



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

77

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
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Magistrado de lo Social del Tribunal Superior de Justicia
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 77/2004

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- | | |
|--|-----|
| Los límites a la negociación colectiva para regular la extinción del contrato de trabajo por razón de edad | 11 |
| PEDRO GÓMEZ CABALLERO | |
| La juridificación del acoso moral en el trabajo: bases metodológicas . | 35 |
| MANUEL CORREA CARRASCO | |
| El principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias en el derecho de huelga | 83 |
| ESTHER CARRIZOSA PRIETO | |
| Los Consejos Económicos y Sociales locales | 125 |
| FRANCISCO JOSÉ BARBA RAMOS | |
| FRANCISCO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ | |

2. MERCADO DE TRABAJO

- | | |
|--|-----|
| Difusión y características del empleo sumergido entre los trabajadores procedentes de países menos desarrollados | 173 |
| SEBASTIÁN RINKEN | |
| Informe trimestral sobre el Mercado de Trabajo en España y Andalucía (segundo trimestre) | 209 |
| SANTOS M. RUESGA BENITO, JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO Y CARLOS RESA NESTARES | |

**3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA****NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO**

Universidad de Almería

El derecho a la igualdad en el marco de la negociación colectiva 243

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

PODERES EMPRESARIALES

Universidad de Córdoba

Ejercicio abusivo del poder empresarial y acoso moral: el exceso de trabajo 255

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ**PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL**

Universidad de Granada

Prestación económica por maternidad: ¿nacimiento automático del derecho? El más que cuestionado alcance del principio de oficialidad . . 267

SOFÍA OLARTE ENCABO

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

La proyección de la reserva de empleo a favor de trabajadores minusválidos sobre los expedientes de regulación de empleo 277

FRANCISCA FUENTES FERNÁNDEZ

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

La jubilación forzosa del trabajador por convenio colectivo como causa de extinción del contrato de trabajo 289

FERNANDO ELORZA GUERRERO

CONDICIONES DE TRABAJO (ETEA-Córdoba)

La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad . . . 305

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

ORDEN de 18 de junio de 2004, por la que se regula y convoca la concesión de subvenciones a Micro y Pymes que realicen proyectos e inversiones y/o actividades de buenas prácticas preventivas dirigidas al control de los riesgos laborales

BOJA núm. 143, de 22 de julio 2004 329

ACUERDO de 20 de julio de 2004, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el de 30 de diciembre de 2003, de la Mesa Sectorial de



Índice

7

Negociación de Sanidad, sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud BOJA núm. 152, de 4 de agosto de 2004	341
RESOLUCION de 14 de julio de 2004, de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba el Reglamento Marco de Régimen Interior de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo, en desarrollo de lo dispuesto en la Orden que se cita BOJA núm. 155, de 9 de agosto de 2004	350
ORDEN de 18 de junio de 2004, por la que se regula y convoca la concesión de subvenciones a empresas del sector de la construcción para proyectos de inversión en equipos y medios auxiliares de obra dirigidos al control de los riesgos laborales BOJA núm. 171, de 1 de septiembre de 2004	360
ORDEN de 24 de agosto de 2004, por la que se desarrolla el Decreto 127/2003, de 13 de mayo, por el que se establece el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía BOJA núm. 173, de 3 de septiembre de 2004	373

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







LOS LÍMITES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA REGULAR LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR RAZÓN DE EDAD

PEDRO GÓMEZ CABALLERO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

El establecimiento de edades de jubilación obligatoria mediante la negociación colectiva es una cuestión, que desde la primera versión de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ha sido objeto de estudio por la doctrina y ha dado lugar a decisiones de la jurisprudencia, que demuestran que está lejos de ser pacífica. Un inicial posicionamiento del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, favorable a la existencia de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, ha permitido que durante dos décadas se hayan venido aplicando estas cláusulas, que justificaban la extinción del contrato de trabajo cuando el trabajador, que había madurado su derecho a la prestación de jubilación, cumplía la edad establecida en las mismas. Sin embargo, esta situación que parecía consolidada, ha sufrido en los últimos tiempos alteraciones que pueden tener incidencia en el ejercicio del derecho al trabajo y en el derecho a la negociación colectiva, cuyo alcance es difícil de determinar por ahora. La derogación, por la Ley 12/21001, de 9 de julio, de la disposición adicional 10.^a del Estatuto de los Trabajadores y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las SSTs de 9 de marzo de 2004, son dos resortes que han puesto de nuevo de actualidad la cuestión de las cláusulas de jubilación obligatoria de los convenios colectivos. No obstante, este problema no es más que un aspecto de otra problemática mucho más amplia, de extraordinaria trascendencia para nuestro sistema de relaciones laborales, que es la definición de las relaciones Ley-convenio y la configuración de los ámbitos que le corresponden ocupar a cada uno de estos instrumentos de regulación. En el presente estudio analizamos el estado esta cuestión, desde la perspectiva de las cláusulas de jubilación forzosa, a la vista de las últimas manifestaciones de la doctrina y la jurisprudencia.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. EFECTOS DE LA DEROGACIÓN DE LA DA 1.ª ET. SU CONCRECIÓN EN LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA
3. EL PAPEL DE LA LEY EN REGULACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO
4. EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN Y LOS LÍMITES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
5. LOS CAMBIOS EN LA POLÍTICA DE EMPLEO
6. LAS REPERCUSIONES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
7. LA NULIDAD SOBREVENIDA DE LAS CLÁUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN VIGOR
8. CONCLUSIONES

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde su inicial regulación en la Disposición Adicional 5.ª de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, de 10 de marzo¹, la jubilación forzosa ha supuesto un problema, que ha estado silenciado durante un buen número de años, hasta que la Ley 12/2001, de 9 de julio, resolvió derogar la regulación más actual que se contenía en la Disposición Adicional 10.ª del Real Decreto-Legislativo 1/1995, Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. Es sobradamente conocida la atención que recibió la DA 5.ª por parte de la doctrina y la jurisprudencia, que culminó con importantes y discutidas² decisiones del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la referida disposición; concretamente: STC 22/1981, de 27 de julio, STC 58/85, de 30 de abril, y STC 95/85, de 29 de julio³. Estas decisiones vinieron a admitir la constitucionalidad de la utilización de la jubilación forzosa como medida de política de empleo, para lo que se habilitaba el Gobierno y a las partes de la negociación colectiva, aunque esta habilitación estaba condicionada a la maduración del derecho a la pen-

¹ La DA 5.ª establecía lo siguiente: «La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrán el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos». Como se sabe, la STS 22/81 declaró la inconstitucionalidad de esta disposición «interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad».

² Cfr. DURÁN LÓPEZ, F., «Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo», *MTSS*, 1992, págs. 69-86, donde se contiene un extensa y fundada crítica a la doctrina del Tribunal Constitucional. Igualmente, SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, 1996, págs. 233 y ss.

³ Las indicadas sentencias han sido complementadas por las SSTC 111 a 136/1985, de 11 de octubre, y 207/1987, de 22 de diciembre.



sión del trabajador jubilado, y a la no amortización del puesto de trabajo vacante por la jubilación, exigencia esta última, que pronto resultó desvirtuada por la propia doctrina del Tribunal Constitucional⁴, opción que siguieron los Tribunales ordinarios.

Con el Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el establecimiento de un límite máximo de edad para trabajar es regulado en la Disposición Adicional 10.^a⁵, en la que se mantiene la misma previsión relativa a la posibilidad de pactar libremente edades de jubilación en la negociación colectiva.

La jurisprudencia que, inicialmente, flexibilizó de forma apreciable la exigencia de no amortización de los puestos de trabajo⁶, acabó admitiendo la validez de las cláusulas de jubilación forzosa que no cumplieran dicha exigencia⁷. Es llamativa la evolución de la doctrina jurisprudencial que, en decisiones anteriores a las que comentamos, llega a defender una especie de «independencia normativa» de los convenios colectivos respecto de la Ley, admitiendo la posibilidad de que a la hora de establecer edades de jubilación forzosa, el legislador esté sometido a consideraciones de política de empleo, mientras que no tienen este condicionante las partes de la negociación colectiva⁸.

⁴ En la STC 95/85, se alegó que la cláusula del convenio colectivo que se aplicó para extinguir el contrato del trabajador no estaba condicionada a ninguna medida de fomento del empleo. Esta alegación no fue respondida por el Tribunal, que se limitó a decir «...existe el pronunciamiento de los Tribunales laborales que la estiman como una medida de solidaridad que cubre el necesario engarce de la jubilación con la política de empleo...».

⁵ La DA 10.^a establecía lo siguiente: «Límite máximo de edad para trabajar. Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social».

⁶ STS, 6.^a, 27-10-1987 (A 7210), admite el pacto con amortización de puestos de trabajo si «ello contribuye a salvar la empresa y por tanto a mantener los puestos de trabajo de la mayoría de los trabajadores afectos, lo que no deja de ser una política favorecedora del empleo». STS, 4.^a, 29-10-90 admite la validez de las cláusulas de jubilación forzosa «cuando tal jubilación persiga, en alguno de estos ámbitos una redistribución del trabajo, o facilitar el acceso al empleo de aquellos que están en situación de paro, o la viabilidad o mantenimiento de empresas en dificultades, o cualquier otras análogas».

⁷ STS, 4.^a, 18-12-1989 (A 9041) ya afirmó que no era necesario, para prever la jubilación forzosa en convenio, que se obligue a la empresa a cubrir los puestos de trabajo de los jubilados con otros desempleados, ya que no existe más condicionamiento que garantizar al jubilado el percibo de la pensión correspondiente.

⁸ STS, Social, 14-7-2000 (A 6630) dice «Llama la atención, ahora y antes, que *lo que no puede hacer el legislador "libremente" si que lo pueda hacer el Convenio Colectivo*, cual

Con la derogación de la DA 10.^a realizada por el RD Ley 5/2001, de 2 de marzo, convalidado por Ley 12/2001, de 9 de julio, se reabrió la polémica. En la doctrina pronto tomaron cuerpo dos posiciones claramente diferenciadas. Para unos, la derogación de la DA 10.^a significaba la imposibilidad de que, a través de la negociación colectiva, pudieran continuar estableciéndose cláusulas de jubilación forzosa al haber desaparecido la habilitación legal que realizaba aquella⁹; para otros, sin embargo, la derogación de dicha norma no impedía que los convenios colectivos pudieran continuar regulando cláusulas de jubilación obligatoria, al no haberse previsto ninguna prohibición legal al respecto, lo que era posible gracias al art. 37.1 CE¹⁰.

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia surgida después de la derogación de la DA 10.^a, ha seguido las mismas pautas registradas en la doctrina —como se tendrá ocasión de comprobar a continuación—, hasta que el Tribunal Supremo, recientemente, ha unificado doctrina en dos sentencias de 9-3-04¹¹, poniendo de nuevo de actualidad este problema. Con estas decisiones el Tribunal Supremo realiza un cambio radical

es pactar una edad de jubilación inferior a la legal, pero ello se comprende si se tiene en cuenta que la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que necesariamente, en esa transacción, se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que deriva. Aquella *regulación de los intereses recíprocos* que constituye la base de la negociación entre representantes institucionales de trabajadores y empresarios, derivada de lo dispuesto en el art. 37.1 de la Constitución, *es lo que hace diferente una norma convenida de una norma estatal y lo que hace que las consideraciones de política de empleo se exijan en la una y no en la otra*».

⁹ Cfr. En este sentido, ALZAGA RUIZ, I., «Jubilación forzosa pactada en convenio colectivo tras la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores», *AS* núm. 11/2003, pág. 27; BLASCO PELLICER, A. *La jubilación forzosa en la negociación colectiva. (Efectos de la derogación de la Disposición Adicional 10.^a ET)*, Tirantonline; MONTOYA MELGAR, A., y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo», *RMTAS*, núm. 33/2001, pág. 29; TORTUERO PLAZA, J.L., «La jubilación forzosa en las políticas de empleo», *RMTAS*, núm. 33/2001, págs. 255 y ss.

¹⁰ Cfr. GARCÍA VIÑA, J. y GARRIDO BANÚS, J.L. «¿Es posible pactar en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa? Análisis de las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión», *AL* núm. 25/2003, págs. 470-471; PÉREZ YÁÑEZ, R., «Sobre la validez de las cláusulas convencionales que establecen la jubilación forzosa tras la reforma del año 2001. Comentario a la STSJ Cataluña de 27-9-2002 y STSJ Castilla-La Mancha, Albacete, de 24-4-2002» *AS* núm. 19/2003 pág. 32; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., CASAS BAAMONDE, M.E., *La Ley*, Tomo I, 2001, pág. 90; SEMPERE NAVARRO, A.V. y NICOLAS FRANCO, A. «Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva», *RMTAS*. Núm. 33/2001, págs. 144-147.

¹¹ Una dictada en Recurso núm. 765/2003, interpuesto contra la STSJ de Madrid de 17-12-02 (JUR 124941), Ponente: BOTANA LÓPEZ, J.M.; la otra, dictada en recurso 2319/2003, contra la STSJ de Madrid de 5-2-03 (AS 1925), Ponente SAMPER JUAN, J.



en la doctrina aplicada durante largo tiempo, pronunciándose, sin cortapisas, a favor de vetar al convenio colectivo la posibilidad de regular cláusulas de jubilación forzosa, si no existe una habilitación legal que lo permita. En cualquier caso, las primeras reacciones de la doctrina que han aparecido hacen presumir que el debate no está agotado, al mantenerse, básicamente, las mismas posiciones que se registraban con anterioridad ¹².

En el presente trabajo, se realiza un análisis de este viejo problema, que parece no resuelto definitivamente, que se realiza, fundamentalmente, al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de las recientes decisiones del Tribunal Supremo, poniendo de manifiesto aspectos que, a nuestro juicio, no han sido tratados hasta ahora adecuadamente o han pueden avalarse con argumentos distintos a los habitualmente utilizados.

2. EFECTOS DE LA DEROGACIÓN DE LA DA 10.^a ET. SU CONCRECIÓN EN LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Las SSTS 9-3-2004 se pronuncian sobre los efectos que se producen por la derogación de la DA 10.^a ET, en las posibilidades de regulación de la jubilación forzosa por convenio colectivo. Estas sentencias abordan la cuestión planteando dos ámbitos distintos sobre los que deben de posicionarse. Por una parte, se plantea, si es posible o no, que, tras la derogación de la DA 10.^a, el convenio colectivo pueda establecer cláusulas de jubilación forzosa. Las sentencias se plantean pronunciarse sobre:

- a) Si la derogación supone la prohibición de que los convenios colectivos contengan cláusulas de esta jubilación forzosa, o
- b) Por el contrario, la derogación supone una simple deslegalización de la materia, que no impide que los convenios colectivos sigan regulando, en el futuro, edades de jubilación.

Por otra parte, las SSTS 9-3-2004 plantean una segunda cuestión, para el caso de que, de los anteriores interrogantes, se concluya que el convenio colectivo no puede establecer edades de jubilación, que se refiere a los efectos que produciría la derogación de la DA 10.^a sobre los convenios colectivos en vigor, que contienen cláusulas de jubilación forzosa.

En realidad, el gran problema que se plantea en las SSTS 9-3-2004, aunque presentado mediante la formulación de cuestiones separadas en la forma que acabamos de indicar, hace referencia a los ámbitos de actuación

¹² De las que se ha ocupado con rapidez la doctrina Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F. «¿Me jubilo o me jubilan? A propósito de dos recientes sentencias del Tribunal Supremo sobre los efectos de la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores», AS núm. 2/2004. DURÁN LÓPEZ, F. «Jubilación y convenios colectivos», *Expansión*, 30-3-2004.

de la negociación colectiva y en cómo pueden operar las relaciones Ley-convenio, cuando aquélla no establece expresamente prohibiciones o límites a la negociación colectiva. El caso que examinamos es, a nuestro entender, un supuesto que se puede ubicar en este contexto.

Las SSTS 9-3-2004 han venido precedidas de una serie de decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia, que pueden agruparse en dos corrientes o posturas, coincidentes con las de la doctrina científica que antes expusimos:

- a) La que entiende que la derogación de la DA 10.^a ET impide que los convenios colectivos puedan regular cláusulas de jubilación obligatoria o forzosa. Estimada dicha prohibición, la virtualidad impeditiva de la derogación se extiende a las cláusulas de jubilación forzosa que se contienen en los convenios colectivos vigentes a la entrada en vigor de la norma derogatoria ¹³.
- b) La que entiende que la derogación de la DA 10.^a ET no ha afectado a las posibilidades de que, mediante la negociación colectiva, se puedan pactar cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, al no existir norma legal que expresamente lo prohíba ¹⁴.

Estas posiciones de la jurisprudencia son la consecuencia de la aplicación de cláusulas de jubilación forzosa, contenidas en los convenios colectivos, pactadas con anterioridad a la entrada en vigor de la derogación de la DA 10.^a ET. Es decir, cláusulas pactadas bajo la vigencia de una doctrina jurisprudencial que admitía la posibilidad de extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de edad, sin que hubiera, necesariamente, razones de política de empleo (en este sentido, es expresiva la STS 14-7-2000).

La doctrina que se contiene en las SSTS de 9-3-04 sobre las posibilidades futuras de regulación de edades de jubilación forzosa en los convenios colectivos, se construye básicamente sobre dos pilares fundamentales: el papel de la ley en la regulación del derecho al trabajo y la existencia de nuevas tendencias en materia de política de empleo. Sin embargo, para resolver la cuestión relativa a los efectos de la derogación de la DA 10.^a sobre los convenios colectivos vigentes, las sentencias se separan de la construcción jurídica anterior.

¹³ STSJ Castilla-La Mancha 24-4-02 (AS 3321); STSJ Madrid de 17-12-02 (JUR 124941), y con posterioridad a la recurrida STSJ Madrid 1-4-03 (AS 2964).

¹⁴ STSJ Madrid 11-1-02 (AS 8580); STSJ Aragón 23-1-02 (A 325); STSJ Cataluña 6-2-02 (JUR 100338), 29-10-02 (AS 3989); STSJ Comunidad Valenciana 21-11-02 (AS 3384); STSJ País Vasco 19-2-02 (AS 1251); y con posterioridad a la recurrida STSJ Aragón 28-5-03 (AS 1979).

3. EL PAPEL DE LA LEY EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO

Hay dos cuestiones relacionadas con el papel de la Ley en la regulación del derecho al trabajo, que se traen a colación con frecuencia: por una lado, el carácter de norma habilitante que debe tener la Ley, y por otro, la reserva de Ley constitucional que afecta al derecho al trabajo. Las SSTS 9-3-2004 abordan estas dos cuestiones (en el fundamento jurídico núm. 5), justificando que la negociación colectiva no pueda ocuparse de regular edades de jubilación forzosa, después de la derogación de la DA 10.^a.

La primera de las cuestiones que hemos apuntado hace referencia al papel de norma habilitante que jugaba la disposición adicional 10.^a para que, durante su vigencia, no pudieran considerarse discriminatorias las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos. Vienen a decir las SSTS 9-3-2004, que había una «habilitación legal», la DA 10.^a, asentada, a su vez, en una justificación objetiva y razonable. Para ello recurren a la doctrina contenida en los fundamentos jurídicos 8 y 9 de la STC 22/81. A nuestro juicio, no es afortunada la utilización de la doctrina sentada en estos fundamentos jurídicos, pues en ellos no se hace referencia alguna al carácter de norma habilitante del precepto legal que analizó el Tribunal Constitucional en dicha sentencia (DA 5.^a). En los fundamentos jurídicos 8 y 9 STC 22/81, el Tribunal Constitucional expone los argumentos que pueden servir a la constitucionalidad de una eventual limitación del derecho al trabajo, que tendrá su fundamento en normas internacionales —Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales— y su justificación real, en la utilización de la jubilación forzosa, como medida de política de empleo. Es, sin embargo, el fundamento jurídico núm. 10 de la misma sentencia el que contiene el sentido que el Tribunal Constitucional atribuye a la DA 5.^a en su redacción de 1980, precedente normativo de la DA 10.^a, que es el de autorizar al Gobierno o bien a las partes que intervienen en la negociación colectiva para establecer edades de jubilación ¹⁵.

Pero donde puede verse con mayor claridad el carácter habilitante de la DA 5.^a, es en la STC 58/85. En esta sentencia el Tribunal Constitucional se planteó pronunciarse sobre la validez constitucional de establecer legalmente (DA 5.^a ET), que la negociación colectiva pueda fijar edades de jubi-

¹⁵ STC 22/81, FJ núm. 10 «...la disposición adicional quinta tiene el sentido de autorizar, bien al Gobierno (párrafo primero) para establecer un límite de edad cuyas consecuencias son análogas a las de la jubilación forzosa aplicada a todo tipo de relación laboral sujeta al Estatuto de los Trabajadores, bien a las partes que intervienen en la negociación colectiva (párrafo segundo) para establecer edades de jubilación en sectores productivos concretos».

lación obligatoria. En la resolución de este interrogante, el Tribunal Constitucional concluyó en la constitucionalidad del precepto legal cuestionado, que autoriza a la negociación colectiva para fijar un límite temporal al derecho individual al trabajo. El Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad del precepto en el sentido de que el legislador puede determinar que sea la negociación colectiva la que limite el derecho individual al trabajo, condicionado a que exista la compensación de poder percibir la pensión de jubilación¹⁶.

La segunda cuestión que planteamos al principio y de la que también se han ocupado las SSTs 9-3-2004, en el fundamento jurídico núm. 5, hace referencia a la reserva de ley constitucional que afecta al derecho al trabajo. Afirman las sentencias que «la limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de reserva de Ley establecida en el art. 53.1 de la Constitución». Se argumenta en las sentencias que en la conjugación de los artículos 35.1 CE y 37.1 CE, debe prevalecer el primero sobre el segundo, teniendo en cuenta el art. 14 CE; y, por ello, para limitar el derecho al trabajo, desconociendo el principio de igualdad, debe haber una norma con rango legal que lo autorice. En esta misma línea argumental, se afirma que «los convenios colectivos están obligados a respetar no solo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también el mandato de la reserva de Ley que impone la Constitución...». Sin entrar a ocuparnos, por ahora, del alcance que puede darse al respeto a las disposiciones legales de derecho necesario por el convenio colectivo, hay que poner de relieve que una cosa queda clara para el Tribunal Supremo: que los convenios colectivos deben respetar el mandato de la reserva de ley que el art. 53.1 CE impone en relación con el derecho al trabajo.

Ello plantea, a nuestro juicio, un problema que presenta múltiples aristas que afecta a las relaciones Ley-convenio colectivo, como es la determinación del significado y alcance de la reserva de ley en relación con el derecho al trabajo, lo que determinará también el ámbito de actuación y límites del convenio colectivo.

Las SSTs 9-3-2004 parecen identificar habilitación legal y observancia de la reserva de Ley, en el sentido de que estaría cumplida la exigencia

¹⁶ STC 58/95, FJ. núm. 7 «...se trata de analizar... un precepto legal que, ...autoriza a la negociación colectiva a regular una materia que con anterioridad se había considerado excluida de la misma. Quiere decirse que *es el propio legislador quien, en ejercicio de una competencia que no puede negársele...* Siendo la Ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación para el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación».



constitucional de reserva de Ley, con la remisión que se hace por la misma Ley a la negociación colectiva. Parece que las sentencias entienden que es suficiente, para cumplir la exigencia de reserva de Ley constitucional, con la sucinta manifestación de voluntad del legislador de que, mediante la negociación colectiva, puedan establecerse edades de jubilación forzosa. Esto está en relación con la determinación del ámbito de la reserva de Ley, problema que se apunta en la STC 22/81, FJ núm. 11, sobre el que no se pronuncian, ni esta sentencia, ni las posteriores SSTC 58/885 y 95/85. Esta identificación, a nuestro juicio, no es acertada en todos los casos. Una cosa es que el legislador autorice que mediante la negociación colectiva se puedan regular derechos afectados por reserva de Ley constitucional, y otra distinta que, en todo caso, haya determinados aspectos concernientes a los mismos que necesariamente deban ser regulados por Ley.

El voto particular de las SSTS 9-3-2004, rechaza el argumento de la reserva de Ley, por entender que lo que realmente ha pretendido el legislador constitucional con esta reserva, es evitar que los derechos laborales se regulen por vía reglamentaria, pero no su aptitud para constituir materia de negociación colectiva¹⁷. Sirva esta referencia para adentrarnos en otro punto importante sobre el que se pronuncia la sentencia.

4. EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN Y LOS LÍMITES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sin hacer una argumentación extensa, las SSTS 9-3-2004 se pronuncian sobre esta cuestión al exponer los argumentos referidos al carácter de norma habilitante de la DA 10.^a y a la reserva de Ley. El pronunciamiento que se hace en las sentencias, sobre las posibilidades de regulación por convenio colectivo de edades de jubilación forzosa, está en relación con la cuestión que en este punto abordamos.

Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia que sirven de contraste¹⁸ a las SSTS 9-3-04, entran en este tema, así como el voto particular de

¹⁷ Para avalar el argumento expuesto, el voto particular acude, incluso, a otra doctrina del Tribunal Constitucional, como la sentada en STC 232/1993, relativa a la posibilidad del vulneración del derecho a la libertad sindical, cuando se desconoce que el derecho a la negociación colectiva en aspectos fundamentales del contenido laboral, ya que este derecho forma parte del contenido esencial de aquél. Recientemente DURÁN LÓPEZ, *Jubilación...*, pág. 79, para el que «tampoco tiene mucho que ver el establecimiento de cláusulas de jubilación obligatoria en la negociación colectiva con el principio de reserva de ley que afectaría a la regulación del derecho al trabajo».

¹⁸ STSJ Cataluña 27-9-02 (AS 3322).

estas últimas. En síntesis, en estos pronunciamientos, se viene a afirmar y defender, que la derogación de la DA 10.^a no afecta a las posibilidades del convenio colectivo para regular edades de jubilación forzosa, dado que la Ley no prohíbe expresamente esta posibilidad. Con la derogación de dicha disposición, lo que el legislador pretende es no intervenir en esta cuestión¹⁹, siendo su intención únicamente, la de no estimular para el futuro medidas de jubilación forzosa²⁰. Estas conclusiones se vienen avalando fundamentalmente en base a los siguientes argumentos extraídos de la doctrina del Tribunal Constitucional:

- a) La facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE) de regular los intereses recíprocos, mediante la negociación colectiva, es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional (FJ núm. 3 STC 58/85).
- b) Del texto constitucional no se deriva, expresa o implícitamente, ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva, la regulación de las condiciones de ejercicio de derechos fundamentales (FJ núm. 5 STC 58/85).

Estos argumentos están en la línea de otros que se contienen también en la STC 58/85, que pueden servir, desde luego, para respaldar la posición anterior. Así, se pueden traer a colación algunas afirmaciones que son significativas:

- Reconocimiento constitucional de un *poder de regulación*, a los representantes de los trabajadores y los empresarios, para un concreto fin, cual es la ordenación de las relaciones laborales en su conjunto (FJ núm. 4).
- La jubilación forzosa, dentro de determinadas condiciones resulta posible y no vulnera ningún precepto constitucional, incluidos los derechos fundamentales, y ello sucederá tanto cuando sea establecida por ley *como cuando lo sea por convenio colectivo* (FJ núm. 5).

A la vista de las consideraciones expuestas, no es extraño que se pueda concluir que la negociación colectiva pueda establecer edades para la jubilación forzosa del trabajador. Desde esta perspectiva, la facultad de regulación, de origen constitucional, que poseen los representantes de los trabajadores y los empresarios no tendría límites, mientras no hubiera una expresa prohibición establecida por el legislador. Un significativo sector de la doctrina propuso esta interpretación tras la derogación de la DA 10.^a. Para este

¹⁹ Voto particular párrafo 3.º, punto 2.º.

²⁰ STSJ Cataluña 27-9-02 (AS 3322).



sector «tendría que prohibir expresamente la ley a la negociación colectiva el establecimiento de edades de jubilación, reservándose para sí esa materia, que quedaría excluida del contenido posible de la negociación»²¹, y tal ley no existe, sin que el art. 85.1 ET cubra la exigencia de prohibición al no contener una determinación expresa. Se basa esta conclusión en la STC 58/85 y en la apreciación de que en esta sentencia se analizaba la constitucionalidad de la disposición adicional del ET, y no la de un convenio colectivo que estableciese la jubilación forzosa de los trabajadores a una determinada edad.

El problema es que esta doctrina del Tribunal Constitucional, que sirve de fundamento a las posiciones contrarias a las SSTs 9-3-2004, presenta, a nuestro parecer, una falta de consolidación contundente que, a veces, se refleja en la propia doctrina que el Tribunal Constitucional emana en la STC 58/85 que, incluso, puede entenderse contradictoria:

- No le corresponde al Tribunal Constitucional formular una teoría general sobre la extensión y límites de la negociación colectiva, tarea ésta que han de ir elaborando paulatinamente doctrina y jurisprudencia laborales, a la vista de las concretas experiencias contractuales y de los cambios y vicisitudes de la legalidad infraconstitucional y del entorno económico y social, en que dicha legalidad se desenvuelve (FJ. núm. 5).
- El legislador, en ejercicio de su competencia, puede autorizar a la negociación colectiva establecer edades de jubilación forzosa (FJ. núm. 7).
- Es la Ley la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva (FJ. núm. 7).
- La integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho supone *el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley*, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede *desplegar una virtualidad limitadora* de la negociación colectiva y puede, igualmente, de *forma excepcional*, reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva (FJ. núm. 3).

Pero además, se pueden oponer otras razones a la posibilidad de que la negociación colectiva actúe autónomamente si no existe prohibición expresa. Así, se puede afirmar que habría resultado intrascendente la inclusión

²¹ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, VALDÉS DAL-RÉ, CASAS BAAMONDE, *op. cit.* pág. 90.

por el legislador en el ET de la posibilidad de que la negociación colectiva pueda establecer edades de jubilación (salvo que se entendiera que su función era la de estimular a las partes de la negociación para establecer cláusulas de jubilación obligatoria, argumento, desde luego, discutible). Si se entiende que la negociación colectiva puede actuar siempre que no se lo prohíba la Ley, no tiene sentido pensar en que haya podido tener virtualidad alguna, la manifestación de voluntad del legislador autorizando ámbitos de actuación de la negociación colectiva. La opción del legislador posibilitando la intervención de la negociación colectiva tiene sentido, precisamente, cuando la Ley debe ocupar su espacio de regulación.

Por otro lado, hay que pensar en que regular las condiciones de ejercicio no es privar del ejercicio de un derecho fundamental²². La negociación colectiva podrá regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, pero lo que no podrá determinar son los requisitos que son esenciales para que dicho ejercicio pueda darse. La negociación colectiva no puede tener las llaves de entrada y de salida al ejercicio del derecho. De la misma manera que la Ley fija una edad mínima para acceder al ejercicio del derecho al trabajo debe fijar la edad para dejar de ejercerlo. Estos son aspectos esenciales del derecho que no limitan su efecto a la relación laboral, sino que excede del ámbito de la misma²³, determinando en la persona la imposibilidad de ejercer un derecho fundamental. El establecimiento de una edad de jubilación forzosa no solamente afecta al trabajador que ve extinguido su contrato de trabajo a una determinada edad, sino que también afecta a las personas que pudiendo y queriendo trabajar pueden verse impedidos de hacerlo por la voluntad de las partes que firman un convenio colectivo. En este sentido, la cláusula del convenio colectivo que fije edad de extinción obligatoria del contrato, estaría actuando como norma que incapacita para trabajar en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Por ello, el establecimiento de una edad máxima para mantener el puesto de trabajo o para acceder al empleo es un requisito para el ejercicio del derecho que debe estar contemplado en la Ley.

Las SSTS 9-3-04 estiman, como uno de los límites del convenio colectivo, el respeto a las disposiciones legales de derecho necesario, exigencia que deriva, como así lo expone también el Tribunal Constitucional, de la ubicación del convenio colectivo en el sistema de fuentes, que lo somete jerárquicamente a la Ley. Estimar que la negociación colectiva puede entrar

²² Cfr. En el mismo sentido DURÁN LÓPEZ, F., «Jurisprudencia Constitucional y Derecho al Trabajo», *MTSS*, 1992, pág. 84.

²³ Cfr. ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, Civitas, 1982, págs. 116-117, para el que negociación y convenio tienen como ámbito preciso las condiciones de trabajo.



en la regulación de aspectos del derecho al trabajo para los que no exista expresa prohibición, equivale a decir que no es derecho necesario lo que no está expresamente dicho. En concreto, en el derecho al trabajo, la edad sería un requisito en relación con el que sería derecho necesario la edad mínima de admisión al trabajo, porque está prevista expresamente (art. 7 ET); circunstancia que impediría a la negociación colectiva entrar a regular. Esto no sucedería con la edad máxima para trabajar o para mantener vigente un contrato de trabajo, si la Ley omite cualquier manifestación al respecto. Es decir, ante el silencio de la Ley sobre la existencia de una edad máxima para trabajar, podría la negociación colectiva entrar a regular edades de extinción del contrato o de jubilación forzosa.

A nuestro juicio, al menos en el supuesto que nos ocupa, no se puede interpretar la omisión o el silencio en la Ley de edades máximas de admisión al trabajo o de jubilación forzosa, como una ausencia de prohibición expresa a los negociadores colectivos para regularlas mediante convenio colectivo. El hecho de que la Ley no se pronuncie sobre la edad máxima para trabajar, es una cuestión que hay que interpretarla atendiendo al carácter que la jubilación tiene en nuestro ordenamiento en su regulación legal. En ésta, la jubilación tiene un carácter voluntario lo que es coherente con la ausencia de fijación de edades máximas para trabajar. Si la jubilación en la Ley tiene carácter voluntario, es lógico y coherente que en la Ley no se establezcan edades máximas para trabajar o de jubilación forzosa. Desde esta perspectiva, no sería admisible el establecimiento de edades de jubilación obligatoria cuando la Ley no establezca prohibición expresa, ni aún cuando puedan tener para los trabajadores las compensaciones de la prestación por jubilación y en el contexto de una política de empleo.

La jubilación en nuestro ordenamiento constituye un derecho del trabajador, cuyo ejercicio vincula al empresario en cuanto produce la extinción del contrato de trabajo. Precisamente, porque está concebida como un derecho que ejerce el trabajador voluntariamente, el silencio de la Ley no puede interpretarse como la ausencia de prohibición expresa que habilita a la negociación colectiva a regular edades de jubilación forzosa. Si es admisible constitucionalmente el establecimiento de edades de jubilación forzosa, parece que lo razonable sería lo contrario, que la Ley establezca unos requisitos mínimos para que la negociación colectiva pueda actuar, preservando aquellos requisitos. La Ley establecería la edad mínima a partir de la cual se podría determinar a través de la negociación colectiva edades de extinción obligatoria del contrato (que podría ser aquella a partir de la que tenga el trabajador derecho a percibir la pensión de jubilación), así como las compensaciones que debería tener el trabajador y, en su caso, las circunstancias de empleo que deban concurrir. Esta posición se ajusta y podría conciliar doctrina constitucional que puede entenderse contradictoria, como la que admite el establecimiento de edades de jubilación forzosa tanto por

Ley como por convenio colectivo (FJ núm. 5 STC 58/85) y, al propio tiempo, declara que la integración de los convenios colectivos en el sistema de fuentes del Derecho supone el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido en la Ley, que puede desplegar virtualidad limitadora y, de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedarían excluidas de la negociación (FJ. 3 STC 58/85). Podría de esta forma darse respuesta, igualmente, a la exigencia de reserva de Ley constitucional que el art. 53.1 CE prevé en relación con el art. 35.1 CE.

5. LOS CAMBIOS EN LA POLÍTICA DE EMPLEO

Se puede con ellos un conjunto de argumentos que coadyuvan a mantener la negativa a que la negociación colectiva pueda ocuparse de establecer edades de jubilación forzosa. Las SSTS 9-3-04, se ocupan de este aspecto y se refiere a la desaparición de las razones que justificaban la vigencia de la DA 10.^a. Se trata más bien de argumentos adicionales²⁴, que se utilizan para mostrar las razones que llevaron a derogar la norma, por la improcedencia de mantener la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo a través de los convenios. Parten las SSTS 9-3-2004 de que la situación social y laboral que en los años ochenta aconsejó adoptar medidas de política de empleo, como la que se recogía en la DA 10.^a, han desaparecido en la actualidad, siendo otra la tendencia que debe guiar la política de empleo. Para acreditar el cambio de orientación se traen a colación los siguientes argumentos:

- a) La modificación realizada en la legislación de Seguridad Social a partir del Pacto de Toledo. En éste fijan las SSTS 9-3-2004 el punto de partida del cambio de orientación en la política social y económica, tendente a la flexibilización de la edad de jubilación de forma gradual y progresiva, e incluso a la compatibilidad entre pensión de jubilación y mantenimiento de la vida laboral. Esta previsión del Pacto se tradujo a nivel legal, en la introducción de mecanismos compensadores (desgravaciones y deducciones en las cotizaciones), para cuando el trabajador opte por permanecer en activo después de cumplidos los sesenta y cinco años (DA 26.^a TRLGSS). La nueva regulación introducida por la Ley 24/1997, hay que estimarla contraria a la tendencia que utiliza la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo.

²⁴ Cfr. DURÁN LÓPEZ, *Jubilación...*, pág. 79, critica la utilización del argumento de las políticas de empleo para fundamentar en ellas la interpretación jurídica.



- b) Las tendencias sobre el empleo y no discriminación, contenidas en normativa comunitaria vinculante, que debe ser aplicada en el ámbito de la Unión Europea. Este es el caso de la Directiva 78/2000 del Consejo de 17 de noviembre, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Tiene por objeto esta Directiva establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de *edad* o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que, en los Estados miembros, se aplique el principio de igualdad de trato (art. 1). Es cierto que la Directiva prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer diferencias de trato por razón de edad, que no constituirán discriminación, «...si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo...» (art. 6.1); pero lo razonable es que, siendo los destinatarios de la Directiva los Estados miembros (art. 21), esta posibilidad se haga efectiva a través del pronunciamiento del legislador y siempre basándola en razones de políticas de empleo²⁵. La opción de nuestro legislador ha sido la de no establecer diferencias de trato por razón de edad, si nos atenemos a la transposición que se ha hecho de la Directiva por Ley 62/2003, de 31 de diciembre, que ha modificado los arts. 4.2,c) y 17.1 E.T., prohibiendo, el primero, las discriminaciones para el empleo o una vez empleados por razones de edad, y, estableciendo, el segundo, la nulidad y carencia de efectos de las cláusulas de los convenios colectivos que contengan discriminaciones desfavorables por la misma razón. Para las sentencias estos preceptos constituyen «mínimo de derecho necesario absoluto», que impiden establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa.
- c) La justificación de la derogación de la DA 10.^a que se contiene en la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001. En ésta se indica que la política de empleo que inspiró la disposición derogada, se inspi-

²⁵ Así parece que hay que entenderlo si se tiene en cuenta lo indicado en el considerando núm. 25 de la Directiva: «La prohibición de discriminación por razones de edad *constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos en las directrices sobre el empleo* y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que puedan variar, según la situación de los Estados miembros. Resulta, pues, esencial distinguir las *diferencias de trato justificadas, concretamente en objetivos de política de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional*, y debe prohibirse la discriminación».

raba en concepciones y se apoyaba en realidades demográficas del mercado distintas de las actuales. Al eliminar la DA 10.^a no parece que el legislador esté pretendiendo dejar de estimular la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de jubilación forzosa (como se entiende en la STSJ Cataluña 27-9-02), sino que no puedan ocuparse de ello. Es más razonable pensar que la idea del legislador al introducir la referencia a la negociación colectiva, era habilitar o autorizar a que mediante ésta, se pudieran establecer cláusulas de jubilación forzosa. La discusión estuvo y está en si, mediante la negociación colectiva se pueden establecer edades de extinción obligatoria del contrato de trabajo y si, para ello, es preciso que el legislador se pronuncie.

6. LAS REPERCUSIONES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Los estudios realizados hasta ahora sobre la regulación de la jubilación forzosa por convenio colectivo, normalmente, no se ocupan de las repercusiones que puede tener en el funcionamiento del sistema de Seguridad Social, el acceso del trabajador jubilado a la prestación de jubilación. Este es un problema que se ha puesto de manifiesto por algún autor²⁶, y que, sin embargo, la mayoría de la doctrina pasa por alto. Esta misma tónica la encontramos en las SSTS 9-3-2004, que no utilizan como argumento para fundamentar su decisión, el de las repercusiones que, en el sistema de Seguridad Social, puede tener el mantenimiento de un régimen de libre inclusión de la jubilación forzosa en los convenios colectivos. En estas sentencias se hace mención a la legislación de la Seguridad Social para expresar la nueva tendencia en la política de empleo. Entendemos que éste es un punto que podría haberse examinado, si tenemos en cuenta que una de las razones con las que se justificaba la constitucionalidad de una edad de jubilación obligatoria, era la garantía de que el trabajador que veía extinguido su contrato, tuviera una compensación económica —en este caso, la pensión de jubilación—, que atendiera la pérdida de ganancia por la extinción del contrato.

Es incuestionable la relación que existe entre el funcionamiento del mercado de trabajo y el sistema de Seguridad Social. Éste actúa ante las situaciones de necesidad en las que pueda encontrarse el trabajador, cuando se ve privado de su puesto de trabajo. Una situación de necesidad amparable por la acción protectora del sistema de Seguridad Social, es la pérdida del

²⁶ Cfr. TORTUERO PLAZA, *op. cit.* 256-257; MONTROYA MELGAR y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *op. cit.* pág. 29.



empleo al haberse extinguido el contrato, por haber cumplido una determinada edad. Por eso, estamos ante un aspecto del problema que no debe perderse de vista.

Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, que el legislador ordinario dispone de libertad para modular la acción protectora de sistema²⁷, aunque ese cometido no está exento de límites. La acción protectora deberá articularse teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan las situaciones de necesidad, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales²⁸. El Tribunal Constitucional deja fuera de duda, que la modulación del sistema de Seguridad Social debe realizarse en atención a las circunstancias económicas y sociales; circunstancias que califica de «imperativas» para la propia viabilidad y eficacia del sistema²⁹. Pero, además, el Tribunal Constitucional ha afirmado —*obiter*—, la imposibilidad de que el convenio colectivo pueda regular situaciones que repercutan en la Seguridad Social, porque su naturaleza y función carecen de aptitud para alterar el alcance y contenido de relaciones ajenas a las de trabajo³⁰.

A la vista de lo que se acaba de exponer, parece razonable defender que debe ser el legislador el que decida el establecimiento de edades de jubilación forzosa por la negociación colectiva. No se trata de apreciar que con el establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa en convenio colectivo no se vulnera el art. 39.2 TRLGSS, porque no se regulan cuestiones de Seguridad Social³¹, sino de tener presente que hay una incidencia inevitable en el sistema de Seguridad Social. Lo razonable es que esta medida se articule con las decisiones que debe adoptar el mismo legislador, para el funcionamiento adecuado del sistema de Seguridad Social. Las medidas de funcionamiento del mercado de trabajo deben tener el mayor grado de co-

²⁷ STC 37/94, 10-2, FJ. núm. 3.

²⁸ STC 65/87, 21-5, FJ. núm. 3; STC 77/95, 22-5, FJ. núm. 4, entre otras.

²⁹ STC 37/94, FJ. núm. 3.

³⁰ Así en la STC 187/94, de 20 de junio, FJ. núm. 3 se dice «...el Convenio Colectivo, encaminado a regular las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores, tanto por su naturaleza como por su función carecía de aptitud para alterar el alcance y el contenido de las relaciones ajenas a la de trabajo —como sería la de Seguridad Social...—, creando a cargo de la empresa obligaciones de índole tributaria de naturaleza pública, por ende, y condicionando el obrar y la responsabilidad de las Entidades Gestoras de Seguridad Social terceros respecto de las partes negociadoras del pacto». El asunto litigioso giraba en torno a la obligación de la empresa de cotizar a la Seguridad Social, durante el tiempo que unas trabajadoras habían estado en situación de excedencia forzosa, a la vista de que el convenio colectivo establecía que el tiempo de permanencia en esta situación, se computaría como de servicio activo.

³¹ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, VALDÉS DAL-RÉ, CASAS BAAMONDE, *op. cit.* pág. 90, que entienden que la exigencia de prohibición no la cubre el art. 39.2 al no regularse en los convenios cuestiones de Seguridad Social.

ordinación posible con las que se apliquen en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

Pensamos, pues, que ésta puede ser una razón más, que podría esgrimirse en para defender la necesidad de que sea el legislador el que mediante Ley, posibilite que la negociación colectiva pueda encargarse de regular edades de jubilación obligatoria. Desde esta perspectiva no parece adecuado que sean las partes negociadoras del convenio las que decidan libremente, al margen del legislador, cuándo el trabajador debe extinguir su contrato de trabajo, para acceder a la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Esto debe quedar reservado a la decisión del legislador que es el responsable último de cuidar del funcionamiento adecuado del sistema de Seguridad Social y del mercado de trabajo.

7. LA NULIDAD SOBREVENIDA DE LAS CLÁUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN VIGOR

Otro problema, de importancia fundamental, hace referencia a la vigencia de cláusulas de jubilación forzosa, contenidas en los convenios colectivos vigentes en la fecha en que entra en vigor la derogación de la DA 10.^a. Este problema también ha sido abordado por las SSTS 9-3-04. La solución que adopta el Tribunal Supremo en este punto, es la que lleva a la estimación del recurso y, en definitiva, a estimar procedente la extinción del contrato de trabajo del trabajador afectado.

Las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia recurridas³², que dieron lugar a la unificación de doctrina, y otras posteriores³³, llegaron a la conclusión de que todas las disposiciones de los convenios vigentes, que establecen una edad de jubilación forzosa, son nulas, por imperativo de lo dispuesto en el art. 15 de la Directiva 78/2000, en tanto que contrarias a sus mandatos, y, en todo caso, han quedado derogadas, por la disposición derogatoria única del RDL 5/2001, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, todas las contenidas en convenios firmados con anterioridad a su entrada en vigor, en cuanto se oponen al derecho reconocido en esta norma, e incorporado al Estatuto de los Trabajadores, a continuar trabajando con posterioridad a reunir todos los requisitos para obtener una prestación contributiva de jubilación.

Sin embargo, para las SSTS 9-3-04, la derogación de la DA 10.^a no supone la pérdida de vigencia de las cláusulas de jubilación forzosa vigentes

³² STSJ Madrid, 17-12-2002 (JUR 124941).

³³ STSJ Madrid, 1-3-2004 (Tirant On Line).

en la fecha de la derogación, fundamentando esta afirmación en los siguientes argumentos:

- a) Necesidad de salvaguardar el equilibrio interno de los convenios colectivos que contienen estas cláusulas. Señalan las SSTs 9-3-04, que estas cláusulas fueron establecidas de acuerdo con la política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración del convenio, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciaciones entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse. Con ello, viene a decir el Tribunal, que los convenios se negociaron atendiendo a unas determinadas circunstancias, que las partes tuvieron en cuenta, para conseguir un equilibrio interno y, este acuerdo, debe ser respetado. Esta apreciación del Tribunal puede ser contradictoria con lo resuelto con anterioridad, sobre la imposibilidad de que los convenios colectivos puedan establecer cláusulas de jubilación forzosa, si se tiene en cuenta que el cambio en la orientación de la política de empleo, se produce por el cambio en las circunstancias (demográficas y del mercado de trabajo) que permitieron negociar cláusulas de jubilación forzosa. Si para justificar la derogación de la DA 10.^a, que imposibilita establecer cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, se acude al cambio de circunstancias que aconsejan otra política de empleo, no tiene mucho sentido mantener que el cambio de circunstancias no debe considerarse en los convenios colectivos vigentes en la fecha de la derogación. Si la realidad cambiante hace modificar una ley, será porque los cambios son generales en el mercado de trabajo; y si esto es así, tendremos unos convenios que no están adaptados al tiempo en que han de ser aplicados. Habrá, por tanto, un desajuste entre lo regulado y realidad de la situación.

Por otro lado, también podría traerse a colación como argumento meramente coadyuvante, contrario a la exigencia de salvaguarda del equilibrio interno del convenio, que en materia de convenios colectivos, es de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*, cuando se produce un cambio radical y absoluto en las circunstancias conforme a las que se negociaron. Desde luego, es discutible que un cambio en las circunstancias demográficas y del mercado de trabajo, no sean significativas para no abogar por la salvaguarda de lo pactado.

- b) Para apoyar la decisión de mantener la aplicación de las cláusulas de jubilación forzosa, de los convenios colectivos en vigor al tiempo de la derogación de la DA 10.^a, el Tribunal Supremo utiliza en su doctrina la Disposición Transitoria 2.^a del Código Civil, conforme a la que «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma». Entiende el Tribunal, que el

mantenimiento de la vigencia de las cláusulas de jubilación forzosa, contenidas en los convenios vigentes al tiempo de derogarse la DA 10.^a, está de acuerdo con lo que se establece en dicha disposición transitoria. A nuestro juicio, el Tribunal no ha tenido en cuenta el carácter de norma que tiene el convenio colectivo, como sí lo hace para pronunciarse sobre la primera cuestión. Aborda la cuestión desde la perspectiva contractual que supone el convenio, inclinándose por la conservación de lo pactado, si era válido con arreglo a la normativa que se pactó, pero no repara el Tribunal en la naturaleza normativa del mismo. Si tenemos en cuenta que el convenio es una norma, lo más razonable hubiera sido aplicar la regla, que a los efectos de la derogación de una ley, se contiene en el art. 2.2 del Código Civil, conforme a la que «la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá a aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior». La derogación de la DA 10.^a elimina los límites que existían para el derecho al trabajo, que ahora ya no existen, por lo que se registra una incompatibilidad entre lo dispuesto en la norma anterior y posterior. Si el convenio colectivo es una norma, que articula el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, sometida a lo que la Ley disponga, deben extenderse los efectos de la derogación a los convenios vigentes, por su manifiesta incompatibilidad con la nueva regulación.

- c) Entienden las SSTS 9-3-04 que mantener la vigencia de los convenios colectivos en vigor al tiempo de la derogación de la DA 10.^a, no es contrario a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en otros supuestos, en los que la modificación de la norma ha producido la de los convenios colectivos. En concreto, se trae a colación la STC 210/1990, de 20 de diciembre, que se pronunció sobre la constitucionalidad de la aplicación de la reducción de la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo, a cuarenta horas semanales de trabajo efectivo. Las SSTS 9-3-04 consideran, que no es de aplicación la doctrina contenida en la del Tribunal Constitucional, porque en aquella ocasión la Ley de modificación contenía «un mandato como norma mínima y de derecho necesario con eficacia imperativa a partir de su entrada en vigor» (FJ núm. 7)³⁴, lo que no sucede con la supresión de DA 10.^a, que no tiene otra

³⁴ La Ley 34/1983, de 29 de junio, que modificó el art. 34.2 E.T., establecía en su Disposición Transitoria, párrafo 2.º, que «La puesta en práctica de la jornada que se establece en la presente Ley, no afectará a la ordenación global de la jornada de trabajo existente en las empresas a la entrada en vigor de esta Ley, sino exclusivamente a su duración, salvo pacto en contrario».

consecuencia jurídica que la derogación de una norma habilitante, que impide que las partes negociadoras de un convenio colectivo puedan estipular en adelante cláusulas de jubilación forzosa.

Así pues, vienen a decir el Tribunal Supremo, que la inexistencia de una prescripción que expresamente determine la inaplicación de las cláusulas contenidas en los convenios colectivos en vigor, posibilita la aplicación de aquéllas. En nuestra opinión, este argumento es criticable, porque contradice lo expresado en otros pasajes de las SSTS 9-3-04, que rechazan, aunque sea implícitamente, la posibilidad de que los convenios colectivos puedan regular edades de jubilación forzosa si, expresamente, no lo prohíbe la Ley. En el fondo, este es el mismo argumento que utilizan la sentencia que sirve de contraste (STSJ Cataluña 27-9-2002) y el voto particular de las sentencias unificadoras de doctrina, para defender las posibilidades de regulación de cláusulas de jubilación forzosa por convenio colectivo: no hay manifestación imperativa expresa del legislador (en un caso, prohibiendo y en otro, imponiendo). Por ello, creemos que no es acertada su utilización.

Pero además, la afirmación que se hace en las SSTS 9-3-04 de que, en el caso examinado en la STC 210/1990, en el sentido de que la Ley de modificación contenía un mandato con eficacia imperativa a partir de la entrada en vigor, es errónea. Esta afirmación la hace la sentencia del Constitucional en relación con la Disposición Transitoria de la Ley 34/83, que motivó el pronunciamiento del Alto Tribunal. Pues bien, este Tribunal en la misma sentencia afirma lo contrario, admitiendo la aplicación imperativa de la Ley posterior aunque no existiera la Disposición Transitoria recurrida³⁵.

En la doctrina no faltan los pronunciamientos contrarios a que se mantenga la vigencia de las cláusulas de jubilación forzosa contenidas en los convenios colectivos en vigor a la fecha de la derogación de la DA 10.^a, y consideran que deben reputarse ilegales, por regular una materia que está normada por Ley con carácter imperativo y haber desaparecido la norma legal que permitía al convenio su regulación³⁶. A nuestro juicio, después de la derogación de la DA 10.^a hay una regulación clara del derecho al trabajo sin que exista previsión alguna de limitación por razón de edad máxima para

³⁵ STC 210/1990, FJ. núm. 2 dice, refiriéndose al párrafo 2.º de la Disposición Transitoria de la Ley 34/1983, «...este párrafo tiene un significado interpretativo o aclaratorio de la aplicación inmediata, tras la correspondiente *vacatio legis*... En puridad, la eliminación del texto combatido no evitaría que la fijación imperativa de la jornada máxima definida en los límites del art. 1 de la Ley y que entrara en vigor tras el plazo de un mes desde la publicación de la Ley... ni tampoco que esa fijación imperativa se aplicara también a la regulación de la jornada de trabajo contenida en los convenios colectivos en vigor en ese momento...»

³⁶ Cfr. ALZAGA RUIZ, *op. cit.* pág. 22; BLASCO PELLICER, A., *op. cit.* pág. 11; TORTUERO PLAZA, *op. cit.*, págs. 259-260; recientemente CAVAS MARTÍNEZ, *op. cit.*

trabajar, y a esta previsión deben ajustarse los convenios colectivos sin que sea necesario que haya una determinación expresa de la Ley en relación con los que estaban en vigor al tiempo de la derogación. Afirmar, como hacen las SSTS 9-3-04 al referir otro supuesto, que se precisaría un mandato con eficacia imperativa, es buscar una justificación que sorprende. La STS 210/90, reafirma la superior posición de la Ley respecto del convenio en la jerarquía normativa³⁷, y deja clara la constitucionalidad de la incidencia, sobre un convenio colectivo en vigor, de lo establecido en una Ley posterior, sin que sea admisible posponer la entrada en vigor de aquélla, al momento de terminación del período de vigencia del convenio colectivo, pues éste está sometido a la Ley a la que debe respetar³⁸. El Tribunal Constitucional ha afirmado que «del art. 37.1 CE no emana ni deriva el supuesto derecho a que lo establecido en el convenio colectivo...permanezca inalterado y sea inmune a lo establecido en una Ley posterior hasta el momento en que el convenio pierda vigencia» (FJ. 3 STC 210/90).

En la jurisprudencia ordinaria existen precedentes de la incidencia de una Ley posterior en el convenio colectivo anterior, de manera que puede provocar la ineficacia sobrevenida de cláusulas pactadas. Recuérdese la incidencia que tuvo la Ley de 28 de diciembre de 1983, de Presupuestos Generales del Estado para 1984, que estableció una limitación para los salarios del personal laboral, incluidos los trabajadores de las empresas públicas, e incluso en algún caso, la limitación afectaba a trabajadores que tenían previsto un incremento salarial superior en convenio colectivo. El Tribunal Central de Trabajo se pronunció por la legalidad de la medida, admitiendo la interferencia de la Ley en la vida del convenio, pues éste debe respetar aquélla, aunque pudiera suponer una limitación al art. 37.1 CE, pues el Estado está legitimado para ello³⁹.

- d) A la vista de todo lo que llevamos expuesto, consideramos que lo más razonable y ajustado a la legalidad hubiera sido declarar la nulidad de las cláusulas de jubilación forzosa. No se puede hacer el enjuiciamiento exclusivamente desde la perspectiva contractual del

³⁷ STC 210/1990, FJ. núm. 2 «...la Ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del convenio colectivo, razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla, así como, más genéricamente, a lo establecido en las normas de mayor rango jerárquico».

³⁸ STC 210/1990, FJ. núm. 3 «...el respeto al derecho constitucional a la negociación colectiva no obliga necesariamente al legislador a posponer la entrada en vigor de la norma al momento de la terminación del período de vigencia de los convenios colectivos, hasta el punto que, de no hacerlo así hay de estimarse que lesiona aquel derecho constitucional». Para un estudio crítico de la doctrina sentada en la indicada sentencia, *vid.* DURÁN LÓPEZ, *La jurisprudencia...*, págs. 206-207.

³⁹ SSTCT 15 de junio de 1984 (A 5931) y 14 de septiembre de 1984 (A 7258).

convenio, sino que hay que tener en cuenta la perspectiva normativa. Teniendo en cuenta que el convenio es una norma que está sometida a la Ley, es de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional que se contiene en la STC 210/1990. Ello sería lo coherente con la línea de razonamiento utilizada para declarar el efecto impeditivo de regulación, que deriva de la derogación de la DA 10.^a. Por otro lado, la aplicación inmediata a los convenios en vigor al tiempo de la derogación, implicaría llevar los efectos de la derogación a todos los trabajadores (los afectados por nueva negociación y los afectados por convenios en vigor), lo que sería lo más acorde al derecho a la igualdad del art. 14 CE.

8. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, desde una concepción del convenio como norma jurídica, integrada en la jerarquía de fuentes del Derecho, está justificado el cambio de doctrina, que ha realizado el Tribunal Supremo en las SSTS 9-3-04, a raíz de la derogación de la DA 10.^a, impidiendo que las partes de la negociación colectiva, puedan regular a través de los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa, que suponen, en todo caso, una limitación del derecho al trabajo y de la libertad de trabajar. Admitiendo que esto sea posible constitucionalmente, debe ser la Ley la que determine las circunstancias y requisitos que puedan justificar que la negociación colectiva pueda ocuparse de las cláusulas de jubilación forzosa. El cumplimiento de esta exigencia no debe considerarse contrario al art. 37.1 CE. Entendemos que, como hace la mejor doctrina⁴⁰, puede ser admisible la concepción de que «la proclamación constitucional del derecho al trabajo no consagra un derecho subjetivo a seguir trabajando (tras la edad de jubilación) en cualquier circunstancia», pero cualquier intento de regulación por la negociación colectiva al margen de la Ley, tendrá dificultades para prosperar mientras se considere el convenio colectivo una norma jurídica integrada en el sistema de fuentes del Derecho.

En relación con las cláusulas de los convenios colectivos vigentes, al tiempo de la derogación de la DA 10.^a, no estamos de acuerdo con la solución adoptada por las SSTS 9-3-04. Nuestra opinión es que dichas cláusulas deben considerarse nulas y, por consiguiente, no pueden ser aplicadas. Si se justifica que estamos en una nueva situación derivada de los hechos y del Derecho, no está justificada la exclusión mediante el mantenimiento de cláusulas contrarias a la legalidad vigente.

⁴⁰ Cfr. DURÁN LÓPEZ, *Jubilación y ...*, pág 79.



En todo caso, las recientes decisiones del Tribunal Supremo están marcando unos límites a la negociación colectiva, a sus posibilidades de actuación, y constituyen un intento de clarificación de un panorama muy complejo, donde las dificultades para configurar los ámbitos de actuación de la Ley y del convenio colectivo están lejos de desaparecer.





LA JURIDIFICACIÓN DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO: BASES METODOLÓGICAS *

MANUEL CORREA CARRASCO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

El acoso moral en el trabajo es un fenómeno de creciente relevancia social. A pesar de ello, el ordenamiento jurídico no ha proporcionado hasta ahora una respuesta satisfactoria a las exigencias de regulación que plantea esta figura. La ausencia de un marco normativo protector, está siendo suplida por la encomiable labor desarrollada por los órganos jurisdiccionales. Ello no obstante, parece inobjetable la necesidad de proceder a una juridificación del fenómeno donde queden integradas todas sus variables fácticas.

Partiendo de estas premisas, en el presente trabajo analizamos las claves que deben tenerse en cuenta a la hora de afrontar el proceso de juridificación del acoso moral en cada uno de los ámbitos de ordenación afectados. Para ello, es preciso seleccionar previamente los elementos que, desde distintas perspectivas analíticas (especialmente desde la psicología y sociología del trabajo), han sido destacados como relevantes para su comprensión global. La traslación de estos elementos al plano jurídico para configurar un marco protector requiere, de forma preliminar, un análisis de las exigencias metodológicas planteadas en cada parcela del ordenamiento sobre la que se pretenda intervenir normativamente. Por su parte, el diseño global de dicho marco deberá tener en cuenta el alcance de los diferentes instrumentos de protección que se perfilen, el papel que se le asigne a cada uno de ellos en el contexto de las correspondientes instituciones jurídico-laborales y la interacción entre las distintas fuentes que hayan de concurrir en tal proceso. En consecuencia, más que aportar soluciones concretas y cerradas sobre la ordenación técnico-normativa del fenómeno (pretensión que, habida cuenta de la complejidad del mismo, debería ser objeto de un análisis más extenso y pormenorizado), lo que se persigue, más modestamente, es intentar poner de relieve cuáles serían las bases metodológicas de esa futura ordenación.

* El presente trabajo ha sido realizado al amparo del Proyecto de Investigación, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (BJU2003-04281) y dirigido por el autor que, con el título «El *mobbing* como riesgo laboral emergente en los nuevos sistemas de organización de organización del trabajo y las exigencias que plantea su regulación», se está desarrollando por investigadores de diversas universidades.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ACOSO MORAL COMO MANIFESTACIÓN ESPECÍFICA DEL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA EN LA SOCIEDAD: RAZONES PARA SU JURIDIFICACIÓN
3. LA CONFIGURACIÓN TIPOLÓGICA DEL ACOSO MORAL COMO FENÓMENO PSICOSOCIAL
 - 3.1. El plano colectivo: las claves organizacionales del acoso moral en el trabajo
 - 3.2. El plano individual: los perfiles psicológicos de agresores y víctimas
 - 3.3. El concepto psicosociológico de acoso moral en el trabajo
4. EL CONCEPTO JURÍDICO DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO
 - 4.1. La elaboración del concepto jurídico de acoso moral: presupuestos metodológicos
 - 4.2. Los elementos integrantes del concepto jurídico de acoso moral en el trabajo
 - 4.3. Concepto de acoso moral y orden jurídico
5. PAUTAS DE INTERVENCIÓN NORMATIVA FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO
 - 5.1. La protección frente al acoso como derecho subjetivo del trabajador
 - 5.2. El acoso moral y las instituciones jurídico-laborales: los diversos planos de intervención normativa
 - 5.2.1. El acoso moral y la prevención de riesgos laborales
 - 5.2.2. El acoso moral y el derecho sancionador del trabajo
 - 5.2.3. El acoso moral y la tutela procesal
 - 5.2.4. El acoso moral y la autotutela colectiva
 - 5.2.5. El acoso moral y la reparación de daños
 - 5.3. Las fuentes de ordenación del acoso moral en el trabajo y su articulación
6. EL ACOSO MORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el acoso moral en el trabajo ha venido siendo objeto de una atención creciente. En nuestro país, la toma de conciencia del problema en sí y de sus perniciosos efectos se produce gracias a la publicación de los primeros estudios sobre la materializados fuera de nuestras fronteras¹. La principal virtud de estos trabajos ha sido la de sistematizar una serie de conductas y situaciones aparentemente difusas que se daban en determinados ámbitos sociales y, señaladamente, en las relaciones laborales, con el objetivo de encuadrarlas en un concepto unitario con capacidad para explicar el fenómeno y sus elementos estructurales de un modo uniforme. A partir de ahí se pudo aprehender una problemática que, hasta ese momento, era valorada de modo parcial, atendiendo a las conductas concretas en las

¹ En concreto, tras la traducción del libro de HIRIGOYEN, *El acoso moral* Paidós, Barcelona, 1999; posteriormente completado por el estudio más específico de la misma autora, *El acoso moral en el trabajo*, Paidós, Barcelona, 2001. Ambos son, sin duda, deudores de la pionera obra de LEYMAN, *Mobbing: La persécution au travail*, Seuil, Paris, 1996.

que se desglosa, siempre y cuando, claro está, dichas conductas, en sí mismas, fuesen relevantes jurídicamente.

Desde entonces, los casos de acoso moral van saliendo a la luz de forma progresiva, dando lugar a numerosos estudios que, desde diferente perspectiva (sociología, psicología del trabajo), han ido analizando la dimensión cualitativa y cuantitativa del fenómeno. Por su parte, van apareciendo los primeros pronunciamientos judiciales sobre la materia² que, sin duda, han contribuido, gracias al eco mediático de los mismos, a una mayor sensibilización sobre la necesidad de establecer mecanismos de protección frente a este tipo de conductas. Ello ha dado lugar a iniciativas político-legislativas de diferente alcance³ que, básicamente, han tomado como referente a las experiencias de ordenación normativa llevadas a efecto en nuestro entorno más inmediato⁴ y que, últimamente, han acabado fructificando en una primera intervención legislativa sobre la materia⁵ que, por el modo en que se ha concebido, sólo tangencialmente, efectúa un tratamiento protector frente

² Entre ellos, la importante STS (Sala 3.ª) de 23/07/01 (AS 8027).

³ De entre todas ellas, merece una especial mención la *Proposición de Ley sobre el derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo*, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 23/11/01 que, a pesar de contener un interesante elenco de reformas, fue rechazado por el partido en el Gobierno. Igual suerte han corrido otras iniciativas (como la enmienda transaccional presentada en noviembre de 2001 por la Comisión sobre Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados y aprobada por unanimidad) que tenían por objeto forzar al Gobierno a la creación de grupos de trabajo sobre la materia. En el ámbito autonómico, la falta de competencia normativa sobre la materia (formaría parte de la llamada «legislación básica» y, por tanto, de competencia exclusiva del Estado, *ex art.* 149.1.7.º CE) ha traído como consecuencia que las propuestas hayan sido, necesariamente, menos ambiciosas. Entre estas podrían señalarse, en el Parlamento de Andalucía, la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista Núm. 6-02/PNLP-000035, relativa a acoso moral en el trabajo, donde, entre otras iniciativas, se prevé la creación de un grupo de trabajo en la materia; o, en la Asamblea de Madrid, la Proposición no de ley del Grupo Parlamentario Socialista de 15/01/02.

⁴ En derecho comparado se observa, en general, una gran sensibilidad sobre la necesidad de intervenir normativamente en la ordenación de esta materia. Así, al margen de los países que ya cuentan con una regulación al respecto, como Suecia (Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral de 21/09/93) o Francia (Ley 2002-73 de 17/01/02, de Modernización Social, Cap. IV.) nos encontramos con iniciativas parlamentarias, más o menos desarrolladas, tanto en los países de nuestro entorno geopolítico, tales como Italia (Ley de la Región del Lazio de 14/03/01 y varios proyectos de ley a nivel nacional), Bélgica (Ley de 11/06/02, relativa a la protección contra la violencia, el acoso moral y el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo), Suiza, Luxemburgo, como en otros más alejados del mismo, como Uruguay (Proyecto de Ley sobre Faltas Laborales Graves, de 12/04/00), Argentina (Proyecto de Ley 98/01 Sobre Violencia Laboral, de 26/06/01) o Brasil (Ley del Estado de Sao Paulo núm. 0422/2001, de 11/09/02).

⁵ Nos referimos a la regulación antiacoso introducida por la Ley 62/2003, de 3 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Tít. II).

al acoso⁶. Como no podría ser de otra manera, todo ello ha despertado el interés de la doctrina jurídica, especialmente en el ámbito del iuslaboralismo, dando como resultado una estimable producción científica sobre el fenómeno⁷.

Como contrapunto al gran interés suscitado por la materia, el exceso de información y una relativa «inflación» en su tratamiento en todos los ámbitos (principalmente, en los extrajurídicos), ha traído consigo que, desde determinadas posiciones, se haya visto el fenómeno como una especie de «tema de moda» que, como tal, terminará siendo pasajera. El hecho de que, en el terreno político, las iniciativas y propuestas normativas que en otro tiempo se formularon hayan dejado de debatirse, pudiera ser un argumento a favor de estas posiciones.

Para evitarlo, no obstante, se hace necesario acometer un estudio en profundidad del problema del acoso moral en el que, desde una perspectiva multidisciplinar, se analicen todas las dimensiones que encierra esta com-

⁶ En efecto, al suponer la transposición a nuestro ordenamiento del contenido de las dos recientes Directivas comunitarias sobre igualdad (la D. 2000/43/CE del Consejo, de 29/06/00; y la D. 2000/78CE del Consejo, de 27/11/00), la protección frente al acoso queda limitada a aquéllos supuestos en los que el móvil del acoso se funda en una de las causas de discriminación. Es decir, sólo se contempla el llamado «acoso discriminatorio».

⁷ Sin ánimo de exhaustividad, destacan al respecto los trabajos de MOLINA NAVARRETE, «Una nueva patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (*mobbing*)», *La Ley*, núm. 5436/01; «La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización», *REDT-105/2001*; «Del “silencio” de la ley a “la ley del silencio” ¿quién teme a la lucha de la inspección de trabajo contra el acoso moral en las administraciones públicas?», *RTSS (CEF)-242/03*, págs. 3 ss.; «Las nuevas leyes “antiacoso”: ¿tienen algo de útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo (*mobbing*)?», *La Ley*, núm. 5942.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?», *RDS-19/02*, págs. 53 ss.; GARCÍA CALLEJO, *Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador*, FSP-UGT, Madrid, 2003; ARAMENDI, «Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial», *AS-2/02*, págs. 49 ss.; RUIZ CASTILLO, «La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual», *RL-10/04*, págs. 29 ss.; CORDERO SAAVEDRA, «El acoso moral u hostigamiento psicológico en el trabajo. Un problema laboral con incipiente respuesta jurídica», *REDT-110/02*, págs. 231 ss.; MELLA MÉNDEZ, «El acoso psicológico en el derecho del trabajo», *TS-145/03*, págs. 13 ss.; AGRA VIFORCOS/FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ/TASCÓN LÓPEZ, «Reflexiones al hilo de la jurisprudencia sobre el hostigamiento psicológico en el trabajo (*mobbing*)», *REDT-233-234/02*, págs. 111 ss. Estos estudios, por su parte, vienen a completar los llevados a cabo en otros países, entre los que destaca, para la experiencia francesa, los de LICARI, «De la nécessité d’une législation spécifique au harcèlement moral au travail », *DS-5/00*, págs. 492 ss.; RAVISY, *Le harcèlement moral au travail*, Dalloz, Paris, 2000; VOGEL, L., «Harcèlement moral et législation: Pour une approche collective intégrée dans la politique de santé au travail », *BTS newsletter*, 19-20/02, págs. 23 ss. En la doctrina italiana destacan, entre otros, los trabajos de AMATO/CASCIANO/LAZZERONI/LOFFREDO, *Il mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutele*, Giuffrè, Milano, 2002.



pleja problemática, garantizando, en último término, la labor de anclaje jurídico del fenómeno, presupuesto previo para el diseño, ya en clave técnico-normativa, de un sistema global de protección en el marco institucional del ordenamiento jurídico.

En definitiva, la labor prioritaria sería la de establecer los presupuestos metodológicos para configurar los instrumentos conceptuales necesarios para llevar a cabo tales reformas del marco normativo, culminando, de este modo, el proceso de juridificación ya iniciado, con fortuna, por los órganos jurisdiccionales. Partiendo de estas premisas, analizaremos las claves que deben tenerse en cuenta a la hora de afrontar la juridificación del acoso psicológico en cada uno de los ámbitos de ordenación afectados. En consecuencia, lejos de aportar soluciones concretas en la ordenación normativa del fenómeno (pretensión que, habida cuenta la complejidad del mismo, debería ser objeto de un análisis más extenso y pormenorizado), de lo que se trata, más modestamente, es de intentar poner de relieve cuáles serían las bases metodológicas de esa futura ordenación.

2. EL ACOSO MORAL COMO MANIFESTACIÓN ESPECÍFICA DEL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA EN LA SOCIEDAD: RAZONES PARA SU JURIDIFICACIÓN

La violencia, como fenómeno general, se ha convertido en el principal problema que aqueja a las sociedades modernas. En sus diversas manifestaciones, con distintas dosis de intensidad, la violencia aparece como una variable constante que parece afectar a todas las facetas sociales del ser humano. Desde el ámbito internacional hasta los entornos más cercanos al individuo, como el familiar, educativo o laboral, los medios de comunicación nos acercan a una realidad donde los actos de violencia se han convertido en un hecho cotidiano, hasta el punto de que nos llega a parecer algo consustancial a la convivencia humana. Incluso podríamos llegar a concluir que, desde un punto de vista antropológico, esta apreciación podría ser inobjetable pues, en última instancia, tendría su fundamento en la naturaleza animal del ser humano y en los impulsos irracionales que, inexorablemente, se derivan de ella.

Aún pudiendo asumirse en términos dialécticos lo anterior, no es menos cierto que históricamente la ordenación de la convivencia ha sido la principal aspiración universal de la humanidad. Su logro, más o menos imperfecto, ha tenido como presupuesto el triunfo de la razón sobre el instinto, lo que se ha materializado en la represión de la violencia y la reconducción de los conflictos interpersonales (inevitables, por otra parte) a cauces pacíficos que garantizaran la paz social. En la consecución de este objetivo, el Derecho ha encontrado siempre su razón de ser y, como principal instrumento de organización social, ha ido aportando soluciones, más o menos

satisfactorias, con mayor o menor grado de perfectibilidad, pero que, sin duda, han contribuido a hacer posible la convivencia humana en cada una de sus múltiples facetas de expresión.

Las relaciones laborales, en tanto que relaciones humanas, no han podido sustraerse a esa necesidad de ordenación. Antes al contrario, al convertirse en un ámbito central en la vida de todo individuo, han sido un importante foco de conflictividad y de tensiones de diversa índole, derivadas fundamentalmente de la estructural contraposición de intereses que define al mundo del trabajo por cuenta ajena. El Derecho del Trabajo, como parcela del ordenamiento jurídico, ha tenido encomendada la difícil tarea de organizar la convivencia humana en este ámbito y, en líneas generales, puede decirse que, con mayor o menor éxito, lo ha ido logrando, principalmente, por la vía de imponer racionalidad jurídica a todos aquellos datos fácticos (como el poder empresarial) con potencialidad para distorsionar la consecución de dicho objetivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, no hay razones que pudieran justificar una inhibición del Derecho del Trabajo frente a los crecientes fenómenos de violencia psicológica en el ámbito laboral. Más bien, todo lo contrario. Si partimos de la base de que tales fenómenos, cuya magnitud y trascendencia social está fuera de toda duda, suponen, básicamente, un ataque intolerable a las más esenciales reglas de convivencia, como el respeto a la dignidad humana y la preservación de la salud y la integridad física, psicológica y moral del individuo, la intervención del Derecho no es sólo conveniente sino que deviene ineludible.

Mediante su juridificación, se trataría de proyectar sobre el plano jurídico la indudable trascendencia social del fenómeno, permitiendo la traslación de todos sus elementos relevantes con el fin de propiciar una adecuada respuesta del ordenamiento frente al mismo. La eficacia de las soluciones adoptadas dependerá de cómo se lleve a cabo este proceso de juridificación y, concretamente, de cómo hayan sido valorados, a efectos de su traslación sobre el plano jurídico, los diferentes elementos que integran la configuración social del fenómeno. En definitiva, se trataría de abrir una nueva fase en el modo de concebir el fenómeno, superando la perspectiva dominante hasta la fecha, excesivamente centrada en lo que se ha denominado el «componente emotivo»⁸ del mismo.

En esta tarea, sin embargo, no partimos de cero. Antes al contrario, como se ha señalado, el proceso de juridificación del acoso se ha iniciado ya, aun-

⁸ Es decir, únicamente referido al «proceso de victimización y padecimiento» MONTALBÁN/ALCALDE, «A propósito de un caso de *mobbing*: posibilidades de un abordaje psicosocial», en *La prevención de riesgos laborales: Balance y perspectivas (V Jornadas Andaluzas de Relaciones Laborales)*, CARL/Universidad de Jaén, 2002



que no haya alcanzado su fase normativa, gracias a la decidida y plausible labor de los órganos jurisdiccionales. En efecto, los diversos pronunciamientos judiciales que se han ido dictando en los últimos años han venido a suplir la ausencia de regulación sobre la materia y, en cierta medida, han respondido a las demandas de protección efectuadas por las víctimas. A ello ha contribuido sin duda la brutalidad de alguna de las situaciones denunciadas⁹, frente a las cuales, difícilmente cabe mostrarse impasible, a pesar de la falta de tipificación adecuada de este tipo de agresiones.

Con todo, a pesar de este encomiable esfuerzo llevado a cabo por nuestros jueces y tribunales, la intervención del legislador parece inevitable¹⁰, y su inhibición hasta la fecha carece de toda justificación. Y ello, no sólo porque dicha intervención vendría a paliar los déficit de protección que existen (puestos de relieve por las propias sentencias que se han dictado), sino por el importante efecto disuasorio (además del pedagógico, no menos relevante) que traería consigo la plasmación normativa de la tipificación del fenómeno y de sus consecuencias jurídicas.

En este sentido, los innumerables estudios realizados, apoyados por el decidido papel de los medios de comunicación¹¹, sobre todo, a la hora de hacerse eco de los pronunciamientos judiciales que han ido surgiendo, han contribuido, junto a la creación de asociaciones, a la toma de conciencia por parte de la colectividad de la necesidad de una intervención normativa que ataje estos deplorables y frecuentes comportamientos y ponga fin a la

⁹ Una de las más llamativas, por la gratuita crueldad empleada por el acosador, a la sazón alcalde de Coria (Badajoz), es, precisamente, la contemplada en la, ya citada, STS (Sala 3.ª) de 23/07/01 (AS 8027). Aunque, con carácter general, el uso abusivo y mezquino del poder para infligir un sufrimiento cruel e injustificado a la víctima es una constante en la mayoría de los relatos de hechos contenidos en los pronunciamientos judiciales dictados en la materia.

¹⁰ Claramente favorable a esta intervención se manifiestan diversas iniciativas planteadas a nivel comunitario. Entre ellas, destaca la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo* de 20/09/01 que, partiendo de la incipiente regulación de la materia en algunos de los Estados miembros, insta a una generalización de la intervención normativa en toda la UE, incluso a través de la utilización de sus propios instrumentos normativos (v. p. núm. 13). En la misma línea se pronuncia el Informe de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo sobre *Prevención de la violencia y el acoso en los lugares de trabajo*, publicado en febrero de 2003, tras constatar que el acoso moral constituye el fenómeno de violencia más extendido en el mundo del trabajo. De hecho un estudio cuantitativo realizado por ese mismo organismo en el año 2000, contenido en la Tercera Encuesta Europea sobre Condiciones de Trabajo establece una tasa de incidencia media del 8% en el conjunto de la población laboral de la UE.

¹¹ Se ha llegado a decir, con razón, que «la prensa ha tomado la delantera a la ciencia» en el «proceso de implantación terminológica y construcción social» del fenómeno (MONTALBÁN/ALCALDE, *art. cit.*, pág. 2).

lacerante impunidad de los agresores. No hay que olvidar que, como se ha puesto de manifiesto en algunos de estos estudios, la sensación de impunidad de los autores de estos actos y la paralela indefensión de las víctimas son, precisamente, los principales elementos que incitan o intensifican los procesos de hostigamiento¹², hasta el punto de convertirse en un factor coadyuvante de primera magnitud, al generar efectos demoledores para la salud psíquica de los afectados.

Como consecuencia de todo ello, se puede afirmar que se ha logrado alcanzar una toma de conciencia colectiva del fenómeno, de modo que, casi todo el mundo tiene ya formada una noción, si no científica, si cuanto menos, intuitiva, de esta problemática. En este sentido, y sin perjuicio de que pueda incurrirse en una «construcción desmesurada del fenómeno»¹³, parece irrefutable la enorme carga negativa que conlleva este tipo de conductas, no sólo porque, en sí mismas, suponen actos de violencia sobre las personas agredidas (lo que debería ser suficiente), sino porque, además, de modo indirecto, provocan efectos perniciosos sobre el entorno mediato (sociedad) e inmediato (organización productiva)¹⁴, susceptibles de ser evaluados económicamente. Estos costes sociales derivados del acoso, a pesar de situarse fuera de la intencionalidad de los agresores (lo único que pretenden es destruir a la víctima, y, en este afán, no entran a efectuar valoración alguna de las eventuales consecuencias de su conducta), pueden, no obstante, servir de acicate para propiciar un cambio de actitud, tanto de los interlocutores sociales como del propio legislador, frente a un fenómeno que, sin duda, va adquiriendo una creciente relevancia social¹⁵.

¹³ En este sentido, críticamente en relación con la citada obra de PIÑUEL, MARTÍN/PÉREZ DE GUZMÁN, «¿Qué es el mobbing?: Algunas aportaciones de la Sociología al análisis de un (nuevo) fenómeno», en *La prevención de riesgo laborales: Balance y perspectivas (V Jornadas Andaluzas de Relaciones Laborales)*, CARL/Universidad de Jaén, 2002.

¹⁴ Las repercusiones económicas para la empresa en la que existen situaciones de acoso son evidentes. Un ambiente laboral donde impera una especie de «ley del terror», pues se llevan a cabo, de forma sistemática, ataques impunes e injustificados y, en consecuencia, donde cualquiera puede ser víctima propiciatoria de los mismos, debe repercutir negativamente en la productividad. Ello se debe a que gran parte de las energías del personal se malgastan en la prevención o protección frente a eventuales ataques. Por otra parte, el estrés que provoca esta continua situación de tensión, hará inevitable que los índices de absentismo se disparen. Por todo ello, las organizaciones empresariales van tomando posiciones frente a este tipo de prácticas que, por suponer un despilfarro de potencialidades organizativas, constituyen una mala política de recursos humanos al afectan gravemente a la competitividad (v. en este sentido, la posición de la CEOE en *El País* de 16/02/02).

¹⁵ En esta línea se encuadrarían iniciativas como el «Proyecto de repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el sector servicios: una amenaza para la productividad y el trabajo decente», elaborado recientemente por la OIT (Ginebra, 8-15 de octubre de 2003). Aunque de carácter sectorial (ha sido elaborado en el marco del Programa de Actividades Sectoriales de la OIT para su aplicación en el sector servicios, uno de los más



En definitiva, parece ineludible un tratamiento integral del acoso moral en el trabajo, donde el análisis psicosociológico esté en interacción constante con cada uno de los planos de intervención jurídica, de modo que ésta, en su conjunto, se ajuste al máximo a las necesidades de ordenación de esta compleja realidad. Sólo así podría evitarse que elementos relevantes en la comprensión social del fenómeno quedasen sin la correspondiente proyección en el plano jurídico. Por otra parte, el mencionado tratamiento integral también ha de predicarse en referencia al modo en el que debe realizarse el propio proceso de juridificación, lo que debe concretarse en la necesidad de tener en cuenta todas las esferas de ordenación concernidas, no sólo a la hora de buscar las correspondientes soluciones en clave técnico-jurídica, sino también para garantizar la coherencia y complementariedad de las mismas en la ordenación global del fenómeno. De este modo, se podrá calibrar la intensidad de la intervención normativa en cada ámbito en función del juicio de idoneidad resultante, evitando eventuales distorsiones en el diseño del modelo de protección.

Para ello, antes es preciso esbozar, a modo de presupuesto analítico, la configuración psicosociológica del fenómeno, pues sólo de la correcta aprehensión del mismo y de sus elementos relevantes, podrán extraerse las claves para afrontar, de forma adecuada y eficaz, el correspondiente proceso de juridificación.

3. LA CONFIGURACIÓN TIPOLÓGICA DEL ACOSO MORAL COMO FENÓMENO PSICOSOCIAL

Son numerosos los estudios que han tratado de describir el conjunto de conductas, situaciones, motivaciones y efectos que configuran al acoso moral en el trabajo como fenómeno psicosocial poniendo de manifiesto las estimaciones sobre su transcendencia cuantitativa y cualitativa y destacando especialmente las consecuencias negativas de toda índole que reportan este tipo de conductas¹⁶.

afectados por fenómenos de violencia laboral) y referido, en general, a las patologías psicosociales y otros fenómenos de violencia, además del *mobbing*, su contenido es bastante ilustrativo de la dimensión global de la problemática analizada. Como se señala en su *Prólogo* (p. iii), este tipo de fenómenos «pueden llegar a mermar las calidad de los servicios, a perturbar lugares de trabajo funcionales y eficaces, a socavar las relaciones interpersonales y la confianza entre colegas, y a convertir el lugar de trabajo en un sitio frío, inhóspito y, a veces, peligroso».

¹⁶ Así, aparte de los trabajos ya citados de LEYMANN e HRIGOYEN, en nuestro país hay que destacar la labor del profesor PIÑUEL, autor del llamado «Informe Cisneros» y de obras de un gran valor divulgativo como, *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el traba-*

Sin embargo, el *mobbing* o acoso moral en el trabajo no es un fenómeno nuevo. Es posible que las nuevas formas organizativas y, en general, la imposición paulatina de esa especie «cultura» laboral de la competitividad (mal entendida), donde proliferan actitudes ventajistas basadas en la norma del «todo vale» y, consecuentemente, donde se prescinde de todo referente ético en las relaciones interpersonales, haya contribuido a acentuar el problema y hacerlo más visible. Pero éste, como tal, ya existía antes de ser nombrado. Puede decirse, por tanto, que ha sido la elaboración de un concepto psicosocial de acoso moral lo que ha servido para que se pudiera identificar una realidad preexistente que, sólo *a posteriori*, se ha podido revelar en toda su extensión, poniendo de relieve la magnitud y trascendencia social del mismo.

La extremada complejidad de los procesos de acoso, caracterizados por la confluencia entre elementos objetivos y subjetivos y el entrecruzamiento de perspectivas individuales y colectivas (u organizacionales) de análisis, hacen necesario una valoración global de todos ellos y, posteriormente, una selección de aquéllos a los que es preciso otorgar relevancia a efectos de la tipificación de las conductas. En cualquier caso, a pesar de la mencionada complejidad, la necesidad de ensayar intentos de elaboración conceptual es irrenunciable pues, en definitiva, sólo así quedará plenamente identificado el fenómeno, lo que constituye presupuesto para ulteriores actuaciones sobre el mismo desde las diversas disciplinas científicas implicadas. Hay que partir, por tanto, de un concepto psicosocial de acoso moral donde queden determinados los diferentes elementos fácticos que integran el fenómeno.

Desde estas premisas, la adecuada comprensión requiere tener presente todas las variables en juego, de ahí que haya que examinar los diversos planos sobre los que necesariamente debe proyectarse el análisis psicosociológico. Estos planos o perspectivas analíticas son tres: el plano objetivo, donde habrá que dilucidar en qué se concreta el acoso, es decir, qué tipo de conductas integra y en qué motivaciones se fundamentan; el plano subjetivo, donde será preciso analizar los rasgos psicosociales que caracterizan a agresores y víctimas, así como sus respectivos perfiles psicopatológicos (en este caso, matizando que en el caso de la víctima la eventual psicopatología

jo, Sal Terrae, Santander, 2001; o, más recientemente, *Manual de autoayuda. Claves para reconocer y superar el acoso psicológico en el trabajo*, Madrid, Aguilar, 2003. Desde esta perspectiva, tienen especial interés, por su rigor científico, los trabajos de FERNÁNDEZ GARRIDO, «El entorno de la violencia psicológica en el trabajo: ¿entre el buen salvaje y el “homo-hominis-lupus”?»; Aramburu-Zabala, Respuesta al acoso laboral. Programas y estrategias»; y, MARTÍN/PÉREZ DE GUZMÁN, «El acoso moral en el trabajo, La construcción del fenómeno»; todos ellos contenidos en el núm. monográfico de CRL (2/02) *Violencia en el trabajo*, págs. 351 ss., 337 ss., y 271 ss, respectivamente.



es inducida o derivada de la situación de acoso, mientras que en el caso del agresor es originaria y causante del acoso); y, por último, el plano colectivo y organizacional, donde habrá que calibrar la influencia del entorno en la aparición de las situaciones de acoso.

Siendo el primero de ellos, es decir, el elemento objetivo el que, a la postre, va a resultar determinante en la configuración del concepto de acoso moral, la aproximación al mismo debe partir, a efectos analíticos, desde el estudio preliminar de los otros dos planos señalados: el colectivo u organizacional y el subjetivo o individual.

3.1. El plano colectivo: las claves organizacionales del acoso moral en el trabajo

En primer lugar, parece inobjetable la necesidad de realizar un estudio desde una perspectiva eminentemente organizacional. Hay que partir de la base de que los supuestos de acoso, como otros riesgos psicosociales¹⁷, deben mucho al contexto organizativo en el que se desarrollan¹⁸. En otras palabras, si bien es cierto que existe un cierto consenso sobre el perfil psicopatológico de los agresores, no es menos cierto que éstos sólo despliegan su violencia potencial cuando falla la estructura organizativa, es decir, cuando el entorno laboral, por sus características, propicia el desencadenamiento de los procesos de acoso y la impunidad de aquéllos¹⁹.

En efecto, como parece deducirse de los trabajos efectuados²⁰, existen organizaciones productivas que muestran una mayor proclividad a padecer

¹⁷ Sobre el tema, v. RODRÍGUEZ GUZMÁN, «Riesgos laborales en las nuevas formas de organización del trabajo y su tratamiento en el discurso del *management*», en *La prevención de riesgos laborales: Balance y perspectivas (V Jornadas Andaluzas de Relaciones Laborales)*, Jaén, 2002.

¹⁸ Aparte de otros datos que, como la precariedad laboral, incrementan notablemente la vulnerabilidad de los trabajadores frente a los abusos de poder de los agresores. Constatando esta conexión, v. Resolución del Parlamento Europeo de 20/09/01, p. núm. 2. Asimismo, destacando este dato, v. *Proyecto de repertorio... cit.*, pág. 7.

¹⁹ Lo que explicaría que sea más frecuente el fenómeno en aquellas organizaciones donde, por diversas razones (falta de control externo, gran discrecionalidad en la toma de decisiones en materia de personal por la ausencia o ineficacia de reglas al respecto, difuminación de las responsabilidades, no rendición de cuentas), la sensación de impunidad es mayor. Tal es el caso de las Administraciones Públicas, donde a tenor de los diversos estudios realizados, encontramos una sensible proliferación de procesos de acoso, sobre todo en aquellas que cuentan con grandes dosis de autonomía organizativa y de gestión, como ayuntamientos, universidades y organismos autónomos (v. *infra* 6).

²⁰ Haciéndose eco de los mismos, v. la mencionada Resolución del Parlamento Europeo de 20/09/01, Cdo. núm. F.

episodios de acoso. En este sentido, se han realizado estudios que tratan de hacer un diagnóstico que pueda arrojar luz sobre las características de las mismas. Los rasgos que definen a estas organizaciones «tóxicas», «insanas» o «enfermas» suelen ser la falta de claridad en la delimitación de funciones, roles y responsabilidades entre el personal; la inaplicación o aplicación arbitraria de las reglas que rigen la consecución de derechos profesionales (promociones, ascensos); la incapacidad de las mismas para poner fin a los conflictos o evitar su degeneración, entre otros. En definitiva, se trata de modelos de gestión empresarial basados en una falta de transparencia en la gestión ordinaria en materia de personal, lo que sin duda propicia los abusos de poder y las conductas arbitrarias y autoritarias²¹, que vienen a constituir el caldo de cultivo donde proliferan los episodios de acoso²².

Lógicamente, este incremento del «riesgo» derivado del modelo de organización del trabajo implantado, será un elemento a tener en cuenta en esferas tan importantes como la política de prevención de la empresa, lo que, traducido en clave jurídica, ha de concretarse en la existencia de instrumentos normativos que, por un lado, hagan vinculante este específico deber preventivo y, por otro, tengan la flexibilidad necesaria para adaptarse a las peculiaridades de cada organización productiva²³. En definitiva, poco se avanzaría en la lucha contra el acoso laboral si sólo se incidiera en la dimensión individual del fenómeno. Y ello, no sólo porque la penalización a los agresores y la reparación de los daños ocasionados a las víctimas sería insuficiente si la organización donde se ha producido el acoso se mantuviera indemne²⁴, sino porque la propia comprensión del fenómeno y su correspondiente juridificación imponen una perspectiva metodológica, donde la dimensión grupal o colectiva sea el eje de los procesos analíticos a desarrollar²⁵. La eficacia de las respuestas jurídicas que se arbitren dependerá en gran medida de cómo se hayan integrado las variables colectivas en juego.

²¹ Por ello, han llegado a ser calificados como modelos de «feudalismo industrial» (en este sentido, v. la STSJ de Valencia (Sala de lo contencioso) de 25/09/01 (RL-TSJ-1674).

²² En este sentido, v. el estudio *Acoso Psicológico en el trabajo (mobbing)*, realizado por la Secretaría de Salud Laboral de CC.OO. de Madrid, 2003. Para MOLINA NAVARRETE («Una nueva patología de gestión... cit., pág. 6), en la persistencia de estos modelos de gestión está «la raíz de problema»).

²³ V. *infra*, su repercusiones sobre el plano preventivo (5.2.1) y el papel al respecto de la negociación colectiva (5.3).

²⁴ En este sentido, MONTALBÁN/ALCALDE, *art. cit.*, pág. 8.

²⁵ Como acertadamente se ha señalado, estamos esencialmente ante una «patología de las organizaciones» (AMATO/CASCIANO/LAZZERONI/LOFFREDO, «Il mobbing... cit.; pág. 42).



3.2. El plano individual: los perfiles psicológicos de agresores y víctimas

Sin perjuicio de la señalada centralidad de la perspectiva organizacional, no es posible desdeñar la importancia de la dimensión individual del fenómeno. Antes al contrario, en la medida en que como trasfondo de los procesos de acoso suelen aparecer episodios de desequilibrios psíquicos, los resultados que se deriven de la investigación en este terreno deben ser correctamente integrados en el análisis global de esta problemática. Por ello, resulta imprescindible determinar los perfiles psicológicos, no sólo de los agresores y las víctimas, sino también de los grupos humanos que conforman el entorno socioprofesional donde se desarrollan los procesos de acoso. Son numerosos los estudios que han abordado esta cuestión²⁶, centrándose, la mayoría de ellos, en el análisis de la conducta de unos y otros y llegando a establecer los rasgos que, en clave psicopatológica, definen los comportamientos de los agresores, tomados individualmente o desde una perspectiva grupal.

La identificación de estos rasgos y de las motivaciones inherentes a la conducta de los agresores, tendrán, sin duda una gran utilidad desde el punto de vista preventivo, principalmente, porque ayudan a conocer las claves que rigen el nacimiento y la evolución de los procesos de acoso. De este modo, partiendo de los rasgos típicos de los agresores, sus perfiles psicopatológicos han sido catalogados con diversa terminología («*paranoicos leves*»²⁷, «*mediocres inoperantes activos*»²⁸) todas ellas reveladoras de la personalidad, a todas luces, enfermiza, que caracteriza a los mismos. Partiendo de esta sintomatología, el desarrollo de los procesos de acoso dependerá, sin embargo, del modelo organizativo en el que se inserten que, como

²⁶ Entre los análisis realizados desde esta perspectiva en nuestro país, destacan, entre otros, los trabajos de GONZÁLEZ DE RIVERA, *El maltrato psicológico*, Espasa, Madrid, 2002; «El síndrome del acoso institucional», en <http://www.diariomedico.com/psiquiatria/n180700.html>; y «El trastorno por Mediocridad Inoperante Activa», en <http://www.mobbing.nu/GdeRivera-MIA.htm>.

²⁷ Así los denomina PIÑUEL-ZABALA. «El *management* tóxico. 20 propuestas para erradicar directivos psicossocialmente tóxicos», en http://mobbingopinion.bpweb.net/artman/publish/article_900.shtml.

²⁸ Como, de forma sintética, señala GONZÁLEZ DE RIVERA («El trastorno... cit., pág. 2), se trata de un trastorno de la personalidad caracterizado por «un ansia patológica de notoriedad y de control e influencia sobre los demás». De este modo, el «Mediocre Inoperante Activo es particularmente proclive a la envidia, y sufre ante el bien y el progreso ajenos», mostrando, no sólo una «incapacidad para valorar la excelencia», sino un afán desmedido en «destruirla por todos los medios a su alcance, desarrollando sofisticados sistemas de persecución y entorpecimiento».

hemos señalado, podrá ser más o menos proclive al desencadenamiento de los procesos de acoso por parte de estos sujetos.

Especial importancia tiene al respecto, el papel de grupo o colectivo inmediato en el que se desenvuelven los procesos de acoso. En efecto, se ha destacado como factor coadyuvante de primer orden en el desarrollo y recrudecimiento de estos procesos, la inhibición y el «sorprendente silencio» de los compañeros de la víctima, a pesar de presenciar los actos de agresión y ser conscientes de lo abusivo e injusto de la situación. Esta complicidad, injustificable en cualquier caso, se explica principalmente por el miedo a represalias, si bien, como se ha señalado con acierto, cabe un cierto ventajismo entre los que, con menos escrúpulos, pueden encontrar algún beneficio en tal situación²⁹.

En el caso de la víctima, sin embargo, los estudios realizados destacan la dificultad para trazar un perfil psicopatológico previo que, de algún modo, pudiera aislarse como el causante del acoso. Antes al contrario, tales estudios concluyen que cualquiera puede ser víctima potencial de ese tipo de situaciones³⁰, sin perjuicio de que se hayan descritos algunos rasgos de la personalidad que, aún pudiendo catalogarse objetivamente como virtudes más que como defectos³¹, son percibidos negativamente por los agresores. Por otra parte, de los estudios de campo realizados tampoco se deduce una mayor incidencia del acoso en personas integrantes determinados colectivos o grupos de individuos que compartan una misma cualidad o condición social (raza, edad, sexo, etc.) En este sentido, y en relación con el sexo como elemento relevante, no hay datos estadísticos que demuestren fehacientemente que las mujeres sean más proclives a padecer acoso moral que los hombres, como ocurre, sin embargo, con el acoso sexual. En otras palabras, aún siendo potenciales víctimas de acoso, estas personas no lo serían por su

²⁹ En efecto, «no es del todo infrecuente que individuos ambiciosos de escasa valía profesional aprovechen conscientemente la situación, que les favorece al entorpecer o eliminar un competidor más cualificado» (GONZÁLEZ DE RIVERA, «El síndrome... cit., pág. 4).

³⁰ En este sentido, MOLINA NAVARRETE («Una nueva patología... cit., pág. 6), que pone de manifiesto cómo entre las víctimas potenciales de acoso se encuentran «altos directivos, profesionales muy cualificados, como ingenieros superiores o médicos reputados».

³¹ Como por ejemplo, la honradez y honestidad profesional, el compañerismo, etc. Para GONZÁLEZ DE LA RIVERA («El síndrome... cit., pág. 2) las víctimas potenciales pueden clasificarse en tres grupos de sujetos: a) «los envidiables, personas brillantes y atractivas, pero consideradas como peligrosas o competitivas por los líderes implícitos del grupo, que se sienten cuestionados por su mera presencia»; b) los «vulnerables, individuos con alguna peculiaridad o defecto, o simplemente, depresivos necesitados de afecto y aprobación, que dan la impresión de ser inofensivos o indefensos; y c) «los amenazantes, activos, eficaces u trabajadores, que ponen en evidencia lo establecido u pretenden imponer reformas o implantar una nueva cultura».



especial condición social, sino por concurrir en ellos los rasgos de la personalidad que, en general, desencadenan la animadversión (patológica) de los agresores.

En definitiva, como hemos señalado, en el caso de la víctima las eventuales psicopatologías no son originarias sino inducidas por la situación de acoso padecida. En efecto, como demuestran los estudios realizados, la ansiedad y el estrés continuado provocan las habituales dolencias psicopatológicas que se detectan en las víctimas de estas agresiones. La depresión y los trastornos de la personalidad ocasionados pueden ser de diversa intensidad, llegando a provocar situaciones de difícil reversibilidad terapéutica. Por tanto, si la agresión ya se ha consumado, los daños sobre la salud (psíquica y, eventualmente, física) de la víctima pueden ser de gran consideración, provocando una degradación generalizada de la misma que puede desembocar en procesos de invalidez, pérdida de empleo o, en los casos más graves, el suicidio³². Si, además, tenemos en cuenta los daños morales, e incluso físicos (derivados de procesos psicosomáticos), que normalmente, se verifican en los supuestos de acoso, difícilmente podría minusvalorarse la trascendencia del fenómeno desde esta perspectiva.

El análisis de estos efectos tendrá la virtualidad de establecer los mecanismos de reparación adecuados (indemnizaciones, protección social)³³, lo que requerirá, en su caso, el reajuste del actual modelo técnico-normativo para adaptarlo a la producción de unos daños (las patologías mentales) distintos para los que fueron concebidos (principalmente, de tipo físico).

3.3. El concepto psicosociológico de acoso moral en el trabajo

Sin perjuicio de que las consideraciones realizadas con anterioridad, desde los planos individual y colectivo de análisis, sean imprescindibles para la comprensión global del fenómeno y, por ello, deban tener su correspondiente proyección sobre importantes esferas de juridificación del mismo (prevención y reparación, especialmente), la formulación de un concepto psicosociológico de acoso constituye uno de los elementos centrales para la correcta identificación del mismo. No en vano, esta exigencia de identificación en el plano social es un presupuesto necesario para una posterior tipificación jurídica con el fin de diseñar, ya en el plano normativo, un sistema de protección adecuado frente al fenómeno.

³² Como se ha señalado (GONZÁLEZ DE RIVERA, «El síndrome... cit»), el suicidio constituye un riesgo «particularmente severo en profesionales cualificados que derivan importante gratificación de su trabajo».

³³ V. *infra*, 5.2.4.

Teniendo en cuenta el carácter prescriptivo del ordenamiento jurídico, el interés se centra en delimitar, desde el plano psicosociológico, el conjunto de factores que, objetivamente, están presentes en los procesos de acoso con el fin de seleccionar, posteriormente, los que se consideren más importantes en orden al tratamiento jurídico del fenómeno. En consecuencia, son las conductas, los sujetos que la protagonizan, los actos típicos y sus motivaciones los elementos relevantes para la formulación de un concepto de acoso con virtualidad suficiente para su posterior traslación al plano jurídico. De este modo, teniendo en cuenta que el proceso de juridificación es, eminentemente selectivo, se trataría de valorar cómo deben integrarse tales elementos en el concepto de acoso moral para que, una vez objetivados, formen parte de su configuración tipológica.

Desde esta perspectiva, de los diversos trabajos sobre la materia³⁴, puede concluirse que el acoso moral consiste, básicamente, en un conjunto de actos agresivos de diversa naturaleza llevadas a cabo por una o varias personas que, producidas en un contexto sociolaboral, tienen por objeto perjudicar a una o varias personas concretas, pudiéndoles provocar daños de importancia, tanto en la salud (psíquica o física) de las mismas, como en otras esferas de su personalidad. En consecuencia, constituyen elementos relevantes de este tipo de conductas, las agresiones psicológicas, que se pueden concretar en una múltiple variedad de actos (más o menos relevantes) de hostigamiento, persecución o agravio³⁵, sus autores (directos o indirectos), el contexto sociolaboral en el que se producen, los daños ocasionados y la intencionalidad perversa o dañina de las mismas.

Por último, la intencionalidad dañina, principal motivación del agresor, constituye el elemento que confiere unidad a las conductas y actos aislados que se han ido produciendo durante un determinado lapso temporal. Siendo esta motivación el hilo conductor de los múltiples y variados actos de agresión llevados a cabo en distintos momentos temporales, la mayor o menor intensidad de los mismos pierde relevancia, pues todo ellos, incluso los más anodinos, han participado de la misma línea teleológica de conducta y, además, todos ellos han contribuido a la creación de una situación donde, al menos, se ha puesto en riesgo la salud del trabajador víctima del acoso.

³⁴ V. *supra*, n. 7.

³⁵ Entre las «maniobras principales» utilizadas por los agresores frente a la víctima, destacan «a) el sometimiento a acusaciones o insinuaciones malévolas, sin permitirle defenderse o expresarse; b) aislarle de sus compañeros, privarle de información; c) desconsiderar e invalidar su trabajo, distorsionar o tergiversar sus actividades y comentarios, atribuirle motivaciones espúreas o vergonzantes; d) desacreditar su rendimiento, dificultar el ejercicio de sus funciones, ocultar sus logros y éxitos, exagerar y difundir, fuera de contexto, todos sus fallos, tanto reales como aparentes» (GONZÁLEZ DE RIVERA, «El síndrome... cit., págs. 3-4).



4. EL CONCEPTO JURÍDICO DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

Un vez analizado el fenómeno como hecho social y destacado sus elementos estructurales en cada una de sus dimensiones analíticas (organizacional, individual y conceptual), el rigor metodológico nos impondría la traslación de los resultados obtenidos al plano jurídico. Sin perjuicio de ello, hay que tener en cuenta, no obstante, que este proceso de juridificación es esencialmente valorativo y se desarrolla según sus propias pautas constructivas que, lógicamente, son distintas a las utilizadas en el ámbito de las otras ciencias sociales implicadas.

Por otra parte, es un proceso complejo, pues afecta a distintas esferas del orden jurídico y en el que, además, deben distinguirse varias fases. En una primera fase, se deberá afrontar la elaboración del concepto jurídico de acoso, lo que constituirá el punto de partida necesario para la posterior articulación jurídica de los distintos mecanismos de protección que puedan arbitrarse, algo corresponde ya a fases ulteriores. En cada una de esas fases y en cada una de esas esferas, los elementos fácticos a tener en cuenta serían distintos y las perspectivas analíticas deben ser, en cada caso, las que correspondan en función del objetivo perseguidos.

De este modo, si en el plano de la elaboración conceptual deberemos centrarnos en el concepto psicosociológico esbozado, la perspectiva individual y colectiva del fenómeno serán imprescindibles para el diseño de los mecanismos de protección de deben ser arbitrados en las distintas esferas de intervención (prevención, tutela, responsabilidades, reparación). La traducción normativa de este diseño, llevada a efecto mediante la correspondiente articulación del sistema de fuentes del Derecho Social, culminará el mencionado proceso de juridificación.

4.1. La elaboración del concepto jurídico de acoso moral: presupuestos metodológicos

Como se ha señalado, la importancia de la elaboración conceptual en la construcción científica es indiscutible. El Derecho, como el Lenguaje, son realidades convencionales que, como tales, necesitan de elementos estructurales básicos para expresarse, es decir, conceptos y palabras, respectivamente³⁶. La función del concepto consiste en concebir, comprender y apre-

³⁶ En este sentido, HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Civitas, Madrid, 1981; pág. 78. En general, sobre las implicaciones metodológicas de la elaboración conceptual en el ámbito jurídico-laboral, v. CORREA CARRASCO, *Método, función y estructura del Derecho Social en España*, BOE, Madrid, 2001; esp. págs. 60 ss.

hender la realidad y, por ello, su construcción constituye una operación intelectual básica y, al mismo tiempo, instrumental³⁷. De este modo, hemos visto cómo la elaboración de un concepto psicosocial de acoso moral ha servido para identificar esta compleja realidad y caracterizarla, destacando sus rasgos definidores y efectuando una clasificación tipológica de sus diversas manifestaciones. El esfuerzo a la hora de llevar a cabo esta labor de delimitación conceptual ha sido encomiable, pudiendo afirmarse que, en la actualidad, se han alcanzado resultados bastante satisfactorios en la comprensión global del fenómeno.

La juridificación del acoso moral debe partir de estos resultados y tenerlos en cuenta a la hora de anudarle las correspondientes consecuencias jurídicas, lo que exige una adecuada aprehensión del fenómeno para evitar las distorsiones, por exceso o por defecto, que pudieran producirse. Así concebido, podría decirse que el concepto jurídico, vendría a reforzar la, siempre necesaria, certeza jurídica, propiciando la identificación y consiguiente denuncia del fenómeno, pero, al mismo tiempo, evitando que la concienciación social experimentada por el mismo pueda degenerar en un sobredimensionamiento del mismo que abocara a una multitud de denuncias falsas o improcedentes³⁸, derivadas del hecho de concebirse como un problema *de moda*.

De ahí que el concepto social de acoso moral no sea trasladable, sin más, al plano jurídico, pues, como se sabe, el proceso de elaboración conceptual en el ámbito de la ciencia jurídica es eminentemente valorativo y selectivo, es decir, no supone la transposición automática del hecho social, sino que elige qué elementos del mismo son relevantes para el mundo del Derecho³⁹.

En la construcción del concepto jurídico de acoso moral, este proceso valorativo y selectivo deber hacerse acentuando al máximo la perspectiva multidisciplinar que, en general, debe dominar todo acercamiento a este fenómeno⁴⁰. No en vano, del resultado del mencionado proceso dependerá la

³⁷ CARNELUTTI, *Metodología del Derecho*, UTHA, México, 1940, pág. 74.

³⁸ Como señala la citada Resolución del Parlamento Europeo de 20/09/01, «las falsas acusaciones de acoso moral pueden transformarse en un temible instrumento de acoso moral» (p. núm. 5).

³⁹ Sobre el tema, CORREA CARRASCO, *op. cit.*, págs. 60-61.

⁴⁰ De ahí que, como punto de partida, sería útil una «formulación eminentemente descriptiva» del concepto jurídico de acoso que integraría «toda aquella situación de conflicto interpersonal o grupal en la que, como medio para poner fin al mismo, una persona o un grupo de personas deciden, formal o informalmente, expresa o tácitamente, ejercer sobre otra persona, prevaliéndose de cualesquiera relación de poder asimétrico instaurada en el lugar de trabajo, una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (pluralidad de actuaciones dirigida a un fin y predeterminada o planificada) y recurrente (al menos una vez por semana), durante



corrección de las respuestas jurídicas que, en diversos planos, se lleguen a articular. Dicho de otro modo, la eficacia de tales respuestas frente al acoso estará en función directamente proporcional al grado de perfección con el que se haya llevado a cabo el proceso de selección de los elementos (objetivos y subjetivos) jurídicamente relevantes. Hay que señalar que las eventuales distorsiones vendrían tanto por defecto (excluir determinadas manifestaciones de acoso), como por exceso (abarcarse supuestos que guardan cierta similitud, pero que no son estrictamente procesos de acoso⁴¹).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el proceso de delimitación conceptual no acabaría aquí. Una vez identificados los elementos que hayan de integrar el concepto general de acoso, sería preciso aplicar la misma metodología interdisciplinar en la determinación de las variables que han de definir los distintos tipos de acoso (horizontal, vertical descendente, vertical ascendente...). No en vano, el diseño de la intervención normativa variará, en materias tan importante como la prevención, la reparación y la distribución de responsabilidades, en función del tipo de acoso que, en cada caso, se haya llevado a efecto.

Lógicamente, en este proceso, las pautas valorativas que se utilicen no deben prescindir del carácter instrumental del concepto jurídico de acoso moral. De este modo, si la elaboración del concepto tiene la función (básica) para integrar el fenómeno social en la estructura del ordenamiento jurídico-laboral, una vez integrado, debe servir para propiciar, en cada ámbito concreto del mismo (preventivo, procesal, reparador, punitivo), la articulación técnico-normativa precisa para configurar adecuadamente el modelo de protección jurídica que el fenómeno exige.

Llegados a este punto, puede decirse que la elaboración del concepto jurídico de acoso plantea una serie de interrogantes a los que habrá que dar

un tiempo prolongado (más de 6 meses), son el fin de conseguir su estigmatización (marcado) o aislamiento (vacío) respecto del grupo, haciéndole perder su autoestima personal y su reputación profesional, bien para ensayar las «ventajas competitivas» de un estilo autoritario de gestión afirmando su poder (síndrome del chivo expiatorio, «para que aprenda quién manda»), bien para provocar su dimisión mediante una fórmula alternativa que cree la apariencia de autoexclusión (expulsión indirecta o dimisión provocada)» (MOLINA NAVARRETE, «“Violencia moral” en el trabajo: conducta prohibida y formas de tutela en los derechos europeos», en http://mobbingopinion.bpweb.net/artman/publish/article_610.shtml).

⁴¹ La falta de un concepto legal de acoso en nuestro ordenamiento está siendo suplida, no sin dificultades, por la decidida labor de jueces y tribunales. Un ejemplo de ello, puede contemplarse en la STSJ de Galicia de 15/05/03 (AL 1077), donde se descarta la existencia de acoso por valorar que no se acredita de forma adecuada la existencia de una relación de causalidad entre el síndrome depresivo del trabajador y las circunstancias en la que se desarrollada su relación laboral.

debida respuesta, labor en la que el recurso al método comparado, en su doble acepción⁴², aportará una inestimable ayuda.

4.2. Los elementos integrantes del concepto jurídico de acoso moral en el trabajo.

El primer problema que hay que resolver es el de la integración de la multiplicidad de elementos, objetivos y subjetivos, que confluyen en el acoso moral, así como el peso que habrá que otorgar a unos y otros en la configuración del concepto jurídico⁴³. Como hemos visto, desde una perspectiva psicosociológica, el concepto de acoso moral se estructura en cinco elementos básicos: la conducta agresiva, el contexto laboral en el que se desarrolla, los sujetos (activo y pasivo) que la protagonizan, los daños ocasionados a la víctima y la intencionalidad perversa o dañina⁴⁴.

Las agresiones psicológicas pueden concretarse en una múltiple variedad de actos de hostigamiento, persecución o agravio, más o menos relevantes, protagonizados por el agresor (sólo o en complicidad con terceros), pero todos ellos dirigidos por un común propósito de socavar la integridad moral de la víctima. Lo relevante, a efectos de su integración en el concepto de acoso moral, es el hecho de que la conducta agresiva se concrete en una serie, más o menos predeterminada, de actos de diversa índole que pueden ser inocuos considerados aisladamente (o, al contrario, antijurídicos *per se*) pero que, en su conjunto, por su carácter reiterado y sistemático, son constitutivos de acoso moral. Esta serie de actos constituyen la base sobre la que se sustenta el tipo objetivo de acoso moral y, como tales, representan una realidad objetiva o, al menos, susceptible de ser objetivada mediante los oportunos instrumentos de prueba⁴⁵.

⁴² Hacemos referencia a la clásica diferenciación efectuada por CARNELUTTI (*Metodología del Derecho*, UTHA, México, 1940, págs. 37 y 70) entre «comparación externa» (referida a la «comparación de fenómenos pertenecientes a un determinado orden jurídico con los relativos a órdenes jurídicos diversos») y «comparación interna» (consistente en «la comparación entre fenómenos pertenecientes a varios sectores de un mismo orden jurídico»).

⁴³ Sobre esta problemática, común a todas las iniciativas legislativas llevadas a cabo en la experiencia comparada, v. MOLINA NAVARRETE, «Una nueva... cit.», pág. 15.

⁴⁴ Un análisis exhaustivo del tratamiento jurisprudencial dado a estos elementos, así como sobre su valoración en la configuración del tipo jurídico de acoso, en JURADO SEGOVIA, «Sobre la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo a la luz de los pronunciamientos judiciales», *RDS-25/04*, págs. 191 ss.

⁴⁵ Sobre los problemas probatorios que se plantean en la verificación de los supuestos de acoso, v. *infra*...



El contexto laboral, en tanto que marco en el que se desarrollan los procesos de acoso, constituye el elemento, también objetivo, que identifica la asimetría de las relaciones de poder inherente a todos los procesos de acoso. De este modo, la relación por cuenta ajena (que, en sentido amplio, incluiría la relación de servicios funcionarial o estatutaria) constituye una variable que concurre de forma determinante en la génesis y desarrollo de los procesos de acoso, descartando, en negativo, que estos pudieran darse en otro tipo de relaciones socioprofesionales, al menos, con el alcance y caracterización jurídica con los que estamos configurando el fenómeno.

En suma, la relación laboral (o de servicio) es relevante por ser esencialmente una relación de subordinación, donde el trabajador está sometido, bien directamente al poder directivo del empresario⁴⁶, bien a las directrices de otros trabajadores que, *de facto* o *de iure*, ostentan una superioridad jerárquica. Consecuentemente, como dato objetivo, es un elemento estructural que debe ser integrado en el concepto jurídico de acoso moral.

Pero, por otra parte, el hecho de que tales agresiones se produzcan en el contexto de una relación laboral es relevante también desde una perspectiva subjetiva. Ello se debe al hecho de que, a pesar de tratarse de ataques a la persona del trabajador, el objetivo del agresor es deteriorar, en general, sus capacidades profesionales. La destrucción de la salud psíquica de la víctima es, por tanto, un daño que el agresor asume como medio para lograr esa finalidad. Por ello, el daño socioprofesional, ocasionado o eventual, al formar parte de la intencionalidad de los agresores, quedaría integrado en lo que podríamos denominar tipo subjetivo.

En conexión con lo anterior, puede afirmarse que los sujetos activos del acoso moral son, por tanto, quienes utilizan su especial posición en la organización para propiciar, directa o indirectamente, la situación de presión psicológica sobre la víctima. En consecuencia, y sin perjuicio del grado de responsabilidad de unos y otros, los autores pueden ser el empresario o superior jerárquico y/o los propios compañeros actuando con aquiescencia de aquél. En el primer caso estaríamos ante el denominado acoso vertical descendente y, en el segundo, ante el llamado acoso horizontal. Menos habitual, aunque concebible, es el supuesto de acoso vertical ascendente, donde es el superior jerárquico el que ocupa la posición de sujeto pasivo⁴⁷.

En lo que se refiere a los daños (principalmente, de índole psicológica, como hemos visto), y sin perjuicio de la trascendencia que puedan alcanzar, hay que precisar que lo relevante no es tanto la efectiva producción de los

⁴⁶ Destacando las implicaciones de este dato, ARAMENDI, «Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial», AS-2/02, págs. 52-53.

⁴⁷ Prueba de su escasa incidencia práctica, es que, hasta la fecha no existe ningún pronunciamiento judicial (en este sentido, JURADO SEGOVIA, *art. cit.*, pág. 195).

mismos, sino su potencialidad dañina a tenor de la naturaleza de las agresiones y de las circunstancias en las que se producen. En cualquier caso, conviene tener presente que, además de los daños estrictamente psíquicos (que, eventualmente, pueden ser físicos) perseguidos principalmente por el acoso, como fenómeno considerado globalmente, es posible que las múltiples y variadas conductas en las que se desglosa constituyan, en sí mismas vulneraciones concretas de derechos personales y/o profesionales de la víctima, y por ello, susceptibles de ocasionar daños específicos en estas esferas de la personalidad del trabajador.

En cualquier caso, la cuestión que se plantea, no obstante, es el modo en el que estos daños deben ser objeto de valoración a efectos de su integración en la configuración jurídico-normativa de acoso moral. Desde esta perspectiva, parece evidente que los daños producidos en la víctima, en tanto que realidad perfectamente objetivable mediante los oportunos medios de prueba, deben tener la correspondiente traslación a las esferas jurídico-normativas encargadas de configurar la reparación de los mismos y la depuración de las responsabilidades.

Pero la duda surge a la hora de valorar la relevancia de los daños en la elaboración del concepto de acoso moral, es decir, como elemento integrante del tipo jurídico-normativo que va a identificar el fenómeno para anudarle las correspondientes consecuencias jurídicas que, eventualmente, se dispongan. La dificultad estriba en el hecho de que, en cierta medida, estamos ante un elemento impregnado de una cierta subjetividad. En efecto, si los daños ya producidos son perfectamente susceptibles de ser evaluados jurídicamente, en tanto que efectos o consecuencias trasladables a los planos resarcitorio y punitivo) de los procesos de acoso ya verificados, no ocurre lo mismo si los tomanos en consideración para determinar si se ha producido o no acoso moral. Ello se debe al hecho de que no todas las personas reaccionan del mismo modo ante las mismas conductas de acoso, jugando un papel importante el modo en el que la víctima percibe o interioriza los actos de los agresores, lo que, dependerá, básicamente, de rasgos propios de su personalidad⁴⁸.

En definitiva, es la acción (concretada en los actos de acoso y en su intencionalidad dañina) lo que debe ser determinante para la configuración

⁴⁸ Poniendo de manifiesto esta problemática, MARTÍN/PÉREZ DE GUZMÁN, «¿Qué es el mobbing?: Algunas aportaciones de la Sociología al análisis de un (nuevo) fenómeno», en *La prevención de riesgos laborales: Balance y perspectivas (V Jornadas Andaluzas de Relaciones Laborales)*, CARL/Universidad de Jaén, 2002.

⁴⁹ Esta línea argumental, proclive a situar el daño fuera del tipo jurídico de acoso moral, va imponiéndose paulatinamente en los pronunciamientos judiciales sobre la materia. En este sentido, y con abundante cita de sentencias, v. JURADO SEGOVIA, *art. cit.*, pág. 203.



tipológica del acoso⁴⁹. El resultado, es decir, el daño producido sólo debe ser tenido en cuenta para la cualificación de la responsabilidad y, consecuentemente, sería en el plano reparador (consideración de la lesión psíquica como accidente de trabajo con eventual imposición del recargo de prestaciones) y resarcitorio (indemnizaciones por daños morales) donde encontraría su proyección adecuada.

4.3. Concepto de acoso moral y orden jurídico

Lógicamente, en lo que se refiere a la tipificación de la conducta ha de tenerse en cuenta el orden jurídico donde se proyecta el diseño de la protección o tutela frente al acoso. De este modo, en la medida en que tanto el ordenamiento laboral como el penal pueden contribuir en el diseño global de dicha protección, sería preciso establecer una graduación en las conductas de acoso a efectos de su tipificación jurídica en uno y otro ámbito. Una vez efectuada esta operación, donde habría que determinar qué elementos subjetivos y objetivos hacen especialmente reprobable la acción o conducta de acoso, el principio de intervención mínima del orden penal exigiría que sólo en tales casos sería procedente la configuración del acoso como ilícito penal.

El resto de acciones que, aún siendo constitutivas de acoso, no alcanzarán el nivel de intensidad requerido para la intervención de la tutela penal, tendrían la consideración de ilícito laboral y, consecuentemente su configuración tipológica se llevaría a cabo desde las vías de tutela existentes en este ámbito, abarcando tanto la tutela administrativa (acoso como infracción laboral), como la disciplinaria (acoso como falta laboral). La virtualidad de este diseño global del sistema de protección frente al acoso vendría dada por su capacidad para integrar la variedad de conductas y de sujetos que, potencialmente, pueden estar presentes en los procesos de acoso.

5. PAUTAS DE INTERVENCIÓN NORMATIVA FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

Partiendo de las anteriores consideraciones, el diseño de la intervención normativa para afrontar el problema del acoso debe hacerse, desde una perspectiva metodológica, teniendo en cuenta tres fases diferenciadas. El primer paso vendría dado por su configuración como derecho subjetivo específico, lo que se concretaría en la incorporación del concepto de acoso laboral al ordenamiento jurídico. La solución técnica vendría dada por la introducción en el art. 4 ET de una definición adecuada del derecho de los trabajadores a la protección frente a este tipo de conductas (5.1).

Una vez efectuada esta definición, el siguiente paso sería la proyección del mismo sobre todo el aparato protector del Derecho Social (5.2). De este modo, cada una de las instituciones que conforman su estructura debería incorporar en su seno las exigencias técnico-jurídicas que plantearía la protección del derecho. En buena lógica, este proceso debe hacerse de forma coordinada, estableciendo, en cada caso, la correspondiente ponderación del alcance de cada medida protectora diseñada, sin perder, en ningún caso, el referente del modelo global de protección que se pretende instaurar.

Del mismo modo, a la hora de efectuar el mencionado diseño normativo, no puede hacerse abstracción del peculiar sistema de fuentes del ordenamiento laboral (5.3). Antes al contrario, será preciso tener en cuenta sus potencialidades y, especialmente, la virtualidad de la negociación colectiva para adaptar el marco global de protección a las peculiaridades organizativas de cada sector o unidad productiva.

5.1. La protección frente al acoso como derecho subjetivo del trabajador

Desde un punto de vista técnico-normativo, la configuración de la protección frente al acoso moral como derecho subjetivo debe hacerse de modo similar a lo acaecido con el acoso sexual. Por tanto, se trataría de incluir dicho derecho en el catálogo de derechos laborales establecido en el art. 4 ET, haciendo una referencia explícita al contenido del mismo.

Sobre esta última cuestión, es decir, sobre la necesidad de establecer una definición del derecho a no ser acosado, hay que hacer especial hincapié. No en vano, el carácter pluriofensivo del acoso⁵⁰ supone que muchas de las variadas conductas que pueden aparecer en los procesos de acoso constituyan, de forma aislada, vulneraciones de otros derechos laborales, tengan o no la consideración de fundamentales. En este sentido, habitualmente resultan afectados los derechos a la dignidad personal (10 CE), igualdad y no discriminación (14 CE), integridad moral (15 CE), honor, intimidad personal y propia imagen (18 CE), entre otros. De ahí, que pudiera resultar, en cierto modo, redundante, la configuración explícita de un derecho frente al acoso moral, pudiendo incluso cuestionarse su propia oportunidad.

La razón de la exigencia de una definición expresa, sin embargo, se deriva de la propia especificidad del tipo o concepto psicosocial de acoso moral donde, como hemos visto, el elemento teleológico (es decir, la intencionalidad dañina consistente en provocar la destrucción psíquica de la víctima) tiene una formidable relevancia, hasta el punto de que la vulne-

⁵⁰ MOLINA NAVARRETE, «Una “nueva” patología... cit., pág. 3.

ración de los derechos del trabajador tiene una mera dimensión instrumental respecto del propósito («plan preconcebido») que se ha fijado el agresor o agresores. De ahí que, el acoso, como tal, suponga un ataque cualificado a los derechos laborales, no sólo por su carácter pluriofensivo (es decir, porque sean varios los derechos afectados), sino porque lleva implícita una intencionalidad dañina que constituye su elemento esencial y definitorio y que, por ello, debe ser objeto de consideración específica a la hora de configurar el derecho.

Especialmente significativa al respecto es la relación entre acoso y discriminación⁵¹. Como se ha constatado en la práctica, un gran número de las conductas que integran los procesos de acoso se concretan en actos discriminatorios que, en consecuencia, pueden tener sustantividad propia como tales, abriendo la posibilidad de recurrir a los correspondientes mecanismos de tutela arbitrados al efecto. Pero al margen de ello, no cabe duda de que los actos discriminatorios se encuentran comprendidos dentro de la trama teleológica del acoso. En otras palabras, el acosador integra los actos discriminatorios en el diseño del proceso de acoso como conductas o acciones dirigidas a lograr su finalidad, no otra que la de provocar la desestabilización psíquica de la víctima y, partir de ahí, la destrucción de su integridad moral.

Ello no obstante, si contrastamos los términos de esta relación entre acoso y discriminación con el modo en que la misma ha quedado configurada en las recientes reformas legislativas⁵², resulta evidente que el planteamiento es justo el inverso. En efecto, el concepto introducido es una especie de «acoso discriminatorio»⁵³, donde las conductas de hostigamiento están fundadas en un móvil discriminatorio. En definitiva, lo que se trata de establecer es una ampliación de la protección antidiscriminatoria que, ahora, abarcaría a toda discriminación que se instrumentalizará a través de actos que pueden ser calificados de acoso laboral.

⁵¹ Sobre el tema, v., entre otros, los trabajos de FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?», *RDS-19/02*, págs. 53 ss.

⁵² Nos referimos a las normas introducidas por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y, sobre todo, a las previstas por la Ley 62/2003, de 20 de diciembre (BOE de 31/12/03), de medidas fiscales, administrativas y del orden social (ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 2004) que, a su vez, traspone el contenido de las nuevas Directivas comunitarias sobre igualdad (D. 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio; y D. 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre). Un análisis crítico de las mismas, en MOLINA NAVARRETE, «Las nuevas leyes “antiacoso”: ¿tienen algo de útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo (*mobbing*)?», *La Ley*, núm. 5942.

⁵³ V. al respecto el nuevo art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, introducido por el art. 37.dos de la última Ley de Acompañamiento (es decir, la ya mencionada Ley 62/2003, de 12 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

Lógicamente, esta configuración jurídico-normativa, diseñada desde la perspectiva de la protección del principio de igualdad y no discriminación (no olvidemos que traen causa de la necesaria transposición de las últimas directivas comunitarias sobre igualdad), no satisface las exigencias de ordenación puestas de manifiesto por el acoso laboral, no sólo porque su dimensión fáctica es notablemente mayor (las víctimas potenciales no quedarían circunscritas únicamente al ámbito sobre el que se proyectan las causas de discriminación), sino porque, como se ha señalado, en la configuración jurídica del acoso, el móvil discriminatorio no es un elemento esencial, de modo que, aunque puedan existir conductas discriminatorias, éstas aparecen teleológicamente dirigidas a propiciar el daño moral que pretende el acosador. En suma, puede decirse que en el plan preconcebido del agresor, los actos discriminatorios sólo constituyen una forma más de hostigamiento. Es la dignidad del trabajador, proyectada sobre el plano personal y profesional, el bien jurídico afectado, de ahí la necesidad de potenciar una configuración conceptual del mismo, con virtualidad suficiente para servir, al mismo tiempo, de aglutinador del conjunto de ataques pluriofensivos que sufren las distintas parcelas de la personalidad de la víctima de acoso moral y de barrera de contención técnico-jurídica frente a los mismos⁵⁴.

5.2. El acoso moral y las instituciones jurídico-laborales: los diversos planos de intervención normativa

Como se ha señalado, una vez configurada como derecho subjetivo, la protección frente al acoso laboral debe proyectarse sobre todo el aparato institucional del Derecho Social. Desde esta perspectiva, parece claro que resultarán afectados, en menor o mayor medida, todos los planos de intervención normativa, y ello, con independencia de que, en cada caso, haya que calibrar adecuadamente el alcance y la oportunidad de la protección a dispensar así como la intensidad de la misma. Las pautas metodológicas a tener en cuenta vendrán impuestas por las peculiaridades de cada ámbito institucional, de conformidad con los mecanismos técnico-jurídicos de tutela propios de cada esfera normativa.

⁵⁴ Recientes pronunciamientos judiciales avalan esta configuración conceptual de la dignidad como bien jurídico autónomo respecto del conjunto de derechos fundamentales. Es el caso de la STC 192/2003 que, desde esta perspectiva supone un extraordinario referente para la línea jurisprudencial que vienen marcando la jurisdicción ordinaria, cada vez más firme en la vinculación entre acoso moral y lesión de la dignidad. En este sentido, analizando la mencionada sentencia del TC, FOTINOPOULO BASURKO/SEGALÉS FIDALGO, «Dignidad frente a lealtad y fidelidad. En torno a la STC 192/2003», *RDS-24/03*, págs. 121 ss.; esp. pág. 135.

5.2.1. El acoso moral y la prevención de riesgos laborales

El ámbito preventivo constituye, sin duda, uno de los principales espacios de actuación en la lucha contra el acoso moral en el trabajo⁵⁵. Y ello por varias razones. En primer lugar porque, parece lógico, estando en juego la salud de los trabajadores (en este caso, la psíquica), el principal objetivo de toda intervención normativa debe ser la protección integral de la misma, garantizando el pleno desarrollo de personalidad del individuo/trabajador⁵⁶ y, de forma prioritaria, la evitación de las eventuales situaciones de riesgo que pudieran verificarse⁵⁷.

En segundo lugar, y conectado con lo anterior, porque sólo a través de una adecuada política preventiva en los centros de trabajo, el problema del acoso puede ser atajado en su raíz. En efecto, si como hemos señalado anteriormente, el acoso moral es un problema eminentemente organizacional y, en consecuencia, las causas que lo provocan están íntimamente conectadas con fallos en la organización del trabajo, no cabe duda alguna sobre la virtualidad «correctora» de las medidas preventivas. En definitiva, la intervención normativa debería dirigirse a la eliminación de aquellos factores que intervienen de modo decisivo en la creación de un ambiente de trabajo proclive a la aparición del caldo de cultivo donde nacen y proliferan las conductas de acoso.

Lógicamente, no estamos ante una tarea fácil. A pesar de la amplitud con la que es concebida la prevención de riesgos en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁸, la inercia de las políticas de prevención, tradicionalmente cen-

⁵⁵ Así lo ha reconocido el Parlamento Europeo que, de forma explícita, «recomienda a los Estados miembros que obliguen a las empresas y los poderes públicos, así como a los interlocutores sociales, a poner en práctica políticas de prevención eficaces», y, al mismo tiempo, «pide a la Comisión que estudie la posibilidad de clarificar o ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva marco sobre la salud y seguridad en el trabajo, o incluso de elaborar una nueva directiva marco, como instrumento jurídico para combatir el acoso moral» (Res. del Parlamento Europeo de 20/09/2001 sobre acoso en el lugar de trabajo, págs. 12 y 13).

⁵⁶ PEDROSA ALQUÉZAR, «El concepto de salud laboral y vigilancia de la salud», AS-6/00.

⁵⁷ Lo que es predicable, en general, de todos los llamados riesgos psicosociales, fenómenos respecto de los cuales hay que valorar su «inclusión dentro de las categorías jurídicas actualmente existentes a efectos de su protección» (TOLOSA TRIBIÑO, «Los nuevos riesgos laborales y su tratamiento en el ámbito sancionador y de la Seguridad Social», RL-10/04, pág. 11). asimismo, sobre las dificultades técnico-jurídicas de la tutela preventiva frente a este tipo de riesgos, v. GONZÁLEZ DE PATTO, «El síndrome de desgaste personal o de *burn out* y las técnicas jurídico-laborales de tutela», AL-35/03, págs. 617 ss.).

⁵⁸ Significativa al respecto es la alusión a los «factores ambientales en el trabajo» contenida en el art. 15.1.g LPRL. Sobre el tema, v. DÍAZ DESCALZO, «Los riesgos psicosociales en el trabajo: el estrés laboral, el síndrome del quemado y el acoso laboral. Su consideración como accidente de trabajo», RDS-17/02, págs. 183 ss.; asimismo, sobre las dificultades técnico-

tradas en los riesgos físicos, y las pautas de actuación de sus protagonistas, imbuidos, a veces, de un exceso de burocratización funcional, constituyen obstáculos para avanzar en esta línea.

Al margen de ello, el aparato institucional existente en materia preventiva proporciona instrumentos adecuados para afrontar con garantías el establecimiento de medidas que contribuyan, de forma decisiva, a erradicar estas prácticas nocivas para cualquier organización productiva. De este modo, partiendo de la amplia noción de «riesgo» contenida en el art. 4 LPRL, donde tendrían cabida los de naturaleza psicosocial, y el carácter omnicomprensivo de la obligación general de prevención (art. 14 en relación con el art. 15 LPRL), donde la responsabilidad empresarial abarcaría tanto acciones como omisiones propiciadoras del acoso, los principales presupuestos de la acción preventiva frente al acoso estarían cubiertos.

Por otra parte, de forma complementaria, caben actuaciones normativas dirigidas a perfilar de forma más nítida y específica los mecanismos de prevención frente al acoso. Una primera línea de intervención se proyectaría sobre el plano del poder de dirección de empresario y se concretaría en fórmulas de procedimentalización de su ejercicio dirigidas, por un lado, a instaurar sistemas de control en la organización productiva con capacidad para detectar acciones u omisiones susceptibles de afectar negativamente al ambiente de trabajo. Y, por otro lado, la utilización con carácter disuasorio del poder disciplinario frente a quienes incurran en tales conductas conductas. Lógicamente, la procedimentalización del poder del empresario en el sentido señalado, encontraría en la negociación colectiva (preferentemente, a nivel de empresa) un cauce privilegiado.

Por otra parte, la intervención normativa debe tener por objeto la potenciación de los mecanismos instaurados para la ejecución de las políticas preventivas en los centros de trabajo. De este modo, en el ámbito de la información, deberían acentuarse las actuaciones dirigidas a otorgar la mayor transparencia posible sobre el funcionamiento de la organización y, especialmente, de los procedimientos para la toma de decisiones que afecten a los trabajadores. Todo oscurantismo sobre la materia favorece la arbitrariedad y falta de control de quienes ejercen el poder en la empresa, lo que, como hemos señalado, constituye, una de las características de las organizaciones donde proliferan las conductas de acoso. De especial relevancia al respecto, es el problema de la responsabilidad de los mandos intermedios o cuadros, principales sujetos activos de acoso moral, lo que se debe, en gran

jurídicas de la tutela preventiva frente a este tipo de riesgos, v. GONZÁLEZ DE PATTO, «El síndrome de desgaste personal o de *burn out* y las técnicas jurídico-laborales de tutela», *AL-35/03*, págs. 617 ss).



medida a la ausencia de control de sus decisiones por parte de la dirección de la empresa⁵⁹.

Por otro lado, como parece obvio, no cabe desdeñar la importancia del plano formativo y, concretamente, la necesidad de que tanto los propios trabajadores como sus representantes tengan un conocimiento pormenorizado de los caracteres del fenómeno, presupuesto necesario para su detección precoz. Por último, en el plan de evaluación de riesgos a cargo del empresario, se debe proceder a la concreción de los factores específicos que gozan de potencialidad perturbadora del ambiente laboral y, complementariamente, se deben diseñar las medidas preventivas específicas (la monitorización del ambiente de trabajo, medidas informativas, entre otras) para afrontar el problema del acoso. En ambos casos, como se ha expuesto, sería deseable contar con el concurso de los trabajadores, a través de las distintas fórmulas de participación y/o negociación que pudieran habilitarse.

En esta línea, hay que destacar la progresiva relevancia que van adquiriendo los llamados códigos de conducta (*Codes of de Best Practice*)⁶⁰ en el seno de ciertas organizaciones productivas, principalmente, empresas multinacionales. Estos códigos de conducta constituyen una de las manifestaciones más señaladas de la fructífera interacción entre análisis psicosociológico y análisis jurídico. La elaboración de estos códigos, que presuponen una diagnosis de las organizaciones, a partir de la cual se puedan elaborar reglas generales y otras adaptadas a la específica naturaleza de cada organización productiva, tienen un indudable valor didáctico, tanto para la empresa, como para los trabajadores⁶¹ en la medida en que contribuyen al conocimiento de las pautas de actuación de referencia en la empresa e imponen el deber moral de acatarlas⁶².

⁵⁹ Esta falta de control o pasividad de la dirección de la empresa hace de estos mandos intermedios sujetos potencialmente peligrosos para sus compañeros, ya que, en el caso no infrecuente de que padezcan un cierto grado de paranoia, nada evita la proliferación de actos de acoso (en este sentido, una interesante caracterización en clave psicosociológica de estos «paranoicos leves», puede encontrarse en PIÑUEL-ZABALA. «El *management* tóxico... cit., pág. 2).

⁶⁰ Una muestra de ello es su potenciación desde instancias internacionales. En este sentido, a pesar de su alcance sectorial, es especialmente ilustrativo el *Proyecto de repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el sector de los servicios: una amenaza para la productividad y el trabajo decente*, elaborado en el seno de la OIT (Programa de Actividades Sectoriales) con fecha de 15/10/03.

⁶¹ El importante papel de estas prácticas en el marco preventivo de las empresas ha sido puesto de manifiesto en el Documento NTP-476/1998 del INSHT, específicamente concebido para afrontar el problema del acoso moral.

⁶² Un ilustrativo ejemplo al respecto lo encontramos en el Código de conducta del Banco Central Europeo, elaborado al amparo de su Reglamento interno (art. 11.3), donde expresamente se señala que el BCE «no tolerará el acoso sexual o psicológico ni los actos de intimidación del tipo que sean... Esto puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales

Como aspecto negativo de estos códigos de conducta, se ha puesto de manifiesto, con razón, su carácter de «derecho blando» (*soft law*)⁶³, es decir, de vinculabilidad difusa o atenuada. Sin perjuicio de ello, cabrían fórmulas para acentuar su normatividad y, con ello, su aplicabilidad y eficacia. Entre ellas, la más adecuada sería su inclusión en el contenido de un convenio o acuerdo (preferiblemente, de empresa) donde su formulación como norma vinculantes fuera el presupuesto para una compulsión jurídica a su cumplimiento que debería ubicarse, con las garantías exigibles (tipicidad, proporcionalidad, etc.), en el régimen disciplinario del texto convencional.

Por último, y a pesar de las posibilidades (no totalmente exploradas) que ofrece el actual marco normativo en materia de prevención frente al acoso, de *lege ferenda*, podrían apuntarse algunas medidas que, sin duda, contribuirían a reforzar los mecanismos de protección. En este sentido, la experiencia comparada nos ofrece algunas interesantes propuestas. Entre ellas, destacan las menciones específicas al acoso moral como riesgo laboral merecedor de todas las medidas de protección articuladas por la ley. También, de forma más incisiva, podrían estudiarse fórmulas tales como añadir la situación de acoso como causa específica de «peligro grave e inminente», lo cual facultaría la intervención inmediata de los representantes en materia de prevención o, incluso, en última instancia, el abandono justificado del puesto de trabajo por parte del trabajador⁶⁴; y, en esta misma línea, facultar a los responsables en materia preventiva para proponer medidas individuales consistentes en cambios o transformaciones del puesto de trabajos ante situaciones de acoso por degradación deliberada de las condiciones de trabajo⁶⁵, lo que sería especialmente efectivo en aquellos supuestos en los que el acoso se concreta en conductas vejatorias, nada infrecuentes, de aislamiento de la víctima en lugares no acondicionados o insalubres (sótanos⁶⁶, pasillos, al lado de máquinas ruidosas o de fuentes de calor, junto a los lavabos)⁶⁷.

indeseados. Los destinatarios deberán mostrar consideración y respeto para con los demás y abandonar cualquier actitud estimada ofensiva por otra persona a la primera indicación de ésta. Los destinatarios no sufrirán ningún tipo de perjuicio por impedir o denunciar actos de acoso o intimidación».

⁶³ MERCADER UGUINA, «Sistema de fuentes y globalización», REDT-119/03, pág. 682.

⁶⁴ En el ordenamiento francés, tal era el tenor literal del art. L. 231-9 CT: «puede constituir un peligro grave e inminente para la vida o la salud de un trabajador un acoso por la degradación deliberada de las condiciones de trabajo».

⁶⁵ En esta línea, v. art. 241-2 CT.

⁶⁶ V. el cruento relato fáctico de la STS (sala 3.ª) de 23/07/01 (AS 8027).

⁶⁷ Es el caso contemplado en la STSJ de Cataluña de 28/11/01.



5.2.2. El acoso moral y el Derecho Sancionador del Trabajo

A pesar de la importancia de la prevención, cuando ésta fracasa es preciso que existan medidas de otra índole que amparen a la víctima proporcionándole una respuesta satisfactoria a su situación. De ahí que, en el diseño de la protección frente al acoso moral en el trabajo no pueda prescindirse de una intervención activa del Estado dirigida, básicamente, a la adaptación de las diferentes instituciones de heterotutela. Ello se debería traducir en modificaciones de la normativa vigente tanto en el plano sustantivo (derecho sancionador del trabajo), como en el plano adjetivo (derecho procesal laboral), con el objeto, por un lado, de hacer explícitas las conductas que van a ser objeto de represión (vía penal, administrativa o disciplinaria) y, por otro, de hacer posible la superación de las dificultades procesales existentes (principalmente, en materia de prueba) en la reclamaciones por acoso.

La utilización del *ius puniendi* del Estado y, en su caso, del empresario, siendo inobjetable para la efectividad de la protección frente al acoso, precisa, sin embargo, de una valoración global de la misma donde se efectúe el correspondiente juicio de idoneidad en la distribución de los diferentes ámbitos de responsabilidad. Por su parte, los principios de legalidad y tipicidad, aún con diferente grado de exigencia en uno u otro ámbito punitivo (más intenso en los ámbitos penal y administrativo), imponen en todo caso, una matizada labor en la configuración jurídico-normativa de las conductas punibles. Por todo ello, parece que una intervención normativa sobre la materia deviene absolutamente necesaria, sin perjuicio de que hasta ahora, con buen criterio, los jueces y tribunales hayan cubierto los vacíos normativos con su estimable labor integradora.

El acoso moral como infracción administrativa

La existencia de un tipo infractor donde se contemplan de modo genérico «*los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*» (8.11 LISOS), no parece que sea suficiente para una adecuada protección frente al acoso moral. El hecho de que la dignidad resulte afectada por las conductas de acoso, deja irresuelto el problema de la falta de concreción del derecho y el carácter difuso del ámbito protegido por el mismo. Por otra parte, como se ha señalado, una característica del acoso es su pluriofensividad, de modo que, habitualmente, resultarán afectados otros derechos fundamentales del trabajador que, incluso, han podido presentar lesiones más intensas y evidentes. Desde el punto de vista técnico-jurídico esta falta de coextensión entre la conducta típica de la infracción y la que configura el acoso moral provocaría indeseables distorsiones aplicativas del precepto que, en última

instancia, traería consigo un claro déficit de protección frente a la complejidad del fenómeno.

Tampoco las infracciones en materia de prevención de riesgos ofrecen una cobertura suficiente para colmar las exigencias que el principio de tipicidad impone a la administración para ejercer su potestad sancionadora. En concreto, el tipo contemplado en el art. 12.16 LISOS requiere, para su aplicación, un «incumplimiento de la normativa de prevención riesgos laborales» que provoque «un riesgo grave para la integridad o salud de los trabajadores afectados», lo que, en relación con el acoso moral, plantea el problema, común a todos los riesgos de naturaleza psicosocial, de la falta de explicitud sobre su caracterización como «riesgo laboral».

En definitiva, para superar estas dificultades sería preciso hacer una referencia explícita al acoso laboral como conducta infractora a la que se anuda la responsabilidad objetiva del empresario, en los mismos términos en los que se ha efectuado la tipificación del acoso sexual (art. 8.13 LISOS). Su consideración como infracción muy grave garantizarían que las sanciones fueran efectivas, proporcionadas y disuasorias⁶⁸

De forma complementaria, de *lege ferenda*, habría que impulsar el papel de la Inspección de Trabajo, no sólo en la acreditación de los supuestos que eventualmente se denuncien, sino, además, en la actuación de oficio frente a este tipo de conductas, lo cual requeriría, quizá, una cierta especialización en la materia. La creación de equipos especializados en el seno de la Inspección tendría como valor añadido la posibilidad de que tales equipos podrían actuar como órganos de mediación o arbitraje, lo que propiciaría la existencia de un cauce solvente y garantista para la búsqueda de una eficaz solución a los supuestos que se detectaran. La traducción en clave técnico-jurídica de estas medidas se concretaría en la introducción en el artículo 9 LPRL de nuevas asignaciones funcionales a la Inspección en materia preventiva, que vendrían a sumarse a las ya contempladas en el mencionado precepto. Ello conllevaría, además, la necesidad de introducir las correspondientes modificaciones en el marco procedimental que rige la actuación inspectora⁶⁹, con el fin de recoger, de forma específica, las exigencias que impondría una adecuada intervención preventiva en una materia tan compleja.

El acoso moral como ilícito penal

El principio de intervención mínima que informa al orden penal, exige una valoración ponderada sobre la oportunidad de una protección penal frente

⁶⁸ Tal y como prescribe el art. 17 de la Directiva 2000/78/CE de 27/11/00.

⁶⁹ Concretamente, la Ley 42/197, de 14 de noviembre, y el RD 707/2002, de 19 de julio.

al acoso y, en todo caso, impone la necesidad de matizar el alcance de la responsabilidad que, en este ámbito, pudiera anudarse a los distintos participantes (bien en grado de autoría, complicidad o colaboración necesaria).

Atendiendo a los bienes jurídicos afectados en las situaciones de acoso y a la entidad de los eventuales daños que pudieran derivarse para la víctima, no parece que quepan dudas sobre la conveniencia de una protección penal que, además, tendría la virtualidad de desplegar un importante efecto disuasorio. De este modo, se evitaría que pudiesen quedar impunes conductas tan crueles y lacerantes como las que se acreditan en el relato de hechos de muchos pronunciamientos judiciales (que, en relación con la dimensión global del fenómeno, sólo son la punta del iceberg).

Partiendo del anterior presupuesto, una intervención legal en la materia deviene inexcusable. La reconducción de las conductas de acoso a ilícitos penales más o menos genéricos (como los contemplados en los arts. 311 y 316 CP⁷⁰, o en los arts. 173 y 175 CP⁷¹, o, incluso, en los art. 169 y 172 CP)⁷², si bien puede utilizarse como solución de urgencia, plantea importantes problemas aplicativos. Y no sólo por las exigencias impuestas por el principio de tipicidad (art. 25 CE) que, como se sabe, son máximas en el ámbito penal, sino también por la necesidad de configurar una protección donde queden perfectamente integradas en el tipo, el bien jurídico protegido, los factores que determinan la antijuridicidad de las conductas, los grados de imputabilidad y la graduación de la responsabilidad en función de la concurrencia de dolo o culpa. De especial relevancia sería, a tales efectos, que el tipo penal configurase al acoso como ilícito de actividad y no de resultado, es decir, que quedase consumado con la mera puesta en peligro del bien jurídico protegido (la integridad o estabilidad psíquica), y ello, sin per-

⁷⁰ En este último caso, incluyendo los daños psíquicos, a los que no se refiere de forma expresa el precepto.

⁷¹ Favorable a esta operación subsuntiva, donde las conductas de acoso quedasen configuradas como delitos contra la integridad moral, se ha mostrado la Fiscalía General del Estado que, en su Circular núm. 1/1998, ya establecía los criterios aplicativos de dichos preceptos a los supuestos de violencia psíquica. Lo más destacable, a nuestros efectos, es la reconducción al tipo contemplado en el art. 173 Cp. de conductas que, en sí mismas y tomadas aisladamente, no podrían considerarse graves (y por ello, a lo sumo, podrían dar lugar al delito de faltas contemplado en el art. 620 Cp.), pero que, por su reiteración y su efecto humillante o degradante para la víctima, tendrían la consideración suficiente para incluirse en el ilícito contemplado en el art. 173 Cp.

⁷² En efecto, en algún pronunciamiento judicial se ha considerado el acoso como delito de coacciones que, además tendría aplicación cualificada en el caso de que el objetivo de las mismas fuera «impedir el ejercicio de un derecho fundamental», algo bastante habitual en las conductas de acoso. En lo que se refiere a las amenazas, en tanto que agresión oral, difícilmente se profieren delante de testigos, lo que dificultaría su consideración delictiva. En este sentido, LICARI *art. cit.*, pág. 495.

juicio de que se estableciera un tipo cualificado donde el resultado (daños efectivamente producidos) se tuvieran en cuenta para determinar la gravedad de la conducta y de la correspondiente pena.

Esta es la solución adoptada en algunos ordenamientos comparados⁷³ y la que se propone en nuestro país de forma generalizada, siendo significativa la opinión favorable manifestada en determinados ámbitos profesionales especialmente cualificados⁷⁴. Con ello, la protección penal del acoso moral sería parangonable a la dispensada al acoso sexual en el art. 184 CP.

El acoso moral como falta laboral

Al margen de los supuestos de acoso moral descendente en los que el sujeto activo es el empresario (*bossing*), es relativamente frecuente que las conductas de acoso provengan de «compañeros», sean éstos superiores jerárquicos (directivos, mandos intermedios) o no (acoso horizontal). En estos casos, la proliferación de los actos de acoso va a depender, en gran medida, de la organización del trabajo y de los métodos de gestión de personal existentes, lo que, en última instancia, nos lleva a la necesidad de fiscalizar el ejercicio del poder directivo en la empresa u organización productiva.

Si, como hemos apuntado, la obligación general de prevención impone al empresario una conducta activa frente al fenómeno del acoso, de modo que se garantice un ambiente laboral libre y sano, donde estas prácticas no tengan posibilidad de desarrollarse, parece que, además de las medidas preventivas a adoptar (principalmente dirigidas a la mejora de los aspectos organizativos y de gestión) y, como complemento a las mismas, el ejercicio del poder disciplinario deviene un instrumento coadyuvante de singular importancia en la consecución de aquél objetivo.

La sanción disciplinaria que, en los casos más graves, podría ser el despido, se erige en un indudable elemento disuasorio que vendría a corroborar la voluntad de la dirección de la empresa de no permitir la existencia de situaciones de acoso. La materialización de esa inequívoca voluntad podría llevarse a cabo, a efectos pedagógicos, mediante su incorporación en el idea-

⁷³ Entre otros, el francés (v. el nuevo art. 222-33-2 del código penal, introducido por la Ley 2002-73, de 17 de enero de 2002, de Modernización Social) y el belga (donde la reforma practicada por la Ley de 30/10/98, introdujo un nuevo artículo en el código penal, el 442 bis, con penas específicas para los autores de acoso). Un comentario de esta última reforma, en LICARÍ, *art. cit.*, pág. 506.

⁷⁴ Es el caso de la Fiscalía del TSJ de Andalucía que, en su Memoria Anual correspondiente al año 2001, se mostraba favorable a incluir en el ámbito penal las formas más graves de acoso moral, lo que vendría corroborado por «la aportaciones del más reciente derecho penal a la protección de la incolumidad moral o de la dignidad personal».



rio ético de la empresa (código de conducta). Pero, para reforzarla, nada mejor que trasladar cualquier transgresión de esos deberes de conducta que se han hecho explícitos al régimen disciplinario del convenio colectivo.

Por exigencias del principio de tipicidad (que, aunque con menor intensidad, también vincula el ejercicio del *ius puniendi* del empresario), las conductas de acoso susceptibles de sanción deben quedar perfectamente descritas en las correspondientes faltas laborales. En las mismas se deberá proceder a una diversificación de las conductas en función de la gravedad de las mismas y del grado de participación (autoría, complicidad, etc.) de aquéllos que han propiciado la situación de acoso. La proporcionalidad exigible en la configuración de todo régimen disciplinario a la hora de anudar conductas y sanciones, llevaría, en última instancia, a contemplar el despido como sanción frente a las conductas más graves y reprobables, siendo un elemento especialmente relevante a tales efectos, tanto la perversidad de los actos con los que se ha materializado la intencionalidad dañina del agresor o agresores, como la especial situación de vulnerabilidad e indefensión de la víctima (derivada, bien, de su pertenencia a un determinado colectivo, bien, por la precariedad de su vinculación laboral).

Además de esta regulación convencional, la intervención del legislador en la materia sería no sólo conveniente, sino exigible. En primer lugar, porque, salvo que se articule un mecanismo (legal o convencional) que haga obligatoria la inserción del castigo frente al acoso en el régimen disciplinario del convenio, ésta no deja de ser una eventualidad que, en última instancia, dependerá de la voluntad de los sujetos negociadores de la norma colectiva. En segundo lugar, por razones de coherencia y sistemática, el despido por acoso moral debería contemplarse junto al resto de las causas enumeradas en el art. 54 ET, donde quedarían explícitamente recogidas las conductas típicas y los elementos de las mismas que las cualifican y, por ello, justifican el recurso a la mayor sanción disciplinaria. Las alternativas a esta regulación específica en el art. 54 ET (que debería ser extensiva al acoso sexual) no son convincentes. Ni la posible reconducción del acoso moral a alguna de las causas ya previstas en dicho precepto (señaladamente, a la transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza, o la relativa a las ofensas verbales o físicas), ni la reciente introducción⁷⁵ del despido por acoso discriminatorio (54.2.g ET) resuelven satisfactoriamente la cuestión pues no son soluciones idóneas para aprehender toda la complejidad del fenómeno.

⁷⁵ Por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (ley de acompañamiento a los presupuestos generales del Estado para 2004), art. 37. Cinco.

En cualquier caso, la configuración del acoso como falta laboral, a pesar de las ventajas apuntadas, tiene un alcance limitado y sólo puede concebirse como instrumento complementario en el diseño global de la protección frente al acoso moral. Su principal inconveniente proviene del hecho de que el uso por parte del empresario de sus facultades disciplinarias es discrecional, lo que planteará problemas de eficacia sobre todo en aquéllos supuestos, nada infrecuentes, en los cuales el acosador es un mando intermedio o directivo que, *a priori*, puede gozar de mayor confianza por parte del empresario.

5.2.3. *El acoso moral y la tutela procesal*

Con el presupuesto de la configuración de un marco normativo *sustantivo*, el derecho *adjetivo* también precisa de una intervención legal (no cabe otra, como se sabe, al ser materia de orden público) para acomodar su estructura a las exigencias funcionales que impone el diseño de un marco de protección global frente al acoso.

Las principales vías de actuación en este ámbito deben ir dirigidas a paliar en lo posible uno de los grandes escollos que plantea la defensa jurídico-procesal frente al acoso: la acreditación de la prueba. En efecto, como se sabe, las dificultades probatorias constituyen un problema común a todo tipo de acoso, sea sexual o moral. Pero en el caso del acoso moral tales dificultades se acentúan considerablemente dada la complejidad del fenómeno, donde concurren una serie de conductas de diversa índole que, tomadas aisladamente, pueden considerarse anodinas, de modo que sólo su encadenamiento en el tiempo desde una perspectiva teleológica les da una unidad de sentido susceptible de ser jurídicamente relevante.

En tales circunstancias, la inversión de la carga probatoria, solución justificada en base a los derechos afectados, y habitualmente contemplada en derecho comparado⁷⁶, supone un indudable avance, pero deja incólume otras cuestiones no menos relevantes. Entre ellas, las dificultades en la recopilación de los indicios o testimonios favorables a la víctima de acoso, habida cuenta del aislamiento e incomunicación que suele padecer durante todo el proceso. Se hace necesario, en consecuencia, una regulación protectora de los testigos que, de algún modo, garantizara que no va a sufrir represalias por testificar contra la empresa o sus compañeros de trabajo⁷⁷.

⁷⁶ Así, en el ordenamiento francés, v. art. 122-52 CT.

⁷⁷ V. gr. el caso de la regulación francesa, arts. L:122-49 a L-122-54 (introducidos por la Ley núm. 2002-73 de Modernización social de 17 de enero de 2002): «ningún trabajador puede ser objeto de acoso mediante la degradación deliberada de sus condiciones de trabajo. Ningún trabajador puede ser sancionado ni despedido por haber testificado por acciones de



Por otra parte, la actividad probatoria de la víctima (prueba de indicios) no sólo debe ir dirigida a acreditar el conjunto de agresiones y de actos de hostigamiento sufridos, sino también la intención dañina de las mismas, lo que es especialmente problemático cuando tales actos se encuentran «amparados» en el uso (aún desviado) del poder de dirección empresarial.

En cualquier caso, la configuración del acoso moral como un ilícito de actividad (no de resultado) limita la prueba de indicios a las conductas que acrediten la intencionalidad dañina de los actos de hostigamiento, sin que sea preciso probar el eventual daño producido. En consecuencia, si, como hemos apuntado, el daño no es exigible para entender cometido el ilícito en que consiste el acoso moral⁷⁸, la acreditación del daño, de producirse, sólo sería exigible, junto al nexo causal⁷⁹ para solicitar la reparación del mismo, sea en el ámbito civil o prestacional público (calificación como accidente de trabajo y, eventualmente, derecho al recargo de prestaciones)⁸⁰.

5.2.3. *El acoso moral y la autotutela colectiva*

En claro contraste con la encomiable labor de tutela llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, se constata una evidente debilidad de los mecanismos de autotutela colectiva. Esto no significa que no haya una clara conciencia sindical de la necesidad de atajar el fenómeno. Antes al contrario, por parte de las grandes confederaciones sindicales se han adoptado una serie de medidas, principalmente, de índole informativa, dirigidas a ese objetivo. El problema es que, salvo supuestos excepcionales, dicho propósito no se ha traducido en iniciativas concretas en las empresas, donde continúan sin articularse mecanismos de control sindical frente a la evidencia y trascendencia del fenómeno. La inercia de la acción sindical, su burocratización creciente o, incluso, la falta de iniciativa de la misma, siempre al paio

finidas en el párrafo precedente o por haberlas relatado. Toda ruptura del contrato de trabajo que aconteciera por ello, toda disposición o todo acto de represalia sería nulo de pleno derecho» (L-122-49).

⁷⁸ De ahí que haya que relativizar el valor probatorio de los informes periciales sobre el estado psíquico de la víctima y dar mayor relieve a los aspectos fácticos y teleológicos de la situación de acoso desarrollada. En esta línea, v. la SJS núm. 3 de Albacete de 30/01/04, comentada por CALDEIRO RUIZ, «A propósito de una sentencia de acoso laboral y de la importancia y alcance de los informes periciales en este tipo de procedimientos», *RL-6/04*, págs. 51 ss.

⁷⁹ Así, entre otras, v. STSJ (Navarra) de 30/04/01.

⁸⁰ En este sentido, la jurisprudencia parece mostrarse inequívoca en la exigencia de probar la relación de causalidad entre el padecimiento psíquico y la situación de acoso laboral. La acreditación debe hacerse en el informe pericial donde se constate la dolencia, no bastando con la mera constatación de la misma (SJS núm. 33 de Madrid de 18/06/02, AS 1667).

de la correspondiente cobertura/promoción legislativa, pueden ser razones que expliquen esta inoperancia generalizada.

En todo caso, y sin perjuicio de la oportunidad de una intervención legal de naturaleza promocional (por ejemplo, introduciendo una nueva competencia específica en el elenco del art. 64.1 ET), el marco jurídico actual hace posible el desempeño por parte de la autonomía colectiva de un papel más incisivo que el desarrollado hasta la fecha.

Por un lado, no se han explorado la enorme potencialidad de la negociación colectiva para el diseño de mecanismos de protección de diversa índole, tanto en el terreno preventivo, como en el de la participación en los instrumentos de control que se arbitren en las empresas o, finalmente, en la instauración de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos⁸¹. En todos estos ámbitos, el reforzamiento del poder representativo de los trabajadores no requiere una intervención legal al respecto. La negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios y acuerdos otorgan el poder normativo suficiente para garantizar la aplicabilidad de las soluciones que se propongan. La experiencia convencional en relación con el acoso sexual, aún siendo bastante mejorable⁸², podría representar un referente para la búsqueda de parámetros de actuación en la materia.

En definitiva, el estímulo legal puede ser conveniente, pero no es imprescindible para acometer esta labor y, en ningún caso, la ausencia de aquél puede servir de argumento para justificar la inactividad en una materia de tanta trascendencia social. En este ámbito, como en otros, el valor de la cultura de la participación como «vacuna preventiva» es incuestionable.

5.2.4. *El acoso moral y la reparación de daños*

Como hemos señalado, desde una perspectiva estrictamente jurídica, una de las características principales del acoso moral es su pluriofensividad. En efecto, los derechos afectados por las conductas lesivas que se suelen aparecer en los procesos de acoso pueden ser diversos, situándose en diferentes esferas de la personalidad de la víctima. Como consecuencia de ello, los daños que eventualmente pueden derivar del acoso también pueden ser de diversa índole, de ahí que el análisis de la responsabilidad de los agresores haya que situarlo en diferentes planos.

⁸¹ En relación con la aplicación de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos a los supuestos de acoso moral, es preciso traer a colación la experiencia francesa. En el art. L.122-54 (introducido por el art. 171 de la Ley de Modernización Social de 17/01/02) se establece un procedimiento de mediación que puede ser instado «por toda persona en la empresa que se considere víctima de acoso moral o sexual».

⁸² Un análisis crítico al respecto en, SERRANO GARCÍA, «Tratamiento del acoso sexual en la negociación colectiva», *RDS-22/03*, págs. 209 ss.



El estudio de la responsabilidad por los daños producidos debe tener en cuenta estos diversos planos, pero, ante todo, debe partir de dos premisas básicas. En primer lugar, como se ha apuntado, no debe olvidarse que el acoso moral se configura tipológicamente como un ilícito de actividad y no de resultado, de modo que, para que se entienda producido, no precisa que se materialice daño alguno. Por tanto, la vulneración de los derechos afectados por las conductas que se integran en el acoso y su potencialidad lesiva para la víctima («puesta en riesgo» de los bienes jurídicos protegidos) son los elementos que, *per se*, integran el ilícito. La producción de daños no es necesaria para la comisión del ilícito y, en consecuencia, para que se deriven las responsabilidades anudadas a esta conducta que, como hemos señalado, pueden ser de orden penal, administrativo o disciplinario. Pero si, además de ello, se verifican tales daños y se acredita la correspondiente relación de causalidad entre éstos y el acoso moral padecido por la víctima, surge una responsabilidad resarcitoria del sujeto activo del acoso que, eventualmente, puede proyectarse sobre las distintas esferas de la personalidad que hayan resultado dañadas.

La segunda premisa que hay que tener en cuenta, como consecuencia de lo anterior, es la compatibilidad entre responsabilidades de diverso orden que, eventualmente, pueden aparecer yuxtapuestas entre sí. En efecto, si como hemos señalado, son diversas las esferas de la personalidad que pueden resultar afectadas, también han de diversificarse (y no confundirse) los diferentes planos de responsabilidad, en la medida en que cada uno va a traer causa de la producción de un daño específico.

Sentado lo anterior, puede afirmarse que el acoso moral puede socavar la integridad del individuo que lo ha padecido en las esferas socioeconómica, moral, psíquica y física. En consecuencia, la verificación de daños en cada una de ellas dará lugar a la correspondiente reparación que, en su caso, sería autónoma e independiente de la que pueda verificarse en otra de las esferas señaladas. En nuestro ordenamiento jurídico, las técnicas de reparación de daños se encuentran diversificadas en función de las parcelas afectadas. A tales efectos, podemos distinguir las contempladas, de modo específico, en el orden social de las previstas, genéricamente, en el orden civil. El fundamento de esta diversificación de técnicas de reparación estaría en la distinción y compatibilidad entre la responsabilidad contractual y extracontractual que, no sin divergencias⁸³, se suelen sustanciar en los órdenes social y civil⁸⁴.

⁸³ Sobre el tema, en general, v. LASAOSA IRIGOYEN, *Delimitación competencial entre los órdenes social y civil de la jurisdicción: un estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

⁸⁴ Sin embargo, pudiendo sustanciarse ambas responsabilidades en el orden laboral, parece que el recurso al orden civil constituye una solución estratégica para conseguir una reparación que es negada sistemáticamente por los órganos jurisdiccionales del orden social.

La reparación de daños en el orden social

Los eventuales daños en la esfera socioeconómica del individuo (es decir, lo que podemos denominar «integridad socioeconómica»), al afectar a su capacidad productiva y concretarse eventualmente en una incapacidad para el desempeño de la actividad laboral o, en su caso, en una pérdida del empleo (por despido o dimisión causal), se deben sustanciar en el ámbito laboral y de la protección social. En un caso y en otro, el ordenamiento jurídico-laboral prevé instrumentos de reparación.

En primer lugar, como se sabe, la pérdida del empleo por dimisión forzada da derecho a una indemnización, la prevista en el art. 50 ET, que se corresponde con la más elevada prevista en nuestro ordenamiento (la establecida, con carácter general, para el despido improcedente, 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades). La reconducción de las conductas de acoso a las causas contempladas en el art. 50.1 ET (bien a la genérica de la letra c) o a la más específica de la letra a)) no plantea serios problemas y se suele admitir de forma generalizada. No obstante, *de lege ferenda*, sería conveniente la introducción de una causa específica referida al acoso moral.

En segundo lugar, la incapacidad laboral por daños físicos o psíquicos ocasionados por la situación de acoso, hace surgir una situación de necesidad (imposibilidad transitoria o permanente para generar recursos para el sustento) que activa la respuesta de nuestro sistema de protección social. Tratándose de patologías íntimamente conectadas con el entorno laboral⁸⁵ y directamente derivadas de conductas desarrolladas y padecidas en el lugar de trabajo, los órganos judiciales han tenido pocas dudas en calificarlas como accidente de trabajo⁸⁶, con la única exigencia de la acreditación del nexo causal entre la situación de acoso y los daños provocados⁸⁷.

En este sentido, críticamente, FERRANDO GARCÍA, «Concurrencia de responsabilidades contractual ex art. 50 ET y aquiliana», *RDS-8/99*, pág. 173. En general, sobre esta problemática y su proyección sobre los supuestos de acoso moral, v. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *El acoso moral en el trabajo. La responsabilidad en el acoso moral en el trabajo*, Difusa, Madrid, 2004.

⁸⁵ MOLINA NAVARRETE, «La tutela frente a la “violencia moral” en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización», *REDT-105/01*.

⁸⁶ Son numerosos los pronunciamientos judiciales al respecto (entre ellas, una de las pioneras, la STSJ de Navarra de 30/04/01), superando así el estancamiento que ha padecido nuestro sistema de Seguridad Social en la definición de los conceptos de enfermedad profesional (art. 116 LGSS) y accidente de trabajo (art. 115 LGSS). Un análisis al respecto en Tolosa Tribiño, *art. cit.*, págs. 17 ss. A esta superación ha contribuido, sin duda, la amplitud con la que se conciben los daños derivados del trabajo en el art. 4.3 LPRL (destacando este dato, CORDERO SAAVEDRA, «El acoso moral u hostigamiento psicológico en el trabajo», *REDT-10/2*, pág. 243).

⁸⁷ Que pueden ser lesiones invalidantes e, incluso, en supuestos extremos, el suicidio. En este sentido, la jurisprudencia francesa (Sentencia del Trib. Sec. Soc. Épinal, de 04/03/00,



Esta calificación, aparte de ser más acorde con la naturaleza de la dolencia y destacar la potencialidad lesiva del acoso, tiene la virtualidad, como se sabe, de establecer una protección más adecuada, al habilitar la vía del pago por el empresario del recargo de prestaciones (*ex art. 123 LGSS*) y, en su caso, de las mejoras voluntarias pactadas en convenio que cubrieran esta contingencia.

La reparación de daños en el orden civil

El resto de los daños señalados, es decir, los que se proyectan sobre la integridad moral, física o psíquica del individuo, se suelen sustanciar en la vía civil⁸⁸ y derivan en un cúmulo de responsabilidades que debe considerarse compatibles entre sí. Esta compatibilidad se pone de manifiesto tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva.

En primer lugar, desde un punto de vista objetivo, la producción de daños en cada una de las parcelas enunciadas, una vez verificado el carácter antijurídico y culposo de las conductas de las que traen causa, y acreditado el nexo causal entre la situación de acoso y el daño, ha de dar lugar a la correspondiente reparación que, obviamente, debe considerarse autónoma e independiente de que la, en su caso, pudiera traer causa de los daños producidos en otra de dichas parcelas. En esta línea argumental se sitúa una consolidada jurisprudencia civilista sobre la responsabilidad aquiliana que, con fundamento en el principio *alterum non laedere*, hace abstracción de la relación jurídica existente entre las partes de un contrato⁸⁹.

En segundo lugar, desde un punto de vista subjetivo, en la medida en que los sujetos activos del acoso pueden ser los propios compañeros de la

cit. por LICARI, *art. cit.*, pág. 502, n. 78) ha reconocido como accidente de trabajo una tentativa de suicidio provocada, según se demostró, por el proceso de defenestación derivado de una situación de acoso moral. En nuestro país también se constatan pronunciamientos en esta línea, todos ellos amparados en la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS. Para un caso concreto, v. la STSJ de Cataluña de 30/05/01, comentada por Tolosa Tribiño, *art. cit.*, págs. 18-19.

⁸⁸ También es usual el recurso a la vía penal *ex art. 116 CP*, de donde se puede derivar la responsabilidad civil, tanto de los autores y cómplices (solidariamente), que pueden ser los compañeros de trabajo de la víctima de acoso, como de los demás responsables (subsidiariamente), entre los cuales, estaría el propio empresario permisivo con este tipo de conductas. La ventaja de la vía penal es la de proporcionar una mayor y más rápida protección de la víctima. El principal inconveniente, sin embargo, es el peligro de un uso abusivo y distorsionado de esta vía que provoque ciertas disfuncionalidades en la protección global frente a las conductas de acoso.

⁸⁹ En este sentido, y con amplia cita jurisprudencial, v. FERRANDO GARCÍA, *art. cit.*, págs. 170 ss.

víctima, cabe que, junto a la responsabilidad de los agresores directos por hechos propios, se derive la responsabilidad del empresario por *culpa in vigilando*. Es decir, habría una yuxtaposición de responsabilidades por los mismos daños ocasionados: la contractual del empresario, por inobservancia del deber general de protección, y la extracontractual de los compañeros agresores derivada de conducta ilícita (*ex art. 1.902 Cc.*)⁹⁰.

El problema de la compatibilidad o no de ambas vías de reparación

A pesar de lo expuesto, hay que destacar que la compatibilidad entre indemnizaciones por acoso moral no es un tema pacífico en la jurisprudencia y en la doctrina especializada. Una de las vertientes más polémicas sobre la admisibilidad o no de la yuxtaposición de responsabilidades y/o indemnizaciones, se centra en la compatibilidad entre las que se derivan de la ruptura forzada del contrato (*ex art. 50 ET*) y las que exigen la reparación de los daños morales producidos. En este sentido, no obstante la existencia de pronunciamientos que, en buena lógica, separan los bienes jurídicos afectados y, por ende, la diferente naturaleza del daño provocado en cada caso⁹¹, parece imponerse últimamente una línea jurisprudencial de signo opuesto proclive a considerar que la indemnización laboral engloba todo tipo de daños producidos sin que, en consecuencia, sea admisible una eventual yuxtaposición con otro tipo de indemnizaciones⁹².

Sin embargo, como se ha apuntado, la eventual concurrencia de daños que se proyectan sobre distintas parcelas de la personalidad del trabajador (algo habitual en los supuestos de acoso) deben dar lugar a distintos tipos de indemnizaciones, en la medida en que traen causa de daños de diversa índole. En el caso del art. 50 ET se ha venido entendiendo por nuestros tribunales que lo que se indemniza es únicamente la pérdida injustificada de empleo⁹³

⁹⁰ Sobre el tema, en general, v. MORENO DEL TORO, *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*, CES, Madrid, 1999.

⁹¹ Es el caso de la SJS núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife de 24/02/03, donde, además de la indemnización prevista en el art. 50 ET, se reconocen las que reparan los daños morales y psíquicos causados, una vez acreditada la conexión causal con la conducta empresarial.

⁹² V., en este sentido, la reciente STS de 11/03/04. Una lúcida crítica de la misma en, MOLINA NAVARRETE, «La compatibilidad de indemnizaciones por “acoso moral” cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión aún pendiente de unificación de doctrina», *RDS-26/04*, págs. 139 ss. Para este autor, al margen de la crítica de fondo, uno de los «efectos colaterales» de esta doctrina judicial es la «huida de la jurisdicción social», principalmente, hacia la civil, más proclive a la compatibilidad entre responsabilidades e indemnizaciones.

⁹³ Un análisis de dicha doctrina en, PENDÁS DÍAZ, *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, ACARL, Madrid, 1992. Asimismo, DE MIGUEL LORENZO, *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas Madrid, 1993.



y, consiguientemente, el daño que la conducta ilícita, grave y culpable del empresario provoca sobre la situación socioeconómica del trabajador.

Pero junto a ese daño específico, cabe que se acrediten otros, de índole psíquica o moral, que deben ser objeto de una indemnización autónoma e independiente de aquélla, con el único requisito de la verificación del nexo causal entre la conducta del empresario y los daños de ella derivados⁹⁴. Prueba de esta autonomía entre uno y otro título indemnizatorio es que la prevista en el art. 50 ET procede en todo caso, haya o no otro tipo de daños, de modo que, si no se reconociera la yuxtaposición entre la indemnización laboral y la civil, se estaría «*exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas por una indemnización que sólo cubre el daño derivado de la extinción del contrato*»⁹⁵. Por otra parte, en la medida en que el daño moral puede traer causa de una vulneración de un derecho fundamental y, por tanto, encontrar reparación *ex art.* 180.1 LPL (si se verifica tal daño⁹⁶), una eventual incompatibilidad de una y otra indemnización «*constituiría un despropósito, ya que estas agresiones quedarían menos protegidas que otras de menor entidad*»⁹⁷.

Este resultado, obviamente, traería consigo un relativo «abaratamiento» del acoso, pues los daños ocasionados intencionalmente sobre la víctima, a menudo gravísimos, quedarían sin reparación y sin penalización, lo que limitaría ostensiblemente el carácter disuasorio que deben tener las indemnizaciones por acoso⁹⁸.

5.3. Las fuentes de ordenación del acoso moral en el trabajo y su articulación

Al margen de los ámbitos de intervención normativa reservados al Estado, principalmente, por formar parte del llamado «orden público laboral»

⁹⁴ Así se pronuncia la STS (Sala I) de 10/04/99, comentada por FERRANDO GARCÍA, *art. cit.* págs. 163 ss.

⁹⁵ Voto particular del Magistrado DESDENTADO BONETE a la mencionada STS de 11/03/04.

⁹⁶ Sobre la exigencia de acreditar el daño moral en estos supuestos, no bastando únicamente con la vulneración del derecho fundamental, v. la STSJ de Madrid de 03/04/02, comentada por GIL ABULQUERQUE, «Matizaciones en torno a la compatibilidad de la indemnización por daños derivados de la vulneración de un derecho fundamental y la indemnización por extinción causal del contrato de trabajo», *RDS-18/02*, págs. 209 ss.

⁹⁷ SJS Madrid núm. 31 de 15/10/01, comentada en SÁNCHEZ CASTILLO, «Indemnización por vulneración de un derecho fundamental e indemnización por extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador: dos conceptos compatibles», *RDS-16/01*, págs. 187 ss.

⁹⁸ En este sentido, apostando por una sustancial elevación del *quantum* indemnizatorio, MOLINA NAVARRETE, «El acoso moral en el trabajo: una perspectiva jurídica», *conferencia*

(tutela penal y administrativa, garantías procesales, protección social pública), en la ordenación normativa del acoso moral existe un amplio campo de actuación para la negociación colectiva⁹⁹. En efecto, la virtualidad ordenadora de la negociación colectiva en la materia se deriva, principalmente, de su ductibilidad y capacidad de adaptación a las peculiaridades de cada actividad u organización productiva. De este modo, todo un elenco de materias clave en el diseño de la protección frente al acoso (régimen disciplinario, organización del trabajo, prevención de riesgos, participación de los trabajadores, solución extrajudicial de conflictos, entre otras) encontraría en la negociación colectiva un cauce privilegiado de regulación jurídica.

Teniendo en cuenta las ventajas señaladas, podríamos llegar a la conclusión de que, entre los diferentes instrumentos normativos de la negociación colectiva (fuentes formales), es el convenio de empresa y, eventualmente, el acuerdo de ese mismo ámbito, el que gozaría de un mayor protagonismo en la ordenación jurídica de la prevención y protección frente al acoso moral¹⁰⁰. Y, ciertamente, así es, en relación con determinados aspectos susceptibles de ser regulados de modo más específico atendiendo a las particularidades de cada empresa u organización productiva¹⁰¹.

pronunciada en la Universidad Carlos III de Madrid, el 18/04/04, en el marco del Seminario sobre Acoso Moral en el Trabajo, organizado al amparo del Proyecto de investigación BJU2003-04281.

⁹⁹ V., a título ilustrativo, el papel asignado a la negociación colectiva por el *Proyecto de repertorio OIT*, págs. 7 y 8.

¹⁰⁰ En esta materia, son dignos de mención los llamados «acuerdos de calidad de clima» a nivel de empresa, cada vez más frecuentes en los países de nuestro entorno. Algunos ejemplos interesantes de estas prácticas los podemos encontrar en Italia, donde destaca el *Convenio sobre la prevención del acoso sexual, el acoso moral y la discriminación*, del Servicio de Transporte Público de Turín. Igualmente, en Alemania se pueden citar el *Convenio Colectivo sobre conducta equitativa en el trabajo de Volkswagen S.A. de 1997*; o el *Convenio Colectivo para el Aeropuerto de Francfort de 22/03/02, sobre bullying y el comportamiento racista*; o el *Convenio Colectivo para los empleados del ayuntamiento de Munich, de 14/10/97, sobre bullying*. Asimismo, en Dinamarca hay que reseñar el *Convenio Colectivo de la empresa Bram de 2001, dirigido a combatir el acoso moral*. Entre nosotros, podemos traer a colación el reciente (en vigor desde el 1 de enero de 2004) *Acuerdo entre la Universidad del País Vasco/EHU y las organizaciones sindicales sobre prevención en materia de acoso*, de cuyo contenido hay que destacar el conjunto de medidas de prevención y solución frente a los supuestos de acoso que se establecen y, asimismo, el carácter minucioso y pormenorizado en la definición de las conductas y procedimientos a seguir por los afectados y la propia administración universitaria. Sin duda, constituye un ejemplo a seguir, tanto en el ámbito universitario como, en general, en el resto de la Administración Pública.

¹⁰¹ En este sentido, por su especificidad, es digno de ser subrayado (aparte de los anteriormente citados) el *Convenio colectivo sobre la prevención y solución de reclamaciones en materia de acoso* suscrito entre La Oficina Internacional del Trabajo y el Sindicato de la OIT con fecha de 26/02/01.



Pero ello no es óbice para poner de relieve la idoneidad de otros niveles de negociación más centralizados para la ordenación general de determinadas materias, precisamente aquéllas que, por su propia naturaleza, requieran un mayor poder negociador por parte de los sindicatos y, además, consientan y/o precisen una cierta uniformidad normativa. En este sentido, como quiera que la naturaleza o características de cada actividad o rama de producción va a proyectar su impronta sobre los modelos organizativos que adoptan las empresas dedicadas a dicha actividad, es posible que los aspectos susceptibles de regulación vinculados a dichas peculiaridades permitan el establecimiento de una ordenación general en un convenio de sector o subsector. Por otra parte, nada impediría que los principios de ordenación aplicables a los diversos ámbitos de intervención normativa (prevención, representación, estructura de la negociación colectiva, solución extrajudicial de conflictos), pudiesen establecerse mediante un acuerdo interprofesional *ex art. 83.2 y 3 ET* que, a grandes rasgos, diseñara el papel de la negociación colectiva en la juridificación de las distintas parcelas en las que se puede desglosar la protección frente al acoso moral en el trabajo ¹⁰².

La articulación de estos diferentes niveles de negociación se llevaría a efecto a través de las técnicas habitualmente utilizadas en la ordenación autónoma de la estructura de la negociación colectiva. En consecuencia, el establecimiento de relaciones de colaboración internormativa, tales como las de complementariedad, suplementariedad, supletoriedad o exclusión entre los distintos tipos de convenios y acuerdos se hará conforme a criterios de oportunidad teniendo en cuenta cada una de las materias o aspectos a regular en cada caso en correspondencia con el ámbito negocial que se considere más idóneo.

Sin perjuicio de ello, a pesar de que la efectividad en la aplicación de las medidas que se diseñen dependerá, en gran medida, del rigor técnico empleado en su configuración normativa, en última instancia, será determinante la labor de control que ejerzan tanto los sindicatos, como la Inspección de Trabajo o, en su caso, la Fiscalía.

6. EL ACOSO MORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como invariablemente ponen de manifiesto los datos estadísticos, las relaciones de producción (laborales o de servicio) en el ámbito de las Ad-

¹⁰² Ejemplos de este tipo de negociación en la experiencia comparada, lo encontramos en Dinamarca con el Acuerdo nacional en materia de Medio Ambiente de Trabajo (comprende el *bullying* y el acoso) entre la Confederación de Empleadores DA y la Confederación de Sindicatos LO (2001).

ministraciones Públicas constituyen un terreno abonado para la proliferación del acoso moral. Entre las razones que pueden explicar esta mayor incidencia relativa en el sector público, se han apuntado los déficit organizacionales de los que, estructuralmente, adolece la Administración (excesivo margen de discrecionalidad y/o arbitrariedad en las decisiones en materia de gestión del personal, lo que provoca la ausencia de control de los abusos de poder y, en consecuencia, la falta de responsabilidad y la impunidad en la que se mueven los agresores)¹⁰³. Estos déficit son especialmente acusados en aquellas administraciones dotadas de autonomía organizativa y funcional, al crearse una especie de «compartimentos estancos» que, en ocasiones constituyen un caldo de cultivo propicio para el desarrollo de este tipo de prácticas perversas, a la vez que dificulta enormemente su erradicación.

Pero, además de ello, también influyen factores como la relativa estabilidad del empleo (especialmente, en el caso de los funcionarios), que convierte al acoso en una estrategia para provocar la «autoexpulsión», o la habitual falta de responsabilidad de quienes provocan o permiten el despido económico que va inescindiblemente ligado a los casos de acoso (falta de productividad general, mantenimiento en situación de inactividad a la víctima, pago de indemnizaciones a cargo de presupuestos públicos sin reclamación de responsabilidad patrimonial al agresor)¹⁰⁴.

Sea como fuere, la proliferación del acoso en el ámbito público es un hecho contrastado que, al margen de la penosa situación en la que pueden encontrarse las víctimas (lo que está en función directamente proporcional a la propia perversidad del agresor y a la eventual impunidad con la que percibe su actuación), plantea el problema añadido de las repercusiones sobre la eficiencia del servicio a prestar a los ciudadanos. Todo ello sin contar con la profundidad inmoralidad que supone el hecho de que estas conductas sean más frecuentes en un ámbito, el del servicio público a los ciudadanos, donde, paradójicamente, deben observarse los mayores escrúpulos en la asunción y cumplimiento de los valores, principios y derechos fundamentales sobre los que se asienta nuestro modelo de convivencia¹⁰⁵.

Para remediar esta situación, la reforma del régimen en el que se desarrollan las relaciones laborales o de servicio deviene una tarea insoslaya-

¹⁰³ A efectos descriptivos, son bastante ilustrativos los trabajos de campo que se están llevando a cabo sobre la materia. Por ejemplo, el realizado por RUBIO MONTEJANO, «Etnografía del *mobbing* en un departamento de la Administración Pública» CRL-20/02, págs. 303 ss.

¹⁰⁴ Destacando esta ausencia de responsabilidad del acosador institucional, v. la SJS núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife de 24/03/03.

¹⁰⁵ Como acertadamente se ha señalado, las conductas de acoso constituyen «un verdadero paradigma de cómo no debe actuar un poder público en un Estado de Derecho» (STS (Sala 3.ª) de 23/07/01 (AS 8027)).



ble ¹⁰⁶. Y ello, desde una doble perspectiva. Por un lado, mediante el reforzamiento de las garantías individuales y colectivas para prevenir y, en su caso, denunciar los casos de acoso, lo que conllevaría una reforma, a nivel de principios, en los respectivos estatutos profesionales (ET y Estatuto de la Función Pública, señaladamente). Pero, por otro lado, para erradicar el problema o, al menos, situarlo en su mínima expresión, no pueden dejar de acometerse las reformas estructurales necesarias que hagan de la organización y gestión del personal en el ámbito público, una esfera transparente, reglada y sometida a controles eficaces ¹⁰⁷, de modo que no tengan cabida (so pena de incurrir en todo tipo de responsabilidades, tanto patrimoniales como disciplinarias, sin descartar, en su caso, las penales) las conductas de los acosadores ¹⁰⁸. Sólo de este modo, es decir, limitando la sensación de impunidad de quienes, eventualmente (y por razones de índole más o menos psicopatológica), pueden desarrollar una conducta agresiva contra compañeros o subordinados, será posible frenar el desarrollo de lo que, sin duda, constituye una de las mayores lacras de la Administración Pública.

¹⁰⁶ Por las razones expuestas con anterioridad, no puede estimarse satisfactoria la inclusión del que hemos denominado «acoso discriminatorio» en el ámbito de la Función Pública; en concreto, a través de los arts. 31.1.b. de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (Ley 30/1984, de 2 de agosto) y 63.1 de la Ley de Funcionarios Civiles de Estado (D. 315/1964, de 7 de febrero), ambos introducidos por la Ley 62/2003, de 20 de diciembre (arts. 50.6 y 51.1, respectivamente).

¹⁰⁷ Entre ellos, no es posible desdeñar el que puede desempeñar la Inspección de Trabajo, superando, por carentes de fundamento, sus actuales limitaciones, corroboradas recientemente por el RD 707/2002. Una lúcida crítica al respecto en MOLINA NAVARRETE, «Del “silencio” de la ley a la “ley del silencio”: ¿quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el acoso moral en las Administraciones Públicas?», *RTSS (CEF)* 242/03, págs. 3 ss.

¹⁰⁸ En este sentido ha sido acometida la reforma de la legislación de funcionarios (L. 83-634 de 13/07/83) en el ordenamiento francés (v. art. 178 de la Ley de Modernización Social).





EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO MECANISMO DE CONTROL DE LAS INJERENCIAS EN EL DERECHO DE HUELGA

ESTHER CARRIZOSA PRIETO

Becaria FPDI

Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

El principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las limitaciones en el ámbito de los derechos fundamentales ha adquirido, en virtud de su aplicación por el Tribunal Constitucional, una particular importancia en el Derecho del Trabajo. La doctrina constitucional relativa a los derechos fundamentales inespecíficos ha liderado la extensión del principio al ámbito de las relaciones privadas, otorgándoles la eficacia que les corresponde de conformidad con la norma suprema. Existe, por tanto, una estrecha vinculación entre la eficacia de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.

El estudio que realizamos se dirige a poner de manifiesto una pequeña fractura en esa relación cuando la jurisprudencia constitucional recae sobre el derecho de huelga, un derecho de conflicto que tiene como ámbito propio de actuación, aunque no exclusivo, el de las relaciones entre privados. Partiendo de esta base, analizaremos la doctrina constitucional sobre el derecho de huelga, con objeto de constatar hasta qué punto la eficacia del mismo, bien sea frente a los poderes públicos o respecto al empresario, conlleva la aplicación del principio.

ÍNDICE

1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES
2. LAS INJERENCIAS DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL DERECHO DE HUELGA
 - 2.1. Las limitaciones legislativas
 - 2.2. Las limitaciones administrativas
3. LAS INJERENCIAS EMPRESARIALES EN EL DERECHO DE HUELGA
 - 3.1. Los avances en la aplicación del principio: La doctrina de los derechos fundamentales inespecíficos
 - 3.2. La aplicación parcial del principio en el derecho de huelga
 - 3.2.1. Las restricciones del derecho de huelga como consecuencia del ejercicio del poder disciplinario y del poder de policía
 - 3.2.2. Las restricciones del derecho de huelga como consecuencia del ejercicio del poder de organización empresarial
4. VALORACIÓN FINAL

1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La evolución en la dogmática de los derechos fundamentales, protagonizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en adelante TC, en la década de los noventa, ha tenido como elemento nuclear el principio de proporcionalidad. Dicho principio, importado de la doctrina alemana¹, constituye un mecanismo para evitar las intromisiones arbitrarias en la esfera de los derechos fundamentales, tanto cuando éstas provienen de un poder público como de un poder privado². De esta forma, se convierte en elemento determinante para los jueces y tribunales, especialmente para el TC, a la hora de valorar la legitimidad de las injerencias en los derechos fundamentales.

El contenido del principio se centra en analizar la forma en que se realiza la limitación del derecho afectado en relación con el bien, valor o interés que se pretende proteger. Para que la medida restrictiva del derecho sea constitucionalmente legítima ha de respetar las exigencias del principio de proporcionalidad, a saber: que esté justificada por la protección de un derecho o bien constitucionalmente garantizado (principio de equivalencia de los bienes y derechos en conflicto); que sea apta o adecuada para conseguir

¹ KLUTH, W., «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho Alemán», *Cuadernos de Derecho Público*, núm 5, INAP, 1998.

² La aplicación del principio en el ámbito privado se descarta por BARNÉS VÁZQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad...» *op. cit.*, pág. 68; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses en el derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 26. Mostrando algunas reticencias, MEDINA GUERRERO, M., «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», en *Cuadernos de Derecho Público*, *op. cit.*, págs. 119 y ss.

la protección del otro bien o derecho constitucional parte en el conflicto (principio de idoneidad); que se trate de una medida imprescindible en el sentido de que siendo una alternativa eficaz para conseguir la finalidad sea, entre las posibles, la menos lesiva para el derecho fundamental (principio de necesidad); y, por último, que exista un cierto equilibrio entre los beneficios que obtienen los bienes y derechos que justificaron la restricción y el perjuicio sufrido por el derecho que ha sido objeto de la misma (principio de proporcionalidad en sentido estricto)³.

Propugnar la aplicación del principio de proporcionalidad como límite a las injerencias sobre los derechos fundamentales implica asumir la eficacia inmediata de los mismos en el ámbito en que estén llamados a desenvolverse⁴. En nuestro país, al igual que ha ocurrido en otros de nuestro entorno, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales ha constituido un tema muy controvertido en la doctrina científica, sobre todo cuando se trata de extender su eficacia al ámbito privado y, como parte integrante del mismo, a la relación de trabajo⁵.

³ Realmente, el denominado «principio de equivalencia de los bienes y derechos en conflicto» no estaría integrado en el principio de proporcionalidad en sentido amplio, sino que sería una condición previa para la aplicación del mismo. En este sentido, MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 128; PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, págs. 189 y ss. La jurisprudencia constitucional también lo entiende así: SSTC 55/1996, de 28 de marzo (F. J. 7.º); 37/1998, de 17 de febrero (F. J. 5.º) y 161/1997, de 2 de octubre (F. J. 10.º). En cuanto al resto de criterios que engloba el principio y la forma de aplicación, por todas, SSTC 66/1995, de 8 de mayo (F. J. 5.º); STC 42/2000, de 14 de febrero (F. J. 2.º). Para un estudio exhaustivo del principio, además de los mencionados, LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I., *El Principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988; GONZÁLEZ BEILFUS, M., *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003; BERNAL PULIDO, C., *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003.

⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia», *RL*, núm. 22, 2003, pág. 3; QUADRA-SALCEDO, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 74.

⁵ Aunque la mayoría de la doctrina se inclina a favor de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, la cuestión debatida es si esa eficacia es mediata o inmediata. A favor de una eficacia mediata o indirecta se pronuncian EMBID IRUJO, A., «El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado», *REDA*, núm. 25, 1980, págs. 204 y ss.; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Constitución Española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Fernando Torres, Valencia, 1981, pág. 37. En cambio, abogan por la teoría de la eficacia inmediata, QUADRA-SALCEDO T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales...*, *op. cit.* pág. 65 y ss.; PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 22 y 23; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, págs.

En este sentido, la doctrina considera, como no podía ser de otra forma, que existen determinados derechos fundamentales que tienen su ámbito propio de actuación en la relación laboral; es lo que ocurre con los derechos fundamentales específicamente laborales, huelga y libertad sindical. Sin embargo, tradicionalmente no se ha predicado la misma eficacia de los denominados «*derechos fundamentales inespecíficos*»; éstos son el conjunto de derechos fundamentales que corresponden al trabajador como persona y que, por su condición de trabajador por cuenta ajena, son susceptibles de ser limitados al desarrollar su actividad en una organización compleja, la empresa, donde la otra parte de la relación laboral está dotada de unos especiales poderes, en cuanto tal, pero también como titular de la organización productiva⁶.

Con respecto a estos últimos, si bien es cierto que algunos sectores doctrinales siguen negando su vigencia directa en la empresa y, por tanto, la aplicación del principio de proporcionalidad⁷, no lo es menos que los últimos pronunciamientos del TC abogan claramente por la misma y, como consecuencia de ello, por la aplicación del principio como límite a las decisiones empresariales que puedan incidir sobre los derechos fundamentales del trabajador⁸.

268 y ss.; PALOMEQUE LÓPEZ, C., «El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo», *DL*, núm. 8, 1983, pág. 17; MOLINA NAVARRETE, C., «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales», *RTSS*, núm 3, 1991, pág. 68; MARTÍN VALVERDE, A., «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *RPS*, núm. 137, 1983, págs. 128 y ss.; VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona...», *op. cit.*, pág. 3; GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*, Cuadernos de Civitas, Madrid, 1986, pág. 49.

⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1991, pág. 31.

⁷ No obstante, existen autores que aun admitiendo la eficacia directa de los derechos fundamentales en la empresa no consideran aplicable el principio en toda su extensión. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes...*, *op. cit.*, págs. 26, 105 y ss.

⁸ El reconocimiento general del principio en el ámbito privado se encuentra en la STC 85/1992, de 8 de junio (F. J.8.º), en la que el TC analiza un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor: «*En este punto es importante destacar que, al efectuar la ponderación, debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho cuya condición de canon de constitucionalidad, reconocida en Sentencias del más variado contenido (SSTC 62/1982, 35/1985, 65/1986, de 22 de mayo, 160/1987, de 27 de octubre, 6/1988, 19/1988, de 16 de febrero, 209/1988, de 10 de noviembre, 37/1989, de 15 de febrero, 113/1989, de 22 de junio, 138/1989, 178/1989, de 2 de noviembre y 154/1990) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares, y así lo declara la STC 37/1989, de 15 de febrero, "en la que se hace referencia a la reiterada doctrina según la cual la regla de la pro-*



Ante los avances producidos en este ámbito a resultas de la jurisprudencia del TC, cabe plantearse las líneas que ha seguido o está siguiendo esta jurisprudencia cuando de derechos fundamentales específicos se trata. Y ello porque, como ya hemos advertido, la exigencia del principio respecto de cualquier medida susceptible de lesionar el derecho está íntimamente ligada a la cuestión de la eficacia de los mismos.

Por ello, el estudio que vamos a desarrollar se centra en el derecho fundamental de huelga, el derecho colectivo por antonomasia. Se trataría de examinar, siguiendo la línea jurisprudencial en el ámbito de los derechos inespecíficos, en qué medida y con qué matices se aplica el principio en la doctrina del TC sobre el mencionado derecho. En este sentido, consideramos que se pueden estar produciendo disfunciones en la vigencia de los distintos derechos fundamentales en la relación laboral. Frente a la revitalización del contrato de trabajo como instrumento para regular las condiciones de trabajo y, como consecuencia de ello, la afirmación de los derechos fundamentales (inespecíficos) en la relación contractual, parece haberse producido un cierto descuido respecto de aquellos derechos, que desde su plasmación constitucional se configuran como esenciales en el sistema de relaciones laborales, derecho de huelga y libertad sindical⁹.

Ante esta perspectiva, estimamos que ambos derechos, como manifestaciones directas del *ius resistendiae* del trabajador, constituyen instrumentos imprescindibles de los trabajadores para hacer frente a las modificacio-

porcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental». En cuanto a supuestos de aplicación concreta, SSTC 186/2000, de 10 de julio y 98/2000, de 10 de abril, con respecto al derecho a la intimidad del trabajador; 202/1999, de 8 de noviembre, relacionando el derecho a la intimidad con la libertad informática.

⁹ Así, en la evolución del tratamiento por la jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales, podemos observar cómo, en los primeros pronunciamientos, toda limitación a un derecho fundamental requiere justificación y razonabilidad sin que se produzca, en líneas generales, una fractura importante entre los mismos. En un estadio posterior se empiezan a percibir diferenciaciones importantes; por un lado, las limitaciones a los derechos fundamentales inespecíficos se enfocan desde el prisma de la proporcionalidad en sentido amplio [SSTC 66/1995, de 8 de mayo (F. J. 5.º); 202/1999, de 8 de noviembre (F. J. 5.º); STC 98/2000, de 10 de abril (F. J. 6.º, 7.º y 9.º)], mientras que las injerencias en los derechos específicamente laborales se siguen resolviendo mediante la exigencia de justificación y razonabilidad [libertad sindical, SSTC 75/1992, de 14 de mayo (F. J. 3.º); 183/1992, de 16 de noviembre (F. J. 7.º)], o mediante la figura del abuso de derecho [huelga, SSTC 11/1981 de 8 de abril F. J. 10.º); 26/1981, de 17 de julio (F. J. 13.º)]. Sin embargo, también hay que advertir, por otro lado, que parece estar produciéndose un cauce de conexión a través de la doctrina del despido nulo, donde para demostrar la legitimidad de la medida empresarial, sea o no despido, ha de demostrarse la adecuación y necesidad con respecto a la finalidad legítima perseguida [SSTC 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 5.º), 66/2002, de 21 de marzo (F. J. 3.º)].

nes que se están produciendo en el sistema económico y productivo y, como reflejo, en el ordenamiento jurídico laboral. Se trataría de revitalizar su función para hacer frente a aquellos cambios que vayan más allá de una simple adaptación del Derecho del Trabajo a las exigencias de competitividad entre las empresas, dirigiéndose a cerciorar instituciones nucleares y tambalear los fines del mismo¹⁰. En definitiva, es necesario preservar el derecho de huelga y la libertad sindical como instrumentos fundamentales del Estado Social para conseguir sus objetivos: «*que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en los que se integren sean reales y efectivas*»¹¹.

A pesar de la importancia de ambos derechos, un estudio de estas características, impide entrar en un análisis pormenorizado de los mismos, y nos obliga a inclinarnos por el derecho de huelga por dos motivos fundamentales: a) porque desde nuestro punto de vista, de los dos derechos mencionados, es la doctrina sobre el derecho de huelga la que más se distancia respecto de la que se refiere al resto de derechos fundamentales; y b) porque el derecho fundamental de huelga, como instrumento de presión colectiva, constituye, a nuestro juicio, el terreno más adecuado para la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad por varias circunstancias:

En primer lugar, por constituir una medida de presión frente al empresario, que tiene reconocido en la norma fundamental la libertad de empresa, origen de las facultades que la integran, el poder de dirección empresarial. En esta situación de confrontación puede darse el caso de que el empresario utilice su poder de dirección para establecer límites ilegítimos al derecho de huelga.

En segundo lugar, porque el derecho de huelga ya viene limitado en el propio texto constitucional por la necesidad de mantener los denominados servicios esenciales de la comunidad¹². La configuración jurisprudencial de

¹⁰ En este sentido, existen autores que consideran que las reformas laborales producidas en el ordenamiento jurídico español, especialmente la reforma de 1994, han conseguido tambalear los fundamentos y fines del Derecho del Trabajo desde que empezó su andadura democrática con la promulgación de la Constitución: RIVERO LAMAS, J., «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», *REDT*, núm. 80, 1996, págs. 977, 983, 987. Sobre la necesidad de preservar, frente a los procesos de adaptación, los principios y valores que han propiciado la aparición del Derecho del Trabajo, GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Cuestiones actuales y no tanto del Derecho del Trabajo», *TL*, núm. 64, 2002, pág. 34. En el plano internacional y destacando el papel de la OIT y del Derecho Internacional en cuanto mecanismos necesarios para preservar los principios fundamentales, JAVILLIER, J.C., «La OIT en los albores del tercer milenio. Fidelidad y audacia», en VVAA, *Pensamientos sobre el porvenir de la Justicia Social*, 1994, pág. 166.

¹¹ STC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 9.º).

¹² El art. 28.2 CE, tras reconocer el derecho, encomienda al legislador la labor de establecer «*las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales*».

los servicios esenciales como aquellos que satisfacen el disfrute de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, provoca que la limitación que supone su mantenimiento —la designación de los servicios mínimos por la autoridad competente— para el ejercicio del derecho de huelga haya de ser proporcionada¹³.

En tercer lugar, porque el ejercicio del derecho de huelga, una vez garantizados los servicios mínimos, puede colisionar con otros valores y bienes constitucionalmente protegidos, por lo que sería necesario realizar un juicio de ponderación, a través de la proporcionalidad, para encontrar un punto de equilibrio entre los intereses confrontados.

Toda este conjunto de interrelaciones y exigencias de proporcionalidad desde todos los ángulos han provocado una jurisprudencia demasiado confusa, confusión que se acusa por otra circunstancia, nada desdeñable: el estudio del principio de proporcionalidad conlleva la comprensión de ciertas instituciones jurídicas, relacionadas con la cuestión de los límites de los derechos fundamentales, que aún hoy son de lo más controvertidas¹⁴. Nos referimos, por un lado, a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, institución que, sobre todo en los primeros pronunciamientos del TC, siempre aparece relacionada, de forma poco clara, con la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Por otro, a la figura jurídica del abuso de derecho que, en definitiva y a nuestro juicio, obliga a plantear la alternativa entre limitación o delimitación de los derechos constitucionales.

Con respecto a la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales que se reconocen en el Capítulo II del Título I de la Constitución, las posiciones doctrinales se pueden reconducir a dos¹⁵. La primera, que se podría denominar teoría absoluta, sostiene que la garantía del conte-

¹³ Sobre la configuración constitucional de los servicios esenciales SSTC 26/1981, de 17 de julio (F. J. 10.º); 27/1989, de 3 de febrero (F. J.1.º); 53/1986, de 5 mayo (F. J. 2.º).

¹⁴ Siguiendo las observaciones de BARNÉS VÁZQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad...», *op. cit.*, págs. 74 y ss., pueden diferenciarse dos tipos de límites a las injerencias sobre los derechos fundamentales. Se trataría de límites externos e internos. Los primeros, que tendrían por objeto determinar la legitimidad o ilegitimidad de la intervención, estarían constituidos por la reserva de ley, el principio de legalidad, la exigencia de compatibilidad constitucional de la finalidad de la medida limitadora, observancia de las normas procedimentales, deber de motivación de las resoluciones, interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica y principio de proporcionalidad. Los segundos, es decir, los límites internos del propio derecho, cuyo objetivo es proteger el contenido del derecho, estarían conformados principalmente por la garantía del contenido esencial.

¹⁵ Un análisis de ambas posiciones en MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, *op. cit.*, págs. 147 y ss.; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad...*, *op. cit.*, págs. 405 y ss.

nido esencial constituye el núcleo irreductible del derecho garantizado, de tal forma que no existe ninguna justificación, ni siquiera constitucional, que legitime la injerencia. Junto al contenido esencial existe otra parte del derecho —contenido adicional— donde sí es posible realizar injerencias justificadas, si bien, en este caso, la limitación sólo será legítima si respeta el principio de proporcionalidad, que aun concebido en sentido amplio, actúa considerablemente desnaturalizado, al operar en un ámbito donde rige la libertad de configuración del legislador. La garantía del contenido esencial entraría en juego después de aplicar el principio de proporcionalidad, configurándose ambas como garantías autónomas, de forma que el principio de proporcionalidad no suplanta ni absorbe la garantía del contenido esencial¹⁶.

En contraposición a esta teoría surge la denominada teoría relativa del contenido esencial. Dicha concepción concibe el contenido esencial del derecho en términos relativos, pues supone un ámbito vedado a los poderes públicos, pero no de forma absoluta. Ello implica que se pueden producir injerencias en el mismo siempre que tengan como finalidad la protección de un bien, valor o derecho constitucionalizado y respeten el principio de proporcionalidad en sentido amplio —adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto—, pues en caso contrario el contenido esencial del derecho quedaría lesionado. La mencionada posición no deja suficientemente clara la relación entre el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial. Parece ser que, para dicha teoría, el resultado de la aplicación del juicio de proporcionalidad, es decir, lo que queda del derecho tras aplicar el juicio de proporcionalidad, sería el contenido esencial del derecho, de forma que variaría en virtud de los términos en que la confrontación entre el derecho y su límite se produzca.¹⁷

¹⁶ Es la posición mantenida mayoritariamente por la doctrina científica, entre otros, BARNÉS VÁZQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad...», *op. cit.*, págs. 74 y ss.; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, *op. cit.*, págs. 145 y ss. En este sentido, y apoyando la separación entre las distintas garantías, SSTC 50/1995, de 23 de febrero (F. J. 7.º): «Sin embargo, que la entrada y reconocimiento del domicilio tenga un sólido fundamento, desde todas las perspectivas expuestas más arriba, es requisito necesario pero no suficiente en el plano constitucional. Aquí juega con el máximo rigor el principio de proporcionalidad, que exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985, de 23 de mayo, de 23 de mayo), cuyo contenido esencial es intangible». Ciertamente, en la jurisprudencia constitucional, existen innumerables sentencias en las que el TC invoca expresamente la denominada teoría absoluta del contenido esencial, pero a la hora de resolver el supuesto lo hace aplicando la teoría relativa, en el sentido de considerar lesionado el derecho si su contenido «se ha visto innecesariamente restringido más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere, afectando a su dignidad personal» [STC 57/1994, de 28 de febrero (F. J. 8.º)].

¹⁷ MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, *op. cit.*, pág. 147. Ambas teorías acuden al principio de proporcionalidad como mecanismo para evitar la arbitrariedad de las



En cuanto a la figura jurídica del abuso de derecho, hemos de advertir que, de forma similar a lo que ocurre con el concepto de buena fe, constituye una figura propia del Derecho Civil a la que no se le puede atribuir naturaleza constitucional¹⁸. La previsión del Ordenamiento Civil de que los derechos subjetivos han de ejercitarse evitando el abuso de derecho se ha predicado de los derechos fundamentales, obviando, desde nuestro punto de vista, su configuración constitucional, e introduciendo la mencionada institución como factor determinante de la delimitación del derecho constitucionalizado. Este fenómeno, además de extraño al sistema de derechos fundamentales, constituye una ruptura del principio de jerarquía normativa garantizado por la Constitución, desde el momento en que se elevan instituciones civiles para condicionar mandatos constitucionales.

Para solucionar la cuestión se ha alegado que el concepto de abuso de derecho está intrínsecamente constitucionalizado en el reconocimiento de cada derecho fundamental, constituyendo un límite interno a los mismos que en última instancia identifica las conductas que forman o no parte del mismo¹⁹. Este planteamiento, que daría, aparentemente, solución al problema

injerencias. Las diferencias, a estos efectos, se encuentran en el ámbito y, como consecuencia, en el grado de exigencia que implica el principio. Realmente las distintas concepciones que se pueden tener del principio de proporcionalidad dependen de la posibilidad o no de producir injerencias en el contenido esencial del derecho. Si se contesta afirmativamente, el juicio de proporcionalidad se aplica en toda su extensión (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), intentando limitar en lo mínimo el contenido garantizado. Si se contesta de forma negativa, el principio de proporcionalidad se aplica en conjunción con la propia libertad de configuración del legislador, lo que obliga a suavizar los términos y a considerar que la garantía del contenido esencial está fuera del principio de proporcionalidad, pues indudablemente este ámbito está absolutamente vedado al legislador. Desde esta perspectiva, consideramos que en la teoría relativa no tiene porqué producirse una identificación entre lo que queda del derecho tras aplicar el principio de proporcionalidad y el contenido esencial, sino que el dato fundamental del que parte es que la injerencia en el contenido esencial del derecho sólo es constitucionalmente lícita cuando se observan los requisitos mencionados.

¹⁸ MATÍA PRIM, J., *El abuso del derecho de huelga*, CES, Madrid, 1996, pág. 185; MEDINA GUERRERO, M. La vinculación negativa..., *op. cit.*, pág. 79; MORENO GARCÍA, A., «Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *REDC*, núm. 38, 1993, pág. 275. Se inclinan por un reconocimiento constitucional implícito, GIL Y GIL, J.L., *Principio de buena fe y poderes del empresario*, Mergablum-CARL, Sevilla, 2003, págs. 163 y ss.; MONTROYA MELGAR, A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 17.

¹⁹ Esta idea, referida a la buena fe, está presente en la STC 120/1983, de 15 de diciembre (F. J. 2.º), si bien no se convierte en directriz general de la doctrina constitucional sobre la buena fe en la relación laboral. En este sentido, SSTC 88/1985, de 19 de julio (F. J. 2.º); 6/1988, de 21 de enero (F. J. 4.º), donde la buena fe, al menos formalmente y partiendo de su naturaleza legal, se configura como límite externo al derecho fundamental. Un cambio importante en la doctrina, en cuanto su consideración como límite conlleva la aplicación de criterios

de jerarquía normativa, ocasiona otro quizás más grave por sus resultados prácticos, como es una evasión de la aplicación de la teoría de los límites de los derechos constitucionales²⁰. Como ya hemos manifestado, el abuso de derecho delimita —no limita— el contenido del derecho, determinando las conductas que se incardinan dentro o fuera de cada precepto constitucional; de esta forma, las conductas que pudieran ser abusivas no forman parte del mismo, con lo que el sistema de garantías cede, pudiendo quedar al arbitrio de cualquier medida restrictiva sin ningún tipo de medida. Desde esta perspectiva, la teoría de abuso de derecho aplicada a los derechos fundamentales crea más problemas de los que pretende solventar, sobre todo si consideramos que existen otros mecanismos jurídicos capaces de obtener el mismo resultado sin incurrir en las deficiencias mencionadas: a nuestro juicio, el principio de proporcionalidad mediante la ponderación de bienes²¹.

Pues bien, ambas instituciones, sobre todo el abuso de derecho, constituyen pilares esenciales en la doctrina constitucional sobre el derecho de huelga, llegando incluso a mezclarse y confundirse con las técnicas propias de la limitación de derechos. La jurisprudencia constitucional sobre el derecho de huelga evidencia cierta confusión entre dos planteamientos alternativos que implican una concepción completamente distinta del sistema de derechos que reconoce el texto constitucional: la delimitación y la limitación de los mismos. Dicha confusión conlleva, como norma general, la utilización indistinta de los instrumentos que sirven a una y a otra, de forma que, partiendo de la teoría de la limitación, el TC no ha dudado en utilizar criterios delimitadores en el seno de la misma, provocando con ello un gra-

restrictivos, puede observarse en las SSTC 186/1996, de 25 de noviembre (F. J. 3.º) y 1/1998, de 12 de enero (F. J. 1.º). Ambas sentencias exigen que la modulación del derecho fundamental que produce la buena fe se haga en la medida indispensable para la protección del legítimo interés empresarial. Un paso más da la STC 20/2002, de 28 de enero, al reclamar la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio a la delimitación (a nuestro juicio, es más apropiado el término limitación) que sobre el derecho produce la buena fe. La paulatina transformación que sufre la buena fe de instrumento delimitador a criterio de limitación, culmina con las SSTC 213/2002, de 11 de noviembre y 192/2003, de 27 de octubre, que coinciden en afirmar la necesidad de excluir, en virtud de su naturaleza legal, la buena fe del juicio de ponderación constitucional, de tal forma que las diversas manifestaciones de la misma han de ser acordes con la norma fundamental.

²⁰ Para MATÍA PRIM, J., *El abuso de derecho...*, *op. cit.*, pág. 185, el abuso de derecho constituye «el instrumento utilizado para rehuir un método de análisis —y unos probables resultados del mismo— que imposibilitarían técnicamente el establecimiento de unos determinados límites al derecho de huelga; singularmente, aunque no sólo, en materia de modalidades de ejercicio del mismo».

²¹ MATÍA PRIM, J., *El abuso del derecho...*, *op. cit.* págs. 123 y ss. y 181; MORENO GARCÍA, A., «Buena fe y derechos fundamentales...», *op. cit.* pág. 275.



do mayor de incertidumbre que, en último término desdibuja el sistema de límites que configura nuestra norma constitucional como garantía para la preservación de los derechos de los trabajadores.

En este sentido, en las próximas páginas analizaremos el derecho de huelga, centrándonos en las injerencias de dos posibles sujetos: por una parte, las procedentes de los poderes públicos, fundamentalmente del legislador, aunque no podemos soslayar las intervenciones que sobre este derecho realiza la autoridad laboral; y por otra, las que provienen del sujeto privado más capacitado para lesionar el mencionado derecho fundamental, el empresario.

2. LAS INJERENCIAS DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL DERECHO DE HUELGA

2.1. Las limitaciones legislativas

El pronunciamiento más importante del TC sobre la injerencia del legislador en el derecho de huelga se contiene, como de todos es conocido, en la STC 11/1981, de 8 de abril, que examina el recurso de inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante, RDLRT).

La primera cuestión que se plantea el Tribunal es hasta qué punto el legislador puede producir injerencias en los derechos fundamentales y, concretamente, en el denominado contenido esencial de los mismos, determinando dicha cuestión el posible o posibles ámbitos de aplicación del principio de proporcionalidad como límite a las medidas restrictivas del derecho de huelga²².

La posición del TC, a estos efectos, y de conformidad con el art. 53. CE, consiste en reconocer la facultad normativa del legislador para regular el ejercicio de los derechos fundamentales. Dicha regulación podrá ser más o menos restrictiva dependiendo de las directrices políticas que la orienten, pero ha de respetar aquellos límites que vengan impuestos por las concretas normas constitucionales y el límite genérico de respeto al contenido esencial que exige el mencionado precepto. Con ello, el alto Tribunal se inclina por la teoría de los límites de los derechos fundamentales, desechando, por tanto, la teoría de la delimitación. Ello supone que el legislador sólo podrá limitar los derechos fundamentales en dos supuestos: a) cuando así se permita expresamente por el texto constitucional; y b) cuando la limitación esté

²² STC 11/1981, 8 de abril (F. J.7.º, 8.º, 9.º y 10.º).

justificada por la necesidad de proteger «*otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos*»²³.

Desde esta perspectiva, el derecho de huelga reconocido a los trabajadores no ha de acoger necesariamente todas las modalidades y finalidades de huelga y, por supuesto, tampoco toda clase de acción directa por parte de los trabajadores. En este sentido, una de las principales causas por las que se solicita la declaración de inconstitucionalidad de la norma se refiere a la tipificación de las huelgas abusivas que realiza el art. 7 RDLRT. Ante esta alegación, el TC considera que el legislador está legitimado para tipificar ciertas modalidades de huelga como abusivas, siempre que no vulnere el contenido esencial del derecho de huelga. Límite que entendemos demasiado ambiguo, pues previamente ha reconocido que dicho contenido esencial estaría integrado por «*la cesación en el trabajo en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir*»²⁴. Esa misma expresión, «*cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir*», obliga a considerar que cualquier declaración de presunta ilicitud que afecte a una modalidad de huelga consistente en la cesación de la prestación de servicios, lesiona el contenido esencial del derecho de huelga²⁵.

Sin embargo, sólo unas líneas más abajo, se introduce una matización: el contenido del derecho de huelga incluye las facultades de declararse en huelga y de elegir la modalidad de huelga, dentro de aquellas posibilidades que haya admitido el legislador. Por ello, lo que a continuación hace el TC, a pesar de la tajante declaración anterior, es examinar la legitimidad de la conducta llevada a cabo por el legislador, es decir, la tipificación de determinadas modalidades de huelga como ilícitas o abusivas.

Efectivamente, el Tribunal estima que esa actuación es lícita siempre que cumpla con una serie de requisitos: en primer lugar, que exista justificación para realizar la injerencia; en segundo lugar, que el legislador *no desborde* el contenido esencial del derecho; y por último, que las modalidades

²³ STC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 7.º y 9.º *in fine*). En otros pronunciamientos se ha aludido a «*principios y valores constitucionales*» [STC 22/1981, de 2 de julio (F. J. 9.º)], a «*finalidades adecuadas al espíritu constitucional*» [STC 3/1983, de 25 de febrero (F. J. 4.º)] o a «*otro interés o libertad fundamental constitucionalmente protegida*» [STC 46/1983, de 27 de mayo (F. J. 7.º)].

²⁴ STC 11/1981, 8 de abril (F. J.10.º); con posterioridad se añade, como parte del contenido esencial, la eficacia del ejercicio para obtener la finalidad perseguida [STC 123/1992, de 26 de septiembre (F. J.4.º)] y los actos de publicidad e información sobre la huelga [STC 37/1998, de 17 de febrero (F. J.3.º)].

²⁵ MATÍA PRIM, J., *El abuso del derecho...*, *op. cit.*, pág., ha considerado dicha posición como la única alternativa posible para acomodar la regulación del art. 7 RDLRT al art. 28.2 CE. El elemento determinante para dicha adaptación sería la presunción *iuris tantum* de ilicitud que se predica de las modalidades de huelga enumeradas en el precepto.



de cesación del trabajo que quedan tras la intromisión del legislador «*sean bastantes por sí solas para reconocer que el derecho existe como tal y eficaces para obtener las finalidades del derecho de huelga*»²⁶.

El análisis de estos requisitos, sobre todo los dos últimos, permite una aproximación a la idea de lo que se ha de entender por contenido esencial de los derechos fundamentales²⁷. A estos efectos, no deja de resultar extraña la obligación del legislador de respetar el contenido esencial del derecho de huelga: cesación del trabajo en cualquiera de las modalidades que pueda revestir, y que, al mismo tiempo, pueda catalogar determinadas modalidades de cesación del trabajo de abusivas con la única limitación de ofrecer justificación. Entendemos, en este sentido, que se incurre en cierta contradicción al afirmar que el legislador, a la hora de tipificar ciertas modalidades de huelga como ilícitas o abusivas, ha de respetar el contenido esencial del derecho, cuando ha declarado previamente que el contenido esencial del derecho de huelga lo constituye precisamente cualquier modalidad de cesación en el trabajo²⁸. Con ello se pone en evidencia, a nuestro juicio, las dificultades argumentativas que encuentra la garantía del contenido esencial: el pronunciamiento parte de una concepción absoluta del contenido esencial como núcleo mínimo intocable, para después ir suavizando los términos y admitir la posibilidad de injerencias en el mismo siempre que estén justificadas.

Acogida la teoría de los límites de los derechos fundamentales, y dejando al margen las disfunciones sobre el carácter absoluto o relativo del contenido esencial, faltaría una exposición sobre otros requisitos necesarios

²⁶ STC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 10.º).

²⁷ STC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 8.º). Según esta doctrina el contenido esencial de cualquier derecho se puede determinar partiendo de dos criterios de utilización complementarios. Por un lado, acudiendo a su naturaleza jurídica y al modo de concebir cada derecho, de tal forma que sería contenido esencial las «*facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito*». Por otro, también es posible determinar el contenido esencial de un derecho fundamental identificando «*los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos*», de tal forma que sería contenido esencial del derecho «*aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resultan real, concreta y efectivamente protegidos*», obviándose el contenido esencial cuando el derecho «*se hace impracticable, se dificulta mas allá de lo razonable o se le despoja de la necesaria protección*».

²⁸ Pone en evidencia dicha contradicción MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, op. cit., págs. 154 y ss. Para dicho autor, el TC incurre en una confusión al denominar incorrectamente contenido esencial a lo que realmente constituye contenido constitucionalmente protegido, concepto que es más amplio que el primero. De esta forma al tipificar determinadas modalidades de huelga como ilícitas o abusivas, el legislador no interviene en el contenido esencial del derecho, sino en el contenido constitucionalmente garantizado.

para que la intervención legislativa en el derecho de huelga pueda considerarse legítima. Con objeto de constatar la existencia de justificación, el TC procede a hacer una disertación sobre los intereses en juego en el caso concreto, a saber, la libertad de los trabajadores de no hacer huelga, la incidencia de la misma en los usuarios, y la libertad de empresario. Nótese que con la mención de estos intereses, el Tribunal está poniendo en evidencia la justificación de la medida limitadora, y con ella, el plano constitucional en que viene reconocida (principio de equivalencia de los bienes y derechos en conflicto).

En relación con cada una de estas causas justificativas, el TC analiza la desproporción en que incurriría el ejercicio del derecho al adoptar cualquiera de las modalidades catalogadas de abusivas. En el primer caso, constituiría abuso del derecho el ejercicio del mismo que impusiera la huelga al resto de trabajadores «*por decisión de unos pocos*»; en el segundo caso, el abuso del derecho aparecería si se imponen más gravámenes a los usuarios «*que aquellos que son necesarios*»; y finalmente, en el tercer supuesto, las modalidades declaradas ilícitas o abusivas ocasionarían un «*efecto multiplicador, de manera que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva*» que no puede considerarse acorde con el «*principio de proporcionalidad y sacrificios mutuos*» que ha de regir el ejercicio del derecho de huelga.

Sorprendentemente la solución del supuesto no se realiza mediante el recurso a la técnica de la ponderación, imprescindible en aquellos casos en que se enfrentan estándares de la misma categoría, en este caso el derecho de huelga y los límites que se pretenden imponer al mismo para salvaguardar el resto de bienes y derechos constitucionales en conflicto. En contraposición con lo sostenido por la teoría de los límites de los derechos fundamentales, se acude a la figura del abuso de derecho, un concepto sin anclaje constitucional, para justificar la constitucionalidad del RDLRT.

Desde esta perspectiva, el derecho de huelga, en cuanto poder que limita la libertad de empresa, requiere «*proporcionalidad y sacrificios mutuos*», de tal forma que no puede ocasionar un exceso de daño o, en palabras del Tribunal, «*una desorganización en los elementos de la empresa y de su capacidad productiva*», pues de ser así la huelga ha de estimarse abusiva, correspondiendo a los trabajadores probar su licitud. En cuanto a los derechos e intereses del resto de trabajadores y de los usuarios, el ejercicio del derecho de huelga sólo podrá imponer las limitaciones que sean necesarias para conseguir la finalidad perseguida²⁹.

La utilización del abuso de derecho como límite del derecho de huelga ha constituido una cuestión muy polémica en la doctrina laboral. Se ha ar-

²⁹ STC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 10.º).



gumentado, desde nuestro punto de vista correctamente, la inadecuación de la mencionada figura jurídica para valorar un derecho, la huelga, al que es consustancial la producción de un daño³⁰. No es momento ni lugar apropiado para hacer un estudio pormenorizado de los criterios utilizados por la jurisprudencia constitucional para detectar el abuso en el derecho de huelga; sin embargo consideramos imprescindible pronunciarnos sobre algunos de ellos, aunque sea someramente, en aras de clarificar su posible relación con algunos de los elementos que conforman el principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias sobre los derechos fundamentales³¹.

Con respecto al principio de proporcionalidad y de los sacrificios mutuos que toda huelga ha de respetar y asumir, hemos de destacar que el mismo exige la equivalencia entre los daños que sufren las partes del contrato de trabajo durante la situación de huelga. Ello significa que el daño que sufre el empresario al no percibir la prestación de servicios ha de ser equivalente al daño que sufre el trabajador por no recibir el salario, proscribiéndose el exceso de daños³². Sin embargo, esta equivalencia o equilibrio entre los daños no responde a la función constitucional del derecho de huelga. El derecho de huelga se reconoce en el texto constitucional, como «*un contrape-*

³⁰ Desde este punto de vista, se ha puesto de manifiesto la dificultad de integrar en la configuración constitucional del derecho de huelga los elementos que componen el abuso en la doctrina constitucional de las huelgas abusivas. En este sentido, se destacan como determinantes del abuso: a) la producción de un daño grave, desproporcionado e irrazonable (elemento objetivo); y b) la intencionalidad en la producción del daño más allá de lo que razonablemente requiere el ejercicio del derecho de huelga (elemento subjetivo). Ambos aspectos presentan graves dificultades para acomodarse a la finalidad del derecho de huelga, necesariamente dañosa de conformidad con su naturaleza de derecho de conflicto, y a la necesaria eficacia que, como mecanismo de presión, ha de producir. En este sentido, MATÍA PRIM, J., *El abuso del derecho...*, *op. cit.*, págs. 129 y ss.; VVAA, MONEREO PÉREZ, J. L. (Coord.), *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina científica*, Comares, Granada, 2002, págs. 179 y ss.

³¹ En este sentido, existen autores que parecen identificar el principio de proporcionalidad en sentido amplio con la figura del abuso de derecho: GIL Y GIL, J.L., *Principio de buena fe...*, *op. cit.*, pág. 164 (nota 725). Desde otra perspectiva, BARNÉS VÁZQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad...», *op. cit.*, pág. 68, considera que mientras el principio de proporcionalidad es el instrumento adecuado para controlar las limitaciones de los poderes públicos en los derechos fundamentales, el abuso de derecho es la figura equivalente en el ámbito de las relaciones entre privados.

³² El principio de proporcionalidad y sacrificios mutuos no se identificaría con el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Recordemos, a estos efectos, que la proporcionalidad en sentido estricto requiere que el sacrificio ocasionado al derecho fundamental sea proporcional a los beneficios que con motivo de la restricción se producen sobre el otro bien o derecho constitucionalmente protegido. En este sentido, VVAA, *Huelga, Cierre Patronal y Conflictos Colectivos*, Cívitas, Madrid, 1982, pág. 123.

so que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas. Tiende a restablecer el equilibrio entre las partes de fuerza económica desigual»³³. En este sentido, consideramos que el objetivo último de la huelga, «restablecer el equilibrio entre las partes «con objeto de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución)», impide la aplicación del principio de equilibrio o proporcionalidad en los daños³⁴. Desde esta perspectiva, considerar aplicable el mencionado principio supone privar de efectividad al derecho de huelga de los trabajadores.

Un segundo elemento utilizado para identificar el abuso en el ejercicio del derecho de huelga es el carácter necesario de los daños, de tal forma que será abusiva aquella huelga que produzca daños innecesarios. En este sentido, parece que el ejercicio del derecho de huelga ha de producirse de forma que ocasione sólo aquellos daños que sean estrictamente necesarios para conseguir la finalidad perseguida. De conformidad con ello, será huelga abusiva cuando no exista proporción entre los daños sufridos por el empresario o terceros y los beneficios pretendidos por los trabajadores. En este caso, se parte de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto entre el ejercicio del derecho de huelga, que funciona como límite, y el resto de intereses protegidos, que son objeto de limitación por el derecho de huelga³⁵. Ello implica la exigencia del principio de proporcionalidad, al menos parte de sus criterios —necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— al ejercicio del derecho de huelga en vez de a la medida restrictiva, lo que en definitiva supone cuestionar la legitimidad constitucional del derecho de huelga para defender los intereses de los trabajadores.

³³ STC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 22.º).

³⁴ Advertencia que ya se hacía en las alegaciones sindicales en el supuesto planteado en la STC 41/1984, de 21 de marzo (Ant. 3.º A): «Si tuviera que existir proporcionalidad entre los daños o los sacrificios de ambas partes nos encontraríamos frente a una lucha de igualdad de armas impidiendo que la huelga fuera un instrumento modificador de la correlación de fuerzas».

³⁵ VVAA, *Huelga, Cierre Patronal...*, op. cit., pág. 123. Realmente el TC aplica el principio entre los derechos en conflicto, aunque partiendo de que es el ejercicio del derecho de huelga el que puede limitar los derechos de los usuarios que estén en juego, a los que expresamente otorga preferencia [53/1986, de 5 de mayo (F. J. 3.º)] así como a la libertad de empresa [STC 41/1984, de 21 de marzo (F. J. 2.º)]. La aplicación en la jurisprudencia constitucional del principio de proporcionalidad al derecho de huelga se pone en evidencia por BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Jurisprudencia Constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades», en *Cuadernos de Derecho Público*, op. cit., pág. 369; MATÍA PRIM, J., *El abuso del derecho...*, op. cit., págs. 143 y ss.



Ciertamente se podría considerar que, al contar los intereses y derechos en conflicto con idéntico valor jerárquico, todos los intereses mencionados se encuentran en el texto constitucional, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se podría aplicar indistintamente respecto de uno u otro, dependiendo de los términos de la confrontación. Esta postura se sostiene habitualmente cuando se trata de enfrentamientos entre dos derechos fundamentales, situándonos, por tanto, en el plano de las relaciones privadas³⁶. Sin embargo, no es ese el caso que nos ocupa. En el supuesto que estamos considerando se enfrenta un derecho fundamental y el límite que pretende imponer el legislador. No es el ejercicio del derecho el que ha de considerarse sospechoso de ilegitimidad, porque está expresamente constitucionalizado como medio adecuado para la defensa de los intereses de los trabajadores, sino el límite que pretende imponer el legislador al mismo. No existen en el ámbito constitucional alusiones al carácter ilícito de la huelga, pero sí la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, al texto constitucional en su conjunto. Como consecuencia de ello, son éstos los que, a la hora de limitar el derecho, han de justificar la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en aras de proteger otros bienes o intereses que reconoce la Constitución³⁷. Si la limitación observa esos requisitos será constitucionalmente legítima en cuanto se dirige a preservar la vigencia del texto constitucional; en caso contrario, le estará restando eficacia innecesariamente.

En definitiva, podemos afirmar que la jurisprudencia constitucional, al menos en un primer momento, no aplica el principio de proporcionalidad como mecanismo para controlar la legitimidad de las injerencias legislativas. No aparecen como requisitos para la limitación del derecho los criterios de adecuación, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto y, cuan-

³⁶ Para RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, A., *La ponderación de bienes...*, op. cit., págs. 109 y ss., el enfrentamiento entre dos derechos individuales en las relaciones jurídicas privadas ha de resolverse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que el mencionado autor define como ponderación.

³⁷ Este enfoque está latente en el análisis de las condiciones que el RDLRT establece para el ejercicio del derecho de huelga. Al igual que en el caso anterior, el TC exige que dichas regulaciones no sean arbitrarias, es decir, que estén justificadas y, lo que es más importante, «que tengan por objeto proteger otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos». Por último, exige que el establecimiento de esas condiciones no «hagan imposible el ejercicio del derecho» [SSTC 11/1981, de 8 de abril (F. J.15.º); 53/1986, de 5 mayo (F. J.3.º); 27/1989, de 3 de febrero (F. J.1.º); 43/1990, de 15 de marzo, (F. J.5.ºA)] De nuevo, aparecen la exigencia de justificación y el respeto al contenido esencial del derecho, que determinan la legitimidad de la obligación de preaviso siempre que sea razonable y la ilegitimidad de los requisitos de convocatoria de huelga centro por centro y de referéndum previo y obligatorio por no estar justificados y lesionar el contenido esencial del derecho.

do lo hacen, no se exigen a la medida restrictiva sino al ejercicio del propio de derecho, irrogándole indirectamente una carga de ilegitimidad que no se acompasa con el ordenamiento constitucional. El requisito fundamental exigido por la jurisprudencia, o, como ya advertíamos, paso previo para la aplicación del principio de proporcionalidad, es la existencia de justificación que, de conformidad con la doctrina de los límites de los derechos fundamentales, ha de tener por objeto la protección de otro bien o derecho constitucional. Por otro lado, hay que destacar que existen determinadas instituciones, el contenido esencial del derecho entendido en sentido absoluto, sólo a efectos formales, y el abuso de derecho, que obstaculizan el establecimiento de otros límites a las injerencias legislativas sobre el derecho de huelga.

2.2. Las limitaciones administrativas

Cuando las injerencias provienen de la Administración Pública el análisis de los efectos sobre el derecho de huelga, salvo algunas excepciones, se enfoca, a nuestro juicio, adecuadamente, es decir, considerando las intervenciones administrativas como límites externos al derecho fundamental. Con todo, no es hasta finales de la década de los noventa cuando podemos encontrar algún pronunciamiento donde se acoja de forma más elaborada la doctrina del principio de proporcionalidad. Y es así mismo significativo que este caso, STC 37/1998, de 17 de febrero, que plasma una exigencia milimétrica del mencionado principio, se ocupe de una vulneración administrativa del derecho de huelga como consecuencia del ejercicio de la potestad de policía.

La mayoría de los pronunciamientos del TC se centran en analizar las injerencias o posibles lesiones que en el derecho de huelga han podido producir las autoridades públicas al establecer, dentro de los servicios esenciales, los servicios mínimos que, para cada caso, garantiza nuestra norma constitucional³⁸. En este ámbito se produce una evolución progresiva en la exigencia del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Así, si en los inicios de su actividad los términos en los que se pronunciaba el Tribunal eran vagos y confusos, la doctrina ha evolucionado paulatinamente exigiendo distintos requisitos del principio a la justificación que necesariamente ha de aportar la Administración. En este sentido, y paralela a la consolidación de

³⁸ Ejemplo de ello lo constituyen las SSTC 26/1981, de 17 de julio; 41/1984, de 21 de marzo; 51/1986, de 24 de abril; 53/1986, de 5 mayo; 27/1989, de 3 de febrero; 43/1990, de 15 de marzo; 8/1992, de 16 de febrero; 37/1998, de 17 de febrero.



la teoría del abuso de derecho de huelga, en el examen de las limitaciones administrativas fraguaba la idea de adecuación.

En términos difusos se expresaba la antes mencionada STC 11/1981, de 8 de abril. Cuando el Tribunal ha de analizar la cuestión del mantenimiento de los servicios esenciales, justifica la limitación en la prioridad de mantener el derecho de la comunidad a las prestaciones vitales, de tal forma que si se impiden los mismos el ejercicio del derecho de huelga sería desproporcionado en cuanto causaría un *«mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito»*; por tanto, la limitación del derecho estaría justificada, y como consecuencia sería legítima³⁹.

El planteamiento corresponde, de nuevo, al mencionado principio de equilibrio de daños, si bien ahora con menos lógica que en el caso anterior, pues aquí ni siquiera existe un nexo contractual entre los trabajadores y usuarios que justifique la teoría del abuso del derecho de huelga. Partiendo de esta confusión de planos no es de extrañar que el Tribunal, tras solventar el problema de que sea la autoridad gubernativa la que establezca dicho servicio en vez de encomendar dicha facultad a las partes como manifestación del derecho a la autonomía colectiva, establezca que dicha facultad ha de ejercitarse dentro de unos límites demasiado genéricos, a saber: a) la prohibición de vaciar de contenido el derecho de huelga o rebasar la idea de contenido esencial del derecho, y b) por supuesto, la posibilidad de defensa del derecho acudiendo a las vías procesales que establece nuestro ordenamiento⁴⁰.

La ambigüedad y confusión de planos en los pronunciamientos del TC se va reduciendo paulatinamente. Así, tan sólo unos meses después, en la

³⁹ STC 11 /1981, de 8 de abril (F. J. 18.º).

⁴⁰ STC 11 /1981, de 8 de abril (F. J. 18.º). Distinto enfoque parece sostener el análisis de la potestad del Gobierno para imponer la reanudación del trabajo en determinadas circunstancias. En la argumentación se rechaza que las circunstancias señaladas en el art. 10 RDRT (duración prolongada de la huelga, posiciones excesivamente distantes o inconciliables y grave perjuicio para la economía nacional) puedan justificar una restricción de semejante magnitud, sobre todo ésta última, por considerarla un fin ambiguo y no demasiado concreto que, en último término, puede fomentar la arbitrariedad. Resulta significativo que el TC no llegue a la misma conclusión al mencionar la facultad de someter el conflicto a un arbitraje obligatorio, medida menos drástica que puede ser *«medio idóneo de solución posible»*. En este caso la justificación de la injerencia la encontramos en el F. J.24.º, donde se analiza el laudo de obligado cumplimiento que la regulación recogía en el art. 25 b). En la exposición que se realiza se dice expresamente que el arbitraje obligatorio que contempla el art. 10 tiene su justificación en *«el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él derivan, pueden irrogar a los intereses generales»*; incluso el Tribunal llega a insinuar que dicha justificación, junto con la finalidad de la medida restrictiva, hacen que no se vulnere el contenido esencial del derecho.

STC 26/1981, de 17 de julio, la formulación teórica de la doctrina se hace en términos más apropiados, exigiendo a la medida limitadora los requisitos de justificación y respeto a los principios de proporcionalidad y adecuación⁴¹.

La necesidad de la motivación (justificación) es requisito imprescindible desde el momento en que se limita un derecho constitucional, de tal forma que es necesario ofrecer a sus titulares una explicación de las razones e intereses por los que se sacrifica⁴². En cuanto a la elección del nivel de actividad para mantener los servicios esenciales de la comunidad, sólo será correcta si existe un «razonable ajuste a las circunstancias y proporcionalidad en los sacrificios» (adecuación y proporcionalidad de los daños). Corrección que se alcanza si la decisión se adopta como consecuencia de un examen conjunto y restrictivo de una serie de factores: la extensión de la huelga, la duración prevista, las necesidades a satisfacer, las ofertas de las partes, etc. Todos estos elementos deben tenerse en cuenta por el Tribunal para analizar la «real justificación de las medidas que se adopten o se hayan adoptado y la proporcionalidad de los sacrificios impuestos a los huel-

⁴¹ STC 26/1981, de 17 de julio (F. J. 13.º). En este caso, y como consecuencia de las convocatorias de huelga por el comité de empresa de RENFE (de 24 horas los días 21 de enero y 8 y 12, 20 y 21 de febrero y de 4 horas los días 4 y 5 de marzo), la Delegación del Gobierno en RENFE dio las instrucciones oportunas a la Dirección General de la Empresa para que se elaborara un Plan Esencial de Transportes a aplicar en la Red con ocasión de la Huelga (Circular 450). Dicho plan establecía tres niveles de circulación de trenes de menor a mayor intensidad. Para la huelga realizadas del 20 de febrero hasta el día 22 del mismo mes (72 horas), se acordó poner en práctica el «Nivel 2» del Plan, exactamente igual que para las huelgas días 4 y 5 de marzo (8 horas). La formulación correcta de la doctrina se adelantaba en las alegaciones del Abogado del Estado al centrar la cuestión en determinar si la decisión de aplicar el segundo nivel de servicios mínimos establecidos supone o no violación del derecho de huelga de conformidad con los criterios de proporcionalidad y adecuación social, llegando a admitir que la aplicación estaba justificada pero quizá el nivel no era el adecuado, aspecto que no podría analizar el TC por formar parte de la discrecionalidad técnica propia de la Administración. Por supuesto, esta última afirmación es rechazada por el TC, que siguiendo las alegaciones, examina si la elección del «Nivel 2» vulnera el derecho de huelga, y reconoce que dicho examen «es un juicio sobre su razonable ajuste a las circunstancias y sobre la observancia de la regla de la proporcionalidad de los sacrificios», exigencia que se traslada a la autoridad gubernativa. Para que la medida sea razonable, la decisión, al establecer los servicios mínimos ha de tener en cuenta la extensión de la huelga, la duración de la misma, tanto la prevista como la desarrollada, las necesidades coyunturales y la oferta de mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad que propongan los convocantes (nótese como se incluye la adecuación dentro de la razonabilidad). Por otro lado, la limitación ha de realizarse con «proporcionalidad de los sacrificios impuestos a los huelguistas y a los usuarios del servicio, pues es claro que entre unos y otros debe existir siempre una razonable proporción» (F. J.15.º). En el mismo sentido, SSTC 51/1986, de 24 de abril (F. J. 5.º).

⁴² STC 26/1981, de 17 de julio (F. J. 14.º)

*guistas y a los usuarios de los servicios, pues es claro que entre unos y otros debe existir siempre una razonable proporción»*⁴³.

A pesar de que en este caso aparece alguno de los requisitos que ha de cumplir la limitación administrativa del derecho, la adecuación de la medida restrictiva, el TC no lo somete a un análisis profundo, práctica que aparece inalterada hasta la STC 53/1986, de 5 de mayo, en la que se da un paso más en la exigencia del principio de proporcionalidad⁴⁴. En el mencionado pronunciamiento el análisis se centra en las garantías para el mantenimiento de los servicios esenciales y en la forma en que éstas han de adoptarse para no lesionar el derecho de huelga. Para ello es necesario realizar una ponderación entre las circunstancias de la huelga, la comunidad sobre la que incide y la naturaleza de los derechos o bienes sobre los que repercute, ponderación que debe llevar a *«elucidar la adecuación y proporcionalidad entre la protección del interés de la comunidad y la restricción impuesta al ejercicio del derecho de huelga»*⁴⁵.

Con respecto a la justificación de la injerencia, el TC advierte que no es lo mismo la exigencia de motivación que deriva del ordenamiento administrativo que la exigencia de justificación. Esta última, como ya hemos mencionado, se exige cuando se produce la limitación de un derecho fundamental, y por ello ha de observar una serie de contenidos mínimos⁴⁶:

En primer lugar, deberá expresar las razones que justifiquen la decisión tomada. Dichas razones han de ser de entidad suficiente para legitimar la restricción; por ello, no basta con la utilización de razones genéricas *«aplicables a cualquier conflicto y de las cuales no puedan derivarse criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone»*. En definitiva, se trata de especificar los criterios que llevan a la determinación adecuada de los servicios mí-

⁴³ STC 26/1981, de 17 de julio (F. J. 15.º).

⁴⁴ La STC 51/1986 de 24 de abril (F. J. 4.º y 5.º) reitera las exigencias de su antecesora: necesidad de justificación con la finalidad de evidenciar los intereses por los que se sacrificó el derecho e instrumento que sirve al Tribunal para fiscalizar la decisión. Por otro lado, también reitera la necesidad de examinar la adecuación de los servicios mínimos; es decir, *«se trata de valorar si las medidas adoptadas son proporcionadas al fin perseguido, en una efectiva ponderación de los intereses en juego [...] Se trata de fijar el programa de servicios mínimos con un criterio restrictivo, pues en el propio artículo 28.2 de la Constitución se utiliza la expresión mantenimiento, que dista de equivaler lingüísticamente a desarrollo regular del servicio. El criterio restrictivo, favorable al ejercicio del derecho de huelga, ha de tener en cuenta que ésta ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la Empresa, en principio destinataria de la medida de conflicto, pero no debe serle añadida la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad»*.

⁴⁵ STC 53/1986, de 5 de mayo (F. J. 3.º y 4.º)

⁴⁶ SSTC 26/1981, de 17 de julio (F. J. 14.º); 53/1986, de 5 de mayo (F. J. 6.º),

nimos. En segundo lugar, no cabe justificación posterior, debe ofrecerse en el momento en que se realiza el acto. En tercer lugar, la justificación ha de tener un contenido imprescindible que permita cumplir con las finalidades que tiene encomendadas, es decir, facilitar a los interesados información donde se especifiquen los intereses a los que se sacrifica su derecho y permitir el enjuiciamiento de la medida por la jurisdicción. Ello implica que en la justificación debe explicitar «*los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuáles son los servicios mínimos, y en qué nivel se fijan, de forma tal que se cumpla el fin esencial*»⁴⁷.

Al aplicar la doctrina de la motivación a la Orden Ministerial de 17 de febrero de 1984, que constituía el objeto central del litigio, y tras comprobar que la justificación dada por ésta se limitaba a enunciar genéricamente los factores tomados en cuenta para establecer los servicios mínimos, el TC acepta el recurso por violación del derecho de huelga, sin necesidad de entrar en el análisis de los demás requisitos exigidos.

Esta es la pauta que sigue el Tribunal hasta la STC 37/1998, de 17 de febrero. Con todo, en algunas de las sentencias concreta aún más las exigencias relativas a la justificación⁴⁸, para después constatar que la falta de motivación y, por tanto, de fundamentación, le impide analizar el fondo del asunto⁴⁹.

La única excepción, en este sentido, la constituye la STC 43/1990, de 15 de marzo, en la que se impugna la Orden del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones de 12 de marzo de 1986, sobre servicios esenciales a mantener con motivo de la huelga prevista en la Compañía «Iberia, Líneas Aéreas de España, Sociedad Anónima». En este caso el Tribunal sí analiza los requisitos exigidos para que el nivel de actividad establecido para el mantenimiento de los servicios esenciales no lesione el derecho de huelga. La descripción de la doctrina se hace en los términos que hemos mencionado, aunque aparecen expresiones que hasta ahora no había utilizado el Tribunal y que son importantes para el tema objeto de estudio⁵⁰.

⁴⁷ STC 53/1986, de 5 de mayo (F. J. 6.º, 7.º y 8.º).

⁴⁸ Ejemplo de ello lo constituye la STC 27/1989, de 3 de febrero, donde se exige que el establecimiento de los servicios mínimos ha de hacerse tras realizar una ponderación de una serie de factores: bienes o derechos afectados, ámbito personal, funcional y territorial de la huelga, duración y características de la medida de presión, demás circunstancias que concurran en su ejercicio y que puedan ser de relevancia para buscar el mayor equilibrio ponderado entre los bienes afectados, tales como la comunidad afectada, la existencia de servicios alternativos, la oferta de mantenimiento de servicios que realicen los convocantes (F. J. 1.º). La necesaria motivación y fundamentación no podrá realizarse por la remisión implícita a la aportada para establecer los servicios mínimos en otras huelgas (F. J. 4.º).

⁴⁹ STC 8/1992, de 16 de enero (F. J. 4.º).

⁵⁰ STC 43/1990, de 15 de marzo (F. J. 5.º).

En primer lugar, hemos de destacar que, cuando aplica el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para comprobar los sacrificios de los huelguistas y de los usuarios del servicio, el TC advierte que hay que adoptar las «medidas mínimas indispensables para el mantenimiento del servicio y no para su normal funcionamiento». En segundo lugar —un aspecto de menor entidad que se deducía de la jurisprudencia que hemos citado, pero que incide, de nuevo, en el principio de necesidad— el Tribunal reconoce que «*excepcionalmente cabe que la autoridad gubernativa no justifique la necesidad de mantener ciertos servicios esenciales por ser de general conocimiento*»⁵¹.

A nuestro juicio, ambas exigencias son importantes en cuanto consagran por primera vez el principio de necesidad o indispensabilidad como límites de la medida restrictiva, aun teniendo la misma como finalidad el mantenimiento, que no el normal funcionamiento, de los servicios mínimos para la protección de otros bienes y derechos constitucionales. Por otra parte, hay que tener en cuenta la mención expresa de que la necesidad de la medida también ha de ser acreditada por parte de la Administración a través de la justificación, regla que sólo se excepciona en contadas ocasiones, cuando se trata del transporte de productos perecederos, transportes de pasajeros entre la península y las islas, etc.⁵²

Un análisis de la doctrina contenida en el pronunciamiento obliga a considerar que la justificación aportada por la autoridad gubernativa ha de contener los requisitos que hemos predicado del principio de proporcionalidad en sentido amplio: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, aunque el TC no los establece de forma cohesionada y en el orden típico que requiere la técnica de la ponderación de bienes.

Pero sin duda, la sentencia más significativa, a efectos de nuestro estudio, es la STC 37/1998, de 17 de febrero⁵³. Dicha sentencia constituye el primer pronunciamiento en el que se aplica expresamente el principio de proporcionalidad en toda su extensión a una limitación del derecho de huelga. El asunto era el siguiente: con motivo de una huelga general, los integrantes del sindicato «*Langile Abertzaleen Batzardeak*» (L.A.B.) optaron por constituir un piquete informativo en la vía pública. Cuando estaban desa-

⁵¹ STC 43/1990, de 15 de marzo (F. J. 5.º f).

⁵² STC 51/1986, de 24 de abril (F. J. 4.º). El pronunciamiento termina denegando el amparo al considerar que los niveles de servicios mínimos implantados para la huelga son adecuados en virtud de las circunstancias en que se desarrolla la misma, sobre todo teniendo en cuenta que se convoca coincidiendo con las vacaciones de Semana Santa, siendo esta fecha el dato determinante de la proporcionalidad de la medida restrictiva y, por tanto, la que determina que la restricción del derecho de huelga a través de la fijación de los servicios mínimos pueda ser mayor cuando el derecho se ejercita en las mencionada fecha.

⁵³ Un comentario a la sentencia en RIVERO LAMAS, J., «Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales», *REDT*, núm. 98, 1999, págs. 925 y ss.

rollando pacíficamente las funciones de publicidad e información típicas en estas circunstancias, se aproximaron varios automóviles de la policía autonómica vasca que procedieron a fotografiar y filmar las actividades del piquete. El sindicato acude al TC, alegando violación del derecho de huelga y del derecho a la libertad sindical acuriosamente no se alega lesión del derecho a la propia imagenæ, por constituir dichos actos una intimidación indirecta a no ejercitar los mencionados derechos. El TC admite el recurso y confirma la lesión de los derechos invocados.

El examen que hace el Tribunal se centra en constatar si hubo o no lesión del contenido esencial del derecho de huelga; por ello, tras reconocer que los actos desarrollados por la policía incidieron indirectamente en la huelga, no prohibiéndola pero si reduciendo su efectividad⁵⁴, y que la actividad publicitaria e informativa que acompañan al ejercicio del derecho de huelga, siempre que se desarrolle de forma pacífica, forma parte del contenido esencial del derecho⁵⁵, aplica a la medida restrictiva, la fotografía y filmación de los integrantes del piquete, el juicio de proporcionalidad en toda su extensión. Como afirma el Tribunal, es necesario dilucidar «*en primer lugar, si la filmación restringió o limitó, aunque fuese levemente, el ejercicio de los derechos fundamentales alegados, singularmente, del derecho de huelga; en segundo lugar, si, en caso afirmativo, existía un derecho, un bien, o un interés jurídico constitucionalmente relevante que autorizase esa restricción; y, por fin, si dicha medida restrictiva resultaba justificada o proporcionada en este caso concreto, atendiendo fundamentalmente a la existencia o no de medidas alternativas igualmente eficaces [necesidad] y a la proporcionalidad del sacrificio del derecho fundamental [proporcionalidad en sentido estricto]*»⁵⁶.

Sobre la primera cuestión, el TC consideró que la filmación supuso restricción del derecho, en cuanto le restó efectividad. El hecho de desconocer el uso que se haría de la filmación, y los controles a los que puede estar sometida, ocasiona efectos disuasorios en las personas que ejercitan el derecho.

Con respeto al interés o bien constitucionalmente protegido, se identifica con la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades por los ciudadanos, que en el caso concreto no estaban en peligro por no haberse ocasionado desórdenes públicos. Aún así, el Tribunal reconoce que, en ocasiones y excepcionalmente, es posible desarrollar actividades con carácter preventivo, sobre todo, en aquellos casos en que son habituales este tipo de desórdenes.

⁵⁴ STC 37/1998, de 17 de febrero (F. J. 2.º).

⁵⁵ STC 37/1998, de 17 de febrero (F. J. 3.º).

⁵⁶ STC 37/1998, de 17 de febrero (F. J. 5.º).



Analizados ambos presupuestos, el Tribunal se centra en el juicio de proporcionalidad, y lo considera integrado por los siguientes requisitos: a) idoneidad o susceptibilidad de la medida para obtener el objeto propuesto; b) necesidad, en el sentido de no existir otra medida más moderada para conseguir el propósito con igual eficacia; c) proporcionalidad en sentido estricto, que implica que deriven más beneficios para el interés general que perjuicios para el otro bien o valor en conflicto⁵⁷.

La medida cuestionada puede ser adecuada para preservar el orden público, pero no era una medida necesaria, en cuanto podían haberse adoptado otras que, siendo menos restrictivas para el derecho fundamental, permitiesen asegurar los posibles desórdenes⁵⁸. Por tanto, declara inconstitucionales las intromisiones en el derecho a la libertad sindical y en el derecho de huelga, por ser desproporcionadas.

El análisis efectuado en las injerencias administrativas sobre el derecho de huelga pone en evidencia que, si bien el Tribunal partía en sus primeros pronunciamientos de elementos cercanos al abuso de derecho, considerando prevalentes los derechos de los usuarios, la tendencia jurisprudencial se corrige en fecha muy temprana. El cambio de enfoque que supone considerar las medidas dirigidas al mantenimiento de los servicios esenciales como verdaderos límites al ejercicio del derecho de huelga da entrada, en el análisis constitucional del mismo, a algunos de los elementos que integran el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Ciertamente, y como advertíamos al principio de la exposición, la exigencia se ha ido conformando progresivamente y centrándose, fundamentalmente, en la idea de adecuación y proporcionalidad en sentido estricto; sólo ocasionalmente se ha hecho mención al criterio de necesidad. Sin embargo, también hay que destacar que, salvo el caso de la grabación del piquete por la policía, en ninguno de los pronunciamientos se ha hecho una declaración expresa que acoja de forma completa, ordenada y cohesionada el mencionado principio.

3. LAS INJERENCIAS EMPRESARIALES EN EL DERECHO DE HUELGA

3.1. Los avances en la aplicación del principio: La doctrina de los derechos fundamentales inespecíficos

Para esclarecer la doctrina constitucional sobre las limitaciones empresariales en el derecho de huelga, hemos de hacer una referencia previa al

⁵⁷ STC 37/1998, de 17 de febrero (F. J. 8.º).

⁵⁸ STC 37/1998, de 17 de febrero, de 17 de febrero (F. J. 9.º).

plano más general de los derechos fundamentales inespecíficos. Ciertamente, la evolución en este sentido ha estado llena de obstáculos y equívocos que han ocasionado un entendimiento restrictivo de estos derechos fundamentales de los trabajadores dentro de la empresa⁵⁹.

En este sentido, las declaraciones hechas por el alto Tribunal, propugnando la vigencia de los mismos en las organizaciones empresariales⁶⁰, cristalizan en la teoría de la eficacia relativa. Ello implica, en los primeros pronunciamientos al efecto, que los derechos fundamentales sufren matizaciones en virtud de la existencia de una relación laboral. Teóricamente, en estos casos, lo correcto es identificar los bienes o derechos constitucionales que entran en conflicto, por un lado el derecho fundamental del trabajador, por otro el derecho a la libertad de empresa. Una vez establecida la equivalencia de los bienes jurídicos, la solución pasa por realizar una ponderación de los intereses en juego aplicando el principio de proporcionalidad.

No es este el procedimiento que ha seguido el TC. En realidad, no ha realizado ponderación alguna, porque los elementos que integraban el conflicto no eran susceptibles de ello, al no tener la misma posición jerárquica. Se enfrentaban un derecho fundamental, garantizado en la Constitución, con la relación contractual y, por tanto, la autonomía individual, dándole preferencia a ésta sobre aquél. En este planteamiento no es el contrato de trabajo el que ha de adecuarse a los derechos fundamentales afectados, sino el derecho fundamental el que debe matizarse para tener cabida en la relación contractual entre las partes⁶¹.

⁵⁹ Sirvan como ejemplo las SSTC 19/1985, de 13 de febrero y 170/1987, de 30 de octubre.

⁶⁰ Es paradigmática la STC 88/1985, de 19 de julio (F. J. 2.º): «Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tiene un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado Social y Democrático de Derecho». Por ello, «la jurisprudencia de este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicios en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo» [STC 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 4.º)].

⁶¹ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona...», *op. cit.*, pág. 2. La doctrina laboral se refiere a este fenómeno (delimitación del derecho fundamental por el contrato de trabajo) con la denominación «contractualización del derecho fundamental». Un ejemplo de los resultados de esta doctrina, cuando el derecho fundamental queda delimitado por el deber de buena fe, lo constituye, aún en la actualidad, la jurisprudencia del TC sobre el derecho a la libertad de expresión, SSTCS 20/2002, de 28 de enero (F. J. 3.º y 4.º) y 57/1999, de 12 de abril (F. J. 3.º).

La necesaria transformación que se exige al derecho fundamental, consiste en adaptar su contenido a las obligaciones que derivan del contrato, tanto a las que surgen directamente del pacto contractual como a aquellas que regulan las obligaciones contractuales en general, entre ellas la buena fe, el deber de lealtad, el abuso de derecho, etc. Dichos instrumentos contractuales se alinean de parte del poder empresarial para delimitar, que no limitar, cuál es la conducta protegida por el derecho reconocido al trabajador, de tal forma que, en la mayoría de los casos, la conducta del trabajador está fuera del ámbito amparado por el derecho fundamental, y estando fuera, no existe injerencia empresarial, ni límites jurídicos que controlen la legitimidad de la misma. Ocurre, además, que a dichos instrumentos no se les confiere, como norma general, el enfoque bilateral propio del derecho de obligaciones sinalagmáticas⁶².

Con todo, el cambio en la doctrina constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales inespecíficos se produce en la STC 99/1994, de 11 de abril⁶³. El pronunciamiento no parte, como venía siendo habitual, de la contractualización de los derechos fundamentales o de parámetros del Derecho Civil susceptibles de delimitar el contenido del derecho⁶⁴, sino de considerar los derechos fundamentales como instituciones que rigen en el ámbito de las relaciones laborales en términos relativos, es decir, que han de concordar su vigencia con la existencia de otros derechos o bienes constitu-

⁶² Esto es lo que ha ocurrido con el concepto de buena fe o el deber de lealtad del trabajador. Sobre la buena fe como instrumento delimitador de los Derechos Fundamentales VALDÉS DAL RÉ, F., «Buena fe y ejercicio de poderes empresariales», *RL*, núm. 17, 2003, págs. 1 y ss.; MORENO GARCÍA, A., «Buena fe y derechos fundamentales...», *op. cit.*, págs. 263 y ss.

⁶³ En el pronunciamiento se diferencia dos situaciones distintas en el ámbito de los límites al poder de dirección empresarial en los casos en que se limiten derechos fundamentales del trabajador. En primer lugar, aquellas restricciones que derivan del contrato de trabajo. En estos casos el trabajador no puede alegar vulneración del derecho fundamental para eludir sus obligaciones laborales y el empresario no podrá establecer restricciones del derecho fundamental que lesionen la dignidad del trabajador. En segundo lugar, estarían las que no se fundan en el objeto del contrato; el empresario habrá de demostrar que la limitación del derecho fundamental del trabajador es una medida idónea y necesaria para la consecución del legítimo interés empresarial. La Sentencia analiza el despido de un trabajador por incumplimiento contractual al negarse a ser filmado mientras realizaba la tarea de deshuesar un jamón. El Tribunal, tras considerar que la filmación de dicha labor no deriva del objeto pactado en el contrato de trabajo, establece que «*es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial*» (F. J. 7.º).

⁶⁴ MARTÍNEZ RANDULFE, F., «Derecho a la intimidad y relaciones laborales: Aproximaciones», en VVAA, *Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo*, Comares, Granada, 1998, págs. 53 y ss.

cionales, lo que significa que podrán ceder en aquellos supuestos en que se enfrenten o colisionen con «*intereses constitucionalmente relevantes*». Aun siendo ello cierto, la prevalencia que el texto constitucional otorga a los derechos fundamentales obliga a considerar la observancia de una serie de requisitos a las medidas restrictivas (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). El pronunciamiento incide, especialmente, en el criterio de adecuación y necesidad o indispensabilidad⁶⁵.

3.2. La aplicación parcial del principio en el derecho de huelga

Avanzábamos, en el apartado de las injerencias del legislador sobre el derecho de huelga, que en la mayoría de las ocasiones en que el alto Tribunal se enfrenta al ejercicio del mismo parece exigir, en primer término, la proporcionalidad al propio ejercicio del derecho de huelga, para que no lesione otros derechos protegidos por el texto constitucional. La impresión se confirma cuando se examinan el número de pronunciamientos en los que se preservan derechos constitucionalmente reconocidos del ejercicio abusivo del derecho de huelga⁶⁶. Este enfoque puede parecer lógico cuando se parte, como hace la jurisprudencia constitucional, de la preeminencia sobre el derecho de otros derechos o bienes constitucionales. Es lo que ocurre con la protección de los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios⁶⁷.

Sin embargo, en aquellos casos en los que el derecho en conflicto es la libertad de empresa es mucho más difícil mantener esta lógica, desde el momento en que la libertad de empresa no puede tener esa posición prevalente porque, sin lugar a dudas, no se la otorga el texto constitucional. Las menciones que en estos casos se producen sobre los «*legítimos intereses empresariales ante el ejercicio desproporcionado del derecho de huelga*» se pueden considerar en dos sentidos distintos, bien en el sentido de que, real-

⁶⁵ PARDO FALCÓN, J., «El juicio de indispensabilidad: Un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral», *TL*, núm 39, 1996, págs. 57 y ss.; DEL REY GUANTER, S., «Notas sobre los derechos fundamentales inespecíficos y el contrato de trabajo en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional», *RARL (Trabajo)*, núm. 4, 1998, págs. 9 y ss.

⁶⁶ Por todas, SSTC 254/1988, de 21 de diciembre y 137/1997, de 21 de julio.

⁶⁷ Sobre la preeminencia de estos derechos sobre el derecho de huelga, SSTC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 18.º); 51/1986, de 5 de mayo (F. J. 3.º); 123/1990, de 2 de julio (F. J. 5.º); 43/1990, de 15 de marzo (F. J. 5.º). Este último pronunciamiento, aun partiendo formalmente de dicha preeminencia, resuelve la cuestión aplicando el principio de adecuación y necesidad no sobre el ejercicio del derecho, como se ha hecho en otros casos, sino sobre la medida restrictiva que supone la fijación de los servicios esenciales, no siendo muy coherente con la declaración inicial.



mente, el TC desenfoca el asunto y exige cierta proporcionalidad al derecho fundamental de huelga a través de la figura del abuso de derecho, en vez de atenerse a parámetros constitucionales y exigir la proporcionalidad a la medida restrictiva, bien que acuda al interés empresarial que pretende proteger como causa justificadora de la restricción del derecho fundamental⁶⁸.

Los comportamientos empresariales destinados a restringir el derecho de huelga de los trabajadores pueden ser de la más diversa índole. En los apartados que siguen vamos a analizar los pronunciamientos más relevantes que se han producido en la jurisprudencia constitucional, clasificando los mismos en dos grandes bloques, en atención a los distintos poderes empresariales que resultan fiscalizados. Iniciaremos la exposición con el análisis de las conductas empresariales que se pueden englobar dentro del poder disciplinario y del poder de policía, para a continuación analizar aquellas que pertenecen al poder de organización empresarial.

3.2.1. *Las restricciones del derecho de huelga como consecuencia del ejercicio del poder disciplinario y del poder de policía*

De las sentencias recaídas sobre posibles limitaciones del derecho de huelga por parte del empresario, la mayoría de los supuestos corresponden a sanciones disciplinarias por ejercicio, legítimo o ilegítimo, del derecho de huelga⁶⁹. Que la facultad empresarial examinada sea el poder disciplinario no facilita pronunciamientos claros sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, como cabría esperar⁷⁰; muy al contrario, cuando de seme-

⁶⁸ Esta segunda circunstancia se podría considerar igualmente en la STC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 10.º). Ello podría ser posible si incidimos en los planteamientos que sobre la limitación de los derechos fundamentales realiza el TC (F. J. 10'). Por supuesto no podríamos perder de vista que las alusiones a los intereses empresariales se realizan con la función de identificar la finalidad constitucional (protección de la libertad de empresa) que justifica la restricción del derecho. Partiendo de estos presupuestos, se podría considerar que el alto tribunal justifica la tipificación legislativa de modalidades de huelga ilícitas o abusivas por ser una medida proporcionada. Por supuesto en esta consideración tendría gran importancia la distinción entre el carácter ilegal y abusivo que pretende sostener el pronunciamiento. No obstante, es una consideración difícil de argumentar, desde el momento en que no se pretende la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, sino al principio del equilibrio de daños que, como ya hemos mencionado, no implican lo mismo.

⁶⁹ SSTC 66/1983, de 21 de julio; 41/1984, de 21 de marzo; 13/1986, de 30 de enero; 123/1990, de 2 de julio; 36/1993, de 8 de febrero; 332/1994, de 19 de diciembre; 333/1994, de 19 de septiembre; 40/1995 de 13 de febrero; 66/2002, de 21 de marzo.

⁷⁰ En nuestra opinión, el poder disciplinario que el ET atribuye al empresario constituye una de las facultades empresariales a las que se debería aplicar con el máximo rigor el principio de proporcionalidad. La razón fundamental es que dicha facultad no puede desvincularse

jante facultad se trata, el TC diferencia entre ejercicio legítimo/ilegítimo del derecho de huelga⁷¹.

Cuando se da el segundo supuesto el Tribunal considera que la conducta del trabajador que solicita el amparo no está protegida por el derecho de huelga y, como consecuencia de ello, la sanción empresarial no vulnera el derecho⁷². Ello constituye un ejemplo de las incoherencias a las que puede llevar la aplicación de la teoría de la delimitación de los derechos fundamentales, en este caso, a través de abuso de derecho. La conducta de los trabajadores, por ser ilícita, no forma parte del contenido del derecho; como consecuencia, la sanción empresarial no puede lesionar dicho contenido, por lo que no es necesario establecer ningún tipo de limitación. Además, la argumentación no se sostiene en aquellos casos en que, con carácter previo a los comportamientos ilícitos de los trabajadores, existe una conducta empresarial reprochable. Así sucede cuando, con ocasión de una orden unilateral, el empresario establece con carácter excesivo los servicios de mantenimiento y seguridad⁷³. En este caso, al haberse extralimitado el empresario, la conducta de los trabajadores que se niegan a cumplir los servicios de mantenimiento y seguridad no legitima la sanción impuesta por parte del empresario (despido por indisciplina y desobediencia). Para solucionar la cuestión ¿habría que considerar que sí existe vulneración del contenido del derecho a pesar de que la conducta del trabajador no forme parte del mismo?

Ambos supuestos evidencian las graves dificultades que encuentra la jurisprudencia constitucional al manejar el abuso de derecho como instru-

totalmente de ciertas connotaciones públicas, que supone ampliar considerablemente la esfera de poderes del empresario y, como consecuencia, el ámbito de posibles lesiones a los derechos de los trabajadores.

⁷¹ No obstante, en ninguno de los casos, el TC entra a analizar a fondo la potestad disciplinaria del empresario por constituir una cuestión de legalidad. STC 13/1986, de 13 de enero (F. J. 1.º y 3.º).

⁷² Esto es lo que ocurre en la STC 41/1984, de 21 de marzo, que analiza un supuesto de huelga intermitente. Al constituir ésta una de las modalidades abusivas, el TC considera que no existe lesión del derecho porque no existe ejercicio legítimo del mismo (F. J. 3.º). Este pronunciamiento constituye una de los casos en que el TC analiza la proporcionalidad aplicándola sobre el derecho más que sobre la limitación que pueda constituir la sanción sobre el mismo. Para el TC, el derecho de huelga constituye una limitación para la libertad del empresario por lo que su ejercicio requiere proporcionalidad y sacrificios mutuos (F. J. 2.º). En sentido parecido pero refiriéndose al cierre patronal, STC 72/1982, de 2 de diciembre (F. J. 3.º y 6.º).

⁷³ STC 66/1983, de 21 de julio. El amparo se solicita por la empresa alegando violación de los arts. 24.1 y 25.1 CE, pues en el momento en que ocurren los hechos no había recaído la STC 11/1981, de 8 abril. La argumentación del TC se centra fundamentalmente en la eficacia derogatoria genérica de la CE y el valor declarativo que en estos casos tiene la declaración de inconstitucionalidad.



mento delimitador del derecho fundamental. El enfoque de la cuestión sería más apropiado si, tal como se enfocaba en la STC 11/1981, realizamos una ponderación de los distintos intereses en conflicto y partimos de una concepción amplia del derecho de huelga. Desde este punto de vista, la adopción de medidas de mantenimiento y seguridad constituyen una limitación al derecho de huelga que tiene por finalidad la protección de la integridad de las personas y la productividad de la empresa. Como tal, ha de observar una serie de requisitos para que sea constitucionalmente legítima: adecuación, necesidad y proporcionalidad⁷⁴. El factor que queda por determinar sería el sujeto o sujetos a los que corresponde la designación concreta de los trabajadores que han de realizarlo. La solución al problema, que también podría afectar al derecho de huelga, habrá de adoptarse teniendo en cuenta otra serie de circunstancias, a saber: que corresponde al empresario, como manifestación del poder de policía, el establecimiento de esos servicios, y a los trabajadores la ejecución de los mismos, de forma que, incidiendo en la necesidad de garantizarlos, lo más adecuado es que la designación se realice de forma conjunta, reduciéndose con ello el riesgo de incumplimiento.

En definitiva, que la designación unilateral por parte del empresario de los trabajadores concretos que van a desarrollar los servicios de mantenimiento y seguridad es una medida adecuada para garantizar el fin perseguido, pero no es una medida necesaria en cuanto existían otras alternativas posibles con menor riesgo de lesión para el derecho: el establecimiento de los mismos de forma conjunta. Por tanto, la medida era adecuada pero no necesaria y proporcionada, con lo que limita innecesariamente el contenido esencial del derecho.

El caso más llamativo, en este ámbito, lo constituye la STC 123/1990, de 2 de julio, que examina la sanción empresarial impuesta a dos trabajadores de la empresa, dirigentes de los sindicatos convocantes de la huelga, por el incumplimiento de los servicios mínimos, alegando que eran excesivos. El recurso se presenta después de que se declarase ilegal la orden que fijaba los servicios mínimos. La cuestión fundamental que plantea el supuesto, se refiere a la posibilidad de controlar la decisión empresarial por la que se designa a los trabajadores concretos que van a desarrollar los servicios mínimos⁷⁵. En este sentido, los recurrentes habían alegado vulneración del derecho a la libertad sindical, al sostener que la decisión empresarial era irra-

⁷⁴ La STC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 20.º), alude expresamente a la necesidad.

⁷⁵ La designación de los trabajadores concretos que van a desempeñar los servicios mínimos, en cuanto medida de ejecución de los servicios mínimos establecidos por la autoridad gubernativa, puede delegarse a los órganos de dirección y gestión de la empresa, SSTC 53/1986, de 5 de mayo (F. J. 5.º) y 27/1989, de 3 de febrero (F. J. 3.º).

zonable porque debería haber designado a trabajadores no huelguistas para realizar esas tareas.

El TC manifiesta que la «*decisión empresarial se basó en criterios objetivos y en relación con las necesidades del servicio*»⁷⁶, por tanto adecuados y proporcionados. Sin embargo, considera la posibilidad de exigir al empresario la designación de trabajadores no huelguistas cuando «*así lo aconsejen las circunstancias de la huelga: huelgas parciales o minoritarias de alguna duración*». Incluso llega a admitir que el resultado habría sido distinto si la designación de los dos dirigentes sindicales para realizar los servicios mínimos hubiese afectado a la huelga. En tal caso, quizá hubiese sido razonable su exclusión de la realización de los mencionados servicios⁷⁷. Con ello, el TC advierte que la decisión empresarial ha de ser razonable, y que esa razonabilidad se va a medir en términos de adecuación y en función de las consecuencias que pueda tener en el ejercicio del derecho, de tal forma que no lesione el contenido el derecho fundamental.

El enfoque de la cuestión responde al planteamiento que realizábamos con anterioridad: la medida, consistente en la designación de los trabajadores concretos que han de realizar los servicios mínimos, como limitación que supone para el derecho de huelga, ha de respetar al máximo el contenido del derecho, y ello sólo va a suceder, de conformidad con las argumentaciones del Tribunal, si es adecuada y proporcionada, siendo éste último el parámetro que puede determinar el grado de afectación de la huelga. Sin embargo, a diferencia de los servicios de mantenimiento y seguridad, el análisis no se extiende a los sujetos que han de participar en la designación. Habría sido deseable que, de conformidad con la argumentación de la STC 11/1981, se hubiesen ponderado las distintas circunstancias en aras de acoger la modalidad de designación más respetuosa con el derecho fundamental y con más probabilidades de garantizar el mantenimiento de estos servicios, lo que en definitiva supone aplicar el requisito de necesidad.

No obstante, no se puede perder de vista que el incumplimiento de los servicios mínimos por parte de los trabajadores es una conducta ilegal que de conformidad con el ordenamiento jurídico puede ser objeto de sanción. Sin embargo, si la decisión empresarial incurre en extralimitación, la conducta de los trabajadores podría no ser susceptible de ella. Es cierto que ello obligaría a reconocer que «*del derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 C.E. no cabe derivar, por consiguiente, un derecho del trabajador designado para cumplir un servicio mínimo a examinar en cada caso la legalidad de la medida gubernativa y empresarial que imponen dichos servicios, y en*

⁷⁶ STC 123/1990, de 2 de julio (F. J. 2.º).

⁷⁷ STC 123/1990, de 2 de julio (F. J. 3.º).



función de ese juicio de legalidad, cumplirlo o no cumplirlo [...] pues ello generaría un riesgo de inseguridad y aleatoriedad en el cumplimiento de los servicios esenciales que pondría en peligro valores y bienes constitucionalmente estimados como prevalentes»⁷⁸.

A pesar de la advertencia realizada se admite el amparo, alegando que el órgano judicial no ha realizado la necesaria ponderación entre los derechos y valores en juego: el incumplimiento de los trabajadores en relación con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales y la posibilidad de que el derecho de huelga puede justificar la negativa a cumplir los servicios mínimos porque manifiestamente vulneran aquél⁷⁹.

En la sentencia 66/2002, de 16 de marzo, se profundiza en los requisitos exigidos al empresario en el ejercicio del poder disciplinario⁸⁰. Al analizar el despido de tres trabajadores y la posterior readmisión de los mismos, exigiendo como condición la desconvocatoria de la segunda huelga, el TC establece que en la doctrina aplicable en los casos de posible vulneración de los derechos fundamentales es indiferente si los actos empresariales son parte de una conducta estratégica (intencional) u objetivamente contraria al derecho de huelga (resultado), dado que ambos tipos de comportamiento vulnerarían el derecho de huelga, aunque no es necesario demostrar la intencionalidad del empresario, basta con que se hayan producido resultados negativos en el derecho.

Al estar en juego el derecho de huelga, el alto Tribunal aplica la doctrina de la prueba de indicios, en la que el trabajador ha de aportar un indicio razonable —no es suficiente la mera alegación— de que el acto empresarial vulnera su derecho fundamental. El empresario, en cambio, ha de demostrar que su actuación responde a causas reales, absolutamente extrañas a la vulneración del derecho fundamental, y que dichas causas tienen la entidad

⁷⁸ STC 123/1990, de 2 de julio (F. J. 5.º).

⁷⁹ STC 123/1990, de 2 de julio (F. J. 5.º *in fine*).

⁸⁰ La STC 66/2002, de 21 de marzo, se plantea la vulneración del derecho de huelga por parte del empresario a través de una serie de conductas que se pueden considerar obstructivas. Los hechos se desarrollan en la empresa Sociedad Española de Acumulador Tudor, S.A. El comité de empresa presenta cinco convocatorias de huelga, a desarrollar de forma escalonada desde el 14 de octubre al 29 de noviembre de 1996, con intención de presionar y obtener mejoras salariales en la negociación del nuevo convenio colectivo. Las conductas empresariales que se alegan como vulneradoras del derecho de huelga corresponden a la contratación, con fecha 1 de noviembre, de 8 trabajadores temporales; el despido de 3 trabajadores con fecha 10 de octubre y 11 de octubre respectivamente, con posterioridad a la convocatoria de la primera huelga, que se realiza el 9 de octubre. Dichos trabajadores son readmitidos el día 5 de noviembre, al incluirse dicha readmisión en las negociaciones sindicales, como contrapartida se desconvoca la segunda huelga, programada para los días 21, 22 y 23 de octubre. Con ocasión de la quinta convocatoria de huelga, la empresa procede al cierre patronal.

suficiente para adoptar la decisión cuestionada, lo que se traduce en la exigencia de que «*el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente su decisión*»⁸¹. Son dos, por tanto, los requisitos exigidos a través de la doctrina de la prueba de indicios cuando la medida empresarial es susceptible de lesionar un derecho fundamental. Por un lado, la prueba de que existe causa real para el despido; por otro, que dicha causa tiene entidad suficiente, en el caso concreto, para justificar el despido. La entidad de la causa ha de poner de manifiesto que es la única razón del despido, de forma que quede acreditada la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida empresarial.

La primera cuestión que hay que dilucidar es la relación que los mencionados requerimientos guardan con los efectos negativos producidos sobre el derecho de huelga. Se exigen una serie de requisitos (objetividad, razonabilidad y proporcionalidad) a la decisión empresarial que, desde nuestro punto de vista, valoran indirectamente los efectos que la medida produce sobre el derecho. Desde esta perspectiva, el empresario podría demostrar que su decisión obedece a los parámetros mencionados y, aun así, ocasionar efectos negativos sobre la huelga. ¿Estaría entonces la medida justificada? En otras palabras, ¿los efectos perniciosos que sobre el derecho puede tener la medida empresarial quedarían siempre convalidados si el empresario demuestra que su decisión respondía a razones ajenas al ejercicio del derecho fundamental?⁸²

Desde nuestro punto de vista consideramos que la legitimidad de la medida empresarial dependería del grado de afectación que sufre el derecho. Hemos de tener en cuenta que la institución del despido, que es la institución analizada, representa la confrontación entre dos derechos fundamentales: el derecho al trabajo y la libertad de empresa. La necesaria ponderación que ha de darse entre ellos se refleja, al menos ha de reflejarse, en la legislación laboral a través de diversas instituciones, entre ellas la causalidad del despido. Sin embargo, en el supuesto aparece otro derecho fundamental que reclama la inclusión de nuevos elementos en esa ponderación.

La postura del TC, en este sentido, es acudir a la doctrina de la inversión de la carga de la prueba o prueba de indicios que parte de la idea de

⁸¹ STC 66/2002, de 21 de marzo (F. J. 3.º).

⁸² En este sentido parece inclinarse el fallo de la sentencia. De conformidad con la doctrina, considera el Tribunal, el empresario no justificó suficientemente que la decisión de despido fuese completamente ajena al ejercicio del derecho de huelga, sino todo lo contrario, quedaba demostrado que los despidos tuvieron «*consecuencias objetivamente limitativas del derecho de huelga*», hasta el punto de que la readmisión de los trabajadores quedó condicionada a la desconvocatoria de la segunda huelga y consiguió alterar los intereses en conflicto [STC 66/2002, de 21 de marzo (F. J. 8.º)].



discriminación por ejercicio de derechos fundamentales. Esa es la razón de que se exijan los elementos típicos del juicio de igualdad: objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. La razonabilidad y proporcionalidad se predicen de la medida empresarial en relación con el comportamiento del trabajador; sólo indirectamente el criterio de la proporcionalidad, en caso de no cumplirse, podría indicarnos que el empresario está sancionando algo más que un incumplimiento contractual. Desde esta perspectiva, el empresario no sólo tiene que acreditar la causa de despido, sino que su conducta responde única, exclusiva y proporcionalmente a la causa real, de forma que si no lo hace se considera que el despido se realiza por ejercicio de un derecho fundamental. No obstante, con objeto de evitar conductas empresariales lesivas de derechos fundamentales, sobre todo en los casos de despidos pluricausales, sería conveniente exigir también el criterio de necesidad, como mecanismo para evitar sanciones gravosas innecesarias.

3.2.2. *Las restricciones del derecho de huelga como consecuencia del ejercicio del poder de organización empresarial*

Fuera del ámbito disciplinario, es sin embargo, a nuestro juicio, donde encontramos los pronunciamientos más interesantes, en lo que se refiere al poder de organización empresarial⁸³. En este sentido, y desde un punto de vista material, podríamos agrupar los pronunciamientos en dos grandes grupos. Por una lado, los que se han ocupado de la sustitución de trabajadores huelguistas, bien por acudir a la movilidad funcional, incidiendo con ello en el *ius variandi*, reconocido al empresario en el ET, o bien a través de la contratación de nuevos trabajadores. Por otro, aquellos que se han dirigido a proteger otros derechos laborales del trabajador, lesionados como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga.

En el ámbito del *ius variandi* es significativa la STC 123/1992, de 28 de septiembre⁸⁴. Para resolver la cuestión de cómo afecta la sustitución de

⁸³ Un ámbito que sería muy adecuado para la aplicación del principio de proporcionalidad sería, como manifestación del poder de policía, el derecho empresarial al cierre patronal, frente al ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores. En este sentido, han sido tres los recursos que expresamente alegaban vulneración del derecho de huelga por ejercicio ilegítimo del cierre patronal: SSTC 72/1982, de 2 de diciembre; 226/1988, de 28 de noviembre; 66/2002, de 21 de marzo. En ninguna de ellas el TC analiza las consecuencias que en el lícito del derecho huelga tendría el cierre patronal. En las dos primeras porque se plantean como cuestiones accesorias y el problema se resuelve dilucidando la cuestión principal, suficiente para otorgar el amparo. En la tercera, porque es una cuestión sobre la que ya se había pronunciado, de forma favorable, el TSJ de Castilla y León.

⁸⁴ Con ocasión de una huelga legal en la Compañía Envasadora Loreto, S.A., se presenta recurso de amparo por el comité de empresa alegando violación del derecho de huelga por

trabajadores huelguistas al derecho de huelga, se realiza una ponderación entre los bienes en conflicto: el derecho de huelga y la libertad de empresa⁸⁵. Según la jurisprudencia constitucional, el derecho de huelga, como derecho fundamental constitucionalmente consagrado, ha de conectarse con otros derechos reconocidos en la Constitución y con las limitaciones establecidas por la ley, sin que, en ningún caso, pueda menoscabarse su contenido esencial, consistente en la cesación del trabajo en cualquiera de las modalidades que pueda revestir y la consecución de cierta eficacia.

El TC considera el *ius variandi* como facultad que deriva del art. 38 CE, y que queda protegida por él siempre que se ejercite con una finalidad legítima (buena marcha de la empresa), de tal forma que si no es así, es decir, si se ejercita con una finalidad distinta a la que se encomienda, sin constituir una medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, está fuera del ámbito de protección del derecho. Por tanto, los requisitos que exige el TC para que la conducta quede amparada por la Constitución son, en primer lugar, que exista una finalidad legítima, es decir, buena marcha de la empresa; en segundo lugar, que se trate de una medida adecuada para la protección de esa finalidad, y por último, que sea objetivamente necesaria para obtener la finalidad perseguida. Se exigen, con ello, los requisitos de adecuación y necesidad, sin que en ningún momento sea necesario entrar en su análisis, al haberse constatado, con carácter previo, la inexistencia de finalidad legítima⁸⁶.

Es en la STC 66/2002, de 25 de marzo, donde se trata de nuevo la cuestión relativa a la sustitución de los huelguistas, si bien en este caso

la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 13 de diciembre de 1988, que no reconoce la lesión empresarial del derecho de huelga que supone sustituir a los trabajadores huelguistas (fijos-discontinuos) por trabajadores no huelguistas.

⁸⁵ STC 123/1992, de 28 de septiembre (F. J. 1.º y 4.º).

⁸⁶ STC 123/1992, de 28 de septiembre (F. J. 5.º). «*La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar; [...] otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores. [...] Ahora bien, el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. En definitiva, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el ius variandi, [...] desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo.*».



no se trata de sustituir trabajadores huelguistas utilizando la movilidad funcional dentro de la empresa, sino a través de la contratación de nuevos trabajadores.

A pesar de que la doctrina aplicada es la que venimos comentando, en este supuesto el planteamiento jurisprudencial de la cuestión se realiza en términos más claros que en la sentencia anterior, para llegar finalmente a la conclusión de que el derecho de huelga no se ve lesionado por estas contrataciones. En este sentido, el Tribunal considera que hay que tener en cuenta: a) si los actos empresariales son parte de una conducta estratégica (intencional) u objetivamente contraria al derecho de huelga (resultado), siendo el factor relevante el efecto que produzca sobre el derecho de huelga; y, b) al estar involucrado un derecho fundamental es imprescindible la aplicación de la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba o prueba de indicios, fundamentalmente por la dificultad de detectar las conductas lesivas de los derechos fundamentales cuando el empresario actúa, en apariencia, bajo la cobertura de una norma legal, dificultad que se acrecienta cuanto mayor es el grado de discrecionalidad en el que se desarrollan las facultades disciplinarias y organizativas del poder empresarial.

La inversión de la carga de la prueba requiere, por parte del trabajador, que aporte un indicio razonable de que el acto empresarial vulnera un derecho fundamental. El empresario, por su parte, habrá de demostrar que su actuación responde a causas reales, absolutamente extrañas a la vulneración del derecho fundamental, y que dichas causas tienen la entidad suficiente para adoptar la decisión cuestionada, lo que, como ya hemos visto, implica la exigencia de que *«el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente su decisión»*⁸⁷.

De conformidad con esta doctrina, el TC encuentra justificada la decisión de contratar nuevos trabajadores por la existencia de necesidades objetivas que aconsejan dicha contratación. Las razones ofrecidas por el empresario explicaban objetiva, razonable y proporcionalmente la decisión adoptada, sin que pueda considerarse lesiva del derecho de huelga, pues no se había limitado a alegar su genérica libertad de contratación. Los elementos determinantes, que toma en consideración el TC, son los problemas de abastecimiento de materia prima que había sufrido la empresa y la decisión del proveedor de suministrar baterías usadas para la extracción de la materia prima, siendo éste el hecho determinante de que la empresa acudiera a la contratación temporal. A ello hay que unir que en ningún momento los trabajadores temporales habían sustituido a los trabajadores huelguistas, y que la actividad desempeñada por éstos no constituía actividad principal de la

⁸⁷ STC 66/2002, de 21 de marzo (F. J. 3.º).

empresa, sino accesoria. Como aclara el alto Tribunal, a esta conclusión se llega analizando las contrataciones realizadas desde la afectación que podrían haber producido en el derecho de huelga. Y en este sentido, las contrataciones realizadas no tuvieron repercusión alguna sobre el derecho de huelga de los trabajadores.

Lo primero que hay que destacar es la exigencia de algunos de los criterios de la proporcionalidad, pues la medida empresarial ha de estar justificada, ser objetiva, razonable y proporcional en aras a la satisfacción de la necesidad empresarial alegada. Sin embargo, y como ya habíamos señalado con anterioridad, se evidencia la difícil relación que debe existir entre la acreditación de los requisitos exigidos a la medida empresarial y los efectos que la intervención produce sobre el derecho. ¿Acreditados tales aspectos, son constitucionalmente lícitos los efectos que se puedan producir sobre el derecho de huelga? En este caso, a diferencia de la STC 123/1992, de 28 de septiembre, parece ser que lo determinante no es que el empresario haya justificado o no la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida, sino si su decisión ha afectado al derecho de huelga. Al no haber sido así, la conducta del empresario es irreprochable. Sin embargo no existe seguridad en que el fallo hubiese sido el mismo si el empresario no hubiese demostrado los extremos exigidos.

Fuera del ámbito de las lesiones del derecho de huelga por sustitución empresarial de los huelguistas, existen otros comportamientos empresariales que inciden en el derecho de huelga afectando otros derechos del trabajador en la relación laboral. Esto ocurre con el derecho a la promoción profesional en el supuesto que contempla la STC 90/1997, de 6 de mayo. En el caso se interpone recurso de amparo, alegando vulneración del derecho a la no discriminación por ejercicio legítimo del derecho de huelga. Se trata de una trabajadora, que en virtud del convenio colectivo aplicable, tenía derecho a la transformación de su contrato, hasta entonces a tiempo parcial, a tiempo completo. La empresa niega la conversión del contrato por participación de la recurrente en una huelga sindical.

A juicio del Tribunal, las vulneraciones alegadas pueden canalizarse bien a través de la violación del derecho a la actividad sindical, bien a través de la vulneración autónoma del derecho de huelga⁸⁸. Sea como fuere, el análisis constitucional del supuesto obliga a partir de la plena vigencia de los derechos fundamentales en la empresa. Dicha vigencia no puede considerarse en términos absolutos, pues admite limitaciones en la medida en que los derechos se ejercitan dentro de una organización que refleja otros derechos reconocidos en el texto constitucional, especialmente la libertad de

⁸⁸ STC 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 3.º).



empresa y el derecho a la propiedad privada (arts. 38 y 33 CE). Con ello, se establecen los términos de la ponderación, incidiendo en la necesidad de que se produzca una adaptación mutua de los derechos en conflicto, aunque, en virtud de la prevalencia que tienen los derechos fundamentales, han de ser, en principio, las facultades de organización empresarial las que han de respetarlos.

Partiendo de esta base, la libertad de empresa sólo podrá imponerse sobre un derecho fundamental cuando así lo exija la propia naturaleza de la prestación de trabajo pactada o exista una acreditada necesidad empresarial que la justifique. No obstante, en ningún caso las facultades organizativas o disciplinarias pueden producir resultados inconstitucionales o lesivos para el derecho fundamental del trabajador⁸⁹.

Establecida la doctrina, el alto tribunal destaca la dificultad de detectar las vulneraciones de derechos fundamentales cuando las conductas o decisiones empresariales están legitimadas, aparentemente, por la legalidad. Para salvar estas dificultades se establece la doctrina de la prueba indiciaria, en virtud de la cual el trabajador ha de aportar indicios razonables de que la decisión empresarial ha lesionado su derecho fundamental. El empresario, en cambio, ha de probar que su conducta *obedece a causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de los derechos fundamentales*, y que dichas causas tenían entidad suficiente como para determinar tal decisión; en definitiva, *«el empresario ha de acreditar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente la decisión adoptada»*⁹⁰.

Además de esta exposición detallada, el Tribunal aclara algunas cuestiones de la máxima importancia. En este sentido, declara que la doctrina de la prueba indiciaria ha de aplicarse a cualquier facultad empresarial y respecto de cualquier derecho fundamental, no exclusivamente del poder disciplinario y, como consecuencia, del despido. Además, al analizar la decisión de convertir los contratos de otras trabajadoras a tiempo completo, reitera que los poderes empresariales se encuentran limitados en su ejercicio por los derechos fundamentales de los trabajadores, estando prohibidos los resultados lesivos de los mismos. Esta vinculación de las decisiones empresariales a los derechos fundamentales *«no se excepciona en los supuestos en los que el empresario no está sujeto por la norma a causas o procedimientos en su actuación, antes al contrario, opera, si cabe, con más intensidad en tales casos por cuanto en ellos el empleador puede, virtualmente, ocultar con más facilidad las verdaderas razones de sus decisiones. Que la norma legal o convencional no le exija una causa que justifique aquellas*

⁸⁹ STC 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 3.º).

⁹⁰ STC 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 5.º).

[...] no supone la desaparición de los límites que proviene del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales del trabajador»⁹¹.

Sólo señalaremos que, en nuestra opinión, es este último pronunciamiento, de los analizados, el que enfoca mejor la cuestión de la vigencia de los derechos fundamentales en la empresa. A estos efectos considera que los derechos fundamentales rigen en la empresa, aunque en ocasiones se pueden ver limitados por la interacción con otros derechos reconocidos constitucionalmente, como la libertad de empresa. A pesar de que existen intereses enfrentados en plano de igualdad, hay que considerar prevalentes los derechos del trabajador frente a las distintas facultades empresariales que derivan del art. 38 CE. En este sentido, sólo excepcionalmente los poderes empresariales pueden limitar los derechos del trabajador, concretamente cuando así derive del propio contrato de trabajo o cuando exista una acreditada necesidad empresarial. En ninguno de los casos el empresario podrá lesionar los derechos del trabajador, lo que significa que ha de respetar el contenido constitucional de los mismos. En términos de constitucionalidad, ello se traduce en que las injerencias empresariales han de respetar, y en virtud de la prueba de indicios acreditar, la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva.

4. VALORACIÓN FINAL

El derecho de huelga, como derecho fundamental inmediatamente vinculante tanto para los poderes públicos como privados, ha encontrado una serie de obstáculos desde su reconocimiento constitucional que han reducido indirectamente esa pretendida eficacia *erga omnes*. El más importante de ellos, por haber protagonizado un peculiar efecto expansivo, ha sido la institución civil del abuso de derecho. En este sentido, la necesidad de contar con una plasmación normativa del mencionado derecho provocó que el máximo intérprete de la Constitución adaptara la regulación preconstitucional del derecho al texto constitucional, dejando gran parte de sus preceptos en vigor. Este esfuerzo interpretativo se ha demostrado un tanto artificioso desde el momento en que no era sólo la regulación concreta la que resultaba disconforme con la norma fundamental, sino la propia concepción del derecho que emanaba de sus preceptos: un derecho de huelga estigmatizado por la idea de delito, de abuso, en definitiva, de derecho que por ser un peligro para las relaciones sociales y económicas había que reducir a la mínima existencia.

⁹¹ STC 90/1997, de 6 de mayo (F. J.6.º).



A pesar de que tanto doctrina como jurisprudencia han intentado avanzar en el desarrollo del derecho de huelga, el arraigo de figuras civiles en su estructura ha sido tal que, después de 25 años, todavía pervive la concepción contractual en nuestro ordenamiento. Sin embargo, en los últimos tiempos parecen estar produciéndose ciertos avances en la jurisprudencia constitucional, que, de consolidarse, obligarían a una transformación de la configuración legal del derecho. En este sentido es de destacar la evolución producida en los derechos fundamentales inespecíficos a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, tanto para las injerencias públicas como privadas. De conformidad con esta evolución, no tendría sentido apreciar el derecho de huelga desde la perspectiva del abuso de derecho, cuestionando la eficacia y legitimidad de aquel.

Por otro lado, y en conexión con lo anterior, se ha iniciado una línea jurisprudencial que pretende reubicar los mencionados conceptos civiles en el ámbito al que pertenecen. A estos efectos hay que resaltar los pronunciamientos sobre la buena fe en el ámbito laboral que resaltan el carácter legal de esta institución y, por tanto, la obligación de que las distintas manifestaciones que la integran sean conformes a la totalidad de los preceptos constitucionales (SSTC 213/2002, de 11 de noviembre; 192/2003, de 27 de octubre). Ello implica que la ponderación previa de los intereses constitucionales en conflicto determina las posibles conductas encuadrables en el concepto de buena fe, abuso de derecho, etc, y no a la inversa como se venía produciendo hasta ahora.

Conviene recordar que dicho planteamiento no constituye una línea doctrinal consolidada, sin embargo entendemos, que la orientación de la jurisprudencia constitucional ha de continuar y profundizar en este sentido. El avance y consolidación de esta doctrina sería, desde nuestro punto de vista, imprescindible para afrontar con éxito una posible regulación del derecho de huelga.





LOS CONSEJOS ECONÓMICOS Y SOCIALES LOCALES

FRANCISCO JOSÉ BARBA RAMOS

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva
Vocal del Consejo Económico y Social de la ciudad de Huelva

FRANCISCO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Huelva
Presidente del Consejo Económico y Social de la ciudad de Huelva

EXTRACTO

Con el objetivo inicial por parte de las «grandes ciudades» de contar con un régimen jurídico específico que atendiera sus peculiaridades, se aprueba la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Medidas para la Modernización del Gobierno Local que, al margen de realizar una serie de modificaciones de alcance general de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, introduce un nuevo Título dedicado a los «Municipios de Gran Población» que deberán, entre otras cosas, constituir el denominado «*Consejo Social de la Ciudad*». El presente trabajo, pretende realizar una visión crítica sobre la precaria regulación de este órgano que se vincula irremediabilmente con los «consejos económicos y sociales locales» existentes en numerosas corporaciones locales españolas; y que ofrecen un panorama que con seguridad, no ha sido tendido en cuenta por el legislador en su justa medida.

Así, en el proceso de adaptación de algunos ayuntamientos a este nuevo régimen jurídico, comienzan a observarse ciertas disfunciones y excesivas divergencias en lo que debe entenderse por este órgano, tanto en su composición como en sus funciones. Teniendo en cuenta los márgenes de la autonomía municipal, además de la voluntad de los protagonistas políticos y de los agentes sociales en el ámbito local de las relaciones laborales, ofrecemos algunas propuestas sobre la configuración de un Consejo Social de la Ciudad, sin pretender establecer ningún patrón único al respecto. De todas maneras, consideramos urgente una regulación más precisa, y que a la vez salvaguarde la diversidad de las distintas corporaciones locales, además del retorno al concepto de «Consejo Económico y Social local», que es como de forma abrumadora lo han venido conociendo los propios actores sociales.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA LEY 57/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL
3. LOS CONSEJOS ECONÓMICOS Y SOCIALES LOCALES EN ESPAÑA
 - 3.1. El modelo de Consejo Económico y Social en España
 - 3.2. La diversidad de los consejos económicos y sociales locales
4. EL CONSEJO SOCIAL DE LA CIUDAD DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY 7/1985, DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL, TRAS LA LEY 57/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL
5. CONCLUSIONES: PERSPECTIVAS DE UN MODELO O EL RETO DE LA DIVERSIDAD

1. INTRODUCCIÓN

El 16 de diciembre de 2002 se celebró en Barcelona un encuentro de Consejos Económicos y Sociales Locales de España, con la intención entre otras cosas de dotarse de un instrumento de coordinación, y solicitar la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local «para tener personalidad jurídica propia para el cumplimiento de sus funciones». Exactamente un año después (y no queremos decir con esto que sea a consecuencia de aquel encuentro) aparece la *Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local* que viene a plantear una serie de modificaciones en la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local* (en adelante LRBRL).

Entre ellas, la inclusión del denominado «Consejo Social de la Ciudad» como órgano de carácter necesario sólo para «los municipios de gran población». La primera apreciación, es que la reforma en este aspecto no se realiza en la medida que se planteaba en aquel encuentro auspiciado por el CES de Barcelona, y pensamos que no habrá colmado las aspiraciones de la mayoría de esa treintena de consejos económicos y sociales locales que daban los primeros pasos para la constitución de la federación de CES de ámbito local. Algunos podrían pensar que se trata de asuntos completamente diferentes, algo que consideramos descartable como posteriormente comentaremos.

Debemos matizar que nuestro estudio no se realiza desde una perspectiva administrativa, sino que contemplamos a estos consejos (que ciertamente son organismos dependientes de la Administración Local) como un «clásico» instrumento de participación de nuestro sistema de relaciones laborales; como un mecanismo de diálogo permanente de los agentes sociales y de «intercambio político»¹ en asuntos socioeconómicos con los poderes pú-

¹ MORENO VIDA se refiere al «intercambio político» para describir esas relaciones en el terreno de la política económica y social entre el Estado y las organizaciones empresariales y

blicos en los diversos ámbitos territoriales; al margen de que ello propicie igualmente la participación de otros representantes de intereses distintos a los profesionales. Hagamos una breve incursión en estas ideas, jalonadas en un contexto de progresiva intervención de las Corporaciones Locales en las relaciones laborales de su entorno.

En el sistema español de relaciones laborales, la figura del Consejo Económico y Social responde a la lógica neocorporativista de las democracias de nuestro entorno, a la «síntesis entre la representación ideológica (partidos políticos) del liberalismo pluralista y la representación orgánica y funcional (estamentos profesionales o clases)»². Los CES se presentan como una de las expresiones prácticas más claras del neocorporativismo, y sin pretender ser exhaustivos en el desarrollo de estos planteamientos, debemos poner de manifiesto la base constitucional de éste, en la propia consideración del «Estado Social» y en la especial ubicación —ya en el artículo 7CE³— del reconocimiento de los sindicatos y asociaciones empresariales, otorgándoles así un papel que va más allá de la representación de sus propios afiliados.

Así, el panorama político y sociolaboral refleja un amplio abanico de situaciones en las que los agentes sociales tienen cierta capacidad de influencia sobre los poderes públicos en la toma de decisiones. Y es en ese contexto de lógica neocorporativa que refleja nuestra Carta Magna, donde debe considerarse al CES como uno de los principales exponentes del «diálogo

sindicales, como traducción del término «scambio político» acuñado por la doctrina italiana para explicar el fenómeno neocorporativo, en MORENO VIDA, M.N., *Los pactos sociales en el derecho del trabajo*, pág. 23, Universidad de Granada, 1989.

² De esta forma se presenta a sí mismo el neocorporativismo según RUBIO CASTRO, A., «El Neocorporativismo Español: El Acuerdo Económico y Social (1985-86)», *Revista de Estudios Políticos*, 1988, pág. 222.

En esta misma línea, cabe destacar la definición que sobre neocorporativismo ofrece SOLANS LATRE al indicar que «se trata de una práctica propia de la política de algunos países democrático-capitalistas mediante la cual organizaciones empresariales y sindicatos reconocidos por el Estado, que ostentan el monopolio de la representación de los intereses económicos y sociales, intervienen en el proceso de toma de decisiones políticas en el ámbito que les es propio...», en SOLANS LATRE, M.A., *Concertación Social y otras formas de Neocorporativismo en España y en la Comunidad Europea*, pág. 56, Tecnos, 1995.

³ Destacamos la ubicación del art. 7 CE («Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios...») teniendo en cuenta que se realiza justo después del reconocimiento de los partidos políticos como el instrumento a utilizar en nuestro sistema democrático para el reflejo de la representación popular. Art. 6 CE: «Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política...»

social institucionalizado»⁴. Al margen del debate y las distintas posiciones sobre su verdadero encuadre constitucional, al que posteriormente haremos la oportuna mención, entendemos que es el artículo 131.2 CE el referente del actual Consejo Económico y Social del Reino de España, aunque en dicho precepto no se mencionara literalmente como tal, haciéndose reseña de manera indeterminada a la creación «un Consejo»⁵.

La figura del Consejo Económico y Social no es exclusiva del Estado español, ni tampoco se trata de un innovador experimento social. La tradición del CES se remonta, en su seña más significativa a la Constitución alemana de 1919; la Alemania de Weimar que constituyó el Consejo Económico del Reich⁶. El período de entreguerras exigía una salida concertada a la crisis ante la incapacidad de los órganos tradicionales de la democracia representativa «para articular y exponer la complejidad de intereses socioeconómicos»⁷, de manera que pronto comenzaron a generalizarse Consejos Económicos y Sociales o instituciones similares por toda Europa. En 1925 se crea el Consejo Nacional Económico francés, y aparece en Luxemburgo el Consejo Económico en 1931; que obviamente serán objeto de las modificaciones propias del paso del tiempo, y configurarán un panorama de órganos de parecidas funciones, entre los que podríamos destacar como más significativos los casos de Portugal, Reino Unido, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Irlanda, Italia o España⁸.

En este sucinto repaso, no debemos circunscribirnos exclusivamente al ámbito nacional o estatal. Resulta curioso observar cómo ya en la Constitu-

⁴ En el contexto del análisis de la figura del Consejo Económico y Social, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER hace referencia a la institucionalización de la representación de intereses y el diálogo social. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La institucionalización de la representación de intereses: los Consejos Económicos y Sociales» en DURÁN LÓPEZ, F. (coordinador), *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, ed. CES, 1998.

⁵ Art. 131.2 CE: «El Gobierno elaborará los proyectos de planificación de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin, se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley».

⁶ Sobre el Consejo Económico del Reich puede verse MARTÍNEZ ABASCAL, V., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E., *Los Consejos Económicos y Sociales. España y otros países comunitarios*. Ibidem ediciones, 1993

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *op. cit.*, pág. 82

⁸ Para conocer en mayor profundidad la configuración de Consejos Económicos y Sociales en Europa, puede consultarse VILLAVICENCIO RÍOS, A., «Los Consejos Económicos Económicos y Sociales en los países europeos» en OJEDA AVILÉS, A. (coordinador), *op. cit.* Ed. Trotta. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1992.

Y de manera monográfica, verse MARTÍNEZ ABASCAL, V., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E., *Los Consejos Económicos y Sociales. España y otros países comunitarios*. Ibidem ediciones, 1993

ción de Weimar de 1919, junto a la creación del Consejo Económico del Reich se contemplaba la de los Consejos Económicos y Sociales regionales; aunque dicha previsión constitucional no llegó a cumplirse⁹. Lo cierto, es que en los sistemas de relaciones laborales el esquema de poderes públicos que se relacionan con las organizaciones más representativas de los intereses profesionales, se complica con la asunción de papeles protagonistas por parte de los poderes públicos de otros ámbitos territoriales distintos al estatal. «Nos referimos a las repercusiones laborales de fenómenos y procesos políticos tales como la cesión de soberanía a estructuras supranacionales, por un lado, y la descentralización política, por otro»¹⁰.

En el primero de los casos, hacemos referencia al «movimiento centrípeto» en el ámbito de la Unión Europea que supone una intervención armonizadora para disminuir las posibilidades de *dumping social* entre los Estados miembros. Al producirse en esa estructura política supraestatal una intervención en las relaciones laborales, y dejando a un lado el debate sobre su intensidad, también se cree oportuno la creación de un instrumento para el diálogo social entre los distintos grupos socioeconómicos en el ámbito comunitario. Así, al margen del Comité Consultivo de la CECA, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea contemplaba en su artículo 4.2 la creación de un Comité Económico y Social¹¹ (*European Economic and Social committee*) con funciones consultivas y como lugar de encuentro de las fuerzas sociales. Hay que aclarar en este punto que el denominado Consejo Económico y Social (*Economic and Social Council*) constituido en el seno de la Organización de Naciones Unidas no responde «al modelo de participación organizada de intereses»¹², al no estar integrado por representantes de los agentes sociales, con independencia que utilice la mencionada denominación.

Por otra parte, se produce un «movimiento centrífugo» de regionalización de los poderes públicos¹³; ya que en un régimen de competencias po-

⁹ MARTÍNEZ ABASCAL, V., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E., *op. cit.*, pág. 94

¹⁰ BARBA RAMOS, F.J., «Las Corporaciones Locales y su intervención en las relaciones laborales» en GALÁN GARCÍA, A. (Coordinador), *Intervención pública en las relaciones laborales*, Tecnos. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2000.

¹¹ Dicho comité es desarrollado por los artículos 193 a 198 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea —que modifica el de la Comunidad Económica Europea— (Tratado de Maastricht), y que tras el Tratado de Ámsterdam de 1997 se convertirá en los artículos 257 a 262.

¹² GUTIÉRREZ NOGUEROLAS, A., *El Consejo Económico y Social en el ordenamiento constitucional español*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

¹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (coord.) «Nuevos poderes públicos y determinación de las condiciones de trabajo». Subponencia del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva en las *Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Córdoba, diciembre 1998, pág. 10.

líticas descentralizadas, con un Estado de las Autonomías con una clara tendencia federalizante como ocurre en el caso español, el sistema de relaciones laborales tiende igualmente a dicha descentralización. Al margen de la competencia exclusiva estatal en materia de legislación laboral, y en base a los artículos 148 y 149 de la Constitución española, las Comunidades Autónomas comienzan a intervenir en materia de fomento económico y empleo —dejando a un lado la clara función encomendada de ejecución de la legislación laboral—, incentivadas por el proceso de traspaso de competencias en las políticas activas de empleo.

Pues bien, esa nueva función de la administración pública autonómica, se realiza en un contexto de microconcertación social¹⁴, que conlleva la generalización de acuerdos autonómicos «por el empleo» y —lo que más nos interesa— la constitución de órganos de participación como los Consejos de Relaciones Laborales y/o Consejos Económicos y Sociales. En todo ello, no podemos olvidar que junto a la voluntad política de los parlamentos y gobiernos autonómicos para su creación, hay que unir el papel de «intercambio político» que asumen los agentes sociales, y la propia dinámica de las organizaciones (sindicales y empresariales) que desarrollan sus correspondientes estructuras burocráticas a nivel autonómico, e interaccionan con los parlamentos y gobiernos autonómicos. Lógicamente el papel y la función que los respectivos Consejos Económicos y Sociales de las Comunidades Autónomas ostenten, estará «predeterminado por la distribución de competencias» indicada¹⁵.

Nos encontramos, por tanto, con un doble proceso centrípeto y centrífugo que supone la existencia de ámbitos de relaciones laborales distintos al estatal. Pues bien, es ese doble proceso (tengamos en cuenta el fomento del «desarrollo local» desde la Unión Europea) el que propicia que la Administración local empiece también a desempeñar cada vez un mayor papel en las relaciones laborales de su ámbito concreto, contagiándose igualmente del modelo neocorporativo¹⁶.

Las Corporaciones Locales comienzan a intervenir en su entorno inmediato, y lo hacen a través de las políticas de desarrollo local y las iniciativas de empleo en el escalón más cercano al ciudadano. Y en este contexto, surge nuevamente la necesidad de que las políticas de empleo locales se rea-

¹⁴ REGINI, M., «El declinar del intercambio político centralizado y la emergencia de formas nuevas de concertación» y otros trabajos sobre la materia en AAVV, *La concertación social tras la crisis*, Ariel Derecho, 1990.

¹⁵ MARTÍN VALVERDE, A., «Concertación social y diálogo social. Especial referencia al papel del Consejo Económico y Social», *Relaciones Laborales* 1994, pág. 358.

¹⁶ Un análisis sobre ello puede verse en BARBA RAMOS, F.J., «las corporaciones locales y su intervención en las relaciones laborales» *op. cit.*



licen bajo la premisa del diálogo social con los agentes sociales, como se viene manifestando desde hace algún tiempo en numerosos pronunciamientos de la Unión Europea¹⁷. La mera existencia de foros institucionales de diálogo social, donde debe relucir la práctica del consenso, suponen el marco ideal, según señala RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «para enfrentarse constructivamente con las nuevas actividades y los nuevos empleos»¹⁸.

Lo cierto es que surgen numerosos Consejos Económicos y Sociales —u órganos similares— en varias localidades, comarcas, mancomunidades o provincias españolas como respuesta a esa necesidad de políticas concertadas de empleo; aunque hay que reconocer que en base a la tradición del modelo «consejístico» español, las funciones de estos CES locales en algunos significativos casos sobrepasan los límites de las estrictas actuaciones locales en materia de empleo; de manera que a estos órganos se les atribuye también un determinado grado de influencia o capacidad de pronunciamiento sobre el resto de las políticas municipales (presupuestarias, fiscales, medioambientales, urbanísticas, sociales...).

Sea como fuere, hay que tener presente que nos adentramos en una práctica político-social a nivel local, que opera al mismo tiempo en el sistema político y en el ámbito de las relaciones laborales. Por estos motivos, y a falta de una regulación específica hasta estos momentos, hay que advertir que la existencia o no de un Consejo Económico y Social, su efectiva puesta en marcha, atribuciones, funcionamiento y su verdadera eficacia dependerá en gran medida de la voluntad de cada parte participante y de todas ellas en comandita.

Y aquí es donde insertamos el presente estudio; ante la irrupción del «Consejo Social de la Ciudad» del artículo 131 de la denominada Ley de «grandes ciudades» que viene a colorear un panorama, marcado de antemano por un significativo pluralismo por parte de las Corporaciones Locales respecto a la creación y funcionamiento de los respectivos Consejos Económicos y Sociales u órganos análogos. Un pluralismo lógico debido al vacío normativo y doctrinal, y teniendo en cuenta los márgenes de la autonomía de funcionamiento con que cuentan las administraciones locales.

Así, cuando se estaba a la espera, o más bien en una dinámica de reclamación de un marco normativo idóneo para los CES locales, se cruza el debate sobre el régimen jurídico especial para «las grandes ciudades» y el citado Consejo Social como «órgano necesario»; algo que vendrá cuanto me-

¹⁷ Destaquemos los pronunciamientos al respecto de la Cumbre de la Unión Europea de Essen en 1994, el Consejo Europeo de Madrid en diciembre de 1995, o la Cumbre de Ámsterdam en 1997.

¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Iniciativas locales de empleo y derecho del trabajo» en *Relaciones Laborales*, 1996, vol I.

nos a alterar el panorama que se entendía más lógico de posible adquisición de personalidad jurídica de los CES locales, con independencia del tipo y tamaño de corporación local.

En este punto, debemos aclarar y subrayar que este órgano necesario de nueva creación encuentra su precedente u homólogo más cercano en la figura del CES local que ya existe en numerosos municipios sin un concreto marco jurídico. Y ello es así en primer lugar, teniendo en cuenta la correlación existente entre las funciones encomendadas al Consejo Social de la Ciudad¹⁹ con las que habitualmente desempeñan nuestros CES locales, principalmente en relación con el desarrollo económico local; en segundo lugar, porque al margen de las posibilidades de ampliación con que cuentan los ayuntamientos en base a la autonomía municipal, la composición a que se refiere el artículo 131 de la ley, como tendremos ocasión de comprobar, incluye inexcusablemente —al margen de «los vecinos»— a los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales más representativas, que desempeñan en el sistema español de relaciones laborales una reconocida función de participación institucional, que en casos de este tipo, se acerca al conocido fenómeno consejístico. Y en tercer lugar, es así por la dinámica de los acontecimientos que lleva a los municipios que ya cuentan con un CES creado, a plantear su adaptación o sustitución por el Consejo Social de la Ciudad, con el objetivo de cumplir con la Ley 57/2003; tratando de adaptar el CES como órgano heredero y no crear un «Consejo» nuevo aunque teórica y absurdamente podría ocurrir así.

Así, existen sobrados argumentos para analizar los actuales Consejos Económicos y Sociales locales en relación con la creación del Consejo Social de las ciudades de gran población²⁰. No compartimos por tanto, el argumento esgrimido en algún documento de trabajo de la Federación Espa-

¹⁹ El artículo 131 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de medidas para la modernización del gobierno local indica lo siguiente:

1. *En los municipios señalados en este título (título X), existirá un Consejo Social de la Ciudad, integrado por representantes de las organizaciones económicas, sociales, profesionales y de vecinos más representativas.*

2. *Corresponderá a este Consejo, además de las funciones que determine el Pleno mediante normas orgánicas, la emisión de informes, estudios y propuestas en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos.*

²⁰ No encontramos referencias al respecto, aunque un escueto pero claro pronunciamiento lo realiza DOMINGO ZABALLOS, M.J. al señalar que el *Consejo Social de la Ciudad* está «*inspirado en el Consejo Económico y Social, creado por la Ley 21/1991, de 17 de junio*» («se refiere al Consejo Estatal), y que «*también podía existir antes de la reforma introducida por la LMMGL, como órgano complementario de participación*», en FUERTES LÓPEZ, F.J., *Ley Básica del Régimen Local (tras la reforma de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local)*, pág. 17, Thomson Aranzadi, 2004.

ñola de Municipios y Provincias (FEMP)²¹, que relaciona el novedoso «Consejo Social» asimilado al «Consejo de Ciudad» existente en algunos municipios, principalmente de Cataluña, como una especie de órgano coordinador del conjunto de los «Consejos Sectoriales» existentes en atención a los artículos 130 y 131 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Tras estas necesarias consideraciones previas, la primera y obligatoria parada se dedicará a exponer brevemente el objeto de la *Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local* (en adelante LMMGL), deteniéndonos especialmente en el ámbito de aplicación de ese nuevo título dedicado a «los municipios de gran población», y teniendo en cuenta el papel que desempeñan las corporaciones locales en materia de economía, empleo y relaciones laborales de su entorno —aunque con escasas referencias en las novedades normativas—; puesto que es aquí donde se circunscribe «el intercambio político» y la participación de los agentes sociales en órganos del tipo de los que estamos analizando.

Debemos señalar igualmente, cuáles son las principales características de la figura del Consejo Económico y Social en España, para poner de manifiesto a continuación la diversidad de actuaciones locales sin un patrón común, sin un referente normativo... a caballo entre «la participación institucional» de los agentes sociales propiamente dicha y «la participación ciudadana» más tradicional en forma de «consejo sectorial municipal». La creación del «Consejo Social de la Ciudad» según el artículo 131 de esta reforma de la legislación local, centrará nuestra atención en la medida que condiciona el panorama general de los CES locales u órganos análogos, tanto respecto a los ya creados, como en aquellos municipios que se ven obligados a constituir *ex-novo* el Consejo Social de la Ciudad.

Para finalizar, realizaremos una valoración crítica sobre cómo debería estar configurado un órgano de este tipo, sin que sea nuestra pretensión, abordar un modelo homogéneo de CES locales. Debemos advertir que el presente trabajo se realiza en unos momentos coincidentes con la adaptación de los ayuntamientos a la estructura orgánica marcada por la LMMGL y la redacción de los reglamentos de los órganos de necesaria creación. Así, trabajaremos principalmente basándonos en los borradores de los reglamentos de los Consejos Sociales de «los municipios de gran población» de Andalucía —aquellos de aplicación directa, como se expondrá a continua-

²¹ Dicho argumento aparece publicado en la página web de la Federación Española de Municipios y Provincias, como documento de trabajo de una mesa de debate sobre el Consejo Social de la Ciudad, dentro de las Jornadas sobre la Ley de Modernización del Gobierno Local, celebradas en Madrid los días 27, 28 y 29 de abril de 2004. <http://www.femp.es/congresos/granpoblacion.htm> [consulta: 2004/05/15].

ción—, y con la cautela, por tanto, de no contar con el mapa general de consejos sociales.

2. LA LEY 57/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL

Debemos apuntar previamente cuáles serán los aspectos de esta reforma legislativa que pretendemos abordar, puesto que no es nuestra intención hacer ningún análisis en profundidad de todas y cada una de las modificaciones de dicha norma, pues excedería de nuestro objeto de estudio.

Obviamente, recordaremos cuáles son los motivos y orígenes de la ley, para señalar esquemáticamente su objetivo y contenidos esenciales. A continuación, nos interesará detenernos en cuál es el ámbito de aplicación del nuevo «Título X», dedicado al «régimen de organización de los municipios de gran población» así como analizar las significativas modificaciones en relación con la redacción inicial del Proyecto de Ley, para valorar en su justa medida el posible panorama de «consejos sociales».

La génesis de esta norma la encontramos en la insistencia de las «grandes ciudades» por contar con un régimen jurídico específico, que atendiera sus peculiaridades y diera respuesta a las circunstancias propias de «las grandes concentraciones urbanas», ante una regulación común para todos los municipios con independencia de su tamaño. La propia exposición de motivos de la LMMGL ha puesto de manifiesto que «con la salvedad del denominado régimen de Concejo abierto, propio de los municipios de muy escasa población, haya existido y exista esencialmente un régimen común, que, con escasas singularidades que tienen en cuenta la dimensión demográfica, configura un modelo orgánico-funcional sustancialmente similar para todos los municipios, siendo prácticamente igual para los que apenas superan los 5000 habitantes como para los que tienen varios cientos de miles e incluso millones».

Esas «grandes ciudades» constituyeron desde principios de los noventa un «selecto G-7» compuesto por los mandatarios de los municipios españoles con mayor población: Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Zaragoza, Málaga y Bilbao; que pretendía superar la concepción administrativa procedente del siglo XIX, caracterizada tradicionalmente por su excesivo uniformismo²². Tras sucesivas propuestas en torno a las materias que deberían ser objeto de regulación con la consiguiente descentralización de com-

²² Una visión general sobre la historia de nuestro régimen local puede consultarse en RIVERO YSERN, J.L., *Manual de Derecho Local*, págs. 25 y ss., Cívitas, 1999.



petencias, y las escasas modificaciones en 1999 de la LRBRL, nos encontramos finalmente con que el Gobierno envió en octubre de 2001 a la Comisión de Entidades Locales del Senado, un Informe sobre las Grandes Ciudades, que ha servido de base para elaborar el Proyecto de Ley²³ de Medidas para la modernización del Gobierno Local de 13 de junio de 2003, como antesala a la definitiva Ley.

Lo primero que llama la atención es que la pretendida «Ley de Grandes Ciudades», acaba convirtiéndose en ley para «la modernización del gobierno local» con algunas medidas que afectan a todas las entidades locales, y otras referidas, no a las «grandes ciudades», sino a «los municipios de gran población» como posteriormente podremos comprobar.

Por otra parte, tampoco puede decirse que se afronte con esta norma ningún proceso de descentralización o cesión de competencias desde la administración estatal o autonómica. Aunque se mencionara en el citado informe del Senado, finalmente no se afronta en profundidad el principio de subsidiariedad, sino que se trata de «modernizar el gobierno local»; buscar nuevas formas de gobierno local en su relación de los administrados, más que nuevas funciones del mismo

Así, la ley presenta dos partes bien diferenciadas. Por un lado, nos encontramos con una serie de modificaciones de la LRBRL que afecta al conjunto de Entidades Locales; medidas de reducida trascendencia que se aplican con carácter general sobre todos los municipios al margen de su tamaño. Nos referimos en términos generales a asuntos tales como: el reconocimiento explícito de las potestades de las mancomunidades de municipios y que éstas puedan agrupar a municipios de más de una Comunidad Autónoma — aspecto que retomaremos en relación a los CES locales—; el fomento de la participación ciudadana y la posibilidad del ejercicio de la iniciativa popular; el cambio de denominación de «la Comisión de Gobierno» por el de «Junta de Gobierno Local» con idénticas competencias; el encargo a las Diputaciones Provinciales de una función de «cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación del territorio provincial»; la supresión de la mayoría cualificada en las corporaciones para la aprobación de determinados aspectos, principalmente de carácter fiscal; medidas disuasorias del transfugismo político; la innovación de la «entidad pública empresarial local» como mecanismo de gestión directa de los servicios públicos locales; o la redacción de un nuevo Título en la LRBRL dedicado a la «tipificación de las infracciones y sanciones por las Entidades Locales en determinadas materias».

²³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 13 de junio de 2003. Serie A. Núm. 157-1.

El otro gran bloque y principal novedad de la LMMGL, consiste en la aparición de un nuevo Título dedicado a los «Municipios de Gran Población» (Título X), que contarán con un régimen orgánico-funcional diferente al de las poblaciones pequeñas que, en principio y según la exposición de motivos, les debería permitir «hacer frente a su enorme complejidad como estructuras político-administrativas».

Las medidas más relevantes se centran en una nueva distribución de competencias y funciones en detrimento del Pleno Municipal y en beneficio del Alcalde o Alcaldesa y la Junta de Gobierno Local, además de la posibilidad de que el Regidor «pueda nombrar como miembros de la Junta de Gobierno Local a personas que no ostenten la condición de concejales, siempre que su número no supere un tercio de sus miembros, excluido el Alcalde» (art. 126.2). Asuntos éstos que generan no pocas críticas, por considerarse desde algunos ámbitos, y en relación a la primera medida citada, como un retroceso en la capacidad de control de la acción «de un ejecutivo reforzado» (contrasentido que manifiesta la propia exposición de motivos); y reprobaciones igualmente, basadas en un posible indicio de inconstitucionalidad sobre la potestad de otorgar capacidad ejecutiva al mismo nivel de un concejal, a quien no ha sido elegido por los ciudadanos (asuntos que exceden de nuestro ámbito, a pesar del enorme interés que encierra su análisis)²⁴.

En este sintético repaso al nuevo Título X, hay que destacar que los ayuntamientos «de gran población» tendrán obligatoriamente que crear distritos «como divisiones territoriales propias,... para impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales y su mejora...». Igualmente, deberán organizar una Comisión especial de Sugerencias y Reclamaciones, crear un órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas, y se instaura la figura del Consejo Social de la Ciudad, objeto central de nuestro estudio.

Debemos clarificar el concepto de «municipios de gran población»; es decir, conocer el ámbito de aplicación del nuevo Título X de la LRBRL, para proceder a realizar la reflexión oportuna, puesto que serán estos municipios quienes tengan la obligación de constituir el correspondiente «Consejo Social». Pues bien, una primera apreciación debemos realizarla sobre el ámbito de aplicación de la ley finalmente aprobada, en comparación con su redacción inicial.

²⁴ El BOE número 102 del martes 27 de abril de 2004, recoge los siguientes recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local: *recurso de inconstitucionalidad núm. 1523-2004, promovido por el Parlamento de Cataluña; recurso núm. 1598-2004, promovido por el gobierno de la Generalidad de Cataluña; recurso núm. 1741-2004, promovido por el Gobierno de Aragón.*

Ya en el Proyecto de Ley se hacía referencia a «los municipios de gran población» y no a «las grandes ciudades». Quizás, para incluir en su ámbito de aplicación a determinadas localidades españolas que sin ser consideradas «grandes ciudades» según los planteamientos iniciales del «G-7», sí que deberían tener igualmente un régimen de organización particular al resto de municipios. De esta forma, el Proyecto de Ley en su artículo 121 indicaba que las normas previstas en el Título X serían de aplicación:

- a) *A los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes.*
- b) *A las capitales de provincia cuya población sea superior a los 200.000 habitantes.*
- c) *A los municipios que sean capitales o sedes de las instituciones autonómicas correspondientes, si así lo decidiesen las Asambleas Legislativas respectivas.*

Según estos criterios, en la actualidad²⁵ tendría la consideración de «municipios de gran población» un total de 20 ciudades (al margen de los que se pudieran incorporar según el apartado c)), y que serían quienes deberían de contar con el correspondiente «Consejo Social». Aquellas que superan los 250.000 habitantes: Madrid, *Barcelona*²⁶, Valencia, Sevilla, Zaragoza, Málaga, Murcia, Las Palmas de Gran Canaria, Palma de Mallorca, Bilbao, Valladolid, Córdoba, Alicante, Vigo y Gijón. Igualmente lo serían aquellas capitales de provincia que superan los 200.000 habitantes: A Coruña, Granada, Vitoria, Santa Cruz de Tenerife y Oviedo.

Si uno de los objetivos de la LMMGL consiste en romper «el rígido uniformismo», con un tratamiento jurídico diferente en función de la demografía y complejidad de los municipios, dicha propuesta parecía tener su lógica, al margen del criterio indirecto planteado en el citado «apartado c)» que podría incluir en ese «selecto club» a las siguientes «capitales» de las Comunidades Autónomas: Toledo, Mérida, Santiago de Compostela, Logroño, Pamplona y Santander. Es cierto que, teniendo en consideración que en algún lugar habrá que establecer el límite del criterio de «gran población», nos encontraríamos con situaciones curiosas al poderse aplicar la

²⁵ Utilizamos los datos oficiales aprobados por el *Real Decreto 1748/2003, de 19 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 2003*, y publicadas por el Instituto Nacional de Estadística.

²⁶ Debe advertirse que la Disposición transitoria cuarta de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local señala que «*en tanto no se apruebe su régimen especial, el título X de esta ley no será de aplicación al municipio de Barcelona*». A pesar de esta apreciación, nosotros tendremos en cuenta a dicho municipio en lo referente al estudio del «Consejo Social de la ciudad», a la espera de la aprobación del referido «régimen especial», y máxime al existir en el seno del Ayuntamiento de Barcelona uno de los más tradicionales y significativos consejos económicos y sociales locales.

regulación para «grandes ciudades» a municipios como Mérida con 52.110 habitantes, mientras aplicamos la legislación común a Hospitalet de Llobregat que cuenta con 246.415 habitantes.

Decíamos que con la salvedad de la excepción señalada, parece tener sentido que el «régimen de organización de los municipios de gran población» se dirija a un número reducido de ellos (aún así, con los criterios del Proyecto de Ley sería de aplicación a una población de 12.202.895 habitantes); sin embargo, finalmente el artículo 121 de la LMMGL amplía, en exceso a nuestro parecer, el concepto de «municipio de gran población», distinguiéndose dos procedimientos para la aplicación de este régimen de organización:

1. Aplicación automática del título X, en función del número de habitantes, y debiendo adaptar su organización antes del 30 de junio de 2004, según la Disposición transitoria primera²⁷ y la Disposición adicional decimocuarta para los Cabildos Insulares Canarios:
 - a) *A los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes.*
 - b) *A los municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes.*

Podrá comprobarse que en el texto definitivo de la LMMGL, se reduce de 200.000 hasta 175.000 la población mínima que deberá tener un municipio capital de provincia, para que sea de aplicación directa el título X; de manera que según el Padrón municipal a 1 de enero de 2003 habría que añadir las siguientes ciudades a la veintena citada con anterioridad según este criterio: Donostia, Pamplona, Santander y *Almería*²⁸.

²⁷ En efecto, la Disposición transitoria primera de la LMMGL señala que para la adecuación de los municipios a las previsiones del título X, los Plenos de los ayuntamientos a los que resulte de aplicación «dispondrán de un plazo de seis meses desde su entrada en vigor para aprobar las normas orgánicas necesarias para la adaptación de su organización a lo previsto en dicho título...». Sin embargo, debemos advertir que una vez superado dicho plazo y en el momento de finalización del presente trabajo, son numerosos los municipios que no han concluido con la tarea de la adaptación en muchos de sus aspectos, y en concreto en lo concerniente a la creación del Consejo Social de la ciudad; trabajándose por tanto con textos definitivos en algunos casos y con borradores de reglamentos en otros.

²⁸ Incluimos a la ciudad de Almería en este listado, porque según la revisión del Padrón municipal a 1 de enero de 2003, cuenta con 176.727 habitantes. Sin embargo, la «aplicación directa» del título X tendría que esperar al inicio del próximo mandato en la primavera de 2007, teniendo en cuenta que el censo en el año 2001 era de 166.328 habitantes. Y todo ello, en función del nuevo artículo 121.2 LRBRL que indica lo siguiente: *Cuando un municipio, de acuerdo con las cifras oficiales de población resultantes de la revisión del padrón municipal aprobadas por el Gobierno con referencia a 1 de enero del año anterior al del inicio de cada mandato de su ayuntamiento, alcance la población requerida para la aplicación del régimen previsto en este título, la nueva corporación dispondrá de un plazo máximo de seis meses desde*

- c) Según la Disposición Adicional decimocuarta LMMGL algunos de los preceptos contenidos en el título X (entre los que se encuentra el *Consejo Social de la Ciudad* del artículo 131) serán de aplicación «a los Cabildos Insulares Canarios de islas cuya población sea superior a 175.000 habitantes». Es decir, las islas de Tenerife y Gran Canaria con cerca de 800.000 habitantes cada una.
2. Aplicación del título X si así lo deciden las Asambleas Legislativas correspondientes a iniciativa de los respectivos ayuntamientos:
- d) *A los municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas*, con independencia de su población.
Esta «vía lenta» de acceso a «los privilegios de la gran población» podría ser asumida por Santiago de Compostela y Mérida como capitales de sus respectivas comunidades autónomas; añadiendo igualmente al resto de las capitales de provincia que no alcanzan la cifra de 175.000 habitantes: Albacete, Ávila, Badajoz, Burgos, Cáceres, Cádiz, Castellón de la Plana, Ciudad Real, Cuenca, Girona, Guadalajara, Huelva, Huesca, Jaén, León, Lleida, Logroño, Lugo, Ourense, Palencia, Pontevedra, Salamanca, Segovia, Soria, Tarragona, Teruel, Toledo y Zamora.
- e) *A los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales*.
Obviamente éste es un concepto indeterminado y siempre existirá una argumentación suficiente por parte de un municipio de semejante población²⁹. Así, son numerosas las localidades que

su constitución para adaptar su organización al contenido de las disposiciones de este Título. A estos efectos, se tendrá en cuenta exclusivamente la población resultante de la indicada revisión del padrón, y no las correspondientes a otros años de cada mandato. Se ha entendido por tanto, que al no contar con la población suficiente en el último padrón del mandato anterior, no puede ser objeto de aplicación directa. No obstante, cabe señalar que el Ayuntamiento de Almería en atención al artículo 121.1 c) LRBRL, puede solicitar —y de hecho así ha sido— su inclusión en el ámbito de aplicación; estando a la espera del pronunciamiento del Parlamento de Andalucía.

²⁹ Situaciones para ilustrar este hecho no van a faltar. Como es lógico, en la solicitud a la correspondiente asamblea legislativa autonómica, cada Ayuntamiento expondrá sin reparos cuáles son esas «*circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales*» que lo deben habilitar para adquirir ese régimen orgánico de «gran población». Así, el Ayuntamiento de Fuenlabrada considera que es «la tercera ciudad de la región en número de habitantes al contar con cerca de 200.000 vecinos, acoge al 25 por ciento de las pequeñas y medianas empresas de la Comunidad de Madrid y cuenta con todas las infraestructuras necesarias para ser

podrían solicitar a sus Asambleas Legislativas la aplicación del régimen jurídico de «la gran población» al tener un censo de más de 75.000 habitantes: Elche, *Torre Vieja*³⁰, Badalona, Cornellà de Llobregat, Hospitalet de Llobregat, Mataró, Sabadell, Sant Boi de Llobregat, Santa Coloma de Gramanet, Terrassa, Algeciras, Jerez de la Frontera, El Puerto de Santa María, San Fernando, Ferrol, Alcalá de Henares, Alcobendas, Alcorcón, Coslada, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Móstoles, Parla, Torrejón de Ardoz, Marbella, Cartagena, Lorca, Avilés, Telde, San Cristóbal de la Laguna, Dos Hermanas, Reus, Talavera de la Reina, Barakaldo y Getxo.

- f) También la disposición adicional decimocuarta plantea la posibilidad de que el Parlamento Canario decida aplicar el título X a petición de los *Cabildos Insulares Canarios de islas cuya población sea superior a 75.000 habitantes*. Requisito que en la actualidad cumplirían las islas de Lanzarote y La Palma.

El cambio operado en el proceso de tramitación del Proyecto de Ley hasta su texto definitivo, supone una ampliación de los municipios a los que aplicar directamente el título X; pero de manera excesiva el número de quienes de forma «voluntaria» tienen la posibilidad de solicitar formar parte de su ámbito de aplicación, teniendo presente que no imaginamos una situación por la cual una parlamento autonómico denegara tal petición. En total, esas 90 ciudades suponen —lógicamente— un ínfimo porcentaje (1,1%) del conjunto de los 8.106 municipios españoles, pero significa que el 48,55% de los ciudadanos (20.737.402) residen en localidades cuyas Corporaciones tienen o pueden tener estructura «de gran población».

una gran ciudad: hospital, universidad y una excelente red de comunicaciones» <http://www.fuenlabrada.com> [consulta: 2004/07/21]. Desde el Ayuntamiento de Getafe se señala que se cumplen una serie de condiciones para que los vecinos de Getafe puedan beneficiarse de esta Ley: «es la sede del Rectorado de la Universidad Carlos III, de la diócesis del Obispado que lleva su nombre, cuenta con un hospital de referencia nacional y la Base Aérea. Entre sus dotaciones destaca el Conservatorio de Música, una excelente red de comunicaciones, un tejido industrial de alto nivel tecnológico con empresas como EADS CASA embarcada en proyectos de primer nivel internacional» (<http://www.ayto-getafe.org> [consulta: 2004/05/18]).

³⁰ El caso de la localidad alicantina de Torre Vieja es similar al señalado anteriormente para Almería. Es decir, en el año anterior al inicio del actual mandato no había alcanzado los 75.000 habitantes, de forma que no podría instar a su consideración como «gran población» hasta 1997. Sin embargo, pensamos que el artículo 121.2 LRBRL podría entenderse referido a instaurar cierto orden para que los cambios en el régimen orgánico de los ayuntamientos se hicieran siempre en el inicio de la legislatura, para aquellos municipios que fuesen adquiriendo la población requerida a partir de la entrada en vigor de la LMMGL; pero no para quienes en estos momentos de adaptación tengan el nivel demográfico suficiente, como ocurre en este caso.

Así, no parece que se consiga la pretendida ruptura «de un modelo orgánico-funcional sustancialmente similar» tal y como señalaba la propia exposición de motivos de la LMMG, habiéndose reducido considerablemente los parámetros demográficos en aras a buscar apoyos parlamentarios y evitar agravios políticos en un momento tan delicado como el final de una legislatura. Podría entenderse que desde la perspectiva de los municipios, supone una cuestión de prestigio el reconocimiento «como gran ciudad». Quizás el informe sobre «Grandes Ciudades» que el Ministerio de Administraciones Públicas envió a la Comisión de Entidades Locales del Senado (base de la LMMGL), debió llamarse «de las Ciudades Grandes», es decir, de las altamente pobladas para no desmerecer a ninguna si no se encontraba entre este club; para no traicionar el espíritu de la propia norma y no volver a caer en el error de mantener el tradicional criterio uniformista del régimen local entre ayuntamientos como el de Valencia o Teruel, por poner dos ejemplos significativos³¹.

Nos podemos encontrar con determinadas situaciones poco lógicas en relación al panorama de ciudades que pretendan acceder al régimen orgánico del título X por la vía lenta. Todavía es pronto para realizar valoraciones globales, pero imaginamos que una amplia mayoría pretenderá recorrer dicho camino, más tarde o más temprano. En estos momentos, cabe destacar que en Galicia ya se ha culminado ese proceso en todas las ciudades posibles, a través de la «*Lei 4/2004, de 28 de xuño, para a aplicación aos concellos de Ferrol, Lugo, Ourense, Pontevedra e Santiago de Compostela do réxime de organización dos municipios de gran poboación*»³², tras el preceptivo «*acordo dos seus respectivos plenos municipais*»³³, y teniendo en cuenta la inclusión directa de A Coruña y Vigo. Igualmente, cabe destacar la celeridad de la Comunidad Autónoma de La Rioja, con la aprobación de la «*Ley 1/2004, de 16 de febrero, para la aplicación al municipio de Logroño del régimen de organización de los municipios de gran población*»³⁴. Sin embargo, imaginamos que el proceso no será tan homogéneo en el resto de los casos, de forma que las Comunidades Autónomas puedan

³¹ No faltan argumentos críticos, como el manifestado por Gutiérrez Hurtado al indicar que «la realidad final es disparatada y revela en interés de las mayorías municipales por gobernar los ayuntamientos con mayor comodidad». GUTIÉRREZ HURTADO, J., «Modernizar los ayuntamientos» en *El Norte de Castilla*, 29 de febrero de 2004.

³² *Diario Oficial de Galicia* núm. 130. Miércoles 7 de xullo de 2004.

³³ Hay que recordar que en atención al artículo 121.1 d) LMMGL, el Concello de Ferrol ha debido motivar su solicitud en atención a sus «circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales».

³⁴ Boletín Oficial de La Rioja 19 de febrero 2004, núm 24/2004, pág. 807. La solicitud del Excmo Ayuntamiento de Logroño al Consejo de Gobierno de La Rioja se produce mediante acuerdo del Pleno de 19 de enero de 2004.

ir pronunciándose en función de la solicitud de los distintos ayuntamientos, que podrá realizarse en el momento que crean oportuno. Mientras municipios como Algeciras, con un censo de población de 108.779 habitantes, ha decidido de momento continuar con el régimen de organización actual, la ciudad de Cuenca, de 47.201 habitantes, ya ha solicitado la aprobación de las Cortes de Castilla-La Mancha la aplicación del Título X, con todo lo que ello supondrá para un municipio de tal dimensión³⁵.

En definitiva, junto a una nueva regulación «urgente» para las «grandes ciudades» se han pretendido reformas globales en la legislación local, dando como resultado algo intermedio e inconcluso; una especie de ley de transición como se refleja en la propia exposición de motivos, que nos remite a una futura y próxima modificación de la LRBRL en la que esperamos se corrijan las dificultades señaladas y aquellas que puedan surgir, especialmente en relación a la figura del Consejo Económico y Social Local. Así, se está emplazando para una reforma con mayor profundidad en la que *«el objetivo último debe ser la elaboración de una nueva Ley de Bases de la Administración Local, que constituya un instrumento adecuado para que nuestros gobiernos locales afronten los complejos retos que les presentan los albores del siglo XXI, que necesitará un tiempo razonable pero no dilatado de reflexión y discusión, nuestros gobiernos locales requieren, de forma inaplazable, la adopción de una serie de reformas tendentes a su racionalización y modernización, que responde a necesidades ineludibles»*.

Llegados a este punto, tenemos que analizar una de las novedades más significativas, la obligación en «el curioso panorama» de los municipios de gran población de crear el Consejo Social de la Ciudad, algo que afecta al ámbito local de las relaciones laborales. Pero la introducción de esta figura no es algo que se produzca en el vacío, es más, no debemos olvidar la realidad existente; al crearse determinados instrumentos jurídicos deberíamos tener en cuenta lo que la experiencia y las aportaciones de los poderes públicos y representantes de los intereses profesionales han ido construyendo. Hay que señalar que existe ya, toda una tradición de Consejos Económicos y Sociales a todos los niveles, y como tendremos ocasión de comprobar, en el ámbito local son numerosas las experiencias que se producen, llegando incluso a plantearse la creación de toda una Federación de CES locales compuesta por estos órganos pertenecientes a diversas corporaciones locales españolas.

No puede plantearse por tanto, el estudio del Consejo Social obviando esta circunstancia preexistente —y que seguirá existiendo y/o coexistiendo con el Consejo Social— en la realidad municipalista española. Es más, rea-

³⁵ Acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Cuenca de 6 de julio de 2004.



lizamos esta visión crítica con el convencimiento de que el legislador no ha tenido en cuenta todo este panorama en su justa medida, pues habría reaccionado de otra forma. Veamos cómo se afronta este fenómeno en España.

3. LOS CONSEJOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN ESPAÑA

3.1. El Modelo del Consejo Económico y Social en España

Una tipología sobre los Consejos Económicos y Sociales —partiendo de la experiencia de diversos países de Europa— nos la ofrece OJEDA AVILÉS³⁶ teniendo en cuenta el importante matiz sobre el «perfil incierto» de estos organismos que, a pesar que no diera a luz en España hasta junio de 1991, comienzan a generalizarse a partir de la Segunda Guerra Mundial como una respuesta concertada a la crisis, y un compromiso sindical —principalmente— en la respectiva reconstrucción nacional.

Esa tipología, diseñada en atención a las principales funciones u objetivos perseguidos por los CES, nos ofrece los siguientes modelos:

- *Modelos con función de consulta legislativa*, que es el predominante y cuya competencia es la de emitir dictámenes no vinculantes sobre los proyectos de ley económico-sociales. Gran parte de los CES de Europa, incluyendo el Comité Económico y Social de la Unión Europea y el CES español siguen este modelo, que no está exento de críticas respecto a su falta de eficacia o incidencia político-social, a pesar de «disfrutar de un alto nivel de información legislativa». OJEDA AVILÉS entiende que se trata de «el último escalón de la red de órganos consultivos..., el lugar donde se da el repaso final a un proyecto», aunque hay que destacar casos como el italiano en el que se disfruta de «iniciativa legislativa sobre materias de su competencia».
- *Modelos con función concertadora*, como ocurre en el caso del CES portugués (asimilando en su seno las funciones del extinto *Conselho Permanente de Concertação Social*) o belga, aunque no es lo habitual que la concertación social entre los agentes sociales y los poderes públicos se produzca en el interior del recinto de los Consejos Económicos y Sociales.
- *Modelos con función planificadora*, que es en un principio el que parecía previsto para el caso español si atendemos al artículo 131.2

³⁶ OJEDA AVILÉS, A., «¿Qué Consejo Económico y Social?» en OJEDA AVILÉS, A. (coordinador), *Los Consejos Económicos y Sociales*, pág. 96, Ed. Trotta. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1992.

CE al que posteriormente haremos referencia. Se trata de órganos dirigidos a colaborar en mayor o menor medida en los grandes planes de desarrollo de la economía nacional; práctica que podemos considerar en desuso en el contexto de las economías de mercado.

- *Modelos con función coordinadora*, utilizándose como paradigma el caso del Consejo de Cooperación noruego que, a pesar de su difícil encuadre en el capítulo de los CES propiamente dicho por cuanto no implica una participación política de los agentes sociales, asume la función de coordinar y encabezar la pirámide de consejos en las relaciones laborales de aquel país, y por tanto «participa de la ilusión de hacer marchar eficazmente la economía con el consorcio de los interlocutores sociales».
- *Modelos con función orientativa de la política económica*, que podrían asemejarse a los consultivos, aunque con la diferencia de que su papel va a consistir igualmente en la búsqueda de puntos de encuentro entre el gobierno, sindicatos y patronal sobre las líneas fundamentales de la política económica, pero obviando la excesiva burocratización que supone convertir el órgano en un mero trámite previo del procedimiento legislativo. A tal modelo, parece responder el Consejo Nacional de Desarrollo Económico del Reino Unido.

Igualmente, aunque de manera más sintetizada, CRUZ VILLALÓN y SANTANA GÓMEZ ofrecen una relación de los distintos objetivos que pueden perseguir los CES, según se observa igualmente en los diferentes países europeos³⁷. Así, nos encontraríamos en primer lugar con los *órganos de participación en la planificación económica* general; seguidamente, los CES también pueden cumplir una importante función como *lugar de encuentro de cara a la concertación social*; y en tercer lugar, como *órganos de participación democrática institucional*, que es donde se circunscribiría la función consultiva.

Cabría por lo tanto, preguntarse cuál es el modelo seguido por el Consejo Económico y Social de España. Descartada la función concertadora como una de sus posibles atribuciones (por la falta de voluntad de las partes básicamente), hay que decir que el debate que se producía antes y después de su creación tenía como trasfondo las posibles funciones planificadoras y consultivas en conexión con su posible encuadre constitucional. Es decir, cómo encajamos la «función planificadora» del Consejo previsto en el artículo 131.2 CE, con la «función consultiva» finalmente atribuida al CES

³⁷ CRUZ VILLALÓN, J. y SANTANA GÓMEZ, A., «Una vía de institucionalización de la concertación social: el Consejo Económico y Social», en *Relaciones Laborales*, 1989.

español. En los últimos años ha podido observarse cierto litigio doctrinal sobre si éste tiene ciertamente rango constitucional o se trata de una pura voluntad del legislador reflejada en una norma infraconstitucional.

No es nuestra intención reproducir el debate en estos momentos, aunque debemos ofrecer nuestra apreciación al respecto³⁸. Los argumentos contrarios al encuadre constitucional del CES³⁹ parten de que el consejo finalmente constituido tendrá una «naturaleza» consultiva, abandonando el papel de colaboración en la planificación de la economía. Sin embargo, un importante sector de la doctrina mantiene el razonamiento de que el CES creado tiene su referente constitucional en el artículo 131.2CE⁴⁰. Se citaban con anterioridad los distintos tipos de Consejos Económicos y Sociales en atención a sus posibles funciones, pero ello no significa que un CES no pudiera cumplir más de una de las funciones citadas. Es por ello, que a la función consultiva encomendada en un principio por la Ley 21/1991, podría añadirse la «planificadora» en el momento en que se decidiera iniciar una política de planificación general de la economía. Debemos tener en cuenta que el actual CES español es potestativo, porque lo que hace el artículo 131.2 CE es señalar la obligatoriedad de crear «un Consejo» de participación de los agentes sociales, sólo en el caso de que se decidiera «planificar la economía»⁴¹. De esta manera, como señala GARCÍA RUIZ, J.L. en caso de que así ocurriera «nos encontraríamos con un órgano constitucionalmente obligatorio, pero que ya estaría constituido»⁴².

³⁸ La polémica sobre la fundamentación constitucional del CES, los argumentos a favor y en contra, puede verse en GUTIÉRREZ NOGUEROLAS, A., *op. cit.* Capítulo X.

³⁹ Entre las argumentaciones contrarias al rango constitucional del CES por la vía del artículo 131.2 CE cabe destacar las expresadas por MARTÍNEZ ABASCAL, V., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E., *op. cit.*, pág. 17; SANTANA GÓMEZ, A., en OJEDA AVILÉS, A. (coordinador), *op. cit.*

⁴⁰ Debemos resaltar entre los partidarios del encuadre constitucional a RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «la institucionalización...» *op. cit.*, pág. 83; DURÁN LÓPEZ, F., «la participación en las relaciones laborales y en el gobierno de la economía: el Consejo Económico y Social Español» en OJEDA AVILÉS, A. (coordinador), *op. cit.*, págs. 74-75; GARCÍA RUIZ, J.L., «la representación de intereses en las democracias avanzadas: experiencias de la Unión Europea y de sus estados miembros» en OJEDA AVILÉS, A. (coordinador), *op. cit.*, págs. 58 a 60.

⁴¹ Como indica MORENO VIDA, «la Constitución no ordena al Estado que lleve a cabo una política económica planificada; sin embargo... lo que sí ordena el texto constitucional es que si esa planificación económica se lleva a cabo haya de hacerse concertadamente, o, al menos, con el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas dentro del Consejo cuya creación se prevé en el art. 131.2». MORENO VIDA, M.N., *op. cit.*, págs. 167-168.

⁴² GARCÍA RUIZ, J.L., *El Consejo Económico y Social. Génesis constituyente y parlamentaria*, Ed. CES, 1994.

Si entendiéramos que el CES español no encaja en el artículo 131.2 CE porque no cumple con la función de la planificación general de la economía, habría que asumir que si las legítimas instancias políticas decidieran volver a dichas fórmulas, habría que crear otro órgano distinto al CES que se dedicara exclusivamente a tal función. En esas circunstancias y por cuestiones obvias de optimización de recursos, dudamos mucho que la decisión a adoptar fuese la creación de otro órgano paralelo, al margen de que puedan existir otros precedentes nacionales (Francia o Italia) de convivencia de organismos de consulta legislativa y de orientación planificadora; y en este capítulo también debe recordarse el caso portugués del Consejo Nacional del Plan que integró sus funciones en el Consejo Económico y Social, aunque con la lógica y radical pérdida de importancia por la incorporación portuguesa a los principios de la economía de mercado.

Por lo tanto, llegados a esa tan hipotética como improbable situación a medio plazo, el paso lógico sería acometer la oportuna modificación del CES español para que aumentara sus actuales competencias a la función planificadora. Siendo esto así, entendemos que tanto encuadre constitucional en relación al artículo 131.2 CE tendría en tal caso, como lo tiene actualmente.

Podría parecer superfluo nuestro recordatorio sobre el proceso constituyente del CES estatal, sin embargo, además de la necesidad de contextualizar y realizar los oportunos análisis comparativos, lo cierto es que se observa un enorme paralelismo del debate que en su día se produjo sobre qué tipo de CES queremos, en relación con el que se produce a nivel local; parecido que llega a incluir los mismos errores de falta de concreción en la «norma general» (antes Constitución Española, ahora LMMGL) como posteriormente podremos comprobar. Como pórtico, baste esgrimir idéntico argumento en relación a la obligatoriedad de ciertos municipios de crear un órgano que —aun con ciertas diferencias de composición y funciones— ya se encuentra creado.

En la tipología de OJEDA AVILÉS se indicaba como modelo prevalente el de aquellos Consejos Económicos y Sociales *con función de consulta legislativa*, entre los que se encuentra el español. Tarea que se asume con claridad —junto al papel de diálogo entre los diferentes intereses— en materia socioeconómica y laboral, y especialmente en relación con la actividad normativa del Gobierno en esos asuntos teniendo en cuenta el marco de competencias de las distintas administraciones españolas, y la asunción en exclusiva por parte del Estado en materia de legislación laboral.

Sin embargo, el proceso de descentralización política tiene su clara repercusión en el sistema español de relaciones laborales y, en el asunto que nos afecta, supone la creación a nivel de las Comunidades Autónomas de órganos como los Consejos de Relaciones Laborales, que incluso con anterioridad del propio CES español, fueron precursores de los CES autonómi-

cos⁴³. Donde existían Consejos de Relaciones Laborales, éstos fueron desapareciendo conforme se creaban los correspondientes CES autonómicos (son los casos de Valencia, Madrid o Murcia a principios de los noventa), salvo en aquellos lugares como el País Vasco o Andalucía, donde se produce la peculiar circunstancia de duplicidad de órganos, teniendo que afrontar los primeros, como mal menor, la modificación de sus funciones.

La existencia de estos órganos de las Comunidades Autónomas, si bien no gozan de un reconocimiento explícito por parte de la Constitución Española, sí encuentran su apoyo constitucional —al menos no su negativa— acogiéndonos a la capacidad que el art. 148.1.1.º CE otorga a las Comunidades Autónomas de «organización de sus instituciones de autogobierno»; y como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1982, de 14 de junio sobre constitucionalidad de la ley de creación del Consejo de Relaciones Laborales del País Vasco, según la cual el artículo 149.1 CE a pesar de contemplar la «legislación laboral» como competencia exclusiva del Estado, no significa que éste tenga reserva absoluta de todo lo que concierne a las relaciones laborales.

Los CES regionales presentan en términos generales un modelo muy similar con el CES estatal. Resulta curioso en primer término que, sin previsión constitucional ni infraconstitucional alguna, el conjunto de órganos de participación y/o consulta de los grupos organizados de intereses en materia socioeconómica y laboral reciban casi de manera unánime idéntica denominación, aun en el caso de que pudieran existir ciertas diferencias en sus funciones, siguiendo así la tradición de los países de nuestro entorno. Así, hay que reflejar en primer lugar que todas las Comunidades Autónomas de España, incluyendo la ciudad autónoma de Ceuta, han creado sus correspondientes Consejos; y casi todas bajo la misma denominación (con la salvedad de los matices lingüísticos), excepto el pequeño matiz del «Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana» y el «Consell de Treball, Econòmic i Social de Catalunya».

Al margen de esta cuestión formal, que no tiene trascendencia más allá del cariz de los acontecimientos tras la polémica del art. 131.2 CE y su ambigüedad nominativa, debe destacarse que casi la totalidad de los CES autonómicos se incluyen, en sintonía con el CES estatal, dentro de la tipología de función consultiva en los asuntos económicos y sociales de su competencia; destacándose igualmente el papel del CES como foro de encuentro entre los diferentes intereses económicos, laborales y profesionales.

⁴³ Sobre los Consejos Económicos y Sociales de las Comunidades Autónomas, incluyendo apéndice normativo, resulta de interés MADRID CONESA, F., *Naturaleza jurídica de los C.E.S. autonómicos*, Ed. Consejos Económicos y Sociales de las Comunidades Autónomas, 1998. Igualmente puede verse, GREGORIO DE TEJADA, J.M., «Los Consejos Económicos y Sociales Regionales» en OJEDA AVILÉS, A., *op. cit.*; SOLANS LATRE, M.A., *op. cit.*, págs. 95 y ss.



Esa práctica unanimidad en las funciones de los CES en sus respectivos ámbitos territoriales, tiene su traslado aunque en menor medida, respecto a la composición de los mismos. El interés se centra en aquellos casos en los que se produce cierta interrelación composición-funciones. Es obvio que la presencia de los sindicatos y las asociaciones empresariales más representativas aparecen simétricamente representados, y que el modelo imperante supondrá la presencia de un grupo tercero, con una variada presencia de representantes de diversos intereses económicos, profesionales, sociales, incluyendo expertos «independientes». Pues bien, en términos generales puede afirmarse que tal composición se corresponde con el clásico modelo de «función consultiva» de CES. El último matiz, de enorme importancia en el debate local, consiste en la presencia o no de miembros de los gobiernos autonómicos. Tal circunstancia es minoritaria, y aparece en los casos de Aragón, Asturias, Cataluña, Comunidad de Valencia y Navarra.

En conclusión, puede observarse cómo a pesar de no existir un marco normativo al respecto, los Consejos Económicos y Sociales de España — CES estatal y de Comunidades Autónomas— mantienen en términos generales características comunes, de manera que salvo ciertas particularidades, puede hablarse de un modelo de CES en España. El objetivo era plasmar cómo el CES es una institución que a lo largo de los últimos años ha ido adquiriendo unas pautas comunes que habrá que tener presente ante la existencia de polarizados CES locales y frente al «confuso y escaso» reconocimiento jurídico, sólo para «los municipios de gran población».

3.2. La diversidad de los consejos económicos y sociales locales

Junto a la enorme y lógica uniformidad con que se conforman los distintos Consejos Económicos y Sociales de España (Estatal y autonómicos) tanto en lo que se refiere a su composición como a las funciones, y con las salvedades mencionadas, nos encontramos en todo el territorio estatal con un panorama de órganos a nivel local con idéntica o similar denominación, y que pretenden en sus respectivos ámbitos territoriales cumplir el mismo papel de «participación institucional» o de interlocución institucionalizada entre poderes públicos locales y agentes sociales. Con mayor o menor marco normativo y/o reconocimiento jurídico, lo cierto es que se trata de una práctica neocorporativa que se dibuja en nuestras relaciones laborales en el contexto de la cada vez mayor intervención de las Corporaciones Locales en el terreno del empleo, principalmente. Tras identificarse en el conjunto del Estado más de medio centenar de CES locales, veamos de manera sintética algunos de los aspectos más destacados.

Cuando nos referimos a la diversidad de los CES locales, estamos haciendo una primera mención a la amplitud del ámbito administrativo con el



que estamos trabajando. Debemos clarificar el ámbito de aplicación; la noción de CES locales, acudiendo al propio concepto de Corporaciones Locales. Es decir, este tipo de órganos, fruto de la voluntad política, pueden articularse teóricamente en cualquiera de las entidades locales que reconoce la actual legislación local.

Obviamente, ha de prestarse una especial atención al ámbito municipal como las unidades básicas administrativas locales; no en vano, la LRBRL señala en su artículo primero que «los municipios son entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos». Pero junto a ellos, el artículo 3 sitúa a «la provincia y la isla» como entidades locales territoriales, al igual que gozarán de la misma condición las entidades de ámbito territorial inferior al municipal ⁴⁴, las comarcas, las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios

Por lógica, la mayoría de los CES locales son de ámbito municipal, pues son los ayuntamientos como estructuras base quienes en primera y última instancia van a tener, o no, la voluntad política de incidir en el terreno de las relaciones laborales, de que los agentes sociales incidan en el terreno municipal y, en definitiva, de decidir, o no, la creación de los Consejos. Así, son municipales —por citar algunos a modo de ejemplo— los CES de Alcalá de Guadaíra, Alcobendas, Barcelona, Córdoba, Girona, Huelva, Lucena, Puerto Real, Sant Boi del Llobregat o Viladecans.

Sin embargo, de manera indirecta esa intervención se puede producir mediante las Diputaciones, en su calidad de corporación provincial, como ocurre en los casos de las Diputaciones de Jaén y Córdoba en cuyo seno existen sendos Consejos Económicos y Sociales, con la particularidad de que en las capitales de ambas provincias también hay constituidos, y con una significativa actividad, idénticos órganos ⁴⁵. Recientemente, la Diputación Provincial de Huelva asumió el compromiso de creación en su seno del correspondiente CES provincial, que está a la espera de concretar sus estatutos.

Una de las escasas referencias que realiza la nueva regulación contenida en la LMMGL al papel que desempeñan las corporaciones locales en ma-

⁴⁴ La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, dedica el Título IV (arts. 42 a 45) a estas «otras entidades locales». Las entidades de ámbito territorial inferior al Municipio, o también conocidas como «entidades locales menores» reciben su denominación tradicional de «caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, concejos, pedanías, lugares anejos y otros análogos».

⁴⁵ Mención especial habría que realizar sobre la provincia de Córdoba, pues al margen de la existencia del Consejo Económico y Social en el seno de la Diputación Provincial y en la propia capital, también existen estos órganos en localidades como Lucena, Montilla o Priego de Córdoba.



teria de economía, empleo y relaciones laborales de su entorno, es precisamente en relación a las Diputaciones provinciales, en ese bloque ya comentado de modificaciones generales de la LRBRL. En un escenario algo decepcionante por cuanto no se afronta una verdadera descentralización de competencias hacia las corporaciones locales, destaca sobremanera la aparición de «un nuevo título competencial» en materia de desarrollo económico a las Diputaciones provinciales de forma directa, sin que se reconozca previamente a los ayuntamientos; asunto que sorprende en un contexto político de cuestionamiento permanente del papel de la institución provincial.

En la exposición de motivos de la LMMGL se señala que es de particular relevancia «la atribución a las provincias de funciones en materia de *cooperación* en el fomento del desarrollo económico y social y de planificación estratégica en el territorio provincial»; actividades en las que se ha venido implicando de forma creciente, y es una competencia «especialmente necesaria en las zonas rurales, donde la puesta en práctica de las políticas de desarrollo local está produciendo excelentes resultados». La propuesta inicial en el Proyecto de Ley consistía en añadir como competencias propias de la Diputación en el artículo 36 LRBRL «el fomento del desarrollo económico y social y la planificación estratégica en el territorio provincial, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito». Sin embargo, hay de reseñar que finalmente —quizás por esos recelos políticos hacia la provincia— se dulcifica la ley, y la función que se le otorga no es directamente la del «fomento del desarrollo...», sino la de colaborar o «cooperar» en el mismo «de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones...».

Y todo ello nos interesa destacarlo en nuestro estudio, porque es en este tipo de competencias donde se circunscribe «el intercambio político» y la participación de los agentes sociales en órganos como los que estamos analizando. Por tanto, al margen del grado de responsabilidad asignada en la ejecución de estas funciones, cabría esperar a medio plazo un aumento de consejos económicos y sociales en las Diputaciones Provinciales si se desarrollaran las previsiones indicadas. Sería predecible, que un fomento de tal capacidad de actuación provincial pudiera ocasionar la necesidad de articular mecanismos de diálogo social o participación democrática institucional como los CES u órganos de similares funciones. Sin embargo, para que se cumplan los objetivos marcados en dicha modificación normativa, hará falta algo más, puesto que el cambio planteado sólo consiste en plasmar en el texto legal lo que ya, en la práctica, vienen realizando algunas de las Diputaciones.

La existencia de la Comarca como administración local también conlleva la asunción de este tipo de funciones por parte de los órganos correspondientes. Así, podemos observar la existencia de Consejos Económicos y Sociales de ámbito comarcal en el Bierzo, y fundamentalmente en las co-

marcas catalanas: Bagés, Baix Llobregat, Garraf o Vallés Oriental. Igualmente, hay que decir que uno de los instrumentos más utilizados para el desarrollo local por parte de algunas localidades es el de la Mancomunidad, bien porque no alcancen la dimensión suficiente como para establecer ese servicio por sus propios medios, bien porque consideren que el desarrollo local deba entenderse desde la perspectiva de la optimización de los recursos en una misma realidad geográfica y productiva. Ese ámbito geográfico-administrativo, también es objeto de la existencia de Consejos Económicos y Sociales como ocurre en los casos de las mancomunidades del Campo de Gibraltar (Cádiz), de La Ribera Alta (Valencia) o la Mancomunidad del Bajo Guadalquivir que tiene la particularidad de agrupar a municipios de la provincia de Sevilla y de Cádiz.

Aludiendo igualmente a la exposición de motivos de la LMMGL, cabe resaltar su interés por «reforzar el papel de las mancomunidades de municipios en nuestro sistema local», estableciéndose la posibilidad de que se pudieran crear entre municipios de distintas Comunidades Autónomas, de forma que sería posible encontrar en un futuro próximo con «CES locales intercomunitarios». Esta contingencia, con el condicionante de que «lo permitieran las normativas de las Comunidades Autónomas afectadas», sería sin duda una de las grandes novedades institucionales en el caso de que así sucediera. De todas maneras, habría que tener presente que la capacidad de actuación de un CES de ámbito de mancomunidad, tendría las limitaciones propias del contorno competencial que los ayuntamientos hubieran diseñado para el órgano supramunicipal, y lo más lógico sería pensar en un CES de los tipificados con «función planificadora» dirigido a colaborar en el diseño y/o ejecución de las políticas de desarrollo local de la zona en cuestión.

La diversidad actual de los Consejos Económicos y Sociales Locales de España, no sólo se manifiesta en el ámbito administrativo y geográfico del que estemos hablando, sino que además nos encontramos con distintas concepciones del mismo que —con una «amplia escala de grises»— se resumen entre aquellos que cuentan con una importante autonomía de funcionamiento y gestión (teniendo en cuenta que se parte siempre de la voluntad política de la corporación) como ocurre en los casos del CES de Córdoba o de Huelva; y los que se configuran «sin tapujos» como un «Consejo Sectorial» más, como órgano complementario de «todas» las entidades locales reconocido en el *Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales*⁴⁶. Este es el caso del CES de Sant Boi del

⁴⁶ El Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales señala en su artículo 119 a los *Consejos Sectoriales* como órgano complementa-

Llobregat, o de la Mancomunidad de Municipios del Campo de Gibraltar. Estos casos opuestos se suelen visualizar en la composición de los mismos y en la figura del Presidente del CES que recaerá en una persona «independiente» de la Corporación Municipal en el caso de los primeros, y en el Alcalde/sa, Presidente/a o miembro de la Corporación del ramo correspondiente, en el segundo.

Igualmente, también podríamos realizar otra gran ordenación de entre los CES que dilatan su capacidad de influencia a amplios campos de la política municipal, y aquellos que limitan su actuación exclusivamente a los aspectos relacionados con la política municipal de desarrollo local y de creación de empleo. Ello se suele corresponder con la recurrente diferenciación entre CES consultivos y aquellos órganos con función planificadora, teniendo en cuenta que el abanico de sus atribuciones no tiene porque hacerlas exclusivas ni excluyentes. Esta distinción se visualiza claramente en determinadas ocasiones, como en los citados casos de órganos creados en el seno de Mancomunidades de desarrollo, o cuando los órganos de participación se circunscriben y constituyen a partir de los correspondientes patronatos u organismos de desarrollo local, y por tanto ceñidos a su concreta labor; y más aún si no reciben la clásica denominación de «CES», sino de «Consejo de Desarrollo Local» como ocurre en los Ayuntamientos de Ateca (Zaragoza), Grado, Pola de Siero y Gijón (Asturias); mención aparte del recién creado «Consejo local para el desarrollo y el empleo de Madrid». En alguno de los casos, su inclusión como CES podría llegar a ser discutida, aunque no cabe duda de que se trata de una práctica que responde a la misma lógica neocorporativa.

Por último, tampoco existe un patrón único en cuanto a la composición de estos organismos locales, aunque podríamos establecer dos situaciones «tipo». Por una parte nos encontraríamos con aquellos CES que, siguiendo el modelo de su homólogo «del Reino de España», diferencian varios grupos constituidos por representantes sindicales, empresariales y mixto (expertos, economía social, consumidores y usuarios, asociaciones de veci-

rio en todas las entidades locales. El artículo 130 señala: *El Pleno de la Corporación podrá acordar el establecimiento de Consejos Sectoriales, cuya finalidad será la de canalizar la participación de los ciudadanos y de sus asociaciones en los asuntos municipales. Los Consejos Sectoriales desarrollarán exclusivamente funciones de informe y, en su caso, propuesta, en relación con las iniciativas municipales relativas al sector de actividad al que corresponda cada Consejo.* En el artículo 131 se indica que *la composición, organización y ámbito de actuación de los Consejos Sectoriales serán establecidos en el correspondiente acuerdo plenario. En todo caso, cada Consejo estará presidido por un miembro de la Corporación, nombrado y separado libremente por el Alcalde o Presidente, que actuará como enlace entre aquella y el Consejo.*



nos...), grupo éste que lógicamente variará su composición en función de las características y estructura productiva de su ámbito geográfico. En este modelo es posible que no se diferencien grupos del CES como tales, sino que el mismo estuviera compuesto en su conjunto por las citadas representaciones de intereses. Dicho esquema, en puridad, no debería llevar incluido como miembro del Consejo representante político alguno, aunque existen casos en los que es posible que puedan acudir concejales de los distintos grupos municipales a las sesiones del Pleno del CES con la posibilidad de intervenir en el mismo, pero sin derecho a voto. Por otra parte, existe un número importante de Consejos que configurarían el otro «prototipo» caracterizado por una clásica composición tripartita. Es decir, con presencia de sindicatos, asociaciones empresariales y representantes políticos del ente local; modelo que en ciertas ocasiones se completaría con la presencia de algunos «expertos o personas de reconocido prestigio en materia sociolaboral», emisarios de la Universidad o representantes de intereses profesionales distintos al tradicional sindical y patronal.

4. EL CONSEJO SOCIAL DE LA CIUDAD DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY 7/1985, DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL, TRAS LA LEY 57/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL

Decíamos anteriormente, que en el encuentro de Consejos Económicos y Sociales Locales celebrado en Barcelona en diciembre de 2002, se ponían las bases para la creación de una Federación estatal que los agrupara. Y el primer objetivo que se marcaban era la necesidad de afianzar la pluralidad de los CES locales, y que su autonomía e independencia emanara de su propia naturaleza jurídica. Se buscaba un encaje jurídico más allá de los límites del Consejo Sectorial, puesto que la realidad de los CES locales sobrepasaba el marco legal, «en un acto de autonomía de la voluntad de los agentes económicos y sociales»⁴⁷ y de las Corporaciones Locales.

Resulta de enorme interés el acuerdo de creación de la citada Federación Española de CES locales, en cuyo apartado cuarto se citaba como reto común «proponer la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local como medio idóneo para reconocer la realidad de los CES locales dotándolos de personalidad jurídica propia». De forma paralela, los alcaldes y represen-

⁴⁷ Así se manifestaba en dicho encuentro D. Juan Luis Nieto, secretario general del Consejo Económico y Social de España. Barcelona, 16 de diciembre de 2002.

tantes de entidades y corporaciones locales presentes en el encuentro, realizaban una declaración en la que se indicaba entre otras cosas, que se hacía preciso «dentro del proceso de consolidación de los consejos económicos y sociales, buscar dentro del marco jurídico, un elemento de cohesión normativa, que coadyuve al fortalecimiento de su posición jurídica y al conocimiento por la ciudadanía de su existencia y funciones».

Es decir, existía un consenso respecto a esa necesidad de modificación legal (bien actuando sobre la Ley de Bases de Régimen Local, bien con una normativa nueva) que dotara a los Consejos de un reconocimiento jurídico propio y de una capacidad autónoma de actuación. Se trataba de una conclusión a la que llegaban representantes de CES de ámbito local, es decir, municipal, de mancomunidad, comarcal, etc., sin que en ningún caso nadie planteara la necesidad imperiosa de que dicha regulación se produjera en exclusiva para los municipios de gran población o para las grandes ciudades, y obviando al resto de entes locales.

Manifestábamos en páginas precedentes nuestro convencimiento de que el legislador no había tenido en cuenta de manera conveniente la realidad preexistente en numerosas localidades españolas, algo que se comienza a observar con el propio nombre elegido para este órgano que integra los elementos de la participación institucional y el ámbito local de las relaciones laborales. Así, y al margen de todas las reservas pertinentes, este fenómeno neocorporativo es abordado bajo la denominación de «Consejo Social de la Ciudad» por la *Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local*, pero inmerso en el título X dedicado al «Régimen de organización de los municipios de gran población». A nuestro entender, la modificación introducida en el artículo 131 de la LMMGL sobre el «Consejo Social de la Ciudad», viene a extender y complicar un panorama, más que a resolver las dudas de los protagonistas de la participación institucional local. (*En el Anexo final se indican las ciudades y cabildos insulares incluidos en el ámbito de aplicación de ese Título X y aquellas susceptibles de serlo; y por tanto, quienes deben constituir un Consejo Social de la Ciudad*).

El tenor literal de dicho precepto es el siguiente:

1. *En los municipios señalados en este título, existirá un Consejo Social de la Ciudad, integrado por representantes de las organizaciones económicas, sociales, profesionales y de vecinos más representativas.*
2. *Corresponderá a este Consejo, además de las funciones que determine el Pleno mediante normas orgánicas, la emisión de informes, estudios y propuestas en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos.*

Alguien podría plantear que no se está regulando el Consejo Económico y Social local, sino que se trata de algo nuevo, de un órgano sin prece-



denes de participación ciudadana en la administración más cercana. Sin embargo, cabría decir que el contenido del precepto se ajusta exactamente a lo que todo el mundo conoce como Consejo Económico y Social, salvo que —desafortunadamente— con otra denominación. En el propio preámbulo se indica que se trata de un «mecanismo participativo de carácter consultivo», no del conjunto de los grupos organizados y del asociacionismo ciudadano en general, sino «de las principales organizaciones económicas y sociales del municipio», que nos lleva a contar inexcusablemente con los principales grupos representativos de los intereses profesionales: sindicatos y organizaciones empresariales. La parte dispositiva no se refiere a ellos explícitamente, quizás por no encorsetar en exceso la capacidad de la corporación de contar con otros representantes de intereses que, como en el caso de la economía social, tienen mucho que aportar en el ámbito del desarrollo local; pareciendo razonable entender que se pretenda así otorgar mayor pluralidad.

Asimismo, la referencia a la participación de representantes vecinales tampoco desmerece la consideración de esta institución «como CES», ya que parece lógico que el legislador haya querido reflejar que, al margen de otros miembros que podrían formar parte del Consejo Social de la Ciudad, éste debe contar al menos con la presencia de la correspondiente representación del asociacionismo vecinal, junto a sindicatos y patronal; máxime teniendo en cuenta que el ámbito territorial del que estamos hablando —a parte de la reserva para los Cabildos Insulares Canarios— no es el del conjunto de las corporaciones locales, sino el municipal. No en vano, los hechos demuestran la presencia de las asociaciones de vecinos con mayor o menor representación, en la inmensa mayoría de los CES locales que hay constituidos en la actualidad, salvo la lógica excepción de los casos en los que se decidió por el modelo de órgano de carácter tripartito ya comentado. Así ocurre en los actuales CES locales de Córdoba, Huelva, Alcalá de Guadaíra, Conil de la Frontera, Lleida, Sevilla, o Motril; además del peculiar caso, por su carácter supramunicipal, del Consejo Económico y Social de la Comarca del Bierzo.

En lo concerniente a las funciones debemos realizar un análisis similar, en el sentido de identificar a los CES locales existentes y que mantienen un mínimo funcionamiento, con este Consejo Social de la Ciudad de la LMMGL. Así, la exposición de motivos es muy clara al indicar que este mecanismo participativo está «centrado esencialmente en el campo del desarrollo local y de la planificación estratégica urbana», lo que no impediría que entendiera igualmente de otros aspectos, aunque sin alejarse del ámbito económico y sociolaboral. Decíamos que la paulatina creación de CES locales en España estaba directamente relacionada con la progresiva intervención de las corporaciones locales en las relaciones laborales de su entorno y el fomento general del desarrollo local, que como indica el texto de la

LMMGL son ámbitos que «están adquiriendo una importancia esencial en las políticas locales». Estas ideas tienen su continuidad en el propio articulado señalando las funciones clásicas del fenómeno consejístico que consistirán al menos en «la emisión de informes, estudios y propuestas en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos». En definitiva, estamos hablando de un órgano de participación institucional con un marcado carácter socioeconómico y en el que debe quedar muy claro el protagonismo que tienen los agentes sociales.

Consideramos despejadas las incertidumbres que pudieran surgir acerca de que este artículo 131 LMMGL, suponga —a pesar de sus carencias— un traslado a la esfera local del fenómeno conocido en otros ámbitos territoriales como Consejo Económico y Social; aunque sin lugar a dudas, el legislador bien podría haber facilitado su identificación, siendo más explícito y nítido en su articulado para evitar que determinados ayuntamientos pudieran utilizar la «autonomía local» como pretexto para terminar desnaturalizando el precepto y crear «algo distinto»⁴⁸. Lo cierto es que los CES locales ya existen y prácticamente todos los órganos de ese tipo, cuentan con los mismos nombres y apellidos. Sin embargo, teóricamente podría ocurrir que en un municipio donde ya estuviera funcionando un CES, éste coexistiera junto a un Consejo Social de la Ciudad, circunstancia que parecería absurda, además de no respetar escrupulosamente los principios constitucionales de eficiencia y economía que deben regir en la acción pública.

De no producirse las modificaciones oportunas en el período transitorio en que se encuentra, éste pudiera llegar a ser el caso del Ayuntamiento de Madrid, aunque rizando aún más la cuestión nominativa. La capital cuenta con un órgano tripartito⁴⁹ denominado Consejo Local para el Desarrollo y el Empleo de Madrid como «instrumento fundamental de diálogo y concertación social en torno a las políticas de desarrollo y empleo en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid», de forma que en el preámbulo de su reglamento se comienza destacando precisamente que «la planificación y puesta en práctica de las políticas de desarrollo y empleo... tienen una importante repercusión» haciéndose necesario que «se realicen en un clima de consenso y concertación social». Puede entenderse que estos planteamientos corresponden claramente a un determinado tipo de CES, y que además vie-

⁴⁸ En el trámite parlamentario correspondiente a la aprobación de la LMMGL, fue rechazada una enmienda del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida que proponía sustituir la denominación de Consejo Social de la Ciudad por la de «Consejo Económico y Social de la ciudad», con el argumento de ser ésta «la denominación correcta del órgano regulado, según la ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se regula la creación, naturaleza y funcionamiento de los citados Consejos».

⁴⁹ Acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Madrid de 26 de septiembre de 2003.

ne a coincidir con los objetivos básicos ya comentados de nuestro Consejo Social de la Ciudad, de manera que pudiera ser lógico que ese Consejo creado escasos meses antes de la aprobación de la LMMGL se adaptara a la misma (como veremos que ocurre en otros casos), corrigiendo sus estatutos y reglamentos en lo necesario, y creando un solo Consejo —el Consejo Social de la Ciudad—, aunque se apodara de manera diferente. Sin embargo, el documento elaborado para dar cumplimiento a la norma contempla la creación de lo que llaman el «Consejo Director de la Ciudad de Madrid»⁵⁰, sin que exista mención alguna sobre el destino del peculiar «CES madrileño». Destacamos, que una vez realizada la aprobación inicial de su reglamento orgánico, no consta todavía previsión expresa de que el nuevo órgano desplace o sustituya al anterior; advirtiéndose por tanto, que en la fase de su tramitación final así podría suceder, aunque utilizamos este significativo caso «provisional» como muestra de la posible duplicidad a la que hemos hecho alusión.

Habíamos comentado cómo el artículo 131.2 de nuestra Carta Magna hacía referencia de manera imprecisa a la creación de «un Consejo», de forma que cuando se aprueba ya en 1991 la institución del «Consejo Económico y Social» de España, surge el debate sobre su verdadero encuadre constitucional; si el CES respondía realmente al pretendido «Consejo». Pues bien, algunos años después, parece repetirse el error de la «indeterminación nominativa» salvo que en un orden inverso, pues en esta ocasión son «los consejos económicos y sociales locales» los que ya existen, apareciendo posteriormente la modificación de la LRBRL que igualmente hace referencia a otro «Consejo», adoleciendo de una definición clara sobre qué tipo de órgano estamos regulando. Pero como si se tratara de una premonición y para nuestro divertimento científico, se repite el guarismo del artículo 131 LRBRL para denominar de otra forma —«Consejo Social de la Ciudad»—, lo que los propios protagonistas de forma abrumadora vienen haciendo con el clásico nombre de CES. Alterando el orden del debate de antaño, podríamos decir que este «Consejo Social» de la LMMGL, tendría su encaje con la realidad de la inmensa mayoría de los órganos ya constituidos por voluntad de las respectivas corporaciones locales; sería homologable por tanto, con los denominados «Consejos Económicos y Sociales» locales, ya sean de ciudades grandes, como pequeñas, tanto en ámbitos provinciales como comarcales o de mancomunidad.

⁵⁰ El Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Madrid aprobó el 31 de mayo de 2004 su Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 147 de 22 de junio de 2004), en cuyo seno (arts. 65 y 66) aparece la figura del «Consejo Director de la Ciudad de Madrid» que es como han decidido denominar al Consejo Social de la Ciudad, cuyo Reglamento Orgánico fue objeto de aprobación inicial en la misma sesión plenaria (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 142 de 16 de junio de 2004).

La desafortunada elección del nombre, tiene su muestra en la existencia de otros anecdóticos «instrumentos municipales» bajo la denominación de «Consejo Social de la Ciudad» que no corresponden al «fenómeno CES», ni se relacionan con los argumentos del novedoso artículo 131 LRBRL. Este sería el caso de la localidad granadina de Loja que, sin tener nada que ver con el título X LRBRL, decidió constituir un mecanismo de relación entre el Ayuntamiento y las entidades culturales, deportivas, ONGs..., como «foro de debate», circunscrito al diálogo político-vecinal y a la pura participación ciudadana, y carece de vinculación con el apartado del desarrollo económico y el papel de los agentes sociales que —recordemos— es el objetivo de los CES y del ambiguo Consejo Social del artículo 131 LRBRL. Otro caso, es el que se produce en el Ayuntamiento de León, donde existe el denominado Consejo Social de Barrio, dedicado a asuntos tales como la acción social, cultura, formación y educación, ocio y tiempo libre; o sin ir más lejos, la turbación impregna a la propia Federación Española de Municipios y Provincias, confundiendo el Consejo Social de la Ciudad, con el «Consejo de Ciudad» existente en numerosas localidades catalanas, y a la que ya hemos hecho mención con anterioridad. Todo ello, se hubiera evitado, con «la denominación correcta» de CES local, que está más acorde a sus propios fines.

Lejos de los aspectos puramente formales, esta cuestión nominativa tiene mayor trascendencia en la medida que pueda inducir a errores o alteraciones premeditadas del espíritu de la norma, teniendo presente los márgenes de maniobra de la autonomía municipal unido al perfil incierto⁵¹ consustancial a estos organismos; porque a nadie resultaría extraño que en determinados casos esa falta de definición o ambigüedad del legislador, pudiera ser aprovechada por algunos mandatarios municipales, reacios a nuevas vías de control social de su política socioeconómica, para desnaturalizar o vaciar de contenido el nuevo instrumento de participación de los agentes sociales.

El análisis del concreto proceso de constitución de los correspondientes Consejos Sociales de Ciudad presenta mayores dificultades de las deseables, debido al incumplimiento generalizado de la fecha señalada por la propia LMMGL. En la disposición transitoria primera se marca un plazo de seis meses, para que los Plenos de los ayuntamientos aprueben «las normas orgánicas necesarias para la adaptación de su organización a lo previsto» en el título X; sin embargo, cumplida la fecha del 30 de junio de 2004, difícilmente podemos encontrarnos con textos definitivos del «Consejo Social de la Ciudad» en aquellos municipios que, en función de su población, estaban

⁵¹ OJEDA AVILÉS, A., «¿Qué Consejo...», *op. cit.*, pág. 94.



obligados a crearlo. No obstante, es posible realizar algunas valoraciones globales utilizando para ello los borradores de los reglamentos de los Consejos Sociales de Ciudad de los municipios andaluces (Córdoba, Granada, Málaga y Sevilla) y algún que otro caso significativo, que nos permitirá valorar las tendencias que se vienen produciendo.

Dijimos que por muy absurdo que nos pareciera, en teoría nos podríamos encontrar con la coexistencia de un Consejo Económico y Social Local junto a un Consejo Social de la Ciudad. Aunque obviamente, lo primero que debemos destacar en la mayoría de los casos —salvo la peculiar previsión de Madrid— es que en aquellos lugares donde existía un CES, los reglamentos previstos contemplan su extinción en el momento de la puesta en funcionamiento del Consejo Social; se produce una adaptación o reconversión del CES en Consejo Social, utilizando el anterior texto como base para adaptarse a la nueva legislación local.

A título demostrativo, señalamos que así lo ha manifestado por ejemplo la junta local de gobierno del Ayuntamiento de Vigo, donde dejará de funcionar el «llamado Consejo Económico y Social» una vez se ponga en funcionamiento el Consejo Social; algo que también se prevé en Gijón con su actual «Consejo de Desarrollo Local». En el caso de los Ayuntamientos andaluces que deben adaptarse al modelo orgánico «de las grandes ciudades» ocurre una situación similar —salvo en Málaga donde no existía precedente—, de manera que en los respectivos borradores de reglamento orgánico del Consejo Social de la Ciudad de Córdoba, Granada y Sevilla, encontramos una disposición final señalando que a la entrada en vigor del Reglamento, quedaría «sin efecto», «extinguido» o «disuelto» su Consejo Económico y Social. Esta imagen nos sirve igualmente para ilustrar la conexión en el análisis de ambas instituciones, que se corrobora con la situación que se produce en Córdoba, llegando a ser una comisión del vigente CES, la que ha elaborado el borrador del Reglamento del Consejo Social de esa ciudad.

El caso cordobés es el que en principio presenta un mayor grado de continuidad con respecto al anterior CES. Se trata de un órgano con una clásica composición consejística con un Presidente independiente y cuatro grupos que representan a las organizaciones sindicales; asociaciones empresariales; colegios profesionales y asociaciones de vecinos; y un último grupo compuesto por personas de reconocido prestigio en el ámbito socioeconómico, representantes de la Universidad, de la Economía Social y de las entidades de ahorro. Presenta un amplio abanico de funciones, incluyendo la emisión de dictamen preceptivo con ocasión de los Presupuestos del Ayuntamiento, Ordenanzas, etc. Por tanto, se trata de una pequeña adaptación del anterior CES a este nuevo Consejo Social de la Ciudad, en el que los agentes sociales continúan manteniendo un protagonismo esencial (se reservan dos vicepresidencias a sindicatos y patronal), aunque el número de repre-



sentantes vecinales aumenta de uno a tres, para amoldarse con mayor coherencia al precepto de la LMMGL.

Sin embargo, las perspectivas que presentan los Consejos Sociales de Granada y Sevilla —que ya contaban con un CES— son de una mayor alteración en su funcionamiento originario. Resulta sintomático que en ambos casos, desaparezca del texto provisional la mención que indicaba que el Consejo gozaría «de autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones»; no en vano, la intención de ambos borradores camina hacia un mayor control político del órgano, al recaer la presidencia del Consejo Social en el primer edil, cuando hasta el momento los dos CES locales contaban con una presidencia independiente (potestad del Alcalde en el caso granadino).

En el caso del Consejo Social de la Ciudad de Granada, se ha presentado una propuesta claramente regresiva en relación con la capacidad de actuación del anterior CES. En lo referente a su composición no hay excesivas modificaciones en un órgano de carácter plural compuesto por 27 miembros, salvo la ligera pérdida de peso de sindicatos y asociaciones empresariales. Sin embargo, la sugerencia que se realiza vacía de contenido las funciones del anterior CES, pues desaparece la posibilidad que tenían los interlocutores sociales y demás agentes implicados de dictaminar sobre el Presupuesto Municipal, las Ordenanzas Fiscales y otros acuerdos municipales con trascendencia económica y social. Así, el nuevo Consejo se limitaría exclusivamente a cumplir el cometido mínimo que literalmente señala el nuevo artículo 131 LRBRL, que se resumiría básicamente en la elaboración de estudios e informes solicitados por la Corporación, y aquellos por propia iniciativa, sobre el plan estratégico de la ciudad de Granada. Mientras, el Consejo Social de la ciudad de Sevilla, además igualmente de la limitación en sus funciones, destaca porque modificaría sustancialmente su estructura, pasando de un CES con 36 miembros, a todo un foro que tendría entre 75 y 150 componentes; algo que difícilmente haría operativa esta institución y daría verdadera efectividad a la participación.

Por otra parte, el Ayuntamiento de Málaga está en proceso de constitución de un Consejo Social, muy alejado de la lógica de un CES, con el que no se contaba en esa ciudad. Resulta llamativa la propuesta realizada para su composición, que puede alcanzar un total de 50 miembros, con una amplia y curiosa presencia política (teniendo presente que es un «órgano de participación») de hasta doce concejales, más el Alcalde que ostenta la presidencia. Sin embargo, se prevé una representación sindical y empresarial de sólo tres consejeros cada una, alejándose en demasía de las tradicionales instancias de representación de los intereses económicos y profesionales, al plantearse la presencia de un amplio y variopinto conjunto de

asociaciones que no responden de esa lógica⁵². Se trata de un foro de debate, con el que se procura dar cumplimiento formal a la ley, pero sin que aparezca en su borrador ninguna función específicamente atribuida, pues la única referencia al respecto es que se trata de «una plataforma institucional permanente de diálogo y deliberación en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos».

En definitiva, en este proceso de creación del Consejo Social en las diferentes ciudades se empiezan a observar tendencias que no consideramos muy adecuadas a los fines que se persiguen; siendo nuestra intención alertar sobre ello en unos momentos de provisionalidad. Así, por una parte, podemos encontrarnos que donde se tenía constituido un CES local (que puede llegar a ser molesto en ocasiones para el gobierno municipal) se corra el peligro de aprovechar la ocasión para desnaturalizarlo con el argumento de la adaptación al impreciso nuevo marco normativo. Y por otra parte, donde no existía CES local, porque no había voluntad para ello o no se dieron las circunstancias oportunas, es posible que siga sin existir esa intención de crear una institución coherente, que es de obligatoria creación, pudiendo incluso ofrecer una apariencia de pluralismo y participación.

Retomando el análisis general del Consejo Social de la Ciudad y la parte dispositiva de la LMMGL, debemos realizar una última reflexión sobre cómo la disposición adicional decimocuarta procede a extender el régimen organizativo de la gran población —destinado en un principio sólo a los ayuntamientos— a los Cabildos Insulares Canarios. El Cabildo es una institución local supramunicipal que en la práctica «asume las funciones, obligaciones y competencias de las Diputaciones provinciales»⁵³; de forma que no resulta muy coherente —o al menos no encontramos una explicación razonable— que no se posibilite que quizás alguna de las novedades normativas pudiera extenderse a las Diputaciones provinciales, al igual que al Cabildo Canario. Un caso claro podría ser el de la creación —voluntaria incluso— del «Consejo Económico y Social de la Provincia», máxime teniendo en cuenta las funciones del «Consejo Social» del artículo 131 LRBR en conexión con el «nuevo título competencial» que por primera vez les asigna a las Diputaciones Provinciales la función de «cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación del territorio provincial»; tareas que en muchas ocasiones «de hecho» ya vienen desempeñando.

⁵² En la propuesta de composición del Consejo Social de la Ciudad de Málaga, resulta extraña la presencia de representantes de colectivos tan diversos como la Agrupación de Cofradías de Málaga, la Real Academia de Bellas Artes de San Telmo, Las Peñas y Casas Regionales, o las Asociaciones de Gays y Lesbianas.

⁵³ SOSA WAGNER, F., *Manual de Derecho Local*, pág. 110, ed. Aranzadi, 2002.



5. CONCLUSIONES: PERSPECTIVAS DE UN MODELO O EL RETO DE LA DIVERSIDAD

Se indicaba con anterioridad cómo la diversidad, tanto en el apartado territorial como en su composición y funciones, viene siendo una de las notas características de los actuales CES locales. Pero ello, lejos de ser un obstáculo para la existencia de un marco normativo común, puede llegar a ser un valor en sí mismo; de forma que el reto consiste en salvaguardar la diversidad y la autonomía municipal, buscando puntos comunes y un elemento de cohesión normativa. Sin embargo, hemos tenido ocasión de comprobar cómo este Consejo Social para «las ciudades de gran población» genera mayor confusión, si cabe; ni fomenta el valor de la diversidad, ni resuelve las aspiraciones de los actores sociales locales en esta materia.

Sirva como descargo, que su regulación se realiza de una manera residual o marginal, dentro de una disciplina tan amplia como la reforma general de la legislación local (al margen de su grado de profundidad), realizándose por tanto desde la visión de la gobernabilidad municipal, más que desde la perspectiva del ámbito local de las relaciones laborales, y sin que eso facilite contar con la experiencia de los CES locales existentes.

Hay que recordar que según su composición distinguimos básicamente dos grandes bloques en nuestros actuales CES locales: aquellos de composición tripartita —sindicatos, patronal, corporación local— (algo que por otra parte, y de existir voluntad para ello, facilita la labor de colaboración de agentes sociales en la planificación del desarrollo local), y los que incluyen una representación de intereses de distinto tipo, junto a la sindical y empresarial, normalmente en grupos diferenciados (al margen de la variante de la posible participación de representantes políticos). Sin embargo, el artículo 131 LRBRL parece no contemplar el modelo tripartito en su Consejo Social de la Ciudad, pues el precepto hace referencia no sólo a «representantes de organizaciones económicas, sociales y profesionales» (que abriría el abanico más allá de sindicatos y la patronal tradicional), sino también a las organizaciones de «vecinos más representativas», algo que forzaría la modificación de aquellos CES tripartitos para adaptarse al título X y poder homologarse al nuevo Consejo Social.

Al acometer esa adaptación, entenderíamos razonable que no sólo se creara un nuevo grupo con exclusiva representación vecinal, sino que bien se podrían incluir en el mismo a otros representantes de intereses socioeconómicos de la ciudad. Estamos pensando principalmente en la necesidad de otorgar mayor importancia a las asociaciones representativas de la economía social (que en ocasiones solicitan su inclusión en el grupo empresarial más que en el mixto), sin que se trate de ningún tipo de capricho, sino que debe tenerse en consideración su importancia creciente, sobre todo en relación con el desarrollo local. Todo ello, al margen de nuestra opción



por excluir el grupo de la representación política de este tipo de órganos, con lo que nos acercáramos a la estructura clásica del CES del Estado, de la mayoría de los CES autonómicos, y —porqué no decirlo— a parte de los CES locales que entendemos de mayor eficacia y volumen de trabajo. De todas maneras, insistimos en que no puede olvidarse el protagonismo principal que en todo caso deben tener los interlocutores sociales.

Así, en localidades donde ya exista un CES con representación sindical, patronal y mixta (vecinos incluidos), podría producirse una adaptación automática como Consejo Social de la Ciudad, a no ser que se quisiera aprovechar la oportunidad para acometer algún cambio en sus estatutos y reglamento de funcionamiento. De todos modos, en cumplimiento del nuevo artículo 123 LRBRL, se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros del Pleno para refrendar la regulación del Consejo Social de la Ciudad, sin que existiera impedimento alguno para que en ese momento se pudiera denominar como Consejo Económico y Social de la Ciudad; opción que nos parecería oportuna para enmendar la indeterminación legislativa. A modo de ejemplo, recuérdese la aprobación inicial en el Excmo. Ayuntamiento de Madrid del denominado «Consejo Director de la Ciudad de Madrid» en cumplimiento de la nueva normativa local.

Quizás no sea el contexto más adecuado esta, denominada todavía por algunos, como «Ley de las Grandes Ciudades» para contemplar una figura que requiere de un tratamiento más allá de las peculiaridades propias a las que se ven sometidas las ciudades en función del volumen de su población. En todo caso, entendemos que sería más oportuno su ubicación en el Bloque II de la LMMGL, que se refiere a las modificaciones de la LRBRL de alcance general, con independencia del tamaño de los entes locales. Entendemos que la creación del Consejo Social, o mejor dicho del Consejo Económico y Social local, debe tener una mención diferente y no sólo circunscrito a las grandes ciudades.

Por una parte, puede tener su lógica que no sea obligatoria la figura del «Consejo Social de la Ciudad» para todo tipo de municipio, aunque no estaría de más que la posibilidad de su existencia —como de hecho así ocurre— tuviera un reconocimiento en la legislación local general, garantizando así la personalidad jurídica de los CES en los ámbitos locales donde existan condiciones objetivas y voluntad de su efectiva creación más allá del puro aspecto demográfico. Ciertamente, no puede existir un CES en cada municipio.

Pero además, otro elemento de valoración es que el ámbito territorial del CES local no tiene, y podría decirse en ocasiones que «no debe», porque estar circunscrito al municipal como si de un corsé administrativo se tratara; máxime teniendo en cuenta la importancia creciente de las estructuras supramunicipales en el desarrollo local y en la planificación económica del territorio, que paradójicamente, son los aspectos sobre los que básica-

mente debe entender el «Consejo Social de la Ciudad». Por tanto, en función de las circunstancias, podría ser más lógica la creación de CES en realidades socioeconómicas homogéneas como áreas metropolitanas o comarcas que presenten esa misma realidad económica, más allá de su reconocimiento administrativo.

Con la reciente regulación nos podríamos encontrar con alguna que otra incongruencia, como vamos a comprobar en un caso muy concreto que utilizamos a título ilustrativo. En la provincia de Cádiz, debido a una concreta y similar realidad socioeconómica existe —razonablemente— una mancomunidad de desarrollo en el Campo de Gibraltar, comarca cuya cabecera es la localidad de Algeciras, que además es la sede de dicho órgano supramunicipal. Con buen criterio, se decidió crear en 1999 el Consejo Económico y Social de la Mancomunidad del Campo de Gibraltar como «órgano de participación social y consultivo». Así, con independencia de la Mancomunidad y como decisión autónoma de la corporación local, podría suceder que el Excmo. Ayuntamiento de Algeciras, que cuenta con una población de 108.779 habitantes, decidiera solicitar su adaptación al Título X LRBR, teniendo entre otras cosas que crear obligatoriamente un Consejo Social de la Ciudad. Aunque éste último estuviera ceñido a dictaminar exclusivamente las actuaciones locales fiscales, presupuestarias, etc, no sería muy razonable tal circunstancia y la posible duplicidad de esfuerzos de las representaciones de intereses profesionales y sociales, que podrían conducir a la ineficacia, quizás, de ambos órganos

Es cierto que las políticas de desarrollo local deben tener en cuenta marcos territoriales más globales, creándose así instrumentos participativos de los agentes sociales de ámbito supramunicipal. Sin embargo, nos encontramos con esta limitación de que el correspondiente CES de mancomunidad, por ejemplo, sólo entendería de las concretas políticas que los ayuntamientos hayan decidido delegar y/o compartir, de forma que en principio, existirían dificultades para que los agentes sociales pudieran debatir e informar sobre aquellas otras políticas municipales que también influyen en los aspectos socioeconómicos y laborales, y que no están cedidos al órgano supramunicipal; debiéndose en este caso quizás, pensar en estructuras más flexibles que posibilitaran tal circunstancia, siempre bajo la premisa de la existencia de una voluntad real político-social de institucionalizar el diálogo social.

Sea como fuere, sirva esta reflexión para expresar nuestra visión, que con independencia de las circunstancias comentadas, los dos grandes tipos de CES en función de sus objetivos, no tienen porqué ser exclusivos ni excluyentes. De manera, que un Consejo Económico y Social Local bien podría incluir las funciones propias de un órgano de tipo consultivo (de aquellos que en el nivel estatal se denominan «de consulta legislativa»), que dictamina con anterioridad a la toma de decisiones del gobierno local en mate-

ria presupuestaria, y demás ordenanzas de carácter económico, fiscal, etc; junto a una función de «orientación planificadora», con más o menos capacidad de incidencia de los agentes sociales en los planes estratégicos y en la gestión de las políticas de desarrollo local y de empleo. Hay que destacar de todas formas, «la antelación» como uno de los principales valores y verdadera fuerza del CES como reforzamiento democrático, puesto que los agentes sociales se pronuncian sobre algún aspecto, con anterioridad a la toma de decisiones del gobierno local, que una vez que se produce, no es objeto de relectura o crítica por parte del CES; no es ni su objetivo fundamental, ni su vocación.

Para el efectivo cumplimiento de sus fines, debe tenerse especial cuidado en garantizar la autonomía e independencia de los CES locales. Por eso, entendemos más acorde que no existiera representación de los grupos municipales en su seno, y en todo caso, de producirse tal presencia ésta no debería ir más allá de algún que otro miembro dentro de un hipotético grupo tercero de composición mixta. De todas formas, debemos tener presente que en numerosos CES locales, el gobierno y/o los grupos políticos tienen la posibilidad de nombrar algún miembro como «expertos en materia sociolaboral», que si bien no responden a mandato político alguno, no se alejarán en demasía de sus respectivos posicionamientos ideológicos.

Siguiendo con dicho argumento, consideramos que un Consejo Económico y Social —e incluso el Consejo Social de la Ciudad— no debe estar presidido por el Alcalde o Presidente de la Corporación Local, pues en ese caso no encontraríamos diferencia alguna con los denominados «Consejos Sectoriales» de los artículos 130 y 131 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Pero la autonomía e independencia de los CES locales, no sólo hay que entenderla en relación a su composición, sino también a los recursos necesarios para el cumplimiento eficaz de sus funciones; algo que debería garantizarse para no vaciarlos de contenido y frustrar las expectativas de quienes tienen la voluntad participativa.

Quizás la ya anunciada por esta reforma en su exposición de motivos, nueva Ley de Bases de la Administración Local, pueda ser la ocasión oportuna para afrontar con mayor rigor y protagonismo la figura del Consejo Económico y Social Local; corregir las actuales deficiencias, teniendo en cuenta la experiencia de numerosas corporaciones locales y las recomendaciones de los propios protagonistas del «intercambio político». Sin embargo, mientras se produce la oportuna intervención legislativa o al menos un posible desarrollo reglamentario, se corre el peligro de que los distintos consejos sociales de nuestras ciudades se desarrollen de forma no adecuada, y que lejos de lograrse el reconocimiento de la realidad de los actuales CES locales, se proceda paulatinamente a su desnaturalización o inanición.



Por ello, consideramos necesaria una actuación urgente; volver al concepto de Consejo Económico y Social para no provocar mayores confusiones y situar a este órgano en su justa medida, en correspondencia con la función de participación institucional encomendada en los modernos sistemas de relaciones laborales. Mientras tanto, habría que buscar unos estándares mínimos concretos que permitan a los nuevos Consejos Sociales el efectivo cumplimiento de sus fines, sin que ello suponga tergiversar la necesaria amplitud en la potestad de autoorganización de las Corporaciones Locales como se indica en la propia exposición de motivos de la LMMGL. Conscientes de la dificultad de no sobrepasar la delgada línea de «la autonomía local», se trata igualmente de permitir «la efectividad de la participación», algo que sin embargo no sería posible con unos Consejos Sociales sin la autonomía e independencia suficiente respecto al poder político local, por una parte, ni tampoco con la creación de órganos inoperantes por su tamaño y atomizada composición.

En definitiva, ante la dificultad de ceñir en exceso alguna modificación legislativa sobre la naturaleza y objetivos de estos CES locales, no estaría mal pensar en algún pacto «en la cumbre» entre la patronal española, los sindicatos más representativos y la Federación Española de Municipios y Provincias para —respetando la autonomía municipal— establecer criterios generales y razonables que pudieran servir de base para ese marco jurídico. Al menos, orientar de manera coherente su composición y funciones. No en vano, su funcionamiento y eficacia dependerá de la voluntad de los propios agentes sociales, procurando evitar «monopolizar» en exceso la representación de los intereses, más allá de los que les son propios, y siendo conscientes que en el ámbito local actúan otros intereses económicos y sociales, con otros sujetos representativos que también requieren su protagonismo.

ANEXO

CUADRO 1		
MUNICIPIOS QUE DEBEN CONSTITUIR UN «CONSEJO SOCIAL»		
<i>Municipios con población superior a 250.000 habitantes</i>		
<i>Municipio</i>	<i>Provincia</i>	<i>Población</i>
Madrid	Madrid	3.092.759
<i>Barcelona</i> *	Barcelona	1.582.738
Valencia	Valencia/València	780.653
Sevilla	Sevilla	709.975
Zaragoza	Zaragoza	626.081
Málaga	Málaga	547.105
Murcia	Murcia	391.146
Palmas de Gran Canaria (Las)	Palmas (Las)	377.600
Palma de Mallorca	Balears (Illes)	367.277
Bilbao	Vizcaya	353.567
Valladolid	Valladolid	321.143
Córdoba	Córdoba	318.628
Alicante/Alacant	Alicante/Alacant	305.911
Vigo	Pontevedra	292.566
Gijón	Asturias	270.875
<i>Municipios capitales de provincia con población entre 175.000 y 250.000 habitantes</i>		
<i>Municipio</i>	<i>Provincia</i>	<i>Población</i>
Coruña (A)	Coruña (A)	243.902
Granada	Granada	237.663
Vitoria-Gasteiz	Álava	223.257
Santa Cruz de Tenerife	Santa Cruz de Tenerife	220.022
Oviedo	Asturias	207.699
Pamplona/Iruña	Navarra	190.937
Santander	Cantabria	184.778
Donostia-San Sebastián	Guipúzcoa	181.811
<i>Almería</i> **	Almería	176.727
<i>Cabildos Insulares Canarios de Islas con población superior a 175.000 habitantes</i>		
<i>Isla</i>	<i>Provincia</i>	<i>Población</i>
Tenerife	Santa Cruz de Tenerife	799.889
Gran Canaria	Palmas (Las)	789.908

* La D. Transitoria Cuarta LMMGL señala que «en tanto no se apruebe su régimen especial, el título X de esta ley no será de aplicación al municipio de Barcelona».

** Según datos de población de 2002, podría no tener la obligación de adaptarse al Título X LRBRL hasta 2007.

Fuente: Revisión del Padrón Municipal a 1 de enero de 2003. Instituto Nacional de Estadística. Elaboración propia

CUADRO 2 MUNICIPIOS QUE TENDRÍAN UN «CONSEJO SOCIAL» SI SE ADAPTAN AL TÍTULO X LRBRL		
<i>Municipios capitales de provincia y autonómicas con población inferior a 175.000 habitantes</i>		
<i>Municipio</i>	<i>Provincia</i>	<i>Población</i>
Burgos	Burgos	169.317
Castellón de la Plana/Castelló de la Plana	Castellón/Castelló	160.714
Salamanca	Salamanca	157.906
Albacete	Albacete	155.142
Huelva	Huelva	144.831
Logroño	Rioja (La	139.615
Badajoz	Badajoz	138.415
León	León	135.634
Cádiz	Cádiz	134.989
Tarragona	Tarragona	121.076
Lleida	Lleida	118.035
Jaén	Jaén	115.638
Ourense	Ourense	109.475
Santiago de Compostela	Coruña (A)	92.339
Lugo	Lugo	91.158
Cáceres	Cáceres	87.088
Palencia	Palencia	81.378
Girona	Girona	81.220
Pontevedra	Pontevedra	77.993
Toledo	Toledo	72.549
Guadalajara	Guadalajara	70.732
Ciudad Real	Ciudad Real	65.703
Zamora	Zamora	65.639
Segovia	Segovia	55.640
Mérida	Badajoz	52.110
Ávila	Ávila	52.078
Huesca	Huesca	47.609
Cuenca	Cuenca	47.201
Soria	Soria	35.178
Teruel	Teruel	32.304
<i>Municipios con población entre 75.000 y 250.000 habitantes —excepto capitales de provincia y CC.AA.—</i>		
<i>Municipio</i>	<i>Provincia</i>	<i>Población</i>
Hospitalet de Llobregat (L')	Barcelona	246.415
Badalona	Barcelona	214.440

Elche/Elx	Alicante/Alacant	207.163
Móstoles	Madrid	201.789
Cartagena	Murcia	194.203
Sabadell	Barcelona	191.057
Jerez de la Frontera	Cádiz	191.002
Alcalá de Henares	Madrid	188.519
Fuenlabrada	Madrid	187.963
Terrassa	Barcelona	184.829
Leganés	Madrid	176.900
Getafe	Madrid	156.315
Alcorcón	Madrid	154.441
San Cristóbal de La Laguna	Santa Cruz de Tenerife	134.744
Marbella	Málaga	116.234
Santa Coloma de Gramenet	Barcelona	116.012
Mataró	Barcelona	111.879
Algeciras	Cádiz	108.779
Dos Hermanas	Sevilla	107.258
Torrejón de Ardoz	Madrid	104.790
Alcobendas	Madrid	98.417
Barakaldo	Vizcaya	94.727
Reus	Tarragona	94.407
Telde	Palmas (Las)	93.942
San Fernando	Cádiz	88.490
Avilés	Asturias	84.182
Getxo	Vizcaya	83.624
Cornellà de Llobregat	Barcelona	82.817
Parla	Madrid	82.766
Lorca	Murcia	82.511
Coslada	Madrid	82.176
Sant Boi de Llobregat	Barcelona	80.738
Talavera de la Reina	Toledo	79.916
Puerto de Santa María (El)	Cádiz	79.889
Ferrol	Coruña (A)	78.764
Torrevieja *	Alicante/Alacant	77.943
<i>Cabildos Insulares Canarios de Islas con población superior a 75.000 habitantes</i>		
<i>Isla</i>	<i>Provincia</i>	<i>Población</i>
Lanzarote	Palmas (Las)	114.715
La Palma	Santa Cruz de Tenerife	85.631
* Según datos de población de 2002, podría no tener la posibilidad de adaptarse al Título X LRBRL hasta 2007		
Fuente: Revisión del Padrón Municipal a 1 de enero de 2003. Instituto Nacional de Estadística.		
Elaboración propia		





2

Mercado de Trabajo







DIFUSIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL EMPLEO SUMERGIDO ENTRE LOS TRABAJADORES PROCEDENTES DE PAÍSES MENOS DESARROLLADOS

SEBASTIÁN RINKEN

Doctor contratado (Programa Ramón y Cajal)
Instituto de Estudios Sociales de Andalucía (IESA-CSIC)

EXTRACTO

El empleo sumergido en general, y específicamente el empleo sumergido entre trabajadores de procedencia inmigrante, es un aspecto de la realidad social española en relación con el que, a pesar del gran interés científico y político que suscita, carecemos casi completamente de conocimientos empíricos sólidos, debido a las limitaciones de las fuentes estadísticas oficiales y la elevada dificultad a la hora de realizar encuestas con un nivel de representatividad razonable en este tipo de poblaciones. Basándose en una encuesta realizada en la primavera de 2003, este artículo dibuja la situación sociolaboral de la población inmigrante asentada en Andalucía, centrándose en las diferencias entre los trabajadores de procedencia inmigrante que cotizan a la Seguridad Social, por un lado, y los que no lo hacen, por otro. Como uno de los principales resultados, cabe destacar el hecho de que la amplia difusión del empleo sumergido en esta población (alrededor del 45% de todos los ocupados de procedencia inmigrante) se acentúa aún más precisamente en aquellos sectores económicos que se distinguen por unos niveles de remuneración especialmente bajos (Producción agrícola y Hogares empleadores), entre otras características poco deseables. Asimismo, resulta que la remuneración de las trabajadoras inmigrantes tiende a ser notablemente más baja que la de sus homólogos varones, a igualdad de sector de actividad y situación de cara a la Seguridad Social. En cuanto a las condiciones laborales en cada sector de actividad, el empleo sumergido se diferencia relativamente poco del empleo regular, frente a unas importantes diferencias en cuanto al nivel de remuneración.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. APROXIMACIÓN A LA SITUACIÓN LABORAL DE LOS INMIGRANTES
 - 2.1. Tasas de actividad y ocupación
 - 2.2. Difusión del empleo sumergido
3. EL PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO DEL EMPLEO SUMERGIDO ENTRE TRABAJADORES INMIGRANTES
4. SECTORES DE ACTIVIDAD Y NIVELES DE OCUPACIÓN DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES
5. LAS CONDICIONES LABORALES DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES: EMPLEO SUMERGIDO VERSUS EMPLEO REGULAR
 - 5.1. Antigüedad
 - 5.2. Dedicación (jornada)
 - 5.3. Remuneración
 - 5.4. Otras condiciones laborales
6. CONSIDERACIONES FINALES
7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Sin ánimo alguno de reducir a uno solo la variedad y complejidad de los factores que inciden en la generación y dirección de los flujos migratorios internacionales, cabe afirmar que la reciente conversión de Andalucía en tierra de inmigración¹ se debe fundamentalmente a aspectos de índole socioeconómica y laboral. Por cuestionables que puedan resultar algunos presupuestos teóricos del conocido paradigma «*push and pull*»², sí parece acertado suponer que la decisión de emigrar se basa esencialmente en la percepción de un notable diferencial entre las sociedades de origen y de acogida, respectivamente, en cuanto a la probabilidad de poder alcanzar un adecuado nivel de bienestar material. Al ser el empleo el principal medio para alcanzar tal fin, no cabe duda de que la existencia de una fuerte demanda de mano de obra por parte de determinadas sociedades receptoras constituye un aspecto clave a la hora de explicar la configuración de los flujos migratorios en el momento histórico actual.

Desde esta perspectiva, aparentemente banal, la singularidad de Andalucía (y, en menor medida, de otras zonas de España) en el panorama migratorio internacional radica en el conocido hecho de que su conversión en sociedades de acogida de un volumen creciente de inmigrantes internacio-

¹ Para una orientación sociodemográfica sobre la población inmigrante asentada en Andalucía y su evolución reciente, véanse IEA (2002) y RINKEN et al. (2003).

² MASSEY et al. (1998) ofrecen un eficaz resumen y una crítica competente de las principales teorías explicativas del fenómeno migratorio, entre ellas el paradigma neoclásico de «expulsión-atracción» con su presupuesto básico de decisiones racionales y bien informadas tendientes a la maximización individual de utilidad.

nales se produce a pesar de unos elevados niveles de desempleo. A diferencia de la llamada emigración «fordista», dirigida a los países altamente industrializados del centro y noroeste de Europa durante los años anteriores a la crisis del petróleo del 1973, el actual movimiento migratorio con destino al sur de Europa no se debe, en lo que a la dimensión de atracción de la ecuación *push-pull* se refiere, a una escasez absoluta de mano de obra en la economía receptora, sino a una falta de mano de obra bien específica, relacionada con la percepción, por parte de la población activa autóctona, de una escasa deseabilidad social de las ofertas de trabajo correspondientes. Existe una amplia literatura³ sobre este punto: los trabajadores de procedencia inmigrante se insertan mayoritariamente en aquellos sectores del mercado laboral que, por las características que conllevan, resultan poco atractivos para la población activa de procedencia autóctona. El llamado segmento «secundario» (Piore, 1979; Huguet Roig, 1999) del mercado laboral español (y concretamente, el andaluz) se compone fundamentalmente de cinco actividades económicas específicas, a saber: la producción agrícola, el comercio al por menor, la hostelería, la construcción y el servicio doméstico. Se trata de sectores del mercado laboral caracterizados, en mayor o menor medida, por una combinación de los siguientes aspectos: la dureza de sus condiciones laborales; una acusada precariedad contractual (Polavieja, 2003); una remuneración comparativamente escasa; la falta de perspectivas de promoción; y un escaso prestigio social.

En este artículo no se pretende examinar la vigencia o coherencia de la teoría de la segmentación de los mercados laborales, entre cuyos presupuestos cabe destacar la idea de que, a efectos prácticos, para el acceso al —comparativamente privilegiado— segmento primario rigen unas reglas excluyentes, resultando en una muy reducida movilidad ocupacional ascendente de las personas ocupadas en el segmento secundario. El presente artículo se propone contribuir a la aclaración de un aspecto ampliamente reconocido, pero al mismo tiempo desconocido de dicho segmento secundario del mercado laboral, a saber: la difusión y el perfil del empleo sumergido en el mismo. Se trata de un aspecto reconocido en el sentido de que el fenómeno del empleo sumergido consta en una variedad de estudios, pero desconocido en el sentido de que sólo se dispone de cuantificaciones⁴ muy aproximadas de su difusión (cuantificaciones que, además, están en muchos casos desfasadas)

³ Por mencionar algunos de los títulos más significativos, véanse CORNELIUS (1995); ROQUERO (1996); MARTÍNEZ VEIGA (1997); HOGGART Y MENDOZA (1999); MARTÍN DÍAZ et al. (1999); ABAD MÁRQUEZ (2002); CACHÓN RODRÍGUEZ (2002); GARRIDO Y TOHARIA CORTÉS (2003); IZQUIERDO et al. (2003) y CES (2004).

⁴ Para el conjunto de España, las estimaciones oscilan entre un 10% y un 20% de todos los ocupados, destacando el servicio doméstico por la abultada proporción de empleo sumergido.

y apenas existen conocimientos pormenorizados sobre su perfil sociodemográfico y sus implicaciones para las condiciones laborales.

Nuestro examen empírico del empleo sumergido, definido como una actividad laboral remunerada sin cotización a la Seguridad Social⁵, no se extiende a todos los ocupados en los mencionados cinco sectores (de naturaleza marcadamente «secundaria») del mercado laboral andaluz, sino que se limita a los trabajadores procedentes de países menos desarrollados, trabajadores que, por una serie de motivos, pueden ser particularmente proclives a aceptar este tipo de empleo. Precisamente, la elevada probabilidad de encontrar un empleo incluso si se careciera de los requisitos administrativos para poder ejercer una actividad remunerada regular, constituye uno de los rasgos distintivos del llamado modelo migratorio del sur de Europa (Baldwin-Edwards y Arango, 1999). A la hora de evaluar la idoneidad de los instrumentos jurídicos disponibles para adecuar los flujos migratorios a la demanda

do (alrededor de un 60%) en este sector, según datos recopilados por el CES (1999). Andalucía suele clasificarse entre las CC.AA. con una mayor proporción de empleo sumergido (ver también CES-A, 2002, 65).

⁵ A pesar de que a lo largo de este artículo, se mencionarán otros elementos más que podrían formar parte de una definición de «empleo sumergido», a efectos de medición hemos considerado oportuno partir de una definición lo más sencilla posible, centrándola en el elemento destacado, como clave de las relaciones laborales irregulares, por el Consejo Económico y Social. Después de proponer un concepto de economía sumergida comparativamente extensivo («el conjunto de actividades que eluden normas, tanto fiscales —en sentido amplio— como de cualquier otro tipo de contenido económico, entre las que se encuentran las regulaciones laborales, pero también otras, como las referidas al medio ambiente, las de seguridad, etc.»), el CES centra el estudio del empleo irregular específicamente en aquellos «comportamientos que supongan una merma en la recaudación de las cotizaciones sociales» (CES, 1999, 8). Cabe señalar que nuestra definición se desmarca de la utilizada por el CES en dos aspectos menores, uno semántico y el otro, sustancial. En cuanto a la semántica, mientras el mencionado informe del CES se refiere al «empleo irregular», en este artículo utilizamos el término «empleo sumergido», considerando que (a) evidencia mejor la relación intrínseca de las relaciones laborales en cuestión con determinados sectores de actividad económica (actividades que se suelen denominar «economía sumergida»); (b) es más idóneo para referirse a situaciones de falta completa de declaración de la situación laboral a las autoridades competentes, situaciones nada infrecuentes, como veremos, entre los trabajadores inmigrantes; y (c) permite más fácilmente evitar la confusión conceptual entre la naturaleza sumergida del empleo en cuanto a la cotización a la Seguridad Social, por un lado, y su irregularidad administrativa en cuanto a los permisos de residencia y trabajo, por otro (confusión que conviene evitar precisamente porque se trata de circunstancias fuertemente asociadas empíricamente). La diferencia sustancial de nuestra definición, frente a la del CES, se refiere a la segunda de las razones que acabamos de exponer: en este artículo, manejamos una visión dicotómica de la variable «cotización» (sí/no), sin entrar en consideraciones sobre irregularidades en cuanto al régimen de cotización, por ejemplo (para un resumen de las distintas modalidades de irregularidad, ver CES, 1999, 9-10).



de mano de obra, será útil disponer de un conocimiento profundizado del empleo sumergido entre los trabajadores procedentes de países menos desarrollados.

Ahora bien, resulta que se trata de un aspecto de la realidad migratoria en relación con el que existe una falta especialmente acuciante de conocimientos fiables (Arango, 2002), dado que la literatura existente sobre la situación laboral de la población inmigrante se basa casi exclusivamente en las siguientes categorías de fuentes:

- (a) Estadísticas administrativas que excluyen, por su propia naturaleza, las actividades laborales «sumergidas» (de manera destacada, es el caso de la Estadística de Altas Laborales en la Seguridad Social).
- (b) Estadísticas o encuestas que no permiten diferenciar entre el empleo sumergido o informal, por un lado, y el empleo formal, por otro (por ejemplo, el Censo de Población y Viviendas o la Encuesta de la Población Activa). Observaciones directas sobre las condiciones laborales en determinadas zonas geográficas y sectores ocupacionales (observaciones que inevitablemente generan dudas en cuanto a su representatividad).

Así, pese al considerable volumen de la producción científica o semi-científica sobre «mercados de trabajo e inmigración», la cuantificación y caracterización del empleo sumergido desempeñado por los inmigrantes es, en la actualidad, una tarea prácticamente sin abordar. Dando por descontado que existe una segmentación del mercado laboral español (y concretamente, el andaluz) en el sentido anteriormente mencionado, y dando por descontado también que en estos momentos, el empleo inmigrante se concentra fundamentalmente en el llamado segmento secundario, quedaría por ver en qué medida dicho empleo inmigrante se configura como «empleo sumergido». Asimismo, quedaría por ver cuáles son las consecuencias prácticas de la irregularidad laboral, frente al empleo regular, en cuanto a las condiciones laborales de los inmigrantes. La literatura existente sobre el empleo inmigrante en Andalucía carece de datos empíricos para poder abordar este tipo de preguntas⁶.

⁶ Sobre otras zonas de España, existen algunos trabajos basados en la metodología de encuestas, cuyo valor añadido frente a otras fuentes de conocimiento sobre la situación laboral de los inmigrantes resulta evidente, siempre que se resuelvan de manera satisfactoria las considerables dificultades para su realización; ver MAYA JARIEGO (2001) y RINKEN (2003). Cabe destacar aquí los estudios dirigidos por CARRASCO CARPIO (1999) y LAPARRA (2003), relativos a los inmigrantes procedentes de países menos desarrollados residentes en toda España y en la Comunidad Autónoma de Navarra, respectivamente. Dichas encuestas fueron realizadas, en el caso de CARRASCO CARPIO, en 1996-1997 con una muestra de unos 1.100 entrevistados y en el

Este artículo describe de manera pormenorizada la situación laboral de los inmigrantes asentados en Andalucía, centrándose específicamente en el fenómeno del empleo sumergido. Los datos a presentar proceden de una encuesta de la población inmigrante, realizada con vocación de representatividad en la primavera de 2003 por el Instituto de Estudios Sociales de Andalucía (IESA-CSIC) en el marco del proyecto de investigación «Necesidades de la población inmigrante en Andalucía (NEPIA)»⁷, encargado al IESA por la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía con financiación del Fondo Social Europeo. Dicha encuesta proporciona datos sobre una amplia variedad de ámbitos temáticos relacionados con la situación social de los inmigrantes, incluyendo notablemente su situación laboral, económica y residencial⁸.

Cabe señalar que en el proyecto NEPIA, excluimos de la población objeto de estudio a las personas procedentes del Espacio Económico Europeo o de otros países con un nivel de desarrollo notoriamente elevado (EE.UU., Canadá, Australia, Japón...), obviando así la inmigración «de países ricos» que existe en algunas zonas de Andalucía (sobre todo, la Costa del Sol). Por

caso de LAPARRA et al., en el año 2000 con un tamaño muestral de unos 930 inmigrantes. Una tercera aportación reseñable son las encuestas sobre la situación laboral en determinados sectores económicos realizadas, fundamentalmente en Madrid y Cataluña, por el Colectivo IOÉ (1998) (1999) (2001).

⁷ La redacción de este artículo fue posible sólo a raíz de actividades en las que colaboraron muchas personas más, aparte del autor. Por motivos de espacio, me limito a destacar aquí al Investigador Principal de NEPIA, MANUEL PÉREZ YRUELA, y —de entre las demás personas que colaboraron en distintos momentos en el equipo central de este proyecto de investigación— a ANAÍS HERRÓN MUSEUR por su asistencia en la elaboración de los datos presentados en este artículo. En segundo lugar, es menester reconocer el papel desempeñado, respectivamente, por la Unidad Técnica del IESA, los coordinadores provinciales de NEPIA y el Comité Asesor del estudio. Asimismo, quisiera agradecer especialmente la confianza y colaboración de todas las personas entrevistadas. A la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias de la Junta de Andalucía, hay que agradecer la confianza puesta en nuestro equipo con este encargo. El Ministerio de Ciencia y Tecnología español ha cofinanciado el estudio, al ser el autor de este artículo (y coordinador general de NEPIA) beneficiario del programa Ramón y Cajal. Una versión preliminar de este artículo fue presentada en septiembre de 2004 como ponencia en el VIII Congreso Español de Sociología (Grupo de Trabajo de Sociología de las Migraciones). Agradezco los comentarios de Esther Vayá (Universidad de Barcelona) sobre un borrador del documento. En una monografía de próxima publicación, se darán a conocer los principales resultados de la encuesta NEPIA en su conjunto.

⁸ Para un examen pormenorizado de la situación residencial de los inmigrantes asentados en Andalucía, ver RINKEN y HERRÓN MUSEUR (2004); para una descripción más detallada de las características de la encuesta NEPIA, véanse MAYA JARIEGO (2003), RINKEN (2003) y GUALDA et al. (2003).

tanto, en este artículo, el término «inmigrante» se refiere a dicha población objeto de estudio, es decir, a personas procedentes de países menos desarrollados desde el punto de vista socioeconómico.

Para aproximarnos al universo de estudio teórico (población inmigrante procedente de países con bajo desarrollo económico residente en Andalucía en la fecha del trabajo de campo y con edad igual o superior a 16 años), establecimos una estimación pragmática de cuantía y ubicación, basada principalmente en datos del Padrón Continuo a otoño de 2002 relativos a 150 municipios con presencia significativa de inmigrantes. Las 1800 encuestas previstas (de las que se realizaron, en la primavera de 2003, 1797 con validez confirmada por un riguroso procedimiento de control de calidad) se repartieron con estratificación cruzada por zona socioeconómica de asentamiento (cuatro categorías: agricultura intensiva, costa turística, grandes ciudades y cinturón metropolitano, agricultura extensiva) y zona geopolítica de procedencia (cinco categorías: Magreb y Oriente Próximo, África Subsahariana, Asia excepto Oriente Próximo y Japón, Europa del Este y Latinoamérica), previéndose además cuotas proporcionales por sexo. Según datos del Padrón, el peso ponderado⁹ de estos cinco conjuntos geopolíticos en la población inmigrante procedente de países menos desarrollados es aproximadamente el siguiente: un tercio, respectivamente, de magrebíes (predominantemente, marroquíes) e iberoamericanos (principalmente procedentes de Ecuador, Colombia y Argentina); un sexto de europeos del Este (de los que un 40% procede de Rumania); y el restante sexto repartido entre asiáticos y africanos no magrebíes.

El artículo está estructurado de la siguiente manera. En el próximo apartado se presentan datos generales sobre la situación laboral de los inmigrantes asentados en Andalucía, incluyendo datos sobre la difusión del empleo sumergido entre los trabajadores de procedencia inmigrante. A continuación, se detalla el perfil sociodemográfico de los trabajadores inmigrantes con empleo sumergido en comparación con los inmigrantes que sí cotizan a la Seguridad Social. En el apartado cuarto, se procede a un análisis sectorial de la difusión del empleo sumergido, para posteriormente —en el apartado quinto— describir las condiciones laborales en los cinco sectores del mercado laboral andaluz que agrupan a la amplia mayoría de los trabajadores inmigrantes, comparando nuevamente entre cotizantes y no cotizantes.

⁹ La ponderación de los datos se efectuó mediante calibración con el programa WesVar 4.2.

2. APROXIMACIÓN A LA SITUACIÓN LABORAL DE LOS INMIGRANTES

2.1. Tasas de actividad y ocupación

Para el conjunto de la población andaluza, con independencia de su procedencia, los datos de la Encuesta de la Población Activa indican una tasa de actividad alrededor del 53% para principios del año 2003. Dicho valor se compone de una proporción notablemente superior de varones que de mujeres, perteneciendo a la población activa alrededor de dos tercios de aquellos, frente a sólo aproximadamente un 40% de éstas. En comparación con estos datos, según la encuesta NEPIA, la tasa de actividad entre los inmigrantes procedentes de países menos desarrollados y con edades superiores a los 15 años es muy elevada, alcanzando aproximadamente el 90% de dicha población en nuestra fecha de referencia (febrero de 2003).¹⁰ Asimismo, cabe subrayar que en la población inmigrante asentada en Andalucía, sólo se observan diferencias reducidas entre varones y mujeres en cuanto a su incorporación a la población activa, al situarse la tasa de actividad de las mujeres de procedencia inmigrante en un 87%.

Esta elevada tasa de actividad de los inmigrantes radica, por un lado, en el hecho de que nos estamos refiriendo esencialmente a una inmigración motivada por causas de índole económica. Por otro lado, el 90% de los encuestados de NEPIA tiene edades entre 16 y 45 años, especialmente proclives a la incorporación al mercado laboral, mientras que la proporción de toda la población andaluza en este mismo intervalo de edades ronda sólo el 50%. Cabe señalar que, si tomamos como referencia sólo el intervalo de edades comparable al que agrupa a la mayoría de los inmigrantes, la tasa de actividad de los varones autóctonos también se aproxima a la de los inmigrantes¹¹. Sin poder abordar aquí el análisis del paro entre inmigrantes, es necesario apuntar, finalmente, que la encuesta NEPIA revela una tasa de paro del 21% de la población activa de procedencia inmigrante, sin observarse diferencias por sexo, frente a un 13,5% y un 26% aproximadamente

¹⁰ En NEPIA, hemos clasificado como «activos» a todos los entrevistados que afirmaran bien (a) que en febrero de 2003 estuvieron trabajando en el servicio doméstico o en alguna empresa, bien (b) que durante dicho mes trataron de encontrar empleo o hicieron alguna gestión para establecerse por su cuenta. (N=1619).

¹¹ Para una explotación de la Encuesta de Población Activa en función de la procedencia, véanse IZQUIERDO et al. (2003, 183-206) y GARRIDO Y TOHARIA CORTÉS (2003), ambos relativos a España. Para una comparación de los datos de la EPA en relación a España y Andalucía, respectivamente (sin matices en función de la procedencia), véase RUESGA BENITO et al. (2003).

para todos los varones y mujeres, respectivamente, pertenecientes a la población activa andaluza, según datos de la EPA. La TABLA 1 recoge las tasas de actividad, ocupación y paro por años de llegada a Andalucía. Se observa que las tasas de actividad son muy parecidas en los distintos subgrupos de llegada, mientras que la tasa de ocupación sube notablemente conforme los inmigrantes vayan arraigándose en Andalucía.

TABLA 1
**TASAS DE ACTIVIDAD, OCUPACIÓN Y PARO POR AÑO DE LLEGADA
(AGRUPADO), INMIGRANTES PROCEDENTES DE PAÍSES
MENOS DESARROLLADOS ASENTADOS EN ANDALUCÍA, FEBRERO DE 2003**

	TOTAL	Año de llegada a Andalucía				
		Antes de 1995	Entre 1995 y 1999	2000	2001	2002-2003
Activos	90,4%	88,3%	89,6%	90,2%	90%	92,2%
Ocupados	71,3%	78,6%	76,3%	76,2%	74,3%	61,3%
Parados	20,9%	10,2%	14,9%	15,7%	17,4%	33%

Fuente: Estudio NEPIA

En cuanto a la situación profesional de los inmigrantes ocupados, en su abrumadora mayoría (aproximadamente el 80%) se trata de asalariados, mientras una minoría relevante —sobre todo entre los varones, con un 20%, frente al 11% de las mujeres— trabaja como empresario o autónomo. Juntas, las restantes situaciones profesionales (como ayuda familiar o miembro de una cooperativa) agrupan alrededor de un 5% de los trabajadores de procedencia inmigrante.

2.2. Difusión del empleo sumergido

El cuestionario NEPIA contiene tres preguntas relativas a la incorporación al sistema español de la Seguridad Social. (a) A aquellos encuestados que estaban trabajando en el mes de referencia (febrero de 2003) en alguna empresa u hogar empleador, se les preguntó si habían cotizado a la Seguridad Social. (b) Asimismo, a aquellos encuestados que habían estado trabajando en España durante el año 2002, se les preguntó en cuantas empresas u hogares habían estado trabajando, y en cuantas de estas empresas u hogares habían cotizado a la Seguridad Social. (c) Finalmente, a todos los entrevistados se les preguntó si disponían de tarjeta sanitaria y, en caso afirmativo, de qué tipo de tarjeta, siendo tres las opciones respuesta (tar-

jeta sanitaria de la Seguridad Social; tarjeta sanitaria para inmigrantes de la Junta de Andalucía; seguro privado). Este último indicador recoge (con cierto retraso entre primera cotización y obtención de la tarjeta) a todos aquellos inmigrantes que bien estaban cotizando en algún periodo desde su llegada a España, con independencia de si lo siguen haciendo, bien están incorporados como familiares de un trabajador que cumple dicha condición.

Los resultados obtenidos a través de estos tres indicadores convergen hacia una sola observación, a saber: la proporción de no cotizantes entre los trabajadores de procedencia inmigrante es muy elevada. Concretamente, en relación con los inmigrantes ocupados en los dos períodos de referencia, el dato apenas varía, con el empleo sumergido alcanzando el 43% de los inmigrantes que tuvieron algún trabajo durante el año 2002 (N=1412)¹² y el 45% de los inmigrantes empleados en febrero de 2003 (N=1305)¹³. El tercer dato, relativo a la posesión de la tarjeta sanitaria de la Seguridad Social, asciende al 55% del total (el 63% de aquel 88% de los inmigrantes que dispone de algún tipo de tarjeta sanitaria), ubicándose por tanto en un 45% el porcentaje de las personas sin vinculación con el sistema español de Seguridad Social¹⁴. Todos estos indicadores convergen, además, en el sentido de que la proporción de cotizantes entre las trabajadoras de procedencia inmigrante es notablemente inferior a la de los trabajadores varones, con un diferencial superior al 10% (en febrero de 2003, cotizaron un 47% de ellas, frente a un 59% de ellos). El análisis sectorial contribuirá a aclarar las causas de esta diferencia.

Cabe señalar que en relación a toda la muestra de NEPIA (inmigrantes asentados en Andalucía con edad superior a los 15 años), teniendo en cuen-

¹² Este dato se refiere a aquellos encuestados que declararon no haber cotizado en ninguna de las empresas en las que trabajaron durante el 2002, obviando por tanto la posibilidad de que algunos de los encuestados con varios empleos durante dicho año no cotizaran en todos ellos. En otras palabras, se trata de una subestimación del empleo irregular, visto que del 4,4% de encuestados que señalaron haber trabajado en «cinco o más» establecimientos, por ejemplo, sólo una décima parte (el 0,4% del total) declara haber cotizado en «cinco o más» empresas u hogares.

¹³ Nuestro resultado global coincide aproximadamente con los resultados de otra encuesta, llevada a cabo en 2000 en Navarra (LAPARRA, 2003): en dicha Comunidad Autónoma, el 51% de los trabajadores inmigrantes tenía un empleo no regular, con variaciones por sectores de actividad de entre el 20% y el 67%. Sin embargo, en su trabajo sobre la situación laboral de los inmigrantes económicos en España, CARRASCO CARPIO (1999) cifra en «sólo» un 29% la proporción del empleo sumergido entre los trabajadores extracomunitarios.

¹⁴ Es menester señalar que este último dato se refiere a toda la muestra (incluyendo a los desempleados y a los inactivos); por tanto, no es directamente comparable con los datos anteriores.



ta también a los parados e inactivos, la proporción de los cotizantes (en febrero de 2003) baja al 36%. A partir de este porcentaje podemos comprobar la relación entre el resultado de la encuesta NEPIA y las estadísticas oficiales en lo que a la cuantificación de la población inmigrante se refiere. La estadística de Altas laborales en la Seguridad Social a 14 de enero de 2003 (MIR, 2003) sólo recoge a 63.390 inmigrantes procedentes de las zonas geopolíticas objeto de estudio en el proyecto NEPIA (de la que quedaron excluidos, como apuntaba antes, los inmigrantes procedentes del Espacio Económico Europeo y de otros países altamente desarrollados), frente a un total de 166.105 inmigrantes de estas mismas zonas de procedencia empadronados a 1 de enero de 2003, según datos del INE; alrededor del 85% de estos últimos son mayores de 15 años. Suponiendo que incluso el Padrón infraestima la presencia de los inmigrantes recién llegados, en absoluto resulta descabellado sugerir que aquellos 63.390 inmigrantes incluidos en la estadística de Altas laborales corresponden aproximadamente a un 36% de la población inmigrante en edad laboral (mayores de 15 años) asentada en Andalucía a principios del 2003.

3. EL PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO DEL EMPLEO SUMERGIDO ENTRE TRABAJADORES INMIGRANTES

De entre los mencionados tres indicadores del empleo sumergido, a continuación se irá haciendo referencia exclusivamente al dato relativo a la situación en febrero de 2003. Antes de comprobar la difusión del empleo sumergido y las condiciones laborales en los cinco principales sectores en los que están ocupados los trabajadores de procedencia inmigrante, conviene describir en términos generales la distribución social y el perfil sociodemográfico del empleo sumergido entre éstos. Por no resultar reiterativo, se comentará la distribución en el texto, mientras que el perfil quedará resumido en la TABLA 2.

Empezando por las variables constitutivas del muestreo de NEPIA, aparte de la ya mencionada diferencia por sexo, se observa un porcentaje de no cotizantes estadísticamente inferior a la media muestral en los municipios costeros con economía predominantemente turística (38%) y superior a la media en los municipios rurales del interior (56,5%), mientras que en las restantes dos zonas socioeconómicas de asentamiento utilizadas por NEPIA («Grandes ciudades» y «Agricultura intensiva»), los valores son parecidos a la media (es decir, rondan el 45%).

Variaciones aún mayores se constatan en función de la zona geopolítica de procedencia, pues mientras sólo el 13% de los trabajadores procedentes de Asia indicó no haber cotizado, dicho porcentaje asciende al 33% entre

los procedentes del Magreb y Oriente Próximo, 34% entre los procedentes del África Subsahariana, y 56% entre los iberoamericanos, alcanzando el 64% entre los europeos del Este. Estas diferencias según procedencia se acentúan aún más si, junto a esta variable, tenemos en cuenta la variable sexo, en el sentido de que entre los inmigrantes de Europa del Este, Magreb, y África subsahariana, respectivamente, la proporción de las mujeres no cotizantes en relación a todas las mujeres ocupadas supera en un 10% aproximadamente a la correspondiente cifra de los varones, alcanzando hasta el 70% de las mujeres procedentes de Europa del Este.

Las mencionadas diferencias por zona de procedencia co-varían en gran medida con otra variable clave en el análisis de la integración sociolaboral de los inmigrantes, a saber: su año de llegada. Dicho al revés, la duración de su asentamiento en la sociedad de acogida afecta en gran medida la incorporación, o falta de incorporación, según el caso, en el sistema de la Seguridad Social. Concretamente, para los inmigrantes asentados en Andalucía desde hace más de tres años (llegadas anteriores al año 2000), el porcentaje de cotizantes ronda el 80%, mientras que la proporción de no cotizantes se dispara entre los recién llegados (alcanzando el 80% entre los inmigrantes que llegaron durante el año 2002). En este contexto, cabe señalar que los europeos del Este y los iberoamericanos son precisamente los dos conjuntos geopolíticos de procedencia cuya llegada a Andalucía¹⁵ se concentra esencialmente, en medida aún mayor que entre los inmigrantes procedentes del África subsahariana, en fechas muy recientes. Concretamente, de entre todos los europeos del Este e iberoamericanos, respectivamente, asentados en Andalucía en la primavera de 2003, más del 80% llegó en los últimos tres años (es decir, entre principios de 2000 y el primer cuatrimestre del 2003).

La fuerte relación entre año de llegada y cotización está a su vez relacionada con una tercera variable, al ser la posesión de un permiso laboral un requisito indispensable para poder darse de Alta en la Seguridad Social. Su cuantificación exacta es una tarea ardua, visto que las situaciones de regularidad administrativa en el ámbito laboral son muy variadas y muchas veces pasajeras. Como aproximación, si entre las situaciones «regulares» en cuanto a la gestión administrativa del permiso laboral incluimos a aquellos inmigrantes cuya solicitud está pendiente de tramitación, cabe indicar que de entre todos los inmigrantes ocupados en febrero de 2003 en Andalucía, alrededor del 75% eran «regulares»; sin embargo, si excluimos a las solicitudes pendientes de resolución, dicho porcentaje baja notablemente, ubicán-

¹⁵ Según nuestros datos, la llegada a Andalucía coincide prácticamente —y en medida siempre mayor conforme nos aproximemos a la actualidad— con la llegada a España.

dose en un 58%. La proporción de cotizantes entre los inmigrantes ocupados en situación administrativamente «regular» (permiso laboral) se ubica en el 72% y 88%, respectivamente, en estos dos supuestos (es decir, incluyendo o excluyendo a las solicitudes pendientes de resolución de la definición de «regularidad»). En cualquier caso, no cabe duda de que la amplia mayoría de los inmigrantes con empleo sumergido carece de permiso laboral, y viceversa: la amplia mayoría de los inmigrantes poseedores de permiso laboral ejerce una actividad laboral regular (con cotización a la Seguridad Social).

Por completar esta breve caracterización sociodemográfica, cabe indicar que en términos agregados, en la muestra NEPIA, la variable «nivel de estudios» apenas influye en la proporción de cotizantes. En este contexto, es menester señalar que observamos un nivel educativo muy elevado precisamente entre los inmigrantes de aquellos conjuntos de procedencia (Iberoamérica y Europa del Este) que destacan por la fuerte concentración de las llegadas en años recientes: la mayoría de los inmigrantes de estas procedencias disponen de titulaciones de segundo o incluso tercer grado. Al tratarse de personas que, por llevar poco tiempo viviendo en la sociedad de acogida y no haber resuelto, en muchos casos, los problemas de documentación administrativa, se encuentran actualmente en una situación laboral sumergida (si es que están ocupados), el posible efecto de la variable «nivel educativo» queda diluido por la fuerza mayor, por así decirlo, de las variables «año de llegada» y «estatus administrativo». Quedaría por ver cómo evoluciona, en fases más avanzadas del ciclo migratorio, la trayectoria laboral de los inmigrantes con un nivel educativo medio o superior.

Los datos recogidos en la TABLA 2 resumen el perfil sociodemográfico del empleo sumergido en comparación bien con los trabajadores de procedencia inmigrante que sí cotizaron a la Seguridad Social en el mes de referencia (febrero de 2003), bien con el conjunto de los trabajadores inmigrantes en dicho mes. Nótese que pasamos de la distribución de «cotización» según distintos factores a la configuración sociodemográfica de los ocupados de procedencia inmigrante en función de la variable «cotización» (dicho de otra manera, «cotización» pasa a ser variable «independiente» a efectos de tabulación de datos). Los datos están ponderados según la distribución padronal de la población inmigrante asentada en Andalucía a otoño de 2002. Por dar un ejemplo de lectura, los datos indican que una cuarta parte de todos los inmigrantes con empleo sumergido proceden de la zona geopolítica «Magreb y Oriente Próximo», mientras que entre todos los inmigrantes ocupados en Andalucía en febrero de 2003, un 35% procede de dicha zona; por tanto, en comparación con el conjunto de los trabajadores de procedencia inmigrante, entre los magrebíes existe una proporción mayor de cotizantes a la Seguridad Social española.

TABLA 2
**PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO ¹⁶ DE LOS INMIGRANTES OCUPADOS
 EN FEBRERO DE 2003 (ANDALUCÍA),
 SEGÚN COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL**

	Total	Cotización	No cotización
Recuento de casos no ponderados	1294 ¹⁷	754	540
Tasa de masculinización	58%	63,5%	52%
Zona de «Agricultura intensiva»	23%	21%	24%
Zona de «Costa turística»	24,5%	28%	21%
Zona de «Grandes ciudades»	39%	40%	38%
Zona de «Rural interior»	13%	11%	17%
Procedencia «Magreb y Oriente Próximo»	35%	42%	25%
Procedencia «Iberoamérica»	40%	32%	49%
Procedencia «Europa del Este»	13%	9%	19%
Procedencia «Asia (excepto Oriente Próximo)»	6%	10%	2%
Procedencia «África Subsahariana»	6%	7%	4%
Llegada antes del 2000	34%	51%	13%
Llegada entre 2000 y primer cuatrimestre 2003	66%	49%	87%
Permiso laboral vigente ¹⁸	58%	93%	16%
Permiso laboral ausente o en tramitación	42%	7%	84%
Sin estudios ¹⁹	12%	12%	12,5%
Primarios completos (primer grado)	16%	14%	18%
E.S.O. o Grado medio (segundo grado)	42%	40,5%	43%
Estudios universitarios (tercer grado)	30%	33%	26%

Fuente: Estudio NEPIA

¹⁶ En esta y las demás Tablas, indicamos valores redondeados.

¹⁷ Esta cifra hace referencia a las personas que trabajaron en febrero del 2003 y contestaron a la pregunta sobre la cotización, contándose como «perdidos» los tan solo 11 casos de «NS/NC».

¹⁸ Se excluyen aquí las situaciones de solicitudes de permiso laboral pendientes de resolución.

¹⁹ Esta categoría agrupa a personas analfabetas, sin estudios o con primarios sin acabar.



4. SECTORES DE ACTIVIDAD Y NIVELES DE OCUPACIÓN DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES

Según los datos de la encuesta NEPIA, en febrero de 2003, los inmigrantes ocupados en Andalucía estaban mayoritariamente desempeñando labores en cinco sectores de actividad económica pertenecientes al llamado segmento «secundario» del mercado laboral, ampliamente señalado, en la literatura especializada mencionada anteriormente²⁰, por la elevada temporalidad de sus formas de contratación y la precariedad de sus condiciones laborales y caracterizado, por lo tanto, por un prestigio y una deseabilidad sociales comparativamente bajos, frente a otros sectores de la economía. Concretamente, en orden descendente de la proporción de la ocupación inmigrante agrupada en los mismos, se trata de los siguientes sectores de actividad²¹: «Producción agrícola» (21%), «Hostelería» (20%), «Hogares que ocupan personal doméstico» (14%), «Comercio al por menor» (13%) y «Construcción e instalación de inmuebles» (9%). Juntas, dichas categorías engloban a cerca del 80% de los trabajadores inmigrantes en Andalucía, mientras que un 23% trabaja en «otros sectores» (categoría residual en cuanto a su incidencia en nuestra población objeto de estudio, pero que agrupa a una amplísima variedad de actividades económicas). Sin querer acometer aquí una comparación con la distribución sectorial general de las actividades económicas en Andalucía, llaman la atención especialmente los elevados porcentajes de trabajadores inmigrantes activos en la producción agrícola y el servicio doméstico, respectivamente.

Matizando estos datos con la variable «sexo», resulta que la inserción de las mujeres inmigrantes en los sectores de la construcción y la agricultura es nula o comparativamente escasa (con un 0% y 14%, respectivamente, de las mujeres inmigrantes ocupadas en febrero de 2003, frente al 16% y 27%, respectivamente, de los varones), mientras que las mujeres están fuertemente sobre-representadas en los «Hogares empleadores» (31% de las mujeres, frente al 1,5% de los varones).

Ahora bien, los resultados de la encuesta NEPIA indican que la proporción del empleo sumergido entre los trabajadores inmigrantes asentados en Andalucía oscila entre el 25% (Hostelería) y el 27% (Comercio), por un lado, y el 74% (Hogares), por otro, con «Construcción» (47%) y «Produc-

²⁰ Ver nota 3.

²¹ El término «sectores» se refiere aquí a categorías muy específicas de la CNAE 93, a saber: «Producción agrícola» (categoría 011), «Construcción» (categorías 451 y 453), «Comercio al por menor» (categorías 521-526), «Hostelería» (categorías 551, 553 y 554) y «Hogares empleadores» (categoría 950).

ción Agrícola» (58,5%) ocupando posiciones intermedias. En definitiva, se observa una fuerte variación de la proporción del empleo sumergido en función del sector específico de actividad, siendo dicha proporción notablemente más baja en sectores expuestos al contacto directo con el público, frente a un elevadísimo porcentaje de empleo sumergido en los sectores más alejados de tal exposición, sectores entre los que destaca el servicio doméstico. Mención aparte merece el dato relativo a la agrupación de los «otros» sectores de actividad económica (agrupación en la que la encuesta NEPIA detecta un 42% de empleo sumergido), al ser de difícil interpretación debido a la ya mencionada variedad de actividades incluidas en la misma, variedad que no se refleja sólo en el grado de apertura o reclusión de cara al público, sino también en el nivel de las ocupaciones desempeñadas.

La TABLA 3 permite observar la proporción de los distintos niveles ocupacionales (primeros dígitos de la CNO)²² en cada uno de los cinco sectores de actividad en los que principalmente trabajan los inmigrantes, más la agrupación de los «otros» sectores de actividad en su conjunto. Para facilitar la lectura de la tabla, las casillas sin casos (0%) se han dejado en blanco.

TABLA 3
**GRUPO DE OCUPACIÓN (CNO) POR SECTOR DE ACTIVIDAD,
INMIGRANTES PROCEDENTES DE PAÍSES MENOS DESARROLLADOS
OCUPADOS EN ANDALUCÍA, FEBRERO DE 2003**

		Sector de actividad					Total ²³
		Agric.	Construc.	Comercio	Hostelería	Hogar	Otros
Grupo de ocup. (CNO) (% de columna)	1		,5%	19,5%	12,4%		3,1%
	2		3,0%		,9%		13,3%
	3		1,6%	3,7%	,8%		12,2%
	4			2,5%	3,6%		10,1%
	5	1,2%		43,0%	61,4%	24,1%	12,8%
	6	,5%				,2%	1,7%

²² Los nueve grupos de la CNO utilizados en NEPIA son: 1. Dirección de empresas y AA. PP. 2. Técnicos y profesionales científicos e intelectuales. 3. Técnicos y profesionales de apoyo. 4. Empleados de tipo administrativo. 5. Restauración, personales, protección y vendedores de comercio. 6. Trabajadores cualificados en agricultura y pesca. 7. Artesanos, cualificados manufacturas, construcción y minería. 8. Operadores de instalaciones y maquinaria. Montadores. 9. Trabajadores no cualificados. En NEPIA no figura la décima categoría (Fuerzas Armadas).

²³ Hemos excluido del cruce 45 casos de NC y 4 casos de NS referentes al sector de actividad, y por otra parte 12 casos de NC en relación al grupo de ocupación.

	7	,4%	38,3%	2,3%	,5%		13,7%	7,0%
	8	,9%	3,7%	,5%		1,3%	6,1%	2,2%
	9	97,0%	52,9%	28,6%	20,5%	74,5%	27,0%	49,8%
		100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Recuento		291	120	186	281	151	218	1247

Fuente: Estudio NEPIA

Empezando por el dato global relativo a todos los inmigrantes procedentes de países menos desarrollados y ocupados en Andalucía en febrero de 2003, resulta que casi el 75% de ellos desempeña bien trabajos no cualificados (grupo 9), bien trabajos cualificados relacionados con la hostelería (camareros; cocineros) y el comercio (venta al por menor) (grupo 5). Sin querer entrar aquí en una comparación con otras fuentes, cabe señalar una fuerte sobrerrepresentación de los trabajos no cualificados entre los trabajadores inmigrantes en comparación con toda la población ocupada en Andalucía.

Pasando a comentarios sobre sectores de actividad específicos, en el sector de la «Producción Agrícola» es muy llamativa la concentración casi exclusiva de los inmigrantes en ocupaciones no cualificadas, frente a su ausencia absoluta en ocupaciones de nivel directivo y casi absoluta en ocupaciones cualificadas. Un fuerte predominio de los trabajos no cualificados se observa también en el sector de los «Hogares empleadores» y, en medida bastante menor, en el sector de la «Construcción». En este último sector, existe también un porcentaje considerable de inmigrantes que desempeñan trabajos cualificados (grupo 7 de la CNO). Los sectores del «Comercio» y la «Hostelería» incluyen, junto a una amplia mayoría de trabajadores agrupados en los grupos 9 y 5 de la CNO, también a un porcentaje comparativamente elevado de ocupaciones de tipo directivo (grupo 1). Con este matiz relativo a los sectores del comercio y la hostelería, la presencia de trabajadores inmigrantes en las categorías superiores de la pirámide ocupacional se concentra fundamentalmente en la agrupación de «otros sectores» de actividad económica.

Ahora bien, según la encuesta NEPIA, la proporción de cotizantes a la Seguridad Social entre los ocupados de procedencia inmigrante varía fuertemente en función del nivel ocupacional, pasando del 99% de los trabajadores inmigrantes activos en ocupaciones pertenecientes al grupo 1 de la CNO al 42% de los trabajadores del grupo 9. Asimismo, la proporción de cotizantes oscila alrededor de la media muestral (concretamente, entre dicho 42% y el 59%) en los tres niveles ocupacionales en los que mayoritariamente trabajan los inmigrantes (grupos 5, 7 y 9), mientras que en ninguno de los cuatro grupos más altos de la pirámide ocupacional el porcentaje

de cotizantes es inferior al 75%. Por tanto, a la hora de analizar las condiciones laborales de los inmigrantes ocupados en febrero de 2003 en cuanto a la diferencia entre cotizantes y no cotizantes, la inclusión de los «otros» sectores de actividad, con su proporción comparativamente elevada de trabajadores con altos niveles ocupacionales, introduciría inevitablemente una notable distorsión. A continuación, en el apartado quinto, se comentarán datos de una muestra filtrada en la que quedan incluidos sólo aquellos encuestados (N= 1037) que, en febrero de 2003, estuvieron ocupados en uno de los cinco sectores económicos específicos señalados anteriormente (Producción Agrícola, Construcción, Comercio, Hostelería y Hogares empleadores). Por si no resultara obvio, cabe subrayar que la categoría excluida (los «otros» sectores de actividad) puede tener un interés destacado en otro contexto.

5. LAS CONDICIONES LABORALES DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES: EMPLEO SUMERGIDO VERSUS EMPLEO REGULAR

Sin pretensión de procurar aquí una descripción exhaustiva de las condiciones laborales de los trabajadores procedentes de países menos desarrollados, seguidamente se comentarán algunos indicadores clave de dichas condiciones. Para cada indicador, después de presentar los datos relativos a los trabajadores inmigrantes ocupados en los mencionados cinco sectores de actividad en su conjunto, se apuntarán matices en función de la cotización en la relación laboral actual (febrero de 2003) y, en su caso, de los sectores específicos. Todos los datos se refieren al trabajo principal de los encuestados (es decir, aquél al que dedicaban más tiempo en el mes de febrero de 2003), incluyendo todo tipo de situación profesional ²⁴.

5.1. Antigüedad

Aunque no se trate de un aspecto de las condiciones laborales en sentido estricto, la antigüedad en la empresa actual sí permite sacar conclusio-

²⁴ De cada cinco trabajadores de procedencia inmigrante ocupados en los mencionados sectores, cuatro lo estaban en situación de asalariados, mientras que un 16% se encontraba en situación de autoempleo o similares (categoría que agrupa a empresarios, autónomos y miembros de cooperativas). Resulta que sólo uno de cada dos asalariados cotizaba a la Seguridad Social, frente al 87% de los autoempleados. Por tanto, en los datos que se presentarán a continuación, el peso de estos últimos es muy reducido cuando se trata del empleo sumergido, mientras que alcanza una cuarta parte del empleo regular.

nes sobre la naturaleza del vínculo entre trabajador y empresa u hogar empleador. En este contexto, hay que tener en cuenta que la inmigración procedente de países menos desarrollados con destino a Andalucía es un fenómeno reciente²⁵. Por lo tanto, en muchos casos se trata de personas que se encuentran en fase de incorporación al mercado laboral andaluz²⁶, circunstancia que se reflejará también en la variable «antigüedad en la actual empresa». Sin embargo, la posible existencia de cierto paralelismo con la situación de los jóvenes de procedencia autóctona vinculados al mercado laboral sólo desde hace poco tiempo (ver Toharia Cortés et al., 2001, 52-53) queda matizada de entrada por el hecho de que, en el caso de los inmigrantes, la ausencia de autorización administrativa (permiso de trabajo) imposibilita en muchos casos, en dicha fase de incorporación al mercado laboral, el Alta en la Seguridad Social. A continuación, se distinguirá entre la continuidad sin interrupciones en la misma empresa, por un lado, y la antigüedad «intermitente» (año de la primera relación laboral con dicha empresa), por otro (ver TABLAS 4 y 5, respectivamente).

TABLA 4
ANTIGÜEDAD CONTINUADA DE LOS INMIGRANTES OCUPADOS
EN FEBRERO DE 2003 EN CINCO SECTORES DESTACADOS,
ANDALUCÍA, POR COTIZACIÓN (SÍ/NO)

	Cotización	No cotización	Total
Hasta 3 meses	15%	46,5%	29,5%
De 3 hasta 12 meses	29%	38%	33%
De 1 hasta 2 años	34%	11%	23%
Más de 2 años	23%	4,5%	14%
Total	100%	100%	
Recuento de no ponderados	590	416	1006

Fuente: Estudio NEPIA

²⁵ De entre los inmigrantes ocupados en los cinco sectores de actividad a los que nos referimos aquí, casi un 30% ha llegado durante el año 2002 o los primeros meses del 2003; un 40% durante los años 2000 y 2001; un 20% entre 1995 y 1999; mientras que un 11% llegó antes de 1995.

²⁶ La relevancia de la variable «antigüedad en el mercado laboral español» queda manifiesta en el análisis de la probabilidad de tener un contrato temporal, efectuado con datos de la EPA por GARRIDO Y TOHARIA (2003).

TABLA 5
**PRIMERA RELACIÓN LABORAL CON ACTUAL EMPRESA U HOGAR
 EMPLEADOR, INMIGRANTES OCUPADOS EN FEBRERO DE 2003
 EN CINCO SECTORES DESTACADOS, ANDALUCÍA, POR COTIZACIÓN (SÍ/NO)**

	Cotización	No cotización	Total
2003	9 %	36,5%	22%
2002	37%	50 %	43%
2001	25%	8 %	17%
Entre 1999 y 2000	19,5%	4%	12,5%
Entre 1995 y 1998	5 %	0,2%	3%
Antes de 1995	4,5%	1%	3%
Total	100%	100%	100%
Recuento de no ponderados	586	411	997

Fuente: Estudio NEPIA

Por resumir brevemente estos datos, la mayoría de los inmigrantes ocupados en febrero de 2003 en dichos cinco sectores llevaba poco o muy poco tiempo trabajando de forma continuada en su actual empresa u hogar empleador. Casi el 30% tenía una antigüedad inferior a los tres meses (un 10% ni siquiera alcanza un solo mes de antigüedad continuada) y otro 30% más, de entre 3 y 12 meses, mientras que aproximadamente un cuarto de los ocupados de procedencia inmigrante llevaba entre uno y dos años trabajando continuamente en la misma empresa y sólo el 14%, más de dos años. En relación con la «antigüedad intermitente», por otro lado, resulta que la amplia mayoría de los trabajadores inmigrantes empezó a trabajar por primera vez en su actual empresa bien a principios del año 2003 (un 22%), bien a lo largo del año 2002 (un 43%); un 17% indica el año 2001, y un 18% señala una «antigüedad intermitente» claramente superior a los dos años (primera incorporación anterior al año 2001). Sin poder profundizar aquí en el análisis de la temporalidad del empleo inmigrante, cabe resaltar que la proporción de los trabajadores inmigrantes con una antigüedad inferior a los 15 meses en su actual empresa duplica, a tenor de ambos indicadores, la proporción de estos trabajadores con una antigüedad inferior a los 15 meses en la sociedad de acogida (Andalucía).

En cuanto a la relación de estos dos indicadores con la variable «cotización», ésta es evidente en ambos casos, de manera que los no cotizantes están fuertemente sobrerrepresentados entre los trabajadores con poca antigüedad e infrarepresentados entre los trabajadores con una antigüedad ma-

yor. Así, cotiza a la Seguridad Social sólo uno de cada tres inmigrantes ocupados desde menos de tres meses en la misma empresa, mientras que entre los trabajadores inmigrantes con antigüedad continuada de más de un año, están cotizando tres de cada cuatro ocupados de procedencia inmigrante. Con matices menores, dicha situación se extiende a cuatro de los cinco sectores específicos objeto de análisis en este apartado; como excepción, el sector de «Hogares» destaca por una elevada proporción de no cotizantes incluso entre los trabajadores con más antigüedad²⁷; la misma tendencia se mantiene en relación con la «antigüedad intermitente».

5.2. Dedicación (jornada)

Otro indicador indirecto —aunque aspecto sumamente importante— de las condiciones laborales es la dedicación semanal, dedicación que resulta ser, en el caso de los trabajadores inmigrantes, mayoritariamente completa o muy completa, con una media de 46 horas semanales (44,6 para varones y 47,9 horas semanales para mujeres) en los cinco principales sectores de empleo inmigrante en su conjunto. Llama la atención que aproximadamente la mitad de los ocupados de procedencia inmigrante supera el límite legal para la jornada ordinaria común, establecido en 40 horas semanales (ver TABLA 6). Comparando la dedicación semanal en función de si se cotiza o no a la Seguridad Social, destaca sobre todo la fuerte sobrerepresentación del empleo sumergido entre los trabajadores inmigrantes con semana laboral de hasta 30 horas.

TABLA 6
DEDICACIÓN SEMANAL (EN EL EMPLEO PRINCIPAL) DE LOS INMIGRANTES
OCUPADOS EN FEBRERO DE 2003 EN CINCO SECTORES DESTACADOS,
ANDALUCÍA, POR COTIZACIÓN (SÍ/NO)

	Cotización	No cotización	Total
Menos de 31 horas	11,5%	23%	17%
Entre 31 y 40 horas	33%	26,5%	30%
Entre 41 y 50 horas	30%	26%	28%
Más de 50 horas	26%	25%	25,5%
Total	100%	100%	100%
Recuento de no ponderados	585	415	1000

Fuente: Estudio NEPIA

²⁷ En este sector de actividad, el empleo sumergido alcanza más del 40% incluso para trabajadores con más de 2 años de antigüedad continuada con el mismo empleador,

En relación a esta variable, existen diferencias sectoriales importantes. Destaca la dedicación semanal notablemente superior de las mujeres, en comparación con los hombres, en el sector «Hogares empleadores»; dicha diferencia por sexo se acentúa aún más entre los no cotizantes ocupados en hogares, como se desprende de la TABLA 7. Asimismo, es interesante notar que entre los trabajadores con empleo regular en el sector de la «Producción agrícola», las mujeres tienen una jornada laboral notablemente superior a los varones.

TABLA 7
**DEDICACIÓN MEDIA SEMANAL (HORAS) DE LOS INMIGRANTES
OCUPADOS EN FEBRERO DE 2003 EN CINCO SECTORES DESTACADOS
(EMPLEO PRINCIPAL), ANDALUCÍA, POR COTIZACIÓN (SÍ/NO) Y SEXO**

	Cotización		No cotización		Total	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
Producción agrícola	40,80	49,85	39,74	40,13	40,13	45,09
Construcción	45,06	— ²⁸	45,29	—	45,17	—
Comercio por menor	49,12	46,07	45,83	47,26	48,45	46,52
Hostelería	47,50	47,37	47,94	41,74	47,58	45,54
Hogares empleadores	44,84	45,68	43,92	52,40	44,18	50,67
Total	46,07	47,22	42,74	48,21	44,71	47,75
Recuento de no ponderados	386	198	228	186	614	384

Fuente: Estudio NEPIA

Cabe destacar, además, el hecho de que la proporción del empleo regular en el sector de «Hogares empleadores» es especialmente baja no sólo entre aquellos ocupados (o aquellas ocupadas) con un horario semanal de hasta 30 horas (un 80% de no cotizantes), sino también entre los que trabajan más de 50 horas semanales (con un 86% de no cotizantes). En este sector de actividad, dichos grupos de dedicación (menos de 30 horas semana-

frente a una proporción de empleo sumergido significativamente más baja que la media, en este mismo grupo de antigüedad (más de 2 años), en los sectores de «Comercio» y «Hostelería» (10%).

²⁸ Del cálculo para las TABLAS 7 y 9, respectivamente, hemos eliminado un caso correspondiente a una mujer empleada en la construcción, al considerar poco apropiado el cálculo de valores medios basado en un solo caso.



les, por un lado, y más de 50 horas semanales, por otro) son precisamente los más frecuentes (con un 29,5% y 32%, respectivamente). Cabe señalar, finalmente, que entre los inmigrantes cuyo empleo principal pertenece al sector de los «Hogares empleadores», existe una proporción relativamente elevada de personas con un empleo secundario (el 12,3%, es decir, dos veces la media para el conjunto de los cinco sectores, que se ubica en el 6,7%).

5.3. Remuneración

Agrupando en cuatro intervalos la remuneración mensual cobrada en su empleo principal por los trabajadores inmigrantes asentados en Andalucía (hasta 500€; de 501 a 750€; de 751 a 1000€; y más de 1000€), resulta que estas cuatro categorías tienen una difusión decreciente conforme vaya subiendo la cuantía, de manera que para todos los inmigrantes ocupados en febrero de 2003, sin consideración del hecho de si cotizan o no a la Seguridad Social, pasamos del 35% (hasta 500€) al 13,5% (más de 1000€), con valores del 29% y del 23%, respectivamente, para los grupos intermedios de ingresos por trabajo. Asimismo, se observa una relación lineal entre remuneración, por un lado, y proporción de cotizantes, por otro. Para ilustrar, entre los inmigrantes que perciben menos de 500€ al mes, sólo el 28% cotiza, mientras que dicho porcentaje casi alcanza el 70% entre los inmigrantes con sueldos mensuales de entre 751 y 1000€. Dicho al revés, mientras que la mayoría de los no cotizantes (concretamente, el 52%) cobra cantidades inferiores a los 500€ mensuales, haciéndose su representación siempre más exigua conforme suban los ingresos, la proporción de los cotizantes que cobra menos de 500€ sólo alcanza el 18%, porcentaje que se mantiene estable, entre los inmigrantes que sí cotizan, en los dos intervalos siguientes (de entre 501 y 750€ y de entre 751 y 1000€, respectivamente, con valores de alrededor del 30%). En el grupo que ingresos mensuales de más de 1000€ por su empleo principal, se encuentra el 22% de los inmigrantes que cotizan, frente al 5% de los que no lo hacen. En resumidas cuentas, resulta que el empleo sumergido se concentra fundamentalmente en los niveles más bajos de remuneración.

La TABLA 8 indica la proporción de cotizantes, con matices por sector de actividad, en relación a aquellos trabajadores de procedencia inmigrante con remuneración mensual inferior al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en su trabajo principal, situación en la que se encuentra más de una cuarta parte de los ocupados en los mencionados cinco sectores (N= 223). En línea con lo dicho anteriormente, en este grupo de remuneración se observa un porcentaje elevado de no cotizantes en todos los sectores económicos estudiados. No obstante, destacan de manera especialmente negativa los sectores de «Hogar» y «Producción agrícola» por la combinación de elevados

porcentajes de no cotizantes en este nivel de remuneración, por un lado, con un elevado porcentaje de los ocupados pertenecientes a dicho nivel, por otro. En cambio, mientras que en el sector de la «Construcción», el número de casos con sueldos inferiores al SMI es demasiado bajo para poder hacer observaciones concluyentes, resulta que los inmigrante ocupados en los sectores del «Comercio» o de la «Hostelería», respectivamente, están comparativamente mejor situados no sólo por la menor proporción de personas con remuneraciones inferiores al SMI, sino también por una mayor proporción de cotizantes de entre éstas.

TABLA 8
COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, POR SECTOR DE ACTIVIDAD,
ANDALUCÍA, INMIGRANTES OCUPADOS EN FEBRERO DE 2003
EN CINCO SECTORES DESTACADOS Y CON REMUNERACIÓN MENSUAL
INFERIOR AL SMI

	Sueldo mensual inferior a 451,20€ (SMI)						
	Produc. Agrícola	Construcc.	Comercio	Hostelería	Hogares	Total	
Cotización Seg. Soc.	Sí	24%	3%	46%	37%	17%	24%
	No	76%	97%	54%	63%	83%	76%
	Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Ingresos inferiores a 451,20€ (SMI), como proporción de todos los inmigrantes empleados		36%	10%	14%	16%	57%	28%
Recuento de no ponderados		85	8	27	38	65	223

Fuente: Estudio NEPIA

Otra manera de visualizar la remuneración de los ocupados de procedencia inmigrante es el cálculo de los ingresos laborales medios por sector de actividad y relación con la Seguridad Social. La TABLA 9 presenta estos datos, matizando además por sexo.

TABLA 9
**REMUNERACIÓN MEDIA MENSUAL (EUROS) DE LOS INMIGRANTES
 OCUPADOS EN FEBRERO DE 2003 EN CINCO SECTORES DESTACADOS
 (EMPLEO PRINCIPAL), ANDALUCÍA, POR COTIZACIÓN (SÍ/NO) Y SEXO**

	Cotización		No cotización		Total	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
Producción agrícola	590	602	508	488	539	549
Construcción	982	—	763	—	877	—
Comercio por menor	1159	781	910	459	1098	636
Hostelería	1184	835	628	534	1072	733
Hogares empleadores	697	513	426	432	502	451
Total	995	708	620	462	833	573
Recuento de no ponderados	344	175	229	177	573	352

Fuente: Estudio NEPIA

A la hora de interpretar los datos representados en la TABLA 9, es menester señalar, de entrada, que desconocemos la relación entre el nivel de remuneración indicado, por un lado, y el número de horas de trabajo efectuadas en el mes de referencia, por otro, al referirse nuestro indicador sobre dedicación (TABLAS 6 y 7) a una unidad temporal inferior (la semanal). Por tanto, la remuneración por hora podría deducirse de estos datos sólo en el supuesto de que nuestro dato sobre dedicación semanal fuera aplicable a todo el mes de referencia, supuesto que podría ser empíricamente incorrecto en algunos casos. Dicho esto, y dejando la mencionada comprobación para otra ocasión, la TABLA 9 permite hacer una serie de observaciones importantes.

En primer lugar, se observa un elevado grado de variación en cuanto al nivel de remuneración media mensual por sector, estatus de cotización y sexo; el simple examen de las TABLAS 7 y 9 evidencia que se trata de un grado de variación mucho más elevado que en relación con la dedicación semanal. Con la salvedad antes expuesta, quiere esto decir que la remuneración por hora varía mucho más que la dedicación semanal. Se constata que el nivel más alto de remuneración mensual media (varones ocupados en la hostelería y con cotización a la Seguridad Social) casi triplica el nivel más bajo (personas de ambos sexos con empleo sumergido en «Hogares empleadores»), mientras que la variación máxima entre los valores medios de dedicación semanal sólo ronda el 25% (mujeres con empleo sumergido en «Hogares empleadores» versus personas de ambos sexos con empleo sumergido en «Producción agrícola»).

En segundo lugar, resulta que estas abultadas diferencias en cuanto al nivel de remuneración mensual no corresponden a un solo factor de entre los tres considerados en la TABLA 9, sino a todos ellos, pero en distinta medida. Es desconcertante observar que la variable sexo influye, con muy pocas excepciones, en el nivel de remuneración, en muchos casos marcando unas diferencias abultadas frente a los varones ocupados en el mismo sector y con la misma situación de cara a la Seguridad Social. Pasando ahora a las diferencias por sectores de actividad, en el caso de los varones, la remuneración media percibida por los trabajadores inmigrantes ocupados en «Hogares empleadores» y «Producción agrícola», respectivamente, no alcanza ni la mitad del nivel medio cobrado en los sectores del «Comercio» y de la «Hostelería». Sin embargo, mientras que las mujeres ocupadas en «Hogares empleadores» o «Producción agrícola» reciben sueldos igual de bajos o inferiores a los varones ocupados en dichos sectores, en los sectores mejor pagados para éstos, se quedan muy lejos del nivel de remuneración medio alcanzado por los varones. El sector más llamativo en este sentido es el «Comercio al por menor», sector en el que los sueldos medios de los inmigrantes varones son aproximadamente un 80% más altos que los de las mujeres. Finalmente, en cuanto a la tercera variable, las diferencias observables en función de si se cotiza o no a la Seguridad Social dependen mucho del sector de actividad y del sexo, siendo de nuevo especialmente acusadas en los sectores con un nivel de remuneración comparativamente más alto (Comercio, Hostelería y Construcción); sin embargo, sigue existiendo una diferencia apreciable (de alrededor del 20%) en aquellos sectores en los que incluso los trabajadores inmigrantes incorporados a la Seguridad Social perciben una remuneración baja o muy baja.

5.4. Otras condiciones laborales

Pasando ahora a otras condiciones laborales, la encuesta NEPIA incluye un grupo de cinco indicadores sobre los riesgos laborales, los turnos de descanso y la puntualidad del pago. Concretamente, preguntamos por la frecuencia con la que, en el trabajo principal, se dan las siguientes condiciones: (1) Tener alto riesgo de accidentes o enfermedades; (2) Disfrutar de descanso semanal, vacaciones y permisos; (3) Cobrar puntualmente; (4) Trabajar por la noche; y (5) Trabajar los domingos u otros días festivos. Las opciones respuesta para cada uno de estos indicadores son (a) habitualmente, (b) ocasionalmente y (c) nunca²⁹. La Tabla 10 recoge los resultados

²⁹ Aunque en principio esta pregunta se planteó en forma de multirrespuesta, los datos se han tratado como si fueran 5 variables distintas, con tres categorías de respuesta cada una.

globales, relativos al conjunto de los cinco sectores con más incidencia de ocupación inmigrante.

TABLA 10
CONDICIONES LABORALES DE LOS INMIGRANTES OCUPADOS
EN FEBRERO DE 2003 EN CINCO SECTORES DESTACADOS, ANDALUCÍA,
POR COTIZACIÓN (SÍ/NO)

		Cotiza	No cotiza	Total
1 (Riesgo enferm./acc.)	Habitualmente	10%	13,5%	11,5%
	Ocasionalmente	28%	28%	28%
	Nunca	63%	58%	60%
2 (Descanso)	Habitualmente	55,5%	53%	54%
	Ocasionalmente	32%	32%	32%
	Nunca	13%	15%	14%
3 (Cobro puntual)	Habitualmente	81%	81%	81%
	Ocasionalmente	15%	11%	13%
	Nunca	4%	8%	6%
4 (Trabajo nocturno)	Habitualmente	27,5%	17%	22,5%
	Ocasionalmente	23%	19%	21,5%
	Nunca	49%	64%	56%
5 (Trabajo festivos)	Habitualmente	41,5%	31%	37%
	Ocasionalmente	32%	32%	32%
	Nunca	26%	36,5%	31%

Fuente: Estudio NEPIA

Centrándonos en las columnas relativas a las condiciones laborales «habituales», observamos que sólo en relación con dos de los cinco indicadores (concretamente, la exposición a graves riesgos laborales y el disfrute de los turnos de descanso semanales y anuales) existen unas condiciones ligeramente peores entre los trabajadores inmigrantes con empleo sumergido, en comparación con los ocupados de procedencia inmigrante que cotizan a la

Por si no fuera obvio, cabe señalar que, para los indicadores (2) y (3), se interpretan como favorables unos bajos niveles de respuestas «nunca» y unos altos niveles de respuestas «habitualmente», al revés que para los demás indicadores.

Seguridad Social; sin embargo, se trata de diferencias de poca envergadura. En cuanto a la puntualidad habitual en el cobro, no existe diferencia alguna entre los trabajadores inmigrantes que cotizan y los que no lo hacen. Es interesante notar que las diferencias mayores entre cotizantes y no cotizantes se observan, en relación a los indicadores «trabajo nocturno» y «trabajo en días festivos», respectivamente, en sentido contrario al anteriormente comentado. Es decir, resulta que en relación a estos dos indicadores, en lo que a la situación habitual se refiere, existen unas peores condiciones laborales entre los inmigrantes con empleo regular, frente al sumergido. Excepto por la puntualidad de pago (aspecto en relación al que, entre los inmigrantes con empleo sumergido, las indicaciones de «nunca» se disparan en comparación con los trabajadores regulares), estas observaciones cambian poco si, además de la situación «habitual», tomamos en consideración también las remanentes dos opciones respuesta.

En resumidas cuentas, resulta que, en el conjunto de los cinco sectores más emblemáticos del mercado de trabajo «secundario» andaluz, las condiciones laborales de los inmigrantes con empleo sumergido y regular, respectivamente, se parecen mucho. Por comentar brevemente estos datos globales, cabe decir que, de las situaciones medidas aquí, el problema más grave es sin duda alguna la exposición a graves riesgos de enfermedad o accidentes, visto que en muchos casos acarrea consecuencias serias para la salud de los afectados.

Pasando ahora a un análisis sectorial, la TABLA 11 visualiza el desglose por sectores económicos y cotización (sí/no), limitándose a las condiciones laborales habituales y obviando, para facilitar la lectura, los subtotales de columna.

TABLE 11
CONDICIONES LABORALES HABITUALES DE LOS INMIGRANTES
OCUPADOS EN FEBRERO DE 2003 EN CINCO SECTORES DESTACADOS,
ANDALUCÍA, POR SECTOR DE ACTIVIDAD Y COTIZACIÓN (SÍ/NO)

	Prod. Agric.		Construcc.		Comercio		Hostelería		Hogar	
	Sí	No	Sí	No	Sí	No	Sí	No	Sí	No
1 (Riesgo enferm./acc.)	25%	21%	29%	30%	1,5%	1%	1%	5%	5%	6,5%
2 (Descanso)	43%	35,5%	67%	65%	46%	40%	59%	51%	80%	73,5%
3 (Cobro puntual)	67%	83,5%	84%	62%	75%	81%	91%	77,5%	87%	87%
4 (Trabajo nocturno)	5%	1%	0%	0%	20,5%	19%	55%	53,5%	24,5%	25,5%
5 (Trabajo festivos)	29,5%	27%	4%	9%	48%	30%	61%	77,5%	23%	24%

Fuente: Estudio NEPIA

Empezando por las diferencias intersectoriales, de los cinco sectores analizados, se observa que la «Producción agrícola» y la «Construcción» se desmarcan por tener los mayores índices de graves riesgos laborales percibidos (con hasta un tercio de los trabajadores de procedencia inmigrante viéndose expuestos habitualmente³⁰ a un alto riesgo de enfermedad o accidente), mientras que el trabajo en horario nocturno, ausente en el sector de la «Construcción» y muy minoritario en la «Agricultura», afecta habitualmente a aproximadamente la mitad de los ocupados en el sector de «Hostelería» y a aproximadamente un cuarto de los trabajadores en los sectores de «Hogares empleadores» y «Comercio». El trabajo en días festivos es habitual para alrededor de dos tercios de los ocupados en la hostelería y para algo más de un tercio de los ocupados en el comercio. Según sectores, el disfrute de descanso semanal, vacaciones y permisos es habitual para entre el 40% (Producción Agrícola) y 75% (Hogares) de los trabajadores de procedencia inmigrante. Resumiendo, se observa que cada sector de actividad tiene un marcado perfil propio de condiciones laborales.

En cuanto a las diferencias intrasectoriales³¹ de dichas condiciones laborales, comparando por tanto en cada sector entre los inmigrantes con y sin cotización a la Seguridad Social, respectivamente, resulta que dichas diferencias son menores o prácticamente inexistentes en muchos casos. Así, en cada sector de actividad económica, la proporción de ocupados de procedencia inmigrante que trabaja habitualmente en horario nocturno apenas varía en función de si cotiza o no a la Seguridad Social, con la única excepción de la «Producción agrícola». Asimismo, aunque con matices ya algo mayores, la exposición habitual a importantes riesgos laborales es percibida, en cada uno de los sectores económicos, por proporciones bastante parecidas de cotizantes y de no cotizantes, respectivamente. En cuanto a los restantes indicadores, en algunos casos se alcanzan diferencias intrasectoriales entre cotizantes y no cotizantes de hasta el 20%; sin embargo, dichas diferencias no siguen una pauta unidireccional (de manera que salga perjudicado siempre el empleo sumergido), sino que parecen determinadas fundamentalmente por características y dinámicas propias de cada sector. Por ejemplo, en el sector de la construcción, el indicador «cobro puntual del sueldo»

³⁰ Cabe apuntar que un 45% y un 40%, respectivamente, de los inmigrantes cotizantes y no cotizantes empleados en la Construcción indica una exposición «ocasional» a estos riesgos, de manera que menos de un tercio se incluye en la categoría «nunca»; en la Producción agrícola, la situación es parecida (aunque ligeramente mejor).

³¹ El hecho de que algunas de las diferencias observables no sintonicen, a primera vista, con los datos generales, tienen su explicación en las distintas tasas de empleo sumergido según el sector económico del que se trate. Cabe reiterar que dicha tasa varía aproximadamente entre un 75% (Hogares) y un 25% (Comercio; Hostelería).

señala diferencias de hasta el 22% en detrimento de los no cotizantes. Sin embargo, en relación a este indicador, la segunda diferencia porcentual más importante se observa (en «Producción agrícola») en detrimento de los empleados que sí cotizan a la Seguridad Social. En síntesis, respecto de las condiciones laborales, la variable «cotización» no parece jugar un papel uniforme, sino que su efecto parece depender de factores múltiples inherentes a cada sector de actividad. Asimismo, cabe reiterar que las diferencias intrasectoriales en función de la variable «cotización» (sí/no) son generalmente escasas o nulas, frente a unas abultadas diferencias intersectoriales.

Por comentar brevemente estos datos, decir que desde varias disciplinas científicas, incluyendo el Derecho del Trabajo y la Sociología, los expertos insisten en el riesgo de que los inmigrantes que carezcan de permiso laboral puedan convertirse en víctimas de sobreexplotación, debido a su particular situación de vulnerabilidad. Por poner dos ejemplos destacados, Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer (2001, 35-37) alerta contra «la situación de explotación que sufren los inmigrantes en situación irregular y clandestina», de manera que «el menor coste y mayor precariedad (son) la razón fundamental del empleo de inmigrantes irregulares»; por lo tanto, el problema de la igualdad de trato en las condiciones de trabajo se replantea «ya no entre nacionales y extracomunitarios, (sino) entre extracomunitarios regularizados y extracomunitarios en situación irregular». Asimismo, según Izquierdo et al. (2003, 37), la amplia difusión del empleo sumergido entre los inmigrantes «se deriva de la necesidad de cubrir nichos laborales que tienen horarios más flexibles, salarios inferiores y condiciones de trabajo menos regladas. (...) De modo que los clandestinos desplazan del trabajo a los extranjeros legales o recién regularizados». Ahora bien, al no observarse, ni mucho menos, una diferencia abismal entre empleo sumergido y regular en cuanto a las condiciones laborales en sentido estricto (riesgos; turnos de descanso), diferencia que, sin embargo, sí hemos observado en cuanto al sueldo, la encuesta NEPIA demuestra que la especial vulnerabilidad de los trabajadores inmigrantes que carezcan de permiso laboral (y, por lo tanto, de la posibilidad de darse de Alta en la Seguridad Social) se plasma fundamentalmente en su nivel de remuneración. Cabe añadir que, desde una perspectiva empresarial, la reducción de costes laborales en este concepto se añade a la conseguida por no abonar las cuotas de cotización.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Los principales resultados de la encuesta NEPIA en relación con el empleo sumergido se pueden resumir de la siguiente manera:

1. El empleo sumergido, definido como una relación laboral renumerada sin cotización a la Seguridad Social, es un fenómeno muy difundido

- entre los trabajadores de procedencia inmigrante asentados en Andalucía, afectando a principios del año 2003 a casi la mitad de ellos.
2. La difusión del empleo sumergido es especialmente elevada entre los inmigrantes «recién llegados» (superando el 80% entre los trabajadores inmigrantes que llevan menos de un año viviendo en la sociedad de acogida) y está fuertemente asociada con la ausencia de un permiso laboral vigente.
 3. Por sectores de actividad económica, la proporción del empleo sumergido entre los trabajadores inmigrantes varía entre el 25% (Hostelería) y el 74% (Hogares), con «Comercio» (27%), «Construcción» (47%) y «Producción Agrícola» (58,5%) ocupando posiciones intermedias. En estos cinco sectores está trabajando el 80% de los inmigrantes ocupados; en su gran mayoría, desempeñan labores de escasa cualificación.
 4. En dichos cinco sectores, el empleo sumergido está asociado fundamentalmente a una escasa antigüedad en la empresa (superando el 75% entre los trabajadores inmigrantes con antigüedad continuada inferior a los tres meses), excepto en el sector de los «Hogares empleadores», donde tiene tendencia a perpetuarse.
 5. Asimismo, se observa una relación inversa entre nivel de remuneración y proporción del empleo sumergido, de manera que en la mayoría de los sectores de actividad analizados, existe una abultada diferencia entre los niveles medios de remuneración percibidos en el mes de referencia por los trabajadores inmigrantes con empleo sumergido, frente a los que sí cotizan a la Seguridad Social.
 6. A igualdad de sector de actividad y relación con la Seguridad Social (empleo sumergido o regular, respectivamente), el nivel medio de remuneración de las mujeres de procedencia inmigrante tiende a ser notablemente más bajo que el de los varones.
 7. En cuanto a las otras condiciones laborales, las diferencias intrasectoriales entre empleo regular y sumergido son bien inexistentes o menores, bien bi-direccionales, frente a unas importantes diferencias intersectoriales.

Por finalizar este trabajo con dos consideraciones generales, en primer lugar cabe señalar que la reducción duradera del empleo sumergido entre los inmigrantes es uno de los objetivos declarados del nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería, reglamento que, a fecha de hoy (a finales de octubre de 2004), el Gobierno español acaba de pactar con los agentes sociales. Es decir, la intención del Gobierno no se limita al afloramiento de la bolsa acumulada de inmigrantes irregulares (es decir, que carecen de permiso de residencia y trabajo a pesar de estar viviendo en España) mediante una regularización extraordinaria, sino que —a tenor de las declaraciones efectuadas durante los últimos meses por los responsables de política migratoria del Gobierno— se persigue un efecto duradero sobre el alcance del empleo sumergido en esta población.

Ahora bien, es menester señalar que, en relación con la incorporación de los trabajadores de procedencia inmigrante a los mercados laborales andaluz y español, a lo largo de los últimos veinte años se ha venido creando un círculo vicioso basado precisamente en la elevada probabilidad, en Andalucía y otras CC.AA. de España igual que en otros países del sur de Europa, de encontrar un empleo aún careciendo de permiso laboral. Es difícil que dicho círculo vicioso se pueda romper a través de una regularización de los trabajadores inmigrantes actualmente en situación de irregularidad residencial y laboral, por el simple motivo de que se está haciendo recurso a un elemento constitutivo del propio círculo vicioso. Para probarlo, ahí está la historia de las sucesivas regularizaciones extraordinarias acometidas en España (igual que en otros países del sur de Europa), acompañadas invariablemente con anuncios firmes de tratarse de la última actuación de este tipo; anuncios que a pocos años vista se incumplen, al haberse constituido nuevamente un volumen importante de inmigrantes irregulares. Por tanto, en principio, lejos de ser funcional en relación con el objetivo de reducir de manera duradera el empleo sumergido entre inmigrantes, el hecho de proceder a una regularización extraordinaria podría acabar fomentando el efecto contrario, al alimentar el fenómeno objeto de la actuación.

Para la posibilidad de evitar la reconstitución, en años venideros, de una bolsa de trabajadores inmigrantes en situación doblemente irregular (por estatus administrativo y laboral, respectivamente), mucho depende bien (a) de la flexibilidad y facilidad con la que se podrán renovar, llegado el momento, los permisos a conceder a través de la inminente regularización extraordinaria, bien (b) del procedimiento ordinario de regularización a aplicar a partir de este momento y (c) de la funcionalidad de otras medidas complementarias (por ejemplo, la frecuencia y el rigor de las inspecciones laborales). Sin poder entrar aquí en una valoración comprensiva de la nueva normativa, creemos entender que, como uno de los mecanismos de flexibilización frente a la notoriamente rígida legislación anterior (Sáez Lara, 2003), a efectos de regularización ordinaria, el nuevo Reglamento maneja una fórmula de «arraigo laboral» basada, precisamente, en la existencia de una relación laboral irregular. Se aprecia claramente que la adaptación de la oferta de mano inmigrante a la normativa vigente seguirá siendo, en el futuro previsible, un objetivo elusivo, fundamentalmente por seguir sin resolver los motivos estructurales por los que España se ha convertido en imán de la inmigración laboral irregular (ver Cornelius, 1995, 331-356)³².

³² Cabe prever también que, si en la actual fase expansiva ya es complicado conseguir cierto equilibrio entre la oferta y la demanda de mano de obra inmigrante, las dificultades no serán menores a la hora de producirse una posible flexión en la demanda de mano de obra por parte de los sectores económicos más proclives al empleo inmigrante.



Pasando a una segunda consideración general, a pesar de que los datos presentados en este artículo no abordan la comparación entre trabajadores de procedencia inmigrante y autóctona, respectivamente, en cuanto a sus niveles salariales y demás condiciones laborales, parece sensato terminar con una reflexión sobre la coherencia conceptual de la «deseabilidad social» como razón de la incorporación al mercado laboral español, y singularmente andaluz, de trabajadores inmigrantes. Nos referimos a la idea de que «los inmigrantes vienen a desempeñar labores que ya no queremos» los autóctonos, debido a los factores mencionados anteriormente: la dureza de las condiciones laborales; una remuneración escasa; pocas o nulas perspectivas de promoción; etc. En definitiva, dicha idea no es sino una variante digamos casera de la teoría de la segmentación de los mercados laborales.

Sin ir más lejos, será legítimo preguntarse a qué horizonte temporal está referido este argumento. Suponiendo que no se trata de una ocurrencia relativa al corto plazo, cabe interrogarse sobre sus implicaciones bien para las perspectivas de movilidad ocupacional ascendente de los inmigrantes (y por ende, sus perspectivas de integración como ciudadanos de pleno derecho y respeto), bien para la productividad de la economía andaluza. En relación al segundo de estos dos aspectos, otros observadores (por ejemplo, Hoggart y Mendoza, 1999) ya han alertado del riesgo de que el recurso masivo al empleo poco cualificado acabe comprometiendo la competitividad a medio plazo de determinados sectores económicos, incluyendo notablemente la agricultura intensiva. En relación a la movilidad ocupacional, cabe señalar que, según la encuesta NEPIA, una vez superadas las primeras dificultades y conseguido cierto arraigo en Andalucía, el reto de conseguir no ya cualquier empleo, sino un empleo de mejor calidad, se convierte en la necesidad prioritaria para la mayoría de los inmigrantes procedentes de países menos desarrollados. Para la cohesión social de la sociedad andaluza, sería grave si, a medio y largo plazo, resultara que estas aspiraciones tienen escasa o nula cabida.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABAD MÁRQUEZ, L. (2002): «Trabajadores inmigrantes en las economías avanzadas. La paradoja de la demanda adicional en mercados con exceso de oferta». En: *Ponencias del III Congreso sobre la Inmigración en España*. García Castaño, F. y C. Muriel López (coord.). Granada: Universidad de Granada (Laboratorio de Estudios Interculturales), págs. 459-467.
- ARANGO, J. (2002): «La inmigración en España a comienzos del siglo XXI: un intento de caracterización». En: *Ponencias del III Congreso sobre la Inmigración en España*. García Castaño, F. y C. Muriel López (coord.). Granada: Universidad de Granada

- (Laboratorio de Estudios Interculturales), págs. 57-69.
- BALDWIN-EDWARDS, M. y J. ARANGO (coord.) (1999): *Immigrants and the Informal Economy in Southern Europe*. London: Frank Cass.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L. (2002): «La formación de la “España inmigrante”: mercado y ciudadanía». *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 97, págs. 95-126.
- CARRASCO CARPIO, C. (1999): *Mercados de trabajo: los inmigrantes económicos*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- CES (1999): *La economía sumergida en relación a la Quinta Recomendación del Pacto de Toledo*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- CES (2004): *La inmigración y el mercado de trabajo en España*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- CES-A (2002): *La economía sumergida en Andalucía*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía.
- CORNELIUS, W. A. (1995): «Spain: The Uneasy Transition from Labor Exporter to Labor Importer». En: *Controlling Immigration: A Global Perspective*. Cornelius, W. A., P. L. Martin y J. F. Hollifield (coord.). Stanford, CA: Stanford University Press, págs. 331-369.
- GARRIDO, L. y L. TOHARIA CORTÉS (2003): «La situación laboral de los españoles y los extranjeros según la Encuesta de Población Activa». *Economistas*, núm. 99, págs. 74-86.
- GUALDA, E., J. PALACIO, L. TEVES y S. RINKEN (2003): «Comentario y respuesta a “Las condiciones de vida de la población inmigrante...” de S. Rinken». *Metodología de Encuestas*, Vol. 5, núm. 2, págs. 175-185.
- HOGGART, K. y C. MENDOZA (1999): «African Immigrant Workers in Spanish Agriculture». *Sociologia Ruralis*, Vol. 39, núm. 4, págs. 538-562.
- HUGUET ROIG, A. (1999): *Segmentación en el mercado de trabajo español*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- IEA (2002): *Inmigración extranjera en Andalucía 1991-2001*. Sevilla: Instituto de Estadística de Andalucía-Junta de Andalucía.
- IOÉ (1998): *Inmigración y trabajo en España. Trabajadores inmigrantes en el sector de la construcción*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- IOÉ (1999): *Inmigración y trabajo en España. Trabajadores inmigrantes en el sector de la hostelería*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- IOÉ (2001): *Mujer, inmigración y trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- IZQUIERDO, A., C. CARRASCO CARPIO, C. GARCÍA SERRANO, M. MALO OCAÑA, R. MARTÍNEZ BUJÁN, J. NOYA MIRANDA y G. RODRÍGUEZ CABRERO (2003): *Inmigración: mercado de trabajo y protección social en España*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- LAPARRA, M. (coord.) (2003): *Extranjeros en el purgatorio. Integración social de los inmigrantes en el espacio local*. Barcelona: Edicions Bellaterra.
- MARTÍN DÍAZ, E., A. CASTAÑO MADROÑAL y E. RODRÍGUEZ GARCÍA (1999): *Procesos migratorios y relaciones interétnicas en Andalucía: una reflexión sobre el caso del Poniente almeriense desde la antropología social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- MARTÍNEZ VEIGA, U. (1997): *La integración social de los inmigrantes extranjeros en España*. Madrid: Trotta.
- MASSEY, D., J. ARANGO, A. KOUAOUCI, A. PELLIGRINO y C. TAYLOR (1998):

- Worlds in motion. Understanding International Migration at the End of the Millenium.* Oxford: Clarendon Press.
- MAYA JARIEGO, I. (2001): «Sesgos de medida y problemas de muestreo en las encuestas de poblaciones inmigrantes». *Metodología de Encuestas*, Vol. 3, núm. 2, págs. 197-213.
- MAYA JARIEGO, I. (2003): «Diversidad socio-cultural, estimación de la población captación de entrevistados en el estudio NEPIA». *Metodología de Encuestas*, Vol. 5, núm. 2, págs. 151-154.
- MIR (2003): *Anuario Estadístico de Extranjería*. Madrid: Ministerio del Interior. Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración.
- PIORE, M. (1979): *Birds of Passage: Migrant Labour in Industrial Societies*. New York: Cambridge University Press.
- POLAVIEJA, J. (2003): *Estables y precarios. Desregulación laboral y estratificación social en España*. Madrid: CIS / Siglo XXI.
- RINKEN, S. (2003): «Las condiciones de vida de la población inmigrante: retos metodológicos y procedimientos de medición». *Metodología de Encuestas*, Vol. 5, núm. 2, págs. 155-173.
- RINKEN, S., T. DESRUES, L. RODRÍGUEZ-MORCILLO BAENA, E. RODRÍGUEZ ORTIZ y M. PÉREZ YRUELA (2003): «Cuantía y características de la población inmigrante en Andalucía». En: *III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*. Andreo Tudela, J. C. (coord.). Sevilla: Junta de Andalucía (Consejería de Gobernación), págs. 11-26.
- RINKEN, S. y A. HERRÓN MUSEUR (2004): «La situación residencial de la población inmigrante en Andalucía». *Revista Internacional de Sociología*, núm. 38 (en prensa).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. (2001): «Nacionales extracomunitarios y derecho a la igualdad de condiciones de trabajo». *Temas Laborales*, núm. 59, págs. 11-37.
- ROQUERO, E. (1996): «Asalariados africanos trabajando bajo plástico». *Sociología del Trabajo*, núm. 28, págs. 3-23.
- RUESGA BENITO, S., J. MARTÍN NAVARRO y C. RESA NESTARES (2003): «Informe trimestral sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía». *Temas Laborales*, núm. 72, págs. 153-191.
- SÁEZ LARA, C. (2003): «Las condiciones de acceso al mercado de trabajo de los trabajadores extracomunitarios». En: *III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*. Andreo Tudela, J. C. (coord.). Sevilla: Junta de Andalucía (Consejería de Gobernación), págs. 43-59.
- TOHARIA CORTÉS, L., M. A. DAVIA RODRÍGUEZ y V. HERNANZ MARTÍN (2001): *Flexibilidad, juventud y trayectorias laborales en el mercado de trabajo español*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (Opiniones y Actitudes, 40).





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

La economía española se encuentra en una situación de moderado crecimiento. Lo que parecía ser el principio de la recuperación durante el año pasado se ha resentido durante el segundo trimestre de 2004. Por tercer periodo consecutivo se repite la misma cifra: 2,7 por ciento de crecimiento económico, cinco décimas por encima del punto más bajo del ciclo que se alcanzó a finales de 2002. Y lo que es peor, con un cuadro macroeconómico significativamente más deteriorado. Las importaciones crecen en un 8,3 por ciento anual. La velocidad de aumento de las importaciones alcanza su cota máxima de los últimos cinco años. Es el resultado, en parte, de un precio del crudo en niveles históricos. Mientras tanto, las exportaciones también aumentan, pero en un 2,0 por ciento. Es una cifra, además, preocupante, porque el ritmo de crecimiento se deteriora.

En este contexto de franco desgaste del sector exterior, es la demanda interna la que sostiene el crecimiento. Como siempre en la última década, pero en mayor medida que en momentos previos. Esta variable se incrementa en hasta el 4,9 por ciento de aumento interanual. En sólo un año, el consumo final de los hogares se elevó de crecer a ritmos del 2,5 por ciento hasta el 4,5 por ciento. El único elemento positivo del presente crecimiento es la inversión, que se mantiene, por oposición a lo que se registraba tan sólo hace un año. Además, la inversión se ha hecho menos dependiente de los bienes inmuebles. Mientras en 2002, la inversión en bienes de equipo disminuía en un 5,4 por ciento, en el último trimestre alcanzó la senda creciente del 3,6 por ciento. La inversión en bienes inmuebles mantiene un ritmo de crecimiento en el entorno del tres por ciento.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a septiembre de 2004.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL
SEGUNDO TRIMESTRE 2004

	Unidad	Periodo	ESPAÑA					
			ESPAÑA		ANDALUCÍA			
			Dato	VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	2.º Trim. 04	19.142,6	+0,7	+2,1	3.219,1	+0,4	+1,8
Tasa de actividad	Porcentaje	2.º Trim. 04	55,68	+0,5	+1,5	53,35	+0,2	+1,1
Hombres	67,55	+0,3	+0,4	67,23	+0,0	+0,4
Mujeres	44,47	+0,9	+3,1	40,21	+0,6	+2,1
16-19 años	24,07	+2,7	-2,4	26,75	+0,6	+2,7
20-24 años	63,30	+1,2	+2,7	61,80	+0,8	+1,7
25-54 años	80,28	+0,4	+1,3	74,52	+0,6	+0,7
Más de 55 años	17,90	+0,3	+2,2	16,01	-3,9	+3,5
Ocupados	Miles	2.º Trim. 04	17.050,1	+1,2	+2,3	2.659,2	+0,2	+2,7
Agricultura	908,9	-5,8	-2,7	245,5	-18,4	+0,6
Industria	3.091,1	+0,6	-1,2	295,5	+2,7	-2,9
Construcción	2.059,9	+2,5	+2,5	389,9	+2,1	+4,3
Servicios	10.990,2	+1,7	+3,7	1.728,3	+2,6	+3,7
Asalariados del sector público	..	2.º Trim. 04	2.774,2	+0,8	+2,1
Asalariados temporales	..	2.º Trim. 04	4.213,0	+2,1	+1,4
Parados encuestados	..	2.º Trim. 04	2.092,6	-3,3	+0,4	559,9	+1,5	-2,6
Hombres	898,2	-4,5	+1,2	248,6	-1,4	-5,1
Mujeres	1.194,3	-2,4	-0,3	311,4	+3,9	-0,5
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	2.º Trim. 04	10,93	-4,0	-1,7	17,39	+1,0	-4,3
Hombres	7,97	-4,9	+0,3	12,60	-1,6	-6,1
Mujeres	15,18	-3,4	-3,9	24,98	+3,1	-3,3
16-19 años	31,26	-3,8	-6,2	36,55	+7,9	-3,7
20-24 años	20,24	-2,2	+4,1	26,32	-1,7	-4,0
25-54 años	9,80	-5,1	-2,5	15,78	-1,1	-4,4
Más de 55 años	6,91	+5,5	+10,4	13,72	+17,7	+3,6
Parados de larga duración	Porcentaje	2.º Trim. 04	36,91	+1,8	+1,9	36,69	+0,8	+7,6
Parados registrados	Miles	2.º Trim. 04	1.661,8	-4,8	+2,4	349,8	-4,4	-1,7
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	1.º Trim. 04	73,63	+2,7	+3,8
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	3.º Trim. 04	490,80	+6,6	+8,8	460,50	+2,0	+2,0
Coste laboral por trabajador	€/mes	1.º Trim. 04	1.985,91	-6,3	+3,5	1.807,01	-7,3	+2,3
Industria	2.214,36	-7,4	+4,3	2.017,15	-8,1	+2,9
Construcción	1.867,47	-9,3	+6,0	1.905,60	-3,8	+8,7
Servicios	1.927,43	-5,2	+2,9	1.735,27	+8,0	+0,6
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	1.º Trim. 04	143,7	+2,3	-0,9	142,0	+1,7	-1,3
Accidentes mortales de trabajo	Total	1.º Trim. 04	335	-10,2	-1,2
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	1.º Trim. 04	1.243	+5,9	-4,7	83	-11,7	-50,0
Trabajadores Extinción de empleo	7.776	-47,8	-20,7	582	-61,0	-11,6
Suspensión de empleo	7.036	-29,1	-33,9	84	-77,0	-87,0
Reducción de jornada	133	-54,1	-73,2	0	+0,0	+0,0
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	1.º Trim. 04	206	-16,3	+10,8
Participantes	Miles	..	50,4	-2,0	-43,9	2,8	+64,7	-26,3
Jornadas no trabajadas	120,4	+2,0	-11,4	3,8	+18,8	-41,5
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	2.º Trim. 04	2,7	2,7	2,4
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	2.º Trim. 04	-6,3	-6,9	-4,3
Inflación	Porcentaje	2.º Trim. 04	3,5	2,1	2,7	3,5	2,1	2,8
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	2.º Trim. 04	-4,4	-2,3	-4,1
Tipo de interés (Euribor 12 meses)	Porcentaje	2.º Trim. 04	2,3	2,1	2,1

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

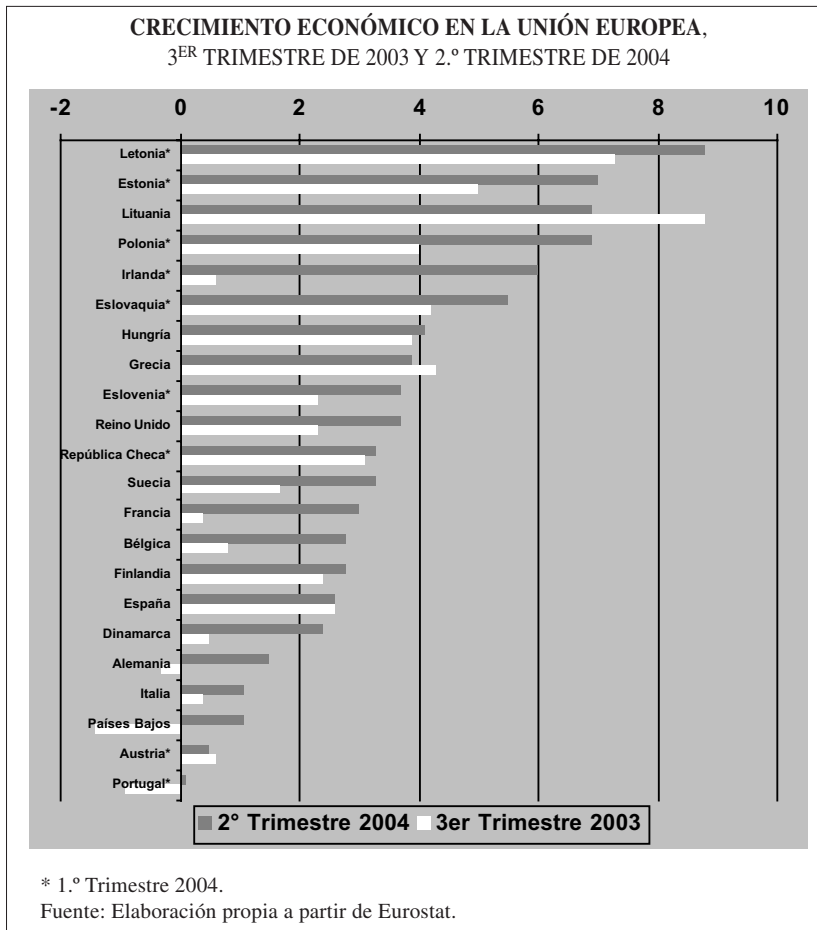


1. LA COYUNTURA ECONÓMICA

La economía española se encuentra en una situación de moderado crecimiento. Lo que parecía ser el principio de la recuperación durante el año pasado se ha resentido durante el segundo trimestre de 2004. Por tercer periodo consecutivo se repite la misma cifra: 2,7 por ciento de crecimiento económico, cinco décimas por encima del punto más bajo del ciclo que se alcanzó a finales de 2002. Y lo que es peor, con un cuadro macroeconómico significativamente más deteriorado. Las importaciones crecen en un 8,3 por ciento anual. La velocidad de aumento de las importaciones alcanza su cota máxima de los últimos cinco años. Es el resultado, en parte, de un precio del crudo en niveles históricos. Mientras tanto, las exportaciones también aumentan, pero en un 2,0 por ciento. Es una cifra, además, preocupante, porque el ritmo de crecimiento se deteriora.

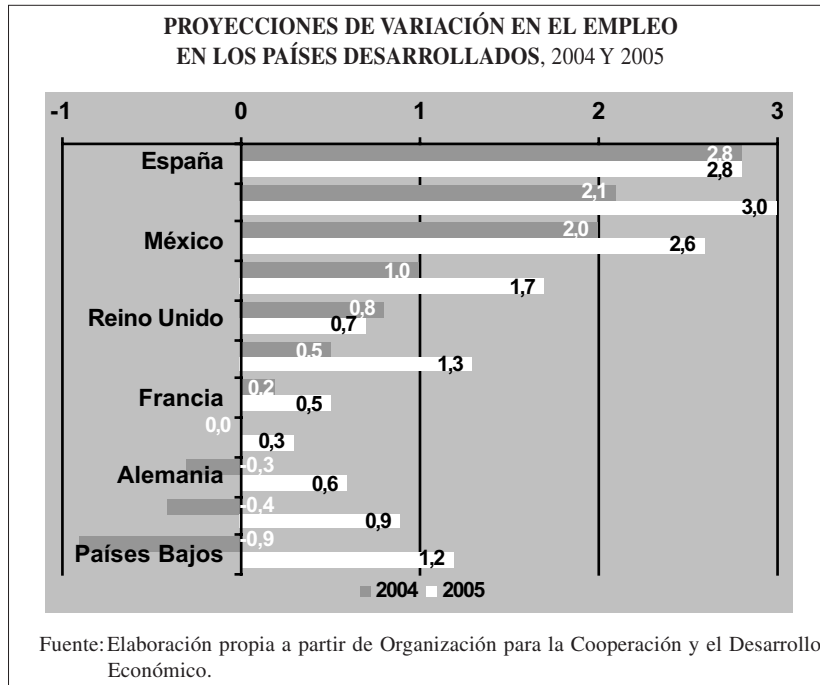
En este contexto de franco desgaste del sector exterior, es la demanda interna la que sostiene el crecimiento. Como siempre en la última década, pero en mayor medida que en momentos previos. Esta variable se incrementa en hasta el 4,9 por ciento de aumento interanual. En sólo un año, el consumo final de los hogares se elevó de crecer a ritmos del 2,5 por ciento hasta el 4,5 por ciento. El único elemento positivo del presente crecimiento es la inversión, que se mantiene, por oposición a lo que se registraba tan sólo hace un año. Además, la inversión se ha hecho menos dependiente de los bienes inmuebles. Mientras en 2002, la inversión en bienes de equipo disminuía en un 5,4 por ciento, en el último trimestre alcanzó la senda creciente del 3,6 por ciento. La inversión en bienes inmuebles mantiene un ritmo de crecimiento en el entorno del tres por ciento.

Mientras la economía española se encuentra entre lo que se podría interpretar como una bonanza y lo que se caracterizaría como recesión, el entorno europeo recupera parte del diferencial perdido durante los últimos años. En la zona euro, el crecimiento económico ha pasado del 0,3 en el tercer trimestre de 2003 al 2,3 por ciento en el segundo trimestre de 2004. En ese periodo, la locomotora alemana ha pasado de estar en números rojos a un 1,5 por ciento. Francia ya supera holgadamente el crecimiento económico español cuando tan sólo hace un año se atascaba con el crecimiento cero. El resultado de esta diferencia en la aceleración económica es que la economía española está, a la altura del segundo trimestre del año 2004, en la parte baja del crecimiento en la Unión Europea, superada por todos los países recién incorporados, cuyo impulso económico está lejos de erosionarse con su entrada efectiva en el mercado común. Los tres países bálticos y Polonia sitúan su tasa de crecimiento por encima del seis por ciento anual. Pero a éstos se le han añadido ahora Irlanda, Grecia, el Reino Unido, Suecia, Francia, Bélgica y Finlandia, todos ellos con crecimientos económicos superiores al español.

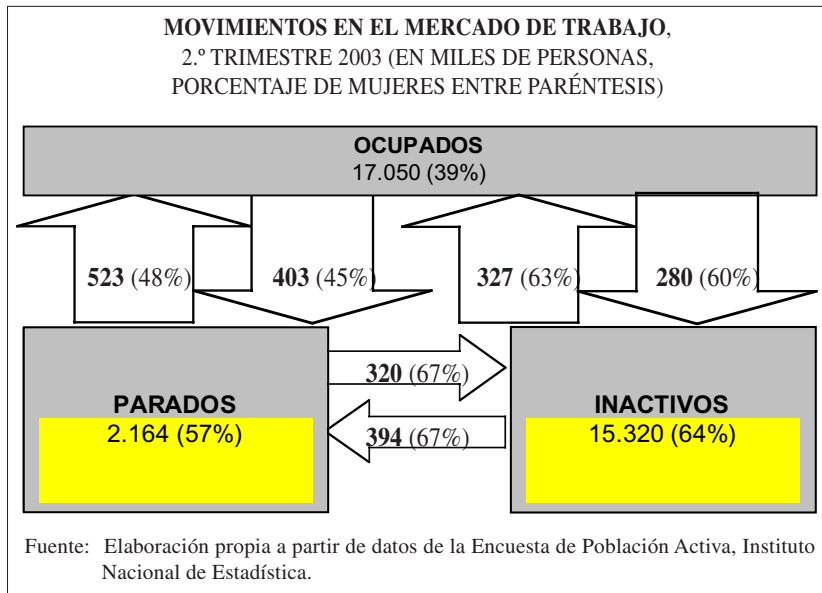


En estas circunstancias de renovados ímpetus económicos en la Unión Europea y un cierto estancamiento en España, unidos a los problemas que puede causar un alto y sostenido precio del petróleo, las previsiones laborales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico pueden parecer ya pasadas de moda, pero no indiferentes. En las últimas cifras disponibles, el organismo multinacional proyectó un crecimiento del empleo en España del 2,8 por ciento tanto para el actual 2004 como para el venidero 2005. La primera cifra está ligeramente por debajo de la evolución actual del mercado de trabajo español. Lo que es más difícil es que se mantenga la perspectiva de que el crecimiento en el empleo sea una característica propia y casi exclusivamente española en un contexto internacional de franca atonía. Según las proyecciones hechas públicas recientemente, en 2004 ningún otro país desarrollado sería testigo de un crecimiento del empleo su-

perior al español. Y en 2005, sólo la escasamente poblada Islandia contemplaría una elevación del empleo superior a la española. A los ritmos de crecimiento económico que ya aparecen en los marcadores, esta particularidad, que venía produciéndose de manera ininterrumpida desde finales de los años noventa, parece difícil de mantener.



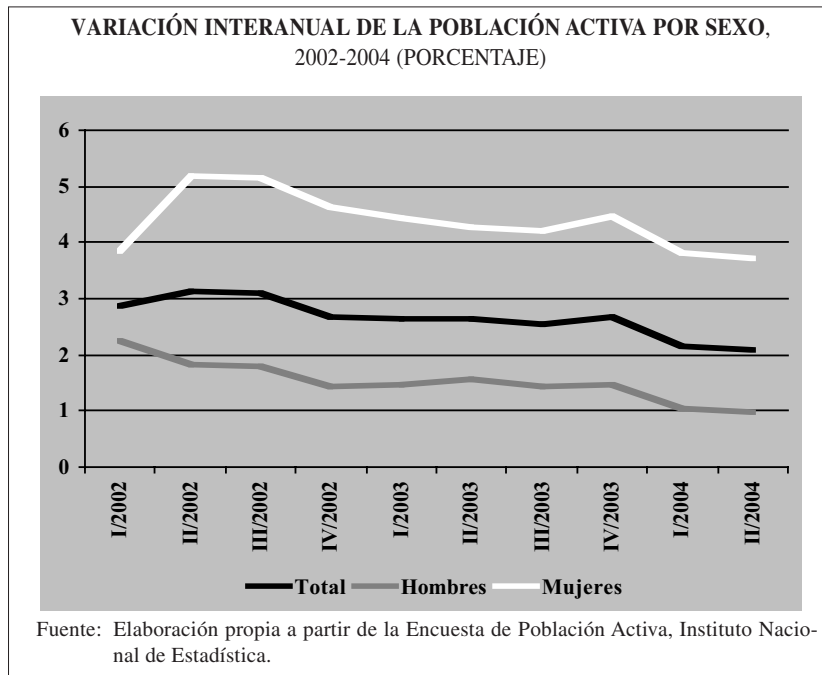
Si la economía española apenas se altera en su ritmo de crecimiento, el mercado de trabajo le sigue en el mismo comportamiento de atonía. Casi cuatrocientos mil empleos se crearon a lo largo del último año, lo que corresponde con un crecimiento del empleo del 2,3 por ciento. El ritmo de creación de empleo se amortigua. En sólo seis meses se ha reducido en casi cien mil personas la senda ascendente, rotando el impulso que se había adquirido desde sus puntos más bajos. Los próximos trimestres permitirán percibir si este paso atrás es temporal, un pasito atrás para tomar un nuevo impulso a medida que se recuperan las expectativas, o es la evidencia de una tendencia más de fondo, fruto de una nueva senda de ajuste en la elasticidad empleo-crecimiento económico. Por el contrario, lo que se mantiene estable es el crecimiento de la rotación entre ocupados y parados en trayectorias de ida y vuelta. A cambio, disminuye la fluidez del sistema desde la actividad hacia la ocupación. Y las mujeres no abandonan su posición central en todo el sistema de rotación laboral que existe en el mercado de trabajo español.



2. LA OFERTA DE TRABAJO

Poco más de ciento veinticinco mil personas se incorporaron al mercado de trabajo durante el segundo trimestre de 2004 para hacer un total al cabo del año de cuatrocientos mil nuevos activos. Para un periodo de tradicional incorporación de inactivos al mercado de trabajo, este segundo trimestre ha sido el menos propicio desde 2001. Con respecto al mismo trimestre del año anterior se redujo el crecimiento del número de activos en diez mil personas. En términos relativos interanuales, el crecimiento de la población activa se redujo hasta cotas cercanas al dos por ciento.

La pérdida de velocidad de crecimiento de la actividad ha sido una constante prolongada desde 2002. Un mercado de trabajo que emite señales contradictorias es el mejor indicador para mantener a los potenciales nuevos activos en su situación de inactividad. La tasa de actividad de las mujeres crece levemente acercándose progresivamente a su potencial. Aunque la contracción del crecimiento de la actividad afectó por igual tanto a hombres como a mujeres, éstas se mantienen casi tres puntos porcentuales por encima. Mientras el crecimiento de la actividad masculina no llega al uno por ciento en términos interanuales, el número de mujeres activas crece al 3,7 por ciento. Por su parte, el gran caudal de inmigrantes que rejuveneció el panorama laboral español desde mediados de los años noventa muestra una tendencia a reducirse: no en términos agregados sino en el notable ritmo alcista de los últimos tiempos.



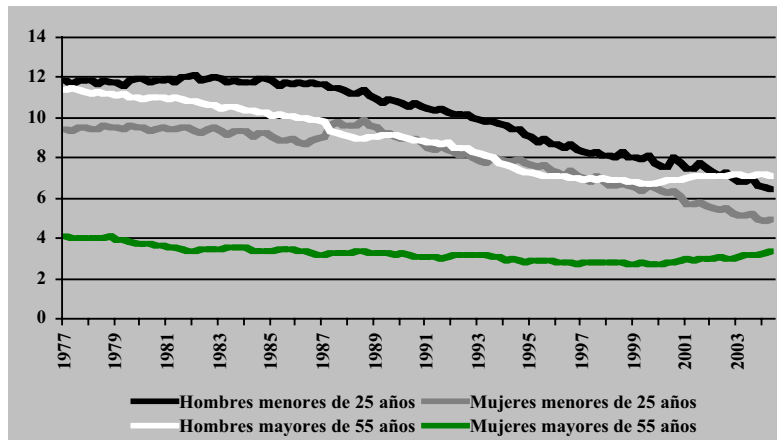
En consecuencia, una parte importante de esta paulatina reducción en el crecimiento de la actividad se debe a la declinante incorporación de inmigrantes al mercado de trabajo español. Apenas dieciocho mil nuevos extranjeros aparecieron en el panorama laboral español en el último trimestre. Ésta es la cifra más baja en años, de lo cual es muestra el hecho de que sólo el diez por ciento de los inmigrantes que se incorporaron al mercado de trabajo español durante el último año lo hicieron en el pasado trimestre. De presentar tasas de crecimiento anuales superiores al treinta por ciento durante los tres últimos años se ha pasado un crecimiento más moderado, aunque todavía siendo fuerte. En el segundo trimestre de 2004 existía un veintidós por ciento más de activos extranjeros que en el mismo periodo del año anterior. Tras este relativo parón en su senda de crecimiento, los inmigrantes constituyen el 43,5 por ciento del total de nuevos accesos al mercado de trabajo español, una cifra ligeramente más baja de lo que se alcanzó en 2003.

La tasa de actividad en España parece que sólo puede experimentar crecimientos por el lado de las mujeres españolas o de los inmigrantes de ambos sexos. El número de hombres con nacionalidad española que participaban en el mercado de trabajo durante el segundo trimestre de 2004 era menor al que existía en el mismo trimestre del año anterior. En concreto, se ha

reducido su cantidad en quince mil individuos. Hasta las fuertes cifras de crecimiento registradas en la realidad, la aportación completa es de los nuevos inmigrantes. En el mismo periodo han sido doscientas mil las españolas que se han incorporado al mercado de trabajo. En total, cinco de cada nueve nuevos activos extranjeros son hombres para una estructura de actividad por géneros bastante similar. Es decir, las nuevas incorporaciones tienden a seguir, los patrones observados de los anteriores inmigrantes.

Por edades, la actividad apenas registra variaciones conforme a su comportamiento habitual. Desciende la participación laboral de los jóvenes. Su disminución es el efecto de dos factores paralelos. En parte se debe a la existencia de cohortes generacionales más escasas que sucedieron a los nacidos durante el conocido como *baby boom* y que ya están alcanzando una edad tardía de incorporación al mercado de trabajo. El segundo elemento que favorece esta reducción del número de jóvenes en la población activa es la ampliación de la edad estudiantil hasta periodos cada vez más tardíos. Más de un tercio de la población en edad de permanecer en algún tipo de educación superior cumple efectivamente con los mismos. Lo que se pierde en la parte baja de la pirámide de edades se recupera, en parte, por una ampliación del número de mayores de cincuenta y cinco años que permanecen en el mercado de trabajo. Esta circunstancia se acentúa entre las mujeres. Durante el último año el número de mujeres mayores de cincuenta y cinco años que se encontraban trabajando o en disposición de trabajar aumentó en un

**PARTICIPACIÓN EN LA POBLACIÓN ACTIVA SEGÚN TRAMOS DE EDAD,
1977-2004 (PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN ACTIVA TOTAL)**



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

siete por ciento. El diferencial con respecto al crecimiento general de la actividad produce un efecto casi desconocido en la historia moderna del mercado de trabajo español: los mayores de cincuenta y cinco años tienen más cuota de mercado. El porcentaje de adultos mayores en el total de la población activa no sólo ya no decrece en un comportamiento que, unido a los jóvenes, parecían resultar en un acortamiento de la pirámide de actividad por edades, sino que aumenta ligeramente.

La tasa de actividad muestra un comportamiento regional bastante marcado. Pero, frente a la interpretación más convencional, las divergencias regionales en la participación de la población en el mercado de trabajo han mostrado bastante flexibilidad en el largo plazo hasta el punto de configurar un mapa de España relativamente diferente que el que existía tres décadas atrás. La actual distribución de la tasa de actividad muestra sensibles cambios con respecto a la que se registraba en 1977 o, más recientemente, cuando se alcanzaron las más bajas cotas de participación laboral en España. Galicia y La Rioja, que a principios de la etapa democrática mostraban las mayores tasas de actividad, han caído hasta registrar números por debajo de la media. Por el contrario, las Islas Canarias y Madrid que estaban ligeramente por encima de la media española hace veinticinco años, en la actualidad tienen diferenciales superiores a los tres puntos con respecto a la media.

TASA DE ACTIVIDAD POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS, 1977, 1985 Y 2004

	2.º Trimestre 1977		2.º Trimestre 1985		2.º Trimestre 2004	
	Tasa	Posición	Tasa	Posición	Tasa	Posición
Islas Baleares	54,68	2	50,70	4	62,89	1
Cataluña	53,11	5	50,90	3	59,98	2
Canarias	51,56	11	51,45	2	58,64	3
Madrid	51,61	10	49,28	8	58,10	4
Comunidad Valenciana	52,08	6	50,01	7	57,56	5
Murcia	52,19	7	47,68	12	57,16	6
Navarra	51,99	8	50,51	5	55,95	7
País Vasco	53,27	4	50,35	6	55,81	8
Media	51,42	..	48,88	..	55,68	..
Galicia	60,14	1	56,48	1	54,09	9
La Rioja	53,40	3	48,18	11	53,51	10
Andalucía	46,66	17	44,79	16	53,35	11
Cantabria	51,52	12	48,52	10	53,30	12

Aragón	50,05	13	46,61	13	53,02	13
Extremadura	47,24	16	45,03	15	51,63	14
Castilla-La Mancha	47,29	15	44,79	17	50,82	15
Castilla y León	49,51	14	46,33	14	50,47	16
Asturias	51,73	9	48,39	9	47,03	17

Por provincias, la situación se asemeja bastante. Aunque no se reducen las diferencias medias con respecto a la propia media española, sí que se producen grandes variaciones a lo largo del territorio. Tenerife, Valencia, Almería, Sevilla y Valladolid, dentro de un conjunto bastante heterogéneo de provincias, experimentan una fuerte elevación de su tasa de actividad. En conjunto, son las provincias del litoral mediterráneo, desde Girona hasta Cádiz, las que mayores crecimientos relativos de su tasa de actividad muestran a lo largo del periodo democrático. Por el contrario, Lugo, León, Zamora y La Rioja pasaron de ostentar tasas de actividad bastante por encima de la media española a situarse en los puestos más bajos en esta particular liga de la participación laboral. Las zonas del centro peninsular, junto con algunas provincias del norte afectas al declive de la industria básica, son las que mayores pérdidas de población activa registran.

La perspectiva provincial proporciona una visión diferente, y más precisa, de los cambios en la participación laboral en España a escala territorial. En Cataluña, por ejemplo, un crecimiento de la tasa de actividad superior a la media no ha impedido que la zona interior haya visto cómo se reducía su diferencial de actividad con respecto a la media española. En Andalucía, las provincias de Almería y Sevilla han experimentado un extraordinario crecimiento en su participación laboral, pasando de ser áreas con una tasa de actividad muy baja a situarse por encima de la media española de manera holgada. Sin embargo, la evolución de otras provincias andaluzas ha estado lejos de seguir estas pautas. Granada, Huelva o Málaga han aumentado su diferencial negativo de tasa de actividad con respecto a la media española.

TASA DE ACTIVIDAD POR PROVINCIA, 1977, 1985 Y 2004

	2.º Trimestre 1977		2.º Trimestre 1985		2.º Trimestre 2004	
	Tasa	Posición	Tasa	Posición	Tasa	Posición
Girona	60,16	4	53,20	6	66,97	1
Baleares	54,67	8	50,71	12	62,88	2
Álava	55,59	6	51,29	9	61,02	3

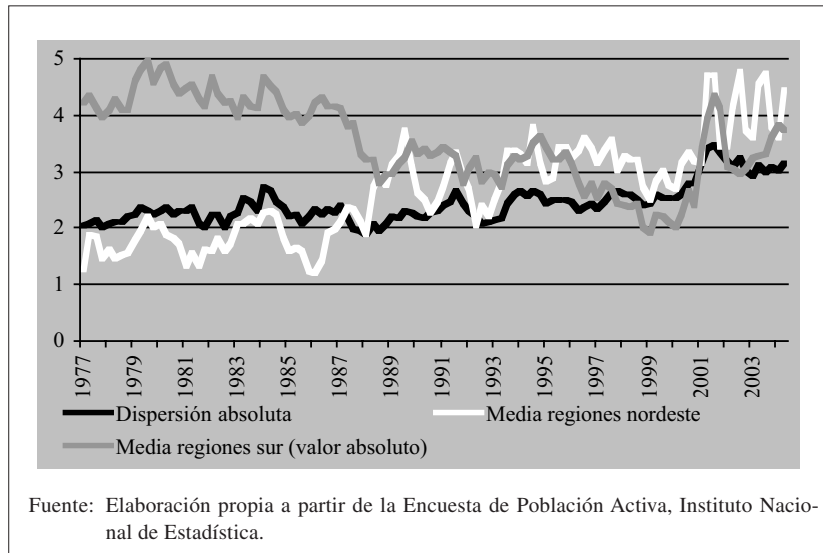
Tarragona	51,64	21	49,05	19	59,95	4
Barcelona	52,57	15	50,81	11	59,54	5
Tenerife	49,91	30	52,02	7	59,48	6
Valencia	51,17	26	48,25	24	58,12	7
Madrid	51,60	22	49,28	18	58,10	8
Las Palmas	53,29	11	50,90	10	57,85	9
Alicante	53,32	10	53,64	5	57,35	10
Guipúzcoa	55,49	7	49,64	16	57,32	11
Murcia	52,20	17	47,69	26	57,17	12
Almería	49,76	31	45,27	36	56,68	13
Sevilla	46,65	39	44,47	40	56,32	14
Pontevedra	64,21	3	56,19	3	56,21	15
Valladolid	47,58	36	44,56	39	56,19	16
Navarra	52,00	18	50,51	14	55,96	17
Segovia	51,92	19	49,58	17	55,76	18
Media	51,42	..	48,88	..	55,68	..
Castellón	53,22	12	48,82	20	55,65	19
Coruña	52,22	16	54,43	4	55,40	20
Zaragoza	51,18	25	47,23	27	54,76	21
Lleida	52,68	14	51,75	8	54,68	22
Salamanca	45,15	45	45,85	31	54,55	23
Burgos	49,41	32	46,84	28	54,19	24
Cádiz	45,24	44	45,47	35	54,09	25
Córdoba	45,28	43	44,09	43	53,71	26
Vizcaya	51,51	24	50,55	13	53,56	27
La Rioja	53,38	9	48,18	25	53,51	28
Guadalajara	50,75	28	45,61	33	53,42	29
Cantabria	51,52	23	48,51	22	53,31	30
Badajoz	48,02	35	44,32	42	52,90	31
Toledo	48,14	33	45,49	34	52,81	32
Soria	47,04	37	43,16	47	52,65	33
Albacete	46,72	38	46,13	30	52,44	34
Málaga	50,82	27	48,64	21	52,23	35
Lugo	66,87	1	61,08	1	51,79	36

Huesca	50,47	29	45,81	32	51,33	37
Jaén	43,97	48	41,22	50	50,49	38
Huelva	45,66	42	43,60	45	49,97	39
Granada	45,86	41	43,36	46	49,82	40
Cáceres	46,08	40	46,14	29	49,67	41
Ávila	44,87	46	44,77	37	48,55	42
Ciudad Real	48,04	34	44,07	44	48,40	43
Palencia	44,03	47	42,93	48	48,09	44
Asturias	51,73	20	48,39	23	47,03	45
Orense	64,92	2	57,86	2	46,76	46
Cuenca	42,53	50	42,22	49	45,99	47
Teruel	43,87	49	43,87	41	45,00	48
León	55,83	5	50,06	15	42,77	49
Zamora	53,13	13	44,69	38	41,48	50

El hecho de que se produzcan cambios ostensibles en la ordenación territorial de la participación laboral no implica, per se, que se reduzcan las diferencias. De hecho, la tasa de dispersión regional de la participación laboral ha seguido desde los años setenta un cambio ascendente. Y esta evolución positiva es la misma si se toma en el ámbito autonómico o regional o si bien se opta por la dispersión absoluta o la relativa, que consiste en dividir las diferencias entre la media. Pero las transformaciones de la estructura de actividad han sido homogéneas. La región nordeste, que abarca a Cataluña, la Comunidad Valenciana y las Islas Baleares, ha visto incrementarse de manera progresiva su diferencial con respecto a la media española. En promedio, la tasa de actividad en estas tres regiones se situó casi cuatro puntos porcentuales por encima de la media española a principios del siglo XXI, cuando veinticinco años antes tan sólo superaba en un uno por ciento la cantidad media.

Por el contrario, las regiones de la cordillera cantábrica han experimentado el movimiento inverso. De estar bastante por encima de la media española han pasado a situarse ligeramente por debajo de ese umbral. Las regiones que mostraban tasas de actividad más bajas al principio del periodo, que se situaban en el sur de España, y que agrupan a Extremadura, Castilla-La Mancha y Andalucía, han visto acercarse su tasa de actividad de manera progresiva a la media española. No obstante, esta gradual aproximación ha observado un radical cambio de sentido en la primera parte del siglo XXI, donde se han recuperado grados de divergencia en tasa de actividad que no se alcanzaban desde los años ochenta.

DISPERSIÓN REGIONAL EN LA TASA DE ACTIVIDAD, 1977-2004



Casi todas las comunidades autónomas registran importantes variaciones internas en lo referente a la evolución de las tasas de actividad. La aparición de las comunidades autónomas en el mapa competencial español no sólo ha llevado bajo el brazo una serie de cambios en la forma de hacer política sino que ha incrementado las diferencias internas en las tasas de actividad. Es decir, los mercados autonómicos se han hecho más heterogéneos. Cuando el estado mantenía un peso importante en la administración central (digamos hasta 1985), es cuando se alcanzaron las más bajas cotas de actividad en España, la diferencia intraautonómica media en participación laboral alcanzó sus cotas más bajas. Desde entonces, se ha producido el efecto contrario: un aumento singular de la dispersión intraregional de las tasas de actividad a la par que un crecimiento generalizado de las mismas.

**DISPERSIÓN PROVINCIAL EN TASAS DE ACTIVIDAD
POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS (SÓLO COMUNIDADES AUTÓNOMAS
MULTIPROVINCIALES, EN PORCENTAJE), 1977, 1985 Y 2004**

	2.º Trimestre 1977	2.º Trimestre 1985	2.º Trimestre 2004
Castilla y León	7,03	4,68	9,24
Aragón	5,15	2,98	7,20

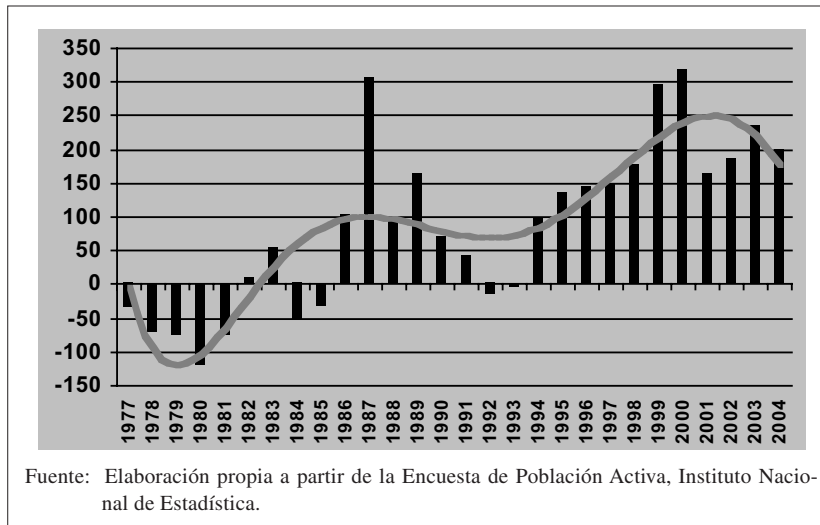
Galicia	9,77	3,68	6,04
País Vasco	3,94	1,22	5,36
Media	5,06	3,25	5,60
Cataluña	4,47	2,50	5,32
Castilla-La Mancha	4,39	2,75	5,30
Andalucía	3,90	3,41	4,29
Extremadura	2,05	2,03	3,13
Comunidad Valenciana	2,11	4,39	1,55
Canarias	3,28	1,09	1,39

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

El empleo continúa su senda ascendente, pero a ritmos algo menores que los que habían venido registrándose a lo largo del año anterior. En el segundo trimestre de 2004 la ocupación se elevó en casi doscientas mil personas, lo cual genera un nuevo hito en la evolución moderna del mercado de trabajo. Si el trimestre pasado se produjo una marca histórica, ya que el número de activos superaba por primera vez en la historia los diecinueve millones de personas, el presente trimestre no se queda atrás. Según la Encuesta de Población Activa, ya existen en España diecisiete millones de personas que tienen un empleo, cualquiera que sean sus características. En concordancia, la tasa de ocupación, resultante de dividir el número de ocupados por la población mayor de dieciséis años se acerca, como nunca antes, al cincuenta por ciento. Alcanzó el 49,29 por ciento, muy lejos ya del 38 por ciento que mostraba tan sólo hace una década. Desde que existe una medición moderna, habría que remontarse a fechas tan antiguas como 1976 para observar cifras similares de ocupación relativa y es previsible que si el crecimiento de la ocupación continúa su moderada senda se obtengan los mejores números en cuanto a empleo desde que existen mediciones periódicas y acordes a criterios rigurosos.

La ocupación está creciendo a ritmos decrecientes, mientras que el aumento de casi doscientas mil personas en el empleo es más bajo que el registrado el año anterior y sensiblemente más bajo que el anterior periodo de finales del siglo XX. De hecho, el actual aumento en las cifras de ocupación es el más bajo que se ha registrado para el mismo periodo en el ciclo expansivo de la demanda agregada que comenzó en 2002.

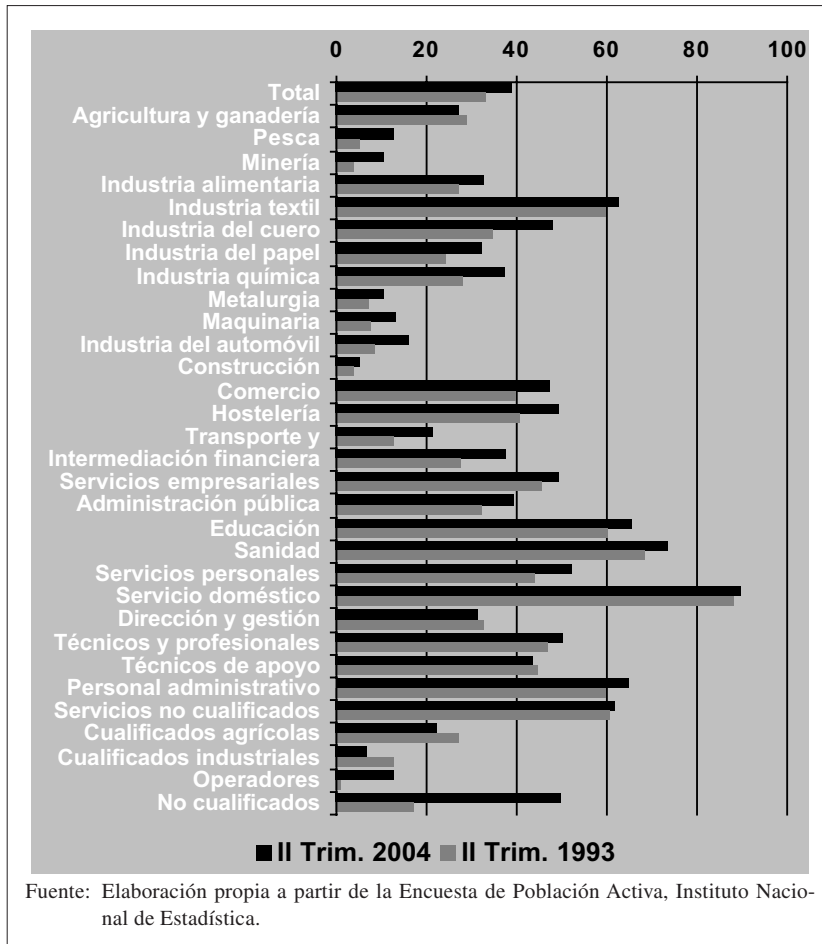
VARIACIÓN DEL EMPLEO EN ESPAÑA EN EL SEGUNDO TRIMESTRE,
POR AÑOS (EN MILES DE OCUPADOS)



La reducción en la senda de crecimientos del empleo se da para prácticamente todo el conjunto de subdivisiones disponibles. Cae tanto para hombres como para mujeres. Mientras que hace un año, el crecimiento del empleo entre los hombres alcanzaba el 2,6 por ciento en términos interanuales, en la actualidad su senda de expansión se ha reducido hasta el 2,3 por ciento. La caída es ligeramente menor para las mujeres. De un ritmo de creación de empleo del 4,9 por ciento se ha pasado al 4,5 por ciento actual. Y, aunque el empleo femenino crece en los últimos años a ritmos superiores al de sus congéneres masculinos, la mala distribución por géneros muestra escasos patrones de corrección en la década. Aunque el crecimiento de la participación femenina es una constante en casi todas las ramas de actividad y todos los nichos ocupacionales, la paridad está lejos de encontrarse.

De hecho, aquellas ramas de actividad en la que las mujeres ya eran mayoría, como la industria textil, la educación, la sanidad o los servicios a los hogares, registran buena parte de los mayores crecimientos de ocupación femenina. Las mujeres siguen siendo franca minoría en el sector pesquero, en la minería y en la construcción, así como en las ramas de la actividad industrial más intensivas en capital y, en consecuencia, más susceptibles de devengar mejores sueldos a sus trabajadores. El sector servicios es casi el nicho exclusiva de actividad femenina, donde se concentran nueve de cada diez trabajadoras. En contraste, las mujeres han sufrido un notorio crecimiento en el empleo no cualificado.

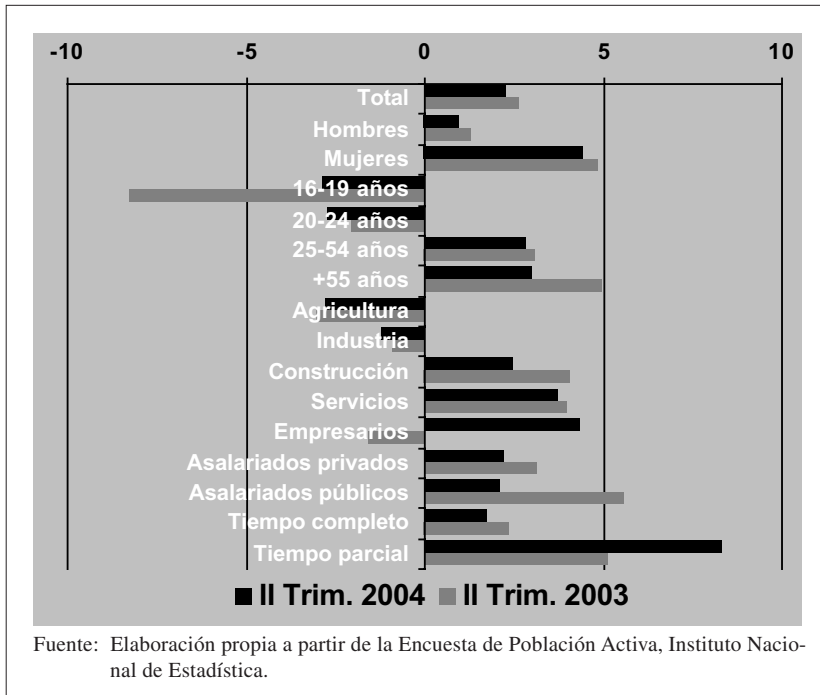
**TASA DE FEMINIZACIÓN DEL EMPLEO POR RAMAS DE ACTIVIDAD
Y CATEGORÍAS OCUPACIONALES (EN PORCENTAJE), 1992 Y 2004**



Con la excepción de los menores de veinte años, que ven cómo el ritmo de su caída de empleo global se reduce, el descenso en la velocidad de cruce de creación de empleo es transversal a todas las categorías de edad. La disminución en la generación de empleo es particularmente abrupta entre los mayores de cincuenta y cinco años. Por sectores de actividad, la agricultura y la industria ven profundizarse su tendencia a la destrucción de empleo. Esta caída en la ocupación la compensan con creces la construcción y el sector servicios. La construcción, sin embargo, muestra una profunda desaceleración en la creación de empleo. De una tasa de crecimiento superior al cuatro por ciento hace tan sólo un año se pasa a un ritmo más mode-

rado cercano al 2,5 por ciento. El sector servicios, es el que mantiene la estela del empleo. Ocho de cada diez empleos netos que se crearon tuvieron su fuente en estas ramas de actividad, profundizando así una tendencia hacia la terciarización de mucho más largo alcance.

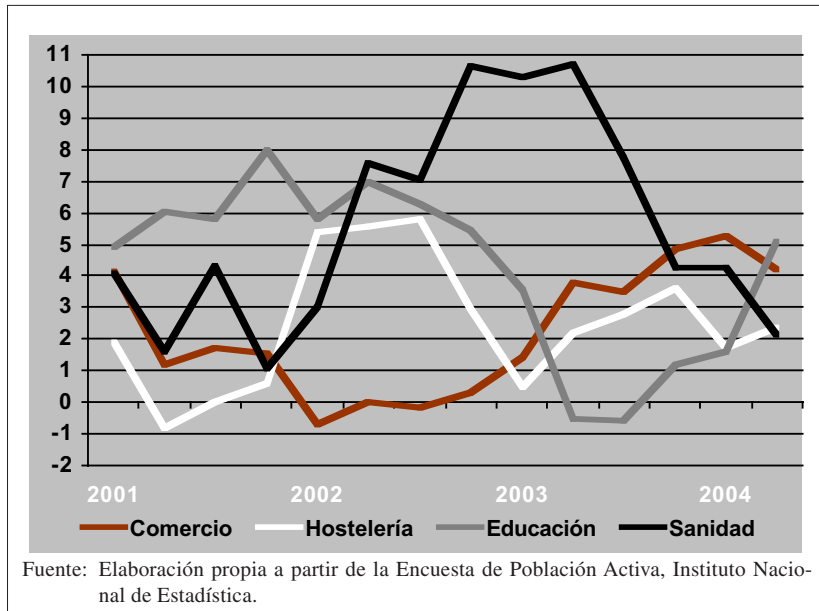
VARIACIÓN INTERANUAL DEL EMPLEO POR CATEGORÍAS (EN PORCENTAJE)



El sector servicios, que, en términos agregados, muestra una marcha sólida, en mayores niveles de desagregación, observa comportamientos más eclécticos. El comercio y la hostelería, que aportan casi un quinto del empleo en los servicios tienen desarrollos contradictorios. El comercio en general ha superado un bache del empleo que se produjo en 2002 y los últimos datos muestran una consolidación en el patrón del crecimiento. La hostelería apenas sale de la recuperación en el empleo y muestra un comportamiento bastante errático. La educación y el sector sanitario parecen tener oscilaciones complementarias: cuando sube uno, baja el otro. En lo que va de 2004 el sector educativo está en una senda ascendente en cuanto al crecimiento de la ocupación. Al contrario, la sanidad ha perdido buena parte de su impulso anterior, cuando en 2003 registró crecimientos de empleo

superiores al diez por ciento en términos interanuales. La actividad inmobiliaria es la que registra los mayores crecimientos en términos de empleo, del 11,3 por ciento, después de superar un ligero bache en el año anterior. El sector financiero, a la inversa, observa unos patrones de comportamiento contrarios. Si 2003 resultó un año excelente para el empleo en este sector, durante el presente año se han recuperado los valores negativos en la evolución del empleo, lo cual ha sido una constante desde al menos dos lustros. La contratación de personal doméstico, por su parte, ha pasado en tan sólo dos trimestres de elevar la demanda de este tipo de empleo a ritmos superiores al diez por ciento a crecimiento cero.

VARIACIÓN INTERANUAL DEL EMPLEO POR RAMAS DEL SECTOR SERVICIOS (EN PORCENTAJE), 2001-2004

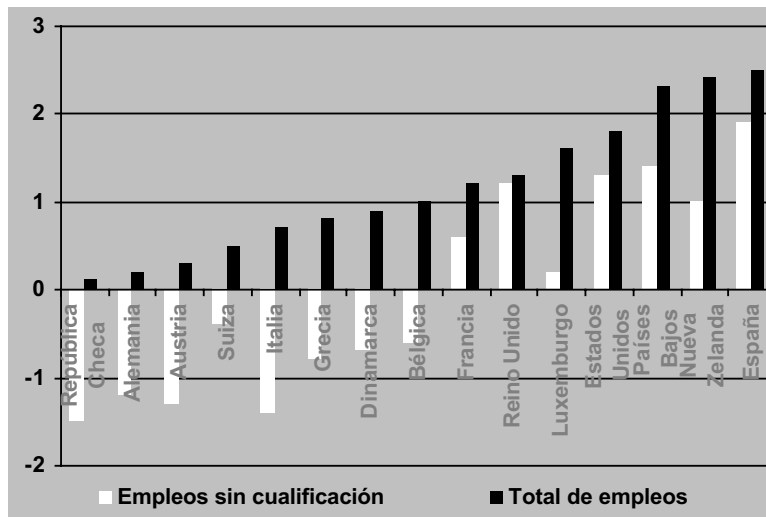


El sector privado es el que mantiene la senda de crecimiento de la ocupación, aportando cuatro de cada cinco nuevos empleos. Y, aunque el ritmo de generación de empleo pierde potencia, el número de asalariados privados continuó creciendo al 2,5 por ciento en términos interanuales. Más acusada es la pérdida de gas en el empleo público, que en tan sólo un año ha pasado de crecer a ritmos por encima del cinco por ciento a hacerlo en apenas un dos por ciento. El único elemento que parece ganar impulso durante el último año en la creación de empleo es la ocupación a tiempo parcial. Ha crecido en casi el ocho por ciento, un salto importante con respecto a sus ya

importantes ampliaciones de los años precedentes, siempre por encima del empleo a tiempo completo. La idea de que España es un país reactivo al empleo a tiempo parcial va perdiendo fuerza.

No puede decirse lo mismo de la cualificación necesaria para las ocupaciones laborales. Durante el último año, la creación de empleo se situó de manera mayoritaria entre las ocupaciones menos cualificadas y en las ramas de actividad que exigen menores grados de cualificación. En este sentido, el comportamiento del empleo nuevo no varía del que se ha registrado durante la última década. La gran mayoría del empleo que se creó durante la última década se correspondió con trabajos que necesitan poca o nula cualificación. Esta eventualidad contrasta con la situación que se observa a escala internacional. Sólo en el Reino Unido, en Estados Unidos y, en menor medida, en los Países Bajos, el crecimiento del empleo de baja cualificación fue superior al de alta cualificación. Pueden así asimilarse los patrones de comportamiento del empleo a lo que se denomina como modelo anglosajón: gran demanda de empleo de bajos salarios, baja cualificación, con pautas flexibles. En el resto de países la mayoría del nuevo empleo creado se correspondió con altas demandas de formación, e incluso en un puñado de países, entre los que destacan Alemania e Italia, la cantidad total de empleo de baja cualificación se redujo en términos absolutos.

VARIACIÓN ANUAL DEL EMPLEO SEGÚN PAÍS Y TIPO DE EMPLEO
(EN PORCENTAJE), 1993-2002

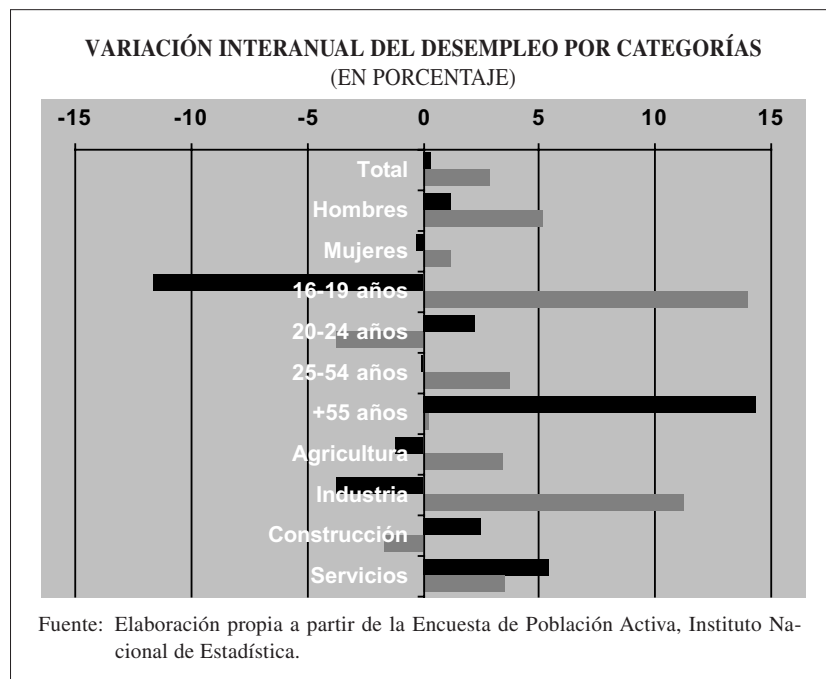


Fuente: Elaboración propia a partir de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

4. DESEMPLEO

La suma de un crecimiento menguante de la actividad y de un aumento algo menos moderado de la actividad da como resultado una ligera reducción en el tamaño del desempleo en España. Los setenta mil desempleados netos que del paro sirven para llevar la tasa de desempleo por debajo del once por ciento por segunda vez desde finales de los años setenta, en concreto hasta el 10,92 por ciento. Sólo en 2002 se dieron menores cotas de desempleo relativo. La paradoja, explicada por el crecimiento de la ocupación, es que existiendo diez mil desempleados más que en el mismo trimestre del año anterior, la tasa de desempleo disminuye. El ritmo de aumento del desempleo, no obstante, se ha reducido de manera notable con respecto a la senda que existía en el mismo periodo del año anterior. Ha pasado de crecer en un 2,9 por ciento a hacerlo a ritmos tan bajos como del 0,4 por ciento. Sin embargo, el último trimestre representa un cambio de tendencia con respecto a lo que se había observado el trimestre anterior, en el que disminuyó el número total de desempleados.

En una circunstancia bastante excepcional a lo largo de la historia reciente del mercado de trabajo español, el número de desempleadas disminuye a la par que aumenta el de parados varones. En ambos casos, las va-



riaciones son mínimas: de menos del dos por ciento positiva para los hombres y menor al uno por ciento para las desempleadas. Por edades, el desempleo entre los adultos de veinticinco a cincuenta y cuatro años ni se inmuta. Aumenta bastante el de quienes superan los cincuenta y cinco años y disminuye el de los más jóvenes. El sector más afectado por el crecimiento del desempleo es el de los servicios. En menor medida aumenta el desempleo en la construcción. Constituye el crecimiento del desempleo en este sector un movimiento innovador que no se producía desde mediados de los años noventa.

No obstante, la paulatina reducción del desempleo en España, que ha sido drástica desde mediados de los años noventa hasta la actualidad con un breve interludio desde 2001 hasta esta parte, no consigue alejar la tasa de desempleo española de los primeros puestos de las tablas internacionales. De los países que componen la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, sólo Polonia y Eslovaquia se sitúan por encima en este aspecto de la vida social y económica. Y no puede decirse que el espectacular descenso del desempleo que se ha producido en la última década en España no haya tenido parangón en el mundo desarrollado. Irlanda, con una política económica que podría calificarse de liberal, ha pasado de tasas de desempleo por encima del quince por ciento a mantenerse por debajo del





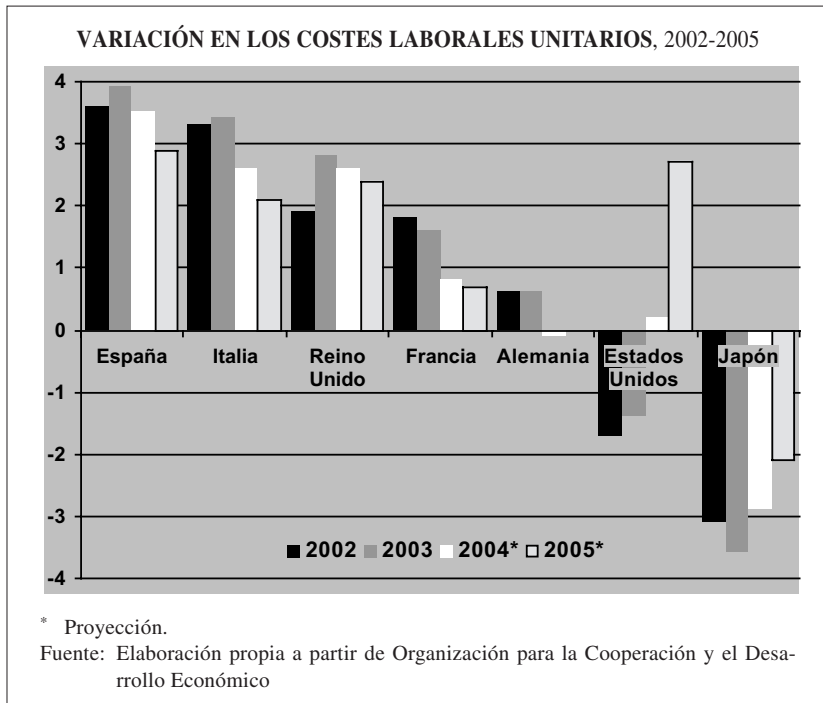
cinco por ciento. Desde niveles cercanos al diez por ciento hasta situarse en umbrales cercanos a lo que se considera como paro friccional o pleno empleo, han pasado Dinamarca, Suecia, Reino Unido y Nueva Zelanda. Y partiendo de tasas de desempleo similares a las de España hace una década, Finlandia ha conseguido una disminución aún mayor. En ese periodo de tiempo ha pasado del 16,8 por ciento al nueve por ciento. Por lo tanto, a diferencia de lo que ha ocurrido con el crecimiento del empleo, la reducción de la tasa de desempleo en España no ha sido un hecho excepcional.

Pero no todo han sido buenas noticias en el mundo del empleo en el mundo, valga la redundancia. Paradójicamente, las tres economías más grandes del mundo han sido las menos proclives a las mejoras generales en el mercado de trabajo. La prolongada crisis en Japón ha duplicado la tasa de desempleo, aunque aún se mantenga en un moderadísimo 5,3 por ciento. En Estados Unidos, que durante buena parte de los años noventa pasó como el ejemplo en materia de empleo, la reducción del desempleo ha sido muy baja. Por su parte, Alemania ha visto elevarse su tasa de desempleo desde el 7,7 por ciento al 9,3 por ciento el último año.

5. CONDICIONES DE TRABAJO

Los costes laborales unitarios se incrementaron en España durante 2003 un 3,9 por ciento, lo cual representa un ligero repunte con respecto a lo registrado el año anterior. Se cumple así con una tendencia histórica de inmoderado crecimiento de esta variable que trata de reflejar el avance o el deterioro de la posición competitiva de una economía en lo referente a la fuerza de trabajo. En las proyecciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la tendencia alcista de los costes laborales unitarios debería corregirse en los próximos años, aunque no existe una explicación clara de por qué se vaya a producir esta rectificación. En Europa sólo Irlanda, Suiza y los países de las economías que ya cumplieron con su transición económica presentan un crecimiento más agudo de los costes laborales unitarios. Mientras tanto, esta variable crece de manera mucho más moderada en los países centrales de la Unión Europea, desde el 0,6 por ciento de Alemania o Finlandia hasta el 3,4 por ciento de Italia. Fuera del continente, Estados Unidos y Japón presentan tasas negativas de crecimiento de los costes laborales unitarios.

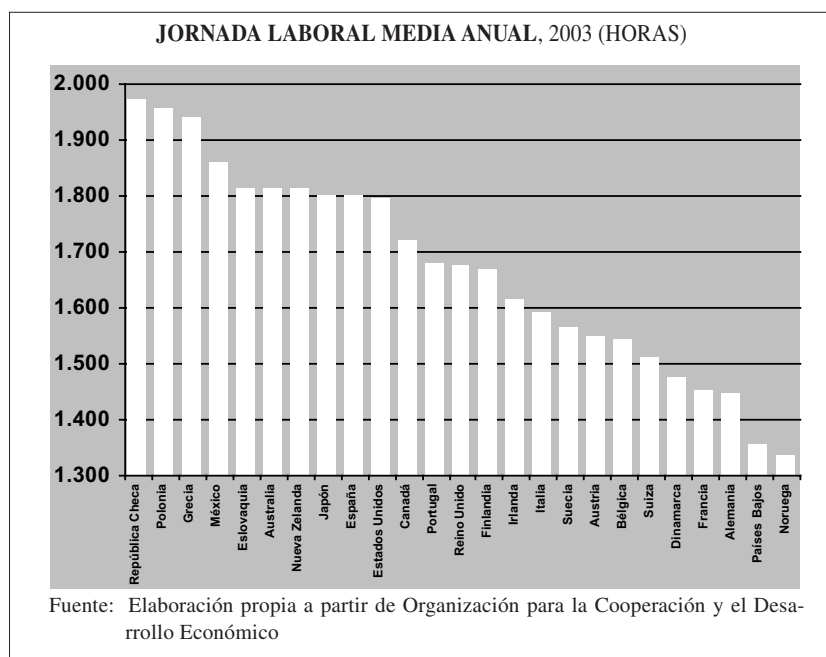
La jornada laboral es más prolongada en España de lo que lo es en la media de los países desarrollados. Se encuentra entre los países con jornadas más largas, situado entre Japón y Estados Unidos. Dentro de la Unión Europea, sólo en Grecia y en varias de las nuevas incorporaciones de países de Europa central y oriental, los trabajadores pasan más tiempo en su centro de trabajo. En España los trabajadores emplean en su empleo hasta cua-



trocientas horas más al año que sus colegas holandeses o noruegos, los dos países con jornadas más reducidas, bastante más que en Francia con su polémica ley de las treinta y cinco horas semanales. En el primero de estos dos casos, la frecuencia del trabajo a tiempo parcial puede explicar su diferencia en prolongación de la jornada laboral con respecto a España. Pero en Noruega, con tasas de parcialidad similares a las españolas, toda la explicación puede atribuirse a los trabajadores a tiempo completo y su horario laboral. En términos agregados, allí donde la productividad laboral por hora trabajada es más alta y mayor el número de ocupados, más modestas son las jornadas laborales.

En porcentaje, en los países desarrollados el número de horas de trabajo remunerado ha descendido en un escaso uno por ciento desde 1970. Esta reducción, cualquiera que sea su cuantía, se produjo en el setenta y cinco por ciento de los países. Estados Unidos se encuentra entre los casos excepcionales. La mayor parte del descenso se concentró en los años setenta. De hecho, en la inmensa mayoría de los países desarrollados los años noventa fueron testigos de un aumento de la dedicación horaria al ámbito del trabajo remunerado. A partir de entonces la jornada laboral per capita apenas ha variado. Esta pírrica disminución enmascara dos efectos contradictorios. Por una parte, se ha producido una reducción del diez por ciento en el número

de horas anuales que en promedio realiza cada trabajador. Por otra, el crecimiento de un cuatro por ciento en el empleo y un aumento similar en la población en edad de trabajar provoca el efecto contrario.

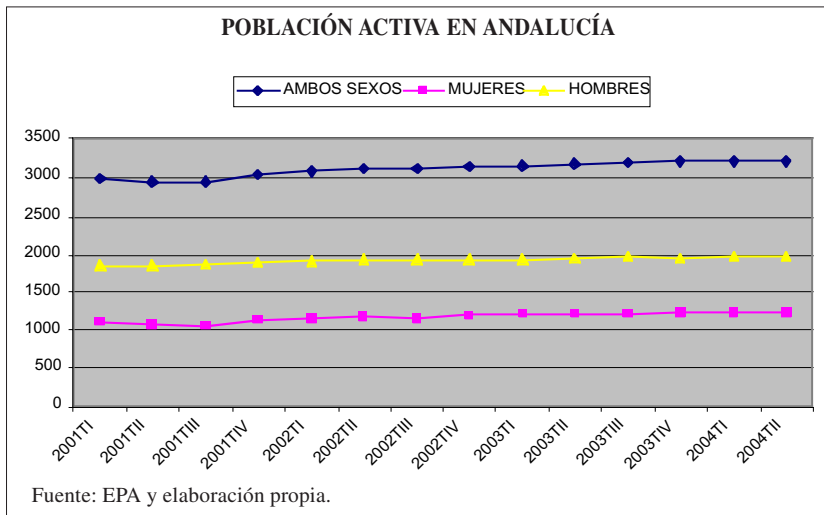


6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

Una vez considerada la evolución del mercado de trabajo en el conjunto de la economía española, vamos a centrarnos en algunos aspectos relevantes característicos del mercado de trabajo en Andalucía en el segundo trimestre de 2004.

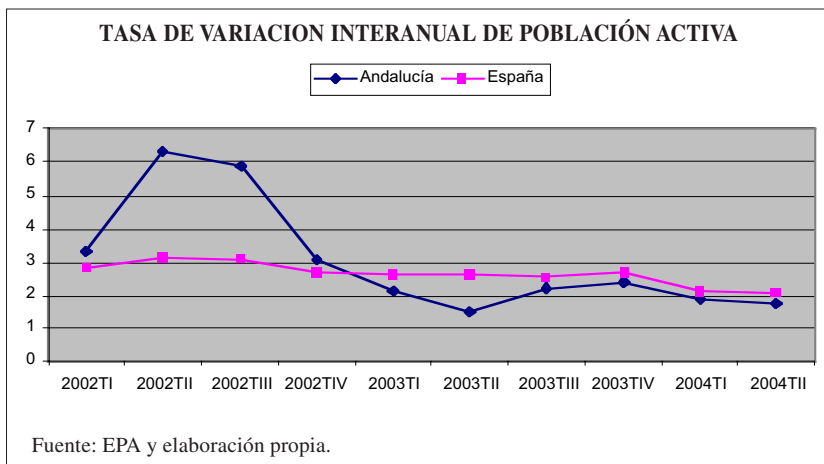
OFERTA DE TRABAJO

El número total de personas laboralmente activas se situó en el segundo trimestre de 2004 en Andalucía en un total de 3.219.100 personas, lo que supone un aumento de 12.500 personas respecto al trimestre anterior y de 56.000 respecto al mismo trimestre del año 2003. El incremento de la población activa en este trimestre se distribuyó en 3000 hombres y 9.500 mujeres. La tendencia creciente de la población activa se mantiene de forma sostenida desde el tercer trimestre de 2002, con la única excepción del primer trimestre de 2004 en la que se mantuvo inalterada.

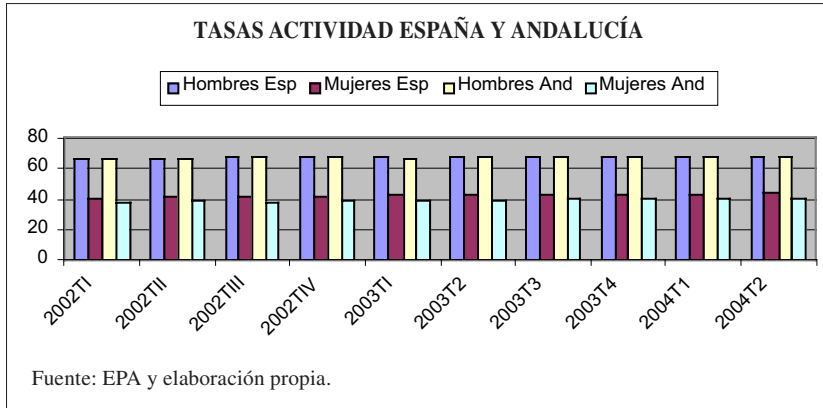


Como consecuencia de esta evolución, la tasa de actividad global de Andalucía se ha situado en el 53,35%, aumentando doce décimas en el trimestre y más de medio punto respecto al mismo trimestre de 2003. La diferencia con la tasa media de actividad nacional se ha agrandado en once décimas.

La tasa de actividad masculina se ha mantenido inalterada en este trimestre en el 67,23%, mientras que la femenina alcanza el 40,21%, siendo los valores nacionales el 67,55% y el 44,47%, respectivamente. La convergencia en la tasa de actividad masculina es prácticamente total, mientras que se sigue reduciendo la diferencia entre las tasas de actividad femeninas nacional y regional.

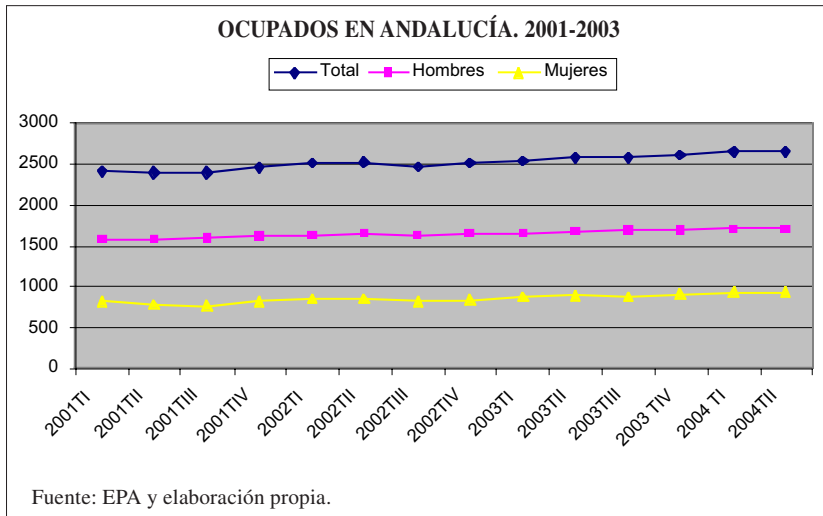


La tasa de variación interanual de la población activa en Andalucía muestra, en los últimos trimestres un perfil de crecimiento inferior al nacional, aunque en 2002 la tasa de variación interanual andaluza fue mucho más elevada que la española. Parece que en los últimos periodos la evolución tiende a ser muy semejante en ambos ámbitos geográficos.



DEMANDA DE TRABAJO

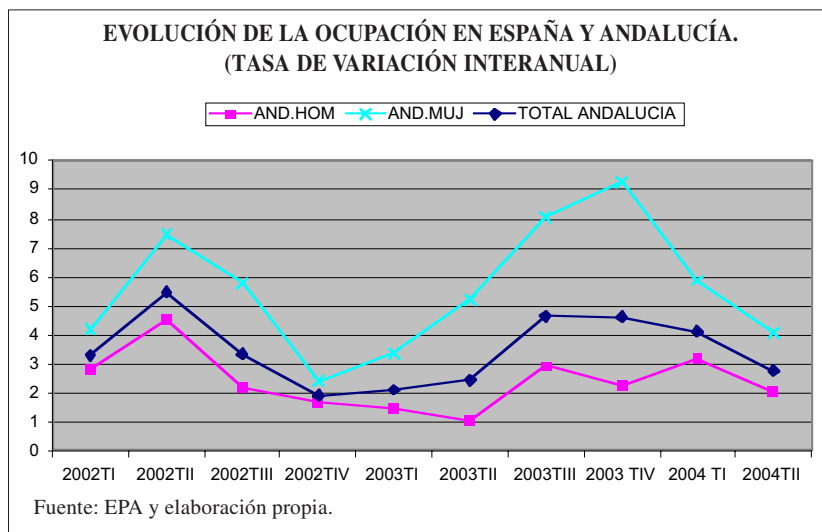
En Andalucía la cifra de ocupados se situó en 2,659.200, lo que significa un aumento de 4.400 personas respecto al trimestre anterior y casi 71.000 respecto al mismo trimestre de 2003. La tasa de crecimiento interanual se situó en el 2,74%, superior a la española (2,30%).



El empleo crece entre los hombres (6.600) y disminuye entre la mujeres (2.200), aunque en términos de tasa interanual, el crecimiento de la ocupación femenina es muy superior (4,06% con respecto a 2,04%). Por edades, en ambos casos el empleo crece fundamentalmente en el tramo de los 25 a los 39 años.

Por sectores, la ocupación ha crecido, en el segundo trimestre de 2004, en los Servicios (43.800) y algo menos en los sectores de la Construcción (8.200) y la Industria (7.700). Por el contrario, la ocupación se reduce en el sector agrícola (-55.300). Hay que destacar que la tasa de variación interanual de la ocupación en la construcción se ha reducido este trimestre de forma significativa, del 11,29% del primer trimestre de 2004 a un 4,28% de este segundo trimestre.

En cuanto a la situación profesional de los ocupados, el empleo, en este trimestre, crece en el grupo de asalariados que alcanza la cifra de 2.169,4 personas, lo que supone que el 81,58% del total de los ocupados andaluces pertenecen a este grupo.

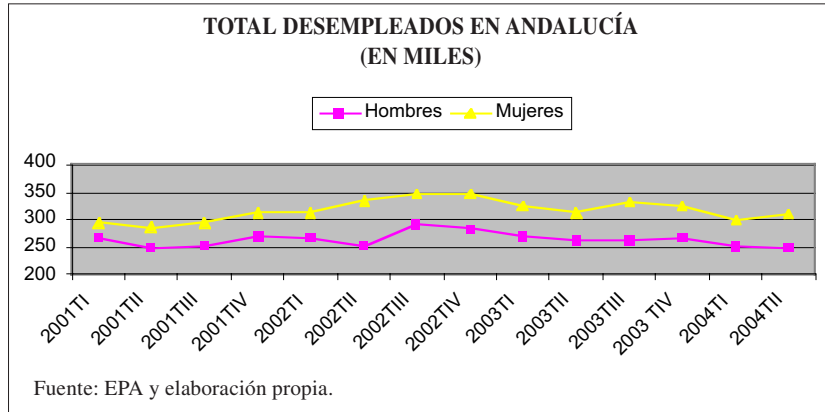


DESEMPLEO

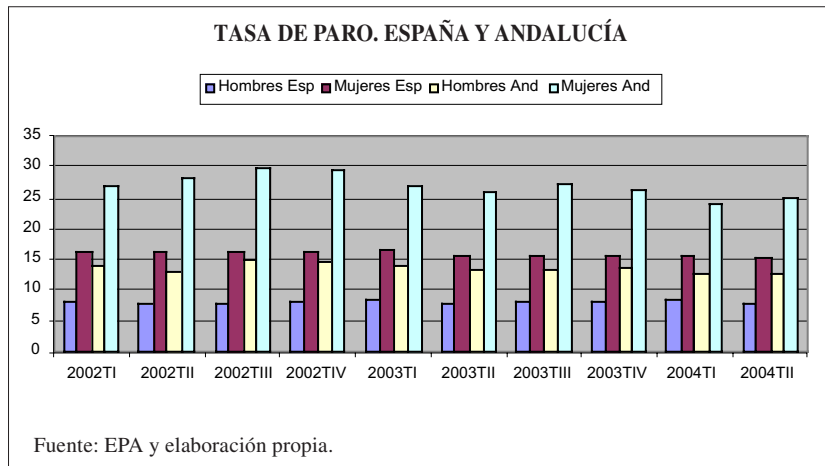
Según los datos de la EPA referidos a Andalucía, el número de desempleados se situó, en el segundo trimestre de 2004, en 559.900 personas, lo que supone un aumento de 8.100 personas, un incremento interanual del 1,46% en este trimestre, si bien respecto al mismo trimestre de 2003 el desempleo se ha reducido en 14.900 personas, (un 2,59%). Esta evolución,

aumentó la tasa de paro andalzuza en este segundo trimestre de 2004 en 0,18 puntos, dejándola en el 17,39%.

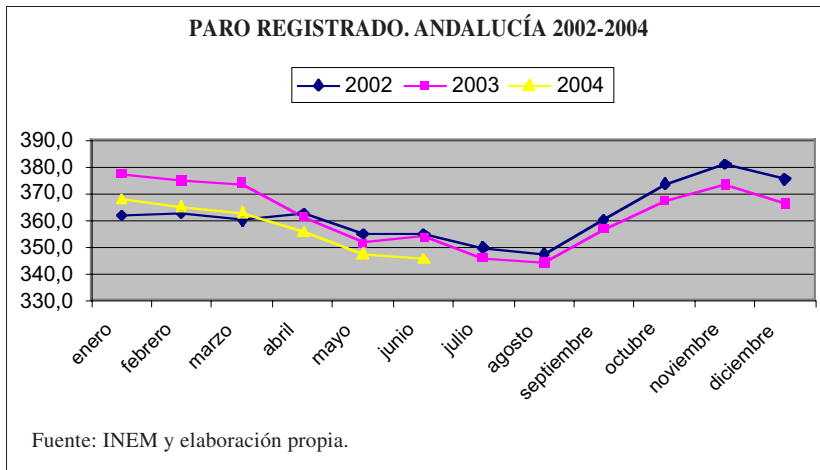
Este aumento del desempleo afecta de forma específica a las mujeres (11.600) de todos los tramos de edad, mientras que el desempleo masculino se redujo (3.600), especialmente en el tramo de edad de 25 a 39 años. Según los diferentes sectores económicos, el desempleo creció de forma intensa en la agricultura.



La evolución descrita del desempleo, situó la tasa media de paro en Andalucía en el 17,39%, 0,18 puntos superior a la del trimestre anterior y 0,78 puntos inferior a la del mismo trimestre de 2003. La tasa de paro masculina alcanzó el 12,60%, frente al 7,97% nacional, mientras que la tasa de paro femenina andaluza se situó en el 24,98%, frente al 15,18% de la tasa nacional.



La evolución del desempleo puesto de manifiesto por la Encuesta de Población Activa, puede ser contrastada por la información aportada por el Instituto Nacional de Empleo. Los datos disponibles muestran que se mantiene la tendencia decreciente desde principios del año 2004. Es una evolución paralela a la puesta de manifiesto en los años 2002 y 2003, aunque a unos niveles más bajos que entonces.

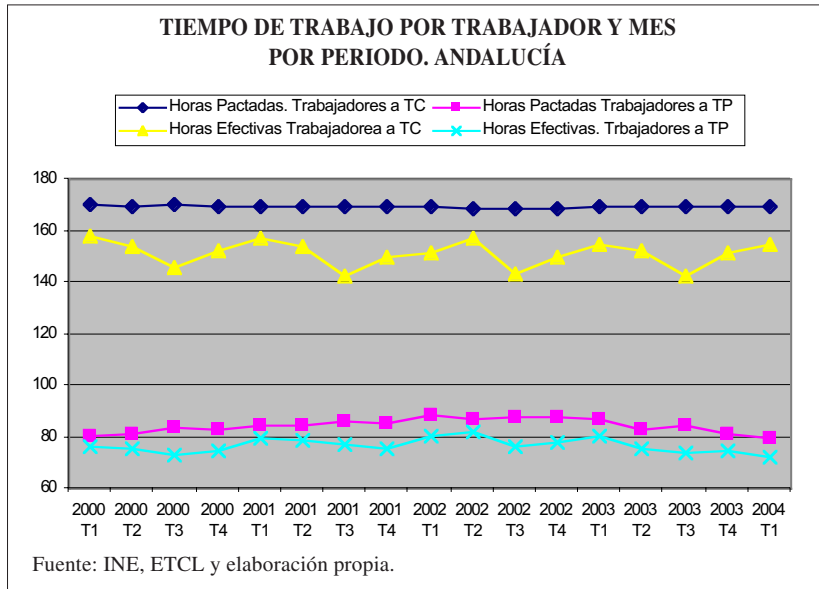


CONDICIONES DE TRABAJO: JORNADA Y COSTES LABORALES

La evolución de las variables laborales en Andalucía en el segundo trimestre de 2004, puede completarse con una visión un poco más amplia, que abarca desde principios de los años 2000, a partir de los datos proporcionados por la Encuesta trimestral de coyuntura laboral. En este apartado nos vamos a centrar en dos aspectos básicos: el tiempo de trabajo y los costes laborales.

La tendencia de evolución de las horas de trabajo pactadas de los trabajadores a tiempo completo, se ha mantenido bastante estable a lo largo de los años considerados. Sin embargo, la evolución de las horas de trabajo efectivas muestra un claro componente estacional, que marca una importante diferencia en el comportamiento de ambas series. Se observa que en el tercer trimestre se da un mínimo en cada año plasmado, lo que puede ser atribuido a la parada vacacional del verano. A pesar de ello, se observa una ligera reducción tanto en ambas series.

Por el contrario, la evolución en los últimos años de las horas de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial muestra una evolución muy cercana entre las horas pactadas y las efectivas.



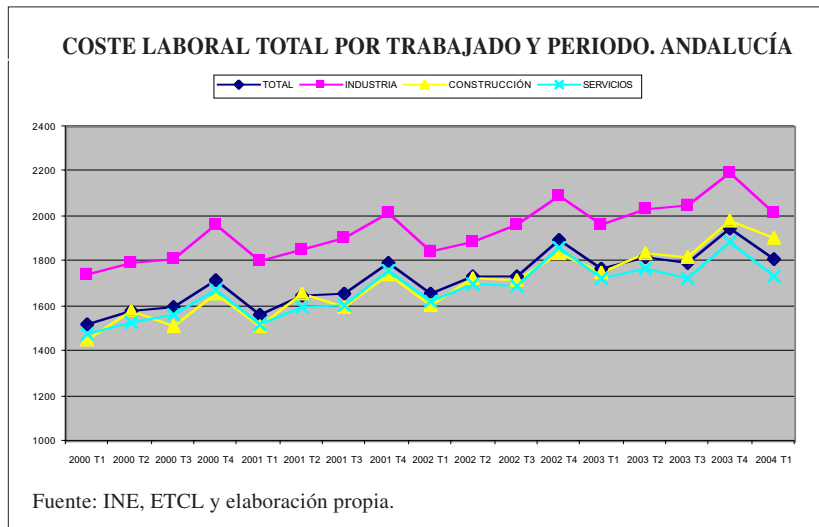
Un análisis complementario de la jornada laboral puede hacerse a partir del estudio de los costes laborales, con lo que tendríamos de información para aproximarnos ligeramente a la evolución de la competitividad de la economía andaluza, que exige un análisis más pormenorizado.

La evolución de los costes laborales en Andalucía presenta una clara tendencia creciente desde principio de la década actual. A partir de la información que aporta el Instituto

Nacional de Estadística en la ETCL, se observa que la evolución de los costes laborales más altos se encuentran en el sector industrial, muy superior a lo que ocurre en los sectores de la construcción y los servicios. Estas diferencias son relevantes en tanto que nos indican que el sector servicios es el que aporta un coste laboral total menor por periodo, siendo el sector que ocupa a mayor número de personas en Andalucía.

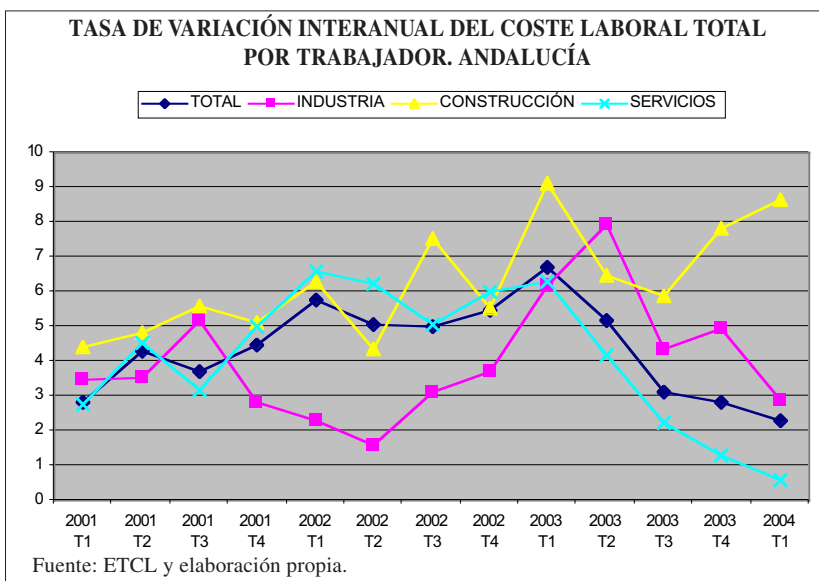
El análisis de la evolución general de los costes laborales se puede completar con el estudio de la tasa de variación interanual de esta misma variable. Las tasas de variación interanual muestran una evolución muy diferentes según el sector considerado. En lo referente a la evolución general, las tasas interanuales crecen entre el primer trimestre de 2001 y el primer trimestre de 2003, cuando alcanza un máximo cercano al 7%, a partir de entonces, las tasas de variación interanuales van decreciendo hasta unas tasas algo superior al 2%, esta reducción de los costes laborales se corresponde a unos periodos de importante crecimiento del empleo.

Si se analiza la evolución de cada sector considerado nos encontramos con relevantes diferencias. La serie referida al sector de la construcción pre-

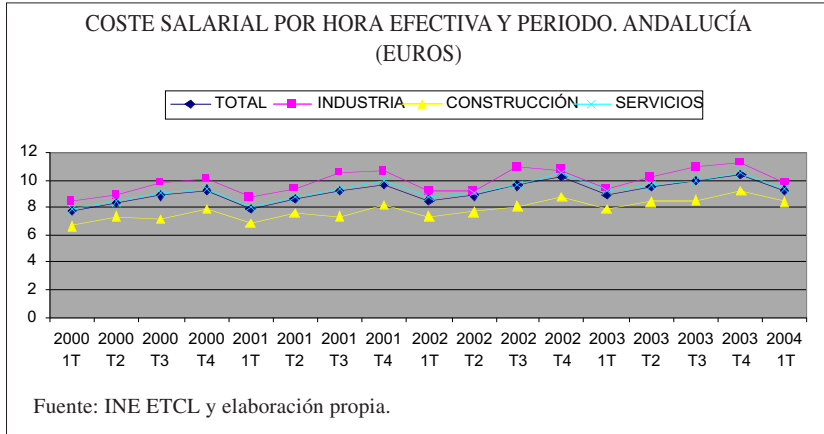


senta un claro componente tendencial de crecimiento, acentuado en los últimos trimestres considerados. Ello es reflejo del crecimiento de la actividad en el sector, acaecida en los últimos años y que hemos considerado en artículos anteriores.

Por último, creemos que merece la pena destacar las moderadas tasas de variación interanual de los costes laborales del sector de los servicios, que desde comienzos de 2003 presenta una tendencia decreciente.



Si nos fijamos ahora en la evolución de los costes salariales por hora efectiva de trabajo, se observa un componente estacional con un pico en el cuarto trimestre de cada año. A lo largo de todo el periodo considerado, los costes salariales más bajos se dan en el sector de la construcción, y los más altos en el sector de la construcción.





3

Comentarios de Jurisprudencia







NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

EL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL MARCO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

STC 27/04, de 4 de marzo

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ *

SUPUESTO DE HECHO: Tras la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Barcelona, de 17 de mayo de 2000, en respuesta a la demanda en reclamación de cantidad de un trabajador de la empresa Mohn, S.L., éste interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional aduciendo conculcación de la legalidad vigente por parte del Convenio colectivo aplicable. Dicho convenio colectivo introducía diferencias retributivas entre aquellos trabajadores fijos que el 31 de enero de 1996 estuvieran percibiendo complemento personal por antigüedad y aquellos otros que accedieron a la empresa por primera vez o bien alcanzaron la condición de fijos con posterioridad a una determinada fecha. La Sentencia de instancia desestima la pretensión del actor, fundamentada en la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación del art. 14 CE., al entender que la diferencia salarial tiene una justificación objetiva al estar en relación con la antigüedad que ostente cada trabajador en la empresa.

RESUMEN: El Tribunal Constitucional (Ponente: D. Tomás S. Vives Antón) entra a conocer el recurso de amparo y admite a trámite la demanda contra la sentencia antes citada. Este Tribunal parte de una premisa básica: sólo es posible otorgar el amparo en el supuesto de que realmente se haya producido una desigualdad carente de justificación. Es decir, el principio de igualdad no implica en todos los casos un idéntico tratamiento normativo con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Sin embargo, este tratamiento desigual tiene un límite que opera cuando la desigualdad en cuestión está desprovista de una justificación objetiva y ra-

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



zponible. Partiendo, pues, de esta premisa, el Tribunal Constitucional se centra en determinar si la fecha de ingreso y la adquisición de la condición de fijos de plantilla de los trabajadores concernidos en la empresa son suficientes elementos diferenciadores para justificar un diferente salario de los mismos. El Tribunal termina considerando que dicha doble justificación no se halla presente en el supuesto en cuestión y otorga el amparo al actor. Con carácter previo, el Tribunal Constitucional matiza, siguiendo la línea doctrinal más clásica, el carácter exclusivamente privado del convenio colectivo, otorgándole una relevancia cuasi-pública, lo que contribuye a entender la necesidad de que dicho instrumento de la autonomía colectiva haya de ser especialmente respetuoso con el respeto de los derechos fundamentales.

ÍNDICE

1. REFLEXIONES PREVIAS
2. RUPTURA DE LA TENDENCIA DOCTRINAL MÁS RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LAS RELACIONES ENTRE IGUALDAD Y CONVENIO COLECTIVO
3. INEXISTENCIA DE JUSTIFICACIÓN DE LA DIFERENCIA DE TRATO
4. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA STCo. 27/04, DE 4 DE MARZO

1. REFLEXIONES PREVIAS

El supuesto de hecho que nos ocupa se incardina en el marco de una diferencia de trato salarial incorporada en el clausulado convencional y asociada con el hecho de la pertenencia a la empresa con un determinado grado de antigüedad. En el marco de una determinada empresa se incorpora en su correspondiente convenio colectivo una serie de mecanismos de determinación de concretas partidas salariales en base a dos hechos: en primer lugar, una determinada antigüedad mínima; en segundo lugar, que dicha antigüedad venga acompañada por la circunstancia de que se sea fijo de plantilla. De este modo, aquellos trabajadores que poseyeran esta doble característica el 31 de enero de 1996, con la salvedad de que también se le extenderá esta consideración a los temporales anteriores al 31 de enero de 1995, obtendrán el derecho a disfrutar de un complemento por antigüedad calculado en unos concretos porcentajes respecto del salario base y claramente ventajoso respecto del aplicable al resto de los trabajadores de la empresa.

Como puede constatarse, una vez más accede al Tribunal Constitucional una práctica que se ha venido generalizando en las dos últimas décadas, cual es la de las dobles escalas salariales en sus distintas modalidades y, en general, las diferenciaciones salariales fundamentadas en la temporalidad del vínculo contractual que une al trabajador con la empresa. Asociadas a la progresiva precariedad del empleo, sobre todo de aquellos que acceden al mercado de trabajo a través de contratos temporales, aquéllas se configuran como



un instrumento idóneo de gestión empresarial, pues con ellas se asegura la paz social al dividir a los trabajadores en distintos niveles retributivos al tiempo que se convierte en privilegiados a aquellos con mayor capacidad de reacción y negociación. Por el contrario, aquellos que no poseen la experiencia ni las posibilidades adecuadas para reaccionar frente al empresario y a sus representantes se ven sometidos a condiciones de trabajo menos ventajosas e impuestas por sujetos ajenos, en buena medida, a sus intereses. Es partiendo de esta lógica desde donde habrá que entender la sentencia ahora comentada.

Desde nuestro punto de vista, en el caso enjuiciado por la STCo. 27/04, de 4 de marzo, habría que diferenciar claramente dos situaciones de gran significación a la hora de valorar la constitucionalidad del articulado del convenio colectivo en cuestión. Por una parte, nos hallaríamos ante la opción convencional de establecimiento de un doble sistema de remuneración de la antigüedad basado exclusivamente en el momento de incorporación del trabajador a la empresa. De esta manera, correspondería un complemento personal de antigüedad calculado en dos bienios del 5% y cinco quinquenios del 10%, con un máximo del 60%, para aquellos trabajadores que ingresaron en la empresa con anterioridad al 31 de enero de 1996. Para todos aquellos trabajadores que ingresaron con posterioridad a dicha fecha se les atribuirá un complemento de antigüedad que irá de las 4.202 a las 12.607 ptas. Frente a esta situación, habría que valorar la exigencia de un requisito más riguroso, como es el de un año adicional respecto de los trabajadores fijos de plantilla, para que los trabajadores temporales puedan permanecer en el anterior sistema de remuneración de la antigüedad.

Del análisis de esta cláusula se desprende que nos encontramos ante una manifestación de la facultad derogatoria configurada en el art. 86.4 E.T a favor de la autonomía colectiva. Conforme a este precepto, los negociadores del convenio están legitimados para disponer de la totalidad de los contenidos del convenio colectivo anterior, salvo que por voluntad del nuevo convenio colectivo se establezca lo contrario. Esta salvedad introduce tácitamente en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de la existencia de las denominadas cláusulas de garantía personal de las condiciones anteriormente reconocidas por el convenio que se viene a sustituir. El precepto estatutario, pues, configura como potestad de los negociadores la delimitación de la fuerza derogatoria del convenio colectivo en toda su extensión. Ésta es, por otra parte, la única posibilidad de mantenimiento de las condiciones disfrutadas colectivamente con anterioridad a la aprobación del nuevo convenio colectivo, siendo, además, consecuencia de la capacidad de negociación otorgada a los representantes de los trabajadores y empresarios. En el concreto supuesto que nos ocupa, los negociadores deciden el mantenimiento de determinados aspectos del convenio colectivo derogado a favor de una parte de los trabajadores de la plantilla.

Así pues, centrándonos exclusivamente en la genérica diferencia de cálculo de la cuantía del complemento de antigüedad, y habiendo admitido la propia legitimidad del convenio para su inclusión, sólo queda determinar si dicha diferencia es o no contraria al principio de igualdad con las concretas características que el convenio colectivo le ha asignado. En este punto la Sentencia ahora comentada califica como contraria al principio de igualdad la propia existencia de la cláusula de desigual trato. Desde nuestro punto de vista, entendemos que la Sentencia, dado que en otros momentos elabora reflexiones que trascienden el objeto de la demanda, debería también aquí haber analizado más pormenorizadamente la posibilidad de la existencia misma de estas cláusulas *ad personam*. A este respecto, creemos que en el supuesto en cuestión la cláusula es claramente contraria al principio de igualdad, pero lo es no porque admita el mantenimiento de la garantía disfrutada hasta el momento, sino que, por el contrario, la tacha de inconstitucional se centraría en el hecho de que garantiza la adquisición de nuevas ventajas *ad futurum* y en perjuicio de los nuevos trabajadores que no podrán adquirir nunca el derecho a ser incluidos en ese modelo de cálculo. Esto es, no sería, entendemos, contraria al principio de igualdad la continuidad de las partidas salariales ya consolidadas por los más antiguos trabajadores de la empresa. Por el contrario, el hacer subsistir los anteriores instrumentos de adquisición del complemento de antigüedad reservados para estos trabajadores sí que sería contrario a dicho principio de igualdad. Así lo entiende expresamente, en última instancia, la STCo. 27/04, al afirmar que «lo reprochable desde la perspectiva del derecho a la igualdad es que se establezca una valoración de la antigüedad para el futuro de modo distinto para dos colectivos de trabajadores, y que se haga exclusivamente en función de la fecha de ingreso en la empresa» (F.J. Sexto).

Completamente distinta, insistimos, desde nuestro punto de vista, sería la trascendencia otorgada por el convenio colectivo a la modalidad contractual del trabajador a la hora de aplicársele o no la garantía *ad personam* prevista respecto del complemento de antigüedad. No todos los trabajadores de la empresa a fecha de 31 de enero de 1996 tendrían derecho a mantener el complemento previsto anteriormente, sino que sería necesario, adicionalmente, que hubieran sido trabajadores fijos de plantilla al menos desde el 31 de enero de 1995. Es decir, cabría la posibilidad de que aun estando en la empresa con anterioridad, como consecuencia de la modalidad de su contrato estos trabajadores no optaran al régimen de complementos de antigüedad más beneficioso, situación que concurriría en los contratados temporales entre el 31 de enero de 1995 y 31 de enero de 1996, a quienes, en definitiva, se le exigiría un año de antigüedad adicional.

Recapitulando lo dicho hasta ahora, las cuestiones concernidas en el supuesto de hecho de la sentencia analizada serían las siguientes: por un lado, posible extensión de las denominadas como cláusulas de garantía *ad*



personam, las cuales se encuentran restringidas a parte de los trabajadores de la empresa; por otro lado, la utilización del criterio de la temporalidad como elemento diferenciador de los trabajadores respecto de las condiciones de trabajo disfrutadas en el empresa.

2. RUPTURA DE LA TENDENCIA DOCTRINAL MÁS RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LAS RELACIONES ENTRE IGUALDAD Y CONVENIO COLECTIVO

La Sentencia del Juzgado de lo Social recurrida, tras mantener la correcta aplicación del convenio colectivo al recurrente, considera que «el trato distinto no puede considerarse discriminatorio ni vulnerador del art. 14 CE, puesto que la diferencia en la configuración del complemento de vinculación, que tiene carácter personal, se basa en la antigüedad que el trabajador ostente en la empresa» (FJ Tercero). Este argumento es claramente rebatido por el Tribunal Constitucional, tal y como tendremos ocasión de analizar.

Una de las características que destaca sobremanera en la sentencia ahora comentada es la clara ruptura de una tendencia que, al menos en la doctrina más reciente del Constitucional, se venía detectando en relación a la valoración de una posible discriminación en las relaciones laborales. Esta ruptura se aprecia especialmente si la comparación se realiza con la STCo. 119/02, de 20 de mayo. En dicha sentencia, en un supuesto de hecho claramente identificable con el de nuestra sentencia, el Tribunal Constitucional llega a una conclusión diametralmente opuesta. En concreto, en el supuesto en cuestión analizado en la sentencia de 2002 se consideraba que la fecha de ingreso era justificación suficiente para la incorporación de un trabajador a una determinada escala salarial anexa a una categoría creada *ex profeso* para los trabajadores de nuevo ingreso. Dicha sentencia estimó suficiente la posibilidad remota y muy dilatada en el tiempo de los trabajadores de nuevo ingreso de incorporarse a la más privilegiada categoría profesional para entender que no se había vulnerado el principio de igualdad, aunque, como ella misma mantenía, no existía diferencia alguna en los caracteres del trabajo aportado por los distintos colectivos.

Por otra parte, la nueva tendencia jurisprudencial¹ resulta más paradójica aún si nos percatamos de que reiteradamente se trae a colación la doctrina mantenida por la STCo 119/02 para llegar a conclusiones opuestas. En

¹ Nos atrevemos a hablar de tendencia por cuanto que la también reciente STCo. 104/04, de 28 de junio, al analizar la posible vulneración del principio de igualdad en la configuración de un doble modelo de plan de pensiones en función de la antigüedad de los trabajadores beneficiados, coincide básicamente en sus argumentaciones con la ahora comentada.

concreto, la STCo. 27/04, de 4 de marzo, entiende que no es dable una diferencia de trato cuando no esté justificada en auténticas diferencias en los elementos objetivos y subjetivos concurrentes, siendo la antigüedad y el momento de adquisición de la condición de fijo en la empresa intrascendentes a estos efectos, puesto que «la simple condición de trabajador de más reciente contratación no conlleva por defecto tareas de menor entidad, ni menor calidad en el servicio, ni esa diferencia material impide en su caso la equivalencia de valor o de importancia de unas y otras prestaciones» (F.J. Sexto).

A este respecto, desde el punto de vista positivo, como se sabe, la Ley 12/01, de 9 de junio, introdujo una importante modificación del art. 15 ET. Conforme a la nueva redacción de su apartado 6, cuando un derecho o condición de trabajo esté atribuido en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación. Es decir, se mantiene la posibilidad de la introducción de diferencias en función de la antigüedad, y en definitiva se permite utilizar este elemento como instrumento diferenciador, siempre que sea factible la adquisición de dichos derechos a los nuevos trabajadores independientemente de su modalidad contractual. En esta línea de claridad expositiva sería deseable que se hubiese pronunciado el Tribunal Constitucional, diferenciando entre la propia cláusula de garantía *ad personam* y los requisitos para poder acceder a la misma. Sin embargo, indirectamente, del razonamiento de la resolución del Constitucional se desprende que la única tacha de inconstitucional a la cláusula del convenio colectivo es la referencia a la temporalidad del vínculo contractual y la configuración de la garantía como instrumento de adquisición *ad futurum* de garantías personales.

La Sentencia ahora comentada, con carácter previo a la determinación de si concurren o no los elementos necesarios para poder estimar que la diferencia de trato no es contraria al derecho fundamental a la igualdad, aborda la cuestión de la vinculabilidad y el alcance del derecho a la igualdad y la no discriminación en el marco de la negociación de un convenio colectivo. A este respecto, se parte de una premisa fundamental, cual es la de que el convenio colectivo tiene su origen en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes negociadoras. Como consecuencia de dicho origen —sigue manteniendo el Tribunal Constitucional— los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores. En este sentido, a juicio del Constitucional no es dable olvidar que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, «observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de su pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de sus representados» (Funda-



mento Jurídico Cuarto). Con anterioridad, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ya consideró en su sentencia 2/98, de 12 de enero, que los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente en la negociación colectiva, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad².

En definitiva, el Tribunal Constitucional trae a colación la tradicional teoría de la superioridad del interés colectivo, portavoces del cual son los representantes de los trabajadores, respecto del interés individual para justificar una aplicación matizada del principio de igualdad. La representantes de los trabajadores son los portavoces de un interés colectivo superior al de los trabajadores individualmente considerados. Además pueden disponer de los derechos de sus representados, siendo dichos representantes los únicos capacitados para calibrar todas las variables que concurren en el proceso negociador (F.J. cuarto).

Así pues, la aplicación matizada de los derechos fundamentales en el ámbito de la negociación colectiva posee una doble justificación: por una parte, por el hecho de incardinarse el convenio colectivo en el ámbito de las relaciones privadas, y, por otra parte, por ser sus negociadores portadores del interés colectivo. Sin embargo, esta doble consideración debe tener en cuenta, continúa el Tribunal Constitucional, que dicho convenio colectivo adquiere una relevancia cuasi-pública, no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar al auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales (F.J. Cuarto)³. Es como consecuencia de dicho carácter por lo que el convenio habrá de estar sometido a las normas de mayor rango jerárquico y habrá de respetar el cuadro de derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución.

Una razón adicional, especialmente interesante, que justificó la admisión del recurso de amparo se encuentra en el hecho de que el colectivo de trabajadores entre los que se contaba el recurrente era un colectivo especialmente desprotegido, dado que en el momento de la negociación del convenio aún no formaba de la empresa, y en consecuencia tampoco había designado a aquellos que terminaron negociando el colectivo que les excluyó,

² Fundamento Jurídico Segundo: «el convenio colectivo, aunque ha de respetar ciertamente las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, ésta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos».

³ Este argumento no es nada novedoso. Véase la ya antigua STCo 177/88, de 10 de octubre (Fundamento Jurídico 4.º).

en última instancia, de algunos de los beneficios. Dicho argumento contradice, siquiera parcialmente, la anterior consideración de los representantes de los trabajadores como portadores del interés colectivo, y por lo tanto también del de los trabajadores con menor capacidad de negociación. También en este punto detectamos un, a nuestro juicio, afortunado cambio de posición por parte de nuestro Alto Tribunal respecto de los perjuicios que el convenio colectivo puede llegar a ocasionar a ciertos colectivos de la empresa, así como respecto a la necesidad de que se arbitren mecanismos adecuados que permitan proteger a aquellos trabajadores más desvinculados y desprotegidos ante una negociación y su correspondiente convenio colectivo, el cual les puede afectar negativamente.

Como puede colegirse, el Tribunal Constitucional aborda, siquiera tangencialmente, una de las cuestiones que respecto a la negociación colectiva ha sido objeto de un debate más intenso en los últimos tiempos. En concreto, a la hora de justificar la imposibilidad de una diferencia de trato en la que el colectivo afectado sea el de los trabajadores temporales, o incluso el de aquellos que en la empresa tengan una antigüedad inferior a la del propio convenio, considera que ambos han de ser especialmente protegidos por cuanto que poseen una «menor capacidad de negociación» (Fundamento Jurídico Sexto). Es decir, se trata impedir que un grupo de trabajadores posea unas peores condiciones de trabajo como consecuencia de que los negociadores no los tuvieron en consideración dado que la capacidad de resistencia a sus decisiones era mínima.

De esta manera, el Tribunal Constitucional se adentra, aunque sea de manera colateral, en el límite de la representación institucional que poseen los representantes de los trabajadores en el marco del proceso negociador. También en este punto parece el Tribunal Constitucional alejarse de la que ha sido su doctrina más reciente. En concreto, cabría recordar la posición mantenida en relación al posible perjuicio que la negociación de un nuevo convenio colectivo puede ocasionar a otro colectivo con reducida capacidad de negociación, como son los ex-trabajadores, y específicamente con respecto a las condiciones de disfrute de sus complementos por pensión⁴.

Es decir, el Tribunal Constitucional se sensibiliza ante la posición que ocupan los trabajadores temporales y los futuros trabajadores de una determinada empresa en el marco de la negociación de un convenio colectivo que les puede afectar negativamente o, al menos, de manera menos favorable que a la del resto de los trabajadores. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha mantenido, como decimos, una posición mucho menos comprensiva con los trabajadores que han pasado a ocupar el difícil estatus

⁴ A este respecto, véase la STCO. 88/01, de 8 de abril.



jurídico de ex-trabajadores, prejubilados, beneficiarios de compromisos por pensiones, etc. En relación a este colectivo, tan falto, o incluso aún más, de capacidad negociadora que los trabajadores temporales, el Constitucional, tras considerarlos vinculados a las decisiones de los negociadores tras su salida de la empresa, ha elaborado una doctrina consistente en entender que estos trabajadores han de soportar las posibles desventajas de un nuevo convenio en muestra de solidaridad con sus compañeros aún en activo.

3. INEXISTENCIA DE JUSTIFICACIÓN DE TRATO DESIGUAL

Conforme a todo lo expuesto, en relación a la determinación de la existencia de discriminación entre los trabajadores que en la empresa Mohn gozan de distintos complementos de antigüedad, la STCo. 27/04, de 4 de marzo, parte del hecho asentado de que no toda diferencia de trato es susceptible de suponer una discriminación. Esta afirmación viene a fundamentarla, paradójicamente, en la STCo. 119/02, de 20 de mayo⁵, para después, sin embargo, alejarse de la doctrina elaborada por dicha sentencia.

En relación a la posible justificación de la diferenciación de trato, resulta importante detenerse en la argumentación desarrollada por el Voto Particular firmado por el Magistrado Conde Martín de Hijas. Éste parte en su apreciación, contraria a la decisión mayoritaria de la Sala, de que la misma no debiera haber entrado a valorar el fondo del asunto, toda vez que éste se refiere a un conflicto *inter privados*, por lo que, para que el tribunal hubiera podido enjuiciar tal cuestión, por la exigencia de subsidiariedad del amparo, hubiera sido necesario un pronunciamiento previo al respecto del Juzgado de lo Social, que no existe en el supuesto en cuestión. La posición mayoritaria respecto a esta cuestión aparece simplemente esbozada en su FJ octavo, según el cual el recurso de amparo no es un instrumento adecuado para pronunciarse sobre la licitud del convenio colectivo. Ello no implica, sin embargo, que las reglas creadas por el ejercicio de la negociación colectiva queden totalmente al margen y sean ajenas al recurso de emparo, ya que no cabe duda de que el convenio colectivo puede lesionar los derechos fundamentales y de que en ese momento se habrá cumplido la primera condición para solicitar el amparo. Lo que sucede, a juicio del Constitucional, es que ello no basta para acudir al proceso de amparo constitucional, pues, según recordaban aquellos pronunciamientos, para que una lesión de origen extrajudicial tenga acceso al mismo, las exigencias técnico procesales de la

⁵ Véase un comentario a dicha sentencia en ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Convenio colectivo y dobles escalas salariales», *T.L.*, núm. 69, 2003, págs. 161-169.

LOTC imponen la mediación de un acto judicial no reparador de las lesiones producidas, siendo, en todo caso, a dicha resolución judicial a la que habrá que imputar la lesión del derecho fundamental precisamente por reiterar y confirmar o por no corregir la vulneración denunciada. Por ello, la declaración de vulneración debe determinar únicamente, a juicio de la sala, la anulación de la Sentencia recurrida y la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para que el Juzgado de lo Social núm. 18 de Barcelona, partiendo de que la controvertida previsión del convenio colectivo resulta contraria al principio de igualdad, dicte nueva Sentencia.

La cuestión de mayor significación aportada por dicho voto particular, al margen las cuestiones meramente procesales, es la relativa a la posible justificación de la diferencia de trato en la relación entre dicha diferencia de trato y el poder del convenio colectivo para llevar a cabo este tipo de diferenciaciones a tenor del nuevo papel que el convenio desempeña en el sistema de fuentes. En concreto, en dicho voto particular se exponen los reparos ante la opinión mayoritaria de la sala, por cuanto que la imposición de esta última supondría un menoscabo al papel que la reforma del ET de 1994 otorgó al convenio colectivo como instrumento de flexibilización de las condiciones de trabajo en la empresa.

Respecto de las condiciones más beneficiosas —mantiene el magistrado disidente— éstas se caracterizarían, entre otras cosas, por suponer diferencias salariales u otro tipo de beneficios a favor de unos trabajadores y en detrimento de otros, con independencia, precisamente, del valor de sus respectivos trabajos. Por el contrario, la Sentencia ahora analizada otorga el recurso de amparo al demandante como consecuencia de que no es suficiente la antigüedad para poder configurar este doble sistema de complementos; es decir, parece cuestionar la propia esencia de las condiciones más beneficiosas, o, al menos, las tradicionalmente calificadas como condiciones más beneficiosas de origen colectivo. De llevar la doctrina del Tribunal Constitucional hasta sus últimas consecuencias se puede afirmar que las condiciones más beneficiosas de origen colectivo desaparecerían de nuestras relaciones de trabajo toda vez que no estaría justificada ninguna diferencia de trato distinta a la relativa al correspondiente valor del trabajo aportado por cada trabajador. Por tanto, se hace imprescindible, para poder mantener la viabilidad de las condiciones más beneficiosas, circunscribirlas al ámbito más restrictivo, y quizás más natural, de las condiciones más beneficiosas de origen puramente individual. Conforme a este planteamiento es como habría de interpretarse el art. 25.2 ET y su referencia a los derechos adquiridos o en curso de adquisición.

Por último, el Voto Particular trae a colación otro aspecto especialmente significativo en el devenir de la negociación colectiva. En concreto, el magistrado disidente critica la propia admisión a trámite del recurso de amparo, toda vez que el mismo supone la necesidad de valorar la legalidad del



convenio colectivo cuando el sujeto impugnante se encuentra despojado de la legitimidad necesaria para hacerlo. Efectivamente, el art. 163 LPL excluyó a los trabajadores individuales destinatarios del convenio de la legitimidad necesaria para poder impugnar un convenio colectivo. Se pretendía con ello salvaguardar el interés colectivo, representado por los negociadores, frente al interés individual. Sin embargo, el criterio mayoritario de la Sala no entendió dicha exclusión de legitimidad como obstáculo para poder entrar a conocer del fondo del asunto, toda vez que entendió que, en realidad, se valoraba la constitucionalidad de la resolución del Juzgado de lo Social y no, realmente, del convenio colectivo que dio lugar a la impugnación.

4. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA STCO. 27/04, DE 4 MARZO

La Sentencia ahora comentada plantea a lo largo de sus distintos Fundamentos Jurídicos muchas de las cuestiones más candentes y de mayor resonancia de los últimos tiempos. Superioridad del interés colectivo sobre el interés individual, capacidad del convenio colectivo para disponer de los derechos individuales, relación entre representación institucional y colectivos especialmente desfavorecidos de trabajadores, cláusulas de garantía *ad personam*, impugnabilidad del convenio colectivo, etc. Sin embargo, estas cuestiones son obviadas o simplemente traídas a colación por parte de nuestro Tribunal Constitucional de manera anecdótica. En realidad, la escasa trascendencia, en última instancia, de la presente sentencia, se encuentra en consonancia con una clara separación respecto a la doctrina que hasta este momento había sido predominante en el Tribunal Constitucional.

La contradicción, presente en muchas ocasiones, entre los intereses de determinados colectivos de trabajadores y el resultado del proceso negociador se encuentra claramente latente, no sólo en la sentencia aquí comentada, sino también en los pronunciamientos jurisprudenciales que en este mismo lugar se han ido comentando en los últimos años por parte de quien escribe este artículo. Uno de los aspectos que han de ser destacados de esta sentencia es, sin duda, el relativo a la admisión de las cláusulas *ad personam* siempre que ello no suponga mantener un doble sistema de determinación *ad futurum* del salario. Es decir, siempre que el mantenimiento de las condiciones que los trabajadores venían disfrutando con anterioridad no se mantenga también a efectos de seguir generando mayores diferencias. De este modo, el Tribunal Constitucional viene a respaldar la posibilidad que el legislador de 1994 quiso incorporar en el art. 86.4 ET. Parece claro que la admisión del mantenimiento de parte del articulado del convenio colectivo anterior para goce exclusivo de aquellos trabajadores que ya venían prestando su trabajo durante su vigencia (recuérdese que sólo sería contrario al derecho de igualdad la exclusión de los trabajadores temporales ya vincula-



dos a la empresa) supone la creación, por vía indirecta, de una doble escala salarial. Se demuestra así, pues, que las cláusulas de garantía *ad personam* desempeñan un papel de claro deterioro de las relaciones de trabajo en el seno de la empresa y de menoscabo de la solidaridad entre los trabajadores.

Por último, un hecho que parece demostrarse a raíz de este análisis y que parece especialmente destacable es la considerable atención que el Tribunal Constitucional ha de prestar a temas que, en principio, ya fueron resueltos en la década de los ochenta. Sin embargo, la práctica negocial se empeña en incorporar mecanismos de diferenciación entre los trabajadores de la empresa sobre la base —como es el caso de esta sentencia, así como de la STCo 104/04, de 28 de junio— de la diferente modalidad contractual que vincula a los trabajadores.



PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL

Universidad de Córdoba

EJERCICIO ABUSIVO DEL PODER EMPRESARIAL Y ACOSO MORAL: EL EXCESO DE TRABAJO

STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2004

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ *

SUPUESTO DE HECHO: El actor, que prestaba sus servicios como oficial administrativo en la empresa TIDA ASESORES, S.L., interpuso demanda sobre Tutela de derechos fundamentales ante el Juzgado núm. 32 de Barcelona solicitando que se declarase la vulneración de su derecho fundamental a la integridad física y moral recogido en el artículo 15 CE, la existencia de acoso moral y estrés laboral, el cese inmediato de tal comportamiento, así como la condena al pago de determinada cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios. El trabajador alegó que sufría un trastorno depresivo originado únicamente por el exceso de trabajo que soportaba. La sentencia de instancia desestimó la demanda, absolviendo, por ende, a la empresa de las peticiones contenidas en la misma.

RESUMEN: Frente a la misma se alzó en suplicación la parte actora. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó el recurso, confirmando íntegramente la sentencia de instancia. Según entendió la Sala, *tener mucho trabajo* no puede integrarse dentro de la figura de *mobbing* y no constituye vulneración de precepto constitucional alguno.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. BREVE CONFIGURACIÓN DEL ACOSO PSICOLÓGICO EN EL TRABAJO
 - 1.1. Delimitación positiva: notas específicas
 - 1.2. Delimitación negativa: hostigamiento psicológico, estrés laboral y ejercicio abusivo del poder directivo y organizativo empresarial. Posiciones judiciales.
2. EL EXCESO DE TRABAJO, ¿VULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES?, ¿SE PUEDE INTEGRAR DENTRO DE LA FIGURA DEL *MOBBING*? ANÁLISIS DE LA STSJ DE CATALUÑA DE 29 DE ENERO DE 2004
3. BREVE CONCLUSIÓN

* Profa. Ayudante del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

INTRODUCCIÓN

No dudamos que la violencia u hostigamiento psicológico hacia un trabajador por parte de superiores jerárquicos, o incluso de sus propios compañeros, ha existido siempre. Sin embargo no es hasta fechas relativamente reciente cuando surge la preocupación por la cuestión¹, quizás por el espectacular aumento de casos que ha propiciado la competitividad y el estrés laboral propio de la realidad social que vivimos².

Como es sabido, al contrario que ocurre en otros países de nuestro entorno³, en España no existe una regulación específica y concreta sobre aco-

¹ Como afirma FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El acoso moral en el trabajo: ¿una nueva forma de discriminación?», *Revista de Derecho Social* 19/2002, pág. 53, el interés por este tema no puede datarse más allá de la década de los '80 del pasado siglo. El término fue usado por primera vez por LORENZ que lo empleó en sus estudios de etología para indicar el comportamiento de algunos animales de la misma especie que se unen para ponerse en contra de un miembro del grupo, al que atacan y excluyen de la comunidad, llevándolo, a veces, hasta la muerte. (Vid., al respecto CORDERO SAAVEDRA, «El acoso moral u hostigamiento psicológico en el trabajo. Un problema laboral con incipiente respuesta jurídica». *Revista Española de Derecho del Trabajo* 110/2002). La preocupación de los estudiosos por este fenómeno comienza en los años ochenta a manos del psicólogo alemán, afincado en Suecia, LEYMANN, al que podemos considerar como primer descubridor e investigador de aquél y que describió hasta 45 comportamientos distintos que clasificó en cinco grupos según los efectos que producía en la víctima. A los trabajos de este autor hay que añadir una intervención científica importante de otros psicólogos, sociólogos, economistas y juristas en Europa y América.

² Vid., en este sentido MELLA MÉNDEZ, «El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo». *Tribuna Social* 145/2003, pág. 14. Vid., también BRAULIO MOLINA, «Mobbing o acoso moral en el lugar de trabajo». *Relaciones Laborales* 3/2002, págs. 54 y 55, que hace mención a una encuesta realizada entre 21.500 empleados por la Agencia Europea para la Mejora de las Condiciones Laborales. Según los datos proporcionados por ella, el 9% de la población activa de la Unión Europea declara haber sufrido acoso moral en el trabajo. Dicha cifra cambia según los países europeos. Las cifras máximas de población activa que declara haber sufrido acoso en el lugar de trabajo se da en países como Finlandia (15%), o Suecia y Reino Unido (14%), mientras que en Italia o Portugal la cifra desciende al 4%. Según esta encuesta en España la población activa afectada por este problema gira en torno al 5%. Sin embargo, según la investigación realizada por el profesor de psicología de la Universidad de Alcalá de Henares, PIÑUEL Y ZABALA, —estudio realizado en un muestra de 988 trabajadores en activo de diferentes sectores de la Comunidad de Madrid y con edades comprendidas entre 18 y 60 años— son más de un millón y medio de trabajadores españoles (lo que supone un 11,14% de la población activa) los que han sido víctimas de acoso moral en su empresa. En cuanto a la clase de trabajadores afectados, aunque tanto los hombres como las mujeres pueden ser víctimas de acoso, son estas últimas las que tienen más riesgo de padecerlo, especialmente si son menores de 30 años y su contrato es temporal. Por otra parte, además de en la empresa privada (especialmente en la rama de la hostelería), la incidencia del acoso psicológico es especialmente significativa en el ámbito público, sobre todo en la Sanidad, aunque también se da en colegios, universidades, ayuntamientos...

³ Vid., el estudio de MOLINA NAVARRETE, «Violencia moral en el trabajo: conducta prohibida y formas de tutela en los derechos europeos», en <http://www.mobbing.nu>. Vid., también,



so moral⁴. Sin embargo, la ausencia de una normativa determinada no ha impedido que los tribunales laborales se ocupen de la cuestión y sepan dar cobertura protectora al amparo de preceptos legales ya existentes. Esta respuesta judicial evidencia que nuestro actual sistema jurídico-laboral contiene normas que permiten fundamentar una respuesta legal frente al acoso moral, lo que, sin embargo, no debe impedir la reclamación de una regulación legal *ad hoc* que mejore el tratamiento y resuelva lagunas y dudas existentes hoy en día⁵.

No obstante, una de las cuestiones más importantes y difíciles de tratar es la de la propia conceptualización del fenómeno y su distinción de otros similares. Junto a las aportaciones de la doctrina científica, la labor de los tribunales resulta esencial a la hora de identificar situaciones de acoso psicológico y deslindarlas de otros conflictos que se producen en las organizaciones de trabajo y que obedecen a meras discrepancias de los trabajadores sobre el ejercicio regular o no del poder directivo del empresario. No es ta-

LUELMO MILLÁN, «Acoso moral o *mobbing*. Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 115/2003, págs. 11 y sigs. Suecia cuenta desde 1993 con su normativa específica; también en Francia la Ley de Modernización Social, de noviembre de 2001, introduce el concepto de acoso moral en el artículo 122.49L del Código de Trabajo. En países como Gran Bretaña, existe una Ley de 21 de marzo de 1997, la denominada *Protection from Harassment Act*. En Bélgica la conducta está tipificada en el Código Penal desde 1998; en Suiza el Código de Trabajo contempla un deber de protección frente al acoso moral en sus artículos 321 y 328; en Italia existen Leyes Regionales que contemplan la cuestión, además de varios Proyectos de Ley a nivel estatal para reformar tanto la legislación civil, laboral como el Código Penal; en Portugal se votó en enero de 2001 una ley al respecto.

⁴ Recordemos que dos proposiciones de ley presentadas por el grupo parlamentario socialista el 23 de noviembre de 2001 fueron rechazadas. La primera, Proposición de Ley núm. 122/000157, Derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo, solicitaba la modificación de varias leyes en orden a reconocer la protección frente al acoso psicológico y la segunda, Proposición de Ley núm. 122/000158 Orgánica, incluía un artículo 314 bis en el Código Penal tipificando el acoso moral en el trabajo.

El Senado aprobó por unanimidad una moción presentada por el grupo *Endesa Catalana del Progrés* contra el acoso moral y hostigamiento en el trabajo. El Parlamento de Cataluña había aprobado también una proposición no de ley instando la modificación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales para que se reconozca específicamente el acoso moral en el trabajo tipificándolo como infracción grave. Igualmente, en el Parlamento de Andalucía obra una proposición no de ley del Grupo Socialista, de 9 de mayo de 2002.

⁵ *Vid.*, MOLINA NAVARRETE, «Una nueva patología de gestión en el empleo público: El acoso institucional (*mobbing*). Reflexiones a propósito de la STS (Sala 3.ª) de 23 de julio de 2001». *La Ley*, núm. 5436 de 10 de diciembre de 2001 y CONESA BALLESTERO y SANAHUJA VIDAL, «Acoso moral en el trabajo: tratamiento jurídico (*mobbing*). *Actualidad Laboral*, 30/2002, que afirman que la incidencia en la salud del acoso moral es lo suficientemente grave como para exigir de forma inmediata un tratamiento jurídico específico.

rea fácil determinar lo que es acoso moral, propiamente dicho, y lo que puede ser consecuencia del deber de disciplina y subordinación a las órdenes empresariales al que está sometido el trabajador.

Con el análisis de la STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2004 trataremos de definir los criterios utilizados desde la doctrina judicial para determinar cuándo estamos ante un comportamiento empresarial calificable de acoso moral, o lo que es lo mismo, qué actitudes nos van a permitir incardinar una conducta en esta figura en orden a exigir la responsabilidad del agresor y, consiguientemente, la protección de la víctima, y qué otras resultan ser consecuencias inevitables de las tensiones ordinarias de cualquier trabajo o del estrés o desgaste personal que pueda padecer el trabajador atendiendo a su propia sensibilidad.

1. BREVE CONFIGURACIÓN DEL ACOSO PSICOLÓGICO EN EL TRABAJO

1.1. Delimitación positiva: notas específicas

Sin ánimos de llevar a cabo una exhaustiva conceptualización del fenómeno⁶, sí resulta conveniente destacar aquellos caracteres o notas específicas que desde la doctrina se emplean para identificarlo.

Son tantas las definiciones que desde la doctrina extranjera y española se han dado sobre el acoso psicológico⁷ que resultaría realmente complejo

⁶ Son muchos los estudios que existen al respecto. Destaquemos dos de ellos que conceptualizan el fenómeno desde la psicología: Uno de ellos, el de PIÑUEL Y ZABALA, *Mobbing: Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Santander, 2001; otro el de HIRIGOYEN, *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Barcelona, 1999.

⁷ Desde la doctrina extranjera, la psiquiatra francesa Marie-France HIRIGOYEN definió el acoso moral en el trabajo como «cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que pueden atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo». El psicólogo alemán LEYMAN, que se puede considerar como uno de los padres del concepto lo definió como «la situación en la que una persona (o en raras ocasiones, un grupo de personas) ejercen una violencia extrema, de forma sistemática y recurrente sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo».

La doctrina española también ha definido el fenómeno. *Vid.*, por todos, la definición de MOLINA NAVARRETE, «La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización. *Aranzadi Social*, 18/2002, pág. 60, que se refiere al acoso moral como «toda aquella situación de conflicto interpersonal o grupal en la que, como medio para poner fin al mismo, una persona o grupo de personas deciden, formal o informalmente, expresa o

proponer una definición genérica de la figura que aportase nuevos elementos o aspectos no reseñados aún que contribuyese efectivamente a una mejor identificación y delimitación de la misma.

Escojamos, por ello, la definición incluida en la proposición de Ley sobre el derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo que, presentada el 21 de noviembre de 2001 por el grupo parlamentario socialista, entendió por acoso moral «toda conducta abusiva o de violencia psicológica que se realice de forma sistemática sobre una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo».

Partiendo de esta definición, el acoso psicológico se caracterizaría por tratarse de un comportamiento —que se realiza por uno o varios superiores o compañeros de trabajo e, incluso conjuntamente entre unos y otros⁸— violento, vejatorio, indigno y humillante, atentario a derechos fundamentales tales como el genérico de la dignidad (art. 10 CE y 4.2 e) ET, la integridad física y moral (art. 15 CE y 4. 2. d) ET), la libertad de expresión y comuni-

tácitamente, ejercer sobre otra persona, prevaleciendo de cualesquier relación de poder asimétrico instaurada en el lugar de trabajo, una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (pluralidad de actuaciones dirigida a un fin y predeterminada o planificada y recurrente (al menos una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de seis meses), con el objeto de conseguir su estigmatización o aislamiento respecto del grupo haciéndole perder su autoestima personal y su reputación profesional, bien para ensayar *las ventajas competitivas* de un estilo autoritario de gestión afirmando su poder (...), bien para provocar su dimisión mediante una fórmula alternativa que cree la apariencia de autoexclusión (...)). También como ejemplo, *vid.*, la definición genérica de acoso moral que, teniendo en cuenta las definiciones existentes, propone BRAULIO MOLINA, *op. cit.*, pág. 52: «Comportamiento recurrente y sistemático, realizado en el lugar de trabajo por compañeros o superiores jerárquicos de la víctima, que goza de un apoyo o encubrimiento tácito de la organización, y que, debido a su carácter claramente vejatorio y humillante, atenta a la dignidad de la persona y la perturba gravemente en el ejercicio de sus labores profesionales», o la de CONESA BALLESTERO y SANAHUJA VIDAL, *op. cit.*, pág. 644, que se refiere «a todos aquellos actos o conductas llevados a cabo por una o varias personas que, de forma prolongada en el tiempo, atentan contra la dignidad de un tercero o terceros, en el entorno laboral, ya sea por el desprestigio causado a la propia persona como por el descrédito al trabajo por ella desempeñado, de forma tal que se produzca un daño psíquico y/o físico al trabajador o trabajadores afectados».

⁸ En el primer caso se habla de acoso vertical ascendente o *bossing*, pues el acosador está situado en un plano jerárquicamente superior al acosado; en el segundo, de acoso horizontal, en cuanto tanto uno como otro están en un plano de igualdad respecto de los superiores jerárquicos. La doctrina reseña una tercera modalidad de acoso, la denominada vertical descendente, en cuanto los acosadores son uno o varios subordinados de la víctima. Aparte de menos frecuente, este tipo de acoso es cualitativamente diferente de los otros dos porque el hecho de que el acosado esté en una posición jerárquicamente superior le permite defenderse mejor de los ataques en que la conducta de acoso consiste.

cación (art. 20.1 CE), el honor y la intimidad personal y familiar y la propia imagen (art. 18.1 CE y 4.2. e) ET) o el de la igualdad y no discriminación (art. 14 CE y 4.2.c) ET). Debe, además, tener una finalidad destructiva, pues se persigue colocar al trabajador en una situación tan insoportable psicológicamente que le lleve a desistir de sus derechos profesionales e, incluso, abandonar voluntariamente la empresa; y distinguirse por su carácter recurrente y sistemático, pues se está ante una conducta que tiene que mantenerse durante un cierto tiempo —mínimo de seis meses— y reiterarse con frecuencia —una o varias veces por semana⁹—. Este carácter evidencia un comportamiento unificado, planeado y programado que persigue un único objetivo: la destrucción psicológica de la víctima¹⁰.

Los efectos sufridos por el trabajador sometido a acoso moral se manifiestan en depresión, ansiedad, problemas con la memoria, falta de motivación, pérdida de la confianza en sí mismo, problemas gástricos, dolores de espalda y de nuca, dificultades para conciliar el sueño, sudores, vértigos, mareos¹¹. Una exposición prolongada a acoso moral puede producir importantes lesiones, a veces irreversible, en la salud física y psíquica del individuo¹².

⁹ Como ejemplo, de la doctrina más autorizada, *vid.*, FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 56 y sigs. que en su tarea de dar una noción sobre acoso moral, resalta los rasgos característicos o genuinos del fenómeno. Desde la doctrina judicial, resulta interesante la SJS núm. 7 de Murcia de 7 de marzo de 2003, que realiza un minucioso e interesante estudio sobre la materia, que después ha sido tenido en cuenta en otros pronunciamientos.

¹⁰ Alguna de las prácticas más comunes dentro de la figura del acoso moral son las de aislamiento (ignorarle, retirarle el uso de medios de comunicación tales como el teléfono o el ordenador, cambiarle de sitio...), desacreditación de la persona (hacer correr rumores falsos sobre el trabajador, ridiculizarle en público, humillarle, insultarle, atribuirle falsos problemas psicológicos o enfermedades...) y del profesional (asignación de tareas de categoría inferior o tareas absurdas, sometimiento a periodos de inactividad prolongada, realización de críticas reiteradas sobre su desempeño laboral, atribución de errores profesionales que no ha cometido...) entre otras.

¹¹ No cabe duda de que la degradación psíquica del individuo recae a menudo en la familia, con el consiguiente aumento de problemas familiares, divorcios, separaciones. Sin embargo, las consecuencias se producen también en la empresa debido al mayor absentismo laboral, a la disminución de la producción, a la necesidad de contratar trabajadores suplentes.... Del mismo modo, se aumenta el gasto de la Seguridad Social, con motivo del tratamiento de las enfermedades ocasionadas por las situaciones de acoso moral, consumo de fármacos para combatir las enfermedades, bajas por enfermedad y por accidente laboral. *Vid.*, al respecto, de nuevo BRAULIO MOLINA, *op. cit.*, pág. 54.

¹² Podemos encontrar ejemplos en los supuestos planteados ante los Tribunales. Baste con reseñar algunos. Al respecto, entre otras SJS núm. 4 de Jaén de 10 de mayo de 2002 acerca de un trabajador de la Universidad que estuvo casi un año de baja por depresión como consecuencia del acoso moral sufrido; y más recientes, STSJ de Aragón de 30 de junio de 2003, en la que la actora, con más de 10 años de antigüedad en la empresa y con funciones de con-



1.2. Delimitación negativa: hostigamiento psicológico, estrés laboral y ejercicio abusivo del poder directivo y organizativo empresarial. Posiciones judiciales

Como hemos reseñado, una cuestión esencial a resolver es investigar si afloran los caracteres identificadores del acoso en determinados comportamientos empresariales.

No todo conflicto surgido en el entorno empresarial es calificable de acoso. Como ya ha dejado sentado la doctrina, no cabe considerar como acoso psicológico las situaciones que derivan de conflictos en los que no existen actos de violencia psíquica, o aún existiendo, no se desarrollan de forma sistemática y recurrente ¹³, o no persiguen la destrucción psicológica del trabajador ¹⁴. Tampoco podríamos hablar de acoso cuando los conflictos no

trol e incluso dirección de personal, secretaria de dirección y con poderes de la empresa, inició, a raíz del acoso de otra empleada, un síndrome ansioso depresivo por el que precisó tratamiento psicológico y farmacológico así como psicoterápico. En el supuesto contemplado por la STSJ de Navarra de 23 de marzo de 2004, el demandante, como consecuencia del acoso sufrido en el trabajo se le diagnostica incapacidad permanente absoluta. La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de abril de 2004, nos muestra como la situación de acoso moral en el trabajo y conflictividad laboral sufrida por un funcionario de la Administración Militar le ocasiona un trastorno depresivo mayor, un trastorno de ansiedad generalizada y un trastorno evitativo y paranoide de la personalidad, determinante de la inutilidad en acto de servicio.

¹³ Ejemplos claros de lo dicho los encontramos en la STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2003, sentencia en la que el juez hace hincapié en que el acoso moral no se compone de un único acto patente y manifiesto, sino que lo integran actos sucesivos destinados a socavar la personalidad del trabajador. En sentido similar, STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de mayo de 2003, en la que la sala desestima el recurso que interpuso la actora contra la sentencia de instancia que no aceptó su solicitud de resolución del contrato alegando acoso psicológico. Considera el Superior de Justicia que falta el elemento de reiteración de la conducta de rechazo que debe realizarse de forma sistemática durante un periodo de tiempo.

¹⁴ Extremo éste difícil de probar. Hay que dejar constancia de que los principales obstáculos que se aprecian en la vía judicial laboral son las dificultades de prueba de la situación de acoso. El mecanismo inversor de la carga de la prueba previsto en el artículo 179.2 LPL no resulta útil pues, en estos casos, no bastará aportar indicios con los que razonablemente se sospecha que se ha acosado, sino que habrá que demostrarlo como hecho cierto. Así lo pone de manifiesto ARAMENDI, «Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial», *Aranzadi Social*, 2/2002, pág. 83. El acoso exige demostrar, por un lado, que el fin de la actuación del acosador es perjudicar la integridad psíquica del trabajador y, por otro, probar la existencia de un daño psíquico y su nexo de causalidad con la actitud de acoso. Como ejemplo, podemos reseñar la STSJ de Murcia de 8 de marzo de 2004, en la que el juez desestima la demanda interpuesta por una trabajadora para que se declare extinguida la relación laboral con su empresa por entender que sufre acoso moral. La actora aporta informes médicos de los que se desprende que padece situaciones depresivas y de ansiedad pero, según el juez, no puede deducirse que esta situación psíquica dimane de su situación laboral, ya que según afirma el tribunal se trata de apreciaciones efectuadas por la propia paciente, por lo que son valoraciones subjetivas sin base probatoria.

son consecuencia directa de actitudes del empresario o de los compañeros de trabajo sino que son derivaciones o efectos del propio ambiente laboral.

Analicemos estos dos últimos supuestos. Por un lado, nos encontramos con conflictos en la empresa que se traducen en enfrentamientos, tensiones, discordias, malas relaciones entre el empleador y la víctima que, en un gran número de ocasiones, responden a un ejercicio del poder de dirección empresarial inadecuado, arbitrario o abusivo, que no tiene como finalidad causar un daño sino encontrar un beneficio para la empresa, mejorando su competitividad en el mercado o simplemente consiguiendo un mayor aprovechamiento de la mano de obra¹⁵. En estos casos no estamos ante supuestos de acoso psicológico por la ausencia de algunos elementos genuinos de éste.

Si bien el hostigamiento psicológico es una expresión del ejercicio arbitrario del poder directivo, existen importantes divergencias entre lo que podríamos llamar la especie y el género. Baste reseñar que, según doctrina unánime, una de las diferencias entre un simple conflicto laboral y el *mobbing* es que el primero es puntual y el segundo reiterado, de manera que el ejercicio arbitrario del poder directivo en una determinada ocasión o para un concreto propósito no es, por sí mismo, demostrativo de acoso¹⁶. Además de esta diferencia concerniente al carácter de la conducta, no podemos obviar que el perjuicio que puede causar un comportamiento arbitrario del empresario no siempre va a tener una incidencia directa sobre el derecho fundamental a la dignidad personal, o sobre el derecho a la integridad física o psíquica, o sobre el derecho a la igualdad del trabajador, aunque sí quedarán afectados derechos ordinarios sobre lugar, tiempo y contraprestación de trabajo. Y por último, la dificultad que entraña demostrar la situación de acoso no existe cuando de lo que se trata es de aportar pruebas de que el empresario se ha extralimitado en sus funciones de dirección, pues bastará acreditar las concretas irregularidades o anomalías que se han producido en la relación de trabajo.

Todas estas divergencias reseñadas hacen factibles, al menos desde el punto de vista teórico, la diferenciación entre un comportamiento y otro. Sin embargo, en algunos supuestos la cuestión no es tan fácil de dilucidar

¹⁵ *Vid.*, SJS núm. 2 de Vitoria-Gasteiz de 31 de enero de 2002, en la que se hace hincapié en este aspecto.

¹⁶ Un claro ejemplo lo encontramos en la ya citada sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia de 7 de marzo de 2003, comentada por CORDERO SAAVEDRA, «La delimitación entre el acoso moral y las tensiones laborales», *Aranzadi Social* 6/2003. La concreta situación que plantea el caso determina para el juzgador que las coacciones o amenazas que sufren los trabajadores por parte de los directivos de la empresa para lograr una modificación de sus condiciones laborales es un hecho puntual que no encaja en los elementos integrantes de la definición de acoso.



debido, sobre todo, a la dificultad de entrever cuál es la verdadera intención del empresario¹⁷.

El segundo supuesto al que nos queremos referir es el de los conflictos o tensiones laborales originados por las condiciones del entorno laboral. Ciertas situaciones, que pueden o no tener su origen en el ejercicio por parte del empleador de sus facultades de dirección, envilecen el ambiente de trabajo, creando un clima de insatisfacción laboral que repercute en el trabajador que se siente presionado, atacado, lo que le origina un alto nivel de estrés y desgaste profesional y personal que, con frecuencia, deriva en daños psíquicos, a veces irreversible. Es el síndrome del *burnout*. Técnicamente este desgaste no se puede considerar efecto o prueba de acoso porque falta la nota de tendenciosidad del comportamiento, ya que *a priori* la coacción padecida no responde a un plan preconcebido, no hay una intención de causar daño; sin embargo el trabajador víctima de esta situación puede ver afectado su derecho a la dignidad e incluso a su integridad psíquica y/o física, máxime en aquellos casos en los que el estrés perdura en el tiempo.

Es pues interesante indagar en la materia para encontrar argumentos capaces de matizar una postura doctrinal tan categórica como la que hoy existe. Para realizar el análisis partiremos de un reciente pronunciamiento judicial al respecto: la STSJ de 29 de enero de 2004.

2. EL EXCESO DE TRABAJO, ¿VULNERA DERECHOS FUNDAMENTALES?, ¿SE PUEDE INTEGRAR DENTRO DE LA FIGURA DEL *MOBBING*? ANÁLISIS DE LA STSJ DE CATALUÑA DE 29 DE ENERO DE 2004

En el caso que nos ocupa el Superior de Justicia de Cataluña absuelve a una empresa acusada de *mobbing* por un trabajador que alegó sufrir un trastorno depresivo originado por el exceso de trabajo que soportaba.

¹⁷ Resulta interesante la STSJ de País Vasco de 28 de noviembre de 2003. La mayoría de los miembros del Superior de Justicia entienden que no ha existido acoso moral por parte de la empresa hacia el trabajador pues todas las conductas que llevó a cabo aquella (denegación de vacaciones, falta de ocupación efectiva, cambio de actividad) no han sido irrazonables (así, por ejemplo, en lo que se refiere a la denegación de vacaciones se dice que tal decisión obedecía a que la empresa reclamaba del trabajador su alta médica para poder conceder las vacaciones que él solicitaba; o, en relación al cambio de actividad, se manifiesta que tal decisión fue acordada a instancia del propio trabajador; la falta de ocupación efectiva se justifica en el escaso trabajo existente...). Sin embargo, se formula un voto particular, en el que se afirma que la situación reúne las notas características del acoso empresarial que se conoce como *mobbing*, pues la finalidad perseguida no era sino minar psicológicamente al demandante.

El demandante que prestaba sus servicios laborales en una asesoría con la categoría profesional de oficial administrativo se encargaba de confeccionar, supervisar y adecuar las nóminas de más de 800 empleados de las empresas clientes de la asesoría, lo que le llevó a un proceso de incapacidad temporal. Interpuso demanda sobre tutela de derechos fundamentales solicitando que se declarase la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, la existencia de acoso moral y estrés laboral, el cese inmediato de tal comportamiento, así como la condena al pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Sus pretensiones no son atendidas en primera instancia; tampoco se estima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social.

El justiciable argumenta que las pruebas que aporta el recurrente sólo constatan el exceso de trabajo que recaía sobre él y entiende que «tener mucho trabajo no puede integrarse dentro de la figura de *mobbing*, ni puede ser integrado en una vulneración ni del derecho a la igualdad, ni del derecho a la intimidad o al honor y a la propia imagen».

A nuestro modo de ver, esta postura del Superior de Justicia debe ser objeto de reflexión, dada las consecuencias o efectos de una afirmación tan concluyente. Vayamos por partes.

Cuando la doctrina se refiere a conductas que identifican una actitud de acoso psicológico no menciona el exceso de trabajo que pudiera padecer el trabajador. Bajo nuestro punto de vista, es evidente que un exceso de trabajo transitorio debido a una situación coyuntural en la empresa no es sino una consecuencia más de las vicisitudes que entraña el propio proceso de producción y/u organización empresarial que, además, va a afectar en mayor o menor medida a todos los trabajadores de la empresa o de un departamento de ésta en cuestión. Sin embargo un gran volumen de trabajo soportado por un solo trabajador durante un periodo dilatado no encuentra justificación alguna.

En estos supuestos específicos o bien nos encontraríamos ante un ejercicio abusivo de poder por parte del empleador, que quiere conseguir un mayor aprovechamiento de la mano de obra, o bien podríamos estar ante un caso encubierto de hostigamiento psicológico, en el que el empresario asigna un excesivo volumen de trabajo a un empleado con la finalidad espuria de destruir psicológicamente a la víctima para que termine abandonando su puesto de trabajo. Este supuesto de acoso psicológico es especialmente reprobable porque el empresario consigue un doble provecho: un mayor beneficio para la empresa, por un claro abuso de la fuerza de trabajo, y la destrucción psicológica del trabajador que se ve superado por la presión y la competitividad que sufre en su situación laboral.

El inconveniente radica en demostrar que esta conducta empresarial no sólo tiene como objetivo la consecución de un beneficio sino que esconde un constante ataque a la víctima con una clara finalidad destructiva. Tal y



como viene ocurriendo con los casos de acoso sexual¹⁸, la dificultad de la prueba a practicar es evidente, pues el empresario siempre puede alegar que las circunstancias de la empresa exigían hacer frente a ese volumen de trabajo.

En el caso que nos ocupa las pruebas aportadas por el actor (entre otras, informes médicos que le diagnostican un trastorno depresivo, la pericial practicada que concluye con el exceso de trabajo que debía soportar y el proceso de incapacidad temporal causado por el trastorno depresivo) no son, a juicio del Tribunal, demostrativas de hechos que puedan calificarse de acoso moral. Considera además el justiciable que es totalmente correcta la denegación de la prueba pericial solicitada en la instancia consistente en que un graduado social determinara si el volumen de trabajo soportado por el mismo era el adecuado o excesivo, y aunque reconoce que lo correcto hubiera sido que un técnico especialista en organización del trabajo hubiera elaborado el pertinente dictamen, afirma que ese informe no tendría ninguna relevancia pues tener mucho trabajo no puede integrarse dentro de la figura del *mobbing*.

La sentencia nos sorprende aún más cuando afirma que el exceso de trabajo que recaía sobre el recurrente no constituye vulneración de precepto constitucional alguno.

Ante esta posición nos preguntamos: ¿una situación de sobrecarga de trabajo, de presión laboral que no responde a circunstancias pasajeras o una situación coyuntural de la empresa y que, por ende, se convierte en injustificada, no vulnera derechos del trabajador que están reconocidos a nivel constitucional y que adquieren la categoría de derechos fundamentales, tales como el derecho a la dignidad, personal y profesional, el derecho a la integridad, física y psíquica, incluso el derecho a un trato igualitario?

La respuesta es indiscutible. La violación de derechos fundamentales no plantea dudas, ya estemos ante un supuesto de ejercicio abusivo del poder del empresario con intención de aprovechamiento, sin más, o ya se trate de un ejercicio de poder empresarial arbitrario que se lleva a cabo no sólo para obtener un beneficio sino para hostigar al empleado, esto es, acoso moral propiamente dicho,

A priori tener mucho trabajo no desconoce derecho alguno; sin embargo cuando este exceso de trabajo se convierte en algo habitual refleja una

¹⁸ El Tribunal Constitucional cuando se ha ocupado de supuestos de acoso sexual, ha emitido en ocasiones, un fallo desestimatorio, por falta de prueba. En la STC 207/2001 la demanda es desestimada por falta de prueba sobre la autoría de los escritos groseros aportados por la recurrente para acreditar el acoso sufrido. En la STC 136/2001, la demanda de amparo también es desestimada por falta de prueba del acoso sexual alegado. Ambas sentencias evidencian las dificultades probatorias que en la práctica suscitan los supuestos de acoso sexual. En este punto existe un claro paralelismo con el acoso moral, en los que además la prueba no sólo tendrá que demostrar los actos de agresión, sino también el daño inflingido, probando además el nexo causal entre las prácticas agresivas y la lesión causada.

extralimitación del poder del empresario que puede tener como objetivo lograr un mayor beneficio para la empresa y/o socavar psicológicamente al afectado. Sobre los Tribunales recae la misión de identificar estas situaciones, para exigir la responsabilidad del agresor y la protección de la víctima.

3. BREVE CONCLUSIÓN

La sentencia comentada nos ha servido para reflexionar sobre una realidad laboral a la que se enfrentan muchos empleados: la sobrecarga de trabajo. Ésta tiene su origen, a veces, en necesidades empresariales perentorias e inevitables y otras muchas veces en un ejercicio arbitrario o abusivo de las facultades organizativas y de dirección del empleador. En este último supuesto el exceso de trabajo, que tiene como efectos, entre otros, el estrés, la tensión laboral que sufre la víctima, puede tener su razón de ser en el interés empresarial de obtener un beneficio y/o causar un perjuicio. En cualquiera de estos casos la conducta empresarial es reprobable y nuestro ordenamiento jurídico cuenta con las vías adecuadas para exigir la responsabilidad debida y reparar el daño causado a la víctima. Además, huelga decir que cuando la intención es perjudicar al empleado la conducta puede perfectamente encajarse en un supuesto de acoso moral porque el trabajador al que se le asigna un volumen excesivo de trabajo sin razón aparente de forma sistemática y recurrente durante un tiempo prolongado, está sometido a una violencia psicológica que perturba el ejercicio de su actividad laboral y atenta contra su dignidad profesional y personal, es decir está siendo víctima de *mobbing*. La mayor o menor sensibilidad que muestren los Tribunales de Justicia ante estos casos resulta esencial.

Sin embargo, los principales obstáculos que se aprecian en la vía judicial laboral son las dificultades de prueba de esta situación. El mecanismo inversor de la carga de la prueba no resulta útil cuando lo que se invoca es que se ha producido un episodio de acoso. En estos casos no bastará aportar indicios con los que razonablemente se sospecha que se ha acosado sino que habrá que demostrarlo como hecho cierto.

Creemos que cuando se trate de dilucidar sobre la vulneración de un derecho fundamental, en un caso especialmente lesivo como es el acoso moral, un mayor protagonismo del órgano judicial¹⁹ debe ayudar a superar algunas dificultades de prueba, por supuesto sin desconocer el principio dispositivo que rige en el proceso laboral.

¹⁹ Consideramos que el juez debería jugar un papel relevante en la investigación de la verdad material en estos supuestos, y una forma de lograrlo sería mediante la imposición de la adopción de diligencias para mejor proveer en los supuestos en los que las pruebas aportadas y practicadas a instancias de las partes precisasen ser completadas.



PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

PRESTACION ECONÓMICA POR MATERNIDAD: ¿NACIMIENTO AUTOMÁTICO DEL DERECHO? EL MÁS QUE CUESTIONADO ALCANCE DEL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

STS, Sala de lo Social, de 22 de mayo de 2004

SOFÍA OLARTE ENCABO *

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora de la empresa (Viajes El Corte Inglés, S.A) inició su descanso por maternidad el día 17-7-00, presentando en su empresa el correspondiente parte de Maternidad emitido por el facultativo. El descanso finalizó el 5-11-00. La trabajadora presentó solicitud de prestación económica por maternidad en el INSS el día 12.1.01. Por Resolución del INSS de 16-01-01 se le reconoció el derecho a percibir la prestación solicitada con fecha de inicio del pago 12-10-00 (art. 43 LGSS) y fecha de vencimiento de 5-11-00 (112 días), con un importe diario de la base reguladora de 6.300 pesetas (100% de la Base Reguladora).

RESUMEN: El Tribunal Supremo (Recurso 4351/2002, Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral) estima el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina declarando que, al no haberse dictado el RD 1251/2001, de 16 de noviembre y haber entrado éste en vigor con posterioridad al hecho causante, se ha de aplicar a estas prestaciones el principio de «oficialidad» que rige en las prestaciones económicas por incapacidad temporal. Y, por tanto, el derecho a la prestación nace automáticamente por la presentación de los partes de baja, y el hecho de que esta baja no haya sido remitida por el empleador a la entidad gestora no debe determinar la pérdida del derecho de la actora, pues la solicitud constituye un mecanismo accesorio al nacimiento de la prestación de incapacidad por maternidad, al ser la baja la que determina el hecho causante.

* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. REFLEXIONES GENERALES SOBRE EL NACIMIENTO DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES EN NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
2. NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD: EVOLUCIÓN «SEPARATISTA» DEL RÉGIMEN DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL
3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA STS DE 22 DE MAYO DE 2004: ¿HACIA UN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD MÁS RESTRICTIVO?

1. REFLEXIONES GENERALES SOBRE EL NACIMIENTO DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES EN NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

En nuestro Sistema de Seguridad Social, con carácter general, el nacimiento del derecho a prestación no tiene un carácter automático en sentido estricto, ya que no basta que se den los presupuestos previstos en la ley para que nazca sin más el derecho a prestación. En todas las prestaciones es necesario que se dicte un acto administrativo de reconocimiento por el sujeto obligado a la protección, que, además, se rige, en casi todos los casos por un principio de rogación y sólo con carácter excepcional por el principio de oficialidad¹.

Principio de rogación no sometido a un alto nivel de exigencia formal, sin que en ningún caso ésta revista forma *ab solemnitatem*, lo cual ha de ser tenido en cuenta a la hora de interpretar el nuevo reglamento regulador de la prestación económica por maternidad.

Este planteamiento general al que nos referimos, la exigencia de la solicitud expresa del presunto beneficiario y dirigida al sujeto que haya de reconocer la pensión, fue decididamente impulsado por la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo. Sin embargo, no es menos cierto que algunas prestaciones han escapado tradicionalmente a este planteamiento, siendo precisamente las de incapacidad temporal, invalidez (hoy incapacidad permanente) y algunas modalidades de desempleo las que se han beneficiado de un cierto grado de «oficialidad». Evidentemente, en estos particulares casos, la actuación de oficio se produce cuando concurren la situación de necesidad prevista en la norma, los elementos del hecho causante y los requisitos generales y particulares para causar derecho a una prestación.

De ello se desprende que acto administrativo de reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social es un acto rogado, siendo el principio de oficialidad excepcional, lo que supone más que una verdadera obligación, una

¹ Vid. sobre esta cuestión nuestra obra *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, Madrid, CES, 1007, pág. 212.

carga legal² para el presunto beneficiario. Y como tal carga, vinculada al propio interés del sujeto gravado, comporta la necesidad de éste (del beneficiario) de adoptar un comportamiento determinado para alcanzar un resultado ventajoso, sin embargo, aquél no puede ser constreñido, ni su falta implicar una sanción³.

En todo caso, y, aún en las prestaciones en las que es necesaria la solicitud del interesado o presunto beneficiario, lo cierto es que nuestro derecho positivo conoce algunos mecanismos flexibilizadores⁴ de esta exigencia. Así, por ejemplo no siempre se exige la solicitud expresa, dándose por cumplida cuando se exterioriza mediante hechos o actos del interesado de los que se deduce tal voluntad, o, en algún caso, la solicitud por tercero.

La inactividad del interesado, por tanto, no plantea un problema de renuncia a un derecho (prohibida taxativamente en nuestro ordenamiento ex art. 3 LGSS), ni tampoco, como acabamos de advertir una sanción propiamente dicha. La inactividad, la no solicitud, plantea problemas de prescripción o no prescripción del derecho en cuestión, con la consiguiente pérdida o, en su caso, minoración de la cuantía de la prestación, que es justamente lo que se plantea en el caso enjuiciado por el TS en la Sentencia 22 de mayo de 2004 que aquí analizamos.

Y aquí se enfrentan abiertamente dos intereses públicos de igual relevancia, entre los que resulta difícil hallar un punto de equilibrio: la tutela de la seguridad jurídica y la protección de los ciudadanos ante las situaciones de necesidad ¿hasta qué punto se puede amparar la falta de diligencia del interesado?...

Como es sabido las prestaciones económicas de la Seguridad Social están sometidas al principio de prescriptibilidad⁵, pues tal y como dispone, con carácter general el art. 43 de la LGSS «*El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día si-*

² En este sentido, BORRAJO DACRUZ, E.: «La imprescriptibilidad del derecho a las pensiones: del Código Civil al nuevo Derecho de la Seguridad Social», en RSS, ° 2, 1979, pág. 11.

³ Sobre el concepto de carga legal y su diferencia respecto al concepto de obligación, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, LOPEZ MONIS DE CALVO: *La protección por desempleo en el Sistema español de Seguridad Social*, Madrid, 1978, págs. 228 y ss.

⁴ Además, ha de tenerse en cuenta que dado que la solicitud, en cuanto acto preparatorio, tiene como fin dar a conocer al ente gestor que se ha producido el supuesto de hecho y se reúnen los requisitos para causar derecho a prestación. Por ello, amparan al solicitante los derechos constitucionales que como administrado reconoce la LPAC, que actúan como límite, sobre todo, en relación a la exigencia de aportación documental. Por ello el TC, por ejemplo declaró la imposibilidad de acreditar por el solicitante el período de cotización necesario para obtener una pensión, por falta de certificación al efecto de la Administración y calificó la situación de indefensión, contraria al art. 24.1 CE, otorgando el amparo solicitado.

⁵ Sólo son imprescriptibles las pensiones de jubilación contributiva, muerte y supervivencia (respectivamente, arts. 164 y 178 LGSS).

guiente a aquel en que tena lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley y de que **los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud**». Esto último es lo que ha sucedido en el caso que analizamos aquí, el INSS, aplica este plazo desde la solicitud y no desde el momento en que se produjo el hecho causante. Y, aunque el Juzgado de lo Social, defendió el principio de «oficialidad», el TSJ de Madrid, acogió los razonamientos del INSS y el TS, finalmente casó y anuló la Sentencia de éste, defendiendo en esta prestación con muchos matices la aplicación del principio de oficialidad frente al de rogación.

2. NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD: EVOLUCIÓN SEPARATISTA DEL RÉGIMEN DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

La prestación económica por maternidad, desde su desgajamiento de la prestación por incapacidad temporal, de la que pretende un tratamiento diferenciado y privilegiado, coherente con políticas natalistas y de conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tiene encomendada su gestión de forma exclusiva al INSS, sin que quepa ninguna colaboración en la gestión de las empresas ni de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Y el pago del subsidio se realiza, según dispone, por períodos vencidos (art.11. RD 1521/2001), salvo el subsidio por parto múltiple que será abonado en un solo pago al término del período de seis semanas desde el parto, adopción o acogimiento, para el que está previsto, lo que desvirtúa su naturaleza de subsidio y lo aproxima a la de indemnización⁶.

En cuanto al nacimiento y duración de la prestación económica por maternidad, el art. 7 del RD 1521/2001 dispone, en su apartado primero que «Se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente», y, en su apartado segundo que «se abonará a cada beneficiario, en su caso, durante la parte de los períodos de descanso mencionados en el artículo 2 (por parto, adopción o acogimiento)..., que hayan sido disfrutados efectivamente por la madre y el padre».

⁶ En este sentido, también, MALDONADO MOLINA, J.A.: «La protección por nacimiento de hijo», *Estudios Financieros*, núm. 233-234, 2002, pág. 113., quien lo señala respecto de este subsidio y OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones... op. cit.*, 1997, donde se afirma como rasgo general del subsidio, frente a la indemnización, la periodicidad del pago.

Es claro que la finalidad de la prestación por maternidad es la de compensar al trabajador por la ausencia de ingresos económicos que se produce durante la suspensión del contrato de trabajo por esta causa. Y, como renta sustitutiva, tal y como establece el reglamento, el derecho a la prestación nace, coherentemente, desde el momento mismo de iniciarse el período de suspensión, y su duración (la de la prestación) coincidirá con la de ésta (la suspensión). Como es sabido, la duración de la prestación y de la suspensión en caso de parto simple está fijada en dieciséis semanas (y dos semanas más por cada hijo en caso de parto múltiple), así como en caso de adopción o acogimiento familiar.

La prestación económica por maternidad se extingue «por el transcurso de los plazos máximos de duración de los períodos de descanso referidos», entre otras causas, como la reincorporación voluntaria al trabajo o el fallecimiento del beneficiario o del hijo (art. 7.5 del RD 1521/2001).

En la doctrina se señaló que una de las novedades más importantes introducidas por el RD 1521/2001 de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo (en adelante RPM), en la línea de facilitar un reparto de responsabilidades entre padres y madres, fue la introducción de la posibilidad de disfrutar de este período de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, lo cual determina la compatibilidad del subsidio con una actividad laboral sin que se altere la modalidad contractual.

Sin embargo, aun siendo un tema, aparentemente de menor trascendencia por su carácter formal, el RPM, al regular la tramitación de estas prestaciones se refiere a un nuevo documento: el «Informe de Maternidad» en los casos de parto, que el trabajador/a acompañará, entre otros documentos, a la solicitud del subsidio ante la entidad gestora. Esto es importante, porque el reglamento alude a una solicitud de la trabajadora o trabajador que en ningún momento mencionan los arts. 133 bis, ter, quater, quinquies reguladores de la prestación por maternidad. Lo cual, lógicamente plantea una duda importante, pues hasta el mencionado reglamento, la aplicación analógica de la normas sobre tramitación de la prestación por incapacidad temporal hacía innecesaria dicha solicitud, bastando con la presentación de los partes de baja en la empresa.

Esta importante cuestión es la que aborda de forma tangencial la Sentencia que comentamos. Y decimos que tangencial porque, como veremos, la misma se limita a declarar que al supuesto de hecho no se le puede aplicar el RPM por el mero hecho de ser el hecho causante anterior a su entrada en vigor. Sin embargo, obiter dicta, el TS parece admitir que efectivamente ha habido en este aspecto un cambio normativo de signo restrictivo, que afecta a una prestación que se desgajó de la incapacidad temporal por razones conceptuales pero también político-jurídicas de signo claramente progresivo, como era dispensar una mejor y más intensa protección de esta contingencia.

No obstante, desde nuestro punto de vista, el RPD no tiene por qué llevar a una interpretación cerrada y restrictiva. Y esta cuestión no tardará en llegar a los tribunales quienes tendrán que enfrentarse al problema sin contar con una jurisprudencia al respecto, pues, repetimos que el TS no la ha resuelto propiamente, ya que se limita a un supuesto de hecho anterior a la entrada en vigor del Reglamento.

Para resolverlo hay que analizar lo dispuesto en los arts. 12 y sobre todo 13 del RPM donde se regula precisamente la solicitud. Y si algún interés tiene la STS que sirve de punto de partida de nuestras reflexiones es para destacar un cambio regresivo no muy evidenciado por nuestra doctrina y es que la entrada en vigor de este Reglamento cambia sustancialmente el procedimiento para el reconocimiento, hasta tal punto que la falta de iniciativa o iniciativa tardía de la interesada puede comportar la reducción o incluso la pérdida de esta prestación, lo cual hasta este momento era impensable. Por ello debiera cuestionarse hasta qué punto estamos ante un reglamento «extra legem» o «contra legem». En todo caso la STS nos sirve para reflexionar y evidenciar que la separación respecto al régimen jurídico de la IT no siempre ha sido para la consecución de un régimen más privilegiado.

El art. 12 del RPM dispone que «El facultativo del Servicio Público de Salud que atienda a la trabajadora embarazada expedirá un informe de maternidad en el que se certificarán, según los casos, los siguientes extremos:

- a) Fecha probable del parto, cuando la trabajadora inicie el descanso con anterioridad a aquél
- b) Fecha del parto
- c) Estado de salud de la mujer posterior al parto, en los supuestos de opción del descanso por maternidad a favor del padre, de forma sucesiva con el de la madre...

En el apartado 2 se establece que «El informe de maternidad constará de un original y dos copias. Se entregará a la trabajadora el original, una copia se tramitará a la Inspección de Servicios Sanitarios u órgano equivalente del Servicio Público de Salud correspondiente y la otra quedará en poder del facultativo».

Finalmente, en el apartado 3 se impone una obligación a las trabajadoras por cuenta ajena quienes «entregarán dicho original en la empresa, la cual consignará la fecha en que la trabajadora inicia el período de descanso y reflejará los datos de cotización necesarios para el cálculo del subsidio. Una vez cumplimentados tales datos, la empresa devolverá de forma inmediata el informe a la trabajadora, a fin de que ésta pueda acompañarlo a la solicitud del subsidio a la entidad gestora.

La solicitud en cuestión se regula en el art. 13 de la LGSS, cuya rúbrica es precisamente «Solicitud de la prestación económica por maternidad y resolución de la misma». En él se establece que la iniciación del procedimiento se produce a instancia del trabajador/a mediante solicitud dirigida a

la Dirección Provincial de la Entidad gestora competente, según el Régimen de encuadramiento, de la provincia donde tenga su domicilio. Solicitudes que se realizarán en los modelos normalizados donde ha de constar necesariamente el motivo de la solicitud, la fecha de inicio y distribución prevista para del período de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa si se trata de trabajadores por cuenta ajena.

La solicitud debe ir acompañada precisamente del informe de maternidad aludido, complementado por la empresa cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena, Libro de Familia o certificación de la inscripción del hijo o hijos en el Registro Civil, certificación de cotizaciones a la Seguridad Social o acreditación de cotizaciones mediante recibos del abono de cuotas y otros documentos en casos especiales (certificado de defunción en caso de fallecimiento de la madre...). En los casos específicos de adopción o acogimiento de menores se exige, lógicamente, otra documentación (resolución judicial por la que se constituye la adopción, o bien resolución administrativa o judicial por la que se concede el acogimiento familiar, ya sea permanente o preadoptivo... entre otros (certificación de cotizaciones...)).

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA STS DE 22 DE MAYO DE 2004: ¿HACIA UN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD MÁS RESTRINGIDO?

El supuesto de hecho se refiere a una trabajadora que inicia su descanso por maternidad el día 17-7-00, presentando en su empresa el correspondiente Informe de Maternidad emitido por el facultativo. Dicho descanso finalizó el día 5-11-00. La trabajadora presentó solicitud de prestación económica por maternidad en el INSS el día 12-01-01 y éste en su Resolución de 16-01-01 reconoció a dicha trabajadora el derecho a percibir la prestación solicitada (el 100% de la base reguladora) con fecha de iniciación del pago de 12-10-00 y fecha de vencimiento: 5-11-00.

Formulada reclamación previa, la misma fue desestimada por la Dirección Provincial del INSS. Contra dicha resolución administrativa se interpuso por la trabajadora demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 28 de Madrid, y éste estimó la demanda de ésta frente al INSS, reconociendo el derecho de la actora a percibir su prestación por maternidad «por todo el período de la misma establecido en 112 días al 100% de la base reguladora».

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y revoca la Sentencia, absolviendo al INSS. La trabajadora de la empresa Viajes el Corte Inglés, SA, interpuso recurso de casación para unificación de la doctrina, seleccionando como sentencia de contraste una muy interesante del Tribunal Superior de Justicia con sede en Sevilla, de 15 de julio de 1999 que enjuicia un supuesto muy similar.

El argumento jurídico de esta Sentencia del TSJ de Andalucía, que no aplica el art. 43 de la LGSS, se basa, principalmente en el siguiente razonamiento: dado que se admite la gestión directa con la entidad gestora, los arts. 18.3 y 19 de la OM de 13 de octubre de 1967 previenen la exigencia de presentar el parte a la empresa y la obligación de ésta de remitirlo, a aquella entidad.

De otro lado, razona el TSJ de Andalucía, el art. 95 de la LSS de 1966 establece el principio de automaticidad de estas prestaciones (se refiere a incapacidad temporal) con la simple presentación del parte de baja. Por ello para el TSJ andaluz, resulta innecesaria la solicitud de la interesada y en consecuencia no es aplicable el art. 43 LGSS, y el único plazo a tener en cuenta es el de caducidad ex art. 44.2 LGSS. Finalmente, el TSJ de Andalucía acude a la analogía referida a la incapacidad temporal, cuya doctrina ha de abarcar también a la maternidad durante un período en que ésta estaba incluida en aquélla.

De otro lado del TS recuerda la existencia de una doctrina jurisprudencial firme en torno a la automaticidad en las prestaciones por ILT (hoy IT), que no estarían condicionadas a la previa solicitud del beneficiario, sino que se hacen efectivas de modo directo y automático, conforme al principio de oficialidad una vez presentados los correspondientes partes de baja y confirmación a partir del día señalado conforme al art. 129 de la LGSS. En cuanto a la prestación por maternidad, aunque con el fin de adecuarla a su verdadera naturaleza y situación específica de necesidad, se desgajó de la prestación de incapacidad temporal y se reguló de forma autónoma en el nuevo capítulo IV bis de la LGSS (añadido a la misma por el art. 33 de la Ley 42/1994), y que su gestión corresponde directamente al INSS, ello no determinó en ningún momento la no aplicación a esta prestación de la mencionada jurisprudencia sobre IT. El cambio se produciría, pues, en todo caso, con posterioridad a la entrada en vigor del RPM.

Es interesante cómo el TS niega (sobre la maternidad) que «sea de peor condición esta prestación, cuando protege la contingencia de maternidad». E insiste que la prestación de incapacidad surge automáticamente por la presentación de los partes de baja y el hecho de que esta baja no haya sido remitida por el empleador a la entidad gestora no debe determinar la pérdida del derecho de la actora, *«pues la solicitud constituye un instrumento accesorio al nacimiento de la prestación de incapacidad por maternidad, al ser la baja la que determina el hecho causante»*.

En el fundamento jurídico segundo, punto 3, es donde el TS marca una línea divisoria temporal para esta doctrina al señalar que «ha de tenerse en cuenta que al no haberse dictado en la fecha del hecho causante el Reglamento, debe aplicarse a la prestación de maternidad lo preceptuado en los artículos 18.3 y 19 de la Orden de 13 de octubre de 1967... y el art. 95, norma segunda de la Ley de 21 de abril de 1966.... reconocedora del prin-

cipio de automaticidad en el reconocimiento de la prestación de incapacidad temporal con la simple presentación del parte de baja». Razón por la que el TS se pronuncia en contra de la aplicación del art. 43.1 LGSS, «máxime cuando la realidad del parto y certificado médico hacen sumamente difícil que puedan producirse situaciones fraudulentas y cuando el art. 133 ter que regula los requisitos para ser beneficiarios de la prestación por maternidad y el art. 133 quater ... no supedita el reconocimiento de la prestación o su duración a la solicitud por parte del beneficiario».

En el punto 4 del mismo fundamento jurídico segundo es donde el TS se refiere al RPM y su no aplicación al supuesto litigioso al haber entrado en vigor con posterioridad al hecho causante. Reafirmando que en aquél momento anterior la maternidad aún conservaba conexiones instrumentales con la incapacidad temporal. Sin embargo, a partir del RPM se ha producido una separación a nivel reglamentario del subsidio por IT, hasta entonces regulado por una normativa común y dispersa (Exposición de Motivos del RPM).

En base a una argumentación que no entra en la cuestión del cambio normativo, ni plantea *obiter dicta* nada sobre la legalidad del reglamento, el TS admite la casación y anula la sentencia recurrida.

Ciertamente es una Sentencia intachable a la que no se pueden hacer muchos reproches. No obstante, hubiera sido interesante que *obiter dicta* adelantase, en su caso, alguna valoración del Reglamento, ya que en cambio sí se permite el TS hacer una valoración de que la maternidad no ha de ser una prestación de «peor condición» que la de incapacidad temporal. Y, en todo caso, su valor reside precisamente en hacer una llamada de atención de algo que pareció pasar desapercibido: la pérdida de automaticidad y oficialidad en el subsidio de maternidad por obra de un reglamento que tiene como fin, tan sólo una separación y reordenación sistemática. Es por tanto una invitación a la reflexión, para el estudio de un aspecto importante en el desarrollo de la acción protectora, en el que hay que profundizar y determinar qué valor y alcance tiene la solicitud o no solicitud en el desencadenamiento de la mecánica protectora, en contingencias en las que el juego del fraude (o simplemente, de la subjetividad) es bastante restringido.

En el caso analizado la aplicación o no del RPM en términos rígidos, como pretendía el INSS, suponía el reconocimiento bien de 33 días como estimó el INSS o bien íntegramente de los 112 días, en un supuesto en que se presentó parte de maternidad en la empresa, siendo un incumplimiento empresarial la no presentación del mismo en el INSS. Sin embargo, nada dice el TS al respecto, porque tampoco se plantea, de la posible responsabilidad de la empresa y ésta es una línea que pudo plantearse por la trabajadora, pero, fundamentalmente por el INSS.

Desde nuestro punto de vista, y frente a criterios formalistas, ha de prevalecer la finalidad protectora, en supuestos, como el presente, en que nos

enfrentamos a una contingencia protegida de la que no hay duda de su veracidad, haciendo una interpretación finalista del reglamento, pues habiendo manifestado formalmente la trabajadora el hecho causante a la empresa y habiendo disfrutado efectivamente del permiso, sin salario, consideramos que no hay duda de la procedencia de la prestación. Lo contrario, supondría dar a la forma un valor que no corresponde a un reglamento sino a una ley, y la LGSS no exige en ningún momento la solicitud, aunque es cierto que no entra a regular el procedimiento de reconocimiento. Además supone no proteger una situación de necesidad legalmente protegida y sobre la que no cabe ninguna duda de su veracidad, reuniendo todos los requisitos que dan derecho a la prestación controvertida. Y apoya estas consideraciones el hecho de que, con carácter general en todo el Sistema, a la luz del derecho positivo vigente, la solicitud en ningún caso tiene un valor *ab solemnitate*, debiendo graduar la jurisprudencia, caso por caso los efectos que se derivan de un incumplimiento formal, sin perder de vista que lo relevante es la concurrencia del hecho causante en un sujeto protegido que, además reúne los requisitos generales y particulares de la prestación en cuestión.

En todo caso, es un debate abierto sobre el que con seguridad volveremos a encontrar pronunciamientos judiciales, lo cual es deseable para ir decantando un elemento del régimen jurídico que, más allá del valor formal, afecta de forma sustancial a la protección social de la maternidad (a la duración de la misma y, por tanto, también a su cuantía total).



DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

LA PROYECCIÓN DE LA RESERVA DE EMPLEO A FAVOR DE TRABAJADORES MINUSVÁLIDOS SOBRE LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de febrero de 2002

FRANCISCA FUENTES FERNÁNDEZ *

SUPUESTO DE HECHO: La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002 resuelve el recurso de casación núm. 2620/1996, interpuesto frente a la sentencia dictada por la sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 12 de febrero de 1996; ésta a su vez trae causa del recurso contencioso-administrativo planteado contra sendas Resoluciones, de la Dirección Provincial de Trabajo de Zaragoza, de fecha 30 de noviembre de 1992 y de la Dirección General de Trabajo, de 15 de octubre de 1993, desestimatoria esta última del recurso de alzada frente a la anterior.

Los hechos que dieron lugar a ambas resoluciones se inician cuando por la empresa Doux Ibérica, S.A. se presenta expediente de regulación de empleo ante la Dirección Provincial de Trabajo de Zaragoza, dictando ésta resolución en la que se autoriza la extinción de los contratos solicitados, aceptando la inclusión de un trabajador minusválido en la relación de trabajadores afectados por el expediente. Interpuesto recurso de alzada, la Administración declara que la condición de minusválido le otorga preferencia para continuar en su puesto de trabajo, en tanto que, con la extinción de su contrato, la empresa incumple el cupo de reserva obligatorio en favor de minusválidos.

La Dirección General de Trabajo, al resolver el recurso de alzada argumenta, no obstante, que la exclusión correspondía a la propia empresa, siendo a ésta y no a la Autoridad Laboral, a quien compete la integración del trabajador nuevamente en su plantilla, además de considerar que debe ser in-

* Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

diferente para la Autoridad Laboral, cuando es llamada a autorizar la extinción de los contratos de trabajo, que con la propuesta efectuada por la empresa se produzca una vulneración de la Ley.

En definitiva, se plantea en el recurso si la transgresión por la empresa de la mencionada cuota de reserva puede traer consigo la anulación de las resoluciones administrativas aprobatorias de los despidos.

RESUMEN: La sentencia objeto de comentario resuelve este recurso de casación estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Comité de Empresa y el trabajador afectado, procediendo a la anulación parcial de las resoluciones administrativas que dieron origen a la controversia y en las que se autorizaba la extinción de los contratos solicitados. El Alto Tribunal declara el derecho del trabajador en cuestión a quedar excluido del expediente de regulación de empleo aprobado en las referidas resoluciones administrativas, considerando que los actos recurridos, al aprobar su inclusión entre los trabajadores despedidos y dejar a la libre voluntad de la empresa la integración del citado trabajador, comportan una vulneración de las normas en materia de reserva de empleo a favor de minusválidos, puesto que la extinción contractual autorizada por la Administración al aprobar el expediente, generaría una situación contraria a la previsión legal derivada del art. 38.1 de la LISMI.

La decisión anulatoria se adopta, como puntualiza el Tribunal en el fallo de la sentencia, en cuanto dichas resoluciones acuerdan la extinción del contrato del trabajador minusválido, por lo que afecta únicamente al extremo relativo a la exclusión del citado trabajador, —extremo al que se circunscribe la pretensión anulatoria—, debiendo permanecer intacto el contenido de las resoluciones impugnadas respecto a la situación del resto de trabajadores afectados por el expediente.

ÍNDICE

1. LA RESERVA DE EMPLEO A FAVOR DE LOS TRABAJADORES MINUSVÁLIDOS
2. CUESTIONES PLANTEADAS
3. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA EN LA STS DE 4 DE FEBRERO DE 2002
4. CONCLUSIONES

1. LA RESERVA DE EMPLEO A FAVOR DE LOS TRABAJADORES MINUSVÁLIDOS

La integración en el mercado de trabajo y el acceso al empleo de las personas con discapacidad constituye uno de los ejes principales de las ac-



tuaciones emprendidas, como parte de las políticas de empleo, en nuestro país en los últimos años ¹.

De acuerdo con el art. 37 de la Ley de Integración Social de Minusválidos (LISMI) ², constituye la finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores minusválidos su integración en el sistema ordinario de trabajo y, sólo en su defecto, procederá la fórmula especial de trabajo protegido que se menciona en el art. 41 de la misma ³.

Efectivamente, se considera que la integración en el mercado laboral ordinario representa la fórmula más apropiada para lograr una plena integración social de este colectivo de personas, desfavorecidas en su acceso al empleo ⁴. Son varios los instrumentos que el ordenamiento jurídico articula en orden a la pretendida inserción de este colectivo en el mercado ordinario de trabajo; entre ellos, ocupa un papel destacado el establecimiento de la técnica de reserva de empleo a favor de personas con discapacidad, consagrada en el art. 38 de la LISMI, y desarrollada en el art. 4 RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y medidas de fomento del empleo de personas con minusvalía ⁵.

Se arbitra en las citadas normas una medida que persigue la promoción del empleo mediante la exigencia del deber de contratar a un número de trabajadores disminuidos no inferior a un determinado porcentaje de la plantilla, tanto en el sector público como privado ⁶.

¹ Impulsado, especialmente, a raíz del Plan de Medidas Urgentes para la Promoción del Empleo de las Personas con Discapacidad, fruto del Acuerdo MTAS-CERMI, alcanzado en 1996; sobre todo, experimenta un importante avance con la firma del I y II Acuerdo MTAS-CERMI, de 15 de octubre de 1997, y de 3 de octubre de 2002, respectivamente, por los que se aprueban sendos Planes de acción para las personas con discapacidad. La política de empleo a favor de este colectivo forma parte también del Plan de Acción para el empleo en el Reino de España, aprobado el 19 de septiembre de 2003.

² Ley 13 /1982, de 7 de abril.

³ Pensada como paso previo al empleo ordinario o para la integración laboral de trabajadores con especiales dificultades.

⁴ En este sentido, pueden consultarse, entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «El empleo de las personas con minusvalía», *RL* núm. 3, 1999, pág. 10; ESTEBAN LEGARRETA, R., «Derecho al trabajo de las personas con discapacidad», *RPD*, Doc. núm. 10/2003, 5.ª edic., pág. 22; MORALES ORTEGA, J.M., *La comunitarización del empleo: su recepción por el reino de España*. Ed. CARL, 2003, pág. 209, entre otros.

⁵ Modificado por RD 170/2004, de 30 de enero.

⁶ Conforme al art. 38 de la LISMI, «las empresas públicas y privadas que emplean un número de trabajadores fijos que excedan de 50 vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100 de la plantilla».

En el ámbito de la Administración Pública, se establece la obligación de reservar un 5 por 100 de las plazas en las convocatorias de empleo público, con el fin de alcanzar progresivamente el 2 por 100 de los efectivos totales, elevado en virtud de la Ley 53/2003, de 10 de

La reserva de empleo se configura, de este modo, como una imposición al empleador⁷, en tanto que limita la libertad de contratación⁸, aunque no suponga, como se ha afirmado, una vulneración de la misma, en tanto que se apoya en un doble fundamento, la protección discriminatoria, de un lado, y la función social de la iniciativa económica privada, de otro⁹. En efecto, estamos ante una medida que se legitima desde el principio de discriminación positiva, habiéndose pronunciado al respecto el TC en la sentencia 269/1994, de 8 de noviembre, acerca del carácter no discriminatorio para terceros de la reserva de empleo público a favor de las personas con discapacidad, basando su razonamiento en el art. 9.2 CE¹⁰.

En el plano internacional, la legitimidad de tales instrumentos ha sido avalada también en diversos textos normativos, entre los que cabría destacar el art. 4 Convenio 159 (1983) OIT; en el ámbito comunitario, la Directiva 2000/1978 respalda la legitimidad de las políticas de acción positiva (art. 7.2).

En lo referente al ordenamiento interno, en la legislación laboral ordinaria, la referida técnica de integración encuentra amparo en el art. 17. 3 ET, que faculta al establecimiento legal de exclusiones, inclusiones, y preferencias en la contratación de colectivos que presenten especiales dificultades en el acceso al empleo.

El incumplimiento sistemático de la obligación de reserva no sólo por parte de las empresas, sino también de la Administración ha sido puesto de manifiesto de forma reiterada¹¹, así como la laxitud de la Administración Laboral a la hora de sancionar los señalados incumplimientos¹². Ello ha tenido una influencia decisiva en las posteriores modificaciones introducidas en la materia; interesa destacar la importante transformación que ha experi-

diciembre, sobre empleo público de discapacitados, desde el porcentaje anteriormente fijado e el 3 por 100, según la DA 19.ª de la Ley 23 /1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley 30/ 1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

⁷ NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., «La nueva configuración de la reserva de empleo para personas con discapacidad», *AL* núm. 11, 1999, pág. 236.

⁸ ESTEBAN LEGARRETA, R., *op. cit.*, pág. 24.

⁹ En este sentido, MORALES ORTEGA, J.M., *op. cit.*, pág. 205.

¹⁰ Sobre el contenido de la sentencia, puede ser consultado RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *op. cit.*, págs. 6 y 9.

¹¹ Al respecto, puede consultarse el Informe del CES sobre La situación del empleo de las personas con discapacidad, 1995, págs. 116-7; NÚÑEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 247 y ss.; GARRIDO PÉREZ, E., «Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción», *TL* núm. 51/1999, pág. 41; ESTEBAN LEGARRETA, *Derecho al Trabajo...*, *op. cit.*, pág. 24.

¹² ESTEBAN LEGARRETA, R., «Marco legislativo en relación al empleo de las personas con discapacidad», *Boletín del Real Patronato de Discapacidad* núm. 47, 2000, pág. 4; MORALES ORTEGA, *op. cit.*, pág. 206.



mentado el régimen jurídico de la reserva de empleo, especialmente a raíz de la reforma introducida por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social¹³, que se sitúa en una línea orientada hacia la flexibilización de dicho régimen; habiéndose procedido a su desarrollo reglamentario en virtud del RD 27/2000, de 14 de enero, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 a favor de trabajadores discapacitados en empresas de más de 50 trabajadores¹⁴.

2. CUESTIONES PLANTEADAS

Son varias las cuestiones controvertidas que aparecen reflejadas en el recurso y sobre las cuáles se pronuncia el Tribunal Supremo al elaborar la doctrina interpretativa aplicable al caso enjuiciado.

No obstante, los diversos motivos que fundamentan el recurso giran en torno a un eje central, relativo a la existencia de preferencias en el mantenimiento del empleo, basada en la condición de minusválido. Más concretamente, la cuestión que se somete a la consideración de TS y que centra la controversia, reside en determinar si la condición de minusválido del trabajador le otorga una prioridad legal que implique una garantía para permanecer en la empresa y ser excluido del expediente de regulación de empleo, manteniendo la vigencia del contrato de trabajo. Si bien es cierto que no puede ser analizada esta cuestión de forma aislada, sino que ha de ponerse en relación con el incumplimiento de la cuota de reserva, que es precisamente el elemento decisivo, sobre el cuál el Tribunal construye su razonamiento.

En consecuencia, el centro de la discusión ha de situarse en las consecuencias de la proyección que, sobre los expedientes de regulación de empleo, ha de reconocerse a la obligación de reserva de empleo a favor de personas con discapacidad.

La primera de las cuestiones debatidas plantea el carácter y alcance de la potestad de la Administración, y de modo específico, si en el caso de autos se utiliza para fines distintos de los que debe procurar, toda vez que se

¹³ *Vid.* Disposición Adicional trigésimo novena. La Ley 66/1997 sería posteriormente modificada y aclarada por la Ley 50/1998. sobre el contenido de dicha reforma, puede consultarse ESTEBAN LEGARRETA, R., «Marco legislativo ...», *op. cit.*, págs. 2 y ss.

¹⁴ Por Orden de 24 de julio de 2000, se regulan algunos detalles de su tramitación. En virtud del RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, se han introducido modificaciones en el contenido de la Ley 27/2000.

emplea en este caso para garantizar la debida observancia de las normas de promoción del empleo de las personas con discapacidad.

En relación con lo anterior, se pretende discernir si es indiferente para la Administración que, con la propuesta de la empresa y posterior resolución extintiva se conculque la legalidad, desde el momento en que se coloca a la empresa en situación de incumplimiento. Es decir, si es aceptable dejar que la empresa cometa la referida irregularidad e incurrir en una supuesta infracción legal, o debe la Autoridad Laboral, mediante su resolución —en la que debe aprobar o denegar la propuesta empresarial—, evitar la conducta transgresora. Con ello se somete al criterio del Alto Tribunal una segunda cuestión, cual es si la Administración puede o debe inmiscuirse en la decisión relativa a la selección de los concretos trabajadores afectados por el expediente, de acuerdo con la determinación del titular de la competencia para efectuar esa designación. Y en íntima conexión con la cuestión anterior, se aborda en la sentencia la existencia de posibles preferencias de los trabajadores respecto a las consecuencias extintivas del expediente de regulación de empleo.

3. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA EN LA STS DE 4 DE FEBRERO DE 2002

En relación con la cuestión relativa al reconocimiento de preferencias en el procedimiento de regulación de empleo, una primera observación que se puede apreciar es que ningún precepto de las normas sobre integración laboral de minusválidos permite inferir un derecho preferente para la conservación del empleo en caso de despido.

Los arts. 38 LISMI y art. 4 RD 1451/1983, más allá de configurar una medida de promoción del empleo de este colectivo, no disponen el reconocimiento de ninguna prioridad legal a los trabajadores minusválidos para la permanencia en el puesto de trabajo, que quepa oponer frente a las propuestas empresariales y decisiones de la Autoridad Laboral, y operar como límite en un expediente de regulación de empleo (FJ 7.º)¹⁵.

Tampoco de la normativa reguladora de los despidos colectivos puede extraerse alguna conclusión en la dirección señalada. Los criterios a em-

¹⁵ Aunque la Resolución de 18 de septiembre de 1984 de la Dirección General de Empleo resolvió que en igualdad de circunstancias y condiciones, debe permanecer en la empresa un trabajador minusválido, aunque no tenga preferencia legal, para salvaguardar el espíritu de la Ley 13 /1982, no se acredita en el caso enjuiciado que exista esa igualdad de condiciones a que alude la referida Resolución.

plear para la determinación de los trabajadores afectados por el despido colectivo no encuentran expresa acogida en el ordenamiento vigente¹⁶.

De acuerdo con esta ausencia de previsión, el silencio legal parece ser indicativo de la voluntad de atribuir la competencia en orden a la selección de los trabajadores afectados por la decisión, al empresario, que disfrutará, ante la manifestada ausencia de disposiciones al respecto, de un amplio margen de discrecionalidad¹⁷; ello no significa que la referida decisión empresarial pueda ser arbitraria o abusiva o no quede sujeta a ningún tipo de control; por el contrario, éste vendrá determinado por la existencia de aquellos límites derivados de la prohibición de actuaciones discriminatorias o que puedan suponer la violación de algún derecho fundamental¹⁸.

En efecto, una vez desaparecido el orden de preferencia de nuestro ordenamiento, actualmente, a excepción del reconocimiento del derecho que ampara a los representantes de los trabajadores, establecido en el art. 51.7 ET, y la posibilidad de incluir otros criterios de preferencia en el contenido de la negociación colectiva, la facultad de decidir sobre los concretos trabajadores afectados corresponde al empresario¹⁹.

Como puede deducirse de las anteriores reflexiones, la condición de minusválido por sí misma, no genera un derecho preferente para la permanencia en el puesto de trabajo en los supuestos de despido colectivo.

Considera el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta, que la obligación de reservar el porcentaje establecido de puestos de trabajo no implica una garantía individual de los trabajadores minusválidos ante un eventual despido —individual o colectivo—, diferente a la que pueda corresponder al resto de los trabajadores. En consecuencia, sienta como premisa general que la reserva de empleo a favor de los trabajadores minusválidos no permite extraer con carácter absoluto una prioridad en orden a la conservación del empleo, cuando su despido suponga una reducción de la cuota por debajo del porcentaje consagrado en la ley (FJ 6.º).

¹⁶ A diferencia del régimen anterior a la aprobación del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁷ En este sentido se manifiesta MARTÍNEZ BARROSO, M.R., «Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la impugnación de convenio de regulación de empleo», *TL* núm. 67/2002, pág. 270.

¹⁸ RODRÍGUEZ-PINERO, M., «La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I y II)», *RL*, 1989, pág. 31. En este sentido, MARTÍNEZ BARROSO señala que el empresario sólo queda obligado a someter al control administrativo el número de trabajadores afectados y criterios que se emplearán en su determinación, *op. cit.*, pág. 270-1. De hecho, tras el RD 43/1996, de 19 de enero, el empresario sólo está obligado a indicar en la solicitud «el número y categorías» de dichos trabajadores.

¹⁹ *Vid.* STS de 19 de enero de 1998, dictada en unificación de doctrina. Al respecto, *vid.* también GOERLICH PESET, J.M., «Los despidos colectivos», en AAVV (Borrajo Dacruz, Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Madrid. Edersa, 1994, pág. 174. También puede consultarse la opinión de este autor en cuanto a

Ahora bien, ello no significa que la referida imposición legal sobre el cupo de reserva carezca en todo caso de influencia. Como puede observarse, en el anterior razonamiento, el Tribunal Supremo matiza la imposibilidad de reconocer una garantía en términos absolutos. Y así, afirma el Alto Tribunal que «no puede aceptarse que la reserva de empleo que los preceptos de la LISMI y del RD 1451/1983 consagran no pueda en ningún caso tener influencia sobre la decisión del expediente de regulación de empleo». *Sensu contrario*, viene a admitir que la obligación de reserva de empleo puede tener repercusión en el mismo, y consecuentemente, rechaza aquellas interpretaciones que nieguen de forma absoluta o generalizada la incidencia de la cuota de reserva sobre la decisión extintiva. El razonamiento anterior conduce al Tribunal a afirmar que la necesidad de mantener a estos trabajadores derivará, en caso de que proceda, de las circunstancias del expediente y de la empresa; más exactamente, de la necesidad de mantener la cuota de reserva en el porcentaje establecido.

Frente a las alegaciones sobre la errónea interpretación que respecto al art. 51 ET realiza la sentencia recurrida, el criterio que mantiene el Tribunal Supremo viene a incidir en la necesidad de hacer compatibles la finalidad que se persigue en el expediente de regulación de empleo, con la promoción del empleo a favor del colectivo de personas con discapacidad.

Por consiguiente, mantiene la postura de que la Autoridad Laboral no puede permanecer indiferente en el caso de que «con la propuesta de extinción se vulnere la ley cuando aquélla es llamada a autorizar la extinción de los contratos» (FJ 8.º). Es así que la Administración Laboral no puede quedar al margen de la irregularidad si con su decisión puede evitarla. El hecho de que el incumplimiento de la obligación de reserva sea sancionable²⁰, no justifica, según el criterio del Alto Tribunal, que la Autoridad Laboral permita —mediante la autorización del despido— que no se alcance el propósito marcado en materia de integración laboral de minusválidos. Y así, se afirma en la sentencia que «la previsión legal de sanciones para las conductas ilícitas no constituye obstáculo al deber de la Administración de velar por el cumplimiento de la Ley» (FJ 10.º).

la revisión judicial de las decisiones empresariales relativas a la selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, y la determinación del orden jurisdiccional competente, *op. cit.*, pág. 172. Igualmente, sobre la individualización incorrecta de los criterios de selección, en GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, «La selección de trabajadores afectados en los despidos colectivos por reducción de personal», en AAVV (Borrajo Dacruz, Dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, Actualidad Editorial, S.A., 1993, pág. 188, pueden consultarse las matizaciones acerca de la determinación del orden jurisdiccional competente.

²⁰ *Vid.* art. 27.4 LISOS. Sobre el actual marco en materia sancionadora, *vid.* ESTEBAN LEGARRETA, *op. cit.*, *Marco legislativo...*, págs. 3 y 4.



El argumento anterior trae consigo la necesidad de abordar otra de las cuestiones planteadas en la sentencia, como es la relativa al alcance de la potestad y contenido de la resolución administrativa en los despidos colectivos.

La Sala se cuestiona si la sentencia impugnada adiciona a los criterios legales un nuevo elemento extraño y ajeno a la propia finalidad que la actuación administrativa ha de pretender y que incluso puedan resultar incompatibles con la misma.

En este sentido, se alega en el presente recurso que la potestad atribuida a la Administración en los procedimientos de despidos colectivos es una potestad reglada, cuya finalidad se encuentra definida, debiendo dirigirse al enjuiciamiento de la adecuación entre las extinciones contractuales solicitadas y la situación empresarial que se pretende atender. Por consiguiente, ha de quedar circunscrita a la labor de verificar la concurrencia de una causa fundada y valorar la razonabilidad de la medida que contribuya a superarlo. Para ello ha de realizar una valoración de las medidas propuestas por la empresa, a efectos de alcanzar la finalidad prevista en la norma, cual es la superación de una situación económica adversa, que garantice la viabilidad futura de la actividad empresarial. En este sentido, la autoridad administrativa dispone de una inevitable margen de discrecionalidad, con sujeción, no obstante, a los fines perseguidos por la norma ²¹.

Sobre este particular tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal de Conflictos de la Jurisdicción, resolviendo que la competencia de la Administración se extiende a la valoración de las cuestiones directamente relacionadas con la viabilidad futura de la empresa; ello implica examinar los puestos de trabajo que es necesario amortizar, suspender, o reconducir, y en definitiva, determinar los trabajadores que han de verse afectados por la decisión ²².

Situándonos en el caso concreto planteado en la sentencia que se analiza, es preciso valorar si la potestad que ostenta la Administración se utiliza para fines distintos, tales como procurar el cumplimiento de las normas sobre promoción del empleo de trabajadores minusválidos; y, en conexión con ello, dilucidar si la resolución administrativa debe decidir todas las cuestiones planteadas en el expediente ²³ y, como defiende el Tribunal, para evitar la vulneración del ordenamiento jurídico, acordar la exclusión del trabajador en cuestión. Esta consideración es decisiva para las siguientes que realiza.

²¹ En este sentido, MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2000, pág. 491.

²² Sentencia de 26 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 10314).

²³ Sobre este particular, la sentencia recurrida argumentaba la aplicación del art. 15 del RD 696/1980, de 14 de abril, hoy derogado.

Es obvio que la resolución administrativa ha de ser motivada y congruente con las peticiones formuladas por los interesados²⁴. La exigencia legal de que la resolución sea motivada supone la necesidad de fundamentar la decisión que se adopta²⁵.

En virtud de las exigencias derivadas del principio de congruencia, los actos de la Autoridad Laboral en los expedientes de regulación de empleo han de ser adecuados y congruentes con la decisión empresarial, para dar efectividad al despido con respecto a los concretos puestos de trabajo que han de extinguirse, entre otras cuestiones; en la medida en que, si bien la autoridad laboral no está obligada a pronunciarse sobre los concretos trabajadores a los que afecta el despido, aunque tampoco se prohíbe expresamente hacerlo²⁶.

A partir de estas consideraciones, la sentencia objeto de comentario incide en la necesidad de encontrar una solución que garantice el equilibrio entre las distintas finalidades perseguidas por ambas normas, esto es, los arts. 17 y 51, ambos del Estatuto de los Trabajadores. Desde este razonamiento, el Tribunal Supremo defiende la existencia de una vinculación estrecha entre los arts. 51 y 17 ET. Y es sobre la base de esta relación que se construye el argumento en el que apoya el Tribunal su pronunciamiento, en tanto «hay que entender que se proclama la existencia de trabajadores minusválidos que deben ser protegidos en el acceso o permanencia en el empleo y que encuentran su regulación en normas especiales, las cuáles son de aplicación también a la extinción del contrato de trabajo que deriva de un despido colectivo» (FJ 5.º).

El Tribunal Supremo procede, de acuerdo con los razonamientos que han sido expuestos, a la anulación parcial de las resoluciones administrati-

²⁴ «La autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. Dicha resolución, en todo caso, deberá ser motivada y congruente con la solicitud deducida», como establece el art. 12 RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. El hecho de que la resolución deba pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas por las partes y también sobre aquéllas que deriven del expediente, constituye una exigencia también derivada del art. 89.1 LRJAP y PAC.

²⁵ STC 136/1998, de 29 de junio (IL 593). A este respecto, entiende GÁMEZ OREA que el incumplimiento de esta prescripción de motivación del acto implicaría que éste adoleciera de incongruencia, «Despidos colectivos y principio de congruencia», en AAVV (Cruz Villalón, Dir.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*. Edita Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz. Madrid. Tecnos, 1996, pág. 197.

²⁶ Tal como sostiene un sector de la doctrina, entre los que cabe citar a MARTÍNEZ BARROSO, *op. cit.*, pág. 271; AGUSTÍ MARAGALL, J., «Un viejo problema prorrogado: el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones individuales contra la afectación por un despido colectivo», *AL*, núm. 17, págs. 348-349.



vas impugnadas, declarando el derecho del trabajador a ser excluido del expediente de regulación de empleo aprobado en las referidas resoluciones.

4. CONCLUSIONES

En la sentencia comentada, el Tribunal lleva a cabo un razonamiento que permita garantizar una solución equilibrada, de tal modo que asegure la consecución de ambos objetivos, el perseguido en el expediente de regulación de empleo, de un lado, y el propósito buscado mediante la imposición de las cuotas de reserva, de otro. Realiza así una interpretación conjunta, que vincula los arts. 51 y 17, ambos del Estatuto de los Trabajadores.

A nuestro entender, aunque la solución es aceptable, en tanto que preserve el cumplimiento de la promoción de empleo de un colectivo desfavorecido en sus posibilidades laborales, como es el de las personas discapacitadas, cuyo interés ya ha sido puesto de relieve en las páginas anteriores; no obstante, no era la única solución posible en orden a resolver de forma razonable las pretensiones planteadas.

La postura mantenida por el Tribunal Supremo opta por la solución más contundente en esta línea de preservar el cumplimiento de las normas dirigidas a amparar de modo especial el disfrute de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad, y sin lugar a dudas, acorde con el mandato contenido en los arts. 9.2 y 49 CE; aunque con ello se aparte en cierto modo de los criterios doctrinales más consolidados y respetuosos con los ámbitos competenciales que hayan de ser reconocidos al empresario en el procedimiento y tramitación de los despidos colectivos.

A nuestro juicio, otras soluciones pueden ser igualmente aceptables en supuestos como el que nos ocupa. La garantía de reserva de empleo podría hacerse efectiva mediante la sustitución de unos trabajadores minusválidos por otros en quienes concurra la misma condición, como apunta incluso el Tribunal Supremo en la sentencia comentada. En esta línea, podría la empresa extinguir el contrato de un trabajador minusválido cuyas funciones, ante la situación económica que atraviesa la empresa, no se ajustasen a las necesidades de ésta, y proceder de inmediato a una nueva contratación de otro trabajador también discapacitado, con un perfil más adecuado a la actual situación y que contribuyese mejor a la superación de la crisis empresarial.

Actualmente, son posibles otras fórmulas para garantizar el cumplimiento del cupo de reserva, además de la sustitución de unos trabajadores por otros —también minusválidos—, como la adopción de medidas de carácter alternativo a la cuota de reserva, aunque debe reconocerse que la aplicación de éstas últimas no era factible cuando se produjeron las actuaciones referidas.



En consecuencia, las facultades de propuesta reconocidas a la empresa y la potestad de decisión administrativa para la consecución del objetivo de viabilidad empresarial pueden recoger otras fórmulas que garanticen el cumplimiento de las prescripciones legales sobre reserva de empleo de minusválidos.





EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

LA JUBILACIÓN FORZOSA DEL TRABAJADOR POR CONVENIO COLECTIVO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

STS, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2004

FERNANDO ELORZA GUERRERO *

SUPUESTO DE HECHO: El 2 de agosto de 2001 un trabajador adscrito a un Ente Público remite un escrito al Director de Recursos Humanos manifestándole su intención de no jubilarse a los 65 años, alegando la carencia de personal cualificado en la empresa. Con posterioridad, la mencionada Dirección comunica al trabajador que la pretensión era jurídicamente inviable al resultar de aplicación el artículo del convenio de empresa que establece la obligatoriedad de la jubilación al cumplir los sesenta y cinco años.

Con efectos de 7 de octubre de 2001 la empresa adoptó la Resolución de cese del trabajador por jubilación obligatoria al cumplir los sesenta y cinco años. Esta decisión motivó el que el trabajador actuara jurídicamente, al entender que había sido despedido, con la intención de que se dejara sin efectos el mismo.

RESUMEN: La doctrina del Tribunal¹ establece que, tras la derogación de la D.A. 10.^a E.T. por el R.D.-L. 5/2001 —sustituido posteriormente por la Ley 12/2001, de 9 de julio—, no es factible el que mediante la negociación colectiva se establezcan edades de jubilación forzosa, por las siguientes razones:

* Profesor Titular de Universidad del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ (R.J. 841/2004) y que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina sobre la STSJ Madrid, de 5 febrero de 2003. Téngase en cuenta que en la misma fecha la Sala de lo Social del TS ha emitido otra Sentencia en idénticos términos STS, de 9 de marzo de 2004 (R.J. 873/2004), en relación con la STSJ Madrid, de 17 de diciembre de 2002.

- a) Desaparecida la D.A. 10.^a ET, la negociación colectiva carece de marco legal habilitante para establecer limitaciones a los derechos como el derecho al trabajo. Los convenios colectivos están obligados a respetar no sólo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también el mandato de reserva de ley que impone la Constitución.
- b) Las razones que justificaron tanto la norma (D.A. 10.^a ET), como las consideraciones de política de empleo implícitas en los convenios colectivos, han desaparecido igualmente. La situación social y laboral actual es muy distinta a la de los años 80. A partir del Pacto de Toledo se aprecia un rotundo cambio en la orientación de la política económica y social que tiende a la flexibilización de la edad de jubilación de forma gradual y progresiva, y a la compatibilidad entre pensión de jubilación y mantenimiento de la vida laboral. Este cambio de orientación también se percibe en el ámbito europeo, siendo una muestra de ello tanto las Directrices para el Empleo del año 2000 que subrayan la necesidad de prestar atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, al objeto de prolongar su vida activa, como algunas Directivas, tal es el caso de la Directiva 78/2000, del Consejo, 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, traspuesta a nuestro Derecho por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

Asimismo, y reforzando con ello la conclusión de que *«no es actualmente posible establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa»*, el Tribunal entiende que, derogada la D.A. 10.^a ET, si bien no *«resucita»* la vigencia de la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953 — que implícitamente vedaba a los convenios colectivos la posibilidad de establecer edades de jubilación forzosa—, es de aplicación a los convenios colectivos los arts. 4.2 c) y 17.1 ET, preceptos éstos *«cuyo espíritu es el mismo —aunque ahora con rango de ley— que el de la citada Orden Ministerial»*, por lo que vuelve a ser actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la mencionada Orden Ministerial y que *«atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de “mínimo de derecho necesario absoluto”»*.

No obstante, y por lo que respecta a las cláusulas de jubilación forzosa vigentes a la fecha de la derogación de la D.A. 10.^a ET, el Alto Tribunal entiende que la desaparición de la norma no supone la pérdida de vigencia de tales cláusulas, al haberse establecido *«de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno (...) debe salvaguardarse»*, lo que es conforme además con la D.T. 2.^a del Código Civil.



ÍNDICE

1. LA D.A. 10.^a ET, O LA HISTORIA DE UNA DEROGACIÓN NORMATIVA CON UN FINAL INESPERADO
2. REFLEXIONES A PARTIR DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA DEROGACIÓN DE LA D.A. 10.^a ET
3. CONCLUSIÓN

1. LA D.A. 10.^a ET O LA HISTORIA DE UNA DEROGACIÓN NORMATIVA CON UN FINAL INESPERADO

El comentario de la presente Sentencia entendemos que resultará más provechoso si contextualizamos, aunque sea brevemente, el momento en que la misma ve la luz, así como los avatares por los que ha pasado una institución como la jubilación forzosa en nuestra historia más reciente.

Recordemos en ese sentido, que ya en la primera versión del ET allá por 1980 existía una D.A. 5.^a que precisamente contemplaba, en los mismos términos que recogió posteriormente el párrafo 3.º de la D.A. 10.^a ET desde 1995, que *«en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos»*, si bien, como es sobradamente conocido, el contenido global de ambas disposiciones no es idéntico, al hacer desaparecer el legislador en 1995 la norma que establecía la edad de 69 años como máxima para desempeñar una actividad laboral ².

La vigencia de la D.A. 10.^a ET vio periclitada su vigencia con la promulgación de la Ley 12/2001, de 9 de julio —que como sabemos tiene su origen en el R.D.-L 5/2001—, que expresamente estableció en la Disposición Derogatoria de la norma la derogación de aquella. En la Exposición de Motivos de la Ley se argumentaba como justificación de la derogación decretada que la citada disposición *«estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales»*. En este sentido, en algún caso se ha llegado a plantear que, con la actuación legislativa comentada, el legislador vendría a *«amarrar el cabo suelto que dejaría la habilitación a la negociación colectiva»*, en un momento en que el legislador intenta incentivar la permanencia en activo del trabajador una vez alcanzada la edad

² Con lo que se ajustaba la normativa vigente a la doctrina del TC, que ya en la STC 22/1981, de 2 de julio, consideró inconstitucional el establecimiento de los 69 años como edad que incapacitaba para trabajar *«de forma directa e incondicional»*.

ordinaria de jubilación, ante el temor de que dichas cláusulas pudieran «paralizar, obstaculizar o minimizar los efectos de las medidas» legislativas adoptadas de la citada finalidad»³.

Sin embargo, y contrariamente a lo que en un principio podría esperarse, la reacción de los agentes sociales a la derogación de la D.A. 10.^a ET, transcurrido un tiempo, ha sido de contrariedad, pese a que la actuación legislativa en los últimos tiempos ha ido en la línea de estimular la jubilación gradual y flexible del trabajador —véase el R.D.-L. 16/2001, de 27 de diciembre, o la posterior Ley 35/2002, de 12 de julio—. La manifestación más evidente, en este sentido, ha tenido lugar precisamente a raíz del conocimiento por los sindicatos y asociaciones empresariales de nuestro país de la Sentencia que hoy precisamente comentamos. En un comunicado fechado en Madrid, el 6 de abril de 2004, la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, integrada por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, manifestaban su preocupación al entender que «el fallo judicial no ha considerado suficientemente el papel que la negociación colectiva tiene en el sistema de fuentes del derecho español», razón por la que U.G.T., CC.OO., C.E.O.E. y C.E.P.Y.M.E. anunciaban su intención de dirigirse al nuevo Gobierno, una vez constituido, «para que a la mayor brevedad posible promueva la oportuna reforma normativa que faculte a los convenios colectivos para pactar, por razones de política de empleo edades de jubilación obligatoria, sin perjuicio de lo previsto en materia de Seguridad Social, dotando así a la negociación colectiva de la necesaria seguridad jurídica».

Este comunicado que duda cabe que supone la manifestación evidente de una actitud que en los últimos 25 años prácticamente no se ha dado. Y es que en pocas ocasiones a lo largo de estos años hemos podido observar un consenso tan generalizado en contra de una reforma legislativa del Gobierno.

Como resulta conocido, la petición de los interlocutores sociales ha sido acogida por el Gobierno de forma inmediata, de manera que en fecha reciente la prensa nacional daba cuenta del acuerdo alcanzado para restablecer la norma que explícitamente ampare la negociación colectiva de edades de jubilación forzosa, y cuya entrada en vigor parece que puede producirse antes de que se concreten legislativamente los acuerdos que pudieran derivarse del vigente Diálogo Social 2004. Previsión legislativa que, por otra parte, es esperada en algunas empresas como «agua de mayo», si nos atenemos al tenor de algunos convenios de empresa, como el de la empresa

³ TORTUERO PLAZA, J.L.: «La jubilación forzosa en las políticas de empleo», *RMTAS*, núm. 33, 2001, págs. 258-259.



RENAULT ESPAÑA S.A.⁴, donde figura la siguiente cláusula, que resulta muy indicativa de las expectativas que existen entorno a la reimplantación legislativa de la jubilación forzosa: «*La aplicación del Capítulo X del presente Convenio Colectivo, quedará suspendida hasta que se produzcan los cambios normativos que puedan derivarse de las recientes sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, ambas de fecha de 9 de marzo de 2004, posibilitando la jubilación obligatoria. Producido el cambio normativo y a su entrada en vigor, se habilitaría, sin más, la aplicación de dicho capítulo, cuya vigencia perdurará al mantenerse las condiciones, políticas de empleo y demás contraprestaciones que justificaron su implantación*».

2. REFLEXIONES A PARTIR DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA DEROGACIÓN DE LA D.A. 10.^a ET

La Sentencia que comentamos en esta ocasión resulta sumamente didáctica en relación con la materia que nos ocupa —la jubilación forzosa por convenio colectivo como causa de extinción del contrato de trabajo—, por contener no sólo un pronunciamiento explícito sobre el alcance que para el Tribunal tiene la derogación de la D.A. 10.^a ET, sino también por resumir de manera sintética la problemática que ha venido aquejando históricamente a esta institución⁵.

Comenzando por esta segunda cuestión, la menos relevante sin duda, pero de interés, no estará demás advertir cómo la fundamentación jurídica de la Sentencia comienza con una consideración histórica del tratamiento de la cuestión, partiendo de la Orden del Ministerio de Trabajo de 1 de julio de 1953 —que vedaba los convenios colectivos la imposición de edades de jubilación forzosa— para a continuación recordar resumidamente tanto la posición del TC (STC 22/1981 y 58/1985), como la propia jurisprudencia del Alto Tribunal hasta instantes antes de la derogación legislativa de la mencionada disposición legal. No obstante, llama la atención el tratamiento que de los antecedentes históricos hace el TS, sobre todo cuando se advierte la solución que plantea en relación a si los convenios colectivos pueden continuar fijando edades de jubilación forzosa tras la promulgación de la Ley 12/2001, y que consiste como ya sabemos en su radical oposición a que esto pueda ser así. En concreto, sorprende cómo el Tribunal resume la posición

⁴ Cláusula Adicional del Capítulo X «Jubilación obligatoria», del convenio vigente para el período 2004-2006 (BOE de 6 de julio de 2004).

⁵ Objeto por cierto de un estudio detallado por MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2002, en particular págs. 97 y ss.

del mismo durante la vigencia de las sucesivas D.A. 5.^a y 10.^a ET sin advertir en ningún momento, o al menos reconocer, por un lado que la doctrina de este Tribunal difiere de la establecida en su día por el TC —que insistió especialmente en la relación que debía guardar la jubilación forzosa con la política de empleo, por lo que no cabía contemplar la amortización de los puestos de trabajo como desenlace final de la jubilación forzosa—⁶, y por otro, que la jurisprudencia del propio TS ha registrado históricamente vaivenes, que en unos casos lo han aproximado a la doctrina del TC, y en otros lo han alejado

Centrándonos ya en la cuestión sustancial que nos ocupa de la nueva doctrina del TS, comenzaremos por resaltar que la construcción jurisprudencial parte de la consideración de que *«desaparecida la norma legal autorizante —la Adicional 10.^a— queda la negociación colectiva sin el marco habilitante para establecer limitaciones a aquellos derechos al que aludió el Tribunal Constitucional en las sentencias 22/1981 y 58/1985 [...] Porque los convenios colectivos están obligados a respetar no sólo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también el mandato de reserva de ley que impone la Constitución»*. En este sentido, y en línea con una doctrina que sí ha sido constante en el caso del TS, se establece como punto de partida la afirmación de la reserva de ley ex art. 53.1 CE en relación con el derecho al trabajo, advirtiéndose ya desde un principio el peligro de vulneración del art. 14 CE si se hiciera prevalecer el art. 37.1 CE (derecho a la negociación colectiva) sobre el 35.1 CE (derecho al trabajo), en este caso —discriminación por razón de una «circunstancia personal»—.

En principio, el posicionamiento del Tribunal no debe sorprender, pues se sitúa en la senda de la tradicional afirmación de la reserva de ley en relación con todo lo que tenga que ver con la extinción del contrato de trabajo, por su conexión íntima con el derecho al trabajo, y con lo que puede considerarse su contenido esencial: la estabilidad en el mismo. Sin embargo, si resulta novedoso el que TS acto seguido exprese que a su juicio en todo este asunto conviene tener en cuenta que *«han desaparecido también las razones que justificaron tanto la norma, como las consideraciones de política de empleo implícitas en los convenios, a las que alude nuestra sentencia de 14 de julio de 2000»*.

De las palabras del Tribunal podemos deducir que, a su juicio, el contexto en el que se ha venido desarrollando la institución de la jubilación forzosa emanada de la autonomía colectiva ha cambiado significativamente.

⁶ Una consideración resumida de esta jurisprudencia oscilante del TS y la contradicción que suponía con la doctrina del TC puede consultarse, entre otros, en MELLA MÉNDEZ, L.: «Jubilación forzosa pactada en convenio colectivo y política de empleo», *REDT*, págs. 451 y ss.



Por un lado, considera que las «razones» que justificaron la existencia de una norma como la D.A. 10.^a ET —anterior D.A. 5.^a ET— han desaparecido. Aunque el TS no menciona cuáles son esas razones, recordemos que uno de los motivos que principalmente animó al legislador a reconocer expresamente la competencia de la autonomía colectiva en esta materia fue precisamente la consideración de que la jubilación forzosa mediante convenio colectivo podía ser un instrumento útil para estimular un mejor reparto del empleo. Por otro, críticamente, afirma que también han desaparecido las «consideraciones de política de empleo implícitas en los convenios», lo que nos remite, y así hace el propio Tribunal al mencionar la Sentencia de 14 de julio de 2000, a las consideraciones que al Alto Tribunal ha esgrimido a lo largo de los años para afirmar que la jubilación forzosa por convenio colectivo registra exclusivamente la limitación de que el trabajador reúna los requisitos para causar derecho a prestaciones por jubilación⁷. Como reza para el TS en la mencionada Sentencia de 14 de julio de 2000, la no exigencia de consideraciones de política de empleo en el caso de norma convenida, por contraposición a la situación que registra la norma legal, tiene su origen en el hecho de que «la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que necesariamente, en esa transacción, se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que deriva», por lo que es «aquella regulación de los intereses recíprocos» la que explicaría la innecesariedad de la vinculación de la jubilación forzosa con consideraciones de política fomento de empleo.

¿Quiere decir esto último acaso que la negociación colectiva ha dejado de llevar «implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios»? Con carácter general no creemos que el Tribunal piense que eso es así. De hecho, la Sala explicita que lo que quiere decir es que, a su juicio, el panorama de las relaciones laborales en nuestro país ha cambiado hasta el punto de que tras el Pacto de Toledo la orientación de la política laboral en relación con la jubilación ha tendido a flexibilizar su régimen «de forma gradual y progresiva», permitiendo incluso la compatibilidad de la pensión de jubilación y la actividad laboral del individuo, de forma que, ya en el propio Pacto se señalaba que «resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen». Una tendencia que también se aprecia en la política comunitaria, recordando a esto efectos el TS la orientación de las Directrices para el

⁷ Véase en este sentido, STS (Sala de lo Social) de 8 de marzo de 2000 (R.J. 2807/2000).

empleo del año 2000, o la Directiva 78/2000, de 27 de noviembre del Consejo, en favor de los trabajadores de más edad y de la prohibición de discriminaciones por razón de la edad. Y que lleva a la Sala a afirmar categóricamente que «*recobra actualidad la jurisprudencia [...] que atribuía al derecho subjetivo al trabajo la naturaleza de “mínimo de derecho necesario absoluto”*» en tiempos de la vieja Orden Ministerial de 1953, por lo que «*no es actualmente posible establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa*».

Estas últimas palabras del TS suscitan por tanto la imagen de la reinstauración de un antiguo mínimo de derecho necesario absoluto, ausente por otro lado entre nosotros durante casi veinticuatro años. Pero, ¿hasta qué punto puede ser esto admitido?

Si consideramos lo dispuesto por el art. 2.2 del Código Civil la simple derogación de la D.A. 10.^a ET en ningún caso implica una restitución de la vigencia de la vieja Orden Ministerial de 1953. Y de esta opinión es desde luego el propio TS que en el F.J. 6.^o reconoce que la derogación «*por supuesto no resucita la vigencia de la OM 1 jul. 1953*». Sin embargo, para el propio Tribunal preceptos como el art. 4.2 c) y 17.1 ET atesorarían un «*espíritu [que] es el mismo —aunque ahora con rango de ley— que el de la citada Orden Ministerial*», lo que implicaría que «*recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la referida Orden que atribuía al derecho subjetivo al trabajo la naturaleza de “mínimo de derecho necesario absoluto”*».

¿Verdaderamente puede extraerse de preceptos como los mencionados arts. 4.2.c) —la negociación colectiva como derecho laboral «básico»—, y 17.1 ET —no discriminación en las relaciones laborales—, la consideración del derecho al trabajo como mínimo de derecho necesario absoluto? Indudablemente, todo debe partir de la concepción que se tenga del derecho al trabajo *ex art. 35 CE*, y del valor que se otorgue a los mencionados preceptos estatutarios.

En nuestro caso entendemos que el derecho al trabajo supone el derecho «*a la adquisición o conservación de una ocupación remunerada por parte de quienes tienen capacidad de trabajo*»⁸. Un derecho que no pueden entenderse desconectado del objetivo del pleno empleo que menciona el art. 40 CE, en cuanto «*situación económica general*» en la que el derecho al trabajo, en el sentido expuesto, puede ser efectivamente ejercitado⁹. A la

⁸ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 145.

⁹ De nuevo, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., GARCÍA MURCIA, J., *op. cit.*, pág. 145.



consecución de una situación económica general favorable tanto para la adquisición, como la para la conservación del empleo, se debe orientar la actuación de los poderes públicos, tal y como manifiesta el propio art. 40 CE.

En este sentido, recuérdese lo establecido en su día por la STC 22/1981 que apreció en el derecho al trabajo, en tanto que derecho a un puesto de trabajo, una doble dimensión, tanto individual como colectiva, deducible de los arts. 35.1 y 40 CE. Para el TC la perspectiva individual del derecho al trabajo «*se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa*». En tanto que la dimensión colectiva implicaría «*un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma*».

La adopción de medidas de jubilación forzosa podría entenderse como útil a la hora de compaginar el derecho de unos a conservar el trabajo y el derecho de otros a acceder a un empleo, si partimos de la base de que una situación de pleno empleo en sentido literal es prácticamente imposible. Sin embargo, esta cuestión a su vez nos lleva a interrogarnos sobre el margen de maniobra de la negociación colectiva en esta materia.

El art. 53.1CE constituye un buen punto de partida. Recordemos que dicho precepto establece la reserva de ley en relación con los derechos y libertades recogidos en el Capítulo II del Título I CE, entre los que se encuentra el derecho al trabajo, ley que además deberá respetar el contenido esencial del derecho. El tenor constitucional explica finalmente por qué el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo ha sido tradicionalmente abordado por la ley, al tratarse de un régimen que incide indudablemente en el derecho reconocido por el art. 35 CE. Sin embargo, y como ya en alguna ocasión anterior se ha señalado, entendemos que la reserva de ley *ex art. 35 CE* no necesariamente implica que todo aspecto que pueda guardar una relación directa con el derecho al trabajo tenga necesariamente que ser regulado por ley¹⁰. A fin de cuentas la reserva de ley consideramos que debe venir referida al contenido esencial del derecho.

¹⁰ GARCÍA MURCIA, J.: «El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador», *REDT*, núm. 19, 1984, pág. 441, quien concluye acertadamente que «*el convenio colectivo podrá actuar siempre que la ley le deje algún espacio, y siempre, claro está, dentro de los límites legales*», de manera que «*cuando el art. 49.6 ET dice que el contrato de trabajo se extingue “por jubilación del trabajador” está remitiendo, bien a la voluntad de las partes del contrato, bien a una norma, estatal o pactada, para que determinen los términos de esa extinción*».

En ese sentido, recuérdese que el TC tiempo atrás ya subrayó que la cuestión de la regulación por la negociación colectiva de los derechos individuales no se puede resolver aduciendo la imposibilidad de disposición de derechos personalísimos por sujetos ajenos al titular, de tal manera que *«del texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos»* (STC 58/1985). De la misma manera, téngase en cuenta que la desaparición de una disposición legal que habilita a la negociación colectiva para fijar edades de jubilación forzosa, en ningún caso supone la prohibición automática para la autonomía colectiva de adentrarse en terrenos que anteriormente la ley consideraba expresamente como idóneos.

Ejemplo de esto último lo constituye la supresión del término «asistencial» del art. 85.1 ET por la Ley 11/1994, cuya desaparición no se consideró generalmente como expresiva de la sustracción a la autonomía colectiva de las medidas asistenciales, sino como un gesto que apuntaba al deseo del legislador de extraer los temas asistenciales y de Seguridad Social complementaria de los convenios colectivos, con el ánimo de que la materia asistencial *«se canalice a través del régimen de mejoras voluntarias previsto en la legislación de Seguridad Social [...] recurriendo a los Planes de Pensiones»*¹¹. En ese sentido, coincidimos con el TC en que el valor a conferir a la D.A. 10.^a ET pasa por entender que *«el precepto legal no pretende únicamente atribuir a la negociación colectiva la facultad de facilitar la jubilación voluntaria a través de una regulación promocional que no era preciso autorizar, pues nunca había sido negada y era frecuentemente ejercitada, sino superar el precedente obstáculo legal convirtiendo en disponible por la negociación colectiva un derecho que con anterioridad no lo era»* (STC 58/1985).

Comentábamos anteriormente que para el TS los cambios registrados en el panorama de las relaciones laborales constituye un factor decisivo en toda esta cuestión. En concreto, para el Tribunal en todo este asunto no puede desconocerse el *«rotundo cambio de orientación en la política social y económica tendente a la flexibilización de la edad de jubilación de forma gradual y progresiva, e incluso a la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el mantenimiento de la vida laboral»*, que conferiría a la institución de la jubilación forzosa el carácter de medida extraña al tiempo presente y por tanto fuera de lugar, visto los tiempos y los planteamientos legislativos que corren. En definitiva se trataría de una institución a contracorriente, in-

¹¹ RIVERO LAMAS, J.: «Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994», *DL*, núm. 43, 1994, pág. 88.

cluso contradictoria con el vigente Derecho Comunitario, lo que resaltaría el sin sentido de su existencia en el momento presente. En ese sentido, la derogación de la disposición legislativa vendría, como ya hemos reflejado en páginas anteriores, a «*amarrar el cabo suelto que dejaría con la habilitación a la negociación colectiva*»¹² el legislador, vistas las nuevas políticas legislativas nacionales sobre jubilación e igualdad inspiradas desde la UE.

¿Qué hay de cierto en todo esto?

Comencemos por la consideración del aspecto más general: la colisión de la jubilación forzosa por convenio colectivo con Directivas como la 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, invocada expresamente por el TS. El art. 1 de la misma fija como su objeto «*establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato*»¹³. A tales efectos considera que habrá una discriminación directa cuando una persona, sea, haya o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos consignados por el art. 1 (art. 2.2 a)). Igualmente, entiende que se dará una discriminación indirecta cuando una «*disposición, criterio o práctica*» aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a personas de una edad determinada respecto de otras personas (art. 2.2. b)).

Sin embargo, la propia Directiva contempla desde un primer momento excepciones a este planteamiento general. Así, y por lo que respecta a las discriminaciones indirectas, establece que la apreciación de las mismas tendrá lugar salvo que «*dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios*» (art. 2.2 b) i)). A nuestro juicio, las razones vinculadas a la política de empleo podrían constituir en ese sentido una «*finalidad legítima*».

Pero es que además, en la propia Directiva existe un precepto, el art. 6, dedicado precisamente a la «*justificación de diferencias de trato por motivos de edad*», donde textualmente se establece que «*no obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 [aquél que consagra los conceptos de discriminación directa e indirecta], los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de*

¹² TORTUERO PLAZA, J.L.: «La jubilación forzosa...», *op. cit.*, pág. 258.

¹³ La cursiva es nuestra.

las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». Por tanto resulta razonable pensar que el establecimiento de jubilaciones forzosas por convenio colectivo, siempre que se encuentre vinculado a planteamientos propios de la política de empleo, no tiene por qué ser práctica contraria a la Directiva¹⁴. Directiva que por cierto, y así se expresa en los considerandos de la misma, «se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación» (Cdo. 14).

La legislación nacional sobre jubilación debe captar por tanto en estos momentos nuestra atención. Y de entre ella tal vez la norma más destacable sea la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Una norma que tiene su origen en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social suscrito por el Gobierno, C.E.O.E. y CC.OO., de 9 de abril de 2001, y cuyo objetivo declarado, según reza la Exposición de Motivos de la propia Ley 35/2002, fue adoptar «un conjunto de medidas en relación con la flexibilidad de la edad de jubilación, a fin de dotar a la misma de los caracteres de gradualidad y progresividad». En ese sentido, la Ley 35/2002 entroncaría con la política comunitaria de envejecimiento activo propugnado por la UE —que pretende por un lado posibilitar que para 2010 la mitad de la población entre 55 y 64 años esté empleada¹⁵, y por otro que se eleve progresivamente en torno a cinco años la edad media efectiva a la que las personas dejan de trabajar definitivamente¹⁶—, y cuya manifestación más reciente la

¹⁴ De esta misma opinión es MARTÍN ALONSO, I.: «La legitimidad de las jubilaciones forzosas establecidas por convenio colectivo tras la derogación de la Disposición Adicional 10.ª TRET (A propósito de la STSJ de Madrid de 18 de junio de 2003)», *REDT*, núm. 121, 2004, pág. 147.

Ciertamente en el caso de esta Directiva llama muchas veces más la atención las excepciones y salvedades que los propios principios generales que afirma. En este sentido, por ejemplo, entre nosotros el profesor MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional 10.ª del Estatuto de los Trabajadores», *AL*, núm. 8, 2002, pág. 157, ha llamado la atención sobre la «inclusión de una sorprendente, y relativamente espeluznante, autorización para el “establecimiento de una edad máxima para la contratación”», como diferencia de trato por motivos de edad justificada, excepción por tanto al marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación propugnado por la Directiva comunitaria.

¹⁵ Según la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004, España forma parte del grupo de países como Alemania, República Checa, Finlandia, Lituania, Países Bajos, Grecia o Letonia, que registran en torno a una medida del 38,7 % en esta materia, considerada por otra parte la media europea.

¹⁶ Los datos que maneja la Comisión en su Comunicación de 3 de marzo de 2004 es que en España la edad media de abandono definitivo del mercado de trabajo ronda los 61,4 años, frente a los 63,2 de Suecia, los 60,5 de Alemania o los 59,2 de Francia.

constituye la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004 «*Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo*»¹⁷.

Un análisis detenido de la Ley 35/2002 permite apreciar cómo la norma centra sus esfuerzos en dos frentes bien distintos y que podría en principio considerarse contradictorios. Por un lado, y así se expresa en la propia Exposición de Motivos, existe «*el objetivo de lograr una mayor permanencia en la actividad*» profesional por parte del trabajador, para lo que se aborda la flexibilización del régimen jurídico de la jubilación, permitiendo la compatibilización del percibo de la pensión con el desarrollo de un trabajo a tiempo parcial, buscando precisamente que el abandono definitivo por el trabajador del mercado de trabajo sea gradual. Por otro lado, sin embargo, introduce novedades en el régimen jurídico de la jubilación anticipada, que de ser un régimen transitorio y para determinados trabajadores (D.T. 3.^a y 4.^a LGSS), pasa a adquirir un estatus ordinario (art. 161.3 LGSS), al que pueden acceder los trabajadores pertenecientes al Régimen General, al Régimen especial de la Minería del Carbón, y los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen especial de Trabajadores del Mar, que reúnan ciertos requisitos (art. 1 R.D. 1132/2002, de 31 de octubre).

Del presente régimen de la jubilación anticipada, con todo, nos interesa destacar dos ideas en estos momentos. Una, que sigue tratándose, pese a su digamos «normalización» —por contraposición al carácter extraordinario que tenía su condición de régimen transitorio—, de una excepción a la regla general que en nuestro ordenamiento establece el acceso a la pensión de jubilación sólo una vez que se ha alcanzado la que se considera como edad ordinaria de jubilación. Pero precisamente la existencia de esta figura jurídica en si misma —la jubilación anticipada— ejemplifica a las claras cómo en nuestro ordenamiento jurídico-laboral pueden convivir planteamientos jurídicos que apunten en direcciones distintas en relación con la institución de la jubilación. Bien es verdad que en el presente caso puede decirse claramente que hay un régimen que goza del favor del legislador, la jubilación flexible, y ello se observa en el tratamiento más favorable de que es objeto por contraposición al de la jubilación anticipada *ex* art. 161.3 LGSS.

La otra, que la finalidad última del nuevo régimen de jubilación anticipada es proteger al trabajador ante situaciones de retiro prematuro que no tienen su origen en su propia voluntad, sino que vienen impuestas por el propio mercado de trabajo, o si se quiere concretar más por el empresario.

¹⁷ Un análisis de la misma puede consultarse en LÓPEZ CUMBRE, L.: «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo. Comentario a la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004», *RMTAS*, núm. 52, 2004, págs. 189 y ss.

De hecho, en algún caso ya la doctrina científica ha apuntado que el presente régimen de jubilación anticipada «*facilita además reestructuraciones empresariales y, en cierta medida, el rejuvenecimiento de las plantillas con el consiguiente eventual reparto de empleo*», y que la jubilación anticipada ha pasado de ser un derecho subjetivo de ciertos trabajadores, a constituir un instrumento de política de empleo¹⁸. En definitiva, el legislador da cobertura al trabajador ante situaciones fácticas difíciles de evitar, como lo es la reestructuración empresarial que tiene su origen las cambiantes circunstancias del mercado.

¿Es por ello el legislador víctima de su propia contradicción? Entendemos que no. Simplemente asume realidades innegables de nuestro mercado de trabajo. Una cosa es que apueste por alargar la vida activa del trabajador, entre otras cosas por los costes que ello tiene para el propio sistema público, y otra muy distinta que dé la espalda a realidades como el aseguramiento de trabajadores con una cierta edad que sufren reestructuraciones empresariales. Por tanto una determinada apuesta legislativa —la prolongación de la vida activa—, no supone el desconocimiento por el legislador de otras realidades —terminación abrupta por el trabajador de su actividad laboral en una edad ya avanzada como consecuencia de procesos de reestructuración empresarial—, que precisamente abundan en un fenómeno contrario.

La confrontación y coexistencia legislativa de estos dos fenómenos resaltan si cabe aún más el sin sentido que para nosotros constituye la afirmación de que la jubilación forzosa por convenio colectivo no es una institución de este tiempo por ser claramente contradictoria con la política impulsada actualmente por el legislador, y que pretende la prolongación de la vida activa del trabajador. Podemos concluir por tanto que la flexibilización de la edad de jubilación, marcada por la gradualidad y progresividad, en ningún caso es un dogma excluyente de otras realidades. En ese sentido, la situación podría resumirse planteando que hoy día hay una actividad promocional del legislador de la jubilación gradual y flexible, que no implica un desconocimiento de fenómenos como el de las jubilaciones anticipadas, objeto de tratamiento legislativo específico, pero que sí ha determinado la supresión del estímulo que suponía la referencia explícita a la fijación de edades de jubilación forzosa por convenio colectivo, por considerarse que podía constituir un lastre para la política legislativa que ahora se considera preferente, si bien ello no significa que no puedan seguir pactándose en convenio colectivo jubilaciones forzosas. En definitiva, el le-

¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La flexibilidad de la edad de jubilación (II): la nueva jubilación anticipada», *RL*, Tomo II, 2002, págs. 147 y 149.



gislador no las promoció, pero tampoco las prohíbe. Se trataría por tanto de una deslegalización del fenómeno, que no de una ilegalización de tales prácticas convencionales.

Por último, nada que objetar a la solución planteada por la STS en relación con las cláusulas de jubilación forzosa vigentes a la fecha de derogación de la D.A. 10.^a ET. La derogación de la misma entendemos que no afecta a la vigencia de lo pactado. En la lógica del Tribunal esa no afectación tiene su origen en la norma fijada por la D.T. 2.^a del Código Civil y en la teoría del equilibrio interno del convenio colectivo, argumentos que si se asume la doctrina del Tribunal sobre los efectos de la mencionada derogación también hay que considerar correctos.

3. CONCLUSIÓN

La conclusión a todo este asunto, en nuestro caso, podría resumirse en el rechazo de todo planteamiento que sostenga la inviabilidad jurídica de las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa pactadas con posterioridad a la derogación de la D.A. 10.^a ET, en clara contradicción con lo afirmado por el TS en la Sentencia analizada. Sin embargo, entendemos que la utilización de esta técnica extintiva no puede desvincularse de las consideraciones que tienen que ver con la política de empleo.

En ese sentido, hoy más que nunca debe reclamarse una utilización de la institución de la jubilación forzosa en sede de la autonomía colectiva respetuosa con la doctrina del TC, que vincula el recurso a la misma al cumplimiento de finalidades relacionadas con la política de empleo, y que descarta por tanto la utilización de esta institución como mera técnica para la amortización de puestos de trabajo. Finalidades que además deben explicitarse, pues si ha habido un argumento que ha dañado enormemente la imagen de la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo ese sin duda ha sido el de la apreciación de que el convenio en si mismo conlleva una transacción de intereses en la que implícitamente se integra cualquier consideración sobre política de empleo —no en vano en algún caso se ha llegado a decir incluso, de forma entendemos que un tanto exagerada, que el abuso que se producía constituía *«el tributo medieval de las cien doncellas que se pagaba al rey moro, así de inmoral es el que paga el Sindicato en trabajadores de edad mediante la negociación colectiva»*¹⁹. Por ello, resulta noticioso el que el Gobierno y los interlocutores sociales parezcan haber apren-

¹⁹ GONZALO GONZÁLEZ, B.: «La jubilación forzosa de los trabajadores y sus derechos de ciudadanía», *RL*, núm. 8, 2003, pág. 33.



dido la lección, y que en las negociaciones en curso se apresten a concretar finalidades a las que podrá obedecer la práctica convencional de la jubilación forzosa, algo que por cierto no hacía la desaparecida D.A. 10.^a ET y que entendemos necesario²⁰.

²⁰ En el diario nacional *EL PAÍS*, de 19 de octubre de 2004 se daba cuenta de que Gobierno, sindicatos, y patronal, estaban en vías de acordar que la jubilación forzosa *«deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, la transformación de contratos a tiempo parcial en tiempo completo, el mantenimiento del nivel del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo»*.



CONDICIONES DE TRABAJO

ETEA. Córdoba

LA COMPATIBILIDAD DE LAS VACACIONES Y EL DESCANSO POR MATERNIDAD

STJCE, de 18 de marzo 2004

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS *

SUPUESTO DE HECHO: La Sra. Merino Gómez, operaria en Continental Industrias del Caucho S.A. (en adelante Industrias Continental) desde septiembre del 2004, estuvo disfrutando su baja maternal del 5 de mayo al 24 de agosto del 2001. En Industrias Continental existía un acuerdo colectivo para el año 2001 sobre fijación de las vacaciones que establecía dos turnos generales entre el 16 de julio y el 12 de septiembre, si bien con carácter excepcional, tan solo seis trabajadores, podrían disfrutar de vacaciones en el mes de septiembre; dando preferencia para este último a los trabajadores que no hubieran elegido turno en el año 2000. Precisamente la Sra. Merino Gómez había elegido vacaciones en el año 2000, lo que, conforme al mencionado acuerdo colectivo, le impedía elegir nuevamente en el 2001. A pesar de ello, la Sra. Merino Gómez solicitó disfrutar sus vacaciones en el turno de septiembre, concretamente desde el 25 de agosto al 21 de septiembre del 2001, o subsidiariamente desde el 1 de septiembre al 27 de septiembre; es decir un período de vacaciones a continuación del término del período de su baja por maternidad. Industrias Continental no concedió a la Sra. Merino el período de vacaciones solicitado por coincidir su permiso por maternidad con uno de los períodos de vacaciones anuales de su centro de trabajo establecido en acuerdo colectivo al respecto. Con base a esta denegación, la trabajadora formuló demanda contra Industrias Continental ante los juzgados de lo social de Madrid, relativa a las vacaciones reclamadas. En el marco de este litigio, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid planteó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) mediante Auto de 3 septiembre de 2001 dos cuestiones prejudiciales ya que

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Institución Universitaria de la Compañía de Jesús (ETEA), Córdoba.

no compartía el criterio de los tribunales españoles de pérdida del período de vacaciones por solapamiento con el permiso por maternidad en supuestos como el presente en que las vacaciones anuales se han acordado colectivamente.

RESUMEN: El TJCE resolvió en la Sentencia de 18 de marzo del 2004 comentada las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, declarando que los artículos 7.1 de la Directiva 93/104, 11.2 de la Directiva 92/85 y 5.1 de la Directiva 76/207 han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto al de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el permiso por maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO Y ANTECEDENTES
2. AUSENCIA DE REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO
3. LA INTERVENCIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
4. PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DE LAS VACACIONES Y EL DESCANSO POR MATERNIDAD
 - 4.1. Beneficiarios
 - 4.2. Dificultades en la compatibilidad del disfrute de ambos derechos: soluciones aportadas por la negociación colectiva

1. PLANTEAMIENTO Y ANTECEDENTES

En numerosas ocasiones, se había hecho eco la doctrina de la inequidad y el perjuicio que suponía para la trabajadora la pérdida del disfrute de las vacaciones cuando coinciden con el descanso por maternidad¹. Esta era la solución adoptada por la Jurisprudencia, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1995, ante la ausencia de una regulación específica; desde entonces, el criterio jurisprudencial unificado sostenía que cuando la fecha de disfrute de las vacaciones haya sido acordada colectivamente, no cabe su modificación individual como consecuencia de

¹ Por todos, GORELLI HERNÁNDEZ, *La protección por maternidad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 98; RIVAS VALLEJO, P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, ed. Aranzadi, Pamplona 1999.

que algún afectado se encuentre en dicha fecha en situación de descanso por maternidad².

Esta solución comportaba un perjuicio objetivo para la trabajadora, cifrado en la minoración de su tiempo de descanso retribuido, que quedaba, por así decirlo, absorbido por el descanso por maternidad; a pesar de que ambos períodos tienen un fundamento y una finalidad totalmente distintos. Además, esta situación se producía en un momento de la trayectoria vital de la trabajadora en que la disponibilidad de tiempo adquiere una importancia especial; sin que tampoco pudiera ella resarcirse de dicha pérdida por la vía de la compensación económica, incompatible con la naturaleza del derecho a las vacaciones³. Podríamos decir, que, en realidad, el perjuicio se derivaba de la opción hecha por la trabajadora por la maternidad y el cuidado de su hijo recién nacido; lo cual en un momento de clara expansión de la protección de los trabajadores con responsabilidades familiares, suponía cuando menos un contrasentido. La situación descrita se tornaba más desventajosa cuando la trabajadora no reuniese los requisitos para el cobro de la prestación por maternidad. En cuyo caso, en el escenario descrito, aplicando el criterio jurisprudencial, perdería el disfrute de un descanso retribuido y mantendría un derecho al descanso sin contraprestación, que es lo mismo que vaciar de contenido este derecho. En la práctica, las consecuencias negativas de la posible pérdida del disfrute de las vacaciones en estos

² STS de 30 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8771): «La trabajadora...no tiene derecho a disfrutar de un nuevo período de vacaciones disfrutado por ella de forma aislada y exclusiva, con independencia del que se señaló con carácter común para toda la empresa. Las razones en que esta sentencia se apoya pueden ser resumidas del modo siguiente: a) el art. 40.2 de la CE garantiza las vacaciones periódicas retribuidas pero la determinación del concreto período para su disfrute se deja a la voluntad de las partes, pudiendo la empresa y la representación de los trabajadores, como autoriza el art. 38.2 b) del ET, pactar un período común para todas las actividades laborales; b) en tales casos no es posible fijar un nuevo señalamiento de las personas que estuviesen de baja por maternidad, por imperativo del pacto colectivo que impuso el disfrute conjunto para toda la plantilla...».

³ El perjuicio que esta solución acarrea a las trabajadoras ha provocado que en numerosas ocasiones se haya solicitado la compensación económica de las vacaciones que no se han podido disfrutar, sin que a las trabajadoras se les haya reconocido tal derecho por los tribunales; por todas, STSJ de Andalucía de 31 de enero de 1997 (AS/1997/252), STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de julio de 1996 (AS 1996/3247), STSJ de 17 de abril de 1996 (AS 1996/2074). El argumento principal para la denegación de dicha compensación se encuentra en la naturaleza del derecho a las vacaciones, la finalidad de estas no es retributiva sino que constituyen la obligada respuesta al natural y transitorio desgaste que el trabajo produce con el fin de obtener la recuperación física y psíquica del trabajador. La compensación económica por su falta de disfrute sólo es posible excepcionalmente cuando se produzca la cesación del servicio antes de que se haga efectivo el descanso anual (TSJ de Navarra de 25 de marzo de 1999 (AS 1999/986); y no después de haber tenido lugar éste por estar de baja por maternidad (AS 1999/986).

supuestos se paliaban por una doble vía: por voluntad de las partes plasmada en convenio o en contrato⁴; o por concesión unilateral del empresario.

Personalmente, me hice eco de esta problemática en un estudio anterior realizado poco después de promulgarse la Ley de la Conciliación de la Vida Laboral y Familiar⁵. A mi juicio, la pérdida del disfrute de las vacaciones, en las situaciones descritas, comporta una discriminación por razón de sexo de carácter indirecto⁶. La solución dada por la Jurisprudencia se apoya en la fuerza vinculante de un convenio colectivo o de un pacto, aparentemente neutro, es decir que afecta por igual a todos los trabajadores independientemente del sexo; pero que, dado que la mujer es la que habitualmente disfruta del permiso por maternidad, ella es la que resulta más perjudicada por la norma⁷.

⁴ Así sucedía en un buen número de convenios, entre ellos, el convenio de marroquinería, cueros, repujados y similares de Madrid y zona centro aprobado por Resolución de 29-10-1998 (BOE 22-12-1998, revisado por Resolución 14-5-1999, RCL 1999/1512); el convenio colectivo del personal laboral de la Administración del Estado, aprobado por Resolución de 24-11-1998 (RCL 1998/2798); el cc para empresas mayoristas e importadoras de productos químicos de droguería y perfumería aprobado por resolución de 1-6-1999 (RCL 1999/1650); el convenio colectivo de fabricación del calzado artesanal manual y ortopedia a medida; y talleres de conservación del usado y duplicado de llaves, aprobado por Resolución 26-5-1999 (RCL 1999/1607); el cc de centros de asistencia y educación infantil, aprobado por resolución 30-7-1997, revisado por Resolución 5-3-1998 (RCL 1998/837).

⁵ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La licencia por maternidad de la trabajadora*, ed. Dykinson, Madrid 2002, pág. 157.

⁶ Desde la perspectiva actual, reconducir estas situaciones de mantenimiento de condiciones de trabajo durante el disfrute de la licencia a supuestos de discriminación indirecta no habría posibilitado una vía muy expeditiva de solución. La primera definición normativa de la discriminación indirecta por razón de sexo aparece en el artículo 2.2 de la Directiva 97/80 relativa a la carga de la prueba en los procesos de discriminación por razón de sexo. Con posterioridad, dos Directivas del año 2000, en concreto la 2000/43 del Consejo, de 29 de junio del 2000 y la Directiva 2000/78/ CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato definieron la discriminación indirecta en sus respectivos ámbitos de actuación; la transposición de estas dos directivas se ha llevado a cabo de modo reciente en nuestro ordenamiento por la Ley 62/2003, de 30 diciembre, que expresamente aborda la definición de discriminación indirecta e incluye el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente por razón de sexo en una nueva redacción dada al art. 4.c) del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo la Directiva 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre del 2002, por la que se modifica la Directiva 76/207/CEE introdujo una definición de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en ambos casos de carácter peyorativo, en la línea de sus predecesoras las Directivas 2000/43 y 2000/78.

⁷ SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, págs. 50 y 108: «...La discriminación directa es una diferencia de trato sobre del sexo del trabajador. La discriminación indirecta deriva o es consecuencia de la aplicación de una medida neutra que desfavorece en mayor medida a las mujeres injustificadamente. La intención de discriminar no es necesaria en el su-



2. AUSENCIA DE REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

La promulgación de la ley de la Conciliación de la Vida Laboral y Familiar el 5 de noviembre de 1999 no supuso un gran avance en la búsqueda de una salida satisfactoria a la problemática aludida. Como es sabido, esta Ley dedicó, fundamentalmente, sus esfuerzos a solucionar el problema de la permanencia de la mujer en el mercado de trabajo cuando sobrevienen cargas familiares, dejando en el tintero numerosas cuestiones⁸; entre ellas, la que ahora tratamos. Y ello a pesar de que, las normas comunitarias anteriores que incidieron en su promulgación, sobre todo la Directiva 92/85, de 19 de octubre, aunque también la 76/207, contenían reglas relativas al mantenimiento de derechos durante el disfrute del permiso por maternidad, en las que se podía dar cabida a la compatibilidad de este derecho con el disfrute de las vacaciones. El problema era que estas disposiciones eran poco precisas y necesitadas de concreción⁹. A pesar de ello, la Ley 39/99 al tras-

puesto de hecho del ilícito discriminatorio indirecto ... El TC en nuestro país considera que la discriminación indirecta es aquella que incluye tratamientos formalmente no discriminatorios, de los que derivan por diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente neutros o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia de tampoco proporcionaba una salida ya que si necesidad de actualización de su sexo (S. 145/1991)...».

⁸ Sobre las deficiencias de la Ley 39/99, CRUZ VILLALÓN, J., «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 1, extraord., págs. 71-102; y también, BALLESTER PASTOR, *La Ley de conciliación de la vida familiar y laboral*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 8-13.

⁹ En particular, el art. 8, apartado 1, de la Directiva 92/85 establece:

«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el art. 2 disfruten de un permiso de maternidad de cómo mínimo 14 semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales». El art. 11 de la misma Directiva dispone: «Derechos inherentes al contrato de trabajo. Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el art. 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo se establece lo siguiente: (...) 2. En el caso citado en el art. 8, deberán garantizarse:

a) los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras a las que hace referencia el art. 2, distintos de los indicados en la siguiente letra b);

b) el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una de una prestación adecuada de las trabajadoras a que se refiere el art. 2. (...)».

Y también, el art. 2, apartados 1 y 3 de la Directiva 76/207:

«El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere en particular al estado matrimonial o familiar» (...) 3. La presente Directiva no

poner la Directiva 92/85¹⁰ omitió toda referencia a cuestiones de esta índole (condiciones de trabajo, salarios, promoción, acceso al empleo), centrándose exclusivamente sobre las vicisitudes de la relación laboral y funcional cuando sobrevienen cargas familiares¹¹.

3. LA INTERVENCIÓN PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (LA SENTENCIA DEL 18 DE MARZO DEL TJCE)

Procedía, por tanto, en un intento de zanjar definitivamente la cuestión, la intervención prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que aclarara, completara, y precisara el alcance de dichas disposiciones¹²; y, de esta manera, arrojara luz sobre las reglas contenidas en ellas¹³. En base a precedentes pronunciamientos del TJCE, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid¹⁴, planteó dos cuestiones prejudiciales. La primera de

obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere a al embarazo y a la maternidad». A tenor del art.5 de la misma Directiva «1. La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo. 2. Para ello, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que: (...)b) se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes».

¹⁰ A pesar de que la Ley de la conciliación señale expresamente en su Exposición de Motivos: «...por la presente Ley se completa a la legislación española la transposición de las directivas comunitarias... en el ámbito comunitario, la maternidad y la paternidad, en su más amplio sentido, se han recogido en las directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio. La primera de ellas contemplan la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (...) Mediante la presente Ley se contempla la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas...».

¹¹ RIVAS VALLEJO, P., «La relación entre trabajo y familia: Ley 39/99, una reforma técnica», *Tribuna Social* 108, 1999, pág. 9.

¹² En este sentido, MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, M.: «Crónica de una cuestión prejudicial: protección del despido de las mujeres embarazadas y la sentencia del Tribunal de Justicia del 4 de octubre del 2001», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 520, ed. Aranzadi, Pamplona 2002, pág. 8.

¹³ LUJÁN ALCARAZ, J.: «La interpretación y aplicación del Derecho comunitario por el Juez español: la cuestión prejudicial en el orden social (II)», *Aranzadi Social* (Vol. V Parte Tribuna) 1996, págs. 165-180.

¹⁴ Asunto BECTU, C-173/99, Rec. P. I-4881; Asunto Boyle y otros, C-411/96, Rec. P.I-6401; Asunto Thibault, C-136/95, Rec.p.I-2011, Asunto Lewen, C-333/97, Rec. P.I-7243.

ellas fue sobre el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/104¹⁵, en relación con la interpretación del artículo 11, apartado 2, a) de la Directiva 92/85; y la segunda sobre el art. 5, apartado 1, de la Directiva 76/207¹⁶. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio sobre una solicitud de vacaciones anuales presentada por la Sra. Merino contra la sociedad Continental Industrias del Caucho S.A., cuyo permiso por maternidad coincidía con uno de los períodos de vacaciones anuales de su centro de trabajo establecido en un acuerdo colectivo. La empresa Continental Industrias regula convencionalmente las relaciones con sus trabajadores a través del Convenio para la Industria Química. Este último, al regular la suspensión del contrato por maternidad, fija, en su art. 46, un período de 16 semanas igual al legal. En el art. 43, se regulan las vacaciones anuales y se fija su duración en 30 días naturales, indicándose que al menos 15 días deberán disfrutarse entre los meses de junio y septiembre. Por acuerdo colectivo, suscrito entre Continental Industrias y los representantes de los trabajadores el 7 de mayo de 2001, que fue el resultado de la conciliación alcanzada en procedimiento de conflicto colectivo, se fijaron dos períodos generales para el disfrute de vacaciones de toda la plantilla, uno del 16 de julio al 12 de agosto; y otro del 6 de agosto al 2 de septiembre, ambos del 2001. En ese acuerdo se establecía también que, con carácter excepcional, seis trabajadores podrían disfrutar de vacaciones en el mes de septiembre. Para ese turno excepcional se fijaba la preferencia de los trabajadores que no hubieran podido elegir turno el año anterior. La Sra. Merino estuvo de baja por maternidad desde el 5 de mayo al 24 de agosto de 2001 y había podido elegir turno de vacaciones en el año 2000, por tanto no habría podido acceder en el 2001 al turno excepcional del mes de septiembre, para disfrutar de vacaciones. A pesar de todo la Sra. Merino solicitó disfrutar de vacaciones terminado su período de baja maternal, período de vacaciones que le fue denegado. El Juzgado de Social núm. 33 de Madrid argumenta que, a la vista de la doctrina del

¹⁵ Art. 7 de la Directiva del Consejo, 93/104, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo: «Vacaciones anuales 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El período mínimo de vacaciones retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral».

¹⁶ El art. 5 de la Directiva 76/207, del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo: «1. La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo».

TJCE sobre las tres directivas implicadas, la imposibilidad en el disfrute de las vacaciones derivada de la coincidencia de las fechas, supone, en definitiva, la anulación de uno de los derechos, el de vacaciones. El acuerdo de fijación de turnos de vacaciones en la empresa aplicable al caso debería, pues, haber garantizado el derecho de las trabajadoras embarazadas, haciendo previsión de un turno distinto o de la posibilidad de alterar el momento de disfrute de sus vacaciones anuales. Al no haber procedido de esta forma el acuerdo vulnera la normativa comunitaria aplicable¹⁷.

En anteriores ocasiones, el TJCE se había pronunciado¹⁸ respecto al carácter discriminatorio de decisiones empresariales o acuerdos colectivos en los que se niega a una trabajadora la obtención de derechos generados a lo largo del año por estar disfrutando del permiso por maternidad. Según el criterio establecido por el TJCE, el disfrute de dicho permiso por maternidad no puede suponer un trato desfavorable para la trabajadora en lo relativo a sus condiciones de trabajo, en el sentido de acarrear la pérdida de derechos como una gratificación económica (Asunto Lewen); una calificación profesional para un ascenso o los derechos generados durante el transcurso del año para la obtención de una pensión. En dichas ocasiones, el TJCE había sostenido que si las disposiciones referentes al permiso por maternidad no van acompañadas del mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo carecerían de efecto útil (Asunto Boyle). Parece, por tanto, razonable considerar discriminatorio un acuerdo colectivo que privara a la trabajadora de su derecho a las vacaciones por encontrarse su contrato suspendido por maternidad en el momento de su disfrute; cuando dichas vacaciones tienen como finalidad retribuir retroactivamente el trabajo realizado a lo largo del año.

Apoyándose en los criterios anteriormente establecidos, El TJCE resolvió las cuestiones prejudiciales suscitadas¹⁹ por Sentencia de 18 de marzo del 2004. El Alto Tribunal se pronunció sobre la interpretación que debe darse al art. 7.1, apartado 1, de la Directiva 93/104, señalando que *«en caso de coincidencia entre las fechas de un permiso por maternidad de una trabajadora y de las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las*

¹⁷ En este sentido, MARTÍNEZ MORENO, C., «Soluciones inesperadas en relación con el disfrute de las vacaciones. En particular sobre la coincidencia con el permiso por maternidad», *Aranzadi Social* 3/2004, pág. 3.

¹⁸ Asunto BECTU, C-173/99, Rec. P.I-4881; Asunto Boyle y otros, C-411/96, Rec. P.I-6401; Asunto Thibault, C-136/95, Rec.p.I-2011, Asunto Lewen, C-333/97, Rec. P.I-7243.

¹⁹ Hoffman, 184/83, Rec p.3047, apartado 25; Thibault C-136/95, Rec.p.I-2011, apartado 25; Asunto Boyle y otros, C-411/96, Rec. P.I-6401.



vacaciones anuales retribuidas»²⁰; y también al art. 11, apartado 2, letra a) de la Directiva 92/85, que «*dispone que en el caso de un permiso por maternidad deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo de la trabajadora... Por lo tanto, será de aplicación en relación con el derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas*»; así como al art. 5.1 de la Directiva 76/207. Respecto a esta última norma, la Sentencia de 18 de marzo del 2004 del TJCE expresamente establece que el ejercicio de los derechos reconocidos en ella a las mujeres (el art. 2, apartado 3) con ocasión del embarazo y la maternidad no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo; por tanto, una trabajadora podrá disfrutar de sus vacaciones en un período distinto al de su permiso por maternidad. De no ser así se estaría garantizando una igualdad meramente formal y no real, ya que los trabajadores femeninos tienen más probabilidades que los trabajadores masculinos de encontrarse en tales situaciones. Como consecuencia de todo lo anterior, la Sentencia de 18 de marzo, conforme a lo establecido en el art. 5, apartado 2, letra b) de la Directiva 76/207, ordena que los Estados miembros adopten las medidas necesarias a fin de que se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos²¹.

Ahora bien, respecto a los efectos de la decisión prejudicial, como es sabido, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia es un acto jurisdiccional que se enmarca en el procedimiento iniciado por el Juez Nacional y cuyo efecto es vincular al Juez Nacional que la ha solicitado en cuanto a la interpretación de las disposiciones comunitarias. Ahora bien la sentencia prejudicial se limita a resolver una cuestión de Derecho comunitario, aparte de ello sigue correspondiendo al Juez la responsabilidad de su decisión final²².

4. PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DE LAS VACACIONES Y EL DESCANSO POR MATERNIDAD

4.1. Beneficiarios

Antes de abordar algunos de los problemas de articulación de la compatibilidad en el disfrute de ambos derechos, cabría plantearse si esta nueva

²⁰ FERRANDO GARCÍA, F., «Sobre la Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo», *Aranzadi Social*, Vol. III Parte Estudio, 1995, págs. 2291-2327.

²¹ Sobre la eficacia en nuestro ordenamiento, *vid.* en extenso, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.: *La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004.

²² PESCATORE, P., «Las cuestiones prejudiciales. Art 177 del Tratado CEE», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 568.

posibilidad podría negársele en nuestro derecho interno al padre, tomando como referencia la literalidad del art. 11, apartado 1, de la Directiva 92/85, que habla solo de «trabajadoras». Esta Directiva 92/85 vendría a materializar la tutela de la mujer trabajadora en aplicación de la Directiva 89/31, cuyo artículo 15 determinaba la necesidad de una especial protección frente a los riesgos derivados del trabajo de los denominados grupos especialmente sensibles, entre los cuales habría que entender incluidas a las mujeres embarazadas y a las madres lactantes. Asimismo la jurisprudencia del TJCE²³ al interpretar el alcance de la Directiva 92/85 resaltaba que la especial vulnerabilidad de las trabajadoras que habían sido recientemente madres aconseja que les sea concedido un permiso por maternidad; durante el cual su situación no puede asimilarse a la de un hombre ni a la de una mujer en incapacidad temporal por enfermedad. Por tanto, cabría interpretar que las medidas de protección de la Directiva 92/85 están dirigidas exclusivamente al colectivo de las mujeres trabajadoras, pues contemplan un trato más favorable para la mujer por razón de su maternidad. Insistimos que la Directiva habla solo de las «trabajadoras»; no obstante remite a las legislaciones nacionales la concreción de este término²⁴. Ahora bien, esta solución no sería admisible en nuestro derecho interno, que en este concreto aspecto habría superado los niveles de protección de la Directiva 92/85, instaurando un sistema de protección, cada vez más, dirigido a los trabajadores con responsabilidades familiares y no a la madre trabajadora. La mayor parte de los derechos reconocidos para el cuidado del hijo, salvo aquellos pocos que tienen un claro fundamento biológico (permisos prenatales, descanso posparto, suspensión por riesgo durante el embarazo), se dirigen a la protección, casi en pie de igualdad, de ambos progenitores. Resultaría contrario al fundamento y finalidad de nuestra normativa sobre conciliación de la vida laboral y familiar restringir la posibilidad de ser beneficiaria de dicha compatibilidad exclusivamente a la madre. Si así se interpretara, el padre podría encontrarse ante la disyuntiva de optar entre ambos derechos, solución que sería

²³ Asunto Boyle (C-411/1996).

²⁴ Cosa distinta es la titularidad principal del derecho a la licencia por maternidad que en la actualidad corresponde a la madre, tal y como señalábamos para ser titular del derecho a la licencia por maternidad, la mujer habrá de estar embarazada sin alteraciones patológicas, y encontrarse como máximo a diez meses de la fecha presumible del parto, o ser madre. Se considera madre a estos efectos:

- a) la mujer que ha dado a luz a un hijo vivo tras un proceso de gestación de doscientos setenta o doscientos ochenta días;
- b) la mujer que haya tenido un parto prematuro, tras un proceso de gestación habitualmente de más de seis meses con nacimiento de hijo presumiblemente viable;
- c) la mujer que haya dado a luz, tras un embarazo normal a término o prematuro, a un hijo que falleciera en el parto o tras él.



contraria a fomentar el reparto equilibrado de las cargas familiares entre los progenitores. Por su parte la negociación colectiva utiliza indistintamente los términos trabajadoras o trabajadores²⁵; e incluso, a veces, hace una enunciación con referencia extra tanto al «trabajador, como a la trabajadora» como beneficiarios²⁶.

4.2. Dificultades en la compatibilidad del disfrute de ambos derechos: soluciones aportadas por la negociación colectiva

Esta posibilidad de disfrute de las vacaciones cuando haya finalizado el período pactado colectivamente se configura, de facto, como una prolongación del tiempo de descanso retribuido tras el nacimiento del hijo sin coste económico adicional²⁷, tanto si la trabajadora disfruta en solitario del permiso, como si lo comparte con el padre²⁸. Así, al ubicarse la parte del permiso correspondiente al padre necesariamente al final del mismo, mientras ella disfruta de vacaciones él disfrutará del permiso. Con ello, se permite prolongar el tiempo en el que ambos conjuntamente están atendiendo al cuidado del hijo, y se implica al padre en su atención sin que a su vez deje de ser atendido por la madre.

Que duda cabe que esta nueva posibilidad introduce un mecanismo de flexibilización adicional en el disfrute de la licencia, sobre todo si se contempla en combinación con alguna de las modalidades de disfrute introducidas por la Ley 39/99 de conciliación de la vida laboral y familiar. Si bien es cierto que implica un mayor coste organizativo que hace difícil, como más adelante veremos, la compatibilidad de este derecho con algunas de las modalidades de disfrute de la licencia. Para evitar dichos perjuicios organizativos, cuando los padres tengan intención de compartir el permiso y exista previsión de coincidencia con el período de vacaciones, sería exigible, siguiendo la literalidad del art. 48.4 del ET, que la madre realice por

²⁵ Así por ejemplo, el convenio colectivo estatal de Fábricas de pastas alimenticias, aprobado por Res. 30-1-2003 (BOE 18-II-2003).

²⁶ Así por ejemplo, el convenio colectivo estatal de Industrias de marroquinería, cueros, repujados y similares, aprobado por Res. 22-VII-2003 (BOE 7-VIII-2003).

²⁷ Cabría plantarse si es o no suficiente la duración actualmente reconocida a la licencia por maternidad. Un recién nacido que cuenta como mucho con un mes y medio de vida, en caso de que la licencia sea disfrutada enteramente después del parto, sigue demandando los mismos cuidados que cuando acaba de nacer, y también cuando cuenta con seis meses de vida. Por tanto la finalidad de la licencia consiste en fundamentalmente en conceder un período de adaptación a los padres.

²⁸ MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Familia y trabajo*, ed. Laborum, Murcia 2001, pág. 95.

escrito la opción al iniciarse el período de descanso reflejando la duración de la suspensión paterna y la modalidad de disfrute (simultánea o sucesiva, a tiempo completo o parcial)²⁹; sin que quepa la posibilidad de opciones repentinas o sorpresivas³⁰. A salvo, claro está de aquellas situaciones sobrevenidas en que el mal estado físico de la madre le impida cuidar del hijo, pues normalmente estas situaciones de necesidad no se prevén de antemano. En el caso en el que ambos trabajen en la misma empresa, parece razonable que el empresario, por razones justificadas de funcionamiento, pueda limitar las posibilidades de disfrute por parte de los dos progenitores como sucede en los casos de reducción de jornada y excedencia por cuidado de familiar³¹. Asimismo, habría que descartar, por su excesiva onerosidad, el disfrute de la licencia a tiempo parcial y de las vacaciones sin solución de continuidad, dado que, por razones organizativas, esta modalidad no puede imponerse al empresario sino que previamente deberá acordarse con los trabajadores afectados³². Por tanto, debido a las dificultades de articulación, someramente descritas, y ante la ausencia de regulación, la negociación colectiva ha tenido un papel decisivo en la concreción y racionalización de la compatibilidad del disfrute de ambos derechos. Como es sabido, la práctica totalidad de los convenios colectivos, ya sean de empresa como de sector prevén cláusulas relativas a las vacaciones anuales, mientras que el papel de la negociación colectiva es bastante más exiguo a la hora de regular la suspensión del contrato por maternidad. Por tanto, son las cláusulas sobre vacaciones anuales, las que de manera más frecuente aunque todavía no generalizada, abordan todas estas cuestiones, ofreciendo soluciones más o menos afortunadas. La mayor parte de las ocasiones, los convenios colectivos

²⁹ La literalidad del art. 48.4 ET exige que la opción se produzca «al iniciarse el período de descanso por maternidad».

³⁰ MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Familia y...*, cit., pág. 85.

³¹ La negociación colectiva ofrece soluciones para situaciones de este tipo, a modo de ejemplo el convenio colectivo estatal de Agencias de viajes, aprobado por Resolución de 19-6-2003, respecto al supuesto de disfrute de la reducción de jornada por cuidado de menor cuando los dos progenitores quieran disfrutar del derecho simultáneamente y trabajen en la misma empresa y centro establece «En los supuestos de que varios trabajadores de un mismo centro se acogieran a las medidas contempladas en la legislación vigente ... para compatibilizar la vida laboral y familiar, se procederá a ajustar de común acuerdo entre trabajadores y empresa el horario de trabajo efectivo, de modo que no queden sin atender las necesidades productivas del centro de trabajo en que presten sus servicios. En el supuesto de imposibilidad para compatibilizar el horario entre diferentes trabajadores, tendrá preferencia para la elección aquél que primero solicite la reducción de jornada».

³² Pensemos el caso de una trabajadora que disfruta del permiso por maternidad a tiempo parcial en la modalidad de media jornada, en cuyo caso se alargaría hasta treinta semanas; después de este largo período de una disponibilidad parcial de la trabajadora, sin solución de continuidad se ausentaría para disfrutar de las vacaciones.



suavizan los inconvenientes descritos mediante previsiones que dan un amplio margen en la fijación de la fecha de disfrute de las vacaciones y permiten diferirlas; casi siempre antes de que finalice el año natural, e incluso después en algunos casos³³. Esta quizás sea la fórmula más utilizada y la que mejor salve dichos inconvenientes, sin embargo, otras veces, los convenios se muestran también excesivamente inconcretos³⁴; o se limitan a remitir la fijación de la fecha de disfrute de las vacaciones al común acuerdo entre empresario y trabajador³⁵.

Como ha quedado de manifiesto, la negociación colectiva venía ofreciendo respecto a la cuestión que nos ocupa pautas de solución bastante asentadas; no obstante, del análisis realizado, sobre todo hay que destacar, para concluir, el carácter productivo y dinamizador del Derecho social comunitario, para seguir resolviendo algunas dudas y problemas aplicativos relativos a instituciones nucleares del Derecho del trabajo, sobre las que, en principio, cabría suponerle una incidencia menor.

³³ Así sucede, por ejemplo en el caso del convenio colectivo estatal de Industrias de marroquinería, cueros repujados y similares, aprobado por Res. 22-VII-2003 (BOE 7-VIII-2003), el art. 48 del convenio colectivo de Productos dietéticos y preparados alimenticios de Cataluña, aprobado por Res. 5-VIII-2002 (DOGC 4-IV-2003); el art. 32 del Convenio Colectivo de Universidades Públicas Andaluzas (Personal Laboral), aprobado por Res. 10-II-2004 (BOJA 23-II-2004).

³⁴ Por ejemplo, el art. 11 del convenio colectivo de Industrias de marroquinería, cueros repujados y similares de Cataluña, aprobado por Res. 14-XII-2000 (DOGC) 31-I-2001.

³⁵ Por ejemplo, el art. 47 del convenio colectivo estatal de Industrias del textil y la confección, aprobado por Res. 29-VII-2003 (BOE 14-VIII-2003).





4

Reseña de Legislación







Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía *

ORDEN de 18 de junio de 2004, por la que se regula y convoca la concesión de subvenciones a Micro y Pymes que realicen proyectos e inversiones y/o actividades de buenas prácticas preventivas dirigidas al control de los riesgos laborales

El Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, aprobado por Decreto 313/2003, de 11 de noviembre (BOJA núm. 22, de 3 de febrero de 2004), contempla, entre otras acciones, el establecimiento de incentivos y subvenciones para programas específicos dirigidos a promover la mejora del ambiente de trabajo y el perfeccionamiento de los niveles de prevención, especialmente en la microempresa, pequeña y mediana empresa. Dichas ayudas forman parte del programa de ayudas específicas a las empresas que tienen como objetivo el de facilitar la incorporación de medidas preventivas, acciones 105 a 108 del mencionado Plan, y del que la orden comentada supone la primera realización material. Los programas pretenden servir de motivación al empresariado andaluz para que contribuya a la mejora de los niveles de seguridad y salud de los trabajadores. En concreto, se establecen medidas de apoyo a proyectos e inversiones relacionados con la incorporación de medidas contempladas en la planificación empresarial de la actividad preventiva; así como, para otras actividades de desarrollo y difusión de buenas prácticas efectivas de prevención. Para ello, y por medio de esta orden, se regulan las normas y el procedimiento a seguir y se convoca la concesión de tales ayudas, de conformidad con lo establecido en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre. Las empresas beneficiarias deben cumplir una serie de requisitos relacionados con el número de trabajadores, el volumen de negocios, el tipo de actividad empresarial y la localización del domicilio social y fiscal.

* Selección y comentario a cargo de Rafael Gómez Gordillo. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide.

Por aplicación del artículo 2.2 de la Orden se adopta la clasificación de empresas fijada por la Recomendación de la Comisión 2003/361/CE, de 6 de mayo de 2003, (Diario Oficial L 124 de 20 de mayo de 2003), que relacionando número de trabajadores y volumen de negocios diferencia:

- a) Microempresa: La que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supere los 2 millones de euros.
- b) Pequeña empresa: La que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.
- c) Pequeña y mediana empresa (PYME): La que ocupa a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

Puesto que el objetivo de la convocatoria es doble, las actividades y proyectos susceptibles de subvencionar por esta vía se agrupan en torno a dos modalidades, la primera destinada a microempresas y pequeñas empresas, la segunda destinada también a medianas empresas (art. 1.2):

- a) Modalidad 1 (M.1): Proyectos que contemplen inversiones para la incorporación de medidas preventivas incluidas en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la empresa
- b) Modalidad 2 (M.2): Proyectos innovadores y de desarrollo y difusión de buenas prácticas preventivas que contribuyan, de forma significativa, a la mejora de la seguridad y la salud laboral

A pesar de lo anteriormente dicho, no todas las empresas podrán beneficiarse de las ayudas previstas pues, según dispone el artículo 2.1 de la Orden, únicamente podrán acogerse a lo previsto en la misma las empresas cuya actividad pueda ser encuadrada en alguno de los diez apartados expresamente citados en dicho precepto, siguiendo la clasificación de actividades económicas (CNAE). Además de los requisitos anteriores, el domicilio social y fiscal de las empresas deberá encontrarse situado en territorio de la Comunidad Autónoma y, aunque la empresa pueda tener centros de trabajo fuera de dicho ámbito geográfico, los efectos beneficiosos que puedan desprenderse de las ayudas solicitadas deberán revertir en centros de trabajo ubicados en Andalucía (artículo 3.1). De otro lado, las empresas solicitantes deben disponer de un sistema de organización y gestión de la prevención, según establece el R.D. 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención y en la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales (art. 3.2), extremo que deberán acreditar mediante la documentación prevista en la propia norma.

Por lo que respecta al contenido de los proyectos, las medidas preventivas incluidas en el Plan de Prevención de la empresa (M.1) deberán ser incorporadas en un plazo máximo de 6 meses (art. 4.6). Los conceptos susceptibles de ayuda, en este primer supuesto, incluyen gastos de contratación de personal, bienes de equipo e instalaciones que mejoren las condiciones de seguridad e higiene o sirvan para controlar los contaminantes (art. 5.1). La cuantía máxima de las subvenciones otorgadas será de un 40% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros, el resto de los gastos ha de ser aportado por el empresario, libre de toda ayuda (arts. 4.3 y 6.3). En el caso de las ayudas a



proyectos innovadores de desarrollo y difusión de buenas prácticas, el plazo de ejecución se extiende a 12 meses. Los conceptos susceptibles de financiación incluyen gastos de asistencia técnica, de contratación de personal, gastos externos de formación, gastos de infraestructura, bienes de equipo e instalaciones y algunos otros (art. 5.2). La cuantía máxima de las subvenciones otorgadas será de un 50% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros, el resto de los gastos ha de ser aportado por el empresario, libre de toda ayuda. En ambos supuestos, los equipos, instalaciones o medios auxiliares subvencionados deberán mantenerse en la empresa, al menos, durante 5 años (art. 4.6).

Por último, las ayudas convocadas se otorgarán mediante el régimen de concurrencia competitiva y con arreglo a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, mediante los criterios de selección previstos en el artículo 7 de la propia norma, tras la comparación de las solicitudes presentadas conforme se establece en los artículos 9 y siguientes.

ACUERDO de 20 de julio de 2004, del Consejo, por el que se aprueba el de 30 de diciembre de 2003, de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, la validez y eficacia de los acuerdos que versen sobre materias de competencia de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas depende de la correspondiente aprobación de dichos órganos, exigencia que por lo que respecta al ámbito competencial autonómico andaluz tiene su reflejo en el artículo 4.2.b) de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, mediante la imposición de dicho requisito expreso y formal a los acuerdos alcanzados en la negociación entre la Administración Andaluza y la representación sindical del personal. En esta ocasión, el Consejo de Gobierno aprueba el acuerdo alcanzado en el seno de la mesa sectorial de sanidad en materia de vacaciones, permisos y licencias del personal al servicio de centros e instituciones sanitarias.

El acuerdo comentado tiene como objetivo el desarrollo de los compromisos fijados en dos acuerdos precedentes, en concreto el Acuerdo sobre política de personal para el período 2003 a 2005, de 21 de noviembre de 2002 y el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, establecido por Ley 55/2003, de 16 de diciembre. Se pretende la homogeneización del régimen de vacaciones, permisos y licencias de todo el personal al servicio del SAS, tomando como punto de partida las previsiones contenidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral. El objetivo homogeneizador queda plenamente materializado mediante la fijación del ámbito de aplicación personal que, según establece el artículo 1, se extiende a todo el personal que desempeñe su función en los Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud, ya sea considerado personal estatutario, laboral o funcionario. Aunque el acuerdo de la mesa sectorial dice versar sobre vacaciones, permisos y licencias, contiene también previsiones sobre duración de la

jornada de trabajo. En concreto, el artículo 2 exige de las obligaciones relativas a la jornada complementaria al personal facultativo y a determinados grupos de trabajadores, en atención a diversos condicionantes (tipo de prestación, edad, embarazo, hijos menores de un año o discapacitados). Por su parte, el artículo 3 reconoce, entre otros, el derecho a solicitar reducciones de un tercio o media jornada, con reducciones del 60 y 80 por ciento, a quienes tengan a su cuidado directo un menor de nueve años, un disminuido físico, psíquico o sensorial o, finalmente, al cónyuge o análogo o a un familiar hasta el segundo grado que no pueda valerse por sí mismo. Con relación a la regulación de las vacaciones anuales, a los 30 días naturales previstos para todo el personal en el artículo 6, deberán adicionarse hasta cuatro días en función de la antigüedad del trabajador. La distribución de los turnos de vacaciones deberá realizarse, preferentemente, mediante acuerdo de los trabajadores afectados, aunque deberá tenerse en cuenta que los trabajadores que tengan hijos en edad escolar obligatoria tendrán derecho a disfrutar sus vacaciones en coincidencia con éstos (artículo 6.4.3), y que los trabajadores casados o miembros de parejas de hecho cuyos cónyuges o convivientes presten servicios en el SAS, tienen derecho a compartir idéntico período vacacional (artículo 6.4.4). Con relación a la regulación de permisos y licencias destaca la posibilidad de asistencia a consultas, tratamientos y exploraciones médicas propias y de menores en edad pediátrica, ancianos o discapacitados a su cargo (artículo 7.2.10), la ampliación en cuatro semanas del permiso por maternidad a partir del segundo hijo (artículo 7.3.1), la posibilidad de revocación de la opción de disfrute de la correspondiente parte del permiso parental a favor del padre en determinados supuestos (artículo 7.3.1.2) y la posibilidad de solicitar licencias retribuidas de hasta seis meses de duración para la participación en programas de Cooperación Internacional al Desarrollo o de Ayuda Humanitaria Urgente, bajo determinadas condiciones (artículo 7.4.3).

RESOLUCIÓN de 14 de julio de 2004, de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba el Reglamento Marco de Régimen Interior de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo, en desarrollo de lo dispuesto en la Orden que se cita

La Orden de 8 de marzo de 2004, por la que se regulan los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo, autoriza al titular de la Dirección General de fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo a dictar el Reglamento Marco de Régimen Interior. Haciendo uso de tales atribuciones, la Resolución comentada establece las obligaciones de las entidades promotoras; la constitución de la Comisión Mixta para la selección de los alumnos/as trabajadores/as y del personal directivo, docente y de apoyo; los perfiles, obligaciones, derechos y causas de exclusión y sustitución de los alumnos/as y trabajadores/as; los perfiles, requisitos, contratación, derechos y obligaciones del personal directivo, docente y de apoyo; y, finalmente, los procesos de seguimiento, evaluación y control de los programas.

Durante la ejecución del proyecto, las entidades promotoras deberán cumplir, entre otras, con las obligaciones de ejecutar la obra o servicio aprobado sin menoscabo del proceso formativo cuyas enseñanzas deberá, en todo caso, im-

partir; formalizar las contrataciones de los/as alumnos/as trabajadores/as y del personal directivo, docente y de apoyo; aportar los instrumentos necesarios y materiales precisos para la ejecución del proyecto; y, aportar las instalaciones necesarias para poder llevar a cabo formación y prácticas (artículo 1.2.). Por otra parte, una vez finalizado el proyecto, la entidad promotora deberá acreditar el cumplimiento del proyecto adoptado mediante la realización de una memoria final, en el plazo máximo de dos meses; prestar asesoramiento y asistencia técnica a los/as alumnos/as trabajadores/as durante al menos seis meses desde la finalización del proyecto; y, expedir las correspondientes certificaciones de formación y cualificación.

El artículo 12.1 de la Orden de 8 de marzo de 2004 establece que la selección de los/as alumnos/as trabajadores/as y del personal directivo, docente y de apoyo será efectuada por medio de una Comisión Mixta, que deberá constituirse con carácter previo (artículo 2.1). La Comisión Mixta estará compuesta por cuatro miembros, designados al cincuenta por ciento por la Dirección Provincial del SAE y por la entidad promotora (artículo 2.2), garantizando ésta última la representación de los trabajadores, en caso de inexistencia de representación unitaria, dicha representación será ocupada por las organizaciones sindicales mayoritarias.

El artículo 12.1 de la Orden de 8 de marzo de 2004 encomienda a la Comisión Mixta el deber de velar por la adaptación de los criterios de selección a las particularidades de cada Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo. La preselección de los candidatos se efectuará por la oficina del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente, comenzando por la localidad en que vaya a desarrollarse el proyecto, ampliándose progresivamente a localidades cercanas (artículo 3.1). Los candidatos agrupados en los colectivos previstos en el artículo 12.2 de la Orden anteriormente citada serán seleccionados con carácter prioritario, teniendo preferencia aquellos candidatos/as usuarios de Andalucía Oriental (artículo 3.1). La selección definitiva será llevada a cabo por la Comisión Mixta, para lo que podrá realizar entrevista con los candidatos preseleccionados.

Los alumnos/as trabajadores/as deben cumplir las obligaciones de seguir con aprovechamiento las enseñanzas teóricas y prácticas, desarrollando las tareas encomendadas, comunicar las incidencias que afecten al normal desarrollo de la formación, velar por la conservación de las instalaciones y observar un trato respetuoso hacia el resto del personal (artículo 3.3). Frente a las anteriores obligaciones, tendrán derecho a percibir la correspondiente beca, durante el período de formación, o retribución, en los casos previstos, recibir la formación programada, a un contrato de trabajo en los términos previstos en cada caso y, al término del mismo, la correspondiente certificación de la formación teórico-práctica y cualificación profesional adquirida (artículo 3.4). Durante su etapa formativa, serán causas de exclusión tres faltas injustificadas de asistencia, en un plazo de un mes, o nueve durante el desarrollo de la fase de formación; la falta de aprovechamiento de las enseñanzas teórico-prácticas; y, el incumplimiento reiterado de sus obligaciones (artículo 3.5). Las propuestas de exclusión tramitadas por el responsable de la Escuela Taller darán lugar a la instrucción del correspondiente expediente, que será finalmente resuelto por la Comisión Mixta.

La selección del personal directivo, docente y de apoyo será realizada por el SAE. La Comisión Mixta deberá determinar los perfiles profesionales, sin perjuicio de los requisitos expresamente previstos en el artículo 4 para directores, docentes y personal de apoyo.

Por último, el artículo 5 encomienda al SAE la obligación de realizar el seguimiento, evaluación y control de los programas, para lo que contará con el apoyo de las Unidades de Promoción y Desarrollo, debiendo realizar visitas periódicas a las entidades promotoras, al menos en tres ocasiones por etapa, a cuya finalización se elaborará un informe resumen sobre las principales observaciones o incidencias.

ORDEN de 18 de junio de 2004, por la que se regula y convoca la concesión de subvenciones a empresas del sector de la construcción para proyectos de inversión en equipos y medios auxiliares de obra dirigidos al control de los riesgos laborales

El Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, aprobado por Decreto 313/2003, de 11 de noviembre (BOJA núm. 22, de 3 de febrero de 2004), presta especial atención a sectores de especial riesgo, como es el caso del sector de la construcción, y contempla el desarrollo de programas sectoriales específicos que incluyen acciones permanentes sobre las empresas de mayor siniestralidad, tanto en el plano técnico y de vigilancia del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud vigente, como en el de la concesión de ayudas a las empresas para facilitar la incorporación de medidas preventivas. La Consejería de empleo ha considerado conveniente establecer un programa de subvenciones específicos, con el objetivo de promover la mejora de las condiciones de trabajo y a garantizar la seguridad de los trabajadores, especialmente los empleados en microempresas y pequeñas empresas del sector de la construcción; en la práctica, se trata de apoyar económicamente proyectos de inversión empresarial en medios auxiliares de obra y otros equipos de trabajo. La norma objeto de comentario regula y convoca dichas ayudas para el año 2004, convocatoria que se realiza de conformidad con lo establecido en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre.

Las empresas beneficiarias deben cumplir una serie de requisitos relacionados con el número de trabajadores, el volumen de negocios, el tipo de actividad empresarial y la localización del domicilio social y fiscal. Por aplicación del artículo 2.2 de la Orden, se adopta la clasificación de empresas fijada por la Recomendación de la Comisión 2003/361/CE, de 6 de mayo de 2003, (Diario Oficial L 124 de 20 de mayo de 2003), que relacionando número de trabajadores y volumen de negocios diferencia:

- a) Microempresa: La que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supere los 2 millones de euros.
- b) Pequeña empresa: La que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.
- c) Pequeña y mediana empresa (PYME): La que ocupa a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millo-

nes de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

Las actividades y proyectos susceptibles de subvencionar por esta vía se agrupan en torno a tres modalidades, las dos primeras destinadas a microempresas y pequeñas empresas, la tercera destinada también a medianas empresas (artículos 1.2 y 2.1):

- a) Modalidad 1 (M.1): Inversiones en capital fijo para la sustitución de andamios de trabajo antiguos o defectuosos por sistemas de andamios modulares, fabricados de conformidad con la normativa aplicable
- b) Modalidad 2 (M.2): Inversiones destinadas a la renovación de equipos y maquinaria auxiliar de obra, fabricados de conformidad con la normativa aplicable
- c) Modalidad 3 (M.3): Proyectos innovadores de diseño y desarrollo de protecciones colectivas y métodos de trabajo seguros para la prevención de accidentes en trabajos de altura; así como de intercambio de buenas prácticas preventivas entre empresas del sector en este campo

El artículo 2.1 de la Orden limita el ámbito de aplicación de las ayudas a las empresas privadas pertenecientes al sector de la Construcción, con domicilio social y fiscal en territorio andaluz. Aunque la empresa pueda tener centros de trabajo fuera de dicho ámbito geográfico, los efectos beneficiosos que puedan desprenderse de las ayudas solicitadas deberán revertir en centros de trabajo ubicados en Andalucía (artículo 3.1). De otro lado, las empresas solicitantes deben disponer de un sistema de organización y gestión de la prevención, según establece el R.D. 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención y en la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales (artículo 3.2), extremo que deberán acreditar mediante la documentación prevista en la propia norma.

Por lo que respecta al contenido de los proyectos (artículo 4), las ayudas concedidas bajo las modalidades M.1 y M.2 deberán ser ejecutadas en un plazo máximo de 3 meses (artículo 4.7). En tales supuestos, los gastos a subvencionar serán, exclusivamente, los incurridos en bienes de equipo o medios auxiliares de obras especificados en el artículo 1 (artículo 4.4). La cuantía máxima de las subvenciones otorgadas será de un 40% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros (artículo 5), corriendo el resto de la aportación a cargo del empresario, libre de toda ayuda (artículo 4.3). En el caso de las ayudas a proyectos previstos en la modalidad M.3 el plazo de ejecución se extiende a 12 meses. Los conceptos susceptibles de financiación incluyen gastos de inversión en pequeñas infraestructuras, bienes de equipo e instalaciones asociadas al desarrollo de proyectos innovadores de protecciones colectivas; de acceso a la información sobre buenas prácticas preventivas, formación y desarrollo de redes de empresas que compartan experiencias en trabajos de altura; gastos de asistencia técnica de Servicios de Prevención Ajenos asociados al desarrollo de proyectos innovadores; y, gastos de contratación de Técnicos Superiores e Intermedios de Prevención para el desarrollo de proyectos innovadores (artículo 5.3). La cuantía máxima de las subvenciones otorgadas será de un 45 % del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros, el resto de los gastos ha de ser aportado por el empresario, libre de toda ayuda (artículo 4.3). En ambos supuestos, los equipos, instalaciones o medios auxiliares subvencionados

dos deberán mantenerse en la empresa, al menos, durante 5 años (art. 4.8); en el caso de los proyectos de Modalidad M.1, las empresas deberán comprometerse a convertir en chatarra los medios auxiliares sustituidos (artículo 4.5).

Por último, las ayudas convocadas se otorgarán mediante el régimen de concurrencia competitiva y con arreglo a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, mediante los criterios de selección previstos en el artículo 7 de la propia norma, tras la comparación de las solicitudes presentadas conforme a las normas de procedimiento previstas en los artículos 8 y siguientes.

ORDEN de 24 de agosto de 2004, por la que se desarrolla el Decreto 127/2003, de 13 de mayo, por el que se establece el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía

La letra o) del artículo 6.1 de la Ley de Salud de Andalucía, Ley 2/1998, de 15 de junio, reconoce el derecho a un segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía, norma posteriormente desarrollada por el Decreto 127/2003, de 13 de mayo. La posibilidad de solicitar esta segunda opinión forma parte del derecho de autonomía del paciente respecto de su salud, en la medida en que contribuye a ejercitar de manera más libre y consciente su capacidad de decisión sobre los aspectos relacionados con la salud, o más concretamente, con la elección de los tratamientos que tienen por objeto reparar la salud perdida. El reconocimiento formal de dicho derecho ha propiciado un crecimiento importante de las expectativas de los ciudadanos, provocando un paralelo incremento de la demanda referida a enfermedades o padecimientos que desbordan en limitado ámbito previsto en el artículo 3 del Decreto 127/2003. Por otra parte, el reconocimiento de tales derechos impone el establecimiento de un procedimiento adecuado que permita garantizar que el acceso a dicha prestación se produce en condiciones de equidad y calidad. En atención a dichas circunstancias, la Orden comentada tiene por objeto la adaptación de las circunstancias que pueden motivar la solicitud de segunda opinión médica, y el desarrollo reglamentario preciso en orden a garantizar el efecto útil de dicho reconocimiento.

La facultad para solicitar la segunda opinión médica corresponde al propio paciente, a sus familiares, a su pareja de hecho, a su representante legal o a la persona en quien expresamente delegue esta opción, salvo que alguno de éstos haya sido excluido expresamente (artículo 2.1). El precepto prevé también que dicha solicitud pueda ser realizada por personas allegadas, sin que en esta ocasión quede suficientemente claro a quiénes puede considerarse incluidos en dicho concepto. La solicitud de segunda opinión médica queda condicionada a la concurrencia de determinadas circunstancias relativas a la enfermedad o al tratamiento aconsejado (artículo 3.1). A sensu contrario, dicho derecho no podrá ser ejercido por los pacientes que queden fuera del ámbito fijado en dicho precepto o en el Anexo I de la Orden comentada. En segundo lugar, se exige que el proceso asistencial haya sido previamente diagnosticado o indicado en centros propios, o en centros concertados o conveniados con la Consejería de Salud o el Servicio Andaluz de Salud (artículo 3.2), con lo que quedarían al margen aquellos procesos diagnosticados en instituciones diversas. Tramitada la solicitud for-

malmente, corresponde a la Dirección General de Asistencia Sanitaria la obligación de recabar la documentación clínica del paciente y de remitirla a un facultativo del equipo de expertos correspondiente (artículo 6.3). La segunda opinión médica será transmitida mediante un informe argumentado que contendrá la valoración correspondiente y una conclusión final en términos comprensibles para el paciente, o en su caso, para el solicitante (artículo 9). Cuando esta segunda opinión sea divergente con el diagnóstico o tratamiento propuesto inicialmente, y en el caso de que dicha segunda opinión sea ratificada por el informe final del equipo de expertos (artículo 5 Decreto 127/2003, de 13 de mayo) la Dirección General de Asistencia Sanitaria garantizará al paciente la atención clínica en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía respecto del diagnóstico o tratamiento recogido en dicho informe (artículo 11.2).

ORDEN de 18 de junio de 2004, por la que se regula y convoca la concesión de subvenciones a Micro y Pymes que realicen proyectos e inversiones y/o actividades de buenas prácticas preventivas dirigidas al control de los riesgos laborales
BOJA núm. 143, de 22 de julio 2004

PREÁMBULO

El artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la ejecución de la legislación laboral, siendo una de las materias propias integradas en la mencionada función ejecutiva la correspondiente a la prevención de los riesgos laborales.

La Consejería de Empleo, como órgano responsable de la Administración Andaluza en estas materias, ha venido desarrollando una política propia en relación con la prevención de los riesgos asociados al trabajo en su ámbito territorial de competencia; de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

En la ejecución de esta política ha tenido un papel primordial la realización de actividades de fomento tendentes a la mejora de las condiciones de trabajo, la reducción de los riesgos laborales y la promoción de estructuras eficaces de prevención en las pequeñas

y medianas empresas. Estas actuaciones, que han contado con el apoyo y colaboración de las organizaciones empresariales y sindicales, han sido refrendadas por éstas a raíz de la firma del V Acuerdo de Concertación Social.

Por otra parte, el Parlamento de Andalucía en el último Dictamen de la Comisión de Empleo y Desarrollo Tecnológico relativo a la siniestralidad laboral, insta a la entonces Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico para que diseñe y desarrolle un Programa Integral de Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía que incluya, con carácter específico, líneas de ayudas a empresas ligadas a objetivos concretos de reducción de la siniestralidad.

En cumplimiento de este mandato, el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, aprobado por Decreto 313/2003, de 11 de noviembre (BOJA número 22, de 3 de febrero de 2004), contempla, entre otras acciones o actividades, el establecimiento de incentivos y subvenciones para programas específicos dirigi-

dos a promover la mejora del ambiente de trabajo y el perfeccionamiento de los niveles de prevención, especialmente en la micro, pequeña y mediana empresa.

A través de estos programas pretende motivar al empresariado para que mejore los niveles de seguridad y salud de los trabajadores mediante el apoyo a proyectos e inversiones para la incorporación de medidas contempladas en la planificación de la actividad preventiva; así como para otras actividades de desarrollo y difusión de buenas prácticas efectivas de prevención, que cumplan con los requisitos legales establecidos en la normativa en esta materia.

En la presente Orden se regulan las normas y procedimiento a seguir al tiempo que la convocatoria para la concesión de estas ayudas, de conformidad con lo establecido en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre.

En su virtud, en uso de las facultades que me están conferidas y, a propuesta de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral

DISPONGO

Artículo 1. *Objeto.*—1. La presente Orden tiene por objeto regular y convocar para el año 2004 la concesión de ayudas económicas a las empresas que realicen actividades o proyectos relacionados con la Prevención de Riesgos Laborales (PRL) en el ámbito de los centros de trabajo de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Las actividades o proyectos susceptibles de subvencionar a través de la presente Orden deberán encuadrarse en las siguientes modalidades:

a) M.1: Proyectos que contemplen inversiones para la incorporación de medidas preventivas incluidas en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la empresa.

b) M.2: Proyectos innovadores y de desarrollo y difusión de buenas prácticas preventivas que contribuyan, de forma significativa, a la mejora de la seguridad y la salud laboral en el ambiente de trabajo.

3. La financiación de la subvenciones reguladas en la presente Orden se efectuará con cargo a los créditos presupuestarios del Programa 310, Prevención de Riesgos Laborales, quedando las ayudas a conceder condicionadas, así como el importe de las mismas, a las disponibilidades presupuestarias existentes en el momento de su concesión.

Artículo 2. *Beneficiarios.*—1. Podrán acogerse a las ayudas previstas en la presente Orden las empresas privadas, legalmente constituidas en el momento de la presentación de la solicitud, que lleven a cabo actividades o proyectos encuadrados en las modalidades que se definen en el artículo 1, que repercutan en centros de trabajo radicados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía y que, cumpliendo con los requisitos que en ella se especifican, reúnan las siguientes características:

a) Modalidad 1 (M1): Micro y pequeña empresa encuadrada en alguna de las siguientes actividades económicas del CNAE-93:

— Agricultura, ganadería, caza y actividades de los servicios relacionados con las mismas (01).

— Industria de productos alimenticios, bebidas y tabacos (15 y 16).

- Industria de la madera y corcho (20).
- Fabricación de productos de caucho y materias plásticas (25).
- Fabricación de productos minerales no metálicos (26).
- Metalurgia (27).
- Fabricación de productos metálicos, excepto maquinaria (28).
- Construcción de maquinaria y equipo mecánico (29).
- Fabricación de otro material de transporte (35).
- Fabricación de muebles, otras industrias manufactureras (36).
- Hostelería (55).

b) Modalidad 2 (M2): Microempresa, pequeña y mediana empresa (PYME) pertenecientes a las actividades económicas especificadas para la Modalidad 1.

2. Para la consideración de micro, pequeña y mediana empresa se adoptará la definición fijada en la Recomendación de la Comisión (2003/361/CE), de 6 de mayo de 2003:

a) Microempresa: Empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

b) Pequeña empresa: Aquella que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.

c) Pequeña y mediana empresa (PYME): Esta categoría está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

Artículo 3. Requisitos de las empresas beneficiarias.—Para poder concurrir a la presente convocatoria las empresas deberán acreditar los siguientes requisitos:

1. Tener su domicilio social y fiscal en Andalucía y los beneficios que se le reconozcan revertir en centros de trabajo ubicados en el ámbito geográfico andaluz.

2. Las empresas solicitantes deberán acreditar que disponen de un sistema de organización y gestión de la prevención, conforme a lo establecido en el R.D. 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) y en la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. Para ello deberá aportar documentación relativa a los siguientes aspectos:

a) Modelo de Organización de la actividad preventiva en cualquiera de las modalidades establecidas en el RSP.

b) Organización y funcionamiento de los órganos previstos en la empresa para la participación y consulta de los trabajadores, de conformidad con lo establecido en los artículos 35 y 38 de la LPRL.

c) Plan de prevención de riesgos laborales de la empresa en el que se define la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, los procedimientos y los recursos necesarios para realizar la actividad preventiva.

d) Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, conforme a lo previsto en el artículo 16 de la LPRL.

e) Registro de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador una incapacidad superior a un día de trabajo en los años 2002 y 2003.

f) Información sobre las actividades de vigilancia de la salud, conforme a lo previsto en el artículo 22 de la LPRL.

3. Haber justificado, en su caso, las ayudas económicas recibidas con anterioridad, con cargo al mismo pro-

grama presupuestario, por parte de la Junta de Andalucía; así como acreditar haber efectuado el correspondiente ingreso, aplazamiento o fraccionamiento de la deuda correspondiente, en los casos en los que, sobre los beneficiarios de las ayudas económicas, haya recaído resolución administrativa o judicial firme de reintegro, consecuencia de procedimientos sustanciados en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía.

Artículo 4. *Requisitos de los proyectos subvencionables.*—Las actividades o proyectos subvencionados estarán enmarcados dentro del normal desarrollo de la actividad preventiva de la empresa, debiéndose reunir, adicionalmente, los siguientes requisitos:

1. Ser considerados viables desde el punto de vista técnico, económico y financiero.
2. Las actividades o proyectos presentados en la Modalidad 1 no podrán estar iniciados antes de la fecha de solicitud de la ayuda.

En proyectos de la Modalidad 2, en el supuesto de estar ya iniciados, se aportará información suficiente sobre las actividades realizadas y las que se proponen como continuación que, en su caso, serían objeto de subvención a partir de la fecha de solicitud.

3. La aportación mínima del beneficiario será:

- a) Un 60% del presupuesto aceptado, libre de toda ayuda, para la Modalidad 1.
- b) Un 50% del presupuesto aceptado, libre de toda ayuda, para la Modalidad 2.

4. En su caso, los Servicios de Prevención Ajenos intervinientes en calidad de asistencia técnica a los proyectos, deberán estar acreditados en fase definitiva por la Autoridad Laboral competente en, al menos, tres de entre las especialidades preventivas de

Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicociología Aplicada y Medicina del Trabajo, para desarrollar la actividad preventiva en la provincia donde se ubique el centro de trabajo de la empresa solicitante.

5. Tener un plazo máximo de ejecución de 6 meses en Modalidad 1 y de 12 meses para la Modalidad 2.

6. Los equipos, instalaciones o medios auxiliares subvencionados deberán mantenerse en la empresa, al menos, durante cinco años, a contar desde la fecha de concesión de la ayuda.

Artículo 5. *Conceptos subvencionables.*—Tendrán la consideración de conceptos subvencionables los siguientes:

1. Modalidad 1:

a) Gastos de contratación de Técnicos Superiores e Intermedios de Prevención asociados a actividades de implantación y puesta en marcha de los equipos y/o instalaciones objeto de la subvención (hasta un 40% del presupuesto, con el límite máximo de 6.000 euros).

b) Bienes de equipo e instalaciones que supongan medidas de mejora efectiva de la seguridad e higiene en el trabajo, especificadas en la planificación de la actividad preventiva (hasta un 40% del presupuesto, con el límite máximo de 12.000 euros).

c) Instalaciones específicas para el control de contaminantes de naturaleza química, física y/o biológica (hasta un 40% del presupuesto, con el límite máximo de 12.000 euros).

2. Modalidad 2:

a) Gastos de asistencia técnica de Servicios de Prevención Ajenos, acreditados por la Autoridad Laboral, asociados al desarrollo de proyectos innovadores que se orienten al control de riesgos y a la reducción de la siniestralidad en la empresa solicitante.

te (hasta un 50% del presupuesto, con el límite máximo de 3.000 euros).

b) Gastos de contratación de Técnicos Superiores e Intermedios de Prevención para el desarrollo de buenas prácticas preventivas en la empresa (hasta un 50% del presupuesto, con el límite máximo de 6.000 euros).

c) Gastos externos de formación de personal (hasta un 50% del presupuesto, con el límite máximo de 3.000 euros).

d) Gastos de infraestructura, bienes de equipo e instalaciones necesarias para el desarrollo de proyectos innovadores de buenas prácticas preventivas (hasta un 50% del presupuesto, con el límite máximo de 12.000 euros).

e) Otros gastos (hasta un 50 % del presupuesto, con el límite máximo de 6.000 euros) asociados a:

— Proyectos de I+D+I.

— Actividades de acceso a la información sobre buenas prácticas en materia de seguridad y salud.

— Campañas de información-sensibilización, fomento de la participación de los trabajadores y/o de sus representantes en el ámbito de la prevención.

— Desarrollo de redes micro y pequeñas empresas que compartan experiencias preventivas.

No se considerarán subvencionables las inversiones efectuadas bajo la fórmula de arrendamiento financiero (leasing), el IVA satisfecho por la adquisición de bienes o servicios facturados y, en general, cualquier tasa o impuesto.

Artículo 6. Cuantía de las subvenciones.—1. La asignación de la cuantía de la subvención se hará en función de los criterios de selección establecidos en el artículo 7 de esta bases, del presupuesto aceptado del proyecto y del crédito de la asignación

presupuestaria que exista para este fin; no pudiendo, en ningún caso, excederse de éste en virtud de lo previsto en el artículo 38 de la Ley 5/1983.

2. El importe de las ayudas reguladas en la presente Orden en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, en concurrencia con subvenciones o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros Entes Públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste total del proyecto a desarrollar por el beneficiario, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 5/1983.

3. La cuantía y porcentajes máximos de las ayudas que podrán ser otorgadas por cada proyecto o actividad, son los siguientes:

a) Modalidad 1: Hasta un 40% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 E.

b) Modalidad 2: Hasta un 50% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 E.

4. Podrán adquirirse compromisos de gasto de carácter plurianual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley 5/1983 y en la normativa de desarrollo.

Artículo 7. Criterios de selección.—La selección de proyectos o actividades se ajustará a los siguientes criterios:

1. Adecuación de la propuesta a la consecución de objetivos concretos de reducción de la siniestralidad y de desarrollo y/o difusión de buenas prácticas preventivas.

2. Valoración del modelo de organización de la PRL y su integración en la actividad empresarial.

3. Evolución de la siniestralidad en la empresa en los dos últimos años.

4. Calidad y coherencia del proyecto.

5. Disponibilidad de infraestructura y de recursos técnicos suficientes

para garantizar el cumplimiento de los objetivos del proyecto y su sostenibilidad en el tiempo.

6. Calidad, medios técnicos y experiencia de las entidades colaboradoras en el desarrollo del proyecto.

7. Carácter innovador, valor añadido y efecto multiplicador de los resultados del proyecto.

8. Grado de participación de la empresa solicitante en la financiación del proyecto.

9. Grado de ajuste del presupuesto a los medios descritos en las actividades a realizar.

10. Calidad y detalle en la formulación del proyecto e idoneidad de la documentación e información aportada.

Artículo 8. Normas generales del procedimiento de concesión.—1. Las ayudas a que se refiere la presente Orden se otorgarán con arreglo a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, de acuerdo con lo establecido en el Título VIII de la Ley 5/1983.

2. El procedimiento de concesión se efectuará en régimen de concurrencia competitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 del Reglamento aprobado por el Decreto 254/2001, 20 de noviembre. El procedimiento de concesión consistirá en la comparación en un único acto las solicitudes entre sí, siempre que reúnan los requisitos determinados en las bases reguladoras.

3. Las subvenciones se concederán, dentro de las disponibilidades presupuestarias existentes, a aquellas que hayan obtenido mayor valoración, en base a la aplicación de los criterios establecidos en el artículo anterior.

Artículo 9. Solicitudes y documentación.—1. Las solicitudes de ayudas reguladas en la presente Orden, dirigidas al Ilmo/a. Sr/a. Delegado/a

Provincial de la Consejería de Empleo, se presentarán, por duplicado, preferentemente en el Registro de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales (Delegación de la Consejería de Empleo) de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad; sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 38.4 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 51 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y se ajustarán al modelo que figura en el Anexo I, acompañadas de la siguiente documentación:

a) Memoria descriptiva, conforme al modelo que figura como Anexo II a la presente Orden.

b) Documentación acreditativa de la personalidad del solicitante:

— Cuando se trate de persona física: DNI y Tarjeta de Identificación Fiscal (NIF).

— Tratándose de persona jurídica: Tarjeta del Código de Identificación Fiscal (CIF).

c) Escrituras de constitución, modificación o transformación y estatutos vigentes de la entidad, debidamente inscrita en el Registro Mercantil o en el Registro Público correspondiente.

d) En el supuesto que se actúe por representación, ésta deberá acreditarse mediante copia del correspondiente poder bastantado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

e) NIF del representante de la entidad, si procede.

f) Declaración expresa responsable del cumplimiento de las obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma de Andalucía; así como que no es deudor de la misma por cualquier otro ingreso de Derecho Público.

g) Autorización, en su caso, para la cesión de información relativa a la acreditación del cumplimiento de las obligaciones de la Comunidad Autóno-

ma de Andalucía y de otros ingresos de Derecho Público en procedimientos de subvenciones y ayudas públicas (Anexo III).

h) Declaración expresa responsable de que sobre el solicitante no ha recaído resolución administrativa o judicial firme de reintegro, consecuencia de procedimientos sustanciados en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía o, en su caso, acreditación de su ingreso, aplazamiento o fraccionamiento de la deuda correspondiente.

i) Declaración expresa responsable relativa a otras subvenciones o ayudas concedidas y/o solicitadas para el mismo proyecto o actividad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes Públicos o privados, nacionales o internacionales.

j) Documentos de cotización a la Seguridad Social (TC-2) de los tres meses anteriores a la solicitud.

k) Documentación relativa al cumplimiento de los requisitos especificados en los artículos 3 y 4:

Requisitos relativos a la empresa beneficiaria:

— En relación con el modelo de organización de la actividad preventiva adoptado por el empresario, conforme al artículo 30 de la LPRL, deberá facilitar una declaración responsable indicativa de la forma o formas elegidas; acompañando, en cada caso, copia de la certificación de la formación que habilite para el desempeño de las funciones del nivel adecuado a la actividad preventiva a desarrollar en la empresa. En el supuesto de haber recurrido a los servicios de una entidad especializada ajena a la empresa (SPA) o constituido un Servicio de Prevención Propio se acompañará certificación del registro oficial, así como copia del concierto con el SPA.

— En relación con los órganos de participación y consulta de los trabaja-

dores, facilitará: Certificación del registro oficial de los Delegados de Prevención y órganos específicos sustitutorios, expedido por la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo competente, conforme a la Orden de 8 de marzo de 1999, de creación del referido registro (BOJA número 38, de 30 de marzo) y copia del acuerdo de constitución del Comité de Seguridad y Salud, cuando proceda su constitución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 de la LPRL.

— Plan de prevención de riesgos laborales de la empresa (art. segundo Ley 54/2003): Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva (art. 16 LPRL).

— Declaración del número de accidentes y enfermedades profesionales correspondientes a los años 2002 y 2003.

— Declaración responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los artículos 22 y 23, párrafo d) de la LPRL.

Requisitos relativos a los proyectos subvencionables:

— Acreditación que habilite el Servicio de Prevención Ajeno actuante, en su caso, para realizar sus funciones en la provincia donde se ubique el centro de trabajo de la empresa solicitante.

— Declaración expresa responsable relativa al mantenimiento en la empresa de los activos subvencionados, al menos, durante 5 años, a contar desde la fecha de concesión (apartado 5 del Anexo I).

— Presupuesto del Servicio de Prevención Ajeno actuante, en su caso

— Presupuesto de otras entidades actuantes, en su caso, con explicación detallada sobre sus medios técnicos y especialización en el ámbito del proyecto.

— Plan formativo externo del personal de la empresa.

— Factura proforma expedida por la entidad suministradora relativa a los bienes o equipos objeto de la solicitud, así como certificado de producto acreditativo de su adaptación a normas UNE, si procede.

2. Toda la documentación será original o fotocopia debidamente compulsada, de acuerdo con la normativa vigente sobre la materia.

3. Cada empresa podrá presentar un máximo de un proyecto por Modalidad.

Artículo 10. Plazo de presentación de solicitudes.—El plazo de presentación de solicitudes será de treinta días naturales a contar desde el día siguiente a la publicación de la presente Orden en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Artículo 11. Actuaciones de las Delegaciones Provinciales.—1. La Delegación Provincial de la Consejería de Empleo correspondiente al lugar donde esté radicado el centro de trabajo de la entidad, a través del Centro de Prevención de Riesgos Laborales, examinará las solicitudes y documentación presentada.

Si la solicitud no reuniese los requisitos exigidos en los artículos 3 y 4 de la presente Orden o no se acompañase la documentación completa y correcta, se requerirá a la empresa para que, en el plazo de diez días, subsane los defectos o aporte los documentos preceptivos, con la indicación de que si no se realiza esta subsanación, se le tendrá por desistido de su solicitud; resolviéndose por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, en los términos previstos en el artículo 71, en relación con el art. 42, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Completado el expediente, la referida Delegación Provincial remitirá a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral copia de la solicitud (Anexo I) y de la Memoria descriptiva (Anexo II). Asimismo, acompañará un informe emitido por el Centro de Prevención de Riesgos Laborales de la provincia relativo al grado de interés del proyecto desde el punto de vista preventivo, de acuerdo con los requisitos y criterios establecidos en la presente Orden, junto con la documentación técnica que se estime pertinente y que haya fundamentado el referido informe.

Artículo 12. Comisión de Valoración.—1. Para el estudio y selección de las solicitudes de ayudas se constituirá una Comisión de Valoración presidida por el/la titular de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, que actuará como presidente, y compuesta por los siguientes miembros:

a) El Subdirector de Prevención de Riesgos Laborales de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral.

b) Los cuatro miembros de la Comisión Permanente del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de Andalucía.

c) Un Delegado/a Provincial de la Consejería de Empleo.

d) El Director/a de uno de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de Andalucía.

e) El Jefe del Servicio de Planificación y Promoción Técnica que actuará como Secretario.

2. La Comisión de Valoración se regirá por lo establecido en el Título II, Capítulo II, artículo 22 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativo a Organos Colegiados y tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2004.

3. La Comisión de Valoración, a la vista de la documentación presentada y de los criterios de selección establecidos en el artículo 7, emitirá un informe-propuesta que servirá de base al Delegado/a Provincial correspondiente para dictar la Resolución de concesión, por delegación del Consejero.

4. El trámite de audiencia se realizará por la Delegación Provincial, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la referida Ley, teniendo en cuenta que se podrá prescindir de aquel, en los términos del apartado 4 del citado artículo.

5. La propuesta de Resolución será sometida a fiscalización, de acuerdo con las normas que sean de aplicación.

Artículo 13. Resolución, notificación y publicación.—1. De acuerdo con el informe-propuesta emitido por la Comisión de Valoración, el/la Delegado/a Provincial correspondiente, por delegación del Consejero de Empleo, dictará la resolución procedente en el plazo máximo de seis meses contados desde la fecha de publicación de la presente Convocatoria.

2. Si transcurrido el plazo previsto en el apartado 1 no se hubiera dictado y notificado resolución expresa, el interesado podrá entender desestimada su solicitud, sin perjuicio de la obligación de dictar y notificar resolución expresa, conforme a lo establecido en el art. 2.2 de la Ley 9/2001, de 12 de julio, por la que se establece el sentido del silencio y los plazos de determinados procedimientos como garantías procedimentales para los ciudadanos.

3. Todas las resoluciones serán notificadas conforme a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Asimismo, las subvenciones concedidas, salvo aquellas cuyo importe sea inferior al que se determine por las correspondientes Leyes anuales de Presupuestos, deberán ser publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, expresando el programa y crédito presupuestario al que se imputen, el beneficiario, la cantidad concedida y finalidad o finalidades de la subvención.

4. En la Resolución de concesión se hará constar:

a) El proyecto o actividad a realizar.

b) Indicación del beneficiario o beneficiarios de la actividad y del plazo de ejecución con expresión del inicio del cómputo del mismo.

c) La cuantía de la subvención o ayuda, la aplicación presupuestaria del gasto y, si procede, su distribución plurianual de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el Decreto 44/1993, de 20 de abril, el presupuesto aceptado del proyecto y el porcentaje de ayuda con respecto al presupuesto aceptado.

d) La forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono.

e) Las condiciones que se impongan al beneficiario.

f) El plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda o subvención y de la aplicación de los fondos recibidos.

g) Que la Resolución de concesión se adopta por delegación del Consejero de Empleo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Ley 30/1992.

5. La resolución estará sometida a las normas especiales que, en materia de subvenciones, establezca la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía vigente.

6. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención y, en todo caso, la obtención concurrente de subvenciones o ayudas otorgadas por otras Administraciones o Entes Públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión.

Artículo 14. Abono de la subvención.—1. El abono de la subvención se realizará en la forma establecida en el art. 20.1 de la Ley 17/2003, de 29 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el 2004:

a) Mediante el pago del 75% del importe total de la cantidad concedida, tras la firma de la Resolución de concesión, abonándose la cantidad restante una vez finalizadas las actividades o proyectos de inversión subvencionados, según el caso, previa presentación por la empresa en la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo correspondiente de los documentos justificativos que se especifican en el artículo 15 y tras comprobación de su ejecución, acreditada mediante informe técnico suscrito por un funcionario del Centro de Prevención de Riesgos Laborales de la provincia.

b) Se podrá exceptuar del fraccionamiento del pago los supuestos en que el importe de aquellas sea igual o inferior a seis mil cincuenta euros (6.050 euros).

2. El importe definitivo de la subvención se liquidará aplicando al coste de la actividad efectivamente realizada por el beneficiario, conforme a la justificación presentada, el porcentaje de financiación establecido en la Resolución de Concesión; sin que, en ningún caso, pueda sobrepasar su cuantía el importe autorizado en la citada Resolución.

3. Previamente al cobro de la subvención, la entidad beneficiaria de-

berá acreditar estar al corriente de sus obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como que no es deudora de la misma por cualquier otro ingreso de Derecho Público, en la forma que se establece en el artículo 17 de esta Orden.

Artículo 15. Justificación.—Las empresas quedan obligadas a aportar, en el plazo máximo de tres meses contados a partir de la finalización de la actividad o proyecto subvencionado, los siguientes documentos que acrediten dicha ejecución:

1. Certificación, firmada por el solicitante, donde se ponga de manifiesto que la actividad o proyecto se ha ejecutado adecuadamente en los aspectos técnicos y económicos.

2. Informe de evaluación final, firmado por el solicitante, en el que se analice y evalúe la realización de la actividad en su conjunto y el grado de consecución de los objetivos previstos.

3. Memoria contable, firmada por el solicitante, que presente una relación numerada de los documentos justificativos del gasto realizado, acorde con las partidas detalladas en el Presupuesto aceptado por la Junta Andalucía y con la Resolución de Concesión de la ayuda, con el detalle del número de factura, concepto, importe, fecha de pago y número de asiento contable.

4. Documentos justificativos del gasto total de la actividad subvencionada.

5. Número de asiento contable del primer desembolso correspondiente al 75% de la subvención concedida.

Artículo 16. Cumplimiento de la actividad.—1. El proyecto desarrollado deberá responder al programa presentado y aprobado en la resolución de concesión. Todo cambio relacionado

con el contenido del mismo o con las condiciones que se tuvieron en cuenta para la concesión de la subvención deberá ser objeto de una comunicación inmediata por parte del beneficiario a la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, junto con una memoria explicativa, en la que se detallan las modificaciones introducidas. La Delegación Provincial procederá a la evaluación de los cambios propuestos y, previo estudio del asunto, podrá autorizar las modificaciones pertinentes.

2. La obtención concurrente de cualquier otra subvención a las actividades o proyectos cofinanciados por la Consejería de Empleo, por parte de cualquier organismo público o privado, nacionales o internacionales, notificada a la empresa después de presentar la solicitud conforme a esta Orden, deberá ser comunicada de inmediato y por escrito a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, que propondrá, en caso de sobrefinanciación, una modificación a la Resolución de concesión.

Artículo 17. Obligaciones de los beneficiarios.—Son obligaciones del beneficiario de la subvención:

1. Realizar la actividad o proyecto objeto de la subvención en la forma y plazos establecidos en esta Orden y en la Resolución de concesión.

2. Justificar ante la Consejería de Empleo la realización del proyecto, así como el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

3. El sometimiento a las actuaciones de seguimiento y control que se realicen por los correspondientes Servicios designados al efecto por la Consejería de Empleo y a las de control financiero en relación con las ayudas económicas concedidas que corresponden a la Intervención General

de la Junta de Andalucía; así como a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía. Las empresas beneficiarias deberán proporcionar toda la documentación e información que por tales Servicios se requiera.

4. Comunicar a la Consejería de Empleo la obtención de subvenciones o ayudas, para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes Públicos o privados, nacionales o internacionales; así como toda alteración de los requisitos bajo las que se haya otorgado la subvención.

5. Acreditar, con carácter previo al cobro de la subvención, que se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma de Andalucía; así como que no es deudor de la misma por cualquier otro ingreso de Derecho Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en la Orden de 12 de septiembre de 2003, modificada por la de 16 de diciembre de 2003, por la que se regula la acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales y de otros ingresos públicos y de las obligaciones con la Seguridad Social en los procedimientos de subvenciones y ayudas públicas y de contratación que se tramiten por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, mediante certificación administrativa o cesión de la información, previa autorización del interesado conforme al modelo que figura en el Anexo III de la presente Orden; sin perjuicio de los supuestos de exoneración determinados por la Consejería de Economía y Hacienda.

6. Comunicar al órgano concedente de la ayuda, todos los cambios del domicilio a efectos de notificaciones que tengan lugar durante el período en

que la ayuda es reglamentariamente susceptible de control.

7. La empresa beneficiaria deberá acreditar ante la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, una vez abonada la subvención, en el plazo máximo de un mes, la anotación de la misma en su contabilidad.

Artículo 18. *Modificación de la resolución de concesión.*—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de una subvención y, en todo caso, la obtención concurrente de subvenciones o ayudas otorgadas por otras Administraciones o Entes Públicos o privados, nacionales o internacionales, podrán dar lugar a la modificación de la resolución de concesión.

Artículo 19. *Reintegro de la subvención.*—1. Procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de la subvención, en los siguientes supuestos:

- a) Incumplimiento de la obligación de justificación.
- b) Obtención de la subvención sin reunir las condiciones requeridas para ello.
- c) Incumplimiento de la finalidad para la que la subvención fue concedida.
- d) Incumplimiento de las condiciones impuestas a los beneficiarios con motivo de la concesión de la subvención.
- e) Incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa

o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte del beneficiario de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniere obligado.

f) La negativa u obstrucción a las actuaciones de control establecidas en el artículo 85.bis de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. En el supuesto de que la entidad beneficiaria obtenga otra subvención para sufragar el proyecto que exceda, aisladamente o en concurrencia con la subvención otorgada por la Consejería de Empleo, del importe de su coste conforme a lo previsto en el presupuesto, estará obligada al reintegro del exceso.

3. El beneficiario que incurriese en algunas de las causas que obligan al reintegro de la ayuda percibida quedará inhabilitado para poder acceder a nuevas subvenciones, en tanto no regularice su situación, en los términos establecidos en la LPCAA.

Artículo 20. *Publicidad.*—El beneficiario de la subvención queda obligado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 17/2003, de 29 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2004, a hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la actividad u objeto de la subvención, que la misma está subvencionada por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía.

La Consejería de Empleo se reserva los derechos de publicación, edición y difusión de los resultados de los proyectos subvencionados en la modalidad de «buenas prácticas preventivas».

Disposición adicional única. *Desarrollo.*—Se autoriza a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral



a dictar las oportunas disposiciones de desarrollo de la presente Orden.

en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Disposición final única. Entrada en vigor.

Sevilla, 18 de junio de 2004

La presente Orden entrará en vigor al día siguiente al de su publicación

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

ACUERDO de 20 de julio de 2004, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el de 30 de diciembre de 2003, de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud
BOJA núm. 152, de 4 de agosto de 2004

Como consecuencia de la reunión mantenida con fecha 30 de diciembre de 2003, por la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, se adoptó Acuerdo sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud.

Gobierno en su reunión del día 20 de julio de 2004,

ACUERDA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, los acuerdos que versen sobre materias de competencia de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas necesitarán, para su validez y eficacia, la aprobación expresa y formal de dicho órgano colegiado.

PRIMERO.—Aprobar el Acuerdo de 30 de diciembre de 2003, de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, sobre régimen de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud cuyo texto figura como Anexo, y se ordena su publicación.

SEGUNDO.—Autorizar a la Consejera de Salud, al Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud y al Director General de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, para la adopción de cuantas medidas resulten necesarias para la aplicación y cumplimiento de dicho Acuerdo.

De igual modo, el artículo 4.2.b) de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, establece que corresponde al Consejo de Gobierno dar validez y eficacia a los acuerdos alcanzados en la negociación con la representación sindical del personal mediante su aprobación expresa y formal.

Sevilla, 20 de julio de 2004

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

En consecuencia, a propuesta de la Consejera de Salud, el Consejo de

MARÍA JESÚS MONTERO CUADRADO
Consejera de Salud

ANEXO

ACUERDO DE MESA SECTORIAL
DE SANIDAD SOBRE EL RÉGIMEN
DE VACACIONES, PERMISOS
Y LICENCIAS DEL PERSONAL
DE CENTROS E INSTITUCIONES
SANITARIAS DEL SERVICIO ANDALUZ
DE SALUD

REUNIDOS

De una parte el Subdirector de Personal del Servicio Andaluz de Salud y, de otra, los representantes de los Sindicatos presentes en la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad de Andalucía, en Sevilla a 30 de diciembre de 2003,

EXPONEN

El Decreto 175/1992, de 29 de septiembre, sobre materia retributiva y condiciones de trabajo del personal de Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud vino a fijar la jornada laboral anual para los distintos turnos de trabajo.

Por Acuerdo de 27 de diciembre de 1999, del Consejo de Gobierno, se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad sobre adecuación de retribuciones y jornada del personal dependiente del Servicio Andaluz de Salud para el trienio 2000-2002, en el que se contempla la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales.

Mediante Acuerdo de 11 de marzo de 2003, del Consejo de Gobierno, se aprueba el Acuerdo de 21 de noviembre de 2002, de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, sobre política de personal para el período 2003 a 2005.

Mediante Ley 55/2003, de 16 de diciembre, se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

En estos momentos, en desarrollo del compromiso fijado en el Acuerdo sobre Política de Personal y del propio Estatuto Marco, es necesario homogeneizar el régimen de vacaciones, permisos y licencias del personal en todos los centros del SAS, además de concretar en su ámbito las previsiones recogidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Este Acuerdo se concierta con las Organizaciones Sindicales más representativas presentes en la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, de conformidad con lo previsto en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

ACUERDO

1. Ambito de aplicación.

El presente Acuerdo será de aplicación tanto al personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud como al personal funcionario o laboral que desempeñe su función en los Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud.

2. Exención de jornada complementaria.

El personal facultativo, tanto de asistencia especializada como de atención primaria, y el personal ATS/DUE de Atención Primaria, mayor de 55 años de edad, mujeres en estado de gestación o con un hijo menor de un año, y aquellos trabajadores que tengan hijos con minusvalía o discapacitados, así como aquellos otros para quienes, por razón de enfermedad, sea contraproducente para su estado de salud ampliar su jornada ordinaria, podrán, previa solicitud razonada y debidamente justificada mediante informe

del órgano competente de la Salud Laboral del centro, según el procedimiento que en desarrollo de este acuerdo se determine, negociado en el seno de la Mesa Sectorial de Sanidad, quedar exentos de la realización de este tipo de jornada.

La regulación del procedimiento de gestión y concesión prevista en el párrafo anterior se hará mediante las oportunas modificaciones del Decreto 21/2000, y las normas de su desarrollo, tras su negociación en Mesa Sectorial de Sanidad.

3. Reducciones de jornada.

3.1. 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 o 60 por ciento, respectivamente, de la totalidad de sus retribuciones tanto básicas como complementarias, con inclusión de los trienios. Igual porcentaje se aplicará a las pagas extraordinarias en el caso de que el personal hubiese prestado, en su caso, una jornada de trabajo reducida en los períodos anteriores de devengo de las citadas pagas.

3.2. 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. Existirá la opción de ejercitar este derecho durante el tiempo en que dicha persona permanezca en situación de incapacitación, según los informes médicos correspondientes.

3.3. La concesión de las reducciones de jornada previstas en los dos

apartados anteriores es incompatible con el desarrollo de cualquier otra actividad económica, remunerada o no, durante el horario objeto de la reducción.

4. Otras reducciones de jornada por interés personal. Podrán obtener reducción de jornada, de manera temporal y revocable, conforme a su desarrollo reglamentario a negociar en Mesa Sectorial de Sanidad, y con disminución proporcional de retribuciones, aquel personal que así lo solicite, y sea factible su concesión en función de las necesidades del servicio. En dicho desarrollo reglamentario se regularán asimismo los supuestos de renuncia y prórroga de dicha reducción.

5. Flexibilidad horaria. Se tendrán en cuenta las necesidades especiales de los trabajadores que tienen hijos con discapacidad psíquica, física o sensorial, a los cuales ha de garantizarse, como mínimo, la flexibilidad horaria que les permita conciliar los horarios de los centros de educación especial u otros centros donde el hijo o hija discapacitado reciba atención, con los horarios de los propios puestos de trabajo. A estos efectos se dispondrá de hasta dos horas de flexibilidad horaria diaria que podrá concederse en cualquier momento de la jornada.

6. Vacaciones anuales.

6.1. Regulación.

6.1.1. Anualmente, el personal tendrá derecho a una vacación retribuida cuya duración será de un mes natural, sin que en ningún caso pueda ser inferior a 30 días naturales, o el tiempo que proporcionalmente corresponda en función del tiempo de servicios prestados, redondeándose al alza la fracción resultante.

6.1.2. El personal con plaza en propiedad en función de la antigüedad acreditada en el Servicio Andaluz de Salud tendrá derecho al disfrute, de los siguientes días adicionales de vacaciones anuales:

- Quince años de Antigüedad: 1 día hábil más.
- Veinte años de antigüedad: 2 días hábiles más.
- Veinticinco años de antigüedad: 3 días hábiles más.
- Treinta o más años de antigüedad: 4 días hábiles más.

Este derecho se hará efectivo a partir del año natural siguiente al cumplimiento de la antigüedad referida.

Estos días adicionales tendrán la consideración de trabajados a efectos del cómputo de la jornada ordinaria anual, sin que pueda entenderse nunca que el disfrute de los mismos genera un incremento de la jornada.

6.1.3. A efectos del cálculo proporcional de las vacaciones habrá de tenerse en cuenta que se considerará que ha existido interrupción de servicios en los periodos correspondientes a la situación de permiso sin sueldo y sanción de suspensión de funciones por razón disciplinaria.

6.2. Irrenunciabilidad.

6.2.1. Por su carácter irrenunciable, las vacaciones se disfrutarán ineludiblemente dentro del año natural a que correspondan, no pudiendo acumularse a otro distinto, ni compensarse económicamente.

6.2.2. El período de vacación anual sólo podrá ser sustituido por una compensación económica en el caso de finalización de la prestación de servicios por extinción de la relación de servicios.

6.3. Fraccionamiento.

6.3.1. En principio el disfrute de las vacaciones lo será de manera ininterrumpida. No obstante, cuando se fraccionen en dos períodos, máximo permitido, la suma de ambos sólo podrá comprender 26 días laborables considerándose entre ellos los sábados aunque por el turno asignado corresponda descansar, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto 6.1.2.

6.3.2. El fraccionamiento de vacaciones se hará a petición del interesado y su concesión se adaptará a los criterios que se establezcan entre los Equipos de Dirección y las Secciones Sindicales del Centro con representación en Mesa Sectorial.

6.4. Período de disfrute y turnos.

6.4.1. Las vacaciones se disfrutarán preferentemente en los meses de julio, agosto y septiembre, sin que ello suponga que no se pueda vacar voluntariamente en los restantes meses del año, sin perjuicio de que en negociación con las Organizaciones Sindicales presentes en Mesa Sectorial se determine un calendario distinto en función de las circunstancias específicas de cada centro.

6.4.2. Los turnos de vacaciones se distribuirán respetando los acuerdos a que pueda llegar el personal dentro de cada categoría profesional, sin distinción, de las distintas Unidades Asistenciales, siempre que los acuerdos se ajusten a las presentes normas y se mantenga la funcionalidad de las Unidades. De no existir acuerdo entre el personal, se sorteará el mes a elegir, estableciéndose un sistema rotatorio que servirá de base para los años sucesivos.

6.4.3. A efectos de determinación del calendario vacacional tienen derecho a disfrutar sus vacaciones en el período coincidente con las vacaciones escolares, los trabajadores que tengan hijos en edad escolar obligatoria.

6.4.4. Los trabajadores casados o miembros de parejas de hecho que figuren como tales en el debido registro, cuyos cónyuges o convivientes presten servicios en el Servicio Andaluz de Salud, tendrán derecho a condicionar su solicitud al otorgamiento de idéntico período para ambos.

6.5. Otras normas.

6.5.1. El período de vacaciones reglamentarias no podrá unirse, en nin-

gún momento, al plazo de toma de posesión para el personal incorporado procedente de concurso de traslados.

6.5.2. El personal que acceda a la jubilación o a excedencia voluntaria deberá disfrutar, en su caso, de la parte proporcional de vacaciones que le corresponda hasta la fecha en que esté prevista la baja. Si la fecha de la baja no se hubiera conocido con antelación suficiente y se hubiera disfrutado el mes entero de vacaciones, o más días de los que le correspondiesen por la prestación de sus servicios, se deducirán en la liquidación pertinente los haberes correspondientes a los días de vacaciones disfrutados en exceso. Si se produce la jubilación voluntaria o excedencia voluntaria sin mediar petición alguna de vacaciones por su parte, perderá todo derecho a las mismas y no procederá compensación económica alguna en la liquidación que se le practique con motivo de su baja. En el caso de jubilación forzosa, por la Dirección del Centro se comunicará al profesional con suficiente antelación para posibilitar el disfrute de las vacaciones que le correspondan.

6.5.3. Aquel personal que durante el mismo año natural hubiera tenido permiso sin sueldo o haya cumplido sanción disciplinaria de suspensión de funciones, teniendo ya disfrutadas las vacaciones íntegras o más días de los que le correspondiesen por la prestación de servicios, se le deducirán los haberes correspondientes a los días de vacaciones disfrutados en exceso.

6.5.4. La situación de incapacidad temporal sobrevenida una vez iniciado el período de vacaciones, no interrumpirá el disfrute de las mismas, que continuará hasta la extinción del período previamente autorizado. No obstante, si durante las vacaciones se produce el nacimiento de un hijo o hija, su disfrute podrá quedar interrumpido y reanudarse tras la finalización del

descanso por maternidad, teniendo como límite el día 15 de enero del año siguiente.

6.5.5. La situación de incapacidad temporal o baja maternal sobrevenida con anterioridad al comienzo de las vacaciones, dará al trabajador el derecho, a solicitar un nuevo período, quedando aplazado el disfrute a cuando esté de nuevo en alta, teniendo como límite el 31 de diciembre del año en curso.

6.5.6. Durante el período de disfrute de las vacaciones reglamentarias, en los casos en que con anterioridad a las mismas el trabajador haya tenido distintos regímenes de dedicación horaria, las retribuciones a percibir serán las correspondientes al régimen de dedicación en el momento de disfrute.

6.5.7. En todos los centros se elaborará un plan de vacaciones donde, se reflejen los periodos vacacionales autorizados y/o denegados a cada trabajador/a, incluyendo el motivo de la denegación.

6.5.8. En cada centro se constituirá una comisión de seguimiento formada por la dirección del centro y las secciones sindicales de los Sindicatos presentes en Mesa Sectorial donde se presentará el plan de vacaciones anual.

7. Permisos y licencias.

7.1. Régimen general de permisos y licencias.

7.1.1. Los permisos y licencias deberán ser solicitados por escrito, con la justificación documental previa o posterior que corresponda, y se disfrutarán tras la autorización del órgano competente. En todo caso, la denegación se motivará por escrito y se notificará al interesado.

7.1.2. Será de aplicación tanto al personal fijo como al temporal, salvo que algún permiso o licencia establezca lo contrario.

7.1.3. El cómputo de grados de parentesco para la aplicación de los

permisos se realizará contando cada generación ascendiendo hasta encontrar el tronco común y luego, si es el caso, descendiendo.

7.1.4. No se entenderán como días hábiles aquellos que en el turno de cada trabajador figuren como descanso.

7.2. Permisos retribuidos.

7.2.1. Por matrimonio o inscripción en el registro oficial de uniones de hecho, quince días naturales consecutivos, debiendo estar incluido en el período el hecho causante. Si por causas sobrevenidas al inicio del disfrute de este permiso el hecho causante no llegara a tener lugar, los días disfrutados se compensarán con cargo a los 6 días de libre disposición, en su defecto con cargo a las vacaciones anuales reglamentarias y, en su defecto, dichos días tendrán la consideración de permiso sin sueldo.

7.2.2. Por nacimiento de un hijo, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo de un menor, tres días hábiles consecutivos coincidiendo su inicio con el hecho causante, o a elección del trabajador desde el día de alta médica de hospitalización de la madre, o del alta médica de hospitalización del hijo o hija, o cinco días hábiles y consecutivos, si ocurriera a más de 50 km. de la localidad de residencia del trabajador.

7.2.3. Por la muerte del cónyuge o miembros de parejas de hecho que figuren como tales en el debido registro, o familiar de primer grado por consanguinidad o afinidad, tres días hábiles consecutivos, coincidiendo su inicio con el hecho causante, o cuatro si sucede a más de 50 km. de la localidad de residencia del trabajador. Si el fallecimiento es de familiar de segundo grado, dos días hábiles consecutivos, o tres, si sucede a más de 50 km. de la localidad de residencia del trabajador.

7.2.4. Por enfermedad grave de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad, cuatro días, consecutivos o no, siempre que mientras tanto suceda hospitalización, o se aporte certificado facultativo sobre la gravedad y/o la continuación de la necesidad de especiales cuidados en el domicilio.

7.2.5. Por traslado de domicilio sin cambio de residencia, un día, y dos días naturales y consecutivos cuando se produzca a más de 50 km. de la localidad de residencia del trabajador. No se genera este derecho cuando el traslado de domicilio se deba a traslado de residencia derivada de un cambio de puesto de trabajo que conlleve plazo posesorio.

7.2.6. Para concurrir a exámenes finales, pruebas definitivas de aptitud y evaluación en Centros Oficiales de enseñanza y pruebas selectivas para cubrir puestos de trabajo convocados por las Administraciones Públicas, durante los días de su celebración.

7.2.7. Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable, de carácter público o personal.

7.2.8. Para realizar funciones sindicales, de formación sindical o de representación del personal, en los términos que se determine reglamentariamente.

7.2.9. Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, por el tiempo necesario para su práctica y previa justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo.

7.2.10. Para asistir a consultas, tratamientos y exploraciones de tipo médico, tanto propias como de menores en edad pediátrica, ancianos o discapacitados a su cargo, el personal dispondrá del tiempo necesario que coincida con su jornada de trabajo.

7.2.11. Los trabajadores con un hijo o hija menor de dieciséis meses tienen derecho a un permiso de una hora diaria de ausencia del trabajo por lactancia, por cada hijo/a en caso de parto múltiple, con un máximo de dos horas; dicho período de tiempo puede ser dividido en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por la madre o el padre, pero sólo por uno de ellos en el caso de que ambos trabajen. En ningún caso podrán acumularse los períodos de tiempo a que se refiere este punto.

7.3. Características de determinados permisos.

7.3.1. Las trabajadoras tienen derecho a un permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en caso de parto múltiple a dos semanas más, por cada hijo o hija a partir del segundo. El permiso se distribuye a opción de la trabajadora, siempre que seis de las semanas de permiso sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de muerte de la madre, el padre puede hacer uso de la totalidad del permiso o, si procede, de la parte restante. En el supuesto de parto o adopción, una vez agotado el permiso por maternidad o adopción de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables en el caso de parto o adopción múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, el personal tendrá derecho a un permiso retribuido de cuatro semanas adicionales.

7.3.1.1. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre, en caso de que la madre y el padre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por

maternidad, puede optar porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, de forma simultánea o sucesiva al de la madre, excepto que en el momento de hacerse efectiva la incorporación al trabajo de la madre implique riesgo para su salud.

7.3.1.2. La opción, ejercida por la madre al iniciarse el período de descanso por maternidad, a favor del padre, a fin de que éste disfrute de una parte del permiso, puede ser revocada por la madre si suceden hechos que convierten en inviable la aplicación de esta opción, como la ausencia, la enfermedad, el accidente del padre, o el abandono de la familia, la violencia u otras causas equivalentes, salvo que los tres últimos casos citados sean imputables a la madre.

7.3.2. En los supuestos de permiso por adopción o acogimiento, han de tenerse en cuenta las siguientes especificidades:

a) En caso de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, el permiso tiene una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por hijo o hija a partir del segundo, contadas, a elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la cual se constituye la adopción. La duración del permiso es, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogida de menores de más de seis años, si se trata de niños o niñas discapacitados o minusválidos, o en los casos que, por sus circunstancias y experiencias personales o porque provienen del extranjero, tienen especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

b) En caso de que la madre y el padre trabajen, el permiso ha de disfrutarse a opción de los interesados, que lo pueden disfrutar de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos. En los casos en que disfruten simultáneamente de períodos de descanso, la suma de los períodos no puede exceder las dieciséis semanas que establece la letra a) o las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple.

c) En los supuestos de adopción internacional, si es necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del niño o niña adoptado, el permiso establecido para cada caso en este apartado se puede iniciar hasta cuatro semanas antes de la resolución por la cual se constituye la adopción.

7.3.3. En los casos de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier motivo, tengan que permanecer hospitalizados tras el parto, la madre o el padre, tienen derecho, mientras se mantenga la hospitalización, a ausentarse del lugar de trabajo hasta un máximo de dos horas diarias, percibiendo las retribuciones íntegras. Asimismo tendrán derecho a reducir su jornada hasta un máximo de dos horas diarias con la disminución proporcional de retribuciones. En dichos supuestos, el permiso de maternidad puede computarse, a instancia de la madre o, en caso de que ella falte, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de este cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre.

7.3.4. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute de los permisos y reducciones de jornada previstos en los casos de hospitalización de hijo tras el nacimiento, en los supuestos de parto o adopción y por cuidado de hijo menor de dieciséis meses, corresponderán al personal dentro de su jornada. Los trabajadores

deberán preavisar con quince días de antelación la fecha en que se reincorporarán a su jornada habitual.

7.4. Licencias retribuidas.

7.4.1. Por asuntos particulares que no tengan acogida entre los anteriores permisos, cada año natural y hasta el día 15 de enero del año siguiente, se disfrutarán seis días de licencia de libre disposición. El personal solicitará con la suficiente antelación el disfrute de dichos días a su conveniencia, y se concederán siempre que la ausencia no menoscabe el normal desarrollo del trabajo. El personal temporal disfrutará la parte proporcional que le corresponda de los seis días según el tiempo de servicios prestados.

7.4.2. El personal dispondrá de dos días más de licencia que se disfrutarán preferentemente en días señalados de ámbito local o de Navidad (24 y 31 de diciembre). Dichos días tendrán la consideración de trabajados a efectos de cómputo de la jornada ordinaria anual, sin que pueda entenderse nunca que el disfrute de los mismos genera un incremento de la jornada.

7.4.3. Para participar en programas de Cooperación Internacional al Desarrollo o de Ayuda Humanitaria Urgente se podrán conceder licencias con una duración máxima de seis meses, en función de los programas en los que se autorice la colaboración.

7.4.3.1. Serán retribuidas estas licencias cuando estén destinadas a Programas de Cooperación promovidos o subvencionados por las Instituciones Públicas de la Junta de Andalucía y aquellos otros que, por su especial trascendencia, se consideren por la Dirección Gerencia del SAS. En estos casos se percibirán todas las retribuciones de carácter fijo que el interesado tenga acreditadas en el puesto de origen, no pudiendo percibir compensación económica por la actividad desarrollada en destino.

7.4.3.2. En los casos en que no sean retribuidas, se mantendrá no obstante la reserva del puesto que venía desempeñando y las cotizaciones a la Seguridad Social, según lo establecido para los permisos sin sueldo.

7.4.3.3. Para la asistencia a actividades de perfeccionamiento profesional, debidamente homologadas, y directamente relacionadas con el puesto de trabajo o el desarrollo profesional, podrán concederse licencias retribuidas al personal titular de plaza en propiedad.

7.4.3.4. Las licencias para asistencia a actividades formativas serán determinadas mediante Resolución específica de la Dirección Gerencia del SAS previa negociación en el seno de la Mesa Sectorial de Sanidad.

7.4.3.5. Para la asistencia a congresos, seminarios o reuniones científicas, relacionados con el desempeño del puesto de trabajo, podrá concederse licencia para ausentarse del puesto de trabajo por el tiempo imprescindible coincidente con el horario de trabajo. La autorización de esta licencia se halla subordinada al procedimiento que se determine en cada centro y a la cobertura de las necesidades del servicio, a juicio de la Dirección.

7.5. Permiso sin sueldo.

7.5.1. El permiso sin sueldo por asuntos propios tendrá una duración máxima acumulada de tres meses cada año natural. Excepcionalmente, se podrán conceder permisos sin sueldo de duración superior a tres meses para el disfrute de becas, realización de viajes de formación, cursos, etc., que contribuyan al perfeccionamiento profesional del solicitante.

7.5.2. En el caso de que el cónyuge o persona que habitualmente conviva con el trabajador padezca enfermedad grave o irreversible que requiera una atención continuada, el permiso sin sueldo podrá prorrogarse hasta

seis meses, no constituyendo el período superior a los tres primeros meses causa de alta especial en el Régimen General de la Seguridad Social y sí la consideración de servicios efectivamente prestados a efectos exclusivamente del cómputo de antigüedad. La enfermedad a los efectos indicados deberá ser acreditada suficientemente con los necesarios informes médicos.

7.5.3. Los permisos sólo serán concedidos por períodos mínimos de 7 días naturales, siendo requisito indispensable para su disfrute el que hayan sido concedidos de forma expresa. La denegación, en su caso, del permiso solicitado deberá estar debidamente motivada.

7.5.4. A tal fin, las solicitudes de permiso sin sueldo habrán de ajustarse en su duración a la forma prevista en los párrafos anteriores y deberán estar convenientemente motivadas con objeto de valorar su posible autorización, la cual estará condicionada tanto por la motivación aducida en la solicitud como por la incidencia que su concesión pueda representar en el Servicio o Unidad correspondiente.

7.5.5. Una vez concedido permiso sin sueldo, el beneficiario podrá renunciar en cualquier momento anterior al inicio. Si después de iniciado se desea poner fin al mismo antes de la fecha prevista para su finalización, la solicitud al efecto deberá formularse, al menos, con diez días hábiles de antelación a la fecha en la que el interesado se desee incorporar.

8. Carácter neutro a efectos de cómputo de jornada. Los períodos de incapacidad temporal, los días de huelga, los permisos y licencias retribuidas a excepción de los seis días de libre disposición, serán neutros para el cálculo de los promedios establecidos para el cómputo de la jornada. Se entiende a estos efectos por carácter neutro, que el período comprendido en es-

tas situaciones computará como días trabajados o descansados los que figuren en el cuadrante de turnos de cada trabajador.

Los períodos de permisos no retribuidos, tendrán la consideración de neutros a efectos de cómputo de la jornada. Y se computarán de forma proporcional, es decir, si en 365 días le corresponde una jornada anual según su turno, si descontamos los días en esta situación de los 365 días, a los días resultante se le aplicará la jornada proporcional.

9. Comisión de Seguimiento.

La Administración y las Organizaciones Sindicales presentes en Mesa Sectorial de Sanidad, firmantes de este Acuerdo constituirán una Comisión de Seguimiento que interpretará las dudas que surjan en su aplicación. Además, informará sobre los contenidos del manual de normas y procedimientos que sobre la materia se elaborará en el plazo de tres meses contados a partir de la fecha de publicación de este Acuerdo.

10. Invalidez. En el ámbito del Servicio Andaluz de Salud quedan sin efectos los acuerdos, resoluciones, instrucciones o pactos que difieran de lo establecido en el presente Acuerdo.

11. Efectividad.

1. Corresponde al Director General de Personal y Servicios del Servicio Andaluz de Salud adoptar las medidas precisas en orden a la efectividad de lo dispuesto en el presente Acuerdo.

2. El presente Acuerdo, una vez sea ratificado por el correspondiente Acuerdo de Consejo de Gobierno y subsiguiente publicación en el BOJA, tendrá eficacia desde el 1.º de enero de 2004, excepto el permiso de cuatro semanas adicionales previsto en el punto 7.3.1, que será de aplicación en los casos de parto o adopción que se produzcan a partir del 1.º de enero de 2005. En Sevilla a 30 de diciembre de 2003, Subdirección de Personal del SAS, UGT, CC.OO., CSI-CSIF, CEMSATSE.

**RESOLUCION de 14 de julio de 2004, de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba el Reglamento Marco de Régimen Interior de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo, en desarrollo de lo dispuesto en la Orden que se cita
BOJA núm. 155, de 9 de agosto de 2004**

De conformidad con lo establecido en la disposición final primera de la Orden de 8 de marzo de 2004, por la que se regulan los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas, se autoriza al titular de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo a dictar el Reglamento Marco de Régimen Interior y cuantas instrucciones sean precisas

para la ejecución y desarrollo de la citada Orden.

En uso de las atribuciones que tengo conferidas, se establece lo siguiente.

1. Entidades Promotoras.

1.1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Orden de 8 de marzo de 2004, se entiende por Entidad Promotora de un proyecto de Escuelas Taller, Casa de Oficios, Taller de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo, a las entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro citadas en

el mencionado artículo, que en colaboración con el Servicio Andaluz de Empleo, resulten competentes para ejecutar la obra o servicio proyectado e impartir la formación adecuada.

Las entidades promotoras deberán tener capacidad técnica suficiente para realizar el proyecto, así como disponer de la infraestructura necesaria para su gestión.

1.2. Obligaciones de las entidades promotoras:

— Como beneficiarios de las Ayudas Públicas contempladas en la citada Orden, las entidades promotoras deben cumplir con las obligaciones reguladas en el artículo 29 de la misma.

—Durante la ejecución del proyecto, la entidad promotora deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

a) Ejecutar la obra o servicio aprobado.

b) Elaborar los proyectos preferentemente en función de las especialidades demandadas laboralmente en el entorno.

c) En el desarrollo del proyecto, siendo el cumplimiento básico el objeto de actuación, éste no podrá ir en menoscabo del proceso formativo.

d) Desarrollar e impartir la formación aprobada en el programa formativo.

e) Formalizar las contrataciones de los/as alumnos/as trabajadores/ as y del personal directivo, docente y de apoyo.

f) Aportar los instrumentos y materiales que sean necesarios para ejecutar el proyecto, sean o no incentivados por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

g) Utilizar las herramientas informáticas elaboradas por el Servicio Andaluz de Empleo para la gestión de los proyectos.

h) Aportar las instalaciones necesarias para poder llevar a cabo tanto la formación como las prácticas laborales a desarrollar.

i) Dar publicidad y difusión a los programas en lugares públicos y visibles, utilizando la imagen y logotipos comunes que establezca el Servicio Andaluz de Empleo.

— Una vez finalizado el proyecto, la entidad promotora deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

a) Cumplir con la totalidad del proyecto aprobado.

b) Emitir una memoria final del proyecto realizado, en el plazo máximo de dos meses desde la finalización del mismo, el cumplimiento de esta obligación será requisito necesario para solicitar un nuevo proyecto de Escuelas Taller, Casas de Oficio o Taller de Empleo.

c) Prestar asesoramiento y asistencia técnica a los/as alumnos/as trabajadores/as participantes en el proyecto, durante al menos seis meses desde la finalización del mismo, tanto para la búsqueda de empleo por cuenta ajena como para el establecimiento por cuenta propia, para facilitar las prácticas profesionales, así como para impulsar las iniciativas emprendedoras de autoempleo. Una vez finalizado el plazo anteriormente citado, se emitirá informe del asesoramiento y asistencia técnica prestada, en el plazo de dos meses.

d) Expedir certificaciones de formación y cualificación obtenida por los/as alumnos/as. Sin perjuicio de este certificado expedido por la entidad promotora, los/as alumnos/as trabajadores/ as podrán solicitar a las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo correspondientes un certificado o diploma acreditativo de haber cursado o participado en un programa de Escuelas Taller, Casas de Oficios o Talleres de Empleo. Las certificaciones obtenidas podrán servir total o parcialmente, y previos los requisitos que se determinen, para ser convalidadas en su momento por el

certificado de profesionalidad previsto en el Real Decreto 1506/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen las directrices de los certificados de profesionalidad.

Las Unidades de Promoción y Desarrollo deberán cumplir las obligaciones anteriormente citadas en cuanto le sean de aplicación.

2. Comisión Mixta.

2.1. El artículo 12.1 de la Orden de 8 de marzo de 2004 establece que la selección de los/as alumnos/as trabajadores/as y del personal directivo, docente y de apoyo será efectuada por la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo en colaboración con las entidades promotoras, a través de la constitución de la Comisión Mixta entre ambas, esta Comisión Mixta podrá establecer sus propias normas de funcionamiento, de acuerdo con lo previsto en el presente Reglamento Marco de Régimen Interior.

Con carácter previo al inicio de los procesos selectivos del personal integrante de las Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo, deberá constituirse la Comisión Mixta para la selección del mismo.

2.2. Composición de la Comisión Mixta.

La Comisión Mixta estará compuesta por un total de cuatro miembros, el Presidente y tres Vocales, de ellos dos designados por la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente y dos designados por la entidad promotora. En todo los casos, se garantizará la representación de los trabajadores por parte de las entidades promotoras; si no existiera dicha representación, habrá una representación por parte de las dos organizaciones sindicales mayoritarias.

El/la Presidente/a será el titular de la Dirección Provincial del Servicio An-

daluz de Empleo o persona en quien delegue.

El otro vocal designado por la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo ejercerá de secretario/a del órgano colegiado, con voz y voto, y será nombrado por el Presidente/a.

También se designará igual número de miembros suplentes, tanto por parte de la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo como de la entidad promotora, que sustituirán a los miembros titulares del órgano colegiado en caso de ausencia, vacante o enfermedad.

2.3. Constitución y normas de funcionamiento de la Comisión Mixta.

La constitución de la Comisión Mixta de Selección se llevará a cabo en la primera reunión a celebrar, convocada por el/la Presidente/a con una antelación mínima de 48 horas, incluyéndose en el primer orden del día las siguientes cuestiones:

- Presentación de acreditaciones.
- Información a los miembros de la Comisión Mixta sobre los motivos de abstención previstos en el artículo 28 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.
- Constitución de la Comisión Mixta. Titulares y suplentes.
- Nombramiento del Secretario/a.
- Acuerdos sobre los criterios para la selección de los/as alumnos/as.
- Informar a los miembros de la Comisión Mixta sobre los perfiles y requisitos que se han de aplicar para la selección del personal directivo, docente y de apoyo.
- Designación, en su caso, del personal del equipo de selección.
- Calendario de reuniones.
- Formalización del sistema de selección.
- Ruegos y preguntas.

De la primera reunión de constitución de la Comisión Mixta se levantará acta por duplicado a la que se ad-

juntará la documentación relativa a las acreditaciones de sus miembros.

Para que se considere válidamente constituida la Comisión Mixta, a efectos de celebración de sesiones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del Presidente/a, Secretario/a o sustitutos y de la mitad al menos de los restantes miembros.

Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos, siendo en caso de empate dirimente el voto del Presidente. Los resultados finales obtenidos, referentes a la selección del personal, se publicarán en la página web del SAE y en las Oficinas del Servicio Andaluz de Empleo.

3. Alumnos/as trabajadores/as.

3.1. Requisitos, perfil y características para su selección.

La Orden de 8 de marzo de 2004 establece en el párrafo segundo del artículo 12.1 que la Comisión Mixta velará por la adaptación de los criterios para la realización de la selección, atendiendo a los perfiles previstos en el proyecto de acuerdo con lo establecido en la citada Orden y normas que la desarrollen, procurando la mayor adaptabilidad de los/as seleccionados/as a las especialidades y a las particulares circunstancias de dificultad de la Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo.

En virtud de lo dispuesto anteriormente, se hace necesario establecer una serie de requisitos, características y perfiles al que han de adecuarse las Comisiones Mixtas para el procedimiento de selección, y que son los dispuestos en los siguientes párrafos.

Para la selección de los/as alumnos/as trabajadores/as de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, la entidad promotora presentará oferta de actividad o empleo ante la oficina del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente, quien efectuará

una preselección de candidatos/as comenzando por la localidad en la que se vaya a desarrollar el proyecto, ampliándose progresivamente a localidades cercanas y mejor comunicadas dentro de la provincia, entre aquellas personas que cumplan con los requisitos mínimos establecidos en el artículo 12.2 de la Orden de 8 de marzo de 2004 y que se adecuen al perfil determinado por la Comisión Mixta.

Serán seleccionados/as prioritariamente aquellos candidatos/as que, cumpliendo los requisitos mínimos y adecuándose al perfil determinado por la Comisión Mixta, se encuentren incluidos como colectivos preferentes en el artículo 12.2 de la Orden, teniendo preferencia aquellos candidatos/as usuarios de Andalucía Orienta derivados por éstas que tengan incluido en su itinerario de inserción la especialidad de la Escuela Taller, Casa de Oficio o Taller de Empleo.

En Escuelas Taller y Casas de Oficios deberán seleccionarse prioritariamente, en función del contenido material del proyecto que vaya a tener la Escuela Taller o Casa de Oficios, a alumnos/as desempleados/as mayores de 18 años de edad sin formación reglada en la ocupación para la que van a ser contratados/as posteriormente.

En Talleres de Empleo se seleccionará en función de un perfil de candidatos/as adecuados al puesto de trabajo a desempeñar.

Para la selección definitiva de los/as alumnos/as trabajadores/as que llevará a cabo la Comisión Mixta, o en su caso, el equipo de selección, se realizarán entrevistas a los/as candidatos/as, previa valoración del currículum de la persona a entrevistar y de su interés y disponibilidad. En este último caso, el equipo de selección elevará propuesta a la Comisión Mixta.

3.2. Contratación de los/as alumnos/as trabajadores/as.

Una vez finalizado el proceso selectivo definitivo realizado por la Comisión Mixta, ésta levantará acta por duplicado de todas las actuaciones y de la relación definitiva de los/as seleccionados/as, enviando una copia a la entidad promotora para conocimiento de los/as seleccionados/as y otra a la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente para su constancia y seguimiento.

En Escuelas Taller y Casas de Oficios las entidades promotoras procederán a las contrataciones de los/as alumnos/as trabajadores/as una vez finalizada con aprovechamiento la fase formativa.

Los contratos de los/as alumnos/as trabajadores/as de los Talleres de Empleo se formalizarán desde el inicio del proyecto.

Las contrataciones de los/as alumnos/as trabajadores/as, tanto de Escuelas Taller y Casas de Oficios como de Talleres de Empleo, serán formalizadas mediante la modalidad del contrato para la formación.

Excepcionalmente, debido a las características y circunstancias de los/as alumnos/as trabajadores/as, la entidad promotora podrá formalizar los contratos en modalidad distinta a los de formación, al objeto de facilitar la inserción de jóvenes desempleados, en los siguientes supuestos

1. Que hayan sido contratados/as anteriormente por otra empresa, bajo la modalidad de este tipo de contrato por el tiempo máximo establecido en el artículo 11.2 del Estatuto de los trabajadores, o

2. Que no habiendo llegado a cumplir la totalidad del tiempo máximo mencionado, no puedan ser contratado bajo esta modalidad por la Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo porque el tiempo de duración de

estos proyectos es superior al que le resta de la duración máxima del contrato para la formación.

Para las contrataciones que se lleven a cabo en estos supuestos excepcionales, se utilizará la modalidad más adecuada de contrato temporal regulada en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y se tendrán en cuenta, tanto la pertenencia a alguno de los colectivos preferentes recogidos en el artículo 12.2 de la Orden de 8 de marzo de 2004, por la que se regulan los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo, y sobre todo, en los casos de ausencia de candidatos/as suficientes para cubrir las plazas necesarias para el inicio de la actividad, por no cumplir los existentes con los requisitos del contrato para la formación.

3.3. Obligaciones de los/as alumnos/as trabajadores/as. Los/as alumnos/as tendrán que cumplir las siguientes obligaciones:

a) Asistir y seguir con aprovechamiento las enseñanzas teóricas o prácticas que se impartan.

b) Desarrollar las tareas encomendadas por el personal docente de acuerdo con el programa formativo de la Escuela Taller, Casa de Oficios y Taller de Empleo según el proyecto aprobado.

c) Comunicar a sus superiores cualquier incidencia que afecte al normal desarrollo de la formación o práctica.

d) Velar por el buen estado del mobiliario e instalaciones en las que se desarrolla el proyecto.

e) Observar un trato respetuoso hacia sus superiores, compañeros y demás personal de la Escuela Taller, Casa de Oficios y Taller de Empleo.

f) Cumplir las demás obligaciones que imponga la entidad promotora a través de la Comisión Mixta o el Servicio Andaluz de Empleo, así

como las que se establezcan en los contratos o las reguladas en el Estatuto de los Trabajadores cuando los/as alumnos/as trabajadores/as se encuentren en la etapa de formación en alternancia.

3.4. Derechos de los/as alumnos/as trabajadores/as. Los/as alumnos/as trabajadores/as tendrán los siguientes derechos:

a) Percibir la beca durante la primera etapa de formación de las Escuelas Taller y Casas de Oficios, en los términos regulados en los artículos 7 y 18 de la Orden de 8 de marzo de 2004.

b) Recibir formación adecuada de acuerdo con la ocupación a desempeñar y con el plan formativo aprobado, tanto en la primera como en la segunda etapa del proyecto.

c) A completar la formación básica de los/as alumnos/as que no hayan alcanzado los objetivos de la Educación Secundaria Obligatoria, en los términos establecidos en el artículo 10 de la Orden de 8 de marzo de 2004.

d) Ser contratados/as una vez finalizado con aprovechamiento la etapa formativa en Escuelas Taller y Casas de Oficios, o desde su inicio en los Talleres de Empleo.

e) Percibir las retribuciones fijadas en los contratos.

f) Recibir asesoramiento, orientación, información profesional o empresarial y asistencia técnica durante todo el proyecto, y al menos, durante los seis meses posteriores a la finalización del mismo.

g) Recibir al término de su participación un certificado de la formación teórico-práctica y cualificación profesional adquirida expedido por la entidad promotora. Este certificado podrá servir total o parcialmente, y previos los requisitos que se determinen, para ser convalidado en su momento por el certificado de profesionalidad previsto en el Real Decreto 1506/2003, de 28 de

noviembre, por el que se establecen las directrices de los certificados de profesionalidad.

También tendrán derecho a recibir, a petición de parte, el certificado mencionado anteriormente, por parte de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo.

h) Y todos aquellos derechos que se deriven de la Orden de 8 de marzo de 2004 o normas que la desarrollen.

3.5. Causas de exclusión de los/as alumnos/as.

— Durante su etapa formativa, serán causas de exclusión y de pérdida, en su caso, del derecho a percepción de la beca de los/as alumnos/as de los proyectos de Escuelas Taller y Casas de Oficios, las siguientes:

a) Incurrir en tres faltas no justificadas de asistencia en el plazo de un mes o nueve durante toda la etapa formativa.

b) No seguir con aprovechamiento las enseñanzas teórico-prácticas que se impartan. Esta propuesta la elevará el responsable de la Escuela Taller o Casa de Oficios a la Comisión Mixta para su decisión.

c) Incumplir de forma reiterada con las demás obligaciones establecidas en el apartado 3.3 del presente Reglamento.

El procedimiento de Instrucción y Resolución de los expedientes de exclusión a que se refiere el artículo 7.4 de la Orden de 8 de marzo de 2004, por la que se regulan los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo, seguirá los siguientes trámites:

1.º Acuerdo de iniciación del expediente.

Dentro de los tres días siguientes al acaecimiento de los hechos que dieron lugar a la propuesta de exclusión, el responsable de la Escuela Taller o Casa de Oficios, comunicará por escri-

to al alumno/a los motivos de apertura del expediente.

2.º Alegaciones.

Una vez recibida la comunicación referida en el párrafo anterior, el/la alumno/a dispondrá de un plazo de tres días para formular por escrito al responsable de la Escuela Taller o Casa de Oficios, las alegaciones que estime oportunas.

3.º Informe y resolución.

Dentro del día siguiente a la tramitación de dichas alegaciones, o del día siguiente a la finalización del plazo para presentar las mismas, el responsable de la Escuela Taller o Casa de Oficios, elevará informe junto con las alegaciones efectuadas por el/la alumno/a, si las hubiere, a la Comisión Mixta, quien resolverá lo procedente en el plazo de diez días. Esta resolución habrá de ser comunicada al alumno/a, siempre por escrito, en el plazo de tres días, y contra ella no cabrá recurso alguno en vía administrativa.

4.º Vulneración de plazos y caducidad.

En el supuesto de vulneración de los plazos establecidos en el presente procedimiento, o en el caso de que en éste no haya recaído resolución pertinente en tiempo y forma, se producirá, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la caducidad del procedimiento. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92 de dicha Ley. Ello provocará el mantenimiento del alumno/a en el Programa correspondiente, con los efectos que se señalan en el punto siguiente.

5.º Período de suspensión cautelar.

Desde el momento en que el/la alumno/a reciba la comunicación de apertura de expediente, se abrirá un

período de suspensión cautelar que finalizará cuando el/la interesado/a reciba la comunicación de la resolución pertinente, o cuando finalice el plazo para dictar la misma sin que ésta haya sido dictada y comunicada en plazo. Durante dicho período de tiempo, el/la alumno/a no podrá asistir a la Escuela Taller o Casa de Oficios, ni tendrá derecho a percibir la beca correspondiente. Si el acto que pone fin a este procedimiento es favorable a la exclusión, ésta se producirá con efectos desde la fecha de comunicación del inicio del mismo. Si no procediera la exclusión, el alumno/a se reincorporará a la Escuela Taller o Casa de Oficios, reconociéndosele el derecho a percibir, en su caso, las becas correspondientes al período de suspensión cautelar. Así como, de recibir la documentación relativa a los módulos formativos que se han impartido durante su período de suspensión. Por todo ello, el equipo docente prestará la ayuda necesaria para que adquiera los conocimientos impartidos durante este período de ausencia.

— En la etapa de formación en alternancia, en relación con las causas de exclusión y extinción, en Escuelas Taller y Casas de Oficios, y durante todo el proyecto de Talleres de Empleo, su desarrollo se adecuará a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en los propios contratos.

3.6. Sustituciones y bajas de los/as alumnos/as trabajadores/as.

El apartado 4 del artículo 12 de la Orden de 8 de marzo de 2004 establece que en el supuesto de baja de alguno de los/as alumnos/as trabajadores/as con anterioridad a la finalización del proyecto, será la Comisión Mixta quien señale el procedimiento de sustitución. Dicho procedimiento deberá adecuarse a lo establecido en los siguientes párrafos.

Se producirá la baja de los/as alumnos/as trabajadores/as en los ca-

sos de incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en el presente Reglamento Marco de Régimen Interior, así como cuando se produzca por voluntad propia de éstos. La baja conllevará la pérdida del derecho a percibir la beca correspondiente y a percibir las retribuciones, en el caso de encontrarse éstos en la etapa de formación en alternancia.

La baja de los/as alumnos/as trabajadores/as producirá vacante de plazas, debiendo ser cubiertas por aquellos/as candidatos/as integrados en las listas de reservas que establezca la Comisión Mixta o, en su defecto, por los procedimientos de selección previstos en el presente Reglamento. A la fecha de incorporación, los/as sustitutos/as deberán cumplir los requisitos mínimos establecidos en la Orden de 8 de marzo de 2004, anteriormente citada, y los que a continuación se referencian:

a) En caso de que se produzcan vacantes de alumnos/as que se encuentren en la etapa de formación de una Escuela Taller o Casa de Oficios, los/as sustitutos/as deberán acreditar una base formativa suficiente que permita continuar el proceso formativo del proyecto.

b) En el caso de que la vacante se produzca por algún alumno/a trabajador/a de un Taller de Empleo o, de una Escuela Taller o Casa de Oficios cuando éstos se encuentren en la etapa de formación en alternancia, deberán dichos alumnos/as trabajadores/as acreditar formación o experiencia profesional relacionada con la materia que posibilite la finalización del mismo.

La Comisión Mixta, o en su caso el equipo de selección, llevará a cabo el proceso de constatación del cumplimiento de dichos requisitos por parte de los/s sustitutos/as de dichas vacantes, que podrá consistir en acreditación de formación/experiencia, prueba profesio-

sional o entrevistas. En los supuestos en que actúe el equipo de selección, éste elevará la correspondiente propuesta a la Comisión Mixta.

4.º Personal directivo, docente y de apoyo.

4.1. Selección del personal directivo, docente y de apoyo. Para la selección de este personal, preferentemente mediante oferta de empleo a través de las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo, convocatoria pública o ambas, la Comisión Mixta determinará el procedimiento a seguir y los perfiles profesionales de los/as candidatos/as de acuerdo con lo establecido en los siguientes apartados.

Las convocatorias para la selección del personal necesario para cada Escuela Taller, Casa de Oficio, Taller de Empleo y Unidad de Promoción y Desarrollo se publicarán en la página web del SAE y en las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo.

En el procedimiento de selección se valorará el currículum y la entrevista, según lo establecido en los apartados siguientes del presente Reglamento.

4.2. Requisitos, perfil y características del personal directivo, docente y de apoyo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 12.3 de la Orden de 8 de marzo de 2004, el Reglamento Marco de Régimen Interior determinará el perfil, características y los requisitos a cumplir por parte del citado personal.

Los requisitos y perfiles profesionales de dicho colectivo se adecuarán a las actuaciones y áreas formativas de cada proyecto, y en todo caso, se contemplará lo siguiente:

4.2.1. Para los/as Directores/as.

— Serán requisitos mínimos:

- Ser diplomado/a o licenciado/a universitario.

- Contar con 1 año de experiencia profesional en la titulación acreditada.

— Entre los perfiles de los/as directores/as se valorarán aspectos tales como:

- Experiencia en el desempeño de otra ocupación similar en una Escuela Taller, Casa de Oficio o Taller de Empleo.

- Experiencia en gestión de recursos humanos, recursos financieros, dirección o jefatura de personal o coordinación de personal en programas de empleo.

- Cursos de formación en gestión de recursos humanos, dirección de empresa o gestión de personal.

- Conocimiento en programas de Políticas Activas de Empleo.

- Conocimientos en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

- Entrevista:

- Disponibilidad, currículum, adaptabilidad e idoneidad de los mismos a las plazas ofertadas.

- Conocimientos del entorno laboral de la zona donde se va a desarrollar el proyecto.

4.2.2. Para los docentes.

Serán requisitos mínimos para ser seleccionados/as:

- Estar en posesión de titulación concreta o categoría profesional exigida.

- Contar con 1 año mínimo de experiencia profesional relacionada con la materia a impartir.

- Entre los perfiles del personal docente se valorarán especialmente aspectos tales como:

- Experiencia anterior en otra Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo.

- Experiencia profesional en la formación que se va a impartir.

- Experiencia docente en general y en formación profesional ocupacional en particular.

- Acreditación de haber cursado módulos o cursos de igualdad de género, prevención de riesgos laborales,

fomento de empleo, metodología didáctica o formador de formadores.

- Cursos de informática, actualización técnica o pedagógica.

- Aquellos otros que se consideren adecuados o convenientes para cada caso concreto.

- Entrevista:

- Disponibilidad, currículum, adaptabilidad e idoneidad de los mismos a las plazas ofertadas.

- Se valorará la experiencia en función del proyecto a desarrollar.

4.2.3. Personal de apoyo.

- Son requisitos mínimos a cumplir de este personal estar en posesión de Graduado Escolar, Educación Secundaria Obligatoria o Formación Profesional de primer grado.

- Serán criterios prioritarios para la selección de este personal

1. Acreditar experiencia o conocimientos en tareas relacionadas con el puesto de trabajo a ocupar.

2. Ser jóvenes menores de 30 años, mujeres, discapacitados/as o pertenecer a alguno de los colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado laboral, a efectos del Decreto 141/2002, de 7 de mayo, sobre incentivos, programas y medidas de fomento a la creación de empleo y al autoempleo.

3. En los supuestos de tareas o funciones de carácter administrativas, se valorará la titulación relacionada con el puesto a desempeñar.

La selección definitiva de todo el personal de las Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo se realizará por la Comisión Mixta, o en su caso, el equipo de selección, mediante la realización de entrevistas a los/as candidatos/as seleccionados/as, previa valoración del currículum, adaptabilidad e idoneidad de los mismos a las plazas ofertadas. En caso de actuación del equipo de selección, éste elevará su respectivo informe a la Comisión Mixta para su selección definitiva.

4.3. Contrataciones. Las contrataciones del personal directivo, docente y de apoyo se formalizarán en la modalidad adecuada a las características del tipo de trabajo a realizar y según el tiempo de dedicación que su actividad demande en la Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo.

4.4. Derechos y obligaciones del personal directivo, docente y de apoyo.

El citado personal tendrá derecho a percibir las retribuciones contempladas en los contratos y tendrá la obligación de desarrollar y llevar a cabo la ejecución del proyecto.

El personal directivo y docente deberá comprometerse y quedar a disposición de ejecutar las actuaciones que la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, estime oportunas y necesarias, orientadas principalmente a optimizar los recursos humanos, técnicos y económicos que mejoren la empleabilidad de los/as alumnos/as trabajadores/as así como la viabilidad de iniciativas emprendedoras de los mismos.

4.5. Sustituciones y bajas.

Al igual que en el supuesto de los/as alumnos/as trabajadores/as, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.4 de la Orden anteriormente citada, en el supuesto de baja en el personal directivo, docente y de apoyo, corresponderá a la Comisión Mixta señalar el procedimiento de sustitución de los mismos, debiéndose adecuar a lo establecido en los siguientes párrafos.

En caso de que se produzcan vacantes en las plazas del personal directivo, docente o de apoyo, éstas serán cubiertas por las personas que cumpliendo los requisitos mínimos establecidos en los apartados anteriores, formen parte de la lista de suplentes que deberá haber elaborado la Comisión Mixta para cubrir las bajas del citado personal.

Las listas de suplentes tendrán validez para toda la duración de la Escuela Taller, Casa de Oficios o Taller de Empleo y siempre que los/as sustitutos/as mantengan los requisitos de selección a la fecha de incorporación al proyecto.

De no existir candidatos/as suplentes se procederá a presentar una nueva oferta de empleo en las Oficinas del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente, o bien mediante nueva convocatoria pública.

5. Seguimiento, evaluación y control de los programas.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la Orden de 8 de marzo de 2004, reguladora de los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo realizará el seguimiento y evaluación de dichos programas, por sí mismo y/o con el apoyo de las Unidades de Promoción y Desarrollo y/o en colaboración con otras entidades, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo.

La Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente, con la colaboración de las Unidades de Promoción y Desarrollo, realizará visitas periódicas de seguimiento y control a las distintas entidades promotoras con especial atención a los siguientes apartados:

- Adecuación al programa formativo aprobado.
- Medidas de seguridad e higiene en el trabajo.
- Asistencia de alumnos/as.
- Actuaciones y prácticas realizadas por los/as alumnos/as.
- Adecuación de instalaciones, equipos y maquinaria.
- Asistencia y metodología del profesorado.
- Seguimiento de inserción laboral y control de asesoramiento y asis-

tencia técnica al alumno/a tanto por cuenta ajena como por cuenta propia.

— Y cuantas otras cuestiones se consideren oportunas.

De cada una de las visitas se elaborará un informe resumen y principales observaciones e incidencias al respecto.

La periodicidad de estas visitas se llevará a cabo al menos tres veces por etapa, sin perjuicio de que la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo correspondiente, estime conveniente por razón de la duración, complejidad e incidencias en el proyecto realizar otras visitas.

No obstante, la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, como responsable último del proyecto, podrá realizar en cualquier momento directamente controles o bien requerir a las entidades promotoras la documentación que considere necesaria.

También deberán someterse los proyectos a las actuaciones de control a efectuar por la Inspección de Traba-

jo y Seguridad Social, así como a las de control financiero que correspondan a la Intervención General de la Junta de Andalucía en relación con las ayudas concedidas y a las que pueda realizar el Tribunal de Cuentas y la Cámara de Cuentas de Andalucía. Igualmente deberán someterse a las actuaciones de comprobación y control que puedan efectuar la Comisión Europea y El Tribunal de Cuentas de la Comunidad Europea, en el supuesto de cofinanciación por el Fondo Social Europeo.

Una vez finalizado el proyecto, la entidad promotora deberá someterse a un control final en el que deberá acreditar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 29 de la Orden de 8 de marzo de 2004, así como las demás que se deriven del presente Reglamento, elaborando una memoria final del proyecto.

Sevilla, 14 de julio de 2004.

La Directora General,
ESPERANZA PEREA ACOSTA.

ORDEN de 18 de junio de 2004, por la que se regula y convoca la concesión de subvenciones a empresas del sector de la construcción para proyectos de inversión en equipos y medios auxiliares de obra dirigidos al control de los riesgos laborales
BOJA núm. 171, de 1 de septiembre de 2004

PREÁMBULO

La Consejería de Empleo, como órgano responsable de la Administración Andaluza en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, referente a las actuaciones de las Administraciones Públicas competentes en materia laboral, ha venido desarrollando una política propia de prevención de los

riesgos asociados al trabajo en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En la ejecución de esta política ha tenido un papel primordial la realización de actividades de fomento tendentes a la mejora de las condiciones de trabajo y a la reducción de siniestralidad; así como la promoción de estructuras preventivas eficaces en las pequeñas y medianas empresas andaluzas. Estas actuaciones han contado con el apoyo y colaboración de las organizaciones

empresariales y sindicales, y han sido refrendadas por éstas a raíz de la firma del V Acuerdo de Concertación Social.

Por otra parte, el Parlamento de Andalucía, en el último Dictamen de la Comisión de Empleo y Desarrollo Tecnológico relativo a la siniestralidad laboral, insta a la entonces Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico para que adopte las medidas oportunas que permitan tratar singularmente la problemática del sector de la construcción en Andalucía dentro de un Plan General de Prevención de Riesgos Laborales de trabajo, dadas sus peculiaridades, ritmo incesante de crecimiento e índices de siniestralidad registrados.

En cumplimiento de este mandato, el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, aprobado por Decreto 313/2003, de 11 de noviembre (BOJA núm. 22, de 3 de febrero de 2004), ha prestado especial atención al sector de la construcción a través de diversas acciones, entre las que se incluyen, la vigilancia de lo exigido en 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 y en el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo.

Como objetivo estratégico, este Plan contempla el desarrollo de programas específicos sectoriales que incluyen acciones permanentes sobre las empresas de mayor siniestralidad, tal es el caso de las pertenecientes al sector de la construcción, tanto en el plano técnico y de vigilancia del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud vigente; como en el de establecimiento de líneas específicas de ayudas a las empresas para facilitar la incorporación de medidas preventivas.

En tal sentido, y en desarrollo del referido Plan, se ha considerado conveniente establecer un programa de subvenciones específico con esta finalidad, dirigido a promover la mejora de las condiciones de trabajo y a garantizar la seguridad de los trabajadores, especialmente en las micro y pequeñas empresas del sector, mediante el apoyo a proyectos de inversión destinados a la incorporación de medios auxiliares de obra y otros equipos de trabajo que cumplan con los requisitos técnicos de seguridad establecidos en la normativa de esta materia.

En la presente Orden se regulan las normas y procedimiento a seguir y la convocatoria para la concesión de estas ayudas en el año 2004, de conformidad con lo establecido en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre.

En su virtud, en uso de las facultades que me están conferidas, y a propuesta de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral

DISPONGO

Artículo 1. Objeto y finalidad.—

1. La presente Orden tiene por objeto regular y convocar para el año 2004 la concesión de ayudas económicas a las empresas del sector de la construcción que realicen actividades o proyectos de inversión relacionados con la Prevención de Riesgos Laborales (PRL), en el ámbito de los centros de trabajo de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Las actividades o proyectos susceptibles de subvencionar a través

de la presente Orden deberán encuadrarse en las siguientes modalidades:

a) Modalidad 1 (M1): Inversiones en capital fijo para la sustitución de andamios de trabajo antiguos o defectuosos por sistemas de andamios modulares, fabricados bajo normativa europea HD 1000 y certificados por AENOR, conforme a los requisitos de la norma UNE 76502:1990 (HD-1000:1988).

b) Modalidad 2 (M2): Inversiones destinadas a la renovación de equipos y maquinaria auxiliar de obra, tales como andamios motorizados, cuadros eléctricos móviles, pequeñas hormigoneras, sierras circular de mesa, cortadoras de material cerámico y pequeños equipos para elevación de cargas; que cumplan con los requisitos y directrices del vigente Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión y las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo.

c) Modalidad 3 (M3): Proyectos innovadores de diseño y desarrollo de protecciones colectivas y métodos de trabajo seguros para la prevención de accidentes en trabajos de altura; así como de intercambio de buenas prácticas preventivas entre empresas del sector en este campo.

3. La financiación de las subvenciones reguladas en la presente Orden se efectuará con cargo a los créditos presupuestarios del Programa 31O, Prevención de Riesgos Laborales; quedando condicionadas las ayudas a conceder, así como el importe de las mismas, a las disponibilidades presupuestarias existentes en el momento de su concesión.

Artículo 2. Beneficiarios.—1. Podrán acogerse a las ayudas previstas en esta Orden las empresas privadas legalmente constituidas en el momento de la presentación de la solicitud, pertenecientes al sector Construc-

ción, que lleven a cabo actividades o proyectos encuadrados en las modalidades que se definen en el artículo 1 de la presente Orden, que repercutan en centros de trabajo radicados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía y, que cumpliendo con los requisitos que en ella se especifican, reúnan las siguientes características:

a) Modalidades 1 y 2: Micro y pequeñas empresas encuadradas en el sector construcción (CNAE-93:45).

b) Modalidad 3: Microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) encuadradas en el sector construcción (CNAE-93:45).

2. Para la consideración de micro, pequeña y mediana empresa se adoptará la definición fijada en la Recomendación de la Comisión (2003/361/CE), de 6 de mayo de 2003:

a) Microempresa: Empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

b) Pequeña empresa: Aquella que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.

c) Pequeñas y medianas empresas (PYME): Esta categoría está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

Artículo 3. Requisitos de las empresas beneficiarias.—Para poder concurrir a la presente convocatoria las empresas deberán cumplir los siguientes requisitos

1. Tener su domicilio social y fiscal en Andalucía y los beneficios que se le reconozcan revertir en centros de

trabajo ubicados en el ámbito geográfico andaluz.

2. Las empresas solicitantes deberán acreditar que disponen de un sistema de organización y gestión de la prevención, conforme a lo establecido en el R.D. 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, R.D. 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción; así como lo preceptuado, en cuanto a la integración de la prevención de riesgos laborales en la empresa, por la modificación introducida por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. Para ello se deberá aportar documentación relativa a los siguientes aspectos:

a) Modelo de Organización de la actividad preventiva en cualquiera de las modalidades establecidas.

b) Organización y funcionamiento de los órganos previstos en la empresa para la participación y consulta de los trabajadores, de conformidad con lo establecido en los artículos 35 y 38 de la Ley 31/1995.

c) Plan de prevención de riesgos laborales de la empresa en el que se defina la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, los procedimientos y los recursos necesarios para realizar la acción preventiva.

d) Registro de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador de la empresa solicitante una incapacidad superior a un día de trabajo en los años 2002 y 2003.

e) Información sobre las actividades de vigilancia de la salud, conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Ley 31/1995, en función a los riesgos inherentes a los puestos de trabajo de la empresa.

3. Haber justificado, en su caso, las ayudas económicas recibidas por parte de la Junta de Andalucía con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario, así como acreditar haber efectuado el correspondiente ingreso, aplazamiento o fraccionamiento de la deuda correspondiente, en los casos en los que sobre los beneficiarios de ayudas económicas haya recaído resolución administrativa o judicial firme de reintegro, consecuencia de procedimientos sustanciados en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía.

Artículo 4. *Requisitos de los proyectos subvencionables.*—Las actividades o proyectos subvencionables estarán integrados en el marco del normal desarrollo de la actividad preventiva de la empresa, debiendo reunir, adicionalmente, los siguientes requisitos

1. Ser considerados viables desde el punto de vista técnico, económico y financiero.

2. Los proyectos acogidos a las Modalidades 1 y 2 no podrán estar iniciados antes de la fecha de solicitud de la ayuda. En proyectos de Modalidad 3, en el supuesto de estar ya iniciados, se aportará información suficiente sobre las actividades realizadas y las que se proponen como continuación que, en su caso, serían objeto de subvención a partir de la fecha de solicitud.

3. La aportación mínima del beneficiario sobre el presupuesto aceptado, libre de toda ayuda, será de:

a) Un 60% para las Modalidades 1 y 2.

b) Un 55% para la Modalidad 3.

4. Los proyectos de las Modalidades 1 y 2 deberán contemplar en su presupuesto, exclusivamente, conceptos de inversión en los bienes de equipo o los medios auxiliares de obra especificados en el artículo 1. Los proyectos acogidos a la Modalidad 3 po-

drán contemplar junto a conceptos de inversión otros conceptos de gasto corriente.

5. Los proyectos de Modalidad 1 deben contemplar necesariamente el compromiso de achatarramiento de los andamios defectuosos que van a ser sustituidos por no ajustarse a los requisitos de seguridad de la normativa vigente, por un equivalente similar en metros cuadrados (m²) de nuevos sistemas modulares certificados, y que son objeto de la solicitud de subvención.

6. Los Servicios de Prevención Ajenos intervinientes, en su caso, en calidad de asistencia técnica a los proyectos de Modalidad 3, deberán haber sido acreditados por la Autoridad laboral competente para desarrollar la actividad preventiva en la provincia donde se ubique el centro de trabajo de la empresa solicitante, en fase definitiva y en, al menos, tres de las especialidades preventivas de entre las de Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía-Psicología Aplicada y Medicina del Trabajo.

7. Los proyectos tendrán un plazo máximo de ejecución de:

- a) 3 meses, en Modalidades 1 y 2.
- b) 12 meses para Modalidad 3.

8. Los equipos, instalaciones o medios auxiliares de obra subvencionados deberán mantenerse en la empresa al menos durante cinco años, a contar desde la fecha de concesión de la ayuda.

Artículo 5. Conceptos subvencionables.—Tendrán la consideración de conceptos subvencionables los siguientes

1. Modalidad 1: Gastos de adquisición e instalación de sistemas de andamios modulares certificados, de tipo marco o multidireccional (hasta un 40% del presupuesto, con el límite máximo de 18.000 euros).

2. Modalidad 2: Gastos de adquisición de equipo y de maquinaria auxiliar de obra: Andamios motorizados, cuadros eléctricos móviles, pequeñas hormigoneras, sierras circular de mesa, cortadoras de material cerámico y pequeños equipos para elevación de cargas (hasta un 40% del presupuesto, con el límite máximo de 18.000 euros).

3. Modalidad 3:

a) Inversiones en pequeñas infraestructuras, bienes de equipo e instalaciones asociadas al desarrollo de proyectos innovadores de protecciones colectivas para trabajos de altura (hasta un 45% del presupuesto, con el límite máximo de 18.000 euros).

b) Gastos de acceso a la información sobre buenas prácticas preventivas en trabajos de altura, actividades de formación e información en esta materia y desarrollo de redes de empresas que compartan experiencias para prevenir los accidentes de caídas de altura (hasta un 45% del presupuesto, con el límite máximo de 12.000 euros).

c) Gastos de asistencia técnica de Servicios de Prevención Ajenos asociados al desarrollo de proyectos innovadores que se orienten al control de riesgos en trabajos de altura (hasta un 45% del presupuesto, con el límite máximo de 3.000 euros).

d) Gastos de contratación de Técnicos Superiores e Intermedios de Prevención para el desarrollo de proyectos innovadores en la materia (hasta un 45% del presupuesto, con el límite máximo de 6.000 euros).

No se considerarán subvencionables las inversiones efectuadas bajo la fórmula de arrendamiento financiero (leasing), el alquiler por obra o figuras similares, el IVA satisfecho por la adquisición de bienes o servicios facturados y, en general, cualquier tasa o impuesto.

Artículo 6. Cuantía de las subvenciones y concurrencia con otras ayudas y subvenciones.—1. La asignación de la cuantía de la subvención se hará en función de los criterios de selección establecidos en el artículo 7, del Presupuesto aceptado del proyecto y del crédito de la asignación presupuestaria que exista para este fin, no pudiendo, en ningún caso, excederse de éste, en virtud de lo previsto en el artículo 38 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. El importe de las ayudas reguladas en la presente Orden en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, en concurrencia con subvenciones o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros Entes Públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste total del proyecto a desarrollar por el beneficiario, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 5/1983.

3. La cuantía y porcentajes máximos de las ayudas que podrán ser otorgadas por cada proyecto o actividad, son los siguientes:

a) Modalidad 1: 18.000 euros. Hasta un máximo del 40% del presupuesto aceptado.

b) Modalidad 2: 18.000 euros. Hasta un máximo del 40% del presupuesto aceptado.

c) Modalidad 3: 18.000 euros. Hasta un máximo del 45% del presupuesto aceptado.

4. Podrán adquirirse compromisos de gasto de carácter plurianual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley 5/1983 y en la normativa de desarrollo.

Artículo 7. Criterios de selección.—La selección de proyectos o actividades se ajustará a los siguientes criterios.

1. Adecuación de la propuesta a la consecución de objetivos concretos de reducción de la siniestralidad y de desarrollo y/o difusión de buenas prácticas preventivas.

2. Valoración del modelo de organización de la PRL y su integración en la actividad empresarial.

3. Evolución de la siniestralidad en la empresa en los dos últimos años.

4. Calidad y coherencia del proyecto.

5. Disponibilidad de infraestructura y de recursos técnicos suficientes para garantizar el cumplimiento de los objetivos del proyecto y su sostenibilidad en el tiempo.

6. Calidad, medios técnicos y experiencia de las entidades colaboradoras en el desarrollo del proyecto.

7. Carácter innovador, valor añadido y efecto multiplicador de los resultados del proyecto.

8. Grado de participación de la empresa solicitante en la financiación del proyecto y ajuste del presupuesto a los medios descritos en las actividades a realizar.

9. Calidad y detalle en la formulación del proyecto e idoneidad de la documentación e información aportada.

Artículo 8. Normas generales del procedimiento de concesión.—1. Las ayudas a que se refiere la presente Orden se otorgarán con arreglo a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, de acuerdo con lo establecido en el Título VIII de la Ley 5/1983.

2. El procedimiento de concesión se efectuará en régimen de concurrencia competitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 del Reglamento aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre. El procedimiento de concesión consistirá en la comparación en un único acto las solicitudes entre sí, siempre que reúnan

los requisitos determinados en las bases reguladoras.

3. Las subvenciones se concederán, dentro de las disponibilidades presupuestarias existentes, a aquellas que hayan obtenido mayor valoración, en base a la aplicación de los criterios establecidos en el artículo anterior.

Artículo 9. Solicitudes y documentación.—1. Las solicitudes de ayudas reguladas en la presente Orden, dirigidas al Ilmo./a. Delegado/a Provincial de la Consejería de Empleo, se presentarán, por duplicado, preferentemente en el Registro de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales (Delegación de la Consejería de Empleo) de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad; sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 38.4 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 5.1 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y se ajustarán al modelo que figura en el Anexo I, acompañadas de la siguiente documentación:

a) Memoria descriptiva, conforme al modelo que figura como Anexo II a la presente Orden.

b) Documentación acreditativa de la personalidad del solicitante.

— Cuando se trate de persona física: DNI y Tarjeta de Identificación Fiscal (NIF).

— Tratándose de persona jurídica: Tarjeta del Código de Identificación Fiscal (CIF).

c) Escrituras de constitución, modificación o transformación y estatutos vigentes de la entidad, debidamente inscrita en el Registro Mercantil o en el Registro Público correspondiente.

d) En el supuesto que se actúe por representación, ésta deberá acreditarse mediante poder bastantado por

el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

e) NIF del representante de la entidad, si procede.

f) Declaración expresa responsable del cumplimiento de las obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como que no es deudor de la misma por cualquier otro ingreso de Derecho Público.

g) Autorización, en su caso, para la cesión de información relativa a la acreditación del cumplimiento de las obligaciones con la Comunidad Autónoma de Andalucía y de otros ingresos de Derecho Público en procedimientos de subvenciones y ayudas públicas (Anexo III).

h) Declaración expresa responsable de que sobre el solicitante no ha recaído resolución administrativa o judicial firme de reintegro, consecuencia de procedimientos sustanciados en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía o, en su caso, acreditación de su ingreso, aplazamiento o fraccionamiento de la deuda correspondiente.

i) Declaración expresa responsable, relativa a otras subvenciones o ayudas concedidas y/o solicitadas para el mismo proyecto o actividad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes Públicos o Privados, nacionales o internacionales.

j) Documentos de cotización a la Seguridad Social TC-2 de los tres meses anteriores a la solicitud.

k) Documentación relativa al cumplimiento de los requisitos especificados en los artículos 3 y 4:

Requisitos relativos a la empresa beneficiaria:

— En relación con el modelo de organización de la actividad preventiva adoptado por el empresario, conforme al artículo 30 de la Ley 31/1995, deberá facilitar una declaración responsable indicativa de la forma o for-

mas elegidas; acompañando, en cada caso, copia de la certificación de la formación que habilite para el desempeño de las funciones del nivel adecuado a la actividad preventiva a desarrollar en la empresa. En el supuesto de haber recurrido a los servicios de una entidad especializada ajena a la empresa (SPA) o constituido un Servicio de Prevención Propio se acompañará certificación del registro oficial, así como copia del concierto con el SPA.

— En relación con los órganos de participación y consulta de los trabajadores, facilitará: Certificación del registro oficial de los Delegados de Prevención y órganos específicos sustitutorios, expedida por la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo competente, conforme a la Orden de 8 de marzo de 1999, de creación del referido registro (BOJA núm. 38, de 30 de marzo) y copia del acuerdo de constitución del Comité de Seguridad y Salud, cuando proceda su constitución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 de la LPRL.

— Plan de prevención de riesgos laborales de la empresa (art. segundo de la Ley 54/2003): Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva (art. 16 de la Ley 31/1995).

— Declaración del número de accidentes y enfermedades profesionales correspondientes a los años 2002 y 2003.

— Declaración responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los artículos 22 y 23, párrafo d) de la Ley 31/1995.

Requisitos relativos a los proyectos subvencionables:

— Declaración expresa responsable del solicitante, relativa al compromiso de achatarramiento de los andamios usados que se propone renovar, en el caso de ser beneficiario de la subvención (apartado 5 del Anexo I).

— Acreditación que habilite el Servicio de Prevención Ajeno actuante, en su caso, para realizar sus funciones en la provincia donde se ubique el centro de trabajo de la empresa solicitante.

— Declaración expresa responsable relativa al mantenimiento en la empresa de los activos subvencionados, al menos, durante 5 años, a contar desde la fecha de concesión (apartado 5 del Anexo I).

— Presupuesto del Servicio de Prevención Ajeno actuante, en su caso.

— Presupuesto de otras entidades actuantes, en su caso, con explicación detallada sobre sus medios técnicos y especialización en el ámbito del proyecto.

— Plan formativo externo del personal de la empresa.

— Factura proforma expedida por la entidad suministradora relativa a los bienes o equipos objeto de la solicitud, así como certificado de producto acreditativo de su adaptación a normas UNE, si procede.

2. Toda la documentación será original o fotocopia debidamente compulsada, de acuerdo con la normativa vigente sobre la materia.

3. Cada empresa podrá presentar un máximo de un proyecto por Modalidad.

Artículo 10. Plazo de presentación de solicitudes.—El plazo de presentación de solicitudes será de treinta días naturales a contar desde el día siguiente a la publicación de la presente Orden en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Artículo 11. Actuaciones de las Delegaciones Provinciales.—1. La Delegación Provincial de la Consejería de Empleo que corresponda, a través del Centro de Prevención de Riesgos Laborales, examinará las solicitudes y documentación presentada.

Si la solicitud no reuniese los requisitos exigidos en los artículos 3 y 4 de la presente Orden o no se acompañase la documentación completa y correcta, se requerirá a la empresa para que, en el plazo de diez días, subsane los defectos o aporte los documentos preceptivos, con la indicación de que si no se realiza esta subsanación, se le tendrá desistido de su solicitud, resolviéndose por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, en los términos previstos en el artículo 71, en relación con el art. 42, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Completado el expediente, la citada Delegación Provincial remitirá a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral copia de la solicitud (Anexo I) y de la Memoria descriptiva (Anexo II). Asimismo, acompañará un informe técnico emitido por el Centro de Prevención de Riesgos Laborales de la provincia, relativo al grado de interés del proyecto desde el punto de vista preventivo, de acuerdo con los requisitos y criterios establecidos en la presente Orden, junto con la documentación técnica que se estime pertinente y que haya fundamentado el referido informe.

Artículo 12. *Instrucción del procedimiento y Comisión de Valoración.*—1. Todas las solicitudes recibidas, acompañadas de la documentación preceptiva, serán evaluadas por una Comisión de Valoración, constituida al efecto, que estará presidida por el/la titular de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, que actuará como Presidente, y de la que formarán parte los siguientes miembros:

a) El Subdirector de Prevención de Riesgos Laborales de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral.

b) Los cuatro miembros de la Comisión Permanente del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de Andalucía.

c) Un Delegado/a Provincial de la Consejería de Empleo.

d) El Director/a de uno de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de Andalucía.

e) El Jefe del Servicio de Planificación y Promoción Técnica que actuará como Secretario.

2. La Comisión de Valoración se regirá por lo establecido en el Título II, Capítulo II, artículo 22 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativo a Organos Colegiados y tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2004.

3. La Comisión de Valoración, a la vista de la documentación presentada y criterios de selección establecidos en el artículo 7, emitirá Informe-propuesta que servirá de base al Delegado Provincial correspondiente para dictar Resolución, por delegación del Consejero.

4. El trámite de audiencia se realizará por la Delegación Provincial de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la referida Ley, teniendo en cuenta que se podrá prescindir de aquel, en los términos del apartado 4 del citado artículo.

5. La propuesta de Resolución será sometida a fiscalización, de acuerdo con las normas que sean de aplicación.

Artículo 13. *Resolución, notificación y publicación.*—1. De acuerdo con el Informe-propuesta emitido por la Comisión de Valoración, el/la Delegado/a Provincial correspondiente, por delegación del Consejero de Empleo, dictará la resolución procedente en el

plazo máximo de seis meses contados desde la fecha de publicación de la presente Convocatoria.

2. Si transcurrido el plazo previsto en el apartado 1 no se hubiera dictado y notificado resolución expresa, el interesado podrá entender desestimada su solicitud, sin perjuicio de la obligación de dictar y notificar resolución expresa, conforme a lo establecido en el art. 2.2 de la Ley 9/2001, de 12 de julio, por la que se establece el sentido del silencio y los plazos de determinados procedimientos como garantías procedimentales para los ciudadanos.

3. Todas las resoluciones serán notificadas conforme a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo las subvenciones concedidas, salvo aquellas cuyo importe sea inferior al que se determine por las correspondientes Leyes anuales de Presupuestos, deberán ser publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, expresando el programa y crédito presupuestario al que se imputen, el beneficiario, la cantidad concedida y finalidad o finalidades de la subvención.

4. En la Resolución de concesión se hará constar:

a) El proyecto o actividad a realizar.

b) Indicación del beneficiario o beneficiarios y del plazo de ejecución con expresión del inicio del cómputo del mismo.

c) La cuantía de la subvención o ayuda, la aplicación presupuestaria del gasto y, si procede, su distribución plurianual de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el Decreto 44/1993, de 20 de abril, el presu-

puesto aceptado del proyecto y el porcentaje de ayuda con respecto al presupuesto aceptado.

d) La forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono.

e) Las condiciones que se impongan al beneficiario.

f) El plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda o subvención y de la aplicación de los fondos recibidos.

g) Que la Resolución de concesión se adopta por delegación del Consejero de Empleo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. La resolución estará sometida a las normas especiales que, en materia de subvenciones, establezca la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía vigente.

6. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención y, en todo caso, la obtención concurrente de subvenciones o ayudas otorgadas por otras Administraciones o Entes Públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión.

Artículo 14. Abono de la subvención.—1. El abono de la subvención se realizará en la forma establecida en el art. 20.1 de la Ley 17/2003, de 29 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el 2004:

a) Mediante el abono del 75% del importe total de la cantidad concedida, tras la firma de la Resolución de concesión, abonándose la cantidad restante una vez finalizadas las actividades o proyectos de inversión subvenciona-

dos, según el caso, previa presentación por la empresa en la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo correspondiente de los documentos justificativos que se especifican en el artículo 15 y tras comprobación de su ejecución, acreditada mediante informe técnico suscrito por un funcionario del Centro de Prevención de Riesgos Laborales de la provincia.

b) Se podrá exceptuar del fraccionamiento del pago los supuestos en que el importe de aquellas sea igual o inferior a seis mil cincuenta euros (6.050 euros).

2. El importe definitivo de la subvención se liquidará aplicando al coste de la actividad efectivamente realizada por el beneficiario, conforme a la justificación presentada, el porcentaje de financiación establecido en la Resolución de Concesión, sin que, en ningún caso, pueda sobrepasar su cuantía el importe autorizado en la citada Resolución.

3. Previamente al cobro de la subvención, la entidad beneficiaria deberá acreditar que se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como que no es deudora de la misma por cualquier otro ingreso de Derecho Público, en la forma que se establece en el artículo 17 de esta Orden.

Artículo 15. Justificación de la subvención.—Las empresas quedan obligadas a aportar en un plazo máximo de tres meses, contados a partir de la finalización de la actividad o proyecto subvencionado, los siguientes documentos que acrediten dicha ejecución

1. Certificación, firmada por el solicitante, donde se ponga de manifiesto que la actividad o proyecto se ha ejecutado adecuadamente en los aspectos técnicos y económicos.

2. Informe de evaluación final, firmado por el solicitante, en el que se

analice y evalúe la realización de la actividad en su conjunto y grado de consecución de los objetivos previstos.

3. En el caso de proyectos de Modalidad 1, certificado de acharramiento de los andamios sustituidos, extendido por el suministrador de los nuevos andamios certificados o la entidad que se responsabilice de la referida operación.

4. Memoria contable, firmada por el solicitante, que presente una relación numerada de los documentos justificativos del gasto realizado, acorde con las partidas detalladas en el Presupuesto aceptado por la Junta Andalucía y con la Resolución de Concesión de la ayuda, con el detalle del número de factura, concepto, importe, fecha de pago y número de asiento contable.

5. Documentos justificativos del gasto total de la actividad subvencionada.

6. Número de asiento contable del primer desembolso correspondiente al 75% de la subvención concedida.

Artículo 16. Cumplimiento de la actividad.—1. El proyecto desarrollado deberá responder al programa presentado y aprobado en la Resolución de concesión. Todo cambio relacionado con el contenido del mismo o con las condiciones que se tuvieron en cuenta para la concesión de la subvención deberá ser objeto de una comunicación inmediata por parte del beneficiario a la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, junto con una memoria explicativa, en la que se detallen las modificaciones introducidas. La Delegación Provincial procederá a la evaluación de los cambios propuestos y, previo estudio del asunto, podrá autorizar las modificaciones pertinentes.

2. La obtención concurrente de cualquier otra subvención a las actividades o proyectos cofinanciados por la

Consejería de Empleo, por parte de cualquier organismo público o privado, nacionales o internacionales, notificada a la empresa después de presentar la solicitud conforme a esta Orden, deberá ser comunicada de inmediato y por escrito a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, que propondrá, en caso de sobrefinanciación, una modificación a la Resolución de concesión.

Artículo 17. Obligaciones de los beneficiarios.—Son obligaciones del beneficiario de la subvención

1. Realizar la actividad o proyecto objeto de la subvención en la forma y plazos establecidos en esta Orden y en la Resolución de concesión.

2. Justificar ante la Consejería de Empleo la realización del proyecto, así como el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

3. El sometimiento a las actuaciones de seguimiento y control que se realice por los correspondientes Servicios que se determinen al efecto por la Consejería de Empleo, y a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía en relación con las ayudas económicas concedidas, y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía. Las empresas beneficiarias deberán proporcionar toda la documentación e información que por tales Servicios se requiera.

4. Comunicar a la Consejería de Empleo la obtención de subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes Públicos o privados, nacionales o internacionales; así como toda alteración de los requisitos bajo las que se haya otorgado la subvención.

5. Acreditar, con carácter previo al cobro de la subvención, que se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales con la Comunidad Autónoma de Andalucía; así como que no es deudor de la misma por cualquier otro ingreso de Derecho Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en la Orden de 12 de septiembre de 2003, modificada por la de 16 de diciembre de 2003, por la que se regula la acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales y de otros ingresos públicos y de las obligaciones con la Seguridad Social en los procedimientos de subvenciones y ayudas públicas y de contratación que se tramiten por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, mediante certificación administrativa o cesión de la información, previa autorización del interesado, de conformidad con el modelo que figura en el Anexo III de la presente Orden, con independencia de los supuestos de exoneración determinados por la Consejería de Economía y Hacienda.

6. Comunicar al órgano concedente de la ayuda, todos los cambios del domicilio a efecto de notificaciones que tengan lugar durante el período en que la ayuda es reglamentariamente susceptible de control.

7. La empresa beneficiaria deberá acreditar ante la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, una vez abonada la subvención, en el plazo máximo de un mes, la anotación de la misma en su contabilidad. Artículo 18. Modificación de la Resolución de concesión. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de una subvención y, en todo

caso, la obtención concurrente de subvenciones o ayudas otorgadas por otras Administraciones o Entes Públicos o privados, nacionales o internacionales, podrán dar lugar a la modificación de la Resolución de concesión.

Artículo 19. *Reintegro de la subvención.*—1. Procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de la subvención, en los siguientes casos:

- a) Incumplimiento de la obligación de justificación.
- b) Obtención de la subvención sin reunir las condiciones requeridas para ello.
- c) Incumplimiento de la finalidad para la que la subvención fue concedida.
- d) Incumplimiento de las condiciones impuestas a los beneficiarios con motivo de la concesión de la subvención.
- e) Incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte del beneficiario de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniera obligado.

f) La negativa u obstrucción a las actuaciones de control establecidas en el artículo 85.bis de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. En el supuesto de que la entidad beneficiaria obtenga otra subvención para sufragar el proyecto que exceda, aisladamente o en concurrencia con la subvención otorgada por la Consejería de Empleo, del importe de su coste conforme a lo previsto en el

presupuesto, estará obligada al reintegro del exceso.

3. El beneficiario que incurriese en algunas de las causas que obligan al reintegro de la ayuda percibida quedará inhabilitado para poder acceder a nuevas subvenciones, en tanto no regularice su situación, en los términos establecidos en la LPCA.

Artículo 20. *Publicidad.*—El beneficiario de la subvención queda obligado, de acuerdo a lo dispuesto al artículo 20 de la Ley 17/2003, de 29 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2004, a hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la actividad u objeto de la subvención, que la misma está subvencionada por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía.

La Consejería de Empleo se reserva los derechos de publicación, edición y difusión de los resultados de los proyectos subvencionados en la Modalidad 3 de proyectos innovadores y de «buenas prácticas preventivas».

Disposición adicional única. *Habilitación para la ejecución.*—Se faculta al titular de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral para llevar a cabo cuantas actuaciones sean necesarias para su desarrollo, aplicación y ejecución.

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 18 de junio de 2004

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

ORDEN de 24 de agosto de 2004, por la que se desarrolla el Decreto 127/2003, de 13 de mayo, por el que se establece el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía
BOJA núm. 173, de 3 de septiembre de 2004

El derecho de los ciudadanos a la segunda opinión médica, reconocido por el artículo 6.1 letra o) de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía y desarrollado por el Decreto 127/2003, de 13 de mayo, por el que se establece el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía, se inserta en el ámbito del derecho de autonomía del paciente respecto de su salud y en la línea asumida por el sistema sanitario andaluz de fomentar su capacidad de decisión.

El establecimiento del ejercicio del citado derecho ha propiciado el acrecentamiento de las expectativas de los ciudadanos, generando una demanda de segunda opinión médica que concierne a enfermedades relacionadas con neoplasias malignas de piel, aparato locomotor, patologías oftálmicas, epilepsias y parálisis cerebrales infantiles, entre otras, que en gran medida ha rebasado el ámbito clínico de las circunstancias establecidas en el artículo 3 del Decreto 127/2003. Demanda a la que es necesario responder en función del compromiso contraído con los usuarios del sistema sanitario andaluz.

Por otra parte, la garantía del ejercicio de este derecho por parte del ciudadano obliga al Sistema Sanitario Público de Andalucía al establecimiento de un procedimiento, que le permita acceder a esta prestación en posición de equidad y con la confianza de recibir una respuesta de calidad a su solicitud de segunda opinión médica.

En coherencia con lo expuesto, la presente Orden tiene como finalidad la adaptación de las circunstancias que pueden motivar la solicitud de segunda opinión médica, en el marco de lo

establecido en el artículo 3, en relación con lo dispuesto en la Disposición final primera, del Decreto 127/2003, de 13 de mayo; así como el desarrollo reglamentario que garantice la efectividad del ejercicio del derecho establecido en la citada norma.

En su virtud, en uso de la habilitación conferida por la Disposición Final Primera del Decreto 127/2003, de 13 de mayo, y en uso de las facultades atribuidas por los artículos 39 y 44 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía,

DISPONGO

Artículo 1. Objeto.—La presente Orden tiene como objeto desarrollar el Decreto 127/2003, de 13 de mayo, por el que se establece el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Artículo 2. Solicitantes de la segunda opinión médica.—1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 127/2003, la segunda opinión médica podrá ser solicitada por el propio paciente, por sus familiares, por su pareja de hecho, por personas allegadas, por su representante legal, o por la persona en quien expresamente delegue esta opción, salvo que exista constancia de que el paciente, en su declaración de voluntad vital anticipada emitida conforme a la normativa vigente, lo haya impedido o excluido.

2. Cuando la solicitud sea formulada por un tercero, el paciente podrá autorizar expresamente que se le notifique a aquél el informe de segunda opinión médica.

3. Cuando el paciente sea menor de edad, la solicitud podrán formularla el padre, la madre o el tutor, si lo hubiere. No obstante, los pacientes mayores de dieciséis años y los que estén emancipados podrán ejercer directamente el derecho a solicitar la segunda opinión médica.

Artículo 3. *Circunstancias necesarias para solicitar la segunda opinión médica.*—La solicitud de la segunda opinión médica se podrá efectuar cuando, además de reunir los requisitos previstos en el artículo anterior, concurren las siguientes circunstancias

1. El proceso asistencial objeto de la segunda opinión médica se encuentra en alguna de las circunstancias desarrolladas en el artículo 3 del Decreto 127/2003, de 13 de mayo, correspondientes a las enfermedades relacionadas en el Anexo I de esta Orden o en alguna de las siguientes:

- a) Confirmación de alternativas terapéuticas en todas las neoplasias malignas de piel, tanto al inicio, como a la recidiva o en el momento de aparición de metástasis.
- b) Confirmación diagnóstica de Parálisis cerebrales infantiles.
- c) Confirmación de alternativas terapéuticas en Epilepsia refractaria a tratamiento.
- d) Confirmación de intervención quirúrgica en los casos de accidentes cerebrovasculares y lesiones tromboembólicas arteriales como alternativa a otro tratamiento.
- e) Confirmación diagnóstica o de alternativas terapéuticas sobre patologías oftálmicas que provoquen disminución de la agudeza visual óptima igual o inferior a 0,1 bilateral (Escala de Snellen) o disminución del campo visual bilateral hasta ser igual o inferior a 10.º.
- f) Confirmación de alternativa terapéutica quirúrgica en el aneurisma de aorta.

g) Confirmación de alternativas terapéuticas quirúrgicas en Cardiopatía isquémica.

h) Propuesta de tratamiento quirúrgico en patologías de la columna vertebral con afectación medular y, en su caso, afectación radicular que afecte gravemente la calidad de vida de los pacientes previamente intervenidos por alguno de los siguientes procedimientos:

- Reapertura de sitio de laminectomía.
- Otra exploración y descompresión del canal espinal.
- Excisión o destrucción de lesión de médula espinal/meninges espina.
- Excisión o destrucción de disco intervertebral no específica.
- Artrodesis vertebral.
- Refusión vertebral.
- Fusión vertebral circunferencial, acceso con incisión única.
- Inserción de dispositivo de fusión vertebral intersomático.

i) Propuesta de tratamiento quirúrgico en patologías del aparato locomotor que comprometa gravemente la calidad de vida de los pacientes previamente intervenidos por alguno de los siguientes procedimientos:

- Sustitución total de cadera.
- Sustitución total de rodilla.

j) Confirmación de alternativas terapéuticas en pacientes incluidos en protocolo de trasplantes.

2. El proceso asistencial ha sido previamente diagnosticado o indicado en centros propios, o en centros concertados o conveniados con la Consejería de Salud o el Servicio Andaluz de Salud.

Artículo 4. *Solicitud de la segunda opinión médica.*—1. La segunda opinión médica se formalizará mediante la cumplimentación del modelo de solicitud, único para todo el Sistema

Sanitario Público de Andalucía, que figura como Anexo 2 de esta Orden.

2. El modelo de solicitud, que constará de original y copia, estará disponible en todos los centros sanitarios o administrativos dependientes de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud, así como, en los centros concertados o conveniados con la Consejería de Salud o el Servicio Andaluz de Salud.

Asimismo, podrá obtenerse dicha solicitud en las páginas web de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud.

Artículo 5. Presentación de la solicitud.—La solicitud de segunda opinión médica se presentará en cualquiera de los centros sanitarios o administrativos dependientes de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud y en los registros que se establecen en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 6. Tramitación de las solicitudes.—1. Todas las solicitudes de segunda opinión médica presentadas serán tramitadas por la Dirección General de Asistencia Sanitaria del Servicio Andaluz de Salud, de forma centralizada para todo el Sistema Sanitario Público de Andalucía.

2. La Dirección General de Asistencia Sanitaria será responsable de constatar el cumplimiento de los requisitos relativos a la titularidad del derecho y los motivos de la solicitud, así como, la inexistencia de otra solicitud anterior de segunda opinión médica sobre el mismo proceso asistencial.

3. La Dirección General de Asistencia Sanitaria será responsable de recabar la documentación clínica del paciente y de remitirla a un facultativo

del equipo de expertos correspondiente, garantizando la confidencialidad de los datos personales e información clínica de aquél.

Artículo 7. Documentación.—

1. La solicitud deberá ir acompañada de la documentación preceptiva:

a) Cuando el solicitante es el paciente: Fotocopia compulsada del documento nacional de identidad. Cuando el paciente sea un menor emancipado, fotocopia compulsada del documento judicial de emancipación y del de identidad.

b) Cuando el solicitante es una persona expresamente autorizada por el paciente: Fotocopias compulsadas de los documentos de identidad del paciente y del solicitante; además, deberá estar firmado el apartado «autorización expresa del paciente» del formulario de solicitud de segunda opinión médica.

c) Cuando el solicitante es un familiar del paciente: Certificación médica que acredite la imposibilidad del paciente para formular por sí mismo la petición, o fotocopia compulsada de la misma; fotocopia compulsada de un documento oficial que acredite su vinculación familiar con el paciente; fotocopia compulsada del documento de identidad del paciente y del solicitante.

d) Cuando el solicitante es pareja de hecho del paciente: Certificación médica que acredite la imposibilidad del paciente para formular por sí mismo la petición, o fotocopia compulsada de la misma; fotocopia compulsada de un documento oficial que acredite su vinculación como pareja de hecho del paciente; fotocopia compulsada del documento de identidad del paciente y del solicitante.

e) Cuando el solicitante es un allegado del paciente: Certificación médica que acredite la imposibilidad

del paciente para formular por sí mismo la petición, o fotocopia compulsada de la misma; original de la declaración jurada que acredite su vinculación como allegado del paciente; fotocopia compulsada del documento de identidad del paciente y del solicitante.

f) Cuando el solicitante es representante legal del paciente: Fotocopia compulsada de un documento oficial que acredite su vinculación legal con el paciente (padre, madre, tutor); fotocopia compulsada del documento de identidad del paciente (si lo tuviera) y del solicitante.

Asimismo, la solicitud deberá contener los datos imprescindibles a aportar por el paciente o solicitante, que se relacionan en el Anexo 2 de la presente Orden.

2. En el supuesto de omisión o falta de alguno de estos datos o documentos, se requerirá al solicitante para que, en un plazo de diez días a contar desde su notificación, proceda a su subsanación, con indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Los datos declarados en la solicitud se presumirán como ciertos, recayendo sobre quien los aporte la responsabilidad derivada de la omisión o falsedad en alguno de ellos.

Artículo 8. Declaración de extinción del procedimiento.—1. Se declarará la extinción del procedimiento de tramitación de la solicitud de segunda opinión médica cuando, con anterioridad a la emisión del correspondiente informe, se produzca alguna de las siguientes circunstancias que impidan su continuación:

a) Que se haya producido un cambio sustancial en la situación clínica del paciente que motivó la solicitud de segunda opinión médica.

b) Que la situación clínica del paciente haya requerido una actuación inmediata, de tal modo, que deje sin fundamento la utilidad del informe de segunda opinión consiguiente a dicha petición.

c) Que, informado el paciente de la necesidad de practicarle nuevas pruebas o exploraciones, consideradas por los facultativos expertos como imprescindibles para llevar a efecto la valoración del caso, aquél no diera su conformidad al respecto.

d) Que se produzca la renuncia expresa del paciente a que se tramite su solicitud de segunda opinión médica, o en su caso, del solicitante.

e) Que se haya producido el fallecimiento del paciente.

2. En estos casos, la resolución declarará finalizado el procedimiento con indicación de la circunstancia que se haya producido.

Artículo 9. Contenido del informe de segunda opinión médica.—El informe de segunda opinión contendrá una valoración argumentada e incluirá una conclusión final, en términos comprensibles para el paciente, o en su caso, para el solicitante.

Artículo 10. Notificación.—La Dirección General de Asistencia Sanitaria notificará, en el plazo máximo de los treinta días siguientes al de presentación de la solicitud, el informe de segunda opinión o la resolución de extinción del procedimiento, al paciente o, en su caso, al solicitante autorizado para recibirlo, remitiéndolo al lugar señalado en la misma a tal efecto.

Artículo 11. Garantía de atención sanitaria.—1. Cuando el paciente reciba el informe de segunda opinión coin-



cidente con el diagnóstico o con el tratamiento propuesto inicialmente, continuará recibiendo atención sanitaria en el centro del Sistema Sanitario Público de Andalucía donde venía siendo asistido.

2. Cuando la segunda opinión médica sea divergente con el diagnóstico o tratamiento propuesto inicialmente, y en el caso de que dicha segunda opinión sea ratificada por el informe final del equipo de expertos recogido en el apartado sexto del artículo cinco del Decreto 127/2003, de 13 de mayo, la Dirección General de Asistencia Sanitaria garantizará al paciente la atención clínica en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía respecto del diagnóstico o tratamiento recogido en dicho informe.

3. A tal fin, la citada Dirección General indicará los centros en los que el paciente puede iniciar o seguir el tratamiento o pauta establecido en el informe, aportando la información necesaria para que efectúe su elección y, una vez llevada a cabo ésta, le gestionará la primera cita en el centro elegido.

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 24 de agosto de 2004

MARÍA JESÚS MONTERO CUADRADO
Consejera de Salud













