establece en el art. 35.5 del E. T. «es una obligación y no un derecho patronal y es bastante evidente que las obligaciones no son renunciables por el obligado»¹³. La obligación además consiste en elaborar un resumen y entregar el mismo al trabajador «en el recibo correspondiente» y en copia a los representantes de los trabajadores.

¹¹ Art. 35.5 E. T.: «A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente».

¹² Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2003.

¹³ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2003.



La representación de los trabajadores ostenta un derecho informativo, de carácter estatutario idóneo para cumplir la labor de vigilancia del art. 64.9.º a) del E. T.¹⁴, y que no puede depender de la voluntad empresarial de exigir con mayor o menor rigor el «fichaje» a la entrada y salida del trabajador.

La propia Sentencia argumenta, que el hecho de fichar o no a la entrada y salida del trabajo, no es «en absoluto imprescindible para conocer la jornada real, pues nadie puede extraer de su galbana jurídica, exenciones o exoneraciones legales. La demandada prepostera los conceptos antagónicos de derecho y deber de manera inadmisibles. La cuestión no es si para determinarlo, previamente, la ley impone al patrono una obligación informativa que no neutraliza ni la solercia, ni la dejadez con que, en uso de su poder directivo, el obligado efectúe el control de la jornada laboral»¹⁵.

Todos estos argumentos empresariales para no llevar a cabo la obligación de entregar a los representantes de los trabajadores la copia del resumen de las horas realizadas por los trabajadores «no reglamentados» de la Empresa, quedan claramente en evidencia, según el propio Tribunal, señalando que «tan original postura sólo puede mantenerse desde la opacidad informativa que deriva del secretismo del clausulado de los contratos individuales no reglamentados, cuya exhibición sería condición necesaria para su toma en consideración».

Ello nos lleva a plantearnos, que el fondo del *petitum* principal de la demanda, que es la entrega de la copia de los contratos, que aparentemente están realizados de forma *sui generis*, pues no se adecuan a las directrices del art. 8 del E. T., está íntimamente relacionado con todo lo que conlleva la ejecución de los mismos, pues si no se tiene a priori por la Empresa ni siquiera un control de la jornada que se realiza por parte de casi la totalidad de la plantilla, defendiendo que se controla confiando en la buena fe de quienes trabajan, difícilmente podrá mostrarse por la parte empresarial los acuerdos que individualmente ha tomado con el 90% de la plantilla. Por ello aunque mas adelante veremos como este Tribunal entiende que no ha de dar «copia básica» de los contratos celebrados con los «no reglamentados», sí debe tener la obligación la Empresa de controlar, tal y como legalmente se le obliga, la jornada, el cómputo de las horas de sus trabajadores.

Si este control de la jornada se deja en manos de cada uno de los trabajadores, lógicamente, en la buena fe, cabrá quienes creen que nunca han trabajado el tiempo suficiente y por tanto realizarán más horas de las que le-

¹⁴ Art. 64.9.º a) E. T.: «El comité de empresa tendrá las siguientes competencias: de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y empleo, así como el resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes».

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2003.

galmente les corresponden, obviando por tanto tiempos de descanso, etc., y habrá otros que estimen que con un número de horas inferior al que les correspondería, habrían cumplido su jornada laboral, realizando por tanto un rendimiento por debajo del debido¹⁶.

3. «COPIA» PARA LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES, DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

3.1. «Copia básica». Contenido

El art. 8.3.a) del E. T. establece la obligación del empresario de entregar a los representantes de los trabajadores una «copia básica» de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, a excepción de los contratos de relación laboral especial de alta dirección, sobre los que se establece el deber de notificación a la representación legal de los trabajadores. Del mismo modo el art. 64.1.2.º del E. T., establece entre las competencias del Comité de empresa «recibir la copia básica de los contratos a que se refiere el párrafo a) del apartado 3 del artículo 8 y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes...».

Asimismo el art. 15.4 del E. T. dispone que «los empresarios habrán de notificar a la representación legal de los trabajadores en las empresas los contratos realizados de acuerdo con las modalidades de contratación por tiempo determinado previstos en este artículo cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos».

A priori, a la vista de estos preceptos, nos plantearemos en un primer momento, apartado 3.1, qué quiere abarcar, interpretar o diferenciar la norma cuando utiliza el término copia con el calificativo de «básica» y en un segundo apartado —3.2.— dispondremos a qué contratos específicos se refiere dicha copia, por las características que la contratación tiene en este supuesto jurisprudencial que nos ocupa.

Así el derecho de información de los representantes de los trabajadores se satisface mediante el correspondiente deber del empresario de hacerles entrega de una «copia básica» de los contratos de trabajo que deban celebrarse por escrito. El calificativo de «básica» añade alguna connotación a la copia que el empresario ha de entregar¹⁷.

¹⁶ PÉREZ AMORÓS, F.: *Derechos de Información sobre Empleo y Contratación*. Bosch. Barcelona 1993. Pág. 86.: «al ser competencia del Comité el recibir información y ejercer la vigilancia sobre la producción y empleo dentro de la empresa, debe conocer para ello las horas extraordinarias que se realicen y su precio o condiciones».

¹⁷ Para algún sector de la doctrina, GARCÍA MURCIA, J.: «La supervisión colectiva de los actos de contratación: la ley 2/1991 de información a los representantes de los trabajado-



La ley nos señala qué datos debe comprender esta «copia básica»: «con el fin de comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente, esta copia básica contendrá todos los datos del contrato a excepción del número nacional de identidad, el domicilio, el estado civil, y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal», art. 8.3.a) E.T.

No debe olvidarse que uno de los principales objetivos del deber de información es lograr que las condiciones de trabajo acordadas por las partes se acomoden a lo dispuesto en las disposiciones legales y convencionales de aplicación al caso, y que ello solamente puede lograrse si se tiene conocimiento de aquellos datos profesionales.

Fuera de aquellos datos restrictivos que le ley enmarca que pudieran afectar a la intimidad personal, la copia deberá contener todos los datos del contrato «y desde luego ni la jornada ni la retribución de cada trabajador son, desde la perspectiva de la representación laboral, datos íntimos pues, como proclamó el T. C. en su Sentencia 170/1987 «entran en el ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla su actividad». Por ello, sólo de modo excepcional el conocimiento de ciertas condiciones laborales puede abocar a una ilegítima actividad divulgadora cuando sirven para reconstruir y por tanto acceder a datos íntimos —piénsese en alguna norma de descanso basada en consideraciones religiosas o médicas— y entonces sí, y a través de la cláusula general que supone la remisión a la L. O. 1/1982 el trabajador puede exigir y el empresario, independientemente, puede negar la información»¹⁸.

Parece claro que han de entenderse «básicas» dos tipos de cláusulas: aquéllas que determinan la modalidad y la duración del contrato, y aquéllas en que se reflejan derechos y deberes concretamente asumidos por las partes, y en particular las condiciones en que el trabajador ha de realizar la prestación de sus servicios; entre éstos ocupan un lugar central los pactos sobre salario y tiempo de trabajo, en los que se producen los mayores abu-

res». *Documentos de Trabajo*, Universidad de Oviedo. Pág. 7. «Dicho matiz, puede entenderse en un doble sentido. Por un lado, en sentido restrictivo, toda vez que la acotación expresa de que se informe sobre «lo básico» da a entender que la obligación de información no se extiende al documento contractual en su conjunto, sino únicamente a una parcela del mismo, precisamente a lo que se entienda «básica», con exclusión de las restantes cláusulas. La otra perspectiva, también es claro que el adjetivo calificativo «básico» no remite a cualquier cláusula del contrato, sino precisamente a la parte esencial o más importante del mismo. La cuestión, desde este punto de vista, no es otra que determinar donde se encuentra ese contenido esencial. En principio podría decirse que la esencia del contrato de trabajo, como cualquier contrato, es aquello que lo caracteriza y que le presta singularidad frente al resto de los contratos y, en general, frente a los restantes negocios jurídicos».

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2003.

sos¹⁹. Podría asimilarse tal «copia básica» a un duplicado original salvando las circunstancias personales expresamente excluidas.

En la Sentencia que comentamos se opta por la decisión de que no hay que entregar «copia básica» de los contratos de los trabajadores «no reglamentados», porque no se refiere a contratos conforme el art. 8 del E. T. Así, su argumentación es como sigue: «En nuestra panóptica sociedad de la intimidad no es tanto la imposibilidad de acceder a la información cuanto la prohibición de la utilización o del tráfico con ella, y a tal efecto los datos existenciales del sujeto jurídico se presentan como estructurados en una escala taxonómica de diversos grados de circulación que van desde el nivel cero o mínimo reservado a círculos muy restringidos —meramente individuales o familiares— hasta el de libre difusión. Y en esta escala las condiciones de la prestación laboral, como contractuales que son, se sitúan en un nivel intermedio, de circulación restringida a los contratantes y objetivamente interesados en la economía del contrato entre los que se encuentran no sólo ciertas instituciones públicas: (Hacienda, Seguridad Social, etc.), sino también aquellos a los que la ley encomienda una potestad derecho-deber fiscalizadora de su contenido, como son los representantes de los trabajadores. El conocimiento de las condiciones laborales de cada trabajador, del cada componente del colectivo laboral que representan, es *conditio sine qua non* para el correcto y efectivo ejercicio por la representación laboral, de las amplias competencias que le atribuye el art. 64 del E. T. Podemos entender que la demanda va dirigida a combatir la situación de nescencia en que la empresa mantiene a los representantes de los trabajadores respecto a las condiciones laborales del colectivo de los «no reglamentados» que al suponer el 90% de la plantilla, es en realidad, el colectivo ordinario o estructural de tal guisa que su pretensión aboca a la ineficacia funcional de los cometidos legislativos tipificados en el mentado art. 64.1.9.º a) contraviniéndose así en la empresa un prístino mandato legislativo defenestrando una voluntad de ley»²⁰.

¹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: *Los Representantes de los Trabajadores en la Jurisprudencia Laboral*. Tirant lo blanch. Valencia 1995. Págs. 61, 62 y 63. «Debe entenderse por tanto referida aquella copia básica a los elementos esenciales del contrato de trabajo, y en sentido usual a las condiciones o cláusulas sustanciales del vínculo contractual. Así, los sujetos o partes de la relación contractual (identidad) no siendo preciso que aparezcan en las copias las firmas de las partes, en atención a la indicada finalidad, como dato esencial; el trabajo pactado en sus aspectos cualitativo y cuantitativo (grupo y categoría, funciones y módulos); la duración de la relación laboral; la retribución del trabajo (salario base, complementos, periodicidad en el pago...); el lugar de trabajo y las fuentes de regulación de la relación laboral (convenio colectivo de aplicación...), en cuanto constituyen en principio los datos esenciales del propio contrato».

²⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2003.

De ahí que en la demanda se plantee la entrega de dicha copia, pues no se conoce por parte de la representación el contenido de los contratos y por ende no se lleva a cabo lo establecido en el art. 64.1.9.º a) del E. T. Quizás debió señalar la Sentencia qué datos debe informar la Empresa a los representantes de los trabajadores y no argumentar en reiteradas ocasiones que al ser una plantilla que en casi su totalidad es «no reglamentada», lo que prima es el pacto individual: «Hay que entender por ello que el estímulo al pacto individual es uno de los contenidos fundamentales —aunque tácitos— de la norma colectiva y la misma realidad fáctica evidencia el éxito de tal estímulo».

Con todo ello enlazamos con el último punto de este comentario, para conocer a qué contratos corresponde por parte de la empresa entregar la «copia básica».

3.2. CONTRATOS DE LOS QUE DEBEN ENTREGARSE «COPIA BÁSICA»

El problema que se trasluce en esta Sentencia es la determinación de conocer en qué forma están contratados el 90% de la plantilla. Claro es que al denominarse «no reglamentados» no están bajo modalidad contractual alguna tipificada, pues a priori son contratos celebrados verbalmente con carácter indefinido. No se conoce pues, por los representantes si de dichas contrataciones hay constancia escrita, pues de ser así quizás tuviera mayor fuerza la petición demandada, la entrega de la copia de aquéllos.

Las empresas pueden utilizar determinados modelos para los contratos de trabajo que se realicen, que en todo caso deben responder a los criterios o a los propios modelos oficiales que para determinados contratos se establecen. El derecho de los representantes de los trabajadores es conocer estos modelos, sin que tampoco se hable de entrega de copia, teniendo en cuenta en todo caso que respecto de los contratos con obligación de «copia básica», ésta sí debe ser trasladada a la representación de los trabajadores cada vez que se formalice uno de estos contratos²¹.

Por esta razón, la Sentencia no estima que deba entregarse copia de todo el personal de la Empresa, pues el 90% de la plantilla es «no reglamentado», así establece que «toda esta fundamentación no es base suficiente para justificar la admisión incondicionada del segundo *petitum* de la demanda pues hace referencia, de modo indiferenciado a «todo el personal integrado en la empresa» y es claro que la denominada «copia básica» se refiere a los

²¹ GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F.: *La Regulación Legal de los Representantes de los Trabajadores en la Empresa*. Fundación Confemetal. Madrid. Pág. 38.

contratos que, conforme al art. 8 del E. T., deben celebrarse por escrito, lo que excluye en especial a los contratos de fijeza que en principio pueden celebrarse verbalmente»²².

Por ello en este supuesto sólo deben ser entregadas las copias de aquellos contratos que se debieron celebrar por escrito y no del 90% de la plantilla, para lo cual el propio Tribunal argumenta: «La patronal entiende que en tal concepto («copia básica») no se integran las condiciones pactadas a título individual con cada trabajador, y es manifiesta la artificiosidad de la argumentación en cuanto las condiciones de los «no reglamentados» son las condiciones generales, usuales en la empresa, como hemos visto y las mismas son además y paradójicamente, pese a su falta de publicidad, condiciones convencionales al no ser, sino desarrollo y uso de la previsión contenida en el art. 61 del Convenio»²³.

Este artículo 61 está impregnado de forma insoslayable de perplejidad normativa en cuanto prefigura y ordena el vaciamiento de su ámbito personal, vaciamiento ya muy avanzado al haberse «desenganchado» de la regulación convencional el 90% de la plantilla»²⁴.

Y una última cuestión, qué ocurriría con aquellos contratos, que conforme a la ley²⁵, alguna de las partes, en este caso el trabajador, hubiese solicitado la forma escrita. En este supuesto, la doctrina²⁶ estima que ha de entregarse la copia del mismo a la representación «porque la exigencia de una parte de formalizar por escrito el contrato seguramente persigue, además de un medio de prueba más seguro, mayores garantías en el cumplimiento de las condiciones de trabajo establecidas legal o convencionalmente, lo cual conecta directamente» con el espíritu de la entrega de la copia a los representantes de los trabajadores.

²² Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2003.

²³ Si la mayoría de los contratos se hubiesen hecho conforme a Convenio, para algún sector doctrinal, debería entregarse la copia de los mismos: «por el carácter normativo que la ley atribuye al convenio colectivo (art. 82 E. T.), que entraña, a la postre, que sus reglas sean aplicables a las partes del contrato de trabajo, de la misma manera que lo son las reglas legales». GARCÍA MURCIA, J.: «La supervisión colectiva...», *op. cit. Documentos de Trabajo*, Universidad de Oviedo. Pág. 8 y ss.

²⁴ Sentencia Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2003. Estos dos últimos párrafos de la Sentencia son extraordinariamente confusos.

²⁵ Art. 8.4 del E. T.: «Cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral».

²⁶ GARCÍA MURCIA, J.: «La supervisión colectiva...», *op. cit. Documentos de Trabajo*, Universidad de Oviedo. Pág. 8 y ss.



RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

LA PECULIAR RELACIÓN DE TRABAJO DE LOS PROFESORES DE ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA: EN PARTICULAR SOBRE SU RÉGIMEN SALARIAL. LA PAGA EXTRAORDINARIA POR ANTIGÜEDAD

STS (Sala de lo Social) de 9 de mayo de 2003

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO *

SUPUESTO DE HECHO: El art. 61 del IV Convenio Colectivo de Enseñanza Privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos (BOE 17 de octubre de 2000) establece una gratificación extraordinaria a que tendrán derecho aquellos trabajadores que cumplan veinticinco años de antigüedad en la empresa y cuya cuantía es la equivalente a una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido. Asimismo prevé en su Disposición Transitoria tercera que dicha paga extraordinaria será liquidada durante la vigencia temporal del convenio a aquellos trabajadores que alcanzaran la referida antigüedad en la fecha de entrada en vigor del mismo, incrementándose la paga en una mensualidad más por cada quinquenio alcanzado durante dicha vigencia temporal. Además, dentro del régimen transitorio previsto en el convenio, se prevé el derecho a una paga extraordinaria por quinquenio cumplido para aquellos trabajadores que tuvieran 56 años o más dentro del referido período de vigencia del convenio siempre que tuvieran al menos quince años de antigüedad (y menos de veinticinco). Asimismo esta Disposición Transitoria contempla el derecho a dicha paga de antigüedad a los trabajadores docentes recolocados al amparo de los denominados Acuerdos de Centros en Crisis que, en función de los mismos, estuvieran prestando su actividad en un centro y la Administración le reconociera la antigüedad por su prestación de servicios en otro u otros centros distinto del actual.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



Finalmente, el convenio recoge una previsión sobre el momento del pago de dicha gratificación extraordinaria estableciendo que las empresas dispondrán del tantas veces aludido período de vigencia del convenio (que finalizó el 31 de diciembre de 2003 y que ya fue denunciado) para abonar la misma. Esta previsión fue modificada por acuerdo de la comisión negociadora (BOE 8 de marzo de 2002), introduciendo un nuevo párrafo a la norma transitoria convencional según el cual se permite establecer un plazo posterior al inicialmente previsto para el pago de dicha paga de antigüedad en caso de acuerdo entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito de cada Administración educativa.

El establecimiento de dicha paga extraordinaria, recogida en el capítulo de retribuciones del convenio, viene a sustituir el premio de jubilación establecido en el convenio colectivo precedente (y que se insertaba sistemáticamente dentro del capítulo de mejoras sociales).

RESUMEN: El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación presentado por la Consejería de Educación del Principado de Asturias contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 28 de mayo de 2002 en la que declara, en proceso de conflicto colectivo, la obligación de la Administración educativa autonómica, que tiene transferida la competencia en materia de educación, de pagar los salarios de los profesores de enseñanza privada concertada en virtud de lo establecido en la normativa aplicable a los conciertos de enseñanzas primaria y secundaria.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida y reitera los argumentos que ya planteó ante un recurso de casación anterior en la sentencia de 17 de diciembre de 2002, declarando el carácter salarial de dicha gratificación extraordinaria y el deber de la Administración de atender a su pago. En función del carácter meramente declarativo de la sentencia deja sin resolver, entre otras cuestiones, la distinta problemática derivada de la dinámica de la percepción pactada convencionalmente y, de manera principal, las cuestiones que puede plantear los imperativos presupuestarios a que debe estar sometida la Administración.

ÍNDICE:

1. LAS PARTICULARIDADES DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS PROFESORES DE ENSEÑANZA SOSTENIDA CON FONDOS PÚBLICOS
2. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL «PAGO DELEGADO» Y SU CONSECUENCIA: ¿LIBERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PAGO DE SALARIOS DE LAS EMPRESAS TITULARES DE LOS CENTROS CONCERTADOS?
3. LAS CUESTIONES QUE SUSCITA LA «PAGA DE ANTIGÜEDAD» DEL IV CONVENIO COLECTIVO DE CENTROS DE ENSEÑANZA SOSTENIDA TOTAL O PARCIALMENTE CON FONDOS PÚBLICOS

- 3.1. El carácter salarial de la «paga de antigüedad»
- 3.2. Los límites objetivos de la responsabilidad de la Administración y la «paga de antigüedad»
4. CONCLUSIÓN

1. LAS PARTICULARIDADES DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS PROFESORES DE ENSEÑANZA SOSTENIDA CON FONDOS PÚBLICOS

Cualquier comentario de sentencia sobre un tema como el vamos a tratar debe partir de la presentación de las particularidades fundamentales de la relación laboral que une a los profesores de centros sostenidos total o parcialmente con fondos públicos (centros de enseñanza concertada) con sus empleadores y con la Administración.

Estas particularidades se refieren fundamentalmente a la asunción por parte de la Administración (dentro de la referida relación de concierto educativo) de la obligación salarial respecto del personal docente de los centros.

Esta particular posición de la Administración está fundada legalmente en la normativa educativa¹. Tanto en lo dispuesto en el art. 49 de la Ley Orgánica 8/1985, Reguladora del Derecho a la Educación (LODE) como en el RD 2377/1985, que la desarrolla en este aspecto al recoger el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos².

¹ Independientemente de si su fundamento se encuentra en la garantía de la libertad de enseñanza, como han destacado algunos autores (GARCÍA NÚÑEZ SERRANO; «La responsabilidad de la Administración Pública en el pago de los salarios a los profesores de centros de enseñanza concertada. Comentario a la STSJ Murcia de 17 de marzo de 2003», *Aranzadi Social* núm. 7/2003 —www.westlaw.es BIB 2003/888— y MORENO GONZÁLEZ-ALLER; «Algunas consideraciones sobre la subrogación de la Administración educativa en el pago de los salarios del personal docente de centros educativos concertados»; *Aranzadi Social* vol II/1993 —www.westlaw.es BIB 1993/86—), o en el mero concierto de la enseñanza obligatoria con centros privados para posibilitar y garantizar la prestación de dicho servicio gratuito. En todo caso, tal como nos dice la Exposición de Motivos del RD 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos, en alusión a la Ley Orgánica 8/1985, del Derecho a la Educación, «la referida Ley Orgánica hace, pues, del concierto educativo el instrumento jurídico preciso para aquellos centros privados que desean impartir la educación básica en régimen de gratuidad, satisfaciéndose así en los niveles obligatorios y gratuitos el derecho a la educación, así como a escoger, sin discriminación alguna, centros docentes distintos de los creados por los poderes públicos...».

² Cuyo art. 9 dispone lo siguiente: «los conciertos educativos tienen por objeto garantizar la impartición de la educación básica obligatoria y gratuita en centros privados mediante la asignación de fondos públicos destinados a este fin por la administración, en orden a la prestación del servicio público de la educación en los términos previstos en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio».

El citado Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos dispone, con carácter general, en su art. 12, que *«la asignación de los mencionados fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros concertados se realizará, dentro de la cuantía global establecida en los presupuestos generales del Estado, y en su caso, en la de las Comunidades Autónomas, en función de los módulos económicos por unidad escolar y nivel educativo que se fije en la Ley de Presupuestos Generales del Estado»*. Esta es la limitación genérica a que se somete la cuantía del concierto educativo referida a los mencionados módulos económicos.

Según el art. 13.1 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, en dichos módulos económicos se diferenciarán tres tipos de cuantía (que asegurarán «que la enseñanza se imparte en condiciones de gratuidad», como refiere la propia norma) a las que hace referencia la sentencia que comentamos. Estos tres tipos de cuantía son los siguientes: a) *«las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la seguridad social correspondientes a los titulares de los centros...»*; b) *«las cantidades asignadas para otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales, sin que, en ningún caso, se computen amortizaciones, ni intereses del capital propio...»*; y, c) *«las cantidades pertinentes para tender al pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la seguridad social; pago de las sustituciones del profesorado y complemento de dirección; pago de las obligaciones derivadas de lo establecido en el art. 68.e) del Estatuto de los Trabajadores...»*.

Finalmente, el apartado 2 del citado art.13 prevé que *«la Administración asumirá las alteraciones en los salarios del profesorado derivadas de convenios colectivos siempre que no superen el porcentaje del incremento global de las cantidades correspondientes a salarios a que hace referencia el art. 49.6 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación»*.

Este régimen de concierto supone que la Administración abonará directamente con carácter mensual las retribuciones correspondientes al personal docente de los centros concertados. De esta forma, el RD 2377/1985 dispone lo siguiente en su art. 34.1: *«La Administración abonará mensualmente los salarios al profesorado de los centros concertados como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro»*.

Tal como la califica la norma reglamentaria, esta forma de *«pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro»*, supone una serie de obligaciones formales por parte de ésta. Así, conforme el art. 35 del RD 2377/1985, *«a efectos del abono de las cantidades correspondientes a salarios, los titulares de los centros concertados facilitarán a la Administración educativa competente las nóminas de su profesorado, las liquidaciones de las*

cotizaciones a la seguridad social mediante la cumplimentación y remisión de los documentos oficiales de cotización correspondientes, así como los partes de alta, baja o alteración»³.

Queda así descrita (más que definida) reglamentariamente la relación jurídica derivada del concierto educativo y la asunción por parte de la Administración del pago de salarios y de las cotizaciones a la seguridad social correspondientes a los trabajadores docentes incluidos dentro del concierto. Ello no impide la calificación como empleadora de la entidad educativa titular del centro docente, a quien se atribuye en todo caso las obligaciones formales derivadas del propio concierto y encaminadas a hacer efectivo el contenido del mismo (el referido pago de salarios), y las responsabilidades derivadas de los posibles incumplimientos de los deberes de encuadramiento, que corresponden en exclusiva a aquella en su condición declarada de empleadora.

La particular posición de la Administración en esta relación laboral interfiere, no sólo en el ámbito puramente académico de los centros⁴, sino también en diferentes aspectos de las relaciones laborales en este sector.

Así, condiciona el propio contenido y estructura de la negociación colectiva, en la medida en que el Convenio estatal permite la concurrencia de niveles inferiores de negociación (a nivel de comunidad autónoma) justamente en materia salarial y allí donde reside la competencia en materia de administración educativa⁵, o en la medida en que pueden producirse acuerdos complementarios sobre retribuciones donde interviene la propia Administración o acuerdos como los denominados de centros en crisis (a los que ya nos hemos referido al mencionar el contenido de la Disposición Transitoria tercera objeto de análisis por la sentencia que comentamos), que ver-

³ Según el art. 36.1, *«las altas y bajas del profesorado en el régimen de la seguridad social se gestionarán por el titular del centro en su condición de empleador en la relación laboral. Las citadas circunstancias deberán ser acreditadas por el mismo ante la Administración educativa competente»*. En su apartado 2 aclara que *«las responsabilidades que pudieran derivarse del incumplimiento de las obligaciones de altas, bajas y liquidaciones de cotizaciones, serán por cuenta del titular del centro»*.

⁴ Imponiendo, como no podría ser seguramente de otra forma, obligaciones que inciden en la actividad empresarial o académica del centro. En este sentido, confr. lo dicho por la STS de 4 de febrero de 1993 (RJ 1993/2404), cita que recoge GARCÍA NÚÑEZ SERRANO; *op. loc. cit.*

⁵ De esta forma, el art. 1 del convenio colectivo, en su segundo párrafo, dispone lo siguiente: *«No obstante, en aquellas Comunidades Autónomas con competencias exclusivas o competencias plenas transferidas en materia de educación, podrán negociarse Convenios Colectivos para su aplicación en su ámbito territorial. Para ello será necesario el previo acuerdo de las organizaciones patronales y sindicales, legitimadas en los ámbitos de negociación, que alcancen la mayoría de su respectiva representatividad. En este supuesto el Convenio de ámbito estatal será derecho supletorio dispositivo respecto a las materias no negociadas en el ámbito autonómico»*.

san sobre la recolocación del profesorado excedentes de otros centros, en que la Administración es parte y cuya piedra angular es, sin duda, la asunción por parte de la misma de los costes salariales de los recolocados ⁶.

En todo caso, sitúa a la Administración en un papel importante en el ámbito de las relaciones laborales del sector; tanto que mitiga su papel de *autoritas* y se centra en su rol de parte de un esquema peculiar de relaciones laborales, pese a no ser jurídicamente empleadora ni parte del contrato de trabajo (ni del convenio colectivo que regula el mismo). Como dice la STS de 4 de febrero de 1993, cuyo tenor reitera en su fundamento jurídico 5.º la sentencia de 9 de mayo de 2003 que comentamos, «*empresa y Administración están mutuamente implicadas frente al trabajador*»; y, así «*en esta mutua vinculación empresa y Administración se limitan a dar cumplimiento a un contrato de trabajo, a acuerdos sindicales y normas legales que regulan los conciertos educativos en su ejecución y en la que la Administración no interviene investida de autoridad y sí como cogestora con la empresa de un servicio público*».

2. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL «PAGO DELEGADO» Y SU CONSECUENCIA: ¿LIBERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PAGO DE SALARIOS DE LAS EMPRESAS TITULARES DE LOS CENTROS CONCERTADOS?

Hay que plantearse evidentemente cuál es jurídicamente la posible calificación del «pago delegado» y, sobre todo, qué efectos jurídicos conlleva el mismo a la hora de definir el sujeto responsable (o sujetos responsables) del pago de salarios en esta relación laboral.

Respecto a esta cuestión, la doctrina que ha analizado este tema con anterioridad habla de «modificación de la relación obligatoria por cambio de la persona del deudor» a que se refiere el art. 1203.2 del Código Civil ⁷; una novación subjetiva basada en el negocio jurídico o «contrato» ⁸ que supone el propio concierto educativo y que deriva de lo dispuesto en la LODE y en su normativa de desarrollo a estos efectos.

La literalidad de la norma reglamentaria que antes citábamos habla, como hemos visto, de «pago delegado en nombre de la entidad titular del centro».

⁶ Por no citar los diferentes acuerdos sobre retribuciones como el firmado en Andalucía el 14 de enero de 2004 sobre homologación de retribuciones al profesorado funcionario de centros públicos de enseñanza. En este sentido, podrían citarse también los acuerdos de Madrid, Castilla y León o Navarra entre otros.

⁷ Así, MORENO GONZÁLEZ-ALLER; *op. loc. cit.*

⁸ Tal como define al concierto educativo MORENO GONZÁLEZ-ALLER (*op. loc. cit.*) para completar su tesis sobre la novación subjetiva.



En todo caso, esta delegación del pago (o, quizá mejor, del crédito) implicaría una asunción de deuda por parte de la Administración⁹, que llevada a la lógica laboral debería suponer su consideración como parte del contrato y del sistema de relaciones laborales aplicables al sector¹⁰.

Empero, esta asunción de deuda, de carácter legal, no contractual, suscita otra duda importante sobre su calificación jurídica y, por ende, sobre sus efectos: ¿se trata de una asunción de deuda liberatoria de la obligación originaria de la empleadora?, o, por el contrario, ¿se trata de una asunción de deuda cumulativa de la que deriva una responsabilidad solidaria de Administración—delegado— y de la empleadora-delegante?

Los argumentos que se han sucedido en la doctrina judicial al respecto han sido claro en favor de la segunda de las opciones, tal como veremos a continuación.

Sin embargo, la sentencia de 9 de mayo de 2003 no aporta ningún dato. Simplemente parece partir, sin duda alguna, de la posición de la Administración como única responsable directa del pago de salarios. Tal como se deduce del último párrafo del fundamento jurídico 5, la posición de la Administración como responsable del pago de salarios *ex lege* por disposición de la LODE y del RD 2377/1985, conforme lo expuesto, y una vez calificada como partida salarial la denominada «paga de antigüedad», la hace deudora de la misma. Ello sin perjuicio del respeto a los referidos límites presupuestarios en los que, por la naturaleza del proceso, la sentencia no entra a valorar. Tan sólo admite, y no es poco ciertamente, la posición de la Administración como «co-gestora» de un servicio público en el sentido en que se expresa la STS de 4 de febrero de 1993 (RJ 1993/2404) cuyo argumento hace suyo la sentencia de 9 de mayo de 2003.

En todo caso, y pese a la salvedad que puede suponer esta última precisión, la solución directa a que llega la sentencia de 9 de mayo de 2003 no puede aceptarse acríticamente; sobre todo porque diferentes pronunciamientos anteriores, aun cuando fueran de tribunales inferiores (pero que reiteran ar-

⁹ Sobre el significado de la asunción de deuda y de la delegación, por todos, LACRUZ BERDEJO; *Elementos de Derecho civil*; tomo II, vol. 1. Librería Bosch. Barcelona, 1985; págs. 461 y ss.

¹⁰ Como por otra parte ocurre en los supuestos mencionados de acuerdos complementarios sobre retribuciones o en los supuestos de centros en crisis. Este parece ser el sentido de lo expresado por la sentencia de 9 de mayo de 2003 cuando habla de «mutua implicación» de Administración y de centros y cuando reitera el pronunciamiento de la misma Sala de 17 de diciembre de 2002 al argumentar, reiterando la STS de 4 de febrero de 1993, que «es la propia Administración la que interviene en la determinación de su cuantía, conviene con los sindicatos y la patronal el alcance de sus responsabilidades frente a los trabajadores, y cumple todas las obligaciones que con respecto a terceros conlleva la responsabilidad empresarial del abono de los salarios...».

gumentos del propio Tribunal Supremo —por todos los referidos en la STS de 20 de julio de 1999—, plantean soluciones distintas.

En este sentido, por ejemplo, la STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2002 (AS 2002\3803), que trata de un tema idéntico al de la STS de 9 de mayo de 2003, afirma, respecto a la posición de la Administración lo siguiente: *«aquella tiene, entre otras obligaciones la de abonar a los trabajadores docentes a que se refiere el ámbito del presente conflicto los salarios correspondientes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 49.5 de la LODE, en relación con los artículos 13 y 34 del Reglamento sobre Conciertos educativos, aprobado por Real Decreto de 18 de diciembre de 1985, como pago delegado y en nombre de la Entidad titular del Centro, siendo así que el Tribunal Supremo, en Sentencias, entre otras de 20-7-1999, a la que se refiere la del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30-10-2001, dejó constancia de que en los supuestos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración Pública, responderá también esta última frente a los profesores de las deudas salariales que genere su trabajo, esto es, con independencia de que no ostente la Administración la consideración de empresario, sí le afecta la obligación de pago delegado de las deudas salariales de los trabajadores»*. Esto es, el TSJ Galicia, reiterando la doctrina del Tribunal Supremo de la sentencia de 20 de julio de 1999 (RJ 1999/6464), por una parte, sitúa a la Administración como sujeto delegado del pago de salarios; y, por otra, como responsable «también» (ha de entenderse junto con la propia empresa) aun cuando no tuviera la condición de empleador (que corresponde a la empresa titular del centro educativo y a quien parece corresponder originariamente la posición de responsable del pago de salarios)¹¹.

De la misma forma, las SSTSJ Murcia de 27 de enero y de 24 de febrero de (AS 2003/2250 y JUR 2003/94224) afirman las responsabilidad conjunta y solidaria de la empresa y la Administración *«frente a los profesores del centro de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente»*.

Esta solución de situar a la Administración no como responsable única del pago de salarios sino como «responsable solidaria» se reitera en otros pronunciamientos. Así, la STSJ Castilla y León de 15 de octubre de 2001, en un supuesto de reclamación de cantidad por el complemento de jefatura de estudios (que también dio lugar a una importante litigiosidad) afirma que

¹¹ Otra cuestión sea que, efectivamente, el planteamiento del propio recurso la aceptación del planteamiento de la Administración en este sentido pudiera conllevar la estimación del recurso y, por tanto, obviar la responsabilidad que, aun solidaria con el centro, ha de atribuirse a la Administración. En este sentido se pronuncia la STSJ Galicia citada en su fundamento jurídico quinto.

la Administración *«debe ser obligada a abonar de manera solidaria las cantidades que se cuestionan —que son salario según el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores—, en la medida en que se ha subrogado “ope legis”»*.

Quizá el pronunciamiento judicial donde se ve con mayor claridad esta posición sea la STSJ Aragón de 9 de octubre de 2000 (AS 2000/4098) en cuyo fundamento jurídico 4.º reitera la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la STS de 21-2-1996 (y reiterada en las SSTS 3 de febrero, 4 de febrero, 26 de abril, 28 de mayo, 1 de julio y 16 de julio de 1993, y 3 de julio de 1995). Según esta doctrina, *«en los casos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la Enseñanza y el Ministerio de Educación y Ciencia, ambas entidades, es decir, la empresa y la Administración, responden conjunta y solidariamente frente a los profesores del centro de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos, basándose para ello en lo que disponen los arts. 47, 49-5 y 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, y 34 y siguientes del Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos, aprobado por el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre»*.

Ello supone, continúa argumentando el pronunciamiento del TSJ Aragón, citando la STS de 3 de julio de 1995, que *«aunque la Administración no asume ninguna posición empresarial en el ámbito de la relación laboral entre el titular del centro y sus profesores, sí queda obligada al pago delegado del salario por cuenta de aquél»*.

En todo caso, conforme la STS de 20 de julio de 1999 *«dicha condena tendría que haber alcanzado, con carácter solidario, no sólo a la Administración pública, sino también a la empresa demandada. Solidaridad que habrá de resolverse conforme a las reglas sobre pago de salarios establecidas en el Concierto educativo suscrito, y normas generales de que se ha hecho mención»*.

Así pues, de lo citado puede inferirse que la responsabilidad solidaria en el pago de salarios son las soluciones aparentemente al menos más extendidas (por no hablar claramente de jurisprudencia) en la calificación de la posición de la Administración respecto al pago de salarios de los profesores de centros concertados.

Sin embargo, como decimos, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2003 no incide en esta cuestión; no se pronuncia en contra, pero tampoco lo hace sobre la hipotética responsabilidad de los centros que, pese a ser demandados en la representación de las organizaciones empresariales más representativas del sector, pasaron a adherirse a la demanda presentada por los sindicatos en instancia. Ello demuestra, en nuestra opinión, que el verdadero objeto de litigio estaba en la responsabilidad de la Administración, dado que, a diferencia de otros litigios anteriores (como los derivados de los complementos retributivos por cargo académico), realmente la efec-

tividad de la retribución pactada en convenio pasaba por que fuera satisfecha por aquélla (de ahí la propia adecuación de 2002 hecha por la comisión negociadora del mismo).

En todo caso, aun siendo así, se debería haber reparado en la posición o no como responsables de las empresas titulares de los centros docentes y haber aclarado la auténtica posición de la Administración en relación con ellos y, para llegar a una u otra conclusión, haber calificado jurídicamente esta institución creada por la LODE denominada «pago delegado».

En nuestra opinión debería haberse aclarado la calificación jurídica de la posición de la Administración como responsable del pago de los salarios del personal docente afectado por el régimen de concierto educativo y, además, haberse pronunciado claramente por la posición de la entidad titular del centro que actúa como empleadora. Esta calificación jurídica debería haber aceptado la asunción de deuda *ex lege* que supone la regulación legal del concierto; pero, al mismo tiempo, debería haber resuelto con claridad (quizá a través de la condena a los centros como empleadores) que dicha asunción de deuda es de carácter imperfecto¹² al no suponer la liberación de la obligación salarial de quien es originariamente obligado.

3. LAS CUESTIONES QUE SUSCITA LA «PAGA DE ANTIGÜEDAD» DEL IV CONVENIO COLECTIVO DE CENTROS DE ENSEÑANZA SOSTENIDA TOTAL O PARCIALMENTE CON FONDOS PÚBLICOS

Las anteriores cuestiones son particularmente aplicables a la «paga de antigüedad» recogida en el convenio colectivo en el art. 61 y en la Disposición Transitoria tercera y que es objeto de litigio en el caso de la sentencia que comentamos, donde es la propia Administración la que como parte del mismo actúa como recurrente frente al pronunciamiento inicial del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Como decíamos antes, difícilmente pudiera imaginarse un litigio como éste en cualquier otro sector de no ser porque la calificación o no como salarial de la partida económica en cuestión conllevara la atribución a la Administración de la obligación de pago de la misma. Todo ello, además, justo en un momento donde la obligación de externalización de las mejoras de pensiones obligaría a los centros educativos a tal externalización y a individualizar las aportaciones referidas a cada uno de sus trabajadores docentes.

¹² Por emplear el término usado por LACRUZ BERDEJO; *op. cit.* pág. 465.



Por todo ello, las cuestiones que suscita la referida paga de antigüedad son muchas.

La primera de ellas, la más importante por su trascendencia a efecto de identificar el sujeto obligado al pago, se refiere a la naturaleza jurídica, salarial o no, de la misma. En este sentido, la sentencia de 9 de mayo de 2003, como pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo y de Tribunales Superiores de Justicia, aluden no sólo a la amplitud del concepto de salario del art. 26 del Estatuto de los Trabajadores sino a la previsión del art. 25 del Estatuto y a la denominación y ubicación sistemática dentro del convenio de esta partida (aludiendo, implícitamente, a la libertad negocial de las partes); frente a la regulación convencional precedente.

A partir de aquí, el resto de cuestiones aluden a la propia dinámica de la paga de antigüedad y a los presupuestos que la misma ha de partir desde la perspectiva de la regulación legal, antes citada, del concierto educativo.

En este sentido, quizá la más importante de cuantas aluden a la posición de la Administración como recurrente en este litigio alude a las limitaciones que compelen a la misma; fundamentalmente en cuanto a las restricciones presupuestarias que están presentes en la normativa y que podrían condicionar el pago, por parte de la Administración, de la percepción pactada convencionalmente.

De la solución que se dé a esta cuestión pueden derivarse otras preguntas de mayor calado incluso. Si la sentencia de 9 de mayo de 2003 hace suyo, como hemos visto, los argumentos de la anterior STS de 4 de febrero de 1993 en la que sitúa a la Administración como parte o co-gestora del servicio público que ha concertado con una empresa privada, podría plantearse efectivamente en qué medida puede encontrar algún tipo de limitaciones el convenio colectivo (al menos desde un punto de vista de efectividad) a la hora de establecer determinadas partidas salariales; sobre todo si hemos de tener en cuenta los condicionantes presupuestarios que ha de respetar la Administración.

En este tema, de nuevo, surge la cuestión de qué papel ha de jugar la Administración. No es cierto, en este caso, que sea parte del acuerdo o convenio en el que se fijan las cuantías salariales que debería abonar según las normas reguladoras del concierto educativo (como afirma la STS citada de 4 de febrero de 1993 cuyos argumentos reitera la sentencia de 9 de mayo de 2003). Por ello hay que plantearse en qué medida se contemplan las citadas limitaciones presupuestarias, en qué medida queda a las partes firmantes una plena autonomía colectiva que obligue a la Administración a la satisfacción de lo pactado, y, en definitiva, en qué medida no supone un fraude de ley el que la negociación colectiva reconduzca a salario —a través de esta peculiar paga de antigüedad de tan largo devengo— lo que previamente no era sino una mejora de seguridad social —premio de jubilación—, que, por aplicación de las referidas normas sobre conciertos educativos no corresponde pagar a la Administración.

Las cuestiones que plantea la regulación convencional no se quedan en un ámbito puramente conceptual; algo en que la sentencia debería haber entrado con mayor (o con alguna) profusión en nuestra opinión. En el ámbito puramente aplicativo, los problemas son, si cabe aún mayores. La propia dicción del convenio colectivo sobre el devengo y el momento del pago, diferido a la propia vigencia del convenio, está planteando serias dudas sobre el momento en que esta paga puede ser exigida, cuál el plazo de prescripción, qué ocurriría en caso de que el nuevo convenio colectivo no recogiera el complemento salarial precedente, etc. Dudas sobre las que en algún caso se han pronunciado Tribunales Superiores de Justicia como el de Extremadura ¹³, pero que, en general, evita la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos escudándose en el carácter meramente declarativo del proceso de conflicto colectivo en que se enmarca el recurso de casación que da lugar a la misma. Este argumento es al que se alude, precisamente, para evitar un pronunciamiento que, en nuestra opinión, debería haber sido cuando menos oportuno, sobre un problema principal y previo: los condicionamientos presupuestarios que podrían afectar a la propia efectividad del pago por parte de la Administración.

Por tanto, son muchas las cuestiones que sugiere una norma convencional sobre cuyo fondo se pronuncia la sentencia que comentamos; muchos de los interrogantes, como hemos anunciado, se dejan sin resolver. En todo caso, la propia litigiosidad que ha provocado esta regulación convencional, los problemas de efectividad que se han planteado y que aún hoy, con el convenio colectivo recién denunciado y en proceso de negociación, se plantean, justifica, en nuestra opinión, un acercamiento a esta cuestión y a la solución que ha llegado la sentencia más reciente del más alto Tribunal ¹⁴.

3.1. El carácter salarial de la «paga de antigüedad»

Como decíamos, el primero de los temas que se suscitan se refiere, necesariamente, a la naturaleza de la paga extraordinaria que regula el conve-

¹³ En su sentencia de 13 de enero de 2003 (Lex nova J-421).

¹⁴ Este, sin duda, ha sido el criterio empleado para optar por comentar la sentencia que traemos aquí. Posiblemente otros pronunciamientos judiciales de órganos inferiores (Tribunales Superiores de Justicia) han planteado soluciones más precisas (sin que por ello nos parezcan menos discutibles según los casos); pero el carácter del Tribunal Supremo como máximo órgano jurisdiccional nos parecía argumento más que suficiente como para optar por tener como referencia el pronunciamiento del mismo. Además, hemos optado por esta sentencia de 9 de mayo de 2003 por ser la más reciente de las que conocemos. Otra sentencia anterior ya se pronunció sobre la cuestión y los argumentos empleados por la misma son reiterados en esta sentencia de 2003. De nuevo, el criterio de modernidad y, por qué no decirlo, de reiteración en los argumentos creando así jurisprudencia, justifican en nuestra opinión la opción por elegir la sentencia que comentamos en estas líneas.



nio. En este sentido, la discusión, como anunciábamos antes, puede situarse en si esta «paga» es realmente una percepción de carácter salarial o si, por el contrario, responde a otra naturaleza (como, siguiendo el argumento de la recurrente, la correspondiente a una forma de mejora de seguridad social que debería haberse externalizado tal como disponía la Ley de Planes y Fondos de Pensiones).

La sentencia del Tribunal Supremo no duda en calificar como salario la paga extraordinaria recogida en el art. 61 del convenio colectivo. Efectivamente, alude al cuestionamiento que la Administración recurrente hace de dicha naturaleza salarial en el sentido que exponíamos, pero no dedica ni una sola línea prácticamente a argumentar la posibilidad de que tal gratificación extraordinaria pudiera tener otra calificación jurídica distinta de la estrictamente salarial. Los argumentos, como anunciábamos, son tanto de concepto (la propia amplitud del art. 26 del Estatuto de los Trabajadores o la previsión genérica del art. 25 del mismo)¹⁵ como de sistemática (la ubicación de esta partida dentro del capítulo del convenio reservado a las retribuciones frente al convenio anterior que recogía el premio de jubilación dentro del capítulo de mejoras sociales).

Rechaza así, implícitamente, la posibilidad de que la negociación colectiva hubiera incurrido en el fraude de ley que supondría, sin duda, acudir a la calificación como salario de una partida económica cuyo fundamento real era premiar un número de años de servicio en el centro escolar como si de un premio de jubilación se tratara; tal como estaba establecido, por otra parte, en los convenios precedentes.

También implícitamente está reconociendo la autonomía de las partes firmantes del convenio a pactar cuanto estimen sin que las limitaciones que podría conllevar la propia regulación del concierto económico interfiera en lo pactado.

Cuestión distinta es su inclusión o no dentro del concepto de antigüedad a que se refiere la letra c) del art. 13.1 del RD 2377/1985 al referirse al objeto del concierto económico¹⁶. La sentencia de 9 de mayo de 2003 no se pronuncia claramente sobre la cuestión pero parece excluir de este concep-

¹⁵ En este sentido, ni siquiera el carácter no periódico de la paga de antigüedad sirve a la sentencia para aceptar el argumento de la Administración recurrente. Según afirma en el fundamento jurídico quinto, reiterando el pronunciamiento de la anterior sentencia de 17 de diciembre de 2002 (fundamento jurídico sexto), ni el art. 26 del Estatuto de los Trabajadores «*ni la noción de salario requiera periodicidad, pues no dejan de ser salario las retribuciones de trabajos excepcionales y de dedicaciones a la empresa notable, como es la del art. 61 analizada*».

¹⁶ Cuestión que resuelve la STSJ Galicia de 10 de octubre de 2002 (AS 2002/3803) aceptando no sólo el carácter salarial de la paga sino su incardinación como «*complemento que retribuye la antigüedad*».

to de antigüedad la paga objeto de litigio. La alusión constante a su naturaleza de «premio» más que de complemento de antigüedad, su alusión al carácter no periódico de dicha paga («*se devenga cuando se cumple el tiempo de servicio continuo exigido y no de modo proporcional al tiempo trabajado*»), y su comparación con la «antigüedad» en sentido estricto en referencia clara al término expresado por el Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos (para aclarar que también ésta corresponde pagarla a la Administración) permite concluir que no puede entenderse incluida esta paga de antigüedad dentro del concepto empleado en la citada norma reglamentaria. Pero ello no es óbice para que la conclusión sea la asunción de deuda por parte de la Administración de conformidad con las normas reguladoras de los conciertos educativos. La naturaleza salarial de la paga basta para que el Tribunal Supremo acepte la responsabilidad de la Administración.

Sin embargo, aquí puede situarse precisamente el problema de definición de la posición de la Administración y de las empresas educativas en el ámbito de las relaciones laborales de este sector.

Que la Administración no aparezca formal ni originariamente como parte del convenio conlleva los problemas de efectividad de una percepción como la pactada, objeto del litigio. Las dificultades de concurrencia de Administraciones derivada de la transferencia de las competencias educativas a las Comunidades Autónomas influyen en el mismo dato destacado con anterioridad (por ello la tendencia a descentralizar el ámbito del convenio al menos en materia salarial es evidente). Pero, en todo caso, sería deseable que la Administración apareciera como parte de la negociación colectiva que determina el salario dada su posición jurídica en esta materia. Aparece como un sujeto peculiar obligado legalmente al pago de salario (obligación que originalmente compete a la empleadora) que, además, está condicionado por la normativa presupuestaria. Todo ello conllevaría que fuera, cuando menos, oportuno que la Administración interviniera como parte de la negociación en el sentido que exponemos; no sólo por razones que aludan a la posición jurídica de la misma sino por razones de propia efectividad de lo pactado.

Téngase en cuenta, que, de cualquier forma, así parece suceder cuando, definitivamente, con el objeto de hacer posible la efectividad de la propia retribución pactada el acuerdo modificativo del convenio a que antes nos referíamos alude directamente a la Administración como parte necesaria de un acuerdo que podría tomarse más allá de la vigencia inicial del convenio ¹⁷.

¹⁷ Recuérdese que, tal como se dispone en el acuerdo modificativo del convenio colectivo (Resolución de 15 de febrero de 2002 —BOE de 8 de marzo—), se añade un nuevo párrafo a la Disposición Transitoria tercera del convenio según el cual se dispone lo siguiente: «No obstante lo dispuesto en los dos párrafos anteriores en las Comunidades y Ciudades Autónomas».



En todo caso, en el supuesto concreto de esta percepción económica, qué duda hay de que estamos ante razones de oportunidad que afectan, fundamentalmente, al banco empresarial del convenio.

La calificación como salario de esta partida económica conllevaba ventajas importantes para este banco empresarial de la negociación. Formalmente al menos (y materialmente en el sentido en que concluye el pronunciamiento judicial aun con las incertidumbre que crea el mismo), la obligación de pagar esta partida «salarial» correspondería a la Administración dentro del concierto educativo; por tanto, no correspondería su abono al centro educativo, como así ocurriría de mantener su consideración como mejora de seguridad social, cuya externalización —abono y gestión— correspondería directamente al empleador.

De cualquiera de las maneras, los indicios de que estamos, cuando menos, ante una partida salarial muy peculiar son muy claros y evidentes. En este sentido podríamos destacar, en primer lugar, su amplísimo lapso de devengo, en principio de veinticinco años (sin perjuicio de las precisiones hechas en la disposición transitoria segunda del convenio que podría rebajarlo, en algunas ocasiones, hasta los quince años); la limitación del pago a quienes reunieran exclusivamente los requisitos de antigüedad dispuestos en el convenio, sin permitir el pago para supuestos de devengos inferiores (lo que supone, en realidad una concepción distinta de las reglas implícitas del devengo salarial aplicables, por ejemplo, a cualquier prestación salarial de devengo superior al mes¹⁸); su antecedente —el premio de jubilación— y las concomitancias que guarda con el mismo; en este sentido, la reconducción del premio de jubilación a esta forma de paga de antigüedad parece vinculada a la exigencia normativa de externalizar las mejoras de pensiones¹⁹; y, finalmente, las complicadas normas sobre el momento del pago y sobre su exigibilidad, lo que ha planteado —y plantea— serios problemas de efectividad de la propia norma convencional y ciertos elementos de inseguridad jurídica²⁰.

mas podrá establecerse un plazo posterior al 31 de diciembre de 2003 para el abono de los derechos previo acuerdo entre las organizaciones empresariales y sindicales que alcancen la mayoría de su representatividad con la correspondiente Administración educativa. En los acuerdos podrá hacerse coincidir el devengo de los derechos con los calendarios de abonos que se pacten. En todo caso, dichos acuerdos deberán ser enviados a la Comisión paritaria del Convenio para que ésta proceda a depositarlos ante el organismo competente y su posterior publicación en el Boletín Oficial del Estado».

¹⁸ Lo que hace afirmar a la recurrente que no se trata de una auténtica paga de antigüedad de las contempladas dentro del concierto educativo en el apartado c) del art. 13.1 del RD 2377/ 1985.

¹⁹ Aunque, como hemos expuesto, la cuestión sistemática parece central a la hora de rechazar, por parte de la sentencia comentada, el argumento de la recurrente en este sentido.

²⁰ Que intenta resolver la STSJ Extremadura de 13 de enero de 2003 antes citada.

Todo lo anterior no supone que la conclusión debiera ser indefectiblemente el carácter fraudulento de la previsión convencional. En ello incide la amplitud del concepto legal de salario, el hecho de que el motivo o la causa de dicha percepción convencional no guarde una necesaria relación con el ámbito de protección de un riesgo asumido por el sistema de Seguridad Social (que lo aleja de su consideración como mejora del mismo) y, como hemos dicho antes, la propia autonomía de las partes (que sólo puede encontrar limitaciones en relación con las normas que regulan el concierto económico y, en su caso, en su capacidad de obligar a la Administración). Por ello, nada impide que se pueda estar de acuerdo con la solución dada por el Tribunal Supremo. Pero, en cualquier caso, sobre todo por los precedentes de que proviene la referida percepción económica, sí ha de servir para tener cautela, cuando menos, a la hora de aceptar acríticamente la verdadera naturaleza salarial de lo pactado.

De cualquiera de las maneras, insistiendo en lo anterior, y aceptando la solución de los tribunales (y, efectivamente del Tribunal Supremo), que no cuestionan dicha naturaleza salarial, se demuestra, en un supuesto como este, la íntima relación entre mejora de seguridad social y salario, y se sitúa, como ejemplo paradigmático, las zonas de intersección entre una y otra institución.

3.2. Los límites objetivos de la responsabilidad de la Administración y la «paga de antigüedad»

Como anunciábamos antes, el régimen jurídico de la paga extraordinaria de antigüedad que recoge el convenio colectivo de enseñanza privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos plantea cuestiones interesantes que afectan a la propia efectividad de la misma. El Tribunal Supremo no entra a valorar la mayoría de dichas cuestiones ni se pronuncia sobre aspectos pendientes de su régimen jurídico convencional —referidos a la propia dinámica de la paga extraordinaria—; se centra casi exclusivamente en la naturaleza salarial de la percepción pactada. Con todo sí alude indirectamente, siquiera sea para afirmar que en el proceso de conflicto colectivo no se requiere pronunciarse sobre la efectividad del derecho a la percepción de la percepción pactada, a cuestiones principales sobre la dinámica de esta percepción. La primera de estas cuestiones es sin duda el sometimiento a los límites objetivos a que está sometido el propio concierto educativo y, por tanto, la asunción de deuda por parte de la Administración que conlleva el mismo.

Tal como decimos, quizá la primera de las cuestiones que puede afectar a la efectividad de la percepción pactada alude a los límites objetivos del concierto educativo.



En este sentido, los referidos límites aluden, por una parte y principalmente, a la limitación presupuestaria a que ha de estar sometida la Administración educativa (expresamente mencionada en el art. 49 de la LODE); y, por otra, al objeto del concierto, referido, en primer lugar, a los salarios y cotizaciones del personal docente (art. 13.1.a) del RD 2377/1985), a los gastos corrientes (art. 13.1.b) del mismo) y a «*las cantidades pertinentes para tender al pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la seguridad social...*», además de otros conceptos como sustituciones o crédito horarios del profesorado (art. 13.1.c); y, en segundo lugar, a las alteraciones de salario derivadas de la regulación de los convenios colectivos «*siempre que no superen el porcentaje del incremento global de las cantidades correspondientes a salarios a que hace referencia el art. 49.6 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación*» (art.13.2).

Se plantea en qué medida la citada limitación presupuestaria puede afectar a la efectividad (también a la propia asunción de deuda por parte de la Administración) de la paga de antigüedad; y, al propio tiempo, en qué medida esta paga de antigüedad recogida en el art. 61 del convenio colectivo es plenamente asimilable a la mención contenida en el apartado c) del mencionado art. 13.1 del RD 2377/1985 o es asumible como «alteración de salario» conforme lo dispuesto en el art. 13.2 de la misma norma reglamentaria.

Solventadas las últimas de las cuestiones abundando en el carácter salarial de la partida pactada y no cuestionándose, por tanto, la responsabilidad de la Administración en el sentido antes visto, la cuestión principal se centra en la limitación presupuestaria a que está sometida la Administración

En este sentido, la Administración educativa alega el tenor de los arts. 12 y 13.2 del RD 2377/1985 (antes citado) como argumento en el que fundamenta el sometimiento de la misma a las normas presupuestarias y, por tanto, la imposibilidad de sentirse vinculada (con la consiguiente modificación de las leyes de presupuestos según expone) por un convenio colectivo del que ni siquiera es parte²¹.

Pese a la importancia del argumento, la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos sólo entra a valorar las limitaciones presupuestarias a que está sometida la Administración para argumentar que las mismas no obvian el deber del pago de salarios que le afecta.

Así, resuelto el problema básico y fundamental de la naturaleza salarial de la percepción económica pactada, aclarada la posición particular de la Administración como obligada al pago de salarios de conformidad con la

²¹ Tal como consta en el 4.º punto del tercer motivo del recurso (fundamento jurídico primero de la sentencia).

normativa aludida aunque no fuera parte firmante del convenio colectivo, y prevista, incluso, por la propia negociación colectiva a través de una modificación del convenio colectivo posterior una adecuación del contenido de la cláusula original que establecía la dinámica del pago a las exigencias presupuestarias de la Administración, el Tribunal Supremo no duda en insistir en la condición de la Administración como obligada al pago y en rechazar los argumentos de esta cuando, como recurrente, alude a la limitación presupuestaria para evitar su responsabilidad ²².

Sin embargo este último argumento de la adecuación del convenio a las exigencias presupuestarias que afectan a la Administración plantea al tiempo cuestiones destacables desde la perspectiva de la propia efectividad y vigencia del convenio, dado que el punto de partida de dicha adecuación es trasladar el momento del pago a un período posterior a la vigencia inicial del convenio y, por tanto, a un período al que, si seguimos la lógica habitual de la negociación colectiva, puede verse afectado por la vigencia (retroactiva con seguridad) del nuevo convenio que ya ha comenzado a negociarse (en la medida en que ha sido denunciado el IV convenio colectivo que recoge la cláusula objeto de litigio) ²³.

En todo caso, además, lo que parece ponerse de manifiesto es que la implicación de la naturaleza jurídica de la partida pactada con las peculiaridades de su devengo y pago y con los antecedentes de que proviene (premios de jubilación), argumentos todos ellos que se rechazan por parte del Tribunal Supremo a favor del carácter salarial de la misma, parecen particularmente destacables. Aunque el Tribunal Supremo ni siquiera cuestione la oportunidad de normas como las que regulan el concierto educativo (función que efectivamente no le corresponde), lo cierto es que cuando menos cabe reseñar, como un argumento más de la peculiaridad de las relaciones laborales en este sector, la posición en que se sitúa a la Administración, vin-

²² En todo caso, sí se plantea por parte de la Administración una cuestión paralela sobre el cumplimiento de las obligaciones formales y documentales a que están obligados las empresas titulares de los centros concertados para hacer efectivo el pago delegado cuyo incumplimiento se argumenta. Este incumplimiento conllevaría la imposibilidad para la Administración de hacer efectivo el pago de la retribución pactada; pero aun siendo cierto no es una cuestión planteable en un proceso de conflicto colectivo.

²³ Esto podría incidir conlleva dosis importante de inseguridad jurídica sobre la determinación del momento del pago y, por tanto, sobre la determinación del momento en que es exigible la paga de antigüedad (trasladándose la cuestión al momento a partir del cual ha de comenzar a computarse la prescripción). Este problema de «vigencia» de la cláusula que establece la paga de antigüedad no es mencionado en la sentencia de 9 de mayo de 2003. Como hemos venido diciendo sí ha sido referido por la STSJ Extremadura de 13 de enero de 2003 que argumenta que dicho plazo de prescripción comenzaría a computarse a partir del último día de vigencia inicial del convenio. Esta solución no está exenta de dudas en todo caso pero es la única referencia judicial sobre la cuestión.



culada por un convenio del que no es parte, más allá incluso de las posibilidades que tiene la negociación colectiva que afecta al personal laboral de la misma (sí limitado por exigencias presupuestarias efectivamente).

4. CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2003, la más reciente del más alto Tribunal sobre una cuestión que ha tenido una especial litigiosidad, se destaca, sin duda, la especialidad que supone el concierto educativo en la configuración de las relaciones laborales del personal docente de los centros de enseñanza privados sostenidos con fondos públicos.

En el supuesto que analiza la sentencia se puede comprobar paradigmáticamente los problemas que conlleva tal especificidad. Es más, estas cuestiones se pueden constatar quizá con mayor grado si cabe dados los propios caracteres de la «paga de antigüedad».

Sin embargo, la sentencia no entra a analizar más que el carácter salarial de dicha paga para atribuir la condición de responsable de su pago a la Administración. No se detiene, como hemos expuesto, escudándose en la especialidad del procedimiento de conflicto colectivo, en cuestiones realmente sustanciales como la propia responsabilidad de los centros, los condicionantes que puede tener la misma en el necesario sometimiento a los límites presupuestarios que afectan a los módulos del concierto o la propia dinámica de la paga. Esta última cuestión sí ha merecido la atención de pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia (como el de Extremadura en una reclamación de cantidad individual) y presenta connotaciones especiales como las derivadas de la determinación del momento del pago (aplazado de conformidad con la Disposición Transitoria tercera del convenio) y, por tanto, de comienzo de cómputo del plazo de prescripción para las oportunas reclamaciones de cantidad.

En definitiva, nos encontramos ante un supuesto complejo, de amplia litigiosidad, donde se cuestiona la propia efectividad de lo pactado, y en el que la cuestión básica se halla en la peculiar posición de la Administración como responsable del pago de salarios en una relación laboral de la que no es parte.





PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Málaga

**ALGUNAS IDEAS SOBRE LA DEVOLUCIÓN
DE PRESTACIONES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS
Y LA PRESCRIPCIÓN DE SU EXIGENCIA,
TRAS LA NUEVA REDACCIÓN DADA
AL ARTÍCULO 45.3 LGSS POR LA LEY 66/1997**

STS (Social) de 18 de noviembre de 2003

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS *

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de una beneficiaria que venía recibiendo, previa resolución del INSS, prestación temporal en favor de familiares por muerte y supervivencia, ex art. 176.2 LGSS, por resolución de 30 de abril de 1996. La prestación le fue concedida con carácter «temporal», aunque sin indicación de plazo de vencimiento. Tras el correspondiente expediente administrativo, se le solicitó que devolviera todas las cantidades indebidamente percibidas desde primero de mayo de 1997 a 31 de marzo de 2001.

RESUMEN: El Tribunal Supremo entiende que respecto de las prestaciones indebidamente percibidas antes de 31 de diciembre de 1997, fecha de adopción de la nueva redacción del artículo 45.3 LGSS, el plazo de prescripción para la devolución es la que en la doctrina del propio TS se establecía: tres meses. Pero desde la entrada en vigor de dicha norma el plazo será de cuatro años ¹.

* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

¹ Inicialmente la norma, en la modificación producida por la Ley 66/1997, era de 5 años, reducida a 4 por Ley 55/1999.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. SOBRE LA REVOCACIÓN O REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SUS EFECTOS
 - 2.1. La revocación o revisión en el ordenamiento administrativo
 - 2.2. La revisión en el ordenamiento de la Seguridad Social y en el procedimiento laboral
3. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA DEVOLUCIÓN DE PRESTACIONES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS Y EL PRINCIPIO DE EFICACIA
 - 3.1. La doctrina y jurisprudencia confirman el abandono de la línea jurisprudencial anterior por la que se establecía un plazo de prescripción de tres meses en casos excepcionales
 - 3.2. Una reinterpretación del apartado tercero del artículo 45 de la LGSS: el principio de eficacia en la Administración

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que se comenta confirma una línea jurisprudencial respecto del plazo de prescripción del requerimiento por parte de la Administración de la Seguridad Social para la devolución de prestaciones indebidamente percibidas ².

Como se recuerda, el Tribunal Supremo, en ausencia de legislación aplicable al respecto, había construido una doctrina, para supuestos excepcionales, basada en el principio de equidad por la cual se establecía como plazo de prescripción el de tres meses.

La Ley de Acompañamiento 66/1997, como otras que se han adoptado para eliminar las corrientes jurisprudenciales que se apoyan en cierto modo en el principio «pro beneficiario», adoptó el artículo 45.3 de la LGSS que establecía: «*La obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cinco años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora*», siendo la posterior Ley 55/1999, en su artículo 24, la que reduce el plazo de prescripción a cuatro años.

La cuestión era conocer si la redacción del artículo 45.3 de la LGSS supone la exclusión de la jurisprudencia que, aplicando criterios de equidad, concretó supuestos excepcionales en los que se extendía el reintegro de lo indebido no al plazo quinquenal, sino al de tres meses, excepción que por razón de equidad, se producía en los casos en los que se percibió prestación de la Seguridad Social de forma indebida pero mediando buena fe

² Véanse, por todas, la SSTS de 14 de junio de 2001 (Recurso núm. 3614/2000) y la de 7 de noviembre de 2001 (Recurso núm. 1533/2001).

inequívoca del beneficiario y en la reclamación del reintegro demora prolongada por parte de la Entidad Gestora³.

En la fundamentos de derecho de la Sentencia que se comenta, siguiendo a otras anteriores, se resuelve esta cuestión:

- De un lado, se indica que el tercer ordinal del artículo 45 de la LGSS supone la exclusión de la jurisprudencia anterior. Así lo confirmaron otras sentencias anteriores del Tribunal Supremo⁴, más aún la STS de 11 de junio de 2001, además de reafirmar sin restricciones la regla general de prescripción quinquenal, indica que «no sólo omite cualquier mención expresa a la excepción de equidad apreciada por esta Sala, sino que parece cerrarse virtualmente el paso a la misma al afirmar que la norma de prescripción quinquenal ha de aplicarse «con independencia de la causa que originó la percepción indebida», incluso cuando la misma se ha debido a «error imputable a la enti-

³ Puede verse la magnífica sistematización de las excepciones que realizó la jurisprudencia y doctrina judicial respecto de la regla general de prescripción de los cinco años que hace VICENTE PALACIO, A, en *El reintegro de prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas*, Aranzadi, Elcano, 1998, págs 224 y sigs. Así, recuerda esta autora, se ha aplicado la regla excepcional:

— Cuando las prestaciones no fueron percibidas en base al falseamiento u ocultación de datos por parte del beneficiario, sino a un cambio de interpretación de carácter general llevada a cabo por órganos de las Administración del Estado (por todas, SSTS de 12-2-1992, RA 1972 y de 5-6-1995, RA 4755).

— Cuando razones de equidad obligaran a dicha limitación en atención a la demora excesiva e injustificada por parte de la gestora en el ejercicio de la acción correspondiente (por todas STS de 15-11-1991, RA 8226 y 18-2-1992, RA 1665 y 10-11-1994, RA 8605).

— Cuando el abono era debido a la ineficacia burocrática de la entidad gestora (STSJ Andalucía-Granada 10-5-1994, AS 2124)

— Cuando el pago indebido se produjo a consecuencia no de error de la entidad gestora sino de una interpretación equivocada o desconocimiento de la legalidad vigente (STSJ Castilla y León 23-1-1996, AS 58)

— O cuando se daba una conducta del beneficiario informando convenientemente con anterioridad a la reclamación de su situación personal (SSTS 11-2-1994, RA 875, 6-2-1995, RA 782 y 5-6-1995, RA 4757).

— En cualquier caso esta excepcionalidad de los tres meses se amplió en base a criterios de buena fe del beneficiario que, en STS de 24-9-1996, Sala General, se inclinó hacia la misma en términos de equidad «Hay que aclarar que para valorar la buena fe del beneficiario no es suficiente la distinción entre una posición negativa (simple abstención de mala fe) y la acción positiva (normalmente, la información al organismo gestor de los supuestos determinantes del pago indebido), pues en muchos casos la complejidad de la regulación determina que no pueda exigirse al beneficiario un control preciso de la legalidad de la situación que tiene reconocida, cuando ha cumplido los deberes de información que pueden resultar exigibles en cada caso...». Si bien hay que señalar que todas las sentencias exigen juntamente a la concurrencia de la buena fe, la demora por la Administración en la regulación de la situación.

⁴ SSTS de 11 de junio de 2001; de 7 de noviembre de 2001; de 26 de septiembre de 2002; de 20 de enero de 2003 y de 25 de febrero de 2003.

dad gestora». En estas condiciones no cabe mantener la anterior excepción jurisprudencial de la equidad, teniendo en cuenta que «las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita» (art. 3.2 del Código Civil).

- De otro lado, por lo que se refiere a la vigencia temporal del plazo prescriptivo de los cinco años (cuatro, posteriormente). El Tribunal Supremo hace la interpretación en base a la DF 3.^a del RD 1637/1995 que establece el Reglamento General de Recaudación (adicionada por RD 2032/1998, de 25 de septiembre), en la que se dispone que los efectos de la prescripción en los reintegros de las prestaciones indebidamente percibidas, ex art. 45.3 LGSS, lo será a partir de primeros de enero de 1998. Por lo que, en sentido contrario, los anteriores a dicha fecha habrán de regirse por lo establecido en la normativa anterior a dicha fecha, ya que según la STS de 7 de noviembre de 2001 (y otras posteriores que las siguen), la Ley 66/1997 «carece de indicaciones intertemporales, y que los actos jurídicos suelen regirse pro la norma en que tiene lugar su producción (Código Civil, disposiciones transitorias 1.^a y 2.^a principalmente; LGSS 1974, disposición transitoria 1.^a, ya incluida en la LSS de 1966), parece que la solución más razonable no puede ser otra que la que el propio Reglamento de Recaudación explicita: devolución inexcusable de todo lo percibido desde primeros de 1998; y subsistencia de la doctrina de equidad para las percepciones cobradas hasta diciembre de 1997».

Todo ello da lugar a que, en el presente caso, a la beneficiaria de prestación a favor de familiares por muerte del trabajador que se le había concedido una prestación de tipo subsidio, «con carácter temporal», dice la Resolución del INSS, pero en la que no se ha indicado el plazo de vencimiento, tenga que devolver las cantidades que excedan de un año de percepción, aplicando la prescripción de tres meses para las cantidades indebidamente percibidas antes de primeros de 1998 y la de cinco/cuatro años para las posteriores a dicha fecha. Y todo ello simplemente por la ineficacia e ineptitud de la propia Entidad Gestora.

Pero lo cierto y verdad es que, aunque se trate de una doctrina pacífica, hay algún aspecto en la interpretación del artículo 45.3 de la LGSS que parece que no ha sido suficientemente analizado y que, al hilo de esta sentencia, va a ser el objeto de este comentario.

2. SOBRE LA REVOCACIÓN O REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SUS EFECTOS

Como idea básica, ha de recordarse que el INSS, como otras Entidades Gestoras de la Seguridad Social, es un organismo autónomo adminis-



trativo con personalidad jurídica y autonomía propias para llevar a cabo las funciones encomendadas por la legislación vigente (véanse los artículos 57 a 59 de la LGSS y el correspondiente RD que desarrolla sus funciones).

Evidentemente, de conformidad con el artículo 2.2 y la DA 6.^a de la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC), las Entidades de este tipo han de considerarse como Administraciones Públicas y, por lo tanto, sujetas en su actividad a dicha norma, salvo la impugnación de sus actos que se regirán por la Ley General de Seguridad Social, Ley de Procedimiento Laboral o normativa específica al efecto.

En cualquier caso, la devolución de prestaciones indebidamente percibidas tiene su causa en la revocación o revisión de un acto administrativo previo que las concedió. Desde luego, como va a comprobarse, hay un cierto paralelismo, como no podría ser de otro modo, en la cuestión observada tanto desde la rama administrativa como en la propia o específica social del ordenamiento jurídico.

Nos encontramos ante una situación ante la que un administrado, en este caso beneficiario de una prestación del sistema de Seguridad Social, a través de un acto administrativo, en este caso, la correspondiente Resolución de la Entidad Gestora, ha adquirido un «status» de sujeto protegido por el sistema con una prestación económica por muerte y supervivencia a favor de familiares.

Dicha Resolución le da derecho a una prestación económica (subsidio) de carácter temporal. Y es que, la Entidad Gestora de la Seguridad Social, previa solicitud del interesado, ha dictado una Resolución fundada en la normativa vigente que sirve o da cobertura legal a la creación de un derecho subjetivo de carácter patrimonial al administrado. Para mantener la seguridad jurídica que exige el ordenamiento, parece haberse configurado un principio de irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos⁵, aunque, como va a verse, con excepciones.

2.1. La revocación o revisión en el ordenamiento administrativo

En Derecho Administrativo se entiende por revocación/revisión la retirada de forma definitiva, en el primer caso, o la modificación de aspectos, incluso sustanciales, en el segundo, de actos o resoluciones administrativas anteriores mediante otros de contrario signo o que matizan las resoluciones anteriores.

⁵ Como indican GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, en su prestigioso *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2002, pág. 104.

La LPAC distingue en esta cuestión que la revisión sea de disposiciones y actos nulos (art. 102) o que se trate de considerar como lesivos para el interés público actos favorables a favor de administrados que sean anulables.

Trasladar la situación que origina el pleito que resuelve la Sentencia que se comenta al ámbito del procedimiento administrativo común no es fácil. Conceder una prestación por muerte y supervivencia a favor de familiares de carácter temporal (según la norma su duración son 12 meses improrrogables) sin que la resolución administrativa indique el período de disfrute podría entenderse, desde la perspectiva administrativa, bien como un acto nulo en base al artículo 62.1 f) del LPAC⁶ o bien como un acto anulable ex artículo 63.1 LPAC⁷.

a) En Derecho Administrativo la revisión de un acto nulo presenta tres importantes diferencias con el Derecho de la Seguridad Social (artículo 102 LPAC): en primer lugar, la exigencia de un dictamen previo favorable del Consejo de Estado o de órgano consultivo correspondiente de la Comunidad Autónoma; en segundo lugar, si procediera, el establecimiento en la misma resolución que se declare la nulidad de las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley⁸; y, finalmente, el establecimiento de un plazo de caducidad de tres meses desde el momento en que se inició el procedimiento de oficio para la resolución del mismo.

b) De otro lado, respecto de la revisión o revocación por parte de las Administraciones Públicas de actos anulables que fueran declarativos de derechos, como son los más comunes en el sistema de Seguridad Social, si se trata de una modificación «in peius» de actos favorables para los interesados que sean anulables es necesario declararlos como contrarios al interés público por ello han de impugnarse ante el orden jurisdiccional y la decla-

⁶ Son nulos según este precepto. «Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de requisitos esenciales para su adquisición».

⁷ «Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder».

⁸ La indemnización se producirá cuando se aleguen daños y, ex artículo 139.2 LPAC: «...el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas». Y sólo serán indemnizables, de conformidad con el artículo 141.1 LPAC, «... las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

ración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo.

La revisión de actos declarativos de derechos conlleva una importante excepción a las facultades de tutela, justificada en el elemental principio de seguridad jurídica, ya que la Administración para apartarse de un acto anterior suyo que estableciera beneficioso fuera favorable al interesado deberá impugnarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa. Y es que, en cualquier caso, en base al principio de legalidad, la Administración necesita de un respaldo normativo específico para limitar los derechos reconocidos previamente.

La diferencia más notable en esta materia entre la rama administrativa y la social del ordenamiento reside en que en la primera se establece, al igual que en la revocación de actos nulos, un plazo de caducidad de tres meses desde la iniciación del procedimiento para declarar la lesividad.

c) Por último, una cuestión común a ambas situaciones revisoras de actos administrativos nulos o anulables:

- Cuando se trate de una cuestión que implique una modificación «in melius» o «in bonus» podrá producirse la revocación de los actos desfavorables o de gravamen sin tener que acudir, dependiendo del acto, al Consejo de Estado o correspondiente Consejo Consultivo o al orden jurisdiccional contencioso-administrativo (ex artículo 105-1 LPAC) «siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico».
- De otro lado, las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos (artículo 105.2 LPAC). Este carácter material y no jurídico de la rectificación material, es el que justifica la eliminación de solemnidades en el procedimiento; pero el verdadero problema es determinar la frontera entre el error de hecho y error de derecho cuestión en la que hay que ser rigurosos para evitar el «fraus legis»⁹.
- Finalmente, y como regla de cierre, las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes (art. 106 LPAC). Como se recuerda, la equidad es el principio jurídico que se aplica por el

⁹ Nuevamente, GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, ahora en el T. I, pág. 660.

Tribunal Supremo para establecer la anterior doctrina jurisprudencial de prescripción de tres meses.

2.2. La revisión en el ordenamiento de la Seguridad Social y en el procedimiento laboral

Como se ha apuntado anteriormente, los artículos 102 y 103 de la LPAC no son de aplicación al ordenamiento de la Seguridad Social ya que el artículo 145 de la LPL viene a introducir los límites anteriormente expuestos a la autotutela administrativa respecto de la revisión de actos declarativos de derechos en esta rama del ordenamiento¹⁰, pero como veremos hay un cierto paralelismo entre los procedimientos establecidos en una y otra rama del ordenamiento.

De conformidad con ello, el apartado primero del artículo citado establece que las Entidades Gestoras o los Servicios Comunes no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos «en perjuicio» de sus beneficiarios, lo que en sentido contrario viene a recordar el artículo 105.1 de la LPAC que permite la revisión «in melius» o «in bonus». Así pues, para reformar «in peius» tales Administraciones de la Seguridad Social deberán «solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido». Y es que, como se ha dicho, «la declaración de un derecho a favor de determinada persona, una vez notificado a la misma, ha causado estado, y no puede unilateralmente dejarse sin efecto sin perjuicio de la seguridad jurídica»¹¹.

Sigue en su redacción el artículo 145, ahora en el apartado segundo, estableciendo cuestiones comunes con el Derecho Administrativo: no es necesario acudir al Juez de lo Social para la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos¹², «así como las revisiones motivadas por

¹⁰ Sobre esta cuestión, in extenso, véase TOSCANI JIMÉNEZ, D., *La revisión de oficio de las prestaciones de Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000 y ROMERO DE BUSTILLO, S., «Facultades revisoras de pensiones y/o sus respectivas cuantías. La devolución de lo indebidamente percibido», *REDT* núm. 66, 1994.

¹¹ Así, SÁNCHEZ NAVARRO, D.A. en *La gestión de la Seguridad Social en España*, CES, Madrid, 2003, pág. 263.

¹² La STS de 13-10-1994 (RA 8049) y STS 3-10-1996 (RA 7446), siguiendo la orientación de la jurisprudencia contencioso administrativa, ha establecido una noción estricta de error de hecho, para esta sentencia el error que justifica la rectificación no es el error en la representación de la realidad que, al igual que error en la aplicación del derecho, trasciende a la decisión y debe dar lugar a los mecanismos anulatorios normales, sino el error en la expresión material del juicio Así, el error:



la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario».

Además ha de recordarse que para que se produzca la revisión se establece un procedimiento administrativo con audiencia al interesado, de conformidad con el RD 148/1996, cuestión que la acerca al procedimiento administrativo común.

Es curioso, la acción de revisión establece el artículo 145.3 de la LPL prescribe a los cinco años, mientras que la prescripción de las cantidades indebidamente percibidas es a los cuatro, ex art. 45.3 LGSS. Pero no sólo eso, y es que los cinco años de prescripción se predica respecto de la revisión de los actos declarativos de derechos (apartado primero del artículo 145) pero nada se dice respecto del plazo de prescripción de los errores materiales o de los motivados por omisiones o inexactitudes de las declaraciones del beneficiario. No obstante ello, la tesis que se mantiene en las SSTS de 21 de abril de 2001 y 4 y 5 de junio de 2000 es la de que tanto en revisiones de oficio como en los instados ante los órganos jurisdiccionales el plazo es de cinco años. Pero, en cualquier caso, los efectos económicos de tales revisiones, de suponer una devolución de prestaciones por ser indebidamente percibidas, tendrían una prescripción de cuatro años.

3. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA DEVOLUCIÓN DE PRESTACIONES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS Y EL PRINCIPIO DE EFICACIA

3.1. La doctrina y jurisprudencia confirman el abandono de la línea jurisprudencial anterior por la que se establecía un plazo de prescripción de tres meses en casos excepcionales

Una vez llevada a cabo la revisión «in peius» del acto administrativo por la Entidad Gestora, con o sin demanda previa ante el Juez de lo Social corresponde al beneficiario devolver lo indebidamente percibido ya que había venido percibiendo una prestación económica a la que no tenía derecho a pesar de que inicialmente hubo una Resolución de la Entidad Gestora que así lo estableció.

-
- Debe ser independiente de cualquier opinión, valoración o interpretación.
 - Tiene que ceñirse a los supuestos en que el propio acto administrativo o excepcionalmente el expediente revele una equivocación manifiesta y evidente por sí misma.
 - Debe afectar a elementos accidentales del acto sin proyectarse sobre su contenido fundamental.
 - Ha de conservar los efectos del acto, sin implicar una renovación del mismo, de forma que el acto subsista después de corregido el error.

Se trata esta de una cuestión extremadamente delicada ya que la revisión supone alterar una situación jurídica establecida y, en definitiva, una pugna entre los principios de seguridad jurídica y legalidad.

El artículo 45.1 de la LGSS establece la obligación de restituir o de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, el cómo se hace viene regulado en el RD 148/1996, de 5 de febrero, que crea un procedimiento «ad hoc»¹³. Es claro que alguien que viene disfrutando de una prestación que no le corresponde ha de devolverla ya que no tiene derecho a la misma y no debe enriquecerse injustamente, pero la doctrina jurisprudencial anterior a la adopción de este precepto era sin duda coherente con el ordenamiento jurídico ya que, pese a existir, el mismo plazo prescriptivo de cinco años estableció una regla excepcional de prescripción de tres meses basada en la equidad y de la que anteriormente se dio cuenta.

De Vicente Palacio en su momento se planteó esta cuestión, esto es, si con la redacción del apartado tercero del artículo 45 podía o no continuar esta línea jurisprudencial, y a pesar de que en el precepto no se hiciera referencia alguna a la buena fe del beneficiario como atenuante de la obligación restitutoria ni a la equidad, ni al cambio de interpretación de la legalidad llevada a cabo por los órganos administrativos, ni a la demora o retraso injustificado por la Entidad Gestora y sí, por contra, al «error imputable» a la Administración, «en mi opinión, el nuevo epígrafe 3 del artículo 45 TRLGSS no puede suponer la inaplicación de los señalados criterios en orden a la atenuación de las consecuencias económicas derivadas de la percepción indebida de prestaciones y ello no por tanto por la aplicación de la jurisprudencia (pues modificada la norma decae la jurisprudencia construida a su amparo) cuanto de la existencia de un precepto específico, el artículo 106 LRJ-PAC, que taxativamente ordena a las Administraciones Públicas la ponderación de los criterios de la equidad y la buena [fe] en el ejercicio de sus facultades revisoras, precepto, lógicamente, aplicable a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social en cuanto entes administrativos»¹⁴.

Más pesimista al respecto se ha mostrado otra parte de la doctrina que no admitía esta solución de continuar con el plazo extraordinario de tres meses de prescripción¹⁵ y, por supuesto, ya se ha visto como apunta en esta dirección el propio Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta y en otras anteriores.

¹³ Sobre el tema, véase, GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El reintegro de prestaciones indebidas», *REDT* núm. 79, 1996.

¹⁴ *Op. cit.*, págs. 236-237.

¹⁵ Así, puede verse ALARCÓN CARACUEL, M.R, en su comentario al artículo 45 de la LGSS, en AAVV, *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Elcano, 2003, pág. 301 y TOSCANI JIMÉNEZ, D., en *Los procedimientos administrativos de reconocimiento y revisión de las prestaciones de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2001, pág. 223.



3.2. Una reinterpretación del apartado tercero del artículo 45 de la LGSS: el principio de eficacia en la Administración

La introducción del apartado tercero del artículo 45 de la LGSS podía deberse tanto a la necesidad de colmar legalmente una laguna del ordenamiento de la Seguridad Social, al mismo tiempo de acabar con una tendencia jurisprudencial, como por razones económico-financieras de un sistema de Seguridad Social que necesita una correcta gestión de sus fondos en base al elemental principio de economía de costes que se establece en el artículo 57 de la LGSS y, por supuesto, a otro más elemental de justicia en el que nadie ha de disfrutar de algo a lo que no tiene derecho. Hasta ahí todos de acuerdo.

El problema a mi entender viene cuando al establecer la prescripción de las prestaciones indebidamente percibidas se recalca que dicho período será incluso en los supuestos de revisión de prestaciones «por error imputable a la Entidad Gestora», con lo que se quiere hacer prevalecer el principio de legalidad frente al de seguridad jurídica.

Y es un problema porque entra otro principio en juego: el de eficacia de las Administraciones que lleva consigo la responsabilidad de las mismas por su normal o anormal funcionamiento.

Desde mi óptica no ha de ponerse reparo alguno a la prescripción de cinco años en los casos de constatación de omisiones o inexactitudes por parte del beneficiario, la conocida como «exceptio doli», pero en el resto de los casos ha de recordarse que la Administración tiene que sufrir sus propias responsabilidades. Y es que en algunos casos, como es el que plantea la sentencia que se comenta, donde el administrado sufre la negligencia de la Administración no puede ser encima más perjudicado por ello ya que si no se permite la atenuación de algún modo en la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas, pueden darse consecuencias muy negativas para el patrimonio y en definitiva para la calidad de vida del ciudadano. Ciudadano que por cierto, y por no ser perito en una tan complicada materia como el Derecho de la Seguridad Social¹⁶, ha confiado en el INSS, una Administración Pública, que le vino a comunicar cuales eran sus derechos y que posteriormente los revoca o revisa.

Y es que el artículo 103.1 de la CE establece que «*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*».

¹⁶ Aunque parece que los peritos en la materia son más bien espectadores de un panorama legislativo que no da tiempo de asimilar en algunos casos a causa de los constantes cambios de un legislador que parece no tener muy pensadas las normas que quiere adoptar pero sí el objetivo donde quiere llegar.

En el ámbito de la LPAC, su artículo 3, recoge tales principios como los generales de aplicación en la Administración Pública, en general, independientemente del tipo de Administración que sea, pero es que, además se obliga a respetar a las Administraciones Públicas en su actuación a respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.

La actividad prestacional de la administración a través de un servicio público, como es la Seguridad Social, también está sometida a dichos principios a pesar de que la gestión se produzca por entidades administrativas autónomas, además de forma expresa el artículo 57 de la LGSS establece el principio de «eficacia social» como específico de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

El principio de eficacia en la actuación de la Administración no ha sido un tema que haya preocupado demasiado a la doctrina administrativa hasta recientemente¹⁷. El Tribunal Constitucional en diversas sentencias, 22/1984, 27/1987 y 178/1989, como recuerda Parejo Alfonso, ha venido a reconocer a la eficacia como un principio esencial que consagra un bien o interés jurídico integrado en el orden material constitucional de valores, integración en la que juega una función servicial dirigida a asegurar el cumplimiento o la realización efectivos de dicho orden, y aunque se trate de un principio genérico o indeterminado, es vinculante lo que se traduce en un mandato-deber para la Administración de actuar de acuerdo con él¹⁸.

El principio de eficacia, con todo lo indeterminado que pueda ser, va ligado a la idea de eficiencia y de calidad en las actuaciones administrativas y en la actividad que la Administración desarrolla. Por ello, en el actual diseño de la reforma de la Administración ha ido tomando cuerpo una orientación hacia la calidad en la prestación, que se preocupa ante todo de la entrega al público de los bienes y servicios debidos y del contenido práctico de tales servicios, esta perspectiva «está, pues, más atenta a las demandas externas que a los problemas internos y más dispuesta a considerar que la Administración está al servicio de los ciudadanos que al servicio del Estado»¹⁹.

De hecho, en el apartado segundo del artículo 3 de la LPAC se indica que las Administraciones Públicas se rigen en su actuación «por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos» y en la exposición de moti-

¹⁷ Por ejemplo, GARRIDO FALLA en el comentario al artículo 103, de la obra colectiva *Comentarios a la Constitución*, Dir. Alzaga, Edersa, Madrid, 1980, pág. 1027, no tenía muy claro el reconocimiento de la eficacia como principio jurídico, aunque indicó que «la margen de lo que la Constitución diga sobre esto, una Administración que actúa ineficazmente, será una mala Administración».

¹⁸ En *Eficacia y Administración: tres estudios*, INAP-BOE, Madrid, 1995, págs. 103 y 104.

¹⁹ Como indica, CATALÁ POLO, R. «Sistema constitucional de la función pública», en AAVV, *Administraciones Públicas y Constitución*, Coord. Álvarez Conde, INAP, Madrid, 1998, en pág. 526.



vos de la Ley de 14 de abril de 1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado se enfatiza en la «calidad como forma ordinaria de la prestación de los servicios públicos» y establece (en su art. 4.1 b), en aplicación del «principio de servicio a los ciudadanos», la obligación de determinación por la Administración General del Estado de «las prestaciones que proporcionan los servicios estatales, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad».

A los usuarios de los servicios públicos, a la sociedad entera en definitiva, les interesa que las Administración ponga efectivamente a su servicio y disposición de los bienes o derechos que les correspondan²⁰.

El citado principio constitucional de eficacia también es de aplicación al ámbito de la gestión de la Seguridad Social, como no podía ser de otro modo, por ello resulta inconcebible que se haya redactado un precepto legal que parece verter todas las consecuencias de una actuación incorrecta de la Administración al beneficiario de prestaciones, muchas veces alguien que se encuentra en situación de necesidad.

En relación a ello, por lo que se refiere a las relaciones prestacionales, como son las de Seguridad Social, además del derecho de los ciudadanos al acceso, utilización y disfrute, en los términos en que se establezca la correspondiente reglamentación, tienen derecho a que tal funcionamiento de servicio lo sean con regularidad y continuidad; además tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios que sufran como consecuencia del funcionamiento del servicio²¹.

Así, ha de recordarse que el artículo 106.2 CE establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran a causa del funcionamiento de los servicios públicos. Si lo que se pretende con ello es preservar el patrimonio de la víctima de un funcionamiento anormal²² de la Administración, también podría ser normal, pero ese no es el caso de

²⁰ Dicho de otro modo, en palabras de MARTÍNEZ MARÍN, A., es necesario defender un buen funcionamiento de los servicios públicos ya que, de un lado, una prestación insatisfactoria de los más elementales servicios públicos, y la Seguridad Social lo es, condicionan nuestra propia vida y la de los ciudadanos más necesitados, además se observa el imperativo de la eficacia establecida en el artículo 103 de la CE. Más aún, en la medida en que el Estado social se legitima en la acción pública, «el funcionamiento de los servicios públicos lo califica o descalifica, pues la actividad servicial, aun siendo sólo una parte de la acción pública, es de importancia capital, dado que estas necesidades sociales insatisfechas de este modo responsabilizan exclusivamente al Estado, entendido este en sentido amplio», en *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1990, págs 16 y 17.

²¹ SOUVIRÓN MORENILLA, JM, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, pág. 522 y sigs.

²² Los daños que se causa por una mala organización en la gestión en los servicios públicos justifica la imputación de las consecuencias dañosas a la Administración tanto si ese servicio ha funcionado mal («culpa in comittendo»), como si no ha funcionado («culpa in

alguien que percibe una prestación por muerte y supervivencia durante mayor tiempo al que corresponde a causa de una «deficiente» Resolución de la Entidad Gestora, pues bien, como digo, si lo que se pretende es preservar el patrimonio de la víctima de una Resolución revisada por causas a él no imputables, no puede pensarse en una *restitutio ad integrum* y mucho menos implantar un sistema de devolución (el del RD 184/1996) que va a afectar enormemente a la calidad de vida por limitarse los ingresos de una forma importante.

Ha de recordarse que en Derecho Administrativo la responsabilidad de la Administración lo es por actos que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal. Si inicialmente el beneficiario actuó diligentemente, de buena fe, y conforme a ello obtuvo una prestación ilegítima por una negligente actuación de la Gestora no debería soportar, al menos totalmente, el perjuicio de ese funcionamiento anormal. Si se obliga a devolver lo indebidamente percibido por causa a él no imputable, se observa perfectamente una lesión que puede ser evaluada patrimonialmente, el «quantum» de la misma sería igual a lo indebidamente percibido y, si acaso, para evitar problemas económicos-financieros en la Seguridad Social, que sea la Gestora la que repita en vía judicial contra el responsable de su organización que cometió el error. No puede ni debe trasladarse la carga de los errores de la Administración a beneficiarios de la Seguridad Social cuyos únicos ingresos, en la mayoría de los casos, provienen de las mismas prestaciones del sistema que pretenden revisarse a posteriori por la propia ineficacia de la Administración que las concedió cuando no tenía que haberlas concedido o en cuantía inferior a las que inicialmente estableció.

En definitiva, siguiendo a Álvarez Rico, M., «el principio constitucional de eficacia como principio de organización representa el núcleo central de todos los principios de organización y resume, ordena y sirve de crisol a los demás. La razón de ello estriba en que la Administración pública en su conjunto, de acuerdo con el artículo 103.1 de la CE se caracteriza por ser una organización servicial o vicaria para la gestión de los intereses generales. En el cumplimiento de este fin, la Administración debe actuar de acuerdo con una serie de principios a los que hemos aludido tantas veces, pero la legitimación de la estructura administrativa globalmente considerada viene dada por su eficacia, actuada con objetividad y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»²³, de ahí la necesidad que la Administración sea responsable de sus actos.

omittendo») o si lo ha hecho defectuosamente (falta al deber de diligencia funcional, con base al artículo 103.1 CE), como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, T. II, pág. 400.

²³ ÁLVAREZ RICO, M., *Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 161-162.



Mientras que algún órgano judicial no eleve como cuestión de inconstitucionalidad este aspecto del artículo 45.3 de la LGSS para que se determine con precisión si el mismo se acomoda o no al Texto Constitucional, no parecería descabellado, todo lo contrario, que el Tribunal Supremo o cualquier otro Tribunal en base a tan elemental principio constitucional de eficacia y de responsabilidad de las Administraciones Públicas por su funcionamiento, recogidos en los artículos 103.1 y 106.2 CE, respectivamente, inaplicara la doctrina de la prescripción de los cuatro años para la devolución de cantidades indebidamente percibidas por «errores imputables» a la propia Entidad Gestora.







DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN
DE LA LEY: «SUPERVIVENCIA» EN EL ÁMBITO
DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL**

STCo. 70/2003, de 9 de abril de 2003

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ *

SUPUESTO DE HECHO: Mercedes C de la M, y Sidonia M.^a B M, recibieron comunicación de finalización de sus contratos de obra o servicio determinado con la empresa de limpieza Coalfer, S.L., quien alegó fin de obra o servicio con la empresa Zara, por cese de la actividad de dicha empresa, cuando en realidad no había variación de los servicios de limpieza, ni ruptura en la continuidad de los mismos. Las demandas respectivas de despido fueron desestimadas por el Juzgado de lo Social número 2 de Avilés. Sin embargo la Sala de lo Social del TSJ de Asturias consideró que las trabajadoras habían sido objeto de un despido improcedente, condenando a la empresa a pasar por los efectos del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. La identidad de las sentencias pronunciadas por los órganos judiciales que se han pronunciado hasta el momento, caracteriza a las acciones judiciales ejercidas de forma independiente por cada una de las trabajadoras.

Las sentencias obtenidas en suplicación, se recurrieron por la empresa ante el Tribunal Supremo en sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, utilizando la empresa recurrente en ambos casos como sentencias de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 12.06.1995.

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

El Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse sobre cada uno de los recursos y lo hizo en sentencias dictadas con un mes de diferencia entre ellas. En la dictada con fecha 24 de mayo de 2001, reconoce cierta similitud entre la sentencia recurrida y la de contraste en sus líneas generales, si bien el estudio pormenorizado de la misma le llevó a afirmar que las sentencias no eran contradictorias en los términos previstos en la LPL, y por lo tanto desestima el recurso interpuesto frente a ella, confirmando la sentencia de suplicación que admitía la improcedencia del recurso.

Treinta y dos días más tarde la misma Sala, en estudio del recurso 3888-2000, basado en idénticas sentencias precedentes y en la misma sentencia de contraste del recurso anterior, defiende la existencia de los requisitos del artículo 217 de la LPL, estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina y en consecuencia revocando la sentencia de suplicación, con confirmación de la de instancia.

Doña Mercedes Campo de la Mata, a la vista de la sentencia obtenida con fecha 26 de junio de 2001, interpuso demanda de amparo ante la evidente vulneración del principio de igualdad en su manifestación de aplicación judicial efectiva, que motivó sentencias diferentes emanadas del mismo órgano judicial, partiendo de antecedentes idénticos, sin ninguna razón que justificase dicha disparidad de posicionamiento, toda vez que su compañera de trabajo, en un proceso paralelo al suyo, había obtenido el 24 de mayo del mismo año una sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo, por la que se reconocía la inconsistencia del contraste imprescindible en el recurso, consiguiendo por tanto que se desestimara la casación y se confirmara la sentencia dictada en suplicación que declaraba el despido improcedente.

Tras los correspondientes traslados a las partes, el Tribunal Constitucional finalizó dictando sentencia en fecha 9 de abril de 2003, por la que estimaba parcialmente la demanda de amparo solicitada.

RESUMEN: La vulneración del principio de igualdad en su vertiente de aplicación de la ley, consagra la esencia del recurso de amparo que analizamos y que trata de restablecer una correcta aplicación del derecho que había motivado dos sentencias contradictorias, pues ante los mismos antecedentes, una juzgó que la trabajadora había sufrido despido improcedente y la otra que había sido objeto de un cese por fin de contrato. La recurrente alega igualmente en su recurso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste.

El TCo. analiza la vulneración al principio de igualdad, entendiendo que se ha producido una discriminación por diferente aplicación de la ley,



produciéndose una variación de criterio en el Tribunal, ante casos sustancialmente iguales. El TCo. concluye que concurren los requisitos exigidos por su doctrina y por tanto que se dan las circunstancias de desigual aplicación de la Ley por un mismo órgano judicial, careciendo la sentencia recurrida de una justificación razonable que permita excluir la posible apreciación de arbitrariedad o la inadvertencia en el cambio de criterio. El fundamento de la desigualdad radica en la consideración que inicialmente hizo el TS, considerando que la sentencia de contraste no reunía los requisitos del artículo 217 de la LPL. En este caso, las trabajadoras habían sido despididas como consecuencia de un traslado de locales de la empresa contratante de los servicios de limpieza, sin variación ni ruptura en la continuidad de la prestación, puesto que la misma empresa se seguiría encargando de la limpieza de los nuevos locales, en virtud del contrato primitivo no de uno nuevo.

En la sentencia de contraste seleccionada en ambos recursos de casación para la unificación de doctrina, los actores reclamaban su despido tras la ruptura real de los servicios de limpieza, con variación sustancial en los mismos y la celebración de contratos mercantiles distintos. Estas diferencias sustanciales no fueron apreciadas en la sentencia recurrida en amparo, y lo es más sin contener razón o criterio que justifique el cambio de criterio.

Desde la otra perspectiva en virtud de la cual se establece el recurso de amparo por la recurrente, relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección de valoración de los requisitos legales para acceder a cada recurso, el TCo desestima por inconsistente el motivo, recordando la sólida doctrina constitucional que confirma como función jurisdiccional exclusiva la valoración de la concurrencia de los requisitos establecidos para cada recurso, cabiendo solo la revisión constitucional, ante manifiestos ejemplos de arbitrariedad o errores patentes, sin que a este respecto quepa por el TCo, hacer ninguna valoración ante la falta de consistencia para estimar este motivo del recurso.

Resaltar que el propio Ministerio Fiscal es favorable a la estimación del recurso por considerarse vulnerado el principio de igualdad en aplicación de la ley.

ÍNDICE:

1. PLANTEAMIENTO PREVIO
2. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA LEY EN TÉRMINOS DE IGUALDAD COMO PRIMERA REGULA DE JUSTICIA. EL ALCANCE DE UNA DOCTRINA CONSOLIDADA
3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMO UNA MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA TUTUELA JUDICIAL EFECTIVA
4. VALORACIÓN FINAL

1. PLANTEAMIENTO PREVIO

Sin poder dejar a un lado los tradicionales reproches entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, por extralimitación en sus funciones lo que ha supuesto una maltrecha relación, clásica en la práctica forense, con manifestaciones muy recientes que nos han permitido ver más expresiones de estas tensas relaciones de convivencia en el ámbito de las competencias de cada órgano, la sentencia que comentamos nos depara un resumen de la tradicional doctrina del Constitucional, respeto a como ha de interpretarse el principio de igualdad recogido en el artículo 14 C.E., concretamente en su manifestación relativa a la aplicación judicial de la ley.

El principio de igualdad en la aplicación de la ley es una creación del Tribunal Constitucional que evidencian dos lecturas del artículo 14 de la CE. En primer lugar la igualdad ante la ley como la exigencia de igualdad ante los actos creadores de Derecho y en segundo lugar la igualdad en la aplicación de la ley como exigencia ante los actos de interpretación y aplicación del Derecho creado.

2. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA LEY EN TÉRMINOS DE IGUALDAD COMO PRIMERA REGLA DE JUSTICIA. EL ALCANCE DE UNA DOCTRINA CONSOLIDADA

La sentencia dedica el fundamento de derecho segundo a recopilar de forma ordenada la doctrina relativa al principio de igualdad en su vertiente de aplicación de judicial de la ley. La concurrencia de los requisitos necesarios es analizada sobre la base de los precedentes constitucionales que han consolidado cada uno de los necesarios componentes del referido principio.

La acreditación del *tertium comparationis*; la necesaria referencia a otro supuesto y su comparación; la identidad del órgano incluyendo, en el caso del Tribunal Supremo, coincidencia de Sala y de Sección y por último la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, son los consolidados requisitos de esta doctrina que gira entorno al principio de igualdad en su manifestación de aplicación judicial de la ley, con expresiones recientes refrendadas por las SSTC 210/2002, de 11 de noviembre y 46/2003 de 3 de marzo.

El planteamiento doctrinal, lleva al TCo en la aplicación al caso concreto, concluir como ya hemos adelantado en el resumen. No le cabe ninguna duda al TCo, que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, resuelve los recursos de casación para la unificación de doctrina números 3885-2000 y 3888-2000 de forma palpablemente desigual, con un mes de diferencia en el tiempo y sin ninguna razón que justifique la arbitrariedad de su decisión.



Resulta incomprensible que en este caso el recurso de casación para la unificación de doctrina no haya cumplido la finalidad para la que fue creado y que ha venido consagrando la jurisprudencia (STC 57/2000, de 28 de febrero). Esta finalidad no es otra que la de garantizar la igualdad de los ciudadanos en la aplicación e interpretación de la Ley, lo que presupone la existencia de un ordenamiento jurídico único a aplicar por los Jueces y Tribunales, así como una interpretación y jurisprudencia unitaria. Por tanto es la propia configuración del recurso de casación para la unificación de doctrina quien impregna de función constitucional al propio Tribunal Supremo, convirtiéndose en el garante del compendio de derechos fundamentales que se desprenden de nuestra constitución. La jurisdicción ordinaria, en virtud del principio de legalidad, no puede eludir sus compromisos con la correcta aplicación de los derechos fundamentales que presiden la aplicación del derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Ciertamente la superioridad del Tribunal Supremo no puede discutirse en todos aquellos casos en los que no están implicadas las garantías constitucionales, es más no puede ignorarse el mandato excluyente del artículo 117.3 y 123 de la CE. Pero no puede ignorarse la demasiado frecuente pervivencia de líneas interpretativas contradictorias en el seno del propio Tribunal Supremo o el frecuente recurso al uso del voto particular, que junto a los innegables beneficios que produce, puede terminar, como afirma Mercader Uguina, por «mostrar efectos perversos que en ningún caso resulta recomendable, máxime si los mismos pueden terminar por cuestionar la virtualidad del propio principio de seguridad jurídica».

Estos razonamientos precedentes vienen a justificar la actualidad del principio de igualdad en la aplicación de la ley desde su lectura constitucional, para aquellos casos en los que la aplicación de la norma no responde a unas pautas de coherencia y responsabilidad.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMO UNA MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

No podemos ignorar la existencia de una línea jurisprudencial mantenida en repetidas sentencias del Tribunal Constitucional que arrancan en la STC 144/1988, de 12 de julio¹ y que viene siendo ampliamente comentada, tanto por algún ilustre componente del Alto Tribunal como por la doctrina².

¹ Entre otras en esta misma línea nos encontramos con las SSTC 69/1991, de 8 de abril; 235/1992, de 14 de diciembre; 6/1.997, de 19 de mayo; 71/1988, de 30 de marzo.

² RUBIO LORENTE, F.: «La igualdad en la aplicación de la ley», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, núm. 1; MERCADER UGUINA, JESÚS

En este posicionamiento constitucional se desprende la difícil defensa del principio de igualdad en la aplicación de la ley, ante la imposibilidad de resolver siempre en los mismos términos sobre supuestos que se pretenden iguales. La dimensión eminentemente formal del principio de igualdad no puede ser entendida como una mecánica aplicación de la norma que produzca los mismos efectos en los sujetos a los que se le aplica, sino más bien que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal³.

La ubicación, por tanto del derecho fundamental vulnerado en los supuestos en los que los ciudadanos reciben de un mismo órgano judicial una respuesta judicial diferente sin justificación. En dichos casos la atención se centra, fundamentalmente, en la obtención de dos respuestas diferentes y aparentemente contradictorias lo que implica arbitrariedad sin razonamiento que lo justifique. Por tanto la exclusión de la arbitrariedad de los órganos judiciales debe ser garantizada desde el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE. y no desde el principio de igualdad del artículo 14.

Podemos afirmar que el proceso de consolidación de esta corriente doctrinal no avanza con tanta fuerza como les gustaría a sus defensores, y buena prueba de ello es el contenido de la doctrina de la sentencia que es objeto del presente comentario. No alcanzamos a ver las ventajas del desplazamiento del centro neurálgico de imputación del derecho fundamental vulnerado, sino es confirmar la teoría de sus defensores que niegan autonomía y necesidad a este principio, desde una correcta lectura del principio de legalidad. Ciertamente el principio de igualdad ha consolidado una apreciable, doctrina que abarca todas las posibles vulneraciones al mismo.

En este sentido el cambio de centro de gravedad podría dejar abiertas situaciones que hasta ahora la lesión al derecho de igualdad desde la aplicación de la ley, tiene perfectamente previstas y reconocidas, sin riesgo de quedar desprotegidas por aquellas zonas oscuras que puedan irse desprendiendo del nuevo posicionamiento doctrinal. Solo el transcurso del tiempo, nos permitirá conocer el posicionamiento definitivo de la jurisprudencia del TCo.. Hoy por hoy en cualquier caso lo importante es que se siga repeliendo con la misma contundencia esta desigual aplicación de la ley, ante situaciones similares sin justificación que lo respalde.

R.: «El imposible derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley en la doctrina constitucional». *El proceso laboral*. Estudios en Homenaje al Profesor De la Villa Gil, Valladolid, Lex Nova 2001.

³ Esta orientación la ofreció la STC 49/1985, 28 de marzo y fue consolidada por sentencias como la 58/1986, de 13 de junio o la más reciente 200/1990, de 10 de diciembre.



4. VALORACIÓN FINAL

Por primera vez, desde que comenzamos esta serie de comentarios, no hemos seleccionado la sentencia objeto de nuestras reflexiones, para mantener un abierto enfrentamiento con sus postulados o criterios doctrinales o bien coincidir con el voto particular en demérito de la línea mayoritaria. Tampoco hemos pretendido hacer un posicionamiento claro y radical optando por alguna de las dos líneas jurisprudenciales desde la que es posible abordar el tema y que están presentes a la hora de ubicar el derecho fundamental vulnerado en el artículo 14 o bien en el 24.1 de la CE.

Al margen de la oportunidad que encierra reconocer las tensas relaciones que desde casi el inicio de la andadura del TCo., se vienen produciendo entre este y la jurisdicción ordinaria, hemos de reconocer que sentencias como la 51/2004 de 23 de enero, pueden demostrar el equivocado camino por el que discurrimos, si dedicamos nuestros esfuerzos a pretender justificar de forma «dudosamente» motivada y razonada los errores de la jurisdicción ordinaria o del propio Tribunal Constitucional, en un permanente espíritu de revancha.

Ninguna de estas polémicas competenciales pueden hacer a nuestros tribunales, cualquiera que sea su campo de trabajo, dejar de apreciar una correcta y congruente aplicación de la ley, de quien tienen mandato constitucional para cumplir dicha función, evitando caer en manifiestas contradicciones que alcanzan a trasladar una imagen caótica e injustificada de la actividad jurisdiccional, llegando a provocar escándalo y depreciación de los valores tradicionales de la justicia, que tiene en la comparación de situaciones una expresión patente de sus aciertos y desventuras. Pocas veces como en el caso que nos ocupa está más justificada la intervención y el amparo constitucional, que pretende restablecer la correcta interpretación de los derechos fundamentales, cuando estos son vulnerados por nuestros órganos judiciales. Aun hoy, y pese a la sólida consistencia de determinados derechos fundamentales, es necesario permanecer atento a vulneraciones, que también habrán de venir de quien tiene la responsabilidad de aplicar e interpretar la ley al caso concreto.

Que nunca existe una norma jurídica concretamente aplicable al margen del proceso concreto y específico de interpretación, por lo que su resultado puede y debe ser previsible en atención a la aplicación de unas pautas hermenéuticas acrisoladas hoy por la ciencia jurídica pero en modo alguno el sentido de la norma es único, lineal e identificable a priori. Esta realidad no nos impide rechazar cualquier tipo de discriminación no razonada, que impida una coherente aplicación de la norma a supuestos similares.

En consecuencia, volvemos a defender la máxima adecuación del proceso aplicativo del derecho al ordenamiento constitucional vigente. El propio principio interpretativo según el cual las normas legales han de ser interpretadas conforme a la mayor efectividad del derecho fundamental, vin-



cula a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria en el proceso de aplicación de la ley, y para cuando estos no acometan dicha función, es insustituible la función reparadora de los derechos vulnerados que acomete, por ser competente, el TCo.

No cabe duda que una más relajada o laxa visión de los compromisos frente a los derechos fundamentales, desde la jurisdicción ordinaria, podría ser uno de los factores que aliviaran la permanente polémica entre ambas instituciones jurisdiccionales, ambas «últimas instancias» —al menos así lo pretenden y se refleja en el ordenamiento, sin perjuicio de las competencias de otros Tribunales «por encima», como el TJUE, el TEDH—. Esta reducción de la conflictividad beneficia a las instituciones y, en general, al entero Estado de Derecho, así como a la recuperación de una maltrecha confianza en la Administración de Justicia. No obstante, podemos darla por bien empleada si potencia la relectura constitucional de todo el proceso aplicativo del derecho, como entendemos aquí sucede, por supuesto no si sirve para el descrédito de uno, el TS, y otro, el TCo, como también acabamos de conocer en virtud de una Sentencia del Tribunal Supremo que jamás debió «jurisdictarse».





4

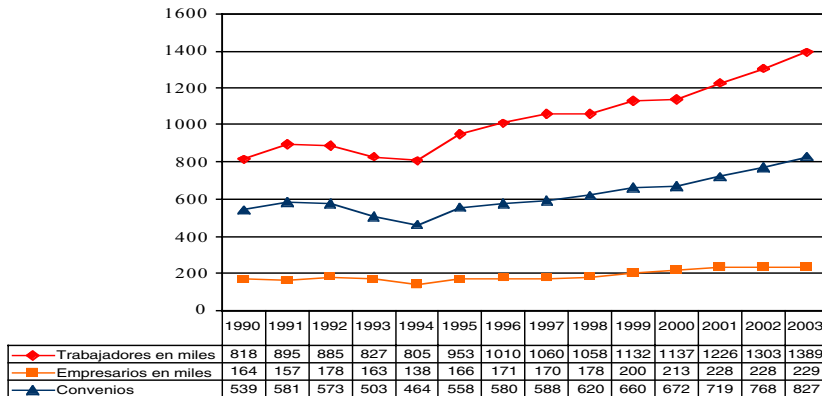
Informes y Documentos



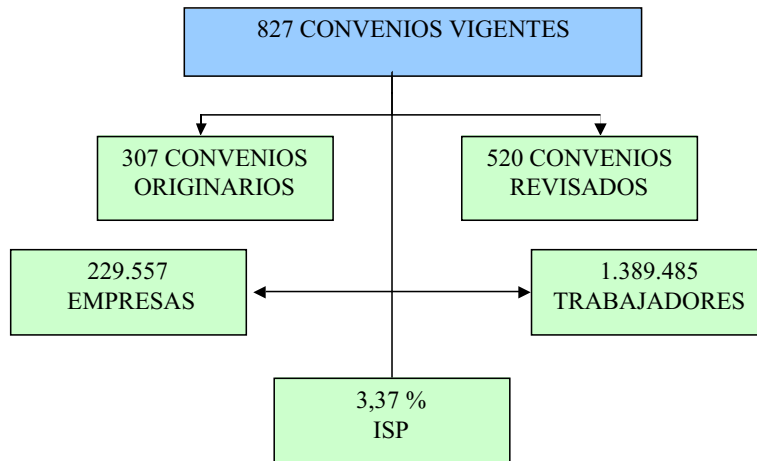


LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA DURANTE 2003 *

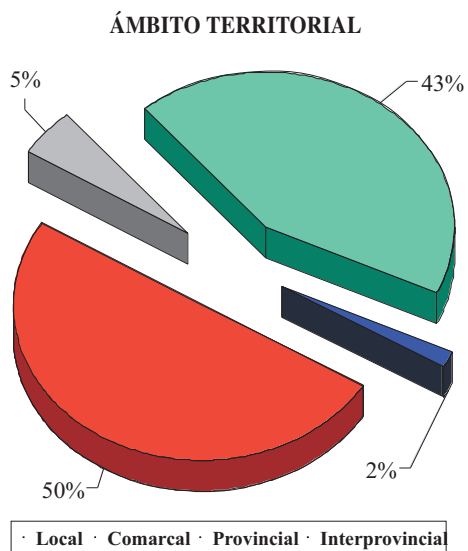
EVOLUCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA 1990-2003 REALIDAD COMPLETAMENTE ASENTADA



RESUMEN AÑO 2003

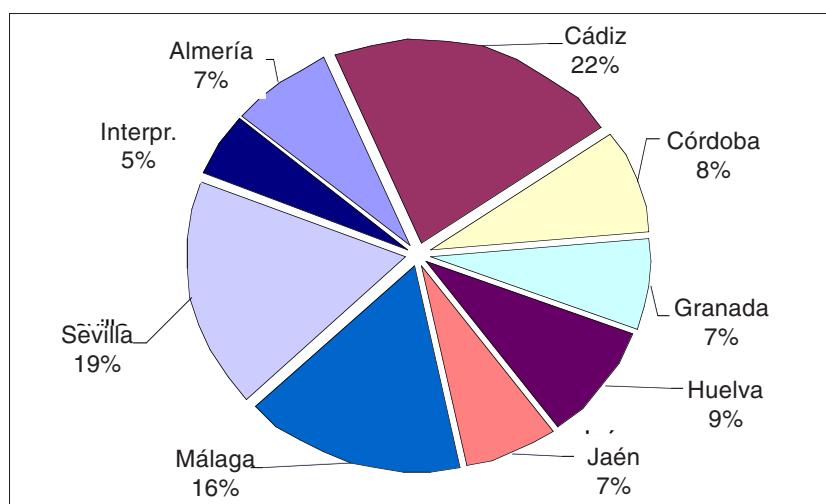


* Informe realizado por los servicios técnicos del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.



- La mayoría de los convenios andaluces son provinciales o locales 416 y 353, destacando cualitativamente, 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.

**DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL
NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA**



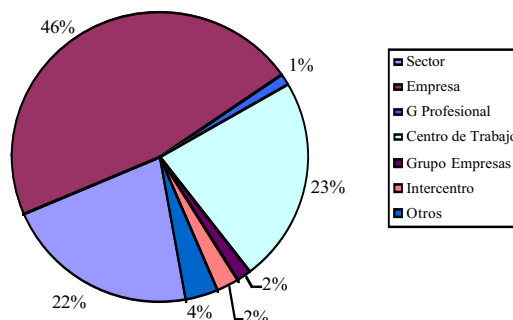
- La distribución provincial de estos convenios sigue siendo poco homogénea.
- Desde una perspectiva cuantitativa destaca Cádiz, seguida de Sevilla, Málaga.
- Cualitativamente, por número de trabajadores y empresarios afectados, destacan Sevilla y Málaga.

Ámbito geogr.	N.º Conv.	Empr. Afec.	Trab. Afect.	ISP
Almería	62	6.693	94.876	4,45
Cádiz	179	23.232	166.735	2,68
Córdoba	69	35.329	162.807	2,78
Granada	61	16.304	116.291	3,38
Huelva	75	6.576	105.566	2,98
Jaén	54	47.040	177.891	3,47
Málaga	133	40.259	233.699	4,07
Sevilla	153	51.784	288.689	3,45
Interpr.	41	2.340	42.931	2,34
Totales	827	229.557	1.389.485	3,37

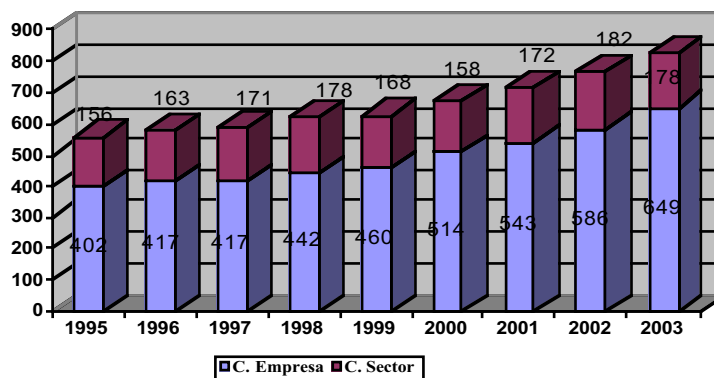
DISTRIBUCIÓN FUNCIONAL: ASPECTOS CUANTITATIVOS

- En sus aspectos cuantitativos, la mayoría de la negociación colectiva es de empresa u otro ámbito distinto al de sector.
- Entre los primeros predominan los de empresa y centro de trabajo siendo casi residuales los franja o de grupo.
- Esta tendencia no ha variado durante los últimos años.

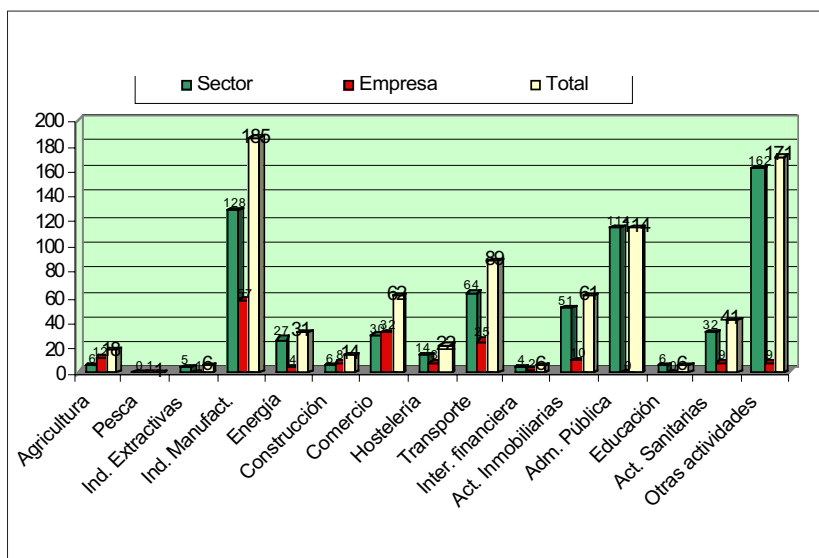
**DISTRIBUCIÓN FUNCIONAL
CONVENIOS ANDALUCES 2003**



DISTRIBUCIÓN FUNCIONAL CONVENIOS ANDALUCES 1995-2003

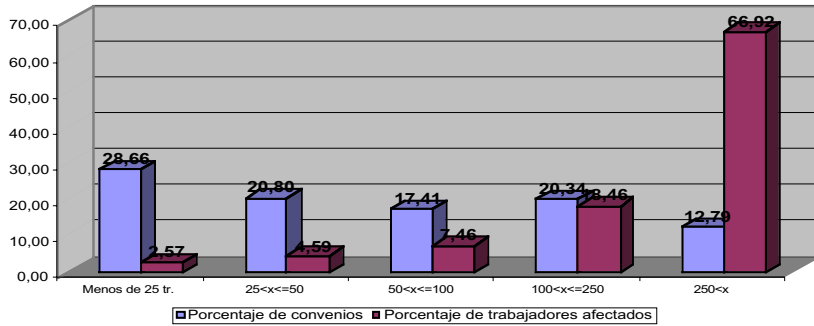


DISTRIBUCIÓN POR ACTIVIDADES ECONÓMICAS



- 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.

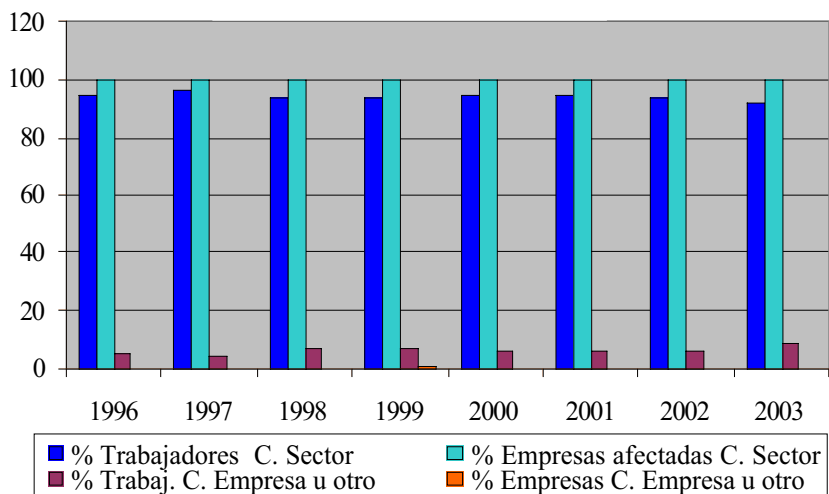
DISTRIBUCIÓN DE CONVENIOS DE EMPRESA SEGÚN DIMENSIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA



- Las empresas que con más frecuencia firman convenios propios son las de menos de 25 trabajadores.
- Si bien los convenios de empresa que mayor población afectan son los de más de 250 trabajadores: el 66,92 de trabajadores afectados por este tipo de convenio.

**DISTRIBUCIÓN FUNCIONAL:
ASPECTOS CUALITATIVOS**

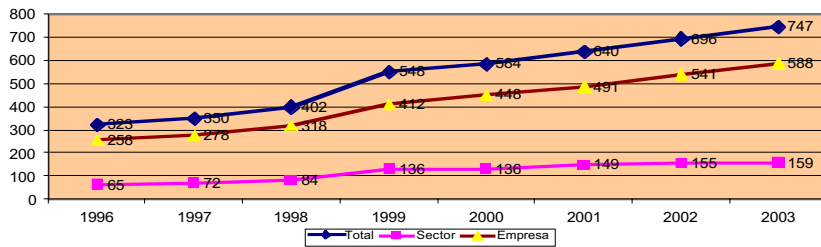
AFECTACIÓN SEGÚN TIPO FUNCIONAL 1996-2003



- Por el contrario cualitativamente nuestra negociación está profundamente sectorializada.
- Más del 90 por ciento de trabajadores y empresarios afectados por convenios andaluces lo son por convenios de sector.
- Esta tendencia no ha variado durante los últimos años.

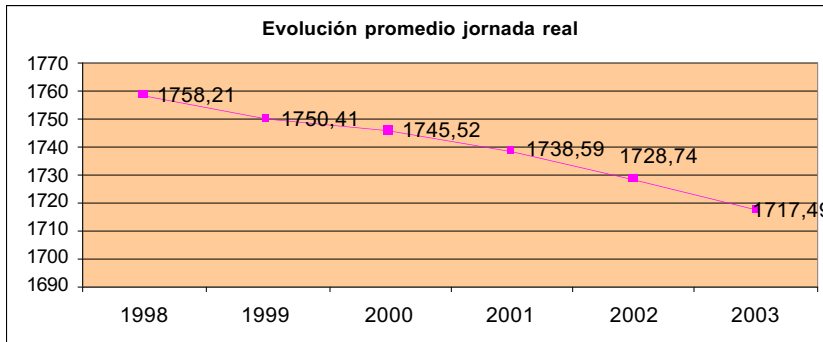
AFECTACIÓN PERSONAL Y EMPRESARIAL SEGÚN TIPO FUNCIONAL DE CONVENIO INTRAAUTONÓMICO							
	Año	1998	1999	2000	2001	2002	2003
CONVENIOS	Trabajadores	993.380	1.046.480	1.072.2547	1.159.582	1.224.309	1.277.164
SECTOR	Empresarios	177.847	200.300	212.610	227.806	227.706	228.907
CONVENIOS	Trabajadores	65.557	85.620	65.433	67.180	78.693	112.321
EMPRESA	Empresarios	442	492	514	543	586	650

**ÁMBITO TEMPORAL
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE CONVENIOS SUPRAANUAL**

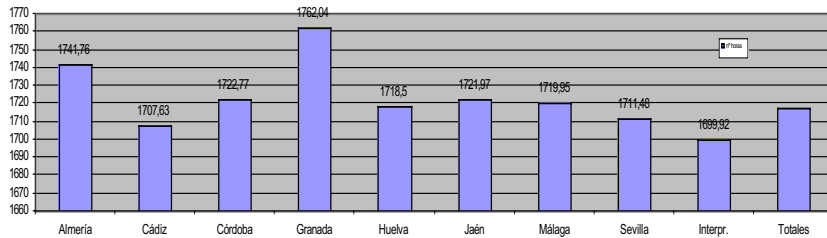


- De los 768 convenios vigentes, 696 se pactan con un periodo de vigencia supraanual, —el 90,62%—.
- Tendencia progresiva, sobre todo en los convenios de empresa.
- Mayoría entre 3 y 4 años.

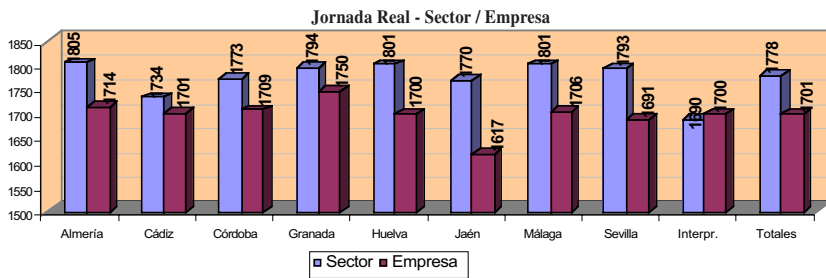
TIEMPO DE TRABAJO (I)



- En sus aspectos cuantitativos claro descenso durante estos últimos años: desde las 1.758,25 h. de 1997 hasta las 1.717,49 horas de la presente anualidad.
- Claras diferencias provinciales: de las 1.762,04 horas anuales de Granada a las 1.699,92 Interprov.

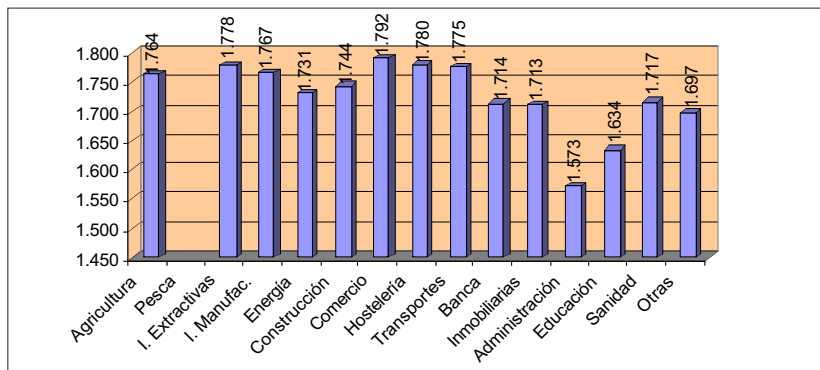


**TIEMPO DE TRABAJO (II)
SECTOR/EMPRESA**



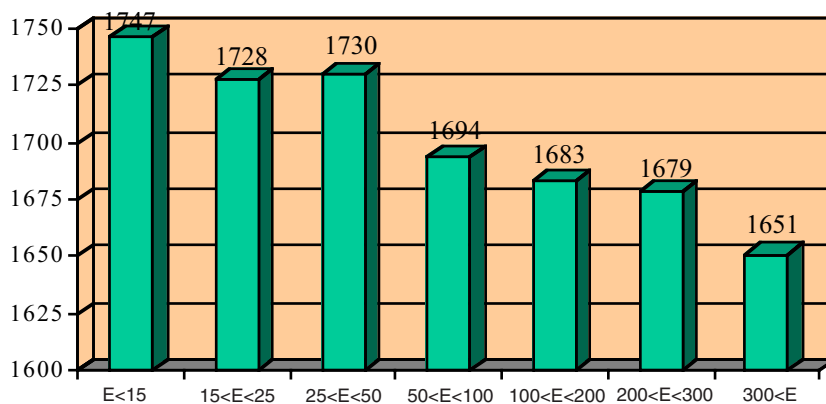
- También existen importantes diferencias en función del Tipo funcional de convenio: 1778 h. Año en Convenios de sector frente a 1701 en empresa.
- Sólo en los interprovinciales se rompe esta lógica, presente también a nivel nacional.

**TIEMPO DE TRABAJO (III):
JORNADA REAL POR CÓDIGO DE ACTIVIDAD**



- Por sectores, la mayor jornada se concentra en Comercio, Hostelería e Ind. Estractivas, mientras la menor se encuentra por razones evidentes en la Administración —35 horas—.

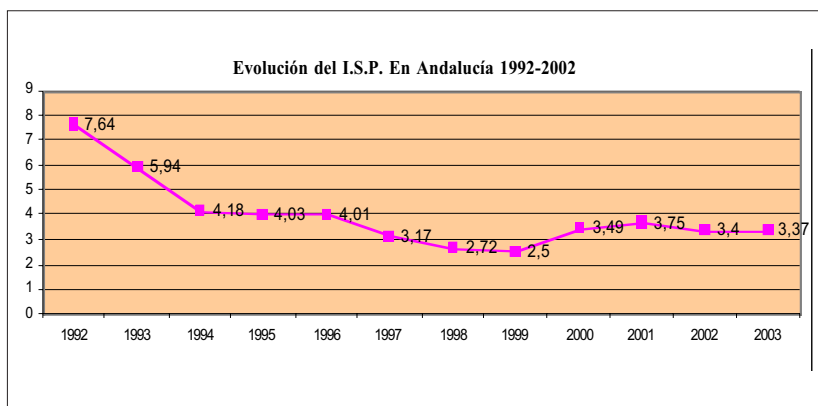
**TIEMPO DE TRABAJO (IV):
JORNADA POR DIMENSIÓN DE LA EMPRESA**

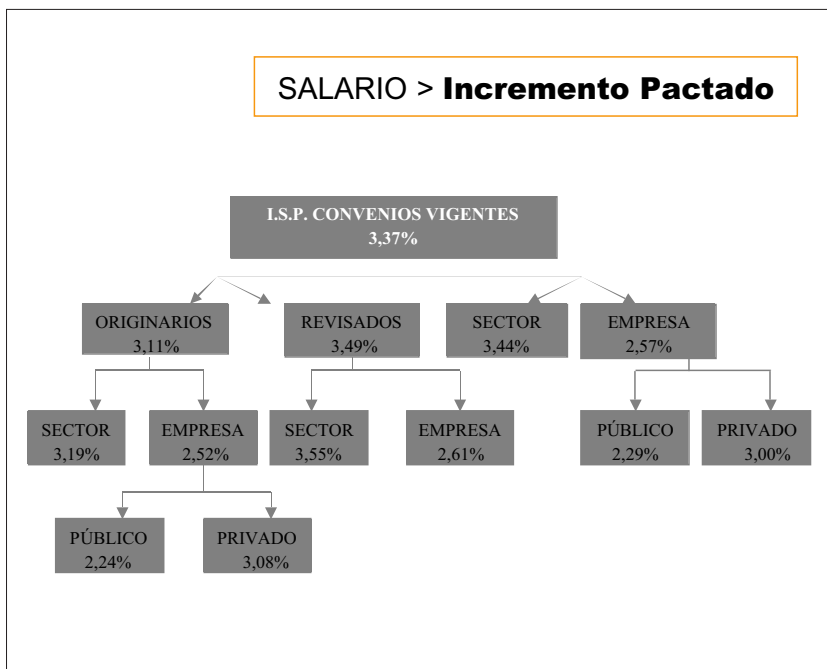
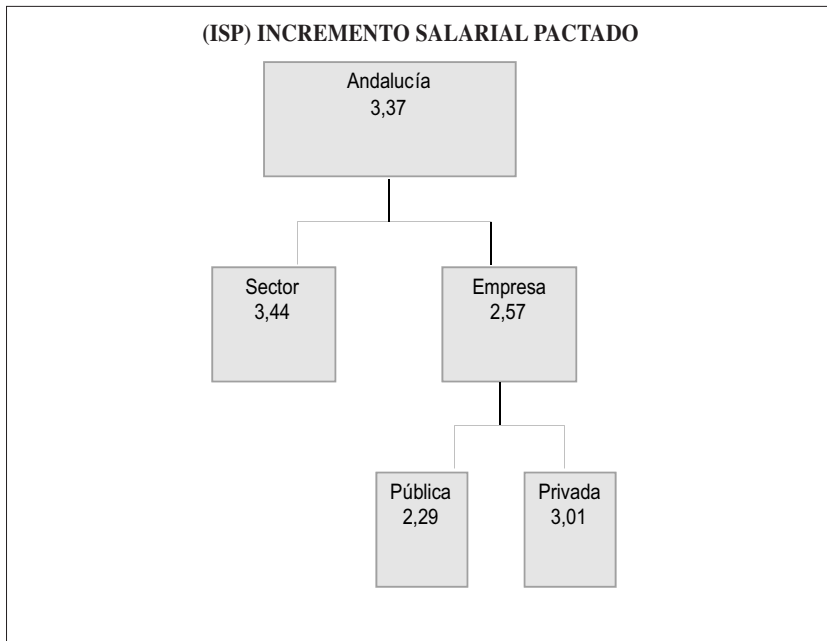


- Como regla general la jornada pactada suele descender según la dimensión de la empresa, dada, seguramente, la mayor actividad sindical.

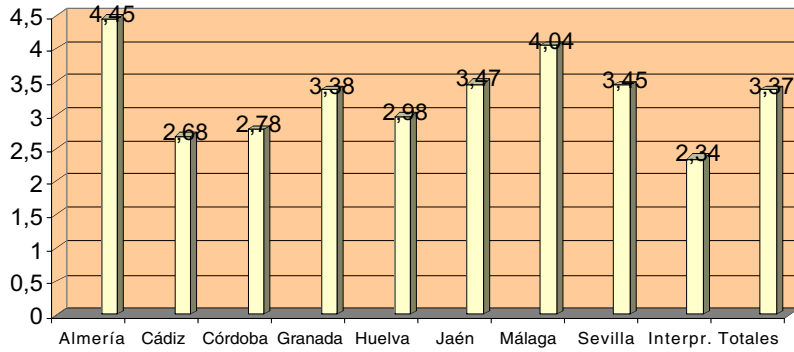
RETRIBUCIÓN (I)

- Evolución descendente hasta 1999 y ligeramente alcista desde entonces.
- El ámbito sectorial es el que registra un índice más elevado (3,44%), superior casi un punto porcentual al I.S.P. pactado en el ámbito empresarial (2,57%).





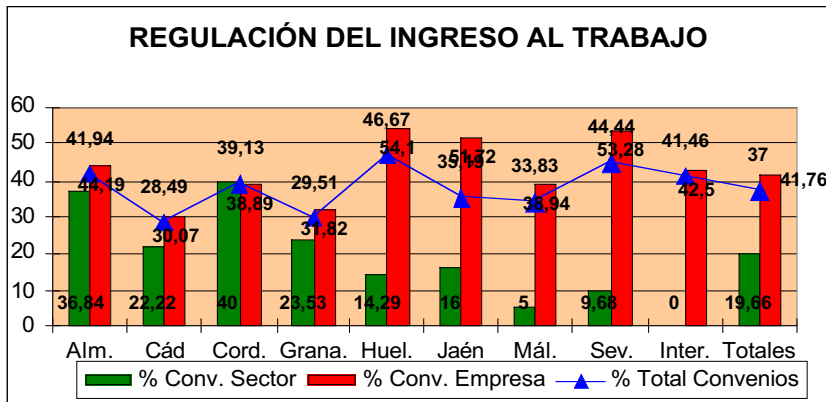
RETRIBUCIÓN (II): ISP POR PROVINCIAS

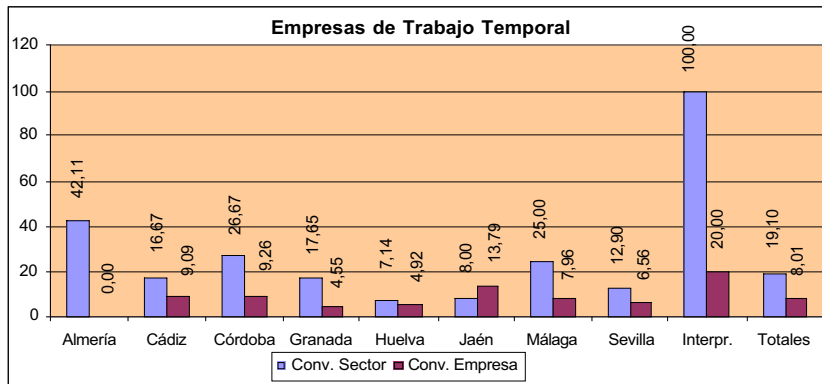


- Por provincias los indicadores más elevados corresponden a las provincias de Almería (4,45%) Málaga (4,04%). El índice provincial más bajo corresponde al Interprovincial (2,34%).

INGRESO AL TRABAJO Y ETT

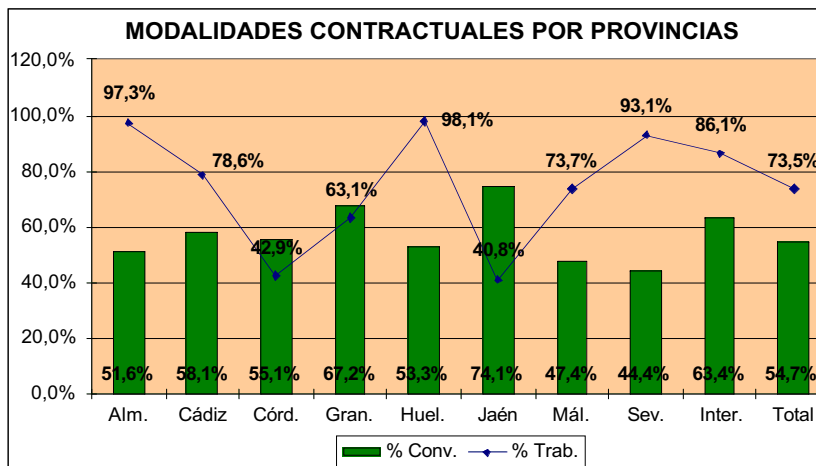
- El 37 % de los CC andaluces contiene relativas al ingreso al trabajo, siendo más frecuente en los de empresa que en los de sector.
- Son bastante reducidas cuantitativamente. Destacan los interprovinciales y Almería, siendo más numerosas en los convenios de sector.

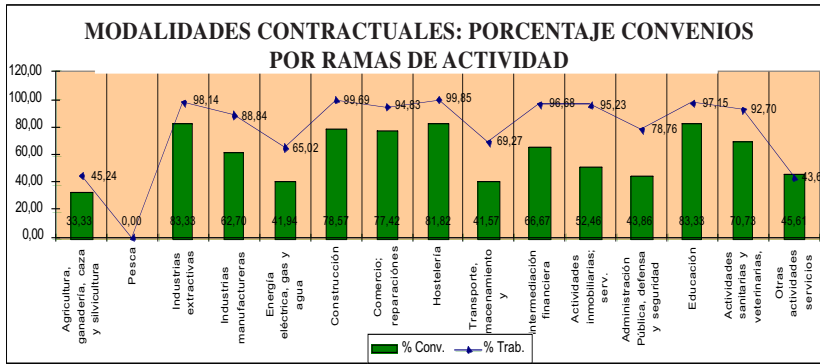




MODALIDADES CONTRACTUALES (I)

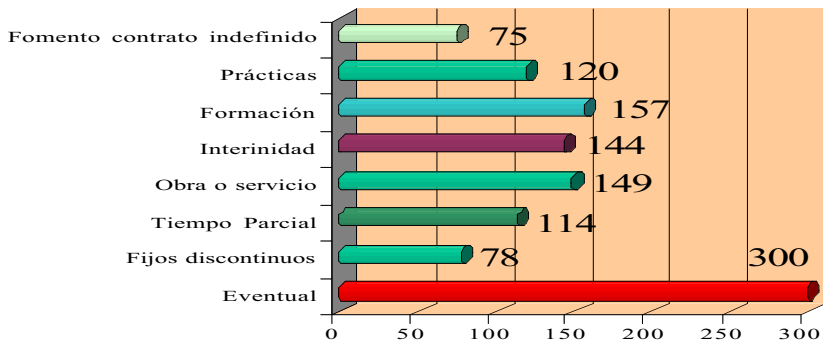
- 452 de los 827 convenios vigentes en nuestra Comunidad regulan esta cuestión. Esto supone un 54,7 % del total de convenios.
- Por ramas de actividad especialmente alta en los sectores de Industria extractiva y educación con un 83% de los convenios.





CLÁUSULAS DE CONTRATACIÓN (II) MODALIDADES CONTRACTUALES

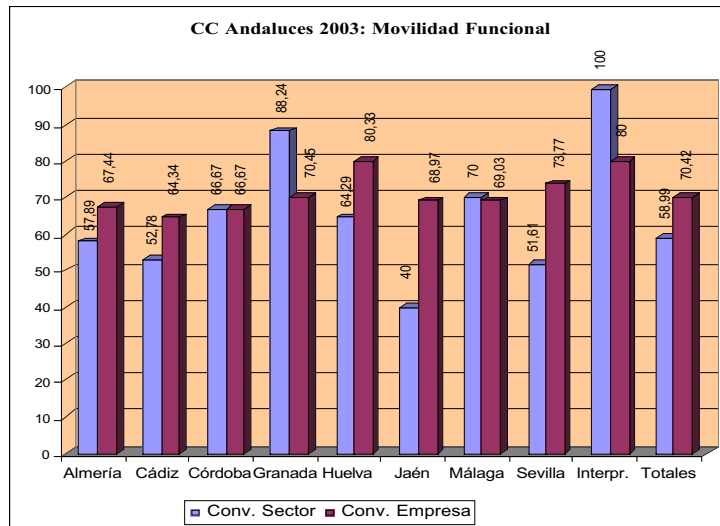
- Las modalidades más frecuentemente reguladas son las más utilizadas en nuestra Comunidad
 - Eventual con 300 Conv.
 - Formación con 157 Conv.
 - Obra o servicio con 149 Conv.
 - Interinidad con 144 Conv.
- En cambio bastante más escasa es la regulación
 - Prácticas con 120 Conv.
 - Tiempo parcial con 114



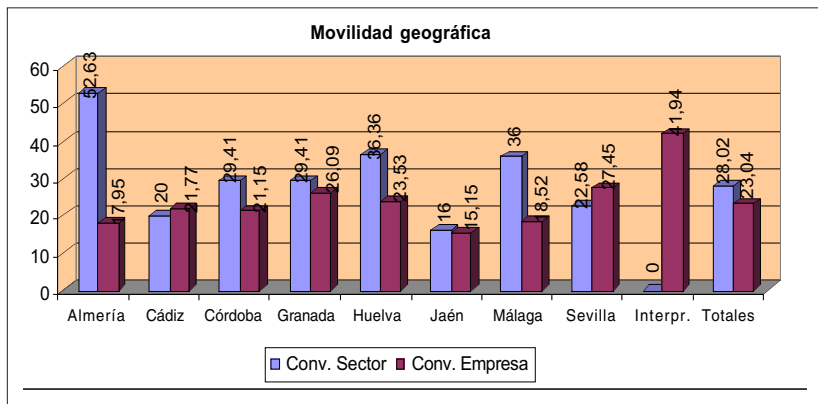
MOVILIDAD FUNCIONAL

- Regulan esta materia 562 de los 827 CC Andaluces en vigor durante el 2003 —el 67,96%—
 - inferior el porcentaje en los convenios de sector (58,99%)

- respecto a los convenios de empresa (70,42%)
- Gran mayoría copian o remiten al ET
 - Límites temporales y causales a trabajo de inferior o superior
 - Respeto de los derechos retributivos
- En cambio bastante escasa la regulación de la polivalencia, y, con ella, de la cláusula de «saturación».
 - Sólo en 78 Convenios, algo más de un 9,43%.



- Tan sólo 186 Convenios (el 24,22% del total) regulan esta materia.
- De estos 186, 137 se refieren a traslados, 69 a desplazamientos y 30 a permuta.
- La regulación suele limitarse a recordar la normativa estatutaria o a establecer determinadas partidas no salariales.



CLÁUSULAS DE EMPLEO

Ámbito	2002		2003	
	N.º Conv.	%	N.º Conv.	%
Almería	51	87,93	56	90,32
Cádiz	109	68,55	126	70,39
Córdoba	39	56,52	45	65,22
Granada	44	69,84	47	77,05
Huelva	45	72,58	56	74,67
Jaén	47	81,03	42	77,78
Málaga	87	65,41	93	69,92
Sevilla	98	73,68	109	71,24
Interpr.	23	69,70	34	82,93
Totales	543	70,70	608	73,52

- Quizás como consecuencia del enorme interés que han mostrado los sucesivos Acuerdos de Concertación social —Apartado II del Acuerdo para el Desarrollo Económico y Social de Andalucía de 1993; Parte XV del Pacto Andaluz por el Empleo y la Competitividad; Parte VI Pacto por el Empleo y el Desarrollo económico de Andalucía; Acuerdo de Recomendaciones sobre negociación y medidas de fomento del empleo de 24 de marzo de 1998, elaborado en el seno del CARL.
- La inmensa mayoría de convenios reflejan cláusulas extremadamente variadas. Esta presencia es mayor en los sectoriales y afectan casi a más de un millón de trabajadores.

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

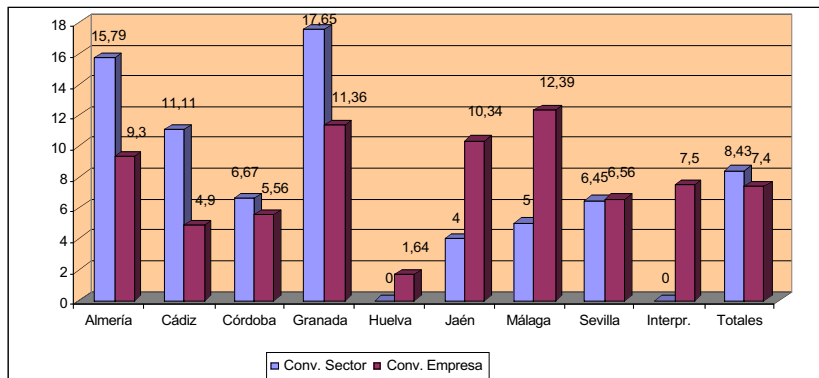
- Otra de las materias a las que mayor atención ha prestado nuestra negociación colectiva, quizás por el interés de nuestra concertación social — Pacto Andaluz por el empleo y la actividad productiva de 1995 — Pacto por el empleo y el desarrollo económico de Andalucía de 1997
- El 86% CC andaluces contemplan cláusulas de este tipo, aunque ciertamente, en ocasiones, no vayan más allá de la mera declaración de principios o la reiteración de contenidos legales.

Ámbito geogr.	Conv. Sector		Conv. Empresa		Total	
	N.º Conv.	%	N.º Conv.	%	N.º Conv.	%
Almería	17	89,47	35	81,40	52	83,87
Cádiz	30	83,33	123	86,01	153	85,47
Córdoba	15	100,00	43	79,63	58	84,06
Granada	17	100,00	37	84,09	54	88,52
Huelva	13	92,86	55	90,16	68	90,67
Jaén	22	88,00	25	86,21	47	87,04
Málaga	15	75,00	101	89,38	116	87,22
Sevilla	21	67,74	108	88,52	129	84,31
Interpr.	1	100,00	35	87,50	36	87,80
Totales	151	84,83	562	86,59	713	86,22

CLÁUSULAS DE GÉNERO: NO DISCRIMINACIÓN

- Un número pequeño de convenios andaluces —sólo el 8% de los sectoriales o el 7% de los de empresa— incluyen cláusulas expresas que prohíben la discriminación por razón de género.

**CLÁUSULAS DE GÉNERO:
NO DISCRIMINACIÓN**



REMISIONES AL SERCLA

CLÁUSULAS REMISIÓN SERCLA CONVENIOS ANDALUCES 2003

Ámbito geogr.	Conv. Sector		Conv. Empresa		Total	
	N.º Conv.	%	N.º Conv.	%	N.º Conv.	%
Almería	17	89,47	4	9,30	21	33,87
Cádiz	17	47,22	30	20,98	47	26,26
Córdoba	6	40,00	8	14,81	14	20,29
Granada	6	35,29	9	20,45	15	24,59
Huelva	5	35,71	9	14,75	14	18,67
Jaén	5	20,00	4	13,79	9	16,67
Málaga	6	30,00	18	15,93	24	18,05
Sevilla	2	6,45	16	13,11	18	11,76
Interpr.	1	100,00	16	40,00	17	41,46
Totales	65	36,52	114	17,57	179	21,64

Convenios Colectivos Vigentes > **Principales Contenidos**

	% Convenios	% Trabajadores	% Empresas
Derechos Sociales y Asisten.	98,19	99,69	99,78
Derechos Sindicales	87,18	96,97	96,31
Prevención de Riesgos	86,22	93,75	94,27
Cláusulas de Género	79,32	76,45	69,59
Formación Profesional	75,57	92,48	93,93
Cláusulas de Empleo	73,52	94,16	97,25
Movilidad Funcional	67,96	69,46	74,74
Garantía salarial	56,47	68,35	72,51
Modalidades de contrato	54,66	73,46	67,19
Acoso Sexual	22,37	22,40	22,73



Constitución de la Asociación Española de Seguridad Social*

El pasado mes de diciembre ha tenido lugar la constitución de la Asociación Española de Seguridad Social (AESS), un acontecimiento que llevaba ya algún tiempo gestándose y que finalmente ha logrado tomar tierra con la suavidad precisa. Desde que la Sección española del Instituto Europeo de Seguridad Social reiniciara sus actividades después de varios años aletargada, uno de los principales retos que había asumido consistía en poner en marcha una Asociación abierta a un amplio espectro de interesados, donde pudieran debatirse los grandes temas de la reforma de la Seguridad Social española y comunitaria y lograr así un estado de opinión que ayudara, orientara y respaldara, en su caso, las actuaciones legislativas. La sección española del IESS era consciente de que la Seguridad Social en nuestro país no podía abandonarse al silencio banal o al esporádico tratamiento científico de quienes se adentran en sus duras esquinas anhelando la ayuda de una sólida panorámica doctrinal como la que hoy día existe en los diversos campos del Derecho del Trabajo. Alejarse de los grandes temas, en Seguridad Social significa tanto como toparse con una paisaje casi desconocido donde las circulares y resoluciones de las entidades gestoras tienen la última palabra, y a duras penas la doctrina del Tribunal Supremo otorga una cierta cohesión y unidad científica a todo el conjunto. Hacía falta un debate continuo, generoso, sobre todos y cada uno de los aspectos del Sistema, ante una opinión pública desorientada que sigue con enorme interés las opiniones periodísticas que se vierten en los diarios sobre el futuro de las pensiones, el envejecimiento de la población o la evolución del desempleo.

El propósito fundamental de la AESS, por lo dicho, radica en complementar la labor científica llevada a cabo por otras Asociaciones hermanas, a las que los miembros de aquélla pertenecen también, Asociaciones cuya dedicación principal les absorbe la mayor parte de las energías y permiten la

* Miguel Gutiérrez Pérez. Becario de Investigación del MECD. Universidad de Sevilla.

cobertura de este flanco por la que ahora surge. La AEES considera que existe un enorme campo en la Seguridad Social donde tienen cabida diversas organizaciones, y con ellas desea establecer lazos de coordinación fraternales e impulsar los estudios y debates focalizados exclusivamente sobre esta materia —no sobre la laboral y aseguradora-, en España y la UE —no en Iberoamérica—, aunque en el amplio sentido de los aspectos jurídicos —no especializada en la aplicación técnica o procesal de las normas—.

La articulación de tales objetivos pasa por distintos niveles de actividad. Inicialmente la AEES pretende darse a conocer entre los diversos colectivos interesados potencialmente en unirse a la experiencia. No son únicamente los profesores universitarios dedicados al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, sobre quienes, no obstante, recae la labor principal de investigación y debate. También se encuentran los magistrados del orden social en sus distintos niveles, que diariamente imparten justicia con esta legislación caótica pero también entrañable. Los colegios de abogados y los de graduados sociales tienen mucho que decir en la difícil problemática de la Seguridad Social. Los cuerpos de técnicos pertenecientes al Ministerio de Trabajo y a las Entidades Gestoras y colaboradoras han formado ya asociaciones entusiastas, algunas de las cuales nos han servido de precedente y modelo. Inspectores, técnicos, letrados, prevencionistas, especialistas de las MATEPs, gabinetes de estudio sindicales, direcciones de personal de las empresas, etcétera, configuran el universo humano al que la AEES intenta dirigirse, ya sea en el campo de las pensiones, ya de la salud, o la prevención de riesgos, los planes y fondos, la protección del desempleo, las prestaciones no contributivas, y demás.

Sin prisa, pero sin pausa, la Asociación se ha planteado el reto de convocar unas Jornadas cada año, la primera de las cuales irá dedicada, en principio, a la reforma de las pensiones de jubilación, y se celebrará en el último trimestre del presente año. Junto a ello, tiene también previsto convocar un premio anual de investigación a la mejor monografía sobre Seguridad Social en nuestro país. Y ha gestionado la traducción al español de la obra plural «La Seguridad Social en Europa», dirigida por Danny Pieters¹.

¹ Para mayor información: Asociación Española de Seguridad Social, Guzmán el Bueno 38, 5.º dcha. 28015-Madrid: fidel.ferreras@ism.seg-social.es; cgarciad@mtas.es; bernardogonzalo@terra.es; aojeda@us.es; csrodas@us.es



5

Reseña de Legislación







Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía *

DECRETO 330/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas

El Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a las instituciones autonómicas la competencia normativa exclusiva en materia de Asistencia Social y Servicios Sociales, en concordancia con lo establecido en el artículo 148.1.20.^a CE. Con dicha base jurídica, la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía puso en funcionamiento una serie de ayudas de carácter económico como complemento a las prestaciones por jubilación e invalidez, de carácter no contributivo, previamente reconocidas por el Estado español. La aprobación del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, norma que contenía dichas ayudas, provocó la interposición de un conflicto positivo de competencia por el Gobierno de la Nación, cuyas pretensiones fueron finalmente desestimadas por la STC 239/2002, de 11 de diciembre de 2002. Resuelto dicho recurso, el Decreto comentado reinicia la actividad interrumpida en los mismos términos que su precedente. En adelante, estaría por determinar el efecto que, eventualmente, pudiera producir sobre dichas ayudas la recientemente aprobada Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social; en concreto, lo dispuesto en el nuevo apartado 4 del artículo 38 LGSS, que define como prestaciones del Sistema de Seguridad Social cualquier prestación de carácter público «que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva».

Como reconoce la exposición de motivos del Decreto 330/2003, la fijación de la cuantía anual correspondiente a las prestaciones no contributivas de invalidez y jubilación es competencia de la Administración General del Estado, extremo que ha sido materializado por el artículo 16 del Real Decreto 2/2004, de 9 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2004. Sin perjuicio de lo anterior, en opinión del Consejo de Gobierno Andaluz, la política estatal de revalorizaciones anuales ha contribuido

* Selección y comentario a cargo de Rafael Gómez Gordillo

a incrementar las diferencias entre los perceptores de pensiones contributivas y no contributivas, en la medida en que las revalorizaciones aprobadas en ambos supuestos han tomado como referencia porcentajes similares. Las cuantías resultantes se consideran insuficientes para cubrir las necesidades básicas de sus beneficiarios, presupuesto que abre la puerta a la actuación de las instituciones andaluzas, en aplicación del artículo 14 de la Ley de Servicios Sociales de Andalucía.

Las ayudas aprobadas tienen carácter extraordinario, lo que impide a sus perceptores la consolidación de un derecho a su percepción durante los próximos años. En buena lógica, dicho carácter está directamente relacionado con el espíritu de la norma autonómica pues, en esta ocasión, la actividad normativa del Gobierno andaluz ejerce un papel complementario ante la insuficiencia de las cuantías fijadas por la norma estatal. El artículo 3 del Decreto fija la cuantía individual de las ayudas en 75,26 euros, que serán abonados mediante la modalidad de pago único.

La percepción de estas ayudas queda condicionada al cumplimiento por los solicitantes de dos requisitos acumulativos. En primer lugar, los beneficiarios deberán acreditar haber sido perceptores de pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, a fecha de 30 de noviembre de 2003. El cumplimiento de dicho requisito debe actualizarse a dicha fecha, de manera que quienes habiéndolo sido con anterioridad hubieren dejado de serlo en dicha fecha y quienes hubieren comenzado a gozar de la titularidad del derecho a la percepción de las mismas con posterioridad a dicha fecha no podrán acceder a las ayudas reguladas en el Decreto 330/2003. El artículo 5 de la citada norma realiza una foto fija a dicha fecha, únicamente quienes puedan acreditar ser titulares de tales percepciones quedarán a su vez incluidos en el ámbito de aplicación del Decreto, las variaciones en la situación económica de los beneficiarios que pudieran sobrevenir no serán tenidas en cuenta. En segundo lugar, la percepción de las ayudas se vincula a la acreditación de residencia habitual en territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Por su parte, y aunque según establece el artículo 6 del Decreto, el derecho a percibir dichas ayudas extraordinarias puede perderse o suspenderse en los mismos supuestos previstos para las pensiones no contributivas, de la que estas ayudas traen causa; en la práctica, no puede afirmarse la existencia de un principio de automaticidad entre ambas situaciones, de manera que la pérdida o suspensión del derecho a percibir la prestación estatal produzca efectos inmediatos sobre el derecho a la percepción de la ayuda autonómica. Por una parte, el propio artículo 6 del Decreto habilita a la Consejería de Asuntos Sociales para la fijación de las situaciones que pudieran dar lugar a la pérdida o suspensión del derecho a las ayudas autonómicas extraordinarias. Por otra parte, la propia forma de pago de las ayudas dificulta considerablemente la posibilidad de suspender la percepción del derecho, mientras que la pequeña cuantía de las ayudas y el hecho de que el artículo 5 vincule la percepción de éstas a la acreditación de la condición de titular de una pensión no contributiva a fecha fija, dificulta la fijación de supuestos de pérdida de la condición de titular de las ayudas extraordinarias reguladas.

DECRETO 331/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de ancianos y enfermos incapacitados para el trabajo, beneficiarios de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos

Junto a las ayudas extraordinarias para perceptores de pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, y con el objetivo de contribuir a paliar la insuficiencia de las cuantías de dichas ayudas y subsidios, la Junta de Andalucía aprobó el Decreto 283/1998, de 29 de diciembre, por el que se establecían ayudas sociales extraordinarias a favor de los perceptores de ayudas del Fondo Nacional de Asistencia Social para ancianos y enfermos incapacitados para el trabajo, concedidas según lo previsto en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos, previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. A diferencia de lo ocurrido con la gemela norma relativa a las prestaciones no contributivas, el Decreto 283/1998 no fue recurrido en su momento por el Gobierno central. En ausencia de litigio, las ayudas complementarias entonces establecidas han sido periódicamente reiteradas los años sucesivos sin modificaciones apreciables, reiteración de la que el Decreto comentado supone la versión para el presente año.

Como reconoce la propia exposición de motivos del Decreto 331/2003, a pesar de las reiteradas campañas informativas puestas en marcha por las instituciones autonómicas y estatales, algunos ciudadanos no han ejercitado hasta la fecha su derecho de opción, por más que en principio pudiera afirmarse que el régimen jurídico de las prestaciones no contributivas resulta más favorable para el beneficiario que el previsto para las ayudas FAS y el subsidio LISMI.

La norma autonómica establece unas ayudas de carácter extraordinario para el año 2004, quedando expresamente limitado el derecho de los beneficiarios a continuar percibiéndolas en años sucesivos por el artículo 2 del Decreto. El mismo precepto declara la naturaleza de prestaciones de asistencia social de las ayudas y su carácter personal e intransferible. Si bien la cuantía de la ayuda se fija en 585 euros anuales, su percepción se fracciona en cuatro pagos, en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre. La percepción de las ayudas se vincula al cumplimiento de dos requisitos: la residencia habitual en territorio andaluz y la titularidad de una ayuda FAS o de un subsidio LISMI. El solicitante debe acreditar el mantenimiento de dicho derecho durante el trimestre anterior al cobro, lo que en esta ocasión permite con más claridad la aplicación de las previsiones sobre suspensión o pérdida del derecho, previstas en el artículo 6 del Decreto.

DECRETO 332/2003, 28 de noviembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas de viudedad

Haciendo uso de idénticas atribuciones competenciales que las ejercidas en los supuestos más arriba comentados, el Decreto 332/2003 establece ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de los pensionistas de viudedad. A diferencia de lo que ocurre en los Decretos 330 y 331, en esta ocasión las prestaciones o ayudas objeto de complemento tienen un marcado carácter con-

tributivo, si bien, las pensiones de viudedad complementadas son únicamente aquellas concedidas en su cuantía mínima. Las instituciones andaluzas consideran que los beneficiarios de dichas prestaciones, en la medida en que no perciban otras rentas, se encuentran en una situación de necesidad que impone la intervención autonómica con el objetivo de contribuir a paliar esta insuficiencia de recursos económicos para la cobertura de las necesidades básicas de la persona. En este sentido, el artículo 3 declara que dichas ayudas forman parte de la asistencia social y poseen carácter extraordinario y personal, lo que impide su consolidación o transmisión.

El importe de la ayuda se fija en 112 euros, que serán abonados en mediante la modalidad de pago único a quienes, siendo titulares de pensiones de viudedad de la Seguridad Social, tuviesen, a su vez, derecho a complemento por mínimos en el mes de noviembre del pasado año y residencia habitual en un municipio perteneciente a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

DECRETO 347/2003, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 349/1996, de 16 de julio, por el que se regulan las diversas formas de prestación del tiempo de trabajo del personal funcionario en la Junta de Andalucía

Las materias relacionadas con el tiempo de trabajo del personal funcionario de la Junta de Andalucía se encuentran reguladas en el vigente Decreto 347/1996, de 16 de julio. La evolución de las necesidades prestacionales de la administración autonómica andaluza y el desarrollo de la negociación colectiva en este ámbito imponen una benéfica dinámica de modificación normativa, que en otros supuestos no sería aconsejable. En este sentido, dicho Decreto ya fue modificado anteriormente mediante Decreto 150/1999, de 29 de junio, por el que se implantaba la jornada de 35 horas para el personal de la Administración de la Junta de Andalucía. En esta segunda ocasión, las modificaciones afectan a diversos aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en cumplimiento de los compromisos adquiridos por la administración autonómica con la suscripción del «Acuerdo sobre mejoras en las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos en la Administración General de la Junta de Andalucía», acuerdo celebrado en el seno de la Mesa Sectorial de Negociación el 24 de octubre de 2003. El objetivo declarado de dicho acuerdo es completar el régimen jurídico del tiempo de trabajo de los funcionarios públicos equiparando las condiciones del trabajo del personal funcionario con las de otros colectivos de empleados públicos.

Las modificaciones introducidas afectan tres aspectos diversos, alterando lo previsto en los capítulos II y III del Decreto y añadiendo un nuevo capítulo IV con dos apartados. En primer lugar, se modifica el régimen de reducciones de jornadas, en un esfuerzo por adaptar dicha regulación a las nuevas necesidades. En concreto, se amplía el supuesto de reducción de jornada por cuidado de hijos hasta dieciséis meses, y se extiende a otras situaciones como el nacimiento prematuro o la hospitalización del recién nacido. Por otra parte, al supuesto de guarda legal se adiciona, con reducción de retribuciones, la posibilidad de reducir jornada por cuidado de la pareja o de un familiar hasta el segundo grado de parentesco por consanguinidad o afinidad.

En segundo lugar, se modifica el régimen de vacaciones anuales. El nuevo artículo 10.2 establece una duración diferente y proporcional al número de años de servicio activo, mientras que el artículo 10.3 establece la interrupción del cómputo de las vacaciones cuando coincida con el periodo de baja por maternidad.

En tercer lugar, el régimen de permisos previsto en el artículo 11 recibe una profunda transformación. Entre otras, se modifica la regulación del permiso por traslado de domicilio, se incluye un supuesto especial por colaboración con Organizaciones no Gubernamentales y se incluye el supuesto de preparación de exámenes de estudios oficiales.

Finalmente, el nuevo artículo 12, bajo la rúbrica «Conciliación de la Vida Familiar y Profesional», establece una serie de permisos y reducciones de jornada por razones familiares, que por razones sistemáticas bien podrían haberse incluido en el apartado 1 del artículo 11, con el objetivo de aplicar a los funcionarios de la Junta de Andalucía las reformas del régimen de licencias permisos introducidos en el Estatuto de los Trabajadores por la conocida Ley de denominación similar. Un somero repaso de las previsiones del mencionado artículo sirve para poner de manifiesto que el Gobierno andaluz ha rebasado con creces el contenido de la norma estatutaria. En concreto, entre otros, se igualan, a efectos de permiso por matrimonio, el vínculo matrimonial y el registro público como pareja de hecho; se establecen permisos o reducciones de jornada para la realización de exámenes y cursos prenatales; se amplía el permiso por nacimiento a los supuestos de adopción y acogimiento; se establece un permiso retribuido adicional al de maternidad o adopción de cuatro semanas de duración; se establece una reducción de jornada de hasta cuatro horas, dos retribuidas y otras dos sin retribución, en caso de nacimiento prematuro u hospitalización de recién nacido; se establece un permiso de hasta tres meses con reducción de complementos salariales por traslado al extranjero en supuestos de adopción internacional; derecho a reducción de jornada por un tercio o la mitad de la misma con reducciones salariales no proporcionales en supuestos de guarda legal de menores de 9 años o disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales y cuidado de pareja o familiar hasta el segundo grado.

DECRETO 330/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas
BOJA extraordinario núm. 1, de 29 de noviembre de 2003

El artículo 13.22 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales.

Por su parte, la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, dispone en su artículo 14 que podrán establecerse prestaciones económicas, de carácter periódico y no periódico, a favor de aquellas personas

que no puedan atender sus necesidades básicas debido a la situación económica y social en que se hallan.

Asimismo, el Plan Nacional del Reino de España para la Inclusión Social, considera que los beneficiarios de las pensiones no contributivas constituyen un colectivo en riesgo de exclusión, promoviendo el establecimiento de mecanismos que ayuden a eliminar las causas que motivan ese riesgo.

Corresponde a la Administración General del Estado establecer la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas, conforme a lo dispuesto en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen éstas en el ámbito de la Seguridad Social. Actualmente se encuentran reguladas por la Ley General de la Seguridad Social.

Durante los últimos años la política de revalorización de estas pensiones llevada a cabo por el Gobierno de la Nación ha incrementado las diferencias existentes entre los pensionistas de la Seguridad Social con cuantías más altas y aquéllos con cuantías inferiores, al aplicarse para unos y para otros el mismo porcentaje de subida prácticamente.

El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía estima insuficiente la revalorización experimentada por las pensiones no contributivas, dado el bajo nivel de renta de las personas beneficiarias de las mismas, por lo que éstas se encuentran en el supuesto contemplado en el artículo 14 de la Ley 2/1988, antes citada.

Así pues, y desde el ámbito propio de competencias que la Comunidad Autónoma tiene atribuido en materia de asistencia y servicios sociales, se considera necesario el establecimiento de una ayuda social de carácter extraordinario para quienes perciben en Andalucía pensiones de jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Asuntos Sociales y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 28 de noviembre de 2003.

DISPONGO

Artículo 1. Objeto.—El presente Decreto tiene por objeto el establecimiento de ayudas sociales extraordina-

rias a favor de los beneficiarios de pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas.

Artículo 2. Carácter.—Estas ayudas sociales, personales e intransferibles, tienen carácter extraordinario, sin que se consoliden para el futuro.

Artículo 3. Cuantía y pago.—La cuantía individual de estas ayudas se fija en 75,26 euros, que se abonará mediante un pago único.

Artículo 4. Financiación.—Para hacer frente a las obligaciones que se reconozcan como consecuencia de lo dispuesto en el presente Decreto, se destinarán los créditos consignados en el Presupuesto de Gastos de la Sección Presupuestaria 34.00.

Artículo 5. Beneficiarios.—Serán beneficiarios de estas ayudas sociales de carácter extraordinario los titulares de pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, en los que concurran los siguientes requisitos:

1. Tener esta condición a 30 de noviembre de 2003.
2. Tener la residencia habitual en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 6. Suspensión y pérdida.—La suspensión y pérdida del derecho a la percepción de estas ayudas de carácter extraordinario se producirá en los mismos supuestos previstos para las pensiones a que se refiere el artículo 1, correspondiendo a la Consejería de Asuntos Sociales la declaración de dichas situaciones.

Disposición Final Primera. Habilitación reglamentaria. Se faculta al titular de la Consejería de Asuntos Sociales para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la ejecución y desarrollo de este Decreto.

Disposición Final Segunda. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 28 de noviembre de 2003

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

ISAÍAS PÉREZ SALDAÑA
Consejero de Asuntos Sociales

**DECRETO 331/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de ancianos y enfermos incapacitados para el trabajo, beneficiarios de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos
BOJA extraordinario núm. 1, de 29 de noviembre de 2003**

El Decreto 310/2002, de 23 de diciembre, estableció ayudas económicas complementarias de las previstas en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del Fondo Nacional de Asistencia Social a ancianos y a enfermos incapacitados para el trabajo y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, fijándose en su artículo 2 una vigencia limitada al ejercicio de 2003, en la misma línea de protección establecida para ejercicios anteriores mediante Decretos aprobados periódicamente al efecto.

Constituye el objeto de estas ayudas la mejora de la cuantía económica de las prestaciones de los actuales beneficiarios del Fondo de Asistencia Social (FAS) y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), como expresión de solidaridad social hacia personas con recursos insuficientes, sin perjuicio de que continúen adoptándose las medidas necesarias para que aquellos que reúnan los requisitos exigidos pasen a ser perceptores de las prestaciones no contributivas, en concordancia con el proceso de generalización de dichas prestaciones.

A pesar de que durante los últimos años han sido numerosos los beneficia-

rios de FAS y LISMI que han optado por pensiones no contributivas, resta aún un colectivo que, tras las reiteradas campañas de información y asesoramiento efectuadas por la Consejería de Asuntos Sociales y otras Entidades Públicas, por circunstancias diversas, continúan con sus antiguas prestaciones y, por tanto, en condiciones de necesidad protegible.

Por ello, se considera necesario establecer para el año 2004 esta ayuda de carácter extraordinario. En este sentido es preciso dejar constancia que la cuantía de dicha ayuda está en la línea de fomentar una acción administrativa dirigida a proporcionar a los ciudadanos andaluces socialmente menos favorecidos un aumento real en sus recursos económicos disponibles.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Asuntos Sociales y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 28 de noviembre de 2003.

DISPONGO

Artículo 1. Objeto.—El presente Decreto tiene por objeto el establecimiento de ayudas sociales complementarias a las ayudas periódicas individualizadas concedidas, con cargo al Fondo Nacional de Asistencia Social, a ancianos y enfermos incapacitados para el trabajo

y a los beneficiarios del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.

Artículo 2. Naturaleza y carácter.—Estas ayudas tendrán la naturaleza de prestación de asistencia social y el carácter de personales, intransferibles y extraordinarias, como consecuencia de quedar limitada su vigencia al ejercicio de 2004, sin que implique el derecho a seguir percibiéndolas en sucesivos años.

Artículo 3. Cuantía y pago.—La cuantía individual de estas ayudas se fija en 585 euros anuales, que se fraccionará en cuatro pagos a lo largo del año, y se harán efectivas en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de 2004.

Artículo 4. Financiación.—Para hacer frente a las obligaciones que se reconozcan como consecuencia de lo dispuesto en el presente Decreto, se destinarán los créditos consignados en el Presupuesto de Gastos de la Sección Presupuestaria 34.00 «Pensiones Asistenciales».

Artículo 5. Beneficiarios.—Serán beneficiarios de estas ayudas sociales de carácter extraordinario los titulares de las ayudas periódicas individualizadas a favor de ancianos y enfermos incapacitados para el trabajo y los titulares del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos en los que concurran los siguientes requisitos:

1. Tener esta condición al menos durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha establecida en el artículo 3 para el pago de las mismas.

2. Tener la residencia habitual en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 6. Suspensión y pérdida.—La suspensión y pérdida del derecho a la percepción de estas ayudas sociales de carácter extraordinario se producirá en los mismos supuestos previstos para las prestaciones que complementan, correspondiendo a la Consejería de Asuntos Sociales la declaración de dichas situaciones.

Disposición Final Primera. Habilitación reglamentaria.—Se faculta al titular de la Consejería de Asuntos Sociales para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la ejecución y desarrollo de este Decreto.

Disposición Final Segunda. Entrada en vigor. El presente Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Sevilla, 28 de noviembre de 2003

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

ISAÍAS PÉREZ SALDAÑA
Consejero de Asuntos Sociales

DECRETO 332/2003, 28 de noviembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas de viudedad BOJA extraordinario núm. 1, de 29 de noviembre de 2003

El artículo 13.22 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales.

Por su parte, la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, dispone en su artículo 14 que podrán establecerse prestaciones económicas, de carácter periódico y no pe-

riódico, a favor de aquellas personas que no puedan atender a sus necesidades básicas debido a la situación económica y social en que se hallan.

Asimismo, el Plan Nacional del Reino de España para la Inclusión Social, considera que los beneficiarios de las pensiones de viudedad en su cuantía mínima constituyen un colectivo en riesgo de exclusión, promoviendo el establecimiento de mecanismos que ayuden a eliminar las causas que motivan ese riesgo.

Durante los últimos años, la política de revalorización de las pensiones de la Seguridad Social, competencia del Gobierno de la Nación, ha venido incrementando las diferencias existentes entre las pensiones con cuantías más altas y aquellas con cuantías inferiores. De forma especial se encuentra afectado por esta política el colectivo de pensionistas de viudedad que no perciben rentas de trabajo ni de otro tipo y por tanto su único medio de subsistencia es la pensión, sin que la cuantía mínima fijada por el Gobierno de la Nación le garantice un nivel de ingresos adecuados.

El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía considera que las personas beneficiarias de estas pensiones de viudedad en cuantía mínima, pueden considerarse incluidas en el mencionado artículo 14 de la Ley de Servicios Sociales de Andalucía.

Así, y desde el ámbito propio de las competencias que la Comunidad Autónoma tiene atribuida en materia de asistencia y servicios sociales, se considera necesario el establecimiento de una ayuda social de carácter extraordinario para las personas que, residiendo en Andalucía, perciban pensiones de viudedad de la Seguridad Social y no trabajen ni perciban ningún tipo de rentas, o si la perciben lo sea en cuantía insuficiente, de modo que sus prestaciones se vean incrementadas para el

año 2004 en un porcentaje superior al que experimenten las pensiones de mayor cuantía.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Asuntos Sociales y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 28 de noviembre de 2003.

Artículo 1. Objeto.—El presente Decreto tiene por objeto el establecimiento de ayudas sociales extraordinarias a favor de los beneficiarios de pensiones de viudedad de la Seguridad Social que reúnan los requisitos establecidos en su artículo 6.

Artículo 2. Estas ayudas tienen como finalidad paliar las situaciones de necesidad en que se encuentra el colectivo de beneficiarios de pensiones de viudedad de la Seguridad Social que percibe éstas en su cuantía mínima y carecen o tienen insuficiencia de recursos económicos para responder a sus necesidades básicas.

Artículo 3. Naturaleza y carácter.—Estas ayudas tendrán la naturaleza de prestación de asistencia social y el carácter de personales, intransferibles y extraordinarias, sin que se consoliden para el futuro.

Artículo 4. Cuantía y pago.—La cuantía individual de estas ayudas se fija en 112 euros, que se abonará mediante un pago único.

Artículo 5. Financiación.—Para hacer frente a las obligaciones que se reconozcan como consecuencia de lo dispuesto en el presente Decreto, se destinarán los créditos consignados en el Presupuesto de Gastos de la Sección Presupuestaria 34.00.

Artículo 6. Requisitos.—Serán beneficiarios de estas ayudas extraor-

dinarias los titulares de pensiones de viudedad de la Seguridad Social, en los que concurren los siguientes requisitos:

1. Poseer dicha condición a 30 de noviembre de 2003 con derecho a complemento por mínimos.
2. Tener a la fecha de entrada en vigor del presente Decreto residencia habitual en un municipio de la Comunidad autónoma de Andalucía.

Artículo 7. *Solicitud.*—El reconocimiento por parte de la Consejería de Asuntos Sociales de estas ayudas, se realizará previa solicitud de los interesados en modelo normalizado que figura como anexo al presente Decreto y se presentará en sus Delegaciones Provinciales y Centros Dependientes de la misma.

Igualmente podrán solicitarse estas ayudas por medios electrónicos (INTERNET), a través del modelo de solicitud disponible en la página Web de la Consejería de Asuntos Sociales.

Los solicitantes responderán personalmente de los datos consignados en la solicitud, pudiendo la Consejería de Asuntos Sociales verificar los mismos a través de sus propios medios o

mediante requerimiento por escrito a los interesados de la documentación que lo acredite.

Artículo 8. *Plazo de solicitud.*—Teniendo en cuenta el carácter extraordinario de esta ayuda, se establece el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de este Decreto para su solicitud.

Disposición Final Primera. *Habilitación reglamentaria.*—Se faculta al titular de la Consejería de Asuntos Sociales para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la ejecución y el desarrollo del presente Decreto.

Disposición Final Segunda. Entrada en vigor. El presente Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 28 de noviembre de 2003

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

ISAÍAS PÉREZ SALDAÑA
Consejero de Asuntos Sociales

DECRETO 347/2003, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 349/1996, de 16 de julio, por el que se regulan las diversas formas de prestación del tiempo de trabajo del personal funcionario en la Junta de Andalucía

BOJA núm. 244, de 19 de diciembre de 2003

El presente Decreto tiene la finalidad de actualizar el régimen de las condiciones de trabajo del personal funcionario relativas al tiempo de trabajo de conformidad con las obligaciones y compromisos adquiridos por la Administración mediante la suscripción del Acuerdo sobre mejoras en las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos en la Administración General de la Junta de Andalucía, fir-

mado el 24 de octubre de 2003 en el seno de la Mesa Sectorial de Negociación de Administración General de la Junta de Andalucía y aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de noviembre de 2003.

Esta modificación es la segunda de las operadas en el Decreto 349/1996, de 16 de julio, la primera fue la realizada por el Decreto 150/1999, de 29 de junio que, a través de la modifica-

ción introducida en el artículo 2 del mismo, implantó la jornada de 35 horas para el personal de la Administración de la Junta de Andalucía, y viene a completar el régimen jurídico del tiempo de trabajo de los funcionarios públicos incorporando novedades que equiparan las condiciones del personal funcionario con las de otros colectivos de empleados públicos.

Los aspectos afectados por la modificación se refieren al Capítulo II, a fin de adaptar el artículo 2 a las modificaciones que se introducen en materia de jornadas reducidas, al Capítulo III que queda profundamente transformado al objeto de dar cabida al nuevo régimen de las vacaciones y a las mejoras introducidas en materia de permisos, quedando, también, alterada la estructura del Decreto al incorporarse un nuevo e importante Capítulo IV donde quedan reguladas todas las novedades destinadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional del personal funcionario. Por último, se añade un apartado nuevo, el segundo, a la disposición adicional primera que regula las mejoras producidas para el personal que preste servicios los días 24 y 31 de diciembre.

En su virtud, en uso de las facultades atribuidas por el artículo 4 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, a propuesta de la Consejera de Justicia y Administración Pública, de conformidad con el artículo 39.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su sesión del día 9 de diciembre de 2003,

DISPONGO

Artículo 1. *Modificación de determinados artículos del Decreto 349/1996,*

de 16 de julio.—1. Se modifican los apartados 4.c) y 6 del artículo 2 del Decreto 349/1996, de 16 de julio, por el que se regulan diversas formas de prestación del tiempo de trabajo del personal funcionario en la Administración de la Junta de Andalucía, en los términos que se expresan a continuación:

1.º La letra c) del apartado 4 del artículo 2 del Decreto 349/1996, de 16 de julio, queda redactada de la siguiente forma:

«c) Reducida. Es aquella cuya duración se acorta, por causa establecida, en una parte del tiempo. Dicha reducción se establecerá en los siguientes supuestos:

1. Por nacimiento prematuro, hospitalización del recién nacido o cuidado de hijo o hija menor de dieciséis meses.

2. Por razones de guarda legal o cuidado del cónyuge o persona con quien se conviva en análoga relación de afectividad a la conyugal, o de un familiar hasta el segundo grado de parentesco por consanguinidad o afinidad.

3. Por cesación progresiva de actividad.

4. Por recuperación de enfermedad.

5. Por interés particular.

6. Por causa festiva.

7. Por período estival.

La reducción antedicha conllevará la disminución correspondiente de retribuciones, salvo en los supuestos de cuidado de un menor de dieciséis meses y los recogidos en los números 6 y 7.

La concesión de la jornada reducida en los supuestos establecidos en los números 3, 4, y 5 estará condicionada a las necesidades del servicio».

2.º El apartado 6 del artículo 2 del Decreto 349/1996, de 16 de julio, queda redactado de la siguiente forma:

«6. La jornada reducida por interés particular será incompatible con los supuestos de reducción contenidos en

los números 2, 3 y 4 de la letra c) del apartado 4 de este artículo».

2. Se modifica el artículo 10 del Decreto 349/1996, de 16 de julio, que queda redactado de la siguiente forma:

«**Artículo 10. Vacaciones.**—1. El personal funcionario tendrá derecho a unas vacaciones anuales retribuidas de un mes natural o de veintidós días hábiles de duración por año completo de servicio o de los días que correspondan proporcionalmente al tiempo de servicios efectivos prestados.

2. En el supuesto de haber completado los años de servicio activo en la Administración que se especifican a continuación, se tendrá derecho al disfrute de los siguientes días de vacaciones anuales:

Quince años de servicio: veintitrés días hábiles.

Veinte años de servicio: veinticuatro días hábiles.

Veinticinco años de servicio: veinticinco días hábiles.

Treinta o más años de servicio: veintiséis días hábiles.

Este derecho se hará efectivo a partir del año natural siguiente al cumplimiento de la antigüedad referida.

3. En el caso de baja por maternidad, cuando esta situación coincida con el período vacacional, quedará interrumpido el mismo y podrán disfrutarse las vacaciones finalizado el período de permiso por maternidad, dentro del año natural o hasta el 15 de enero siguiente.

4. El período vacacional se disfrutará obligatoriamente dentro del año natural en que se hubiese devengado o hasta el 15 de enero del siguiente, si bien, preferentemente, deberá concentrarse en los meses de junio a septiembre. Las vacaciones podrán fraccionarse hasta en períodos mínimos de cinco días hábiles consecutivos, de conformidad con la planificación efectuada por cada centro y organismo, pre-

via consulta con los representantes legales del personal funcionario.

5. A efectos de lo regulado en el presente artículo, los sábados no serán considerados hábiles, salvo que en los horarios especiales se establezca otra cosa.

6. Las vacaciones no disfrutadas no podrán compensarse en forma alguna».

3. Se modifica el artículo 11 del Decreto 349/1996, de 16 de julio, que queda redactado de la siguiente manera:

«**Artículo 11. Permisos.**—1. Podrán concederse permisos por las siguientes causas justificadas y con la siguiente duración:

1.1. Por razones personales.

a) Por traslado de domicilio: cuando el traslado se produzca en la misma localidad: un día; si el traslado tuviera lugar a otra localidad: dos días, si perteneciera a la misma provincia y cuatro días, si perteneciera a provincia distinta.

b) Los funcionarios que acrediten su colaboración con alguna ONG, debidamente inscrita en el registro correspondiente, podrán disfrutar de un período de permiso no retribuido de hasta seis meses de duración. Este permiso podrá ser ampliado por otro período igual previa autorización de la Dirección General de la Función Pública.

1.2. Por asuntos particulares.

a) Hasta un máximo de seis días al año no acumulables a las vacaciones anuales.

b) Hasta dos días más no acumulables a las vacaciones anuales ni a los seis días del epígrafe anterior.

c) Hasta tres meses cada dos años, sin derecho a retribución.

1.3. Por razones de obligación o deber legal. Por cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal, por el tiempo indispensable para el cumplimiento.

1.4. Por razones de formación.

a) Para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud y evaluación en Centros oficiales durante los días de su celebración.

b) Por asistencia a cursos de selección, de formación y perfeccionamiento, por la duración de los mismos.

c) Por estudios sobre materias directamente relacionadas con la Función Pública, por la duración de los mismos.

d) Para preparación de exámenes, en el caso de cursar estudios oficiales y siempre que se hayan matriculado del curso completo y acudan a los exámenes de todas las asignaturas, hasta diez días. En otro caso, sólo podrá disfrutar de un día hábil por cada asignatura a la que se presenten a examen, con un máximo de diez.

1.5. Por razones sindicales.

a) Para realizar funciones sindicales de carácter permanente: si tiene la finalidad de realizar funciones relacionadas con la Administración en las estructuras del propio sindicato, por el tiempo que dure la designación. Si las funciones a realizar se desarrollan en el propio Centro de trabajo o son de representación del personal, por el tiempo que dure la designación o elección.

b) Para realizar actividades de formación sindical o funciones sindicales o representativas, no especificadas en las leyes, con carácter ocasional, por el tiempo indispensable para las mismas.

2. Los permisos regulados en este artículo podrán ser otorgados al personal interino en los mismos términos que al personal funcionario, salvo aquéllos que no sean adecuados a la naturaleza de su condición.

3. Mediante Orden se regularán las características, los requisitos y forma de justificación de los permisos señalados en este artículo».

Artículo 2. *Adición de un nuevo Capítulo al Decreto 349/1996, de 16 de*

julio.—Se añade un nuevo Capítulo con el siguiente contenido:

«CAPÍTULO IV
CONCILIACION DE LA VIDA
FAMILIAR Y PROFESIONAL

Artículo 12. *Permisos y reducciones de jornada por razones familiares.*—

1. Podrán concederse permisos y reducciones de jornada por las siguientes causas justificadas y con la siguiente duración:

1.1. Por matrimonio o inscripción como pareja de hecho en el correspondiente registro público, se otorgará un permiso de quince días.

1.2. Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo, por el tiempo indispensable. En este caso, deberá preavisarse a la Administración con antelación suficiente y presentarse justificación de la necesidad de su realización durante la jornada de trabajo.

1.3. Por nacimiento, adopción de hijos o acogimiento preadoptivo o permanente, tres días hábiles si el hecho se produce en la misma localidad, o cinco días si se produce fuera de la localidad de residencia del funcionario.

1.4. De conformidad con lo previsto en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en el supuesto de parto, la duración del permiso será de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas

posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud.

En los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el permiso podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre.

En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a elección del funcionario, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. La duración del permiso será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores, mayores de seis años, cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que, por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre y el padre trabajen, el

permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto múltiple.

Los permisos a que se refiere este apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, a solicitud de los funcionarios y si lo permiten las necesidades del servicio, en los términos que se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el permiso previsto para cada caso en el presente artículo, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

1.5. En el supuesto de parto o adopción, una vez agotado el permiso por maternidad o adopción, el personal tendrá derecho a un permiso retribuido de cuatro semanas adicionales.

1.6. En el caso de nacimiento prematuro o que, por cualquier causa, el recién nacido deba permanecer en hospitalización a continuación del parto, la madre, en su caso, y el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante un período de dos horas diarias retribuidas. Asimismo tendrán derecho a reducir su jornada hasta un máximo de dos horas diarias con la disminución proporcional de retribuciones.

1.7. En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, se podrá disfrutar de un permiso de hasta tres meses de duración, percibiendo durante ese período exclusivamente el sueldo.

1.8. Por el cuidado de cada hijo o hija menor de dieciséis meses, el per-

sonal tendrá derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo con carácter retribuido. Se podrá sustituir este derecho por una reducción de jornada con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en el caso de que ambos trabajen. En ningún caso podrán acumularse los períodos de tiempo a que se refiere este punto.

1.9. Por accidente grave, enfermedad grave, hospitalización o fallecimiento de cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad a la conyugal o de familiares dentro del primer grado de parentesco por consanguinidad o afinidad, cuatro días hábiles cuando el suceso se produce en la misma localidad y cinco si cualquiera de los eventos ocurriera fuera de la localidad de residencia del personal. Cuando los afectados fueran familiares dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de tres días si el suceso se produce en la misma localidad o de cuatro si se produjera en localidad distinta. El disfrute de este permiso podrá ejercitarse bien de forma ininterrumpida desde el inicio del hecho causante, o bien alternativamente dentro de la duración del mismo, siempre y cuando, en este último supuesto, lo permitan las necesidades del servicio.

1.10. Por enfermedad infecto-contagiosa de hijos menores de 9 años, 3 días. Este permiso será incompatible con el regulado en el apartado anterior.

1.11. Por razones de guarda legal, quien tenga a su cuidado directo algún menor de nueve años o a un disminuido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de jornada de un tercio o de la mitad de la misma, percibiendo un 80 ó 60 por ciento, respectivamente, de la totalidad de sus retribuciones tanto básicas como complementarias, con inclusión de los tri-

nios. Igual porcentaje se aplicará a las pagas extraordinarias en el caso de que el personal funcionario hubiese prestado, en su caso, una jornada de trabajo reducida en los períodos anteriores de devengo de las citadas pagas.

1.12. Se otorgará el mismo derecho a quien precise encargarse del cuidado directo del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad a la conyugal, o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

2. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute de los permisos y reducciones de jornada previstos en los casos de nacimiento prematuro u hospitalización del recién nacido, en los supuestos de parto o adopción y por cuidado de hijo menor de dieciséis meses, corresponderán al personal, dentro de su jornada. Los funcionarios deberán preavisar con quince días de antelación a la fecha en que se reincorporará a su jornada habitual.

3. Mediante Orden se regularán las características, los requisitos y forma de justificación de los permisos señalados en este artículo».

Artículo 3. *Adición de un párrafo a la disposición adicional primera.*—El párrafo único de la disposición adicional primera del Decreto 349/1996, de 16 de julio, se numera como apartado 1 y se añade un apartado 2 con el siguiente contenido:

«2. Quienes presten servicios los días 24 y 31 de diciembre disfrutarán de dos días de descanso por cada uno de ellos, que podrán ser acumulados al período de vacaciones».

Disposición final primera. *Habilitación para el desarrollo y aplicación.*— Se autoriza al titular de la Consejería

de Justicia y Administración Pública para dictar las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo y aplicación del presente Decreto.

Sevilla, 9 de diciembre de 2003

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

Disposición final segunda. Entrada en vigor. El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

CARMEN HERMOSÍN BONO
Consejera de Justicia
y Administración Pública

**ORDEN de 21 de noviembre de 2003, por la que se deroga la de 7 de mayo de 2001, modificada por Orden de 19 de noviembre de 2002, por la que se regulan y convocan ayudas relativas al desarrollo de medidas complementarias de apoyo al empleo
BOJA núm. 230, de 28 de noviembre de 2003**

PREÁMBULO

Con anterioridad a la aprobación del V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico dictó Orden de 7 de mayo de 2001, modificada por Orden de 19 de noviembre de 2002, por la que se regulaban y convocaban las ayudas relativas al desarrollo de Medidas Complementarias de Apoyo al Empleo, que comprendían actuaciones dirigidas a obtener un mayor y mejor conocimiento del mercado de trabajo y a promover acciones que facilitasen la Orientación y la Inserción Profesional de las personas demandantes de empleo, así como actuaciones de divulgación, sensibilización y evaluación.

No obstante dicha regulación, y al objeto de dar cumplimiento a lo previsto en el mencionado Acuerdo, el 1 de abril de 2003 se aprobó en Consejo de Gobierno el Decreto 85/2003, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía, que regula, entre otros, los Programas de Orientación Profesional y Estudios y Difusión sobre el Mercado de Trabajo.

Asimismo, en la primavera del presente año, se ha materializado el traspaso a la Junta de Andalucía de las Políticas Activas de Empleo, así como la asignación efectiva de funciones en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, por parte del Instituto Nacional de Empleo, al Servicio Andaluz de Empleo en su calidad de órgano gestor de la política de Empleo en la Comunidad Autónoma Andaluza.

Estas dos circunstancias han llevado a valorar la necesidad de promover el estudio y análisis de una nueva regulación de las ayudas hasta ahora reglamentadas en la mencionada Orden de 7 de mayo a fin de adecuarlas al nuevo marco normativo y competencial.

En consecuencia y al objeto de evitar la presentación de solicitudes de la convocatoria correspondiente al ejercicio 2004 con arreglo a las disposiciones actualmente vigentes que se encuentran en trámite de modificación, mediante la presente Orden se deroga la disposición citada y se establece que no se tramitará ninguna nueva solicitud con arreglo a las mismas. Todo ello sin perjuicio de que los expedientes ya iniciados antes de la entrada en vigor de



la presente Orden se ejecuten conforme a la normativa que se deroga.

En uso de las facultades que me han sido conferidas, y a propuesta de la Dirección General de Intermediación,

DISPONGO

Artículo único. Derogación.—Con efectos desde la entrada en vigor de la presente Orden queda derogada la Orden de 7 de mayo de 2001 por la que se regulan y convocan las ayudas relativas al desarrollo de Medidas Complementarias de Apoyo al Empleo, modificada por Orden de 19 de noviembre de 2002.

Disposición Transitoria Unica.
Procedimientos en trámite.—Todos

aquellos expedientes iniciados al amparo de la norma que se deroga con la presente Orden seguirán rigiéndose por la misma, en tanto no haya finalizado el plazo de duración de las ayudas concedidas fijado en la correspondiente resolución de concesión.

Disposición Final Unica. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 21 de noviembre de 2003

JOSE ANTONIO VIERA CHACÓN
Consejero de Empleo
y Desarrollo Tecnológico





