



---

# TEMAS LABORALES

---

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

87

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo

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



## CONSEJO DE REDACCIÓN

### PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

### VOCALES

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

### COMITÉ DE REDACCIÓN

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

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

### SECRETARIO

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

Suscripciones y distribución:

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

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

DISEÑO: Manuel Jesús Jiménez López  
DEPOSITO LEGAL: SE-1.077/96  
I.S.S.N.: 0213-0750  
Imprime: EDITORIAL COMARES



**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**N.º 87/2006**

**ÍNDICE**

*In memoriam Miguel Ángel Olalla Mercadé*

**1. ESTUDIOS**

- |                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| La nueva Ley sobre Subcontratación en el Sector de la Construcción . . . . .                              | 13  |
| FCO. JAVIER CALVO GALLEGO                                                                                 |     |
| Nuevas normas sobre la negociación colectiva en la función pública: la Ley 21/2006 . . . . .              | 83  |
| ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO                                                                             |     |
| Aspectos organizativos del Sistema de Seguridad Social . . . . .                                          | 105 |
| MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ                                                                          |     |
| La funcionalidad preventiva de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales . . . . . | 127 |
| FRANCISCO LOZANO LARES                                                                                    |     |

**2. MERCADO DE TRABAJO**

- |                                                                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| El empleo sigue creciendo en España a ritmos singulares. Informe de coyuntura sobre el Mercado de Trabajo en España y Andalucía durante el segundo trimestre de 2006 . . . . . | 171 |
| SANTOS M. RUESGA BENITO, JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO y CARLOS RESA NESTARES                                                                                                         |     |



### 3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

#### NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

Derecho de huelga y servicios esenciales de la comunidad en el ámbito de las telecomunicaciones ..... 197

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

#### PODERES EMPRESARIALES

Universidad de Córdoba

Los medios informáticos y la doctrina constitucional ..... 209

M.<sup>a</sup> LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

#### PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

La automaticidad en el abono de la pensión de jubilación ante la falta de alta en el momento del hecho causante ..... 221

JUAN ROMERO CORONADO

#### PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Huelva

Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social ..... 235

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO

#### EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

Garantía de permanencia de los representantes de los trabajadores con ocasión de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas . . . 245

FERNANDO ELORZA GUERRERO

### 4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

DECRETO 109/2006, de 6 de junio, por el que se establecen los indicadores para las áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo

BOJA núm. 127, de 4 de julio de 2006 ..... 264

DECRETO 113/2006, de 13 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden Social

BOJA núm. 127, de 4 de julio de 2006 ..... 266

ORDEN de 21 de junio de 2006, por la que se realiza la convocatoria de subvenciones a microempresas, pequeñas y medianas empresas



Índice

7

(PYME) del sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales para el año 2006, con sujeción a las bases reguladoras contenidas en la Orden de 8 de mayo de 2006  
BOJA núm. 129, de 6 de julio de 2006 . . . . . 269

ORDEN de 21 de junio de 2006, por la que se realiza la convocatoria de subvenciones a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales para el año 2006, con sujeción a las bases reguladoras contenidas en la Orden de 8 de mayo de 2006  
BOJA núm. 129, de 6 de julio de 2006 . . . . . 273

ORDEN de 5 de septiembre de 2006, por la que se regula el procedimiento de concesión de ayudas económicas por el Instituto Andaluz de la Mujer para mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos y especiales dificultades para obtener un empleo  
BOJA núm. 184, de 21 de septiembre de 2006 . . . . . 277

RESOLUCIÓN de 11 de septiembre de 2006, del Instituto Andaluz de la Mujer, por la que se convoca la concesión de prestaciones económicas a mujeres víctimas de violencia acogidas a programas de formación profesional ocupacional a desarrollar en los ejercicios 2006/2007  
BOJA núm. 186, de 25 de septiembre de 2006 . . . . . 282

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».





*In Memoriam*  
Miguel Ángel Olalla Mercadé

El pasado mes de noviembre falleció en Sevilla Miguel Ángel Olalla Mercadé, gran profesional, buen amigo y una excelente persona, en opinión de todos los que, a través de su relación con el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, hemos tenido el honor de trabajar con él.

A lo largo de su dilatada trayectoria, Miguel Ángel Olalla ha sembrado de ejemplos notorios para todos nosotros un terreno como el mercado de trabajo andaluz, que ha sabido pisar con la sabiduría de la experiencia y la capacidad siempre viva en él de adaptación a las novedades ineludibles que impone el paso del tiempo. Desde los inicios de este Consejo, allá por 1983, apostó por las posibilidades de un organismo que nacía en un momento de grandes cambios a nivel social, laboral, económico y político para Andalucía, formando parte de su Pleno, como representante de la Confederación de Empresarios de Andalucía. Y con el mismo entusiasmo de los primeros años, ha trabajado duramente hasta el final, con la esperanza y la confianza de lograr los objetivos que consideraba más justos para el necesario entendimiento entre empresarios y trabajadores.

Si alguien comprendía el significado de la palabra diálogo o concertación, sin duda esta persona era Miguel Ángel Olalla. Un hombre fiel a sus principios que supo defenderlos y hacerlos valer desde la rectitud, el conocimiento y la elegancia siempre demostrada. Su destacada participación en las negociaciones de convenios de gran relevancia, como los del Sector Siderometalúrgico de la provincia de Sevilla, del Sector Nacional de Seguridad Privada o de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias de Andalucía, por nombrar algunos, nos hacen comprender el reconocimiento que su nombre posee a nivel andaluz, nacional y de la Unión Europea; de hecho, fue miembro de la

Comisión de Expertos que se creó tras la firma de la Declaración para el Diálogo Social, en 2004.

En los últimos años, y como muestra más de su papel activo en la conformación del sistema de relaciones laborales de Andalucía, se convirtió, a base de esfuerzo, trabajo y dedicación, en un reconocido experto en materia de Responsabilidad Social Corporativa, siendo un referente obligado para toda la doctrina.

En el seno del CARL, su trabajo se dejó sentir en cada una de las iniciativas y proyectos que se pusieron en marcha, y muy especialmente, en su apoyo al Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), del que fue un gran defensor. En 2003, el Pleno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales le otorgó la Insignia de Oro del CARL, en reconocimiento a esos veinte años de dedicación a la Institución y al impulso del sistema de relaciones laborales.

Sin duda, su fallecimiento ha supuesto una gran pérdida para todos los que le conocimos. Por todas estas razones quisiéramos transmitir nuestro apoyo y cariño a su esposa, hijos y demás familiares. Y manifestar nuestro agradecimiento por el notable legado que su contribución personal y profesional nos ha dejado. Deseamos desde la Revista Temas Laborales, que él siempre valoró tanto, expresar un sentido y profundo reconocimiento a su dilatada labor profesional, sin olvidar nunca su proximidad continuada.

MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER  
*Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*



1

---

Estudios







## LA NUEVA LEY SOBRE SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN\*

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO\*\*

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

### EXTRACTO

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la Construcción, aborda, tras una larga lucha sindical, algunas de las causas que tradicionalmente se han venido señalando como posibles motivos de los altos índices de siniestralidad presentes en el sector de la construcción. De esta manera, tras limitar a tres los posibles niveles de subcontratación a los que, como regla general, podrá descenderse en cada obra, la Ley 32/2006 establece igualmente una serie de requisitos tanto organizativos, como preventivos, de acreditación y registro que habrán de cumplir todas aquellas empresas que vayan a intervenir en estos procesos de subcontratación. Si a todo esto le unimos unas no siempre claras normas sobre responsabilidad solidaria en caso de incumplimiento tanto de estos requisitos como de las normas sobre subcontratación, el reconocimiento de nuevos derechos a los representantes de los trabajadores, la aparición de un nuevo Libro de subcontratación —a añadir a la ya densas obligaciones documentales en este campo—, las menciones expresas a la acreditación de la formación preventiva de los trabajadores, una muy amplia regulación sancionadora en el plano administrativo, o una recepción expresa del contrato fijo de obra para el conjunto del sector, tendremos, en definitiva, una norma ciertamente importante, más aún dado el volumen de empleo que durante estos últimos años ha ido asumiendo en nuestro país el sector de la construcción.

\* El autor quisiera dedicar este trabajo a la memoria de D. Miguel Olalla Mercadé.

\*\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto «El papel de las comunidades autónomas en el sistema de relaciones laborales europeo (SEC2003-09605)».

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES Y EL ORIGEN DE LA NUEVA LEY
  - 1.1. La persistente y alta tasa de siniestralidad en la construcción. Posibles causas
  - 1.2. Los orígenes de la actual Ley
2. OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES DE LA LEY 32/2006
  - 2.1. Objetivo de la ley: la descentralización productiva vista, básicamente, desde la óptica de la prevención
  - 2.2. Ámbito de aplicación
  - 2.3. Definiciones
3. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA LEY 32/2006.
  - 3.1. La nueva regulación de la subcontratación
    - 3.1.1. Los nuevos niveles máximos de subcontratación
    - 3.1.2. La excepcional apertura de un cuarto nivel de subcontratación
    - 3.1.3. El posible papel de la negociación colectiva
    - 3.1.4. Documentación de la subcontratación: el Libro de Subcontratación
    - 3.1.5. El deber de vigilancia y las obligaciones de comunicación interempresariales
    - 3.1.6. Responsabilidades administrativas
    - 3.1.7. La responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales y de Seguridad Social
  - 3.2. Derechos de los representantes de los trabajadores
    - 3.2.1. Derechos de información de los representantes de los trabajadores
    - 3.2.2. La llamada a sistemas o procedimientos de representación de carácter territorial
  - 3.3. Nuevas exigencias a las empresas
    - 3.3.1. Requisitos organizativos (I): la existencia real de una organización productiva, la ausencia de cesiones ilegales y de falsos autónomos
    - 3.3.2. Requisitos organizativos (II): los porcentajes mínimos de trabajadores indefinidos
    - 3.3.3. Requisitos preventivos
    - 3.3.4. Requisitos registrales: la acreditación y el registro de empresas acreditadas,
    - 3.3.5. El deber de vigilancia y las consecuencias de los posibles incumplimientos
  - 3.4. Normas relativas a la formación y modo de contratación del trabajador
    - 3.4.1. La acreditación de la actividad preventiva de los trabajadores
    - 3.4.2. La recepción legal del contrato fijo de obra
4. ENTRADA EN VIGOR

## 1. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES Y EL ORIGEN DE LA NUEVA LEY

### 1.1. La persistente y alta tasa de siniestralidad en la construcción. Posibles causas

Aunque durante los años 2003 y 2004 el número de accidentes en jornada de trabajo con baja en el sector de la construcción descendió en España poco más de 21.0000 accidentes —véanse los datos recogidos en la Ta-

bla 1—, pasando de los 245.176 del año 2002 a los 223.603 del año 2004, lo cierto es que, transcurridos más diez años desde la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, este sector de actividad sigue siendo uno de los más proclives de nuestro sistema, tanto a la aparición de este tipo de percances, como a dotarlos de una especial gravedad <sup>1</sup>.

Buena muestra de ello fueron los 365 accidentes mortales que se produjeron en la construcción en el año 2004, los 136 que se contabilizaban ya en los meses de enero a junio del año 2006, o incluso —véase nuevamente la Tabla 1— el notable repunte de estos mismos datos para el año 2005 —en el que el número de accidentes se habría incrementado nuevamente hasta los 242.068— y en los siete primeros meses del año 2006 —que mostrarían un incremento de más de nueve mil accidentes sobre los datos del mismo periodo de tiempo del año 2005—.

TABLA 1  
ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO  
CON BAJA SEGÚN SECTOR DE ACTIVIDAD

AÑOS	AGRARIO	Industria	Construcción	Servicios
1996.....	40.057	214.216	123.447	238.517
1997.....	44.575	226.142	137.068	268.859
1998.....	47.073	241.029	165.520	299.260
1999.....	47.152	265.054	207.673	347.893
2000.....	44.055	273.760	232.092	385.367
2001.....	41.084	268.537	243.841	405.031
2002.....	38.769	253.204	245.176	411.747
2003.....	33.911	234.851	231.801	399.174
2004.....	35.496	237.102	223.603	380.395
2005.....	35.229	239.759	242.068	389.780
2005 (ENE-JUL).	21.566	145.496	141.445	229.096
2006 (ENE-JUL).	20.597	147.195	150.880	237.948

Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales, septiembre 2006

<sup>1</sup> Más en general, sobre la concentración del riesgo en algunas actividades económicas véase el conocido «Informe Durán» *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001, pág. 35 y ss., y 134 y ss.

En cualquier caso, más allá de estos meros datos cuantitativos —distorsionados inevitablemente por el distinto volumen de población ocupada a lo largo de estos últimos años en cada rama de actividad— seguramente lo más preocupante en relación con la siniestralidad en este concreto sector sea, en primer lugar, el mayor índice gravedad<sup>2</sup> que como media presentan los siniestros en jornada y con baja acaecidos en la construcción —aunque como se aprecia en la Tabla 2 se haya producido una notable caída, al menos hasta el año 2004 (último del que tenemos datos definitivos)—; y, en segundo lugar, el hecho de que este sector presenta tradicionalmente —aunque nuevamente con una clara caída hasta el año 2004— unos índices de incidencia de accidentes en jornada de trabajo con baja<sup>3</sup> —*vid.* Tabla 2— o mortales<sup>4</sup> —*vid.* Gráfico 1—, o, por mencionar un último ejemplo, unos índices de frecuencia de accidentes en jornada de trabajo<sup>5</sup> que duplican normalmente la media del conjunto de sectores productivos en nuestro país —Tabla 3—.

TABLA 2  
ÍNDICE DE GRAVEDAD DE ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO  
CON BAJA POR SECTOR DE ACTIVIDAD

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Agrario	0,42	0,43	0,44	0,47	0,42	0,39	0,38	0,35	0,37
No agrario	0,98	0,93	0,94	1,06	1,05	1,06	1,02	0,95	0,86
Industria	1,35	1,29	1,29	1,45	1,39	1,41	1,37	1,33	1,27
Construcción	2,27	2,09	2,14	2,36	2,29	2,27	2,18	2,01	1,70
Servicios	0,64	0,62	0,62	0,69	0,71	0,71	0,70	0,64	0,57
TOTAL	0,89	0,85	0,87	0,98	0,97	0,97	0,95	0,88	0,80

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo. MTAS. Año 2004

<sup>2</sup> El índice de gravedad se calcula a estos efectos como la proporción de días no trabajados por 1.000 entre horas trabajadas

<sup>3</sup> Este índice de incidencia se calcula multiplicando los accidentes por 100.000 y dividiéndolos por los afiliados a regímenes de la Seguridad Social con la contingencia de accidente de trabajo específicamente cubierta.

<sup>4</sup> El índice de incidencia de accidentes mortales se calcula nuevamente multiplicando los accidentes (en este caso mortales en jornada de trabajo) por 100.000 y dividiéndolos por el número de afiliados a regímenes de la Seguridad Social con la contingencia de accidente de trabajo específicamente cubierta.

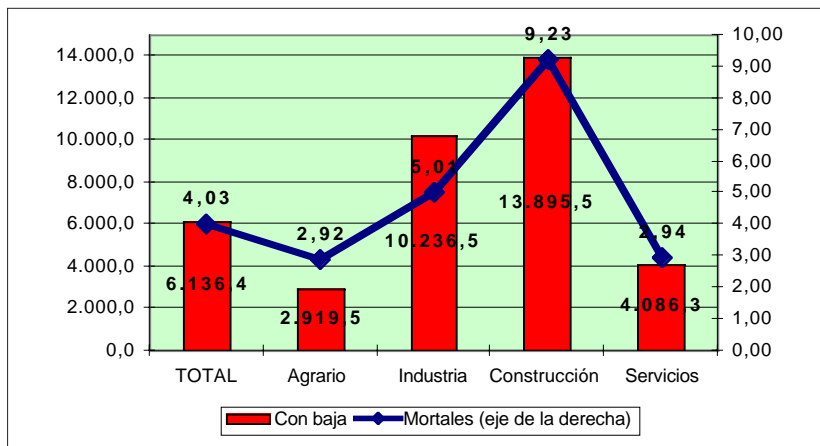
<sup>5</sup> El índice de frecuencia se calcula multiplicando los accidentes (en este caso en jornada de trabajo con baja) por 1.000.000 y dividiéndolo entre las horas trabajadas.

TABLA 3  
**ÍNDICE DE FRECUENCIA DE ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO  
 CON BAJA POR SECTOR DE ACTIVIDAD (1996-2004)**

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Agrario	14,3	16,5	17,0	17,0	15,9	14,6	14,0	13,1	13,6
No agrario	39,4	41,0	43,1	47,0	47,8	46,7	44,8	40,8	39,0
Industria	57,6	60,1	61,7	66,7	66,4	64,1	61,3	58,4	60,4
Construcción	90,2	91,4	97,5	104,7	105,4	102,7	97,4	86,6	78,9
Servicios	24,9	26,2	27,5	29,8	30,9	30,4	29,7	26,8	25,3
<b>TOTAL</b>	<b>35,5</b>	<b>37,3</b>	<b>39,3</b>	<b>42,9</b>	<b>43,7</b>	<b>42,8</b>	<b>41,2</b>	<b>37,6</b>	<b>36,3</b>

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo. MTAS, Año 2004

GRÁFICO 1  
**ÍNDICE DE INCIDENCIA DE ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO CON  
 BAJA POR SECTOR, E ÍNDICE DE FRECUENCIA DE ACCIDENTES MORTALES  
 EN JORNADA DE TRABAJO POR SECTOR DE ACTIVIDAD (AÑO 2004)**



Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo (Año 2004) y elaboración propia

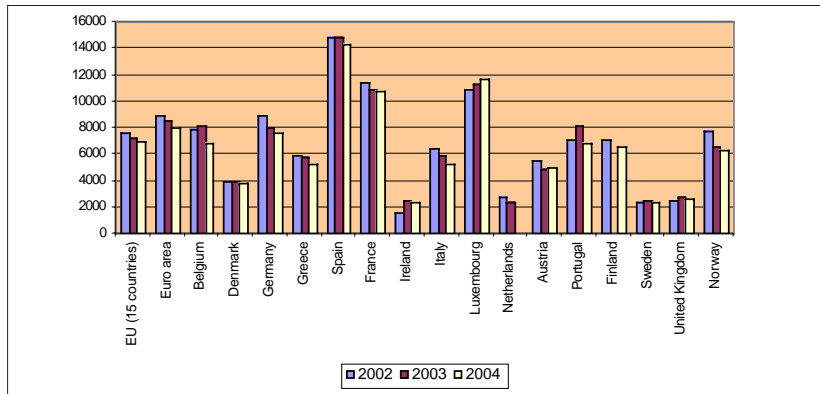
Ciertamente, podría sostenerse que nos encontramos ante un sector especialmente proclive, por la propia naturaleza de la actividad, a la siniestralidad laboral. Y de hecho, el estudio de algunos factores, por ejemplo en la V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, así parece demostrarlo<sup>6</sup>, al constatar como de los tres sectores estudiados, es la Construcción el que

<sup>6</sup> Disponible en [http://www.mtas.es/insht/statistics/enct\\_5.htm](http://www.mtas.es/insht/statistics/enct_5.htm)

presenta mayor porcentaje de trabajadores que indican algún riesgo de accidente (98,4%), seguido, a bastante distancia, de la Industria (86,6%) y, por último, de Servicios (66,8%). Y ello porque es este mismo sector de la Construcción el que presenta la mayor frecuencia de exposición a doce de los diecisiete riesgos estudiados en dicha encuesta <sup>7</sup>.

Pero en cualquier caso estos datos no explicarían las razones por las que también en el contexto europeo, el sector de la construcción presenta en España índices y tasas extraordinariamente más altas que las de sus homólogos europeos. Baste en este sentido recordar como, de acuerdo con los datos del Eurostat <sup>8</sup>, la tasa de incidencia de accidentes en el trabajo con una baja de más de tres días de duración por cada 100.000 personas ocupadas sería en el sector de la construcción española de 13.651 para el año 2003 —el último del que por ahora se tienen datos en el nivel europeo—, lo que supondría duplicar los 6.492 que como media presentaban los EU-15. Y es que, en realidad, y como se aprecia en el Gráfico núm. 2, sólo Luxemburgo o Francia presentarían cotas similares, aunque muy por debajo de la media española.

GRÁFICO 2  
TASA DE INCIDENCIA DE ACCIDENTES CON UNA BAJA DE MÁS DE TRES  
DÍAS DE DURACIÓN POR CADA 100.000 OCUPADOS (2002-2004)



Fuente: EUROSTAT y elaboración propia.

<sup>7</sup> Esto es, caídas de personas desde altura; caídas de personas al mismo nivel; caídas de objetos, materiales o herramientas; desplomes o derrumbamientos; cortes y pinchazos; golpes; accidentes de tráfico durante la jornada de trabajo; atropellos, vuelcos o golpes con vehículos en el centro de trabajo; proyección de fragmentos o partículas; atrapamientos; sobreesfuerzos por manipulación manual de cargas pesadas y contactos eléctricos. Véase el contenido del mencionado estudio en la página web [http://www.mtas.es/insht/statistics/5enct\\_cs.htm](http://www.mtas.es/insht/statistics/5enct_cs.htm)

<sup>8</sup> Puede consultarse en [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page?\\_pageid=1996,39140985&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL&screen=detailref&language=en&product=Yearlies\\_new\\_population&root=Yearlies\\_new\\_population/C/C2/C24/cbb25360](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page?_pageid=1996,39140985&_dad=portal&_schema=PORTAL&screen=detailref&language=en&product=Yearlies_new_population&root=Yearlies_new_population/C/C2/C24/cbb25360)



Pues bien, aunque las causas de esta situación han sido objeto de diversos debates y opiniones contrapuestas<sup>9</sup>, seguramente podríamos concluir señalando que la misma no parece responder, casi con total seguridad, a una única causa o motivo. Más bien nos encontraríamos ante la consecuencia directa o indirecta de la actuación sinérgica de un conjunto de factores que se presentan con especial incidencia en este sector de nuestro tejido productivo.

Intentando sintetizar los mismos, y dejando a un lado los posibles incumplimientos de la normativa legal<sup>10</sup>, frente a los cuales tan sólo cabría —al menos a mi juicio— fomentar las ya existentes campañas de la Inspección de Trabajo, lo cierto es que una de las primeras causas que han sido señaladas, fundamentalmente por parte sindical, se centra en el crecimiento exponencial del riesgo —y por tanto, de la frecuencia e intensidad con la que éste se actualiza— motivado por la excesiva amplitud, el número excesivamente elevado de eslabones que, con cada vez mayor frecuencia, componen estas *cadena de subcontratación* en el sector de la construcción<sup>11</sup>. Lejos de una subcontratación de segundo o incluso tercer nivel, es cada vez más frecuente encontrar en nuestras obras cadenas de innumerables empresas que concluyen, en muchas ocasiones, con meros autónomos, ya sea prototipos de los que se ha venido en llamar autónomos económicamente dependiente<sup>12</sup>, o simples casos de encubrimiento de una evidente relación la-

<sup>9</sup> Algunas de estas opiniones contrapuestas de los distintos agentes que intervienen en este específico sector pueden consultarse, por ejemplo, en el artículo «La situación de la Seguridad en la Construcción: ¿por dónde avanzar?», en la *Revista del INSHT*, 2004, núm. 32, pág. 25 a 30, disponible también en Internet en [http://empleo.mtas.es/insht/revista/A\\_32\\_OP.htm](http://empleo.mtas.es/insht/revista/A_32_OP.htm)

<sup>10</sup> Como hace poco recordaba el propio editorial de ERGA 2004, núm. 85, «la V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo aportaba algunos datos reveladores: en el 25% de las obras no existe un mecanismo preventivo fundamental y obligatorio: el libro de incidencias. Si bien este incumplimiento es mayor en las pequeñas obras, el 8% de aquellas cuyo volumen se sitúa entre 200 y 500 millones de las antiguas pesetas, carecen de él. Y cuando existe, lo habitual (66% de los casos) es que no conste ninguna anotación. Si a ello se añade que en aproximadamente un tercio de las obras de menos de 50 trabajadores no existe nadie encargado de la actuación preventiva», se comprenderá el nivel de incumplimiento en este campo. Véase el texto de esta publicación en [http://www.mtas.es/insht/erga\\_not/ErNOT85\\_04.pdf](http://www.mtas.es/insht/erga_not/ErNOT85_04.pdf). No obstante sí parece apreciarse una notable mejoría en el grado de implementación de esta normativa. En general, en el año 2003 «sólo» en el 14% de los centros los responsables indicaban que no habían realizado, en los dos últimos años, ninguna de las actividades preventivas propuestas, mientras que el mismo porcentaje se elevaba al 25% en 1999. Más información, pormenorizada por actividades preventivas en [http://www.mtas.es/insht/statistics/5enct\\_ap.htm](http://www.mtas.es/insht/statistics/5enct_ap.htm).

<sup>11</sup> Algunos datos proporcionados por organizaciones empresariales sobre la subcontratación en la construcción en los distintos países europeos en «FIEC survey on the main aspects of sub-contracting», Bruselas, 10/10/2002.

<sup>12</sup> De hecho, y según los datos de la EPA para el segundo trimestre de 2006, en la construcción habría 269.300 empresarios sin asalariados o trabajadores independientes, lo que supone un 10,7% de los de 2.521.700 ocupados de este sector. Sobre esta figura véase F.J. CAL-

boral<sup>13</sup>. Si en general todo proceso de coordinación de actividades supone ya de por sí un incremento de riesgos — como se intuye de la propia existencia del art. 24 LPRL<sup>14</sup>—, este mismo riesgo se incrementa inevitablemente en la medida en la que se amplía y se desciende en los eslabones de esta excesivamente amplia cadena de subcontrataciones. Y ello no sólo por esta dificultad de coordinación de actividades desarrolladas normalmente en un mismo lugar o centro de trabajo, sino también por la presión económica que para los niveles inferiores generan inevitablemente todos estos procesos<sup>15</sup>.

Consecuencia también de esta profunda evolución en la organización productiva es, como ya hemos señalado, la frecuente o casi generalizada aparición, sobre todo en estos últimos eslabones, de *pequeñas o casi mínimas organizaciones «empresariales»*<sup>16</sup>. Unas organizaciones estas en las que el

---

VO GALLEGO, «Los Trabajadores Autónomos Dependientes: una primera aproximación», en *Temas Laborales*, Monográfico sobre el Trabajo Autónomo, 2005, núm. 81, pág. 41 y ss. Un ejemplo de este tipo de actividad en la jurisprudencia podría encontrarse, por mencionar tan sólo una, en la STSJ Cataluña núm. 4176/2004 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 26 mayo (AS 2004\2157). Otro supuesto de autónomos en la construcción en TSJ Castilla-La Mancha núm. 582/2004 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 14 abril (JUR 2004\152768).

<sup>13</sup> Un ejemplo ya clásico de esta ocultación en la STS (Sala de lo Social) de 11 febrero 1986 (RJ 1986\740). Más recientemente puede consultarse, por todas, STSJ Asturias núm. 3017/2004 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 22 octubre (JUR 2005\119096)

<sup>14</sup> Por todos, M. MIÑARRO YANINI, *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas*, INSHT, 2002; FJ. CALVO GALLEGO, «Obligaciones y responsabilidades en los supuestos de descentralización productiva. Especial referencia contratas, subcontratas y empresas de trabajo temporal», en AAVV., *Siniestralidad laboral y Derecho Penal*, (dir. R. SÁEZ VARCÁRCEL), *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, núm. 25, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, pág. 139 y ss. a donde se remite para una mayor información bibliográfica.

<sup>15</sup> A pesar, obviamente, de normas como el art. 7 del RD 1627/1997 de acuerdo con el cual, las propuestas de medidas alternativas de prevención que el contratista proponga con la correspondiente justificación técnica, no podrán implicar disminución de los niveles de protección previstos en el estudio o estudio básico.

<sup>16</sup> De acuerdo con los datos proporcionados el Directorio Central de Empresas (DIRCE), disponible en el INEbase, a enero del año 2006, en el conjunto del Estado Español existían 448.446 empresas englobadas en la actividad de construcción (CNAE 45), de las cuales 245.558 lo serían en la Construcción general de inmuebles y obras, 91.936 en instalaciones de edificios y obras y 103.708 en Acabado de edificios y obras —los restantes grupos de CNAE presentan menor interés a estos efectos). Al menos 207.131 de estas empresas dedicadas a cualquier actividad de construcción —el 46,2%—, no disponían de ningún asalariado; 111.755 de 1 a 2 trabajadores —el 24,9% del total— ; 57.640 de 3 a 5 asalariados —el 12,9% nuevamente del total de empresas de construcción— y 29.535 —el 6,6%—, de 6 a 9 trabajadores. La presencia de empresas sin trabajadores es especialmente alta entre las empresas de acabado de edificios

desarrollo adecuado de la actividad preventiva se ve dificultado, bien sea por la ausencia de una auténtica autonomía organizativa o de un palpable ejercicio del poder de dirección —en supuestos que frisan o, simplemente, incurren en claras cesiones ilegales de trabajadores—, ya sea por la ausencia de medios materiales o de formación en materia preventiva. De ahí que si en general los accidentes suelen ocurrir en mayor número en las pequeñas empresas —como se observa claramente en la Tabla 4—<sup>17</sup> esta peculiar relación se vuelve aún más intensa en la construcción.

y obras (CNAE 454) en las que representan el 55% de su subtotal. En cambio, la mayor frecuencia de empresas de entre 1 a 2 trabajadores se daba en las empresas de Preparación de obra (CNAE 451) en las que esta dimensión de empresa abarcaba el 36,1% de su subtotal. En cualquier caso, repárese que si agregamos todas las empresas de construcción (CNAE-45) y las comparamos con el conjunto del tejido productivo del Estado, los porcentajes por dimensión de empresa según estrato de asalariados son más bajos en la construcción hasta la horquilla de tres a cinco asalariados.

**Tabla s.n.: Empresas por estrato de asalariados, total grupos CNAE y Construcción (1 de enero de 2006)**

	Total	Sin Asalari.	%	De 1 a 2 asal.	%	De 3 a 5 Asal.	%	De 6 a 9 Asal.	%	De 10 a 19 Asal.	%
Total grupos CNAE93	3174393	1616883	50,9%	881748	27,8%	328820	10,4%	154635	4,9%	105470	3,3%
45 Construcción	448446	207131	46,2%	111755	24,9%	57640	12,9%	29535	6,6%	24086	5,4%
451 Preparación de obras	6692	1515	22,6%	2419	36,1%	1079	16,1%	598	8,9%	560	8,4%
452 Construcción de inmuebles e ingeniería civil	245558	106972	43,6%	56835	23,1%	34556	14,1%	18566	7,6%	15624	6,4%
453 Instalaciones de edificios obras	91936	41426	45,1%	24694	26,9%	11668	12,7%	6143	6,7%	4911	5,3%
454 Acabado de edificios y obras	103708	57072	55,0%	27674	26,7%	10265	9,9%	4168	4,0%	2934	2,8%
455 Alquiler de equipo ...	552	146	26,4%	133	24,1%	72	13,0%	60	10,9%	57	10,3%

Fuente: DIRCE (INE) y elaboración propia

<sup>17</sup> De forma más general, puede analizarse la relación entre dimensión de la empresa y siniestralidad en F. DURÁN *Informe sobre riesgos laborales...*, cit., pág. 146 y ss.

TABLA 4  
ACCIDENTES CON BAJA EN JORNADA DE TRABAJO, SEGÚN TAMAÑO  
DEL CENTRO DEL TRABAJADOR, POR SECTOR DE ACTIVIDAD (2004)

	Total	De 1 a 9 trabajad.	De 10 a 25 trabajad.	De 26 a 49 trabajad.	De 50 a 99 trabajad.	De 100 a 249 trabajad.	De 250 a 499 trabajad.	De 500 a 1000 trabajad.	Más de 1000 trabajad.	No consta
Agrario	35.024	11.548	6.901	3.202	3.108	3.734	1.707	1.731	287	2.806
No agrario	836.700	189.286	182.696	124.503	103.503	98.903	50.949	31.504	39.385	15.971
Industria	244.740	38.225	49.091	40.805	35.719	38.281	20.004	11.325	6.785	4.505
Construcción	224.083	74.630	66.713	34.845	25.156	14.378	3.625	969	509	3.258
Servicios	367.877	76.431	66.892	48.853	42.628	46.244	27.320	19.210	32.091	8.208
<b>TOTAL</b>	<b>871.724</b>	<b>200.834</b>	<b>189.597</b>	<b>127.705</b>	<b>106.611</b>	<b>102.637</b>	<b>52.656</b>	<b>33.235</b>	<b>39.672</b>	<b>18.777</b>

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo. MTAS, Año 2004

Baste señalar en este sentido —*vid.* Tabla 5— que si en general en la Industria o en Servicios el porcentaje de accidentes ocurridos en empresas de hasta veinticinco trabajadores se situó en el año 2004 en un 35,7% y en un 39% respectivamente, este mismo porcentaje se elevó en el caso de la Construcción hasta el 63,1%

TABLA 5  
ACCIDENTES CON BAJA EN JORNADA DE TRABAJO, SEGÚN TAMAÑO  
DEL CENTRO DE TRABAJO, POR SECTOR. TOTAL Y EMPRESAS  
DE MENOS DE 25 TRABAJADORES. PORCENTAJES

	Total	De 1 a 9 trabajad.	% sobre Total	De 10 a 25 trabajad.	Total de hasta 25 trabajad.	% Sobre Total
Agrario	35.024	11.548	33,0%	6.901	18.449	52,7%
No agrario	836.700	189.286	22,6%	182.696	371.982	44,5%
Industria	244.740	38.225	15,6%	49.091	87.316	35,7%
Construcción	224.083	74.630	33,3%	66.713	141.343	63,1%
Servicios	367.877	76.431	20,8%	66.892	143.323	39,0%
<b>TOTAL</b>	<b>871.724</b>	<b>200.834</b>	<b>23,0%</b>	<b>189.597</b>	<b>390.431</b>	<b>44,8%</b>

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo. MTAS, Año 2004 y elaboración propia

Ciertamente podría pensarse que esta distribución en valores absolutos del número de accidentes podría ser tan sólo la simple consecuencia de la mayor concentración de efectivos laborales en pequeñas empresas que se da, de forma prototípica, en la construcción. Pero con todo, si relacionamos

este tipo de accidentes en función del tamaño del centro con los efectivos laborales, por sector de actividad que nos proporciona para el mismo año 2004 la Encuesta de Coyuntura Laboral<sup>18</sup> se observa —*vid.* Tabla 6— que las diferencias de ratio, aunque siempre presentes, son especialmente llamativas en el caso de las empresas de hasta 50 trabajadores en el sector de la construcción. Así, frente a una ratio de accidentes por cada 1000 efectivos del 65,1 en empresas de construcción de más de 250 trabajadores —más baja, incluso, que en el sector industrial (67,1)—, en las empresas de 1 a 10 trabajadores del sector de la construcción se observan ratios de 142,2 o incluso del 157,3 en empresas de 11 a 50 trabajadores, bastante más altas que las de servicios e incluso que las de industria.

TABLA 6  
RATIO DE ACCIDENTES CON BAJA EN JORNADA DE TRABAJO POR CADA  
1000 EFECTIVOS SEGÚN SECTOR Y DIMENSIÓN DEL CENTRO (AÑO 2004)

Accidentes con baja	Total	De 1 a 9 trabajad.	De 10 a 49 trabajad.	De 50 a 249 trabajad.	Más de 250 trabajad.
• Industria	244.740	38.225	89.896	74.000	38.114
• Construcción	224.083	74.630	101.558	39.534	5.103
• Servicios	367.877	76.431	115.745	88.872	78.621
Efectivos laborales (en miles)	Total	De 1 a 10 trabajad.	De 11 a 50 trabajad.	De 51 a 250 trabajad.	Más de 250 trabajad.
• Industria	2.388,10	395,4	768,4	656,6	567,7
• Construcción	1.575,50	524,9	645,6	326,7	78,4
• Servicios	7.772,50	2.239,60	1.909,10	1.522,10	2.101,80
Ratio Accidentes/ por cada 1000 trabajadores	Total				
• Industria	102,5	96,7	117,0	112,7	67,1
• Construcción	142,2	142,2	157,3	121,0	65,1
• Servicios	47,3	34,1	60,6	58,4	37,4

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo, Encuesta de Coyuntura Laboral y elaboración propia

<sup>18</sup> Dadas las diferentes horquillas que proporcionan la Estadística de Accidentes de Trabajo y la Encuesta de Coyuntura Laboral hemos tenido que relacionar los accidentes con baja en jornada de trabajo en centros de 1 a 9 trabajadores, de 10 a 49 trabajadores y de 50 a 249 trabajadores con los efectivos laborales por sector y tamaño del centro proporcionados por la ECL que siendo parecidos o muy similares no son idénticos —de 1 a 10 trabajadores, de 11 a 50 trabajadores, de 51 a 250 trabajadores—. Sin embargo, la escasa diferencia no impide, al menos a nuestro juicio, que los resultados indiquen una pauta clara en este punto.

Sea como fuere, una tercera causa que suele señalarse a la hora de justificar esta tasa de siniestralidad tradicionalmente elevada presente en la construcción se centra, como no podía ser menos, en la *altísima tasa de temporalidad* presente en el sector de la construcción. Y es que, de hecho, según los últimos datos de la EPA disponibles en el momento de cerrar estas líneas, y referidos al segundo trimestre del año 2006, de los 2.006.300 asalariados que trabajarían en el sector de la construcción, 1.140.400 lo harían con contrato temporal, lo que supone un 56,8%. Muy por encima, por tanto, de una media ya alta y que se sitúa en el 34,4% para el conjunto del Estado<sup>19</sup>. Y es más, tampoco cabe olvidar que esta cifra se incrementa incluso si nos centramos exclusivamente en las propias obras, donde los trabajadores indefinidos prácticamente han desaparecido, llegándose a tasas de temporalidad que según fuentes sindicales podrían alcanzar en muchos casos el 90%.

Pues bien, este dato es importante, porque, con independencia de la discutida existencia o no de un nexo o relación entre temporalidad y siniestralidad, los datos estadísticos nos demuestran —*vid.* Tabla 7— que tan sólo el 18,4% de los accidentes de trabajo en la construcción lo sufren los trabajadores indefinidos, mientras que este porcentaje se eleva al 81,6% en el caso de los empleados temporales. Si comprobamos la distribución porcentual entre uno y otro colectivo señalada anteriormente la conclusión parece obvia; esto es, la existencia de una cierta relación o conexión entre el tipo de contrato por su duración y el porcentaje de probabilidad de sufrir un accidente<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Sobre estos aspectos es de interés el estudio sobre «Empleo y relaciones laborales en el sector de la construcción» en *Observatorio de Relaciones Industriales*, CES, 2005, núm. 84.

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, el documento de UGT *Evolución de la Siniestralidad en España 1996-2004*, de 28 de abril de 2006, pág. 6 y ss., disponible en <http://www.ugt.es/informes/evolucionsiniestralidad1996-2004.pdf>. Un muy interesante estudio, alcanzando estas mismas conclusiones e intentando dar unas causas económicas, en M. GUADALUPE, «The hidden cost of fixed term contracts: the impact on work accident», en *Labour Economics*, 2003, núm. 10, pág. 339 y ss., en especial, pág. 335. Véase, no obstante, AA.VV. *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, (dir. L. TOHARIA) MTAS, 2005, pág. 144 y siguientes, en el que se bien se reconoce que controlando otro tipo de variables, «se mantiene la presencia de un efecto específico del tipo de contrato sobre la siniestralidad laboral, de modo que el trabajador con contrato temporal tiene una probabilidad mayor de sufrir un accidente laboral», también se destaca que restringiendo la muestra de asalariados a aquellos con menos de tres años de antigüedad, «el tipo de contrato deja de ser una variable relevante a la hora de explicar la siniestralidad laboral». Sobre el tema igualmente F. DURÁN *Informe sobre riesgos laborales...*, cit., pág. 42 y ss., 63 y ss. y 158 y ss.

TABLA 7  
ACCIDENTES CON BAJA EN JORNADA DE TRABAJO, SEGÚN DURACIÓN  
DEL CONTRATO, POR SECTOR DE ACTIVIDAD (2004)

	CONTRATOS INDEFINIDOS					CONTRATOS TEMPORALES			No clasificables
	Total	Total	A tiempo completo	A tiempo parcial	Fijo discontinuo	Total	A tiempo completo	A tiempo parcial	
Agrario	35.024	14.874	11.154	160	3.560	19.364	18.817	547	786
No agrario	836.700	395.615	362.922	21.544	11.149	439.649	405.982	33.667	1.436
Industria	244.740	145.757	140.338	2.103	3.316	98.719	95.071	3.648	264
Construcción	224.083	41.058	40.287	575	196	182.627	180.047	2.580	398
Servicios	367.877	208.800	182.297	18.866	7.637	158.303	130.864	27.439	774
<b>TOTAL</b>	<b>871.724</b>	<b>410.489</b>	<b>374.076</b>	<b>21.704</b>	<b>14.709</b>	<b>459.013</b>	<b>424.799</b>	<b>34.214</b>	<b>2.222</b>

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo. MTAS. Año 2004

En cualquier caso, de lo que tampoco cabe duda alguna es de que en este campo, como en general en la mayor parte de sectores de la producción, no es sólo la temporalidad la condicionante de la siniestralidad. Como se observa en la Tabla 8, la cuantía de los accidentes y su proporción suele ser especialmente alta en aquellos trabajadores con una *antigüedad muy baja*, situación ésta que se presenta especialmente en aquellos casos de contratos temporales de muy escasa duración. De ahí que la mayor duración de los mismos y, por consiguiente, la mayor antigüedad del trabajador con una menor rotación parecería poder reducir igualmente sus índices de siniestralidad, incluso aunque se tratase de contratos temporales<sup>21</sup>.

TABLA 8  
ACCIDENTES CON BAJA EN JORNADA DE TRABAJO, SEGÚN ANTIGÜEDAD  
EN EL PUESTO DE TRABAJO, POR SECTOR. AÑO 2004

	Total	Hasta 1 mes	Entre 1 y 2 meses	Entre 3 y 4 meses	Entre 5 y 7 meses	Entre 8 y 12 meses	Entre 1 y 3 años	Entre 3 y 10 años	10 años o más
• Agrario	35.024	6.273	7.381	3.843	2.915	2.246	4.493	7.508	365
• No agrario	836.700	61.219	181.212	78.646	71.828	70.782	146.580	210.160	16.273
• Industria	244.740	12.808	53.233	17.509	16.332	17.408	41.329	78.363	7.758
• Construcción	224.083	24.543	54.711	29.745	26.472	24.751	38.039	24.593	1.229
• Servicios	367.877	23.868	73.268	31.392	29.024	28.623	67.212	107.204	7.286
• TOTAL	871.724	67.492	188.593	82.489	74.743	73.028	151.073	217.668	16.638

Fuente: Estadística de Accidentes de Trabajo. MTAS, Año 2004

<sup>21</sup> Véase, no obstante, la mayor cautela sugerida en este punto por F. DURÁN *Informe sobre riesgos laborales...*, cit., pág. 161 y ss.

Y todo ello por no hablar, en último término, de la especialmente *alta tasa de asalariados inmigrantes* que trabajan en este sector de la construcción, en donde el índice de siniestralidad mortal suele ser más alto<sup>22</sup>; o, por mencionar una última y posible razón, la *alta tasa de economía y empleo sumergido* presente en este sector de actividad<sup>23</sup>, y que desde luego dificulta la correcta gestión preventiva.

En definitiva, un importante, variado y a veces discutido —tanto en su composición como en su trascendencia relativa— cuadro de posibles causas que no dejó inalterado, ni a nuestros Poderes Públicos, ni a los propios agentes sociales.

## 1.2. Los orígenes de la actual Ley

En este contexto no debe extrañarnos que el problema de la seguridad y salud —ligado normalmente a la excesiva descentralización en este concreto sector de actividad— fuera objeto de diversas iniciativas de grupos parlamentarios y de los propios interlocutores sociales; unas iniciativas que, en último término, han dado lugar a lo que hoy es la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (LSC en adelante).

Dejando a un lado, al menos por el momento, la importante labor desarrollada por el Grupo de Trabajo sobre el sector de la Construcción creada en el seno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo<sup>24</sup>,

<sup>22</sup> Según los datos de la EPA para el segundo trimestre del 2006 de los 2.521.700 ocupados en el sector de la construcción en España, 510.800 serían extranjeros, lo que supone un 20,3% del total; un porcentaje éste que casi duplica la media —un 12,3%— y que resulta más alto que los correspondientes a Industria —8,6%—, servicios —11,4%— y agricultura —16,7%—. Por otra parte, un reciente estudio del INSHT señalaba que la población extranjera presenta un índice de siniestralidad (6.822) mayor que el total nacional (6.108) especialmente en los mortales, donde el índice de siniestralidad se sitúa más de dos puntos por encima (8,6 frente a 6,3). Sin embargo, es llamativo que el índice en la construcción es inferior en los extranjeros, salvo en los mortales. En cambio, la mayor singularidad se refleja en la industria, donde el índice de siniestralidad de los trabajadores foráneos es casi un 50% mayor (15.009 el índice para extranjeros frente al 10.174 de índice nacional). Más información en <http://www.tt.mtas.es/periodico/Laboral/200609/LAB20060915.htm>

<sup>23</sup> Algunos datos sobre este tema, especialmente relacionados con la Comunidad Autónoma Andaluza pueden obtenerse en AAVV. *La economía sumergida en Andalucía*, CES, Junta de Andalucía, págs. 38, 72 y 73 especialmente.

<sup>24</sup> Este grupo fue creado por mandato de la Comisión en su sesión plenaria de 29 de octubre de 1988, se constituyó el 16 de febrero de 1999, y entre sus resultados más importantes destacan unos interesantes «Criterios para la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales en el sector de la Construcción» publicados en el año 2001; un informe de

o, sobre todo, la progresiva importancia que algunos de estos aspectos han tenido en el proceso de negociación colectiva sectorial estatal —tema éste sobre el que volveremos puntualmente a lo largo de los distintos apartados de este trabajo en la medida en la que, como veremos, la LSC ha venido a recoger o dar pie legal a muchas o a buena parte de estas medidas— de lo que no cabe duda es de que con esta LSC se pone fin, al menos por el momento, a una larga lucha sindical. Una lucha sindical destinada, en esencia, a poner coto mediante medidas legislativas a las consecuencias negativas, sobre todo en lo relativo a la prevención de riesgos laborales, que en el sector de la construcción ha tenido el desarrollo exponencial de este fenómeno de la subcontratación.

Pues bien, desde esta perspectiva, la primera manifestación de dicha actividad puede encontrarse, seguramente, en la Proposición de Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, presentada el 30 de julio de 1998 por la Federación Estatal de Construcción, Madera y Afines (FECOMA) de Comisiones Obreras<sup>25</sup>. Se trataba de una norma extraordinariamente amplia y compleja, muchos de cuyos aspectos se analizarán a lo largo del presente trabajo, y que, sin embargo, fue rechazada por el Congreso de los Diputados el 21 de noviembre de 2000<sup>26</sup>.

Aún así, la actuación sindical permitió que esta primera propuesta fuera seguida o, mejor, continuada, por otras dos Proposiciones de Ley, extraordinariamente similares —por no decir idénticas a las anteriores— que, sobre esta misma materia, fueron presentadas por el Grupo Mixto el 18 de diciembre de 2000<sup>27</sup>, y por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda el 6 de marzo de 2001<sup>28</sup>, si bien ambas Proposiciones sufrieron la misma suerte que la anterior, siendo rechazadas por el Pleno del Congreso el 15 de junio de 2001<sup>29</sup>.

Finalmente, los impulsores de esta normativa tuvieron que esperar a la octava legislatura para que, ahora sí, una nueva Proposición de Ley presentada formalmente por Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, —nuevamente extraordinariamente similar, si no idéntica a las

---

adecuación de la misma a la Guía Técnica de Seguridad y Salud en obras de construcción; y una importante actividad en el campo de orientación de la actividad formativa en relación con lo dispuesto en el Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción. Más información en [www.empleo.mtas.es/insh/cnsst/grupos.htm](http://www.empleo.mtas.es/insh/cnsst/grupos.htm)

<sup>25</sup> BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-337-1 de 23/12/1999, pág. 1.

<sup>26</sup> BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-4-2 de 29/11/2000, pág. 9.

<sup>27</sup> Su texto en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-96-1 de 22/12/2000.

<sup>28</sup> Su texto en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-119-1 de 16/03/2001, pág. 1.

<sup>29</sup> El rechazo de la primera en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-96-2 de 15/06/2001, pág. 9. El de la segunda en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-119-2 de 15/06/2001, pág. 9.

anteriores— fuera admitida a trámite. Y si bien sometida a muy importantes cambios —en los que quizás influyó el coetáneo proceso de diálogo entre los interlocutores sociales desarrollado desde su toma en consideración hasta su aprobación<sup>30</sup>—, lo cierto es que la misma acabó siendo aprobada definitivamente por el Congreso —sin aceptar, salvo elementos de detalle, las modificaciones introducidas por el Senado<sup>31</sup>— el 28 de septiembre de 2006, impulsada y sacada seguramente de su anterior ostracismo por un desgraciado y conocido accidente ocurrido en la construcción de la Autovía del Mediterráneo en noviembre de 2005 y en el que fallecieron seis personas.

## 2. OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES DE LA LEY 32/2006

### 2.1. Objetivo de la ley: la descentralización productiva vista, básicamente, desde la óptica de la prevención

En su versión definitiva, el art. 1 de la Ley 32/2006 de 18 de octubre (LSC en adelante) señala expresamente como objeto u objetivo de la misma «mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular».

Se trata, por tanto de una norma eminentemente laboral —aunque la DF 1.ª LSC incardine su título competencial tanto en el art. 149.7 CE como en el art. 149.1.18 CE otorgándole, además, carácter básico a estos efectos<sup>32</sup>— destinada, como veremos, a atajar algunas de las consecuencias más negativas que sobre la situación sociolaboral de los trabajadores de la cons-

<sup>30</sup> Menciones o referencias a este proceso de diálogo, en aquel momento al parecer inconcluso, pueden encontrarse en la intervención del Sr. Diputado Azpiroz Villar en el debate de totalidad de esta Proposición de Ley —DS. Congreso de los Diputados Núm. 138 de 15/12/2005, pág. 7002—. En general, del resultado final de la votación y de conversaciones con los agentes sociales implicados parece deducirse que, al menos para algunos de ellos, existió finalmente un cierto «consenso implícito» —que no explícito—, sobre el texto definitivo de la Ley, actuando en ocasiones los diversos Grupos Parlamentarios como correas de transmisión de las sucesivas propuestas o acuerdos de los interlocutores sociales.

<sup>31</sup> Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-37 de 27/09/2006, pág. 147

<sup>32</sup> En la DF 2.ª del texto inicial de la Proposición de Ley se mencionaba igualmente este título competencial del art. 149.1.18 CE, pero en relación exclusivamente con el capítulo III, dedicado a las «Normas para acceder a la subcontratación en el Sector Público». En este capítulo se abordaban básicamente cuestiones relativas a la subcontratación en obras sujetas a Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Desde esta perspectiva sí tenía sentido la aparición de dicho título competencial. Pero obsérvese que, como veremos, esta distinta regulación entre subcontratación en el sector público y privado, presente en el texto inicial de la Proposición de Ley, ha desaparecido del texto final. Y sin embargo, lo que sí ha permanecido es el mencionado título competencial.



trucción ha tenido el progresivo e imparable proceso de descentralización productiva. Y ello porque si como se ha dicho plásticamente, este proceso ha producido un notable desorden en conceptos e instituciones básicas del ordenamiento social<sup>33</sup>, este desorden se ha hecho especialmente intenso y, si se nos permite, perverso, en el sector de la construcción.

Pero, en cualquier caso, es conveniente destacar como esta aproximación se hace, fundamentalmente desde la óptica preventiva. Es más incluso cuando se establecen normas claramente laborales sobre, por ejemplo, una plantilla mínima estable en estas empresas, o se regula sobre la forma de contratación temporal en el sector, se busca expresa o implícitamente una conexión con la reducción de siniestralidad. De ahí que, salvo algunos aspectos puntuales, casi todos los tipos infractores se incluyan en la Sección 2 del Capítulo II de la LISOS, dedicado expresamente a la prevención de riesgos laborales. Y de ahí que nos encontremos, básicamente, ante una norma preventiva para un sector específico como es la construcción.

Desde esta perspectiva, la LSC viene así a incorporarse a un cada vez más amplio y abigarrado conjunto de normas que regulan la prevención en el campo de la construcción; un conjunto formado no sólo por normas generales como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 de 8 de noviembre, o el RD 171/2004, de 30 de enero, sobre coordinación de actividades empresariales<sup>34</sup>, sino también por normas específicas y sin duda fundamentales como el RD 1627/1997 de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, o la propia negociación colectiva en este sector que ha de considerarse, a estos efectos, como normativa de seguridad y salud laboral<sup>35</sup>. Y todo ello, claro está, sin olvidar la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999 de 5 de noviembre, otras normas sectoriales de interés<sup>36</sup>, o la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la construcción<sup>37</sup> que, elaborada en virtud de la DF 1 del RD 1627/1997, tiene un muy importante valor interpretativo, a pesar de carecer expresa, o al menos formalmente, de valor vinculante para nuestros Tribunales.

<sup>33</sup> Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, «Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo», en *Relaciones Laborales*, 2001, t/II, pág. 79 y ss.

<sup>34</sup> Véase la DA Primera del mencionado RD en el que se establece expresamente su aplicación a las obras incluidas en el RD 1627/1997, de 24 de octubre con algunas aclaraciones incorporadas a la misma norma.

<sup>35</sup> Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción 2002-2006, BOE 10 de agosto de 2002, núm. 191, pág. 29819 y ss.

<sup>36</sup> Como la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, la Ley 21/1992, de Industria, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones o la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

<sup>37</sup> Disponible en [http://www.mtas.es/insht/practice/G\\_obras.htm](http://www.mtas.es/insht/practice/G_obras.htm)

Con estos antecedentes, se comprenderá fácilmente como en gran parte, tanto el art. 2 LSC relativo al ámbito de aplicación, como el art. 3 LSC, destinado a definir algunos de los conceptos manejados en la misma Ley, sean claros deudores, o al menos estén notablemente inspirados en normas similares del RD 1627/1997. Y sin embargo, ello no significa que estén exentos de generar algunas dudas. Vayamos, pues, por partes.

## 2.2. **Ámbito de aplicación**

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, el art. 2 LSC parece establecer, al menos en su texto final —procedente de la enmienda núm. 116 presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista<sup>38</sup>—, tres requisitos acumulativos necesarios para la aplicación del conjunto de normas que componen la Ley:

- el primero la presencia de un contrato que se celebre en régimen de subcontratación;
- el segundo, que este contrato se celebre para la realización de una serie de trabajos especificados en el art. 2 LSC
- y el tercero, el que dichas tareas sean realizadas en obras de construcción.

Comenzando por esto último, el art. 3.1 LSC define estas obras de construcción —obsérvese, sin distinguir según requieran o no proyecto— como cualquier obra pública o privada en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil. Pero a continuación —y a diferencia del art. 2.1. RD 1627/1997 donde sin duda se ha «inspirado el precepto»— se abstiene de definir que se entiende por construcción o ingeniería civil. A nuestro juicio, un intento de dar una cierta sistematicidad a este amplio conjunto de normas recomendaría, al menos como regla general, acoger el mismo criterio establecido en la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción antes mencionado en relación con el ya citado precepto del RD 1627/1997. Y así, identificaríamos a estos trabajos de construcción o ingeniería civil con los desarrollados con carácter temporal y que pudieran incluirse en el Anexo I del RD 1627/1997 o en el apartado 45 de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-93)<sup>39</sup>, siempre, claro está, que estén referidas a trabajos intrínseca-

<sup>38</sup> BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 111.

<sup>39</sup> RD 1560/1992, de 18 de diciembre, BOE núm. 306, de 22 de diciembre. Simplificando podrían señalarse que quedarían incluidas dentro del epígrafe F, FF, 45 Construcción, las siguientes actividades —siempre según esta clasificación nacional—: preparación de obras, demolición y movimiento de tierras, demolición y excavaciones, grandes movimientos de tie-



mente asociados a actividades de construcción y se ejecuten con tecnología propias de este tipo de industrias.

En este caso, quizás el único problema provenga de que la LSC no contempla, a diferencia de lo que ocurre con su norma inspiradora, al menos en este punto, el RD 1627/1997, una expresa exclusión de las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneo o por sondeos, que, en cambio, sí quedan excepcionados del RD 1627/1997 y remitidos a su normativa específica<sup>40</sup>. Este silencio del legislador, unido a que algunas de estas actividades —fundamentalmente ciertas canteras— sí podrían quedar incluidas en el omnicompreensivo Anexo II del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (CCGSC en adelante)<sup>41</sup> relativo a su campo de aplicación podrían inducir a alguna duda. Pero al menos a mi juicio no debe confundirse los criterios de inclusión del CCGSC, que busca obviamente la ausencia de vacíos de cobertura, con la auténtica delimitación de las obras de construcción, sin que deba dársele, al menos a mi juicio, mayor trascendencia a esta mera omisión u olvido del legislador. Del mismo modo que es conveniente recordar que en ningún momento la ley exige —como alguna enmienda sugirió— para su aplicación que las empresas estén incluidas en el ámbito de aplicación del CCGSC, aspecto éste último absolutamente irrelevante a los efectos que ahora nos ocupan.

Ahora bien, una vez delimitado el ámbito sustancial, la norma exige acumulativamente un segundo y tercer elemento centrados en la presencia

---

rras, perforaciones y sondeos, construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil, construcción general de edificios y obras singulares de ingeniería civil (puentes, túneles ...), construcción de edificios, obras singulares de ingeniería civil en superficie y en altura, obras singulares de ingeniería civil subterránea, construcción de redes, construcción de tendidos eléctricos, construcción de líneas de telecomunicaciones, construcción de cubiertas y de estructuras de cerramiento, construcción de cubiertas y tejados, trabajos de impermeabilización, construcción de autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas y centros deportivos, construcción y reparación de vías férreas, construcción de carreteras, autopistas, aeródromos e instalaciones deportivas, obras hidráulicas, otras construcciones especializadas, montaje de armazones y estructuras metálicas, cimentaciones y pilotaje, instalaciones de edificios y obras, instalaciones eléctricas, instalaciones eléctricas, aislamiento térmico, acústico y antivibratorio, fontanería e instalación de climatización, acabado de edificios y obras, revocamiento, instalaciones de carpintería, carpintería de madera y materias plásticas, carpintería metálica, cerrajería, revestimiento de suelos y paredes, revestimiento de suelos y paredes, acristalamiento y pintura, acristalamiento, pintura.

<sup>40</sup> RD 863/1985 de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, el RD 150/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica el art. 109 de dicho Reglamento y el RD 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores en las actividades mineras.

<sup>41</sup> BOE de 10 de agosto de 2002 núm. 191.

de una subcontratación, realizada, precisamente, para la ejecución de una serie de trabajos que viene a coincidir, nueva y literalmente, con las obras de construcción o de ingeniería civil reflejadas en el Anexo I del RD 1627/1997, habiendo desaparecido, por tanto, la referencia a los trabajos específicos que incorporaba el texto de la originaria Proposición de Ley y que venían a coincidir, nuevamente, con la relación de trabajos que implican riesgos especiales en este sector contemplada en el Anexo II del RD 1627/1997<sup>42</sup>.

El primero de estos dos requisitos excluye, al menos en principio, la aplicación de la LSC en aquellos supuestos en los que no existan procesos de subcontratación aunque se trate de una obra de construcción. Y es, obviamente, este requisito el que conduce a centrar la atención de las nuevas normas en el contratista o subcontratista, excluyendo, al menos en principio, al mero promotor, salvo que, como veremos, desarrolle directamente, esto es, con medios humanos y materiales propios, la totalidad o parte de una obra que parcialmente es contratada o subcontratada, en cuyo caso pasará, sin perder su condición de promotor, a asumir también las cargas y obligaciones del contratista. De hecho, la figura del promotor es casi totalmente ajena a esta ley —véase el art. 4 LSC— que tan sólo lo contempla como posible sujeto infractor en la medida en la que se otorgan funciones fundamentales a la dirección facultativa por él designada. De ahí que, por ejemplo, también la técnica de responsabilidad laboral ligada a muchos de los incumplimientos de las reglas legales incorporadas en la LSC se centre en la extensión solidaria de responsabilidad entre eslabones de la cadena de subcontratación olvidando, parece que expresamente, la figura del promotor. Y todo ello sin ignorar que, en primer lugar, en algún precepto aislado no es absolutamente necesaria la existencia actual de una contrata, bastando —*vid.* Art. 4.4 LSC— la participación habitual en este tipo de procesos para imponer la aplicación de dicho precepto a las empresas contratistas o subcontratistas que, eso sí, realicen habitualmente tal actividad. Y en segundo lugar que, como recuerda MERINO SEGOVIA, ciertos preceptos, en especial, el art. 10 y la DA 3 LSC parecen estar destinados al sector en su conjunto y no exclusivamente a las situaciones de subcontratación<sup>43</sup>. Pero sobre ello volveremos con mayor profundidad algo más tarde.

Por ahora tan sólo me interesa destacar, en tercer lugar, que, al menos a mi juicio, toda esta normativa, y por tanto, todas las limitaciones que en ella se incorporan, tan sólo serán de aplicación a aquellas contratas o subcontratas destinadas a estas tareas o trabajos identificados en el art. 2

<sup>42</sup> Seguramente, y como señala A. MERINO SEGOVIA, *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, original impreso, pág. 14, la inclusión de estos trabajos se debía a su frecuencia y su peligrosidad, sin que la omisión de la misma en el texto final parezca tener mayor trascendencia a estos efectos.

<sup>43</sup> *Vid.* A. MERINO SEGOVIA, *Comentarios a la Ley 32/2006...*, cit., pág. 22.



LSC, y no a cualesquiera otras que, incluso desarrolladas en este mismo lugar físico, no estén directamente relacionadas —no sean «inherentes» en una terminología judicial ciertamente cercana y ya suficientemente extendida—, con la actividad constructora tal como es definida en este precepto. En pocas palabras, el objeto de la contrata tiene que ser la contratación o subcontratación de una tarea de construcción tal como la define el art. 2 LSC, en una obra de construcción<sup>44</sup>. De ahí que, al menos en nuestra opinión, no quedarían cubiertas por las mismas otras posibles contrata o subcontratas de actividades completamente alejadas de la construcción y que no encajen en los términos del art. 2 LSC; por poner un conocido ejemplo, las destinadas a vigilancia. Y todo ello tras recordar que, a diferencia de lo que acontece en el Anexo I del RD 1627/1997, en el art. 2 LSC este listado no es declarado en ningún momento como ejemplificativo —véase por ejemplo la distinta redacción del art. 3.a LSC y 2.1.a RD 1627/1997—, lo que podría apoyar su consideración como listado cerrado y exhaustivo, sobre todo si recordamos el carácter limitativo de derechos de la mencionada normativa.

En cualquier caso, y ya para concluir este apartado, es importante destacar que la DA 2 LSC incorpora expresamente a su ámbito de aplicación las obras de construcción sometidas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, respetando, eso sí, las especialidades que se deriven de

<sup>44</sup> Esta misma Guía Técnica procede a precisar, en la medida de lo posible, los términos empleados en el Anexo I del RD 1627/1997. A nuestro juicio, esta concreción puede ser de gran ayuda en la identificación del ámbito de aplicación de la LSC. Y así, serían ejemplos de excavación los vaciados de tierras, pozos, zanjas, galerías y túneles, etc.; ejemplos de movimiento de tierras la explanación, desmonte, terraplenado, etc.; de construcción lo serían la excavación, el movimiento de tierras, o el saneamiento, etc., dentro de una obra.; de montaje y desmontaje de elementos prefabricados el montaje de losas y muros prefabricados, estructuras, cubiertas prefabricadas, etc.; de acondicionamiento o instalaciones el acondicionamiento de una carretera para la ampliación de los arcenes; de un local comercial para su utilización como cafetería; de un puerto para mejorar el calado de la dársena, etc. Ejemplos: instalación de aire acondicionado, calefacción, ventilación, electricidad, alumbrado, etc.; de transformación la transformación un teatro en varios cines, el sustituir una vía férrea de velocidad común por otra de alta velocidad, el ampliar la utilización de un puente dedicado al ferrocarril para hacerlo compatible con el paso de una carretera, el transformar un puerto pesquero en otro deportivo, etc.; de rehabilitación la rehabilitación de un hotel, teatro, cine, edificio, etc. antiguos u abandonados; la rehabilitación de puentes, túneles, etc.; de reparación la reparación de instalaciones, de componentes estructurales o decorativos, etc.; de desmantelamiento el desmantelamiento de un falso techo, de una instalación de aire acondicionado, etc.; de mantenimiento el conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc. puedan seguir funcionando adecuadamente. Como, por ejemplo el mantenimiento de una carretera; de conservación y trabajos de pintura y de limpieza la pintura de fachadas de edificios o de elementos estructurales o de otro tipo, la limpieza de fachadas, de cubiertas o de canalones; limpieza de monumentos, etc.. Finalmente, y de acuerdo siempre con esta Guía por saneamiento se entendería la acción de ejecutar, reformar o reparar el alcantarillado o drenaje de un edificio, municipio, etc.

dicha ley<sup>45</sup>. Sin poder entrar aquí en las peculiares relaciones que pueden establecerse entre ambas regulaciones, por ejemplo, en relación con la acreditación de estas empresas y su registro, tan sólo quisiéramos llamar la atención, en primer lugar, sobre el hecho que, de este modo, el texto definitivo de la LSC no establece dos regímenes específicos y distintos para obras privadas y públicas como en cambio sí parecía prever el texto originario de la Proposición de Ley. Y en segundo lugar, que de esta forma se vendría a recoger en el limitado campo de la subcontratación de obra en el sector de la construcción, una de las observaciones que, de una forma bastante más general, realizó recientemente el CES en relación con el art. 210 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Y es que como se recordará, en relación con este artículo el CES postuló la necesidad de reflejar de forma más contundente y clara la necesidad de controles en todos los supuestos de subcontratación, proponiéndose que con carácter general se limitase a dos niveles esa posibilidad de subcontratar<sup>46</sup>.

### 2.3. Definiciones

Por otra parte, esta misma similitud con el RD 1627/1997 se aprecia nuevamente en el art. 3 LSC dedicado a definir diversos conceptos presentes en la propia ley. Así nociones tradicionales como obra de construcción —o simplemente obra—, promotor, dirección facultativa, coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución o, por poner, un ejemplo más, de trabajador autónomo son casi literalmente idénticas a las contempladas en el RD de disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud en las obras de construcción y, por tanto, también similares a las que, para el concreto sector de la edificación hace en su caso la Ley de Ordenación de la Edificación<sup>47</sup>. De ahí que no parezca necesario detenernos más en este tema<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> El texto actual proviene de la Enmienda núm. 141 presentada por el Grupo Socialista. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 123.

<sup>46</sup> La propuesta completa, sumamente interesante, puede encontrarse en el Dictamen 04/2006, aprobado el 20 de febrero de 2006, págs. 18 y 19 especialmente. Por lo que conozco, no parece que se hayan incorporado estas sugerencias al menos en el Texto del art. 210 publicado en el BOCG CC de 8 de septiembre de 2006.

<sup>47</sup> De hecho, esta «adaptación» de las definiciones de la Proposición a las ya establecidas en la normativa vigente era una de las justificaciones de la Enmienda núm. 119 del Grupo Parlamentario Socialista de donde procede, sin duda, la redacción actual —*vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Num. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 113—.

<sup>48</sup> Dadas estas similitudes, parece lógico concluir que a estos mismos conceptos le serán de aplicación las aclaraciones que en relación con los mismos hace la Guía Técnica de obras de construcción antes citada.

Por contra, las principales novedades se centran en la definición expresa de subcontratación y de nivel de subcontratación; unas novedades éstas a la que se une la inevitable ampliación del concepto de subcontratista, no sólo al primer nivel al que se refiere exclusiva y formalmente el RD 1627/1997, sino también al segundo y sucesivo subcontratista; y, finalmente a la aclaración, ya mencionada anteriormente, de acuerdo con la cual cuando el promotor realice directamente la totalidad o determinada parte de la obra tendrá la consideración de contratista. En cambio, el art. 3 LCS nada señala sobre la condición del promotor cuando contrate directamente a trabajadores autónomos para la realización de la obra, aunque un mínimo de coherencia entre los diversos textos normativos quizás debiera llevarnos a otorgarle la misma calificación que la que le otorga el art. 2.3 RD 1627/1997, sobre todo si recordamos el deseo del legislador de adaptar estos conceptos a las definiciones ya existentes en la legislación reglamentaria previa. Y por último, quizás convenga señalar que en su versión definitiva, la Ley vuelve a incorporar una definición de trabajador autónomo, idéntica a la del RD 1627/1997, pero que en su momento fue eliminada por el Senado, alegando una supuesta discriminación de estos<sup>49</sup>. Y todo ello sin olvidar que igualmente resulta novedosa la expresa aclaración legal al identificar como contratistas, en la parte que ejecuten, a las empresas que formen una UTE cuando la propia UTE no ejecute directamente la obra

En cualquier caso, más allá de recordar la expresa definición legal de subcontratación, entendida materialmente como la «práctica mercantil en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o autónomo parte de lo que se le ha encargado» —huyendo expresamente de una identificación técnica del tipo de contrato que quizás en este caso no hubiera planteado especiales problemas dado el contenido específico que deben tener estas subcontrataciones ex art. 2 LSC<sup>50</sup>—, y de otras cuestio-

<sup>49</sup> Véase la Enmienda núm. 20 del Grupo Popular en el Senado en el BOCG Senado Núm. 14 (c) de 19 de junio de 2006, pág. 18.

<sup>50</sup> Y es que la tradicional identificación, total o básica, del término *contratas* y *subcontratas* con el contrato de empresa o, según la terminología del art. 1544 Cc, de «arrendamiento» de obra, no plantea aquí especiales problemas. Y ello no sólo por la interpretación amplia que desde un punto de vista funcional viene dando la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia, sino, y sobre todo, en la medida en la que los «trabajos» o «actividades» recogidos en el art. 2 LSC, al delimitar su ámbito de aplicación en auténticas obras o servicios, parecen excluir del ámbito de aplicación de la LSC los supuestos más problemáticos en otros campos, centrados, como de todos es sabido, en los supuestos de descentralización en los que el objeto de la obligación deducida del contrato sea un *dare* o en los casos de distribución mercantil; unos problemas éstos que en otros ámbitos han llevado a recientes y muy interesantes intentos de reconstruir conceptos como el de propia actividad o incluso el de *contrata*, centrándose ahora en la situación de inferioridad o subordinación económica. *Vid.* J.M. GOERLICH PESET, «Determinación del supuesto: la noción de *contrata* y *subcontrata* de obra y servicios»,

nes que se irán abordando a lo largo del presente trabajo, lo que sí nos interesa destacar ahora es la clara opción de la LSC por identificar la empresa principal —y, por tanto su estatuto jurídico y sus posibles responsabilidades— con la empresa contratista y no con la promotora.

Esta perspectiva ya estaba presente implícitamente en el art. 11.2 RD 1627/1997 que, a efectos de responsabilidad solidaria, tan sólo mencionaba a contratista y subcontratista sin mencionar al promotor; se constataba aún con mayor claridad en la DA Primera b) del RD 171/2004 —lo que, por cierto no dejó de suscitar ciertas dudas entre algunos de sus comentaristas<sup>51</sup>—; y parece ya indudable en la LSC, en cuyo art. 3.e) se equipara simple y llanamente al contratista con el empresario principal —de hecho el art. 3.e) LSC los considera un mismo concepto («contratista o empresario principal»)—. Y de hecho, tan sólo cuando el promotor realice directamente, con medios humanos y materiales propios, parte o la totalidad de la obra tendría la consideración de contratista/empresario principal<sup>52</sup>.

Ciertamente podría pensarse que la LSC se limita seguir en este punto sus antecesores normativos. Y seguramente es así. Pero quizás de este modo se olvida un dato que, al menos a nuestro juicio, debiera en todo caso resaltarse. Y es que seguramente tanto el art. 11 RD 1627/1997 como el RD 171/2004 se vieron literalmente obligados a esta equiparación, por su carácter meramente reglamentario, por el tenor literal del art. 24 LPRL y por el concepto restrictivo que de la propia actividad ha venido acogiendo el Tribunal Supremo —aplicable, al menos a mi juicio, a la norma base del art. 24 LPRL—, y que obligaba, en definitiva, a rechazar como contrata de propia actividad la desarrollada entre el promotor y el contratista o «constructor»<sup>53</sup>. En cambio, la LSC, por su propio rango igualmente legal, no estaba necesariamente obligada a esta equiparación inevitable, seguramente, para las anteriores normas reglamentarias. Por ello, en el caso de la LSC esta opción debe considerarse no sólo como clara, sino también como voluntaria y consciente.

en AAVV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, *Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 99 y ss; L.E. NORES TORRES, *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 116 y ss.

<sup>51</sup> Una referencia bibliográfica a este debate en F.J. CALVO GALLEGU, «Obligaciones y responsabilidades...», cit., pág. 212 y ss.

<sup>52</sup> En realidad, esta distinción ya había sido avanzada por algunos autores como vía para solucionar estos problemas en la delimitación de la responsabilidad del promotor en este ámbito. Véase M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial en las contratas...*, cit., pág. 340 y ss. ; F.J. CALVO GALLEGU, «Obligaciones y responsabilidades...», cit., págs. 21-213.

<sup>53</sup> STS (Sala de lo Social) de 20 julio 2005 (RJ 2005\5595).



Cuestión distinta es su acierto o corrección. Y ello porque si bien es cierto que en muchas ocasiones la promotora no tendrá ni tan siquiera trabajadores en la obra, tampoco puede desconocerse lo paradójico de esta situación. Sobre todo si recordamos las obligaciones reglamentariamente impuestas al promotor, directamente ligadas al control del grado de apertura en los niveles excepcionales de subcontratación, o el hecho de que paradójica y al menos literalmente no estaría obligada —o al menos no se prevé una sanción administrativa o su responsabilidad solidaria en caso de que no lo realice— a controlar el cumplimiento por parte del contratista de los requisitos, por ejemplo, de acreditación y registro, establecidos en el art. 4 LSC.

### 3. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA LEY 32/2006

En cualquier caso, y entrando ya en la regulación sustantiva de esta nueva norma, parece evidente que la LSC ha intentado abordar, con mayor o menor intensidad, buena parte de las causas que antes señalábamos como posibles motivos de la alta siniestralidad en la construcción.

Y para ello no ha dudado en actuar, tanto sobre el régimen legal de la subcontratación, como sobre la estructura y requisitos de las empresas, e incluso sobre la propia situación socioprofesional del trabajador de la construcción, asumiendo e incluso dando apoyo legal a medidas que, en algunos casos, ya se habían empezado a diseñar en la negociación colectiva sectorial estatal y que ahora encuentran un claro apoyo o referente legal. Pero vayamos nuevamente por partes.

#### 3.1. La nueva regulación de la subcontratación

En este sentido, un primer gran grupo de medidas incorporadas en la LSC se centran, como no podía ser menos, en la propia regulación de la subcontratación, abordando, tanto una importante limitación en sus niveles máximos de descentralización permisibles, como una detallada regulación de la documentación y de los derechos de los representantes de los trabajadores en estos mismos casos, como, por último, incorporando alguna norma aislada en el siempre confuso campo de las responsabilidades y de las obligaciones interempresariales en estos supuestos.

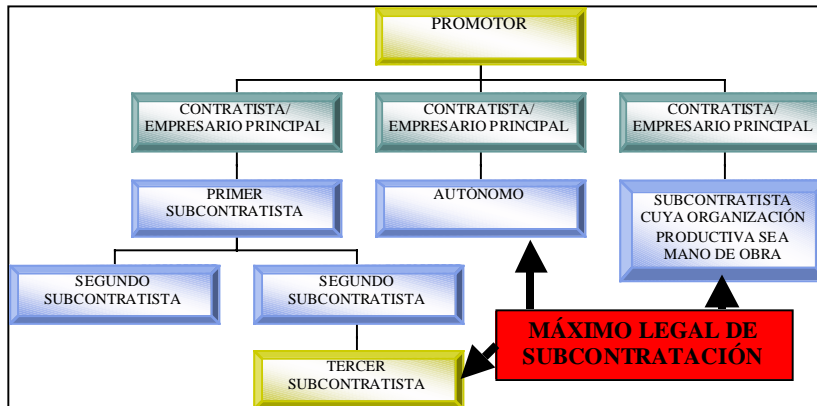
##### 3.1.1. *Los nuevos niveles máximos de subcontratación*

Así, la primera y, sin duda, la más llamativa limitación que incorpora la LSC se ha centrado en reducir uno de los elementos que, como antes he-

mos visto, con mayor frecuencia se ha señalado entre las causas determinantes de la alta tasa de siniestralidad y de su gravedad en la construcción: los excesivos escalones, los desproporcionados niveles de subcontratación que en muchas ocasiones se apreciaban en estas obras de construcción.

De este modo, y de acuerdo con el art. 5 LSC, toda obra de construcción que sea iniciada seis meses después de la publicación en el BOE de esta norma —DT 1 y DF 3 LSC— no podrá tener, como regla general, más de un tercer nivel de subcontratación, teniendo en cuenta, además, que ni los autónomos ni los subcontratistas cuya organización productiva en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra podrán a su vez subcontratar los trabajos a ellos encomendados. A tales efectos, se considera como nivel de subcontratación cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación, sin abarcar, por tanto, la contratación mercantil entre el promotor —siempre que actúe como tal, y no como contratista al realizar parte de la obra con sus propios medios, en cuyo caso habría de considerarse como tal—y cuantos contratistas desee.

ILUSTRACIÓN 1  
POSIBLE ESQUEMA DE SUBCONTRATACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN  
TRAS LA LEY 32/2006



Evidentemente, esta norma dista mucho en su intensidad de la propuesta contemplada en el art. 5 de la originaria Proposición de Ley que exigía al subcontratista garantizar la ejecución completa de la obra, excluyéndose expresamente la posibilidad de subcontratar a su vez la totalidad o incluso parte de la misma con una tercera empresa<sup>54</sup>. Y de hecho, se aproxima bastante a

<sup>54</sup> Véase igualmente el art. 5.1.e) y el art. 11 «Prohibición de la subcontratación en cadena» del tantas veces mencionado Texto primigenio de la Proposición de Ley.



la fórmula prevista en el art.10 de la propuesta alternativa realizada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Popular<sup>55</sup>. Pero con todo, supone un límite importante, fundamentalmente para lo autónomos. Y de hecho, una de las principales críticas que se han realizado a la LSC —y que en su momento justificó incluso varias de las enmiendas incorporadas en el Senado y que no fructificaron en su tramitación final ante Congreso— fue esta teórica discriminación de los autónomos en este concreto sector de actividad<sup>56</sup>.

En cualquier caso, obsérvese, en primer lugar, que la norma se centra en el factor objetivo de la subcontratación, sin distinguir ni prestar una mayor atención en función de la mayor o menor peligrosidad de los trabajos subcontratados. De hecho, llama la atención que este factor, que ha sido tenido ya en cuenta, por ejemplo, en la regulación del contrato de puesta a disposición —art. 8 RD 216/1999—, no haya sido valorado a estos efectos, limitándose, como veremos más tarde, a ser considerada un factor que agrava la tipificación en su caso de los posibles incumplimientos de los sujetos implicados en esta actuación.

En segundo lugar, que hasta este tercer nivel, la subcontratación no parece estar condicionada a ningún requisito causal, quedando a la libre decisión del principal o de los respectivos subcontratistas siempre, claro está, que no nos refiramos a autónomos o subcontratistas cuya aportación fundamental en este campo sea la mano de obra, sometidos, como ya hemos señalado, a limitaciones específicas.

Y en tercer lugar, que lo que se prohíbe es la subcontratación y no, en sí misma, la descentralización productiva. Y ello tiene cierta importancia en la medida en la que, del tenor literal, tanto del art. 5 como del art. 3.h) LSC resulta más que discutible que esta norma pudiera llegar a impedir la utilización, incluso por los terceros subcontratistas, por autónomos, o por subcontratistas cuya organización productiva en la obra consista básicamente en mano de obra, de trabajadores en misión cedidos por ETT. De acuerdo con la estructura literal del precepto lo que la ley impide es la subcontratación, esto es, un contrato mercantil que implica para el subcontratista una organización productiva propia y no la mera cesión de mano de obra. Y de hecho, la normativa sobre el contrato de puesta a disposición permanece en este punto incólume. Cuestión distinta es que seguramente buena parte de este problema se quede en una mera disquisición académica mientras permanezca en vigor la actual redacción del art. 8 del RD 216/1999 que, como

<sup>55</sup> BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 96.

<sup>56</sup> Véase el texto remitido por el Senado en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-37 de 27 de septiembre de 2006, pág. 147 y ss.

de todos es sabido, reduce en gran parte las posibilidades de uso de estos trabajadores en las obras de construcción<sup>57</sup>.

### 3.1.2. *La excepcional apertura de un cuarto nivel de subcontratación*

Sea como fuere, el rigor de estas limitaciones se ve en parte compensado por las posibles excepciones previstas en el art. 5.3 LSC, dentro de las cuales se hace, a su vez, una nueva distinción entre, de un lado, los subcontratista de tercer nivel y, de la otra, los autónomos y subcontratistas cuya organización productiva en la obra se limite en esencia a la mano de obra. Y ello porque si bien en todos los casos la apertura de un cuarto nivel de subcontratación exige siempre un mismo procedimiento, una misma formalización y unos mismos derechos y obligaciones de información, lo cierto es que las causas que lo habilitan son notablemente distintas en una y otra hipótesis.

Así mientras que, como regla general, los subcontratistas de tercer grado podrán acceder a este nuevo y cuarto nivel en supuestos de casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, por complicaciones técnicas de la producción o por circunstancias de fuerza mayor por la que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, los autónomos y los subcontratistas cuya organización productiva en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, con herramientas manuales o motorizadas portátiles, sólo podrán recurrir a esta posibilidad de subcontratación —que, obsérvese, podrían ser en este caso de segundo o de tercer grado— en las hipótesis de fuerza mayor antes señaladas.

Más allá de la relativa amplitud de algunas de estas causas —que en esencia lo que parecen eliminar es la posibilidad de subcontratación a este nivel por motivos simplemente económicos—, la distinción entre estos dos colectivos exige a su vez delimitar que ha de entenderse por fuerza mayor. Y es aquí donde seguramente comienzan los problemas.

Por simple lógica, es obvio que en el concepto de fuerza mayor no deben tener cabida ni la especialización de trabajos, ni las simples complicaciones técnicas o, por último, el mero caso fortuito. Y si bien las dos primeras distinciones no plantean mayores problemas al intérprete, no sucede lo mismo cuando intentamos separar caso fortuito y fuerza mayor.

<sup>57</sup> Aunque no lo impiden completamente. Baste recordar como de acuerdo con el Boletín de Estadísticas Laborales del mes de octubre de 2006, en el año 2005 se habrían realizado 44.584 contratos de puesta a disposición en el sector de la construcción.



En ausencia de una definición específica en el art.3 LSC, la cuestión se remite a una distinción, motivo de tradicionales controversias, abordada no siempre de manera uniforme según el ámbito en el que se plantee, y que, desde luego, hubiera recomendado una mayor especificación por parte de nuestro legislador, a la espera, claro está, de lo que acontezca con el desarrollo reglamentario previsto en la DF 2 LSC.

Tratando de resumir las múltiples perspectivas desde la que se ha abordado esta cuestión, lo cierto es que ha sido frecuente en nuestra doctrina civil —aún partiendo del carácter normalmente intercambiable en este ámbito de ambos conceptos salvo en preceptos como los art.1784 o 1575 Cc.— intentar distinguir caso fortuito y fuerza mayor —o caso fortuito extraordinario— ya sea en función del origen o causa del evento impeditivo —según procediera de accidentes de la naturaleza o de la actuación de un tercero—; ya sea por el grado de evitabilidad del suceso —la fuerza mayor representaría un obstáculo invencible, mientras que el caso fortuito implicaría un impedimento no absolutamente superable—, o, sobre todo, y éste parece ser el camino más adecuado o correcto, en razón de que el hecho se produzca dentro o fuera de la esfera o del círculo de actividad del deudor. De tal manera que, si se trata de una causa interna nos encontraríamos ante un caso fortuito, mientras que si el factor fuera externo a la explotación u obra se trataría de un supuesto de fuerza mayor<sup>58</sup>.

Y algo similar podría predicarse de la doctrina tanto del Consejo de Estado como del propio orden contencioso administrativo al analizar la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor en relación con la existencia o no de responsabilidad administrativa<sup>59</sup>. En general, la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo a la hora de acercarse a la fuerza mayor, parte de un concepto que abarcaría todos «aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean sin embargo inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motiva sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado»<sup>60</sup>. Pero cuando tiene que proceder a deslindar esta fuerza mayor del mero caso fortuito suele identificar con mayor exactitud este último con los

<sup>58</sup> Un resumen de toda estas tesis puede consultarse en AA.VV. *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Parte General, delito y cuasidelito*, Librería Bosch, 1985, 2.ª edición, pág. 241 y ss.

<sup>59</sup> Un excelente resumen de la doctrina de ambos en C. CHECA GONZÁLEZ, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: alcance, delimitación y contenido de la misma», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, 2003, núm. 17, Parte Estudio, a quien se remite para un mayor aporte jurisprudencial y bibliográfico.

<sup>60</sup> Véase STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 marzo 1987 (RJ 1987\3454); de 7 marzo 1988 (RJ 1988\1787) y de 3 noviembre 1988 (RJ 1988\8628), citando las Sentencias de 2 de febrero de 1980, (RJ 1980\743); 4 de marzo de 1981, (RJ 1981\894) y 25 de junio de 1982, (RJ 1982\4852).

eventos «internos, intrínsecos o inscritos en el funcionamiento de los servicios públicos»<sup>61</sup>, mientras que la fuerza mayor quedaría reservada para aquellos sucesos que están «fuera del círculo de actuación del obligado» y que, por tanto, sean «realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio». De este modo caso fortuito sería el acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, mientras que la fuerza mayor sería el que se originó fuera, con violencia insuperable y que excede de lo que debe preverse en el curso ordinario y normal de la vida<sup>62</sup>.

En cualquier caso es importante destacar como para aceptar esta calificación, la Sala de lo Contencioso del TS no exige «que el suceso sea catastrófico o desacostumbrado». Bastaría con que se tratase «de un suceso ocasionado en circunstancias anormales externas o ajenas al operador —al margen de los riesgos comerciales normalmente asumidos por los empresarios— y cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos, a pesar de toda la diligencia empleada»<sup>63</sup>. O, en otras palabras, mientras en el caso fortuito hay indeterminación e interioridad —indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida, e interioridad porque el evento guarda relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, al estar directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización<sup>64</sup>, en la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista y, sobre todo, exterioridad, en la medida en la

<sup>61</sup> Véase, por todas, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 julio 1985 (RJ 1985\4209) «entendiendo la primera (fuerza mayor) como una causa extraña, siempre exterior por relación al objeto dañado y a sus riesgos propios, mientras que en el segundo de dichos supuestos —caso fortuito— existe una interioridad al funcionamiento mismo del servicio.

<sup>62</sup> STS de 30 de septiembre de 1983 (RJ 1983\4688).

<sup>63</sup> Véase Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 25 marzo 2003 (RJ 2003\3793). De esta forma trata de coordinar esta doctrina con la mantenida por el TJCE de acuerdo con la cual la fuerza mayor no equivale a imposibilidad absoluta, sino que consiste en las circunstancias anormales, ajenas al operador y cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos, a pesar de toda la diligencia empleada —requisitos cuya prueba incumbe al operador—, y que no cubre los riesgos comerciales normalmente asumidos por los operadores (entre las más recientes, sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 2002 [TJCE 2002\226], Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KB/Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-210/2000, y sentencia 17 de octubre de 2002 [TJCE 2002\286], Isabel Parras Medina, Adelina Parras Medina/Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, C-208/2001).

<sup>64</sup> En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974 (RJ 1974\5132): «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida».

que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio<sup>65</sup>.

Interioridad e indeterminación serían así los rasgos que calificarían al caso frente a la exterioridad e inevitabilidad de la fuerza mayor<sup>66</sup>. Desde esta perspectiva, y en conclusión, sería el carácter externo al círculo de control empresarial, y por tanto, su inevitabilidad, por causa independiente y extraña a la voluntad del sujeto, las que, en definitiva, determinarían, en función concreta de cada caso, cuando nos encontraríamos ante una fuerza mayor —capaz de justificar una subcontratación por parte de autónomos o este peculiar tipo de subcontratistas— y cuando ante un simple caso fortuito que no permitiría esta opción. Y aunque sea a título ejemplificativo, quizás fuese de utilidad seguir considerando normalmente como supuestos de fuerza mayor los contemplados en mismo art. 144 de LCE; esto es, los incendios causados por electricidad atmosférica; los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes; o los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público, siempre que, lógicamente, sean externos al círculo de control y de riesgo empresarial.

En definitiva, y como se observa supuestos excepcionales que demuestran con claridad la voluntad del legislador de convertir al autónomo o al subcontratista que aporta básicamente mano de obra en el último eslabón de las cadenas de subcontratación en el sector de la construcción, salvo hipótesis realmente excepcionales. Y todo ello tras recordar que, obviamente, esta fuerza mayor no se presume y deberá ser probada por quien la alegue.

En cualquier caso, lo que sí es común en todos estos casos es el esquema procedimental.

- En todos estos supuestos se requerirá, en primer lugar, la aprobación previa de la dirección facultativa —esto es, del técnico o técnicos competentes designados por el promotor, encargados de la di-

<sup>65</sup> En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: «Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado». En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997\3233).

<sup>66</sup> *Vid.* Véase en este sentido general la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 31 mayo 1999 (RJ 1999\6154); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 febrero 1988 (RJ 1988\784) «por lo que faltaban aquí los requisitos de inevitabilidad del resultado y extraneidad de su causa caracterizante de todo supuesto de fuerza mayor». En la doctrina véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 5 edición, Civitas, Madrid, 1998, pág. 391 y ss. de quienes se han tomado las expresiones literales que se citan en el texto, provenientes de la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo.

rección y control de la ejecución de la obra (art.3 c LSC)<sup>67</sup>—. En relación con este punto, tan sólo dos observaciones. La primera que la ley no establece procedimiento alguno de solución en caso de discrepancia entre el agente de la construcción que desea esta subcontratación y la dirección facultativa. Y ello seguramente por el deseo de apoyar la decisión de esta última en caso de desacuerdo. Y en segundo lugar, y lo que es aún más paradójico, que tampoco en estos casos se prevé expresamente posibilidad alguna de control en este sentido por parte de la empresa contratista o principal. Obsérvese que la dirección facultativa es nombrada por el promotor. Y que, sin embargo, el incumplimiento de estas normas, con independencia de la responsabilidad administrativa del promotor sobre la que volveremos inmediatamente, le podría generar una responsabilidad solidaria a un sujeto como el contratista que en principio, no aparece contemplado en toda esta articulación. La única justificación consiste en su deber de control y vigilancia sobre el lugar de trabajo, lo que, desde luego, podría plantear la eficacia exoneradora de engaños por los correspondientes subcontratistas. Pero sobre ello volveremos más tarde, no sin antes resaltar que buena parte de estos problemas se solucionarían dando un mayor papel al constructor o contratista en la designación de estos sujetos.

- En segundo lugar, esta subcontratación requiere igualmente su inscripción, junto con las causas motivadoras de la misma, y la autorización por parte de la dirección facultativa en el Libro de Subcontratación al que después nos referiremos.
- En tercer lugar, el contratista —y por tal ha de entenderse necesariamente (dada la expresión literal de la norma), al empresario principal y no al subcontratista o autónomo que estipule esta nueva subcontratación— deberá poner en conocimiento del coordinador de seguridad y salud —obsérvese igualmente designado por el promotor (art. 3.d LSC)— y de los representantes de los trabajadores —legales y sindicales ex art. 10.3 LOLS— de las diferentes empresas incluidas en el ámbito de ejecución de su contrato que figu-

<sup>67</sup> Como recuerda la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción esta figura es exigible en las obras con proyecto, considerándose obras sin proyecto aquellas en las que el proyecto no es exigible para su tramitación administrativa —como revoco y pintura de fachadas, montaje y desmontaje de bajantes, canalones... etc—, obras de emergencia u obras de corta duración. Además, en las obras de edificación existe tradicionalmente la figura de la dirección facultativa, que según determina la Ley de Ordenación de la Edificación está formada por el director de obra y el director de la ejecución de la obra. Su equivalente en obra civil se corresponde con el término dirección de obra, dirección de ejecución o dirección técnica.

ren relacionadas en el Libro de Subcontratación —debe entenderse implicadas en tareas a las que se refiere el art. 2 LSC y que hayan sido objeto de subcontratación— esta subcontratación excepcional. Obsérvese, además, que la norma tan sólo hace referencia a la misma y no a las concretas causas que la justifican, aunque la accesibilidad de este Libro por parte de ambos sujetos les permitirá conocer las razones que la han legitimado (art. 8 LSC).

- Finalmente, también el contratista, como gestor del Libro de Subcontratación, deberá poner en conocimiento de la autoridad laboral competente la indicada subcontratación mediante la remisión en cinco días hábiles como máximo desde su aprobación, de un informe en el que se indiquen las circunstancias de su necesidad y una copia de la anotación efectuada en el Libro de Subcontratación.

### 3.1.3. *El posible papel de la negociación colectiva*

Por otra parte, llama igualmente la atención el hecho de que el art. 5.1 LSC establezca expresamente que «la subcontratación, como forma de organización productiva, no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta Ley».

Seguramente con este precepto la Ley no pretende tan sólo eliminar la posibilidad de que un futuro reglamento incorporase nuevas limitaciones a estos procesos. El limitado papel en este campo de la norma reglamentaria, incluso aunque no existiera este precepto, parecen indicarnos que con el mismo lo que quizás se pretenda sea realizar una «reserva impropia de ley», que impediría, sobre todo a la negociación o a la autonomía colectiva en sentido amplio, limitar aún más esta forma de organización, al menos en cuanto a sus condiciones y supuestos. Y de hecho, la supresión del art. 1.2 de la originaria Proposición de Ley, y en la que se consideraban las disposiciones en ella contempladas como derecho necesario mínimo, pudiendo ser desarrolladas y mejoradas en los convenios colectivos, parece favorecer esta primera conclusión.

De este modo, se intentaría paralizar, al menos en el sector de la construcción, una creciente —aunque aún hoy reducida— corriente dentro de nuestra negociación colectiva que viene limitando, de muy distinta forma o intensidad, estos procesos de descentralización productiva<sup>68</sup>. De este modo, y de acogerse esta interpretación, los tres primeros escalones de subcontra-

<sup>68</sup> Algunos ejemplos en F.J. CALVO GALLEGO, «Las modificaciones en el régimen jurídico de la subcontratación», en AAVV., *La reforma laboral de 2006* (dir. J. CRUZ), Lex Nova, 2006, pág. 133, núm. 31 y 32.

tación no podrían ser condicionados, ni causal ni materialmente, más allá de lo que establece la LSC, impidiendo por ejemplo cláusulas que prohibieran genéricamente la subcontratación de la actividad propia de la empresa principal, o que la sometieran a cualquier tipo de condicionamiento productivo<sup>69</sup>. Del mismo modo que tampoco cabría alterar o reducir —ni, obviamente, al menos a mi juicio, ampliar— las hipótesis en las que sería admisible un cuarto grado de subcontratación.

Obviamente, esta limitación no entra en juego en aquellas materias en las que la propia LSC se remite o da mayor seguridad jurídica a prácticas ya existentes en nuestra negociación colectiva. Pero sí plantea ciertas dudas sobre si entre estas condiciones y limitaciones podrían incluirse cuestiones no reguladas en el art. 5 LSC como, por ejemplo, la ampliación —y no ya la concreción, a nuestro juicio siempre posible—, de los derechos de información sindical, o el posible establecimiento convencional de criterios sociales<sup>70</sup> o de participación sindical en los procesos de selección de contratistas. A nuestro juicio, el necesario respeto al derecho constitucional a la negociación colectiva debe conducirnos a una interpretación restrictiva de esta hipotética limitación.

#### 3.1.4. *Documentación de la subcontratación: el Libro de Subcontratación*

De forma análoga a lo establecido en el nuevo art. 42.4 ET tras la reforma operada por el RDL 5/2006, pero de manera mucho más detenida y detallada, el art. 8 LSC introduce ahora la obligación para todos y cada uno de los contratistas —y, por tanto, para cada una de las empresas que formen parte de la UTE cuando ésta no ejecute directamente la obra— de disponer en toda obra de construcción incluida en el ámbito de aplicación de la LSC, de un Libro de Subcontratación en el que se reflejarán, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos —además de lo ya señalado en relación con las subcontrataciones excepcionales del art. 5.3 LSC—, todas y cada

<sup>69</sup> Por la cercanía de los sujetos negociadores quizás quepa recordar como ejemplo de este tipo de cláusulas el interesante art. 11 del III Convenio Colectivo General de Ferralla, BOE 27 enero 2006, núm. 23, de acuerdo con el cual «Las empresas de Ferralla que contraten dicha actividad para su ejecución en obras podrán subcontratar con otra u otras su ejecución sin que éstas últimas puedan en ningún caso subcontratar ninguna actividad relacionada con el objeto de la actividad de Ferralla, asumiendo la empresa contratista de la Ferralla todas las responsabilidades laborales y económicas que se pudiesen derivar de estos actos».

<sup>70</sup> Nuevamente, y como mero ejemplo cualificado por los sujetos negociadores, véase el art. 11 del ya mencionado III CC General de Ferralla, que, aún de forma confusa, hace referencia a «Primar la subcontratación que garantice las mejores condiciones de empleo y trabajo, estabilidad y seguridad».

una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, su nivel de subcontratación y empresa comitente, el objeto de su contrato, la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores de la misma, las respectivas fechas de entrega de la parte del plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista y trabajador autónomo, así como las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud para marcar la dinámica y el desarrollo del procedimiento de coordinación establecido.

Dejando a un lado el hecho de que como, era lógico, esta normativa legal tendrá que ser objeto de un esperado desarrollo reglamentario (art. 8.3 LSC), que especifique, por ejemplo, las condiciones y el modo de su habilitación por parte de la autoridad laboral autonómica competente<sup>71</sup>; y que mientras tanto, la propia Ley establece un sistema de fichas en su Anexo, lo que seguramente más llama la atención es la propia relación que este libro de subcontratación guarda o podrá guardar en un futuro con el libro registro contemplado en el nuevo art. 42.4 in fine del ET para el conjunto de contrata o subcontratas desarrolladas de forma continuada en un mismo centro de trabajo<sup>72</sup>.

En un principio podría pensarse que este libro de subcontratación podría, o incluso debería venir a absorber el libro registro del que habla el art. 42 ET, al ser una norma específica para un sector concreto como es el de la construcción frente al carácter general de la norma estatutaria. Pero obsérvese, en primer lugar, que al menos por el momento, ningún precepto de LSC establece esta absorción o equiparación. Y, en segundo lugar, que el contenido de uno y otro es parcialmente distinto, no ya sólo por la mayor amplitud del contemplado en la LSC, sino también porque en este mismo Libro de Subcontratación de la construcción nada se dice, al menos en la actual regulación legal, de la duración de la contrata o del número de traba-

<sup>71</sup> Parece lógico que la autoridad competente se determine en función de la localización geográfica de la obra —lo que puede plantear alguna duda o la necesidad de remitirlo a la autoridad central cuando ésta, por su largo recorrido, abarque más de un territorio de Comunidad Autónoma— y no, desde luego, por el domicilio social de la contratista, relevante tan sólo para la determinación del Registro de Empresas en el que deberá acreditarse.

<sup>72</sup> Sobre este libro pueden consultarse los primeros comentarios relativos al texto RDL 5/2006. En especial pueden utilizarse, además de los ya citados, a A.V. SEMPERE NAVARRO, «Descentralización productiva: contrata o subcontratas, ETTs y cesión de trabajadores», en *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real-Decreto-Ley 5/2006 de 9 de junio*, (dir. A.V. SEMPERE NAVARRO), Thomson Aranzadi, 2006, pág. 123 y ss., H. ÁLVAREZ CUESTA, «Subcontratación de obras y servicios», en AAVV., *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006*, Laborum, 2006, pág. 132 y ss.

jadores que serán ocupados en el centro de trabajo de la empresa principal, aspectos éstos que sin embargo, sí deben incorporarse al Libro registro del art. 42.4 ET. Además, tampoco cabe olvidar que, aunque normalmente tiendan a coincidir, no siempre existirá —nuevamente hasta su esperado desarrollo reglamentario— una identidad perfecta entre las subcontrataciones que deben ser reflejadas en uno y otro caso. Como ya hemos señalado el art. 2 LSC delimita un ámbito de aplicación de este conjunto normativo que queda reducido a las contrataciones centradas en actividades de la construcción desarrolladas, además, en obras de construcción. Serían pues éstas, y sólo estas, las que deberían quedar reflejadas en el libro de subcontratación<sup>73</sup>. Y en cambio, el tipo de subcontrataciones que deben ser recogidas en el libro registro del art. 42.4 ET no parece exigir la propia actividad, limitándose a requerir la coincidencia locativa y su carácter continuado en el tiempo<sup>74</sup>, lo que, por ejemplo, obligaría a incluir en el mismo subcontrataciones relativas a seguridad o vigilancia (empresas de seguridad), de cuya necesaria inclusión en el libro contemplado en el art. 8 LSC cabe al menos dudar. Si a todo ello sumamos las dudas, aún no resueltas en relación con el Libro registro previsto en el art. 42.4 ET, sobre quién sería en el sector de la construcción la empresa principal —al distinguir éste entre principal, contratista o subcontratista—, sobre todo en relación con el promotor y el contratista, y sobre si este libro registro deberá ser único para toda la empresa o deberá existir uno en cada centro de trabajo en donde se produzca dicha coincidencia<sup>75</sup>, tendremos en definitiva una situación ciertamente confusa, a la espera del necesario y esperado desarrollo reglamentario de ambos preceptos.

Desde esta perspectiva, y en tanto no se desarrollen reglamentariamente ambos preceptos, no parece que por el momento el Libro de Subcontratación en la construcción elimine y haga innecesario llevar en todo caso el libro registro del art. 42.4 ET aplicable aún a estos supuestos ex art. 1 LSC. Es más, la dualidad de contenidos actuales, obligaría —incluso aún entendiendo que el empresario principal a los efectos del art. 42.4 ET es el contratista y el libro debe llevarse en cada centro/obra— a realizar una doble formaliza-

<sup>73</sup> Es cierto que el art. 8 LSC se refiere genéricamente a «todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra», pero del contenido de la información, así como de otras referencias como la delimitación de los representantes de los trabajadores que pueden acceder al mismo (Art. 8.1 LSC in fine) parece deducirse que en este libro tan sólo tendrían que incluirse —nuevamente a la espera de su deseable desarrollo reglamentario— aquellas subcontratas destinadas a la ejecución de la obra, coordinando así este ámbito con la delimitación material del mismo realizada en el art. 2 LSC.

<sup>74</sup> Más ampliamente, F.J. CALVO GALLEGO, «Las modificaciones en el régimen jurídico...», cit., pág. 143

<sup>75</sup> Nuevamente sobre estos temas F.J. CALVO GALLEGO, «Las modificaciones en el régimen jurídico...», cit., pág. 141 y ss.



ción de estas subcontratas de construcción en uno y otro archivo o, al menos, a incorporar a la actual ficha las exigencias de información contempladas en el art. 42.4 ET —duración y plantilla ocupada en el centro por la contratista— que aún no aparecen contempladas. Y desde luego, lo que no evitaría sería el necesario registro, con los datos a los que se refiere el art. 42 ET de las contratas o subcontratas de actividades no constructivas desarrolladas en la misma obra de forma estable o continuada.

En cualquier caso, y una vez dicho esto, tampoco es menos cierto que la lógica necesidad de intentar al menos simplificar una documentación cada vez más amplia, engorrosa, y no siempre útil, en la línea señalada en el art. 8.3 LSC, seguramente recomendaría que el futuro desarrollo reglamentario buscara fórmulas sintéticas que permitieran una única actividad de registro para todas las subcontrataciones realizadas en la obra, con independencia de que en función del tipo de actividad, unas tuvieran que tener un contenido bastante más denso y trascendente que aquellas otras que, aún desarrolladas en este mismo lugar de forma estable, nada tengan que ver con el proceso constructivo. Y todo ello sin olvidar que, al menos a mi juicio, las posibles omisiones del art. 8.1 LSC en relación con el art. 42.4 ET ya comentadas, podrían ser paliadas por el reglamento que, ex art. 8.3 LSC determine «el contenido, obligaciones y derechos derivados del mismo», dando lugar a una única ficha para todas las subcontrataciones que sirviera a ambos efectos y que tuviera todos y cada uno de los contenidos que ambas normas contemplan —que serían o no rellenados según el caso—, o dos tipos de ficha en un único «Libro», en función de la concreta actividad de la subcontrata en la obra. Es más, quizás fuera deseable que a este mismo proceso de «fusión» de elementos formales se incorporará el Libro de incidencias. Pero obviamente tendremos que esperar al deseable desarrollo reglamentario para observar en que queda todo este anunciado proceso de «simplificación».

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que este libro de subcontratación, que deberá permanecer en todo momento en la obra, podrá ser consultado por un amplio número de interesados como el promotor, el coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución, las empresas y trabajadores autónomos que intervengan en la obra, los técnicos de prevención, los delegados de prevención y los representantes de los trabajadores —parece, por tanto, que todos— de las diferentes empresas que intervengan en la ejecución de la obra. Sujetos estos a los que habrá que unir por razones evidentes, y ya comentadas, la dirección facultativa.

El incumplimiento de esta obligación, ya sea por la inexistencia de este libro o por su incorrecta gestión o llevanza «al día» es sancionado por el nuevo apartado 28.a) del art. 12 LISOS como infracción preventiva grave del contratista —obsérvese sin condicionamiento alguno, como en cambio

sucede «sorpresivamente»<sup>76</sup> en relación con el art. 7.12 LISOS, enclavado, además, en otra sección de la misma LISOS—, del mismo modo que se considera falta grave del subcontratista —¿y del autónomo en los supuestos excepcionales en los que puede subcontratar?— no comunicar los datos que permitan al contratista llevar al orden y al día el Libro de Subcontratación —nuevo art. 12.27.b LISOS—. Por el contrario será una mera infracción leve —art. 11.6 LISOS, igualmente introducido por la DA 1 LSC— del contratista no disponer en la obra del Libro de Subcontratación, del mismo modo que será infracción grave la vulneración por el mismo sujeto del derecho de los representantes de los trabajadores —y, obsérvese, que sólo se menciona a estos en este concreto tipo— de su derecho de acceso al Libro de Subcontratación —nuevo art. 12.28.d) LISOS—.

Y todo ello, claro está, sin olvidar, finalmente, que el art. 8.2 LSC exige a cada empresa que disponga de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza, así como cualquier otra documentación exigida por las disposiciones legales. La infracción de este deber es considerada como infracción administrativa leve en sede preventiva por el nuevo art. 11.7 LISOS, incorporado igualmente por la DA 1 LSC.

### 3.1.1. *El deber de vigilancia y las obligaciones de comunicación interempresariales*

Este amplio conjunto de normas encuentra un último elemento de cierre en el art. 7 LSC; un precepto que, en este punto, viene a unirse a un nuevamente abigarrado grupo de normas entre las que destacan el art. 11 RD 1627/1997, el art. 10 RD 171/2004 —en relación con la DA 1 del mismo cuerpo reglamentario— y, en último término los art. 24 LPRL y 42 LISOS.

Como de todos es sabido, todas estas normas abordan y regulan el deber de vigilancia de la empresa principal sobre el cumplimiento de las obligaciones preventivas por aquellas contratas y subcontratas que desarrollen tareas de su propia actividad en su mismo lugar de trabajo; una obligación ésta que ya antes de la LSC se imputaba en el caso de la construcción directamente al contratista con las salvedades antes remarcadas (DA 1 RD 171/2004). En desarrollo de estas normas, y de forma previa a la LSC, el art. 10 RD 171/2004 ya exigía que, antes del inicio de actividades, las empresas subcontratistas deberían acreditar por escrito que habían cumplido sus obligaciones en materia de evaluación de riesgos, planificación de actividades

<sup>76</sup> La gráfica expresión —que, por cierto, compartimos plenamente—, es de A.V. SEMPERE NAVARRO, «Descentralización productiva: contratas o subcontratas, ...», cit., pág. 155.

preventivas e información y formación de los trabajadores que fueran a prestar sus servicios en el centro de trabajo. Este mismo conjunto normativo establece igualmente que tales acreditaciones deberían ser exigidas por el contratista (ha de entenderse en este sector como subcontratista) para su entrega al empresario principal (ha de entenderse nuevamente el contratista) cuando subcontratara con otra empresa la realización de parte de la obra o servicio. Y finalmente se señala en el art. 11.2 y 3 RD 1627/1997 que los contratistas y subcontratistas responderán solidariamente de las consecuencias que se derivasen del incumplimiento de las medidas previstas en el plan, sin que las responsabilidades de coordinadores, de la dirección facultativa y del promotor eximan de sus responsabilidades a los contratistas y subcontratistas<sup>77</sup>.

Pues bien, sin entrar aquí a analizar si con la comprobación de la acreditación formal de estos cuatro elementos se agotaba o no este deber de vigilancia del contratista o, si como creemos, esta comprobación formal es tan sólo un presupuesto necesario pero no suficiente para agotar este deber de control y, por tanto, evitar su posible responsabilidad solidaria<sup>78</sup>, lo cierto es que el art. 7 LSC viene además a señalar que este deber de vigilancia de «contratistas y subcontratistas» se extiende igualmente al cumplimiento de estos niveles de subcontratación por parte de subcontratistas y autónomos «con que contraten», señalándose además que a estos efectos las empresas subcontratistas deberán comunicar o trasladar al contratista, a través de sus respectivas empresas comitentes en caso de ser distintas de aquél, toda la información o documentación que afecte al contenido de este capítulo.

En relación con este deber de vigilancia lo primero que quizás cupiera destacar es que esta expresa referencia legal establecida en el art. 7 LSC puede incardinarse sin mucha dificultad, al menos a nuestro juicio, dentro de la regla general establecida en el art. 24 LPRL. Y ello porque, si como pensamos, nos encontramos en este caso ante una norma básicamente de seguridad y salud laboral —lo que parece demostrarse por el artículo y la

<sup>77</sup> Un estudio más detenido de todas o algunas de estas cuestiones en M. MIÑARRO YANINI, «La prevención de riesgos laborales en las contratatas y subcontratatas», en *Documentación Laboral*, 2003, núm. 68, pág. 84 y ss.; R. AGUILERA IZQUIERDO, «El desarrollo reglamentario del art. 24 LPRL: la coordinación de actividades empresariales», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, pág. 267; D. MONTOYA MEDINA «Coordinación de actividades preventivas tras la entrada en vigor del RD 171/2004, de 30 de enero», en *Aranzadi Social*, 2004, núm. 14 (BIB 2004\1695), pág. 4; M. LLANO SÁNCHEZ, «El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales», en *Actualidad Laboral*, 2004, núm. 13, pág. 1550 y ss. y F.J. CALVO GALLEGO, «Obligaciones y responsabilidades ...», cit., pág. 176 y ss., a quien se remite para una mayor información bibliográfica.

<sup>78</sup> Sobre esta discusión en nuestra doctrina véase nuevamente F.J. CALVO GALLEGO, «Obligaciones y responsabilidades en los supuestos...», cit., pág. 194 y ss., a quien se remite para conocer las distintas posiciones a este respecto.

sección de la LISOS en donde se regulan las consecuencias de su incumplimiento—, esta obligación de vigilancia puede encuadrarse con relativa facilidad dentro de la regla general y de la lógica impuesta por el art. 24 LPRL. Y todo ello, claro está, sin dejar de señalar que esta «reiteración» o recordatorio, nuevamente legal, no es en absoluto inútil o contraproducente en la medida en la que constituye la base de las posteriores imputaciones de responsabilidades laborales y administrativas en un cuerpo específico dotado de una lógica propia.

Y del mismo modo, también creemos que la comunicación de subcontrataciones ya se deducía del art. 10.2 RD 171/2004, aunque lo novedoso aquí es que en ella no sólo se tendrán que incluir las acreditaciones antes señaladas, sino también todas aquellas cuestiones necesarias para la correcta gestión del Libro de Subcontratación. En realidad, el art. 30 CCGSC<sup>79</sup> ya establecía desde el año 2002 que el subcontratista debía poner en conocimiento de su contratista principal —y de la Inspección de Trabajo y de los órganos de representación legal mediante copia— toda contratación total o parcial de los trabajos a él encomendados, mediante un documento en el que se identificaban las dos empresas afectadas, así como el número de trabajadores empleados en aquella con sus categorías y especialidades. Lo que se hace ahora es desarrollar y completar aquella regulación. Y todo ello sin olvidar que, al menos a nuestro juicio, este mismo deber también incumbirá al autónomo —aunque no aparezca mencionado expresamente— en aquellos supuestos en los que excepcionalmente pueda subcontratar. Con todo, seguramente lo más llamativo en este campo es que frente a lo que sucedía en el art. 10 RD 171/2004<sup>80</sup>, la DA 1 LSC sí establece una infracción grave del subcontratista centrada en la falta de comunicación de los datos que permitan al contratista llevar en orden y al día el libro de subcontrataciones —art. 12.27.b LISOS en su nueva redacción dada por la DA 1 LSC—.

Finalmente, es necesario destacar que este deber de vigilancia de las empresas contratistas y subcontratistas parece quedar limitado a controlar la actuación en este punto de las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos «con las que contraten». Y ello es importante en la medida en la que una interpretación literal y estricta de este término llevaría a considerar que cada subcontratista debería vigilar únicamente las posibles subcontrataciones realizadas por las empresas o autónomos con las que contrate, y no, por tanto, de las posibles subcontrataciones que se realizaran en un ni-

<sup>79</sup> Vigente hasta el 31 de diciembre de 2006 (BOE de 10 de agosto de 2002)

<sup>80</sup> Vid. R. AGUILERA IZQUIERDO, «El desarrollo reglamentario...», cit., pág. 280 quien llamaba la atención sobre el hecho de que en relación con los deberes de comunicación interempresarial establecidos en este punto en el art. 10 RD 171/2004 no estuviese «previsto mecanismo alguno para castigar su incumplimiento».



vel inferior y posterior; esto es, las que realizara el subcontratista de «su» subcontratista. Por poner un ejemplo que clarifique este auténtico galimatías que, sin embargo, tiene trascendencia jurídica, el problema se centraría en conocer si un subcontratista de primer grado tan sólo estaría obligado a controlar las posibles subcontrataciones de los subcontratistas de segundo grado con los que «contrató», o si también estaría obligado a controlar que los subcontratistas de tercer grado de su línea de subcontratación no subcontraten salvo en los supuestos excepcionales del art. 5.3 LSC.

Seguramente una interpretación literal y restrictiva de una norma generadora de obligaciones como ésta debiera llevarnos a considerar que los subcontratistas tan sólo deberían controlar el cumplimiento de las reglas del art. 5 LSC por aquellas empresas con las que subcontraten directamente, sin alcanzar, por tanto, al grado de cumplimiento de esta norma por niveles inferiores. Y sin embargo, obsérvese que una interpretación de este estilo casaría mal, o simplemente no casaría con el hecho de que de este limitado deber, que en teoría se impondría igual a contratistas y subcontratistas, se derivase una responsabilidad administrativa del contratista o del subcontratista que alcanza —de forma especialmente clara en el caso del contratista— cualquier incumplimiento en la cadena de su subcontrato —art 12.27.c); 12.28.b); 13.15.b) y 13.16.a) LISOS—. Si ligamos esta duda con el hecho de que los deberes de comunicación interempresariales le permiten conocer siempre esta realidad, y a todo ello unimos la simetría en la definición de los nuevos tipos establecidos en los art. 12.27.c y 12.28.b) LISOS al sancionar este incumplimientos tanto para el caso de los contratistas como de los subcontratistas, tendremos argumentos para apoyar al menos otra interpretación más amplia en la que este deber de control abarcaría no sólo las empresas con las que «directamente» se ha contratado, sino con todas aquellas que formen parte «del ámbito de ejecución» de su contrato o subcontrato.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que la Ley establece diversas consecuencias ligadas al incumplimiento de estas normas de subcontratación. Lo paradójico, con todo, es que estas consecuencias podrían no serán simétricas en sus planos sancionador-administrativo y laboral, sobre todo por lo que se refiere a los sujetos responsables a los que afecta la posible extensión solidaria de responsabilidad. Y todo ello sin olvidar que la misma delimitación de algunos de estos tipos dependerá, obviamente, de las respuestas y del ámbito subjetivo que hayamos dado a este deber de vigilancia y control. Pero vayamos nuevamente por partes

### 3.1.6. *Responsabilidades administrativas*

Pues bien, desde esta perspectiva, y por lo que se refiere a la responsabilidad administrativa, lo primero que quizás cupiera destacar es que el le-

gislador ha escogido, a nuestro juicio de forma mucho más correcta, una técnica de imputación individual de cada uno de los tres sujetos que pueden estar implicados en la infracción. Huyendo de conocidas fórmulas de solidaridad que, si bien resultan admisibles en el derecho administrativo sancionador<sup>81</sup>, no parecen ser el mecanismo de imputación de responsabilidades más adecuado desde una óptica estrictamente preventiva, respetuosa con el principio culpabilístico aplicable al *ius puniendi* del Estado<sup>82</sup>, la profusa DA 1 LSC ha señalado tres posibles sujetos infractores en relación con la infracción de las reglas establecidas en el art. 5 LSC.

El primero de estos sujetos sería el promotor que, a través de la dirección facultativa por él designada, haya aprobado la ampliación excepcional de la cadena sancionadora cuando «manifiestamente no concurren las causas motivadoras». Se trata, obviamente, de una imputación por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, similar a la que se deduce de otros preceptos como 12.24.d LISOS; una imputación que asume la ausencia de responsabilidad administrativo-laboral a estos efectos de la dirección facultativa y que, por último presupone y exige un error «manifiesto» que, si tenemos en cuenta lo difuso de algunas de estas causas (complicaciones técnicas de la producción...) puede provocar auténticas dificultades para establecer una responsabilidad administrativa de este sujeto que, sin embargo, parece fundamental a la hora de gestionar todo este proceso de autorización. Es cierto que esta salvedad impediría la generación de importantes consecuencias sancionadoras ante simples discrepancias en la interpretación de la norma. Pero en la práctica podría coadyuvar a exonerar completamente al promotor —al que como veremos no alcanza la extensión de responsabilidades laborales y de Seguridad Social— y, por remisión, al existir una autorización de la dirección facultativa, de los subcontratistas y del constructor al menos en el ámbito sancionador-administrativo. De ahí que en estos casos la valoración del error manifiesto deba partir de la exigencia de una diligencia técnica y objetiva por parte de esta dirección facultativa, que reduzca esta posibilidad de exoneración. En cualquier caso, lo que sí establece la DA 1 LSC es una cierta graduación de esta infracción a considerarla muy grave —nuevo art. 13.17 LISOS— cuando dicha ampliación afecte a trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria establecida en el Anexo II del RD 1627/1997<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Véanse las siempre interesantes observaciones de A. NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 324 y ss.

<sup>82</sup> Sobre estos temas, por todos, A.J. VALVERDE ASENCIO, *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Tirant lo Blanch, 114; ID., *La responsabilidad administrativa del empresario en la relación laboral*, Civitas, CARL, 1996, pág. 84 y ss.

<sup>83</sup> En relación con este Anexo II resultan igualmente de interés las apreciaciones realizadas sobre el mismo por la tantas veces citada Guía Técnica de obras de construcción.



El segundo sujeto implicado sería el propio subcontratista o, más correctamente, los subcontratistas. En este caso la DA 1 LSC introduce nuevamente sendas infracciones administrativas graves o muy graves, en función de que se trate o no de la subcontratación de trabajos considerados peligrosos en el Anexo II RD 1627/1997. Estas infracciones consistirían ya sea en proceder a subcontratar con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa o, en segundo lugar, permitir que en el ámbito de ejecución de su subcontrato otros subcontratistas o trabajadores autónomos incurran en este mismo supuesto, salvo que se produzca un falseamiento de los datos comunicados al contratista o subcontratista que dé lugar al ejercicio de actividades incumpliendo el art. 5 LSC, en cuyo caso se imputará al subcontratista falsificador una infracción muy grave —nuevo art. 13.15.c) LISOS—.

Estos dos preceptos plantean varias dudas. La primera, la posibilidad o no de imputar en este caso a los trabajadores autónomos sin trabajadores a su servicio. Y es que ambas normas parecerían considerar expresa y limitadamente como sujeto infractor de ambos tipos —«en el ámbito de la Ley Reguladora de subcontratación en el sector de la construcción»— tan sólo los subcontratistas. Y como ya hemos señalado, el art. 3 LSC establece expresamente que el trabajador autónomo es «la persona física distinta del contratista y subcontratista» al menos cuando no emplee trabajadores a su servicio<sup>84</sup>. Sin embargo, la posterior mención en esta misma letra del autónomo como posible autor de esta infracción<sup>85</sup> parece reflejar que, a estos efectos, la ley interpreta que el autónomo que excepcionalmente subcontrató es, por tanto, un subcontratista, plenamente imputable en el ámbito de este tipo y, por relación, en todos aquellos otros tipos en los que lógicamente pueda equipararse, en función de su situación, a los subcontratistas.

El segundo rasgo que sin duda resulta llamativo es que la mera existencia de la autorización de la dirección facultativa exonere sin más al subcontratista, con independencia de que exista o no un error manifiesto en la actuación de éste, que incluso, y como ya hemos visto, permitiría imputar responsabilidades sancionadoras al promotor. Del tenor literal del precepto se desprende que basta esta autorización para poder realizar en su caso la cuarta subcontratación —o una anterior en el caso de autónomos o subcontratistas cuya organización en la obra sea básicamente la aportación de mano de obra—, incluso aunque manifiestamente no existan las causas que lo jus-

<sup>84</sup> Ya que en este caso, y como ya hemos comentado, dejará de ser autónomo a los efectos de la LSC para asumir el régimen del contratista o subcontratista —art.3.g) LSC—.

<sup>85</sup> Al considerar responsable al subcontratista que «en el ámbito de ejecución de su subcontrato otros *subcontratistas o trabajadores autónomos* incurran en el supuesto anterior»

tifiquen, opción ésta que no deja de ser sorprendente, aunque desde luego garantice su seguridad jurídica.

Y el último aspecto que nos interesa destacar es que los nuevos art. 12.27.c) y 13.15.b) LISOS parecen establecer una responsabilidad completamente autónoma y no solidaria del subcontratista que «permita» en el ámbito de ejecución de su subcontrato la realización del tipo anterior. La norma no aclara si esta responsabilidad es sólo del subcontratista que, a su vez, subcontrató con el infractor, o si lo es de todos los subcontratistas de la cadena en la que se inserte el incumplimiento. A mi juicio, la solución a este problema pasa, necesariamente, por el ámbito subjetivo que demos al deber de vigilancia establecido en el art. 7.1 LSC y que ya hemos estudiado. Así, si interpretamos que este deber sólo alcanza a la actuación del siguiente nivel de subcontratación con el que la empresa subcontrató, deberíamos concluir que el autor de esta infracción tan sólo sería el subcontratista que contrató con el infractor por el incumplimiento de su deber de vigilancia, mientras que quedarían exonerados los subcontratistas situados en nivel superior dentro de la cadena. En cambio si asumimos una interpretación más amplia, en la que el deber del subcontratista sería simétrico al del contratista y, por tanto, referido a todos y cada uno de los niveles inferiores desarrollados en su ámbito de subcontratación, los autores de este tipo serían todos y cada uno de los subcontratistas superiores aunque no hubieran subcontratado directamente con el subcontratista incumplidor. Cuestión distinta es que de aceptar esta interpretación —que se ve fortalecida por la simetría en la delimitación de los respectivos y simétricos tipos para contratistas y subcontratistas en los art. 12.27.c) y 12.28.b LISOS<sup>86</sup>— la ley no aclararía si estos subcontratistas responderían solidariamente al amparo del art. 130 LRJAP o si responderían cada uno de forma independiente por la infracción de su deber de vigilancia.

Finalmente, el tercer sujeto implicado es el contratista, al que los nuevos art. 12.28.b) y 13.16.a LISOS —incorporados igualmente por la omnipresente DA 1 LSC— imputan una posible infracción grave o muy grave —independiente y no solidaria con los anteriores—, en función de que se trate o no de la subcontratación de trabajos considerados peligrosos en el Anexo II RD 1627/1997, cuando permita que en el ámbito de ejecución de su contrato intervengan subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles máximos de subcontratación legalmente admitidos. Y todo ello, nuevamente, siempre que no dispongan de la autorización de la dirección facultativa, y siempre que no se produzca un falseamiento de los datos que en este sentido le han sido comunicados.

<sup>86</sup> Ya que en ambos casos la ley habla de «ámbito de ejecución» ya sea de su subcontrato o de su subcontrato.



### 3.1.7. *La responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales y de Seguridad Social*

En cualquier caso, más allá de todas estas dudas, lo que sí es importante destacar es que las posibles responsabilidades por estos incumplimientos no se limitan al plano sancionador-administrativo. Como ya hemos avanzado, el art. 7 LSC establece igualmente la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera incurrido en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales —y no meramente salariales como establece el art. 42 ET— y de Seguridad Social «derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas».

A pesar de la cuanto menos «peculiar» y, desde luego, notablemente confusa redacción del precepto, parece razonable considerar que en estos casos encontraríamos, al menos, tres sujetos responsables. El primero, el subcontratista cuyas obligaciones laborales y de Seguridad Social se extenderán solidariamente a los otros dos sujetos. El segundo, el subcontratista —o, a nuestro juicio, autónomo— que descentralizó parte de su actividad incumpliendo los límites del art. 5 LSC. Y el tercero, el contratista o principal que respondería solidariamente como consecuencia del incumplimiento de su deber de vigilancia previamente analizado.

De este modo, parece que, respecto a los responsables en el ámbito sancionador-administrativo, quedarían exonerados los restantes subcontratistas que pudieran existir en la cadena y, desde luego, el promotor, lo que no deja de ser curioso, sobre todo en este último caso. Y ello porque como ya hemos señalado, nos encontramos ante una norma que, por su rango de ley, no tendría que verse limitada por el requisito de la propia actividad; un concepto éste que, a pesar de todas las críticas, sí limitaba las posibilidades de normas reglamentarias como el RD 1627/1997 y el RD 171/2004. Si en aquellos casos, los límites impuestos por los art. 24 LPRL y 42 LISOS, unidos a una interpretación limitada por parte del Tribunal Supremo del concepto de propia actividad<sup>87</sup>, pudieron justificar la consideración como empresario principal y, por tanto, de último responsable al contratista o constructor, este límite no era aplicable a la LSC que pudo haber optado por imputar también solidariamente al promotor, más aún cuando es igualmente responsable administrativo por posibles incumplimientos del art. 5 LSC. Seguramente con esta opción se ha pretendido guardar una cierta simetría con las normas anteriores. Pero a cambio de excluir al que sin duda alguna es uno de los

<sup>87</sup> Específicamente para la relación entre promotor y contratista véase STS (Sala de lo Social) de 20 julio 2005 (RJ 2005\5595).

sujetos fundamentales en todo este proceso, y que podría así haber impuesto una mayor disciplina a la dirección facultativa en este tipo de control.

En cualquier caso, lo que también resulta llamativo es que en esta extensión de responsabilidad que, abarca no sólo los salarios sino también las indemnizaciones por despido o accidente laboral, no se han hecho presentes las excepciones que, sin embargo, sí se han incorporado en los tipos sancionadores administrativos antes mencionados. Y ello plantea la pregunta de hasta que punto, por ejemplo, la existencia de una autorización por parte de la dirección facultativa que, no obstante, sea manifiestamente errónea o, sobre todo, la falsedad o la no comunicación en los datos que le han sido o debían haber sido proporcionados por sus subcontratistas exoneran o no al contratista de esta extensión de responsabilidad.

Seguramente la respuesta más sencilla sería considerar que si estos factores excluyen la responsabilidad administrativa del contratista, también deben producir esta misma exoneración, por simple coherencia y simetría, en el resto de responsabilidades que pudieran deducirse en esta cuestión. Desde esta perspectiva, la omisión de ambos aspectos sería un simple olvido del legislador, que debiera suplirse por el intérprete dando prioridad a la ausencia de culpa en estos casos. Pero con todo, obsérvese que no es ésta la única respuesta posible. Es también posible que el silencio en este punto no sea un mero olvido del legislador. Y que muy al contrario se trate de una distinción voluntaria que encuentra su justificación en la distinta finalidad de una y otra responsabilidad. Y ello porque mientras que la norma sancionadora es parte del *ius puniendi* del Estado que, por tanto, debería cumplir el principio de culpabilidad como se deduce del art. 25 CE, la extensión de responsabilidades laborales y de Seguridad Social pretende fundamentalmente evitar los riesgos de insolvencia que pudieran derivarse de una cadena excesivamente larga de subcontratación. La cuestión, por tanto, queda abierta a la necesaria decisión de nuestra jurisprudencia.

### **3.2. Derechos de los representantes de los trabajadores**

#### **3.2.1. *Derechos de información de los representantes de los trabajadores***

Por otra parte, el art. 9 LSC reconoce, en primer lugar el derecho «de los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas que intervengan en la ejecución de la obra» a «ser informados de las contrataciones y subcontrataciones que hagan en la misma».

Se trata, al menos a nuestro juicio, de un derecho subjetivo diferente de la genérica posibilidad de acceder en todo momento al Libro de Subcontratación reconocido de forma genérica en el art. 8.1 LSC in fine. El contenido original de la enmienda núm. 135 presentada en el Congreso por el



Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, y de donde, sin duda proviene el definitivo texto legal<sup>88</sup>, parece demostrarlo. En dicha enmienda, este nuevo derecho de información aparecía en un párrafo diferente al derecho de acceso al Libro de Subcontratación que, finalmente, fue incorporado, de una forma técnicamente más correcta, en el art. 8 del texto definitivo de la LSC, relativo a la documentación. De ahí que este derecho de información sea, al menos a nuestro juicio, algo distinto aunque ciertamente relacionado —como veremos— con el derecho de acceso antes analizado.

Ahora bien, una vez dicho esto, poco más queda claro. Y ello porque si en un principio podría pensarse en una mera reiteración de los derechos de información del art. 42 ET, de la propia redacción del precepto, y de la propia y lacónica justificación en este punto de la Enmienda núm. 135, parece deducirse con claridad que no era ésta la finalidad que pretendía darse a la futura norma. Muy al contrario, se trataría, en palabras del Grupo Socialista, de un «derecho de información adicional de los representantes de los trabajadores en las obras de construcción»; un derecho que partiría y, por tanto ampliaría las normas legales generales contempladas en el art. 42 ET que, aunque seguirían siendo aplicables en estos casos, se verían completadas por la nueva norma legal. Lo que no se deduce con claridad es el alcance de dicha ampliación. Y ello porque en este punto, la oscuridad, quizás buscada del precepto, permitiría realizar varias interpretaciones, algunas de las cuales podrían ser ciertamente novedosas en nuestro sistema.

Así, la primera de estas interpretaciones, y seguramente la menos innovadora, partiría de las limitaciones bilaterales propias, por lo que parece, de los derechos de información del art. 42.4 y .5 ET<sup>89</sup> para evitarlas, al menos en el sector de la construcción. Y es que, como es bien sabido, a la hora de interpretar este art. 42 ET buena parte de la doctrina parece inclinarse, tanto por su tramitación parlamentaria como por el uso de la conjunción «o» en vez de «y», por una opción que limitaría estos derechos a las subcontrataciones de primer grado realizadas por cada empresa —y del subcontratista respecto a su comitente—, rechazando la existencia de estos deberes respecto de las contrataciones de segundo o ulterior grado respecto de la empresa contratista o principal. De esta forma los derechos de información de los representantes de los trabajadores se limitarían y jugarían en cada eslabón de la cadena permitiendo así a los representantes en la contra-

<sup>88</sup> Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 119.

<sup>89</sup> Sobre estos temas véanse, por ejemplo, D. MONTROYA MEDINA, *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 458 y ss; J.L. MONEREO PÉREZ, A. ÁLVAREZ MONTERO, *Dimensión laboral de la subcontratación empresarial*, Comares, Granada, 2002, págs. 160-161.

tista conocer tan sólo las primeras subcontrataciones realizadas por aquéllas, mientras que desconocería las de segundo o ulterior grado realizadas por los sucesivos subcontratistas.

Pues bien, partiendo de esta limitación y teniendo en cuenta ahora tanto el interés de los representantes de los trabajadores por controlar estas nuevas reglas relativas a los niveles de subcontratación —art. 64.1.9 ET—, como la expresa regulación, ahora sí, de obligaciones de información interempresariales que permiten en este caso, a cada contratista o subcontratista, conocer el grado de descentralización en las obras a él encomendadas, podría concluirse que lo que el art. 9 LSC vendría a establecer sería la obligación de cada empresario de informar a sus representantes de todas las contrataciones, pero también —obsérvese el uso de la conjunción copulativa «y», en vez del «o» del art. 42.4 ET— de todas y cada una de las subcontrataciones, fuesen del grado que fuesen, que se hubiesen realizado por las empresas que hubieran subcontratado con ella o con otras empresas subcontratistas de primer o ulterior grado. De este modo, los representantes de los trabajadores del contratista tendrían derecho a ser informados de todas las subcontrataciones, sea cual sea su nivel, que hubiese realizado su empresa o los subcontratistas de aquella. Y del mismo modo, los representantes de los trabajadores de la subcontratista de las subcontratas realizadas por ésta o por las empresas por aquella subcontratada. Esta interpretación no sólo se ajustaría a la finalidad concreta de la norma sino que además se vería facilitada por las obligaciones de información interempresarial establecidas en el art. 7 LSC. En cualquier caso, obsérvese que el precepto es sumamente parco al delimitar el objeto de la información teniendo en cuenta que, con todo, deberá realizarse en un plazo inmediato pero, por lo que parece, una vez realizada la contratación o subcontratación.

El problema en relación con esta interpretación es que si bien cada empresa puede controlar las subcontrataciones realizadas por ella o por escalones inferiores, difícilmente conocerá las posibles subcontrataciones que se realicen en otras ramas del mismo árbol de subcontratación; esto es, las realizadas por otras contratistas de la misma obra que presten servicios al mismo promotor. Y además, si bien es cierto que todo subcontratista podría conocerlas accediendo de forma periódica al libro de subcontratación ex art. 8.1 LSC in fine, ello no garantizaría la inmediatez de esta información, al mismo tiempo que sometería a todos los subcontratistas a una obligación que parecería excesiva.

Por ello, la indefinición quizás buscada del precepto admitiría otra posible interpretación que, aunque ciertamente novedosa, no resulta a nuestro juicio imposible. Esto es, que fuera el contratista —el empresario principal— el que viniera obligado no sólo a proporcionar esta información respecto de sus representantes —lo que, por cierto, ya supondría una amplia-

ción respecto del art. 42 ET<sup>90</sup>—, sino también, y esto es lo más novedoso, frente a los representantes de los trabajadores de las restantes empresas. Es cierto que ello supondría una ruptura del tradicional carácter bilateral de esta relación, salvaguardado por el art. 24 LPRL y por el RD 171/2004, basados en relaciones interempresariales. Pero debe recordarse a este respecto dos datos que, al menos a mi juicio, son serios indicios que podrían apoyar esta interpretación, en línea con aquellas corrientes que postulan una articulación compleja de la figura del empresario<sup>91</sup>.

El primero, que esta ruptura ya está consagrada en la propia LSC. Y es que, aunque pudiera parecer desapercibido, el art. 5.4 LSC obliga expresamente al contratista a informar de la subcontratación excepcional, entre otros, a «los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas incluidas en su ámbito de ejecución de su contrato que figuren relacionados en su Libro de subcontratación». No se trata pues de un deber interempresarial de información como los que se prevén en el art. 24 LPRL o en el RD 171/2004<sup>92</sup>, sino de un deber de información asumido o impuesto legalmente a favor de los representantes de los trabajadores de todas las empresas por alguien que no es su empleador. Y a nuestro juicio, más que una excepción se trataría de una simple plasmación concreta del genérico y omnicomprendivo deber que este mismo sujeto habría asumido ahora legalmente, con el límite de que quede constancia de esta empresa y su representación en el Libro de subcontratación.

Y es que, además, y en segundo lugar, sólo así se comprendería que sea el contratista, y no los subcontratistas, el único sujeto para el que se prevé una infracción administrativa específica y no general por el incumplimiento de estos deberes de información —art. 12.28.d LISOS—. Otra interpretación, que partiera de un olvido del legislador asumiendo la aplicación en estos casos del art. 12.11 LISOS, no parece razonable dada la simetría existente en otros puntos entre los puntos 27 y 28 del art. 12 LISOS.

Pero, evidentemente, y dada la, quizás buscada oscuridad del precepto, deberemos esperar al desarrollo convencional de esta norma o a la actuación de la propia jurisprudencia para delimitar, con mayor seguridad, el calado, más o menos intenso, de esta nueva regulación legal.

<sup>90</sup> Aunque quizás no ya tanto frente a la norma convencional establecida en el art. 30 CCGSC.

<sup>91</sup> Véase el interesante e innovador trabajo de M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar» en AAVV., *Empresa, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, (coord. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ), Trotta, pág. 46 y ss.

<sup>92</sup> Para un análisis más detenido de estos deberes de cooperación y coordinación interempresariales F.J. CALVO GALLEGO, «Obligaciones y responsabilidades...», cit., pág. 149 y ss.

### 3.2.2. *La llamada a sistemas o procedimientos de representación de carácter territorial*

Bastantes menos dudas plantea en cambio la referencia del segundo párrafo del art. 9 LSC de acuerdo con el cual «por convenio colectivo sectorial de ámbito estatal podrán establecerse sistemas o procedimientos de representación de los trabajadores a través de representantes sindicales o de carácter bipartito entre organizaciones empresariales y sindicales, con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las obras de construcción del correspondiente territorio».

Aunque también algo oscura, parece bastante probable que esta norma esté haciendo referencia, en primer lugar, a sistemas o a procedimientos como los actualmente contemplados en el Punto 4 del Anexo III del CCGSC. Este punto regula un órgano paritario de apoyo a la prevención de riesgos laborales, fundamentalmente dirigido a las pequeñas empresas del sector que por sus dimensiones no encajen en los requisitos exigidos por la LPRL para disponer de un delegado de prevención. De ahí que su actividad —centrada en el seguimiento de la accidentalidad, la propuesta de soluciones, la organización y desarrollo de una formación itinerante a pie de obra, y la organización y control de visitas a obras— se desarrolle básicamente en empresas o centros de trabajo que no dispongan de delegados de prevención o servicio de prevención propio o contratado. Su ámbito es autonómico, aunque con coordinación estatal, recibiendo sus componentes la formación necesaria salvo que acrediten conocimientos similares aceptados por la Fundación Laboral de la Construcción (FLC en adelante)<sup>93</sup>.

Se trataría, por tanto, de dar, en primer lugar, simple cobertura legal a una regulación convencional que seguramente no la necesitaba anteriormente, ante las amplias posibilidades que el art. 35.4 LPRL otorga, sin más calificativos, a la genérica negociación colectiva<sup>94</sup>. Y ello porque en este caso, y a diferencia de lo que parece ocurrir en el art. 35.4 LPRL, no se trata tanto de sustituir el sistema de designación de los delegados de prevención previsto supletoriamente en la ley, sino de añadir al mapa ya existente un nuevo tipo de órgano bilateral o sindical, de carácter complementario, y no alternativo, al sistema común o habitual de designación de delegados de prevención previsto en la LPRL. Y de hecho, figuras cercanas cuando no muy similares han ido surgiendo en otros convenios —no necesariamente estata-

<sup>93</sup> Como es bien sabido, la FLC es el organismo paritario del sector constituido por los firmantes del CCGSC con la finalidad de prestar garantizar la prestación de servicios a los trabajadores y las empresas comprendidas en el ámbito del Convenio —art. 112 CCGSC—.

<sup>94</sup> Sobre estas posibilidades, por todos, P-GÓMEZ CABALLERO, *La participación de los trabajadores y los funcionarios en la prevención de riesgos laborales*, CARL, Mergablum, 2003, pág. 51 y ss.

les— y en otros sectores que no son estrictamente la construcción, pero en los que sí cabe apreciar la fragmentación del tejido productivo propia de sector que nos ocupa. Así ocurriría, por señalar tan sólo algunos ejemplos, en el art. 32 del CC de Agropecuario de Sevilla<sup>95</sup>, en el art. 55 del CC del Campo de Albacete<sup>96</sup> o, específicamente en el Anexo VIII del Convenio Colectivo de Trabajo correspondiente a la actividad de Edificación y Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2006 y 2007<sup>97</sup> en los que se regula o se contempla específicamente a un órgano específico de ámbito sectorial como es el Delegado Territorial de Prevención de Riesgos Laborales.

En cualquier caso, obsérvese, en primer lugar, que la nueva norma no sólo se refiere a posibles órganos bipartitos, sino también a representantes sindicales, en línea con la opción ya señalada por algunos convenios de buscar la sectorialización y territorialización de ciertos órganos unitarios. Se trataría, pues, de un ejemplo más del progresivo papel de la negociación colectiva en la regulación del ámbito y estructura de estos órganos de representación, coincidente, por tanto, con otras reformas, relativamente recientes, como la operada por la Ley 21/2006, de 20 de junio en el ámbito de la Función Pública. Además, debe destacarse que el precepto parece hacer referencia a los órganos específicos en materia de prevención y no a los generales —delegados de personal, básicamente— cuya posible territorialización, o más en concreto, provincialización ha suscitado en ocasiones bastantes controversias<sup>98</sup>.

Y todo ello sin olvidar, finalmente, que el art. 9 LSC tan sólo remite expresamente esta posibilidad a la negociación colectiva sectorial estatal. Esta remisión limitada y constante a lo largo de toda la ley —y que segura-

<sup>95</sup> BO. Sevilla 18 noviembre 2004, núm. 268, pág. 13119 De acuerdo con este precepto, «Las partes firmantes conscientes de la importancia de la Seguridad y Salud de los trabajadores y empleadores afectos al presente Convenio, acuerdan constituir la figura de delegado territorial de Prevención de Riesgos Laborales, al objeto de fomentar el mejor cumplimiento de la normativa sobre Prevención de Riesgos Laborales. Con tal objeto se crea un Comité de Delegados Territoriales de Prevención de Riesgos Laborales para el sector agrario de la provincia de Sevilla que estará compuesto por 12 delegados designados por la comisión mixta, de los cuales 6 representan a la parte empresarial (ASAJA), y otros 6 a la parte social, en proporción a su representación en la mesa de negociación de este convenio. Dicho comité, en tanto en cuanto no exista una oficina fija para su ubicación, se reunirá en la sede de la Delegación Provincial de Trabajo de la Junta de Andalucía, con una periodicidad al menos una vez al año».

<sup>96</sup> BO. Albacete 28 julio 2006, núm. 85, pág. 17.

<sup>97</sup> BO. La Rioja 6 febrero 2006, núm. 17, pág. 715 y ss.

<sup>98</sup> Una primera aproximación a los problemas que plantean estas creaciones convencionales sobre una materia ligada a la mayor representatividad sindical véase AAVV., *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores* (coord. R. ESCUDERO, J.R. MERCADER UGUINA), La ley, 2004, pág. 58 y ss.. En relación con la concreta figura de los delegados provinciales y territoriales en el campo de las ETT, véase igualmente AAVV., *Relaciones laborales y empresas de trabajo temporal*, Laborum, 2003, pág. 404 y ss.

mente está en la raíz del voto en contra en el Congreso de los dos grupos nacionalistas— pudiera parecer sorprendente, al menos en un principio. Pero creemos que, en realidad, es la simple consecuencia de la enorme centralización que ha experimentado en estos últimos años la negociación colectiva de este sector y de la realidad ya existente a la que se quiere hacer referencia. No obstante, quizás sería conveniente resaltar que, en la medida en la que creemos que esta posibilidad existía antes incluso del art. 9 LSC, y que de hecho, esté lo único que parece hacer es habilitar lo ya permitido de forma general, tampoco consideramos, en definitiva, que existiera impedimento alguno en el desarrollo de este tipo de figuras en convenios sectoriales de otros ámbitos territoriales inferiores, siempre respetando las reglas de conflicto previstas en los art. 84 y 83 ET y que al menos en mi opinión, en este caso concreto el art. 9 LSC no viene a alterar.

### 3.3. Nuevas exigencias a las empresas

En estrecha relación, tanto con las posibles causas de siniestralidad, como con la reciente reforma del art. 43 ET, los art. 4, 6 y 7 LSC establecen ahora, como un segundo grupo normativo, unos nuevos requisitos organizativos, preventivos, formales y registrales destinados ahora a las empresas que actúen en este campo de la subcontratación en la construcción, aunque como veremos, no siempre los destinatarios ni las consecuencias de sus incumplimientos serán idénticos.

En cualquier caso, es importante destacar, ya desde un principio, que a diferencia de lo que sucedía en el texto originario de la Proposición de Ley, el texto definitivo de la LSC no hace distinción alguna en función de si la subcontratación se realiza en el sector público o en el campo privado, siendo, seguramente, bastante menos riguroso, no ya sólo que la Proposición original, sino incluso que el texto alternativo propuesto por el Partido Popular a la hora de constatar previamente la presencia o no de tales requisitos. Pero vayamos nuevamente por partes.

#### 3.3.1. *Requisitos organizativos (I): la existencia real de una organización productiva, la ausencia de cesiones ilegales y de falsos autónomos*

En este contexto, y de forma similar a lo que aconteció con el AMCE y sus posterior transposición en el RDL 5/2006<sup>99</sup>, el art. 4.1 LSC comienza

<sup>99</sup> Sobre esta reforma, por todos, J.R. MERCADER UGUINA, «La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida», en AAVV., *La reforma laboral de 2006*, cit., pág. 155 y ss.; M.L. PÉREZ GUERRERO, M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Descentralización productiva y reforma laboral», original impreso de próxima publicación en *Temas Laborales* (en prensa).



por establecer, en primer lugar, tres requisitos acumulativos, destinados a cualquier empresa que pueda intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción —con independencia, por tanto, de su carácter o no habitual en las mismas— y que, en esencia, se limitan a incorporar y dotar de rango legal a la conocida doctrina de nuestro Tribunal Supremo en torno a la existencia o no de cesión ilegal de trabajadores <sup>100</sup>; una doctrina ciertamente casuística y destinada a distinguir esta cesión ilegal de la contrata o subcontrata que, como arrendamiento de empresa, resultan plenamente legítimas en nuestro ordenamiento al ser una manifestación más de la libertad de empresa recogida en el art. 38 CE.

En este sentido, y como es bien sabido, nuestro Más Alto Tribunal vinculó tradicionalmente la cesión ilegal con la idea del «empresario aparente», de tal manera que lo determinante en estos casos era averiguar si nos encontrábamos ante una verdadera y propia empresa o si, por el contrario, debía afirmarse su inexistencia dado que su objeto económico se limitaba, pura y simplemente, al tráfico de mano de obra. A tal fin resultaba determinante comprobar la concurrencia en la misma tanto de medios materiales (instalaciones, oficinas, maquinaria, herramientas), como personales (clara distinción y existencia real de plantillas), económicos (volumen de negocio, prestación de servicios a otras empresas) e incluso, aunque en menor medida, jurídicos (válida constitución, objeto social). Se trataba en definitiva, de conocer si el empresario formal poseía una organización productiva propia, contaba con los medios materiales y personales necesarios <sup>101</sup> y si los utilizaba para el desarrollo de su actividad productiva, asumiendo directamente los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de su actividad material.

Pues bien, son en realidad estos dos últimos criterios los expresamente recogidos en las letras a) y b) del art. 4 LSC, estrechamente relacionados, por tanto, con el nuevo art. 43.2 ET, y que no habrían venido sino a concretar en este específico ámbito una doctrina general ya tradicional y plenamente asentada.

Pero en segundo lugar, resulta igualmente necesario recordar como el Tribunal Supremo, desde su conocida Sentencia de 19 de enero de 1994 <sup>102</sup>, comenzó igualmente a sostener que la existencia real de una empresa no era necesariamente un obstáculo insalvable para constatar la existencia de una cesión ilegal prohibida por el art. 43 ET. Esta situación sería así per-

<sup>100</sup> Véanse, por ejemplo, las coincidencias casi literales entre el tenor literal del art. 4.1 LSC y los requisitos de las SSTs de 14 de septiembre de 2001 (RJ 582) y 17 de enero de 2002 (RJ 3755).

<sup>101</sup> Véanse, por ejemplo, las SSTs 7 de marzo de 1988, (RJ. 1863), de 17 de enero de 1991 (RJ. 58) o, por poner un último ejemplo, la STS 11 de octubre de 1993 (RJ. 7586).

<sup>102</sup> (RJ. 352).

ceptible en aquellos casos en los que, aún cuando la empresa cedente tuviera una actividad y una estructura empresarial propias, la misma no pusiera en juego tal organización y medios propios para el desarrollo de la contrata, limitándose a suministrar la mano de obra necesaria para la ejecución del servicio íntegramente concebido y puesto en marcha por la empresa contratante <sup>103</sup>. Y seguramente a esta segunda idea responde el art. 4.1.c) LSC al señalar como requisito, no ya sólo en general, sino sobre todo en la ejecución de la propia contrata o subcontrata —lo que veremos no deja de plantear interrogantes en relación con la «acreditación»—, que la empresa ejerza directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores.

En relación con estas exigencias poco cabe añadir, ya que, en realidad, se limitan, al menos a mi juicio, a concretar en este sector de actividad, las exigencias antes impuestas jurisprudencialmente, y ahora básicamente incorporadas al art. 43.2 ET. Si acaso señalar, en primer lugar, que, obviamente, la organización productiva propia, centrada básicamente en la existencia de un patrimonio propio, un domicilio social también propio, una organización empresarial con servicios y medios productivos propios, así como un equipo de mandos propio —pudiendo, considerarse como un indicio más otros factores como prestar servicios de forma regular a otras empresas distintas <sup>104</sup>— no impiden —como recuerda implícitamente el art. 5 LSC— la existencia plenamente legítima de subcontratas cuya organización productiva «puesta en uso en la obra» «consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, utilizando equipos de trabajo propios que no excedan de herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles». Este tipo de contratas son legítimas siempre que la empresa exista realmente ejerza realmente sus poderes de organización y dirección. De ahí que esta peculiaridad tan sólo provocaría, como ya hemos visto, la limitación a supuestos de fuerza mayor de las posibilidades lícitas de subcontratación.

Y en segundo lugar, que en estos casos, las consecuencias de este incumplimiento serían básicamente la aplicación del art. 43 ET como se deduce, implícitamente, del art. 7.3 LSC, y, obviamente, del conjunto o batería de sanciones administrativas o incluso penales —art. 8.2 LISOS, art. 312 C.P.— ligados a esta infracción e incumplimiento.

Por contra, creemos que si lo que se incumple es la exigencia, también impuesta por el art. 4.1c LSC de que el autónomo ejecute el trabajo con autonomía y responsabilidad propia, las consecuencias serían simple y lla-

<sup>103</sup> Véanse, por ejemplo, las STS 16 de febrero de 1989 (RJ 1989\874), 19 de enero de 1994 (RJ. 352) 12 de diciembre de 1997 (RJ. 9315), 14 de septiembre de 2001 (RJ. 582) y 16 de junio de 2003 (RJ. 7092).

<sup>104</sup> Véase, por ejemplo, la STS 11 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7586).



namente el reconocimiento de la relación laboral, integrando este falso autónomo dentro de la empresa en cuyo ámbito de organización y dirección se habría ya integrado materialmente <sup>105</sup>.

### 3.3.2. *Requisitos organizativos (II): los porcentajes mínimos de trabajadores indefinidos*

En segundo lugar, y tratando seguramente de luchar contra la alta tasa de temporalidad que, como ya hemos señalado, suele identificarse igualmente como causa de la peculiar siniestralidad en este sector de actividad, el art. 4.4 LSC establece la obligación de aquellas empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción —y, por tanto, no para aquellas otras cuya participación sea puntual— la necesidad de contar, en los términos que se determinen reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados con carácter indefinido que no será inferior al 10% durante los dieciocho primeros meses de vigencia de la Ley, al 20% durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30% a partir del trigésimo séptimo, inclusive.

En relación con esta norma, y a la espera de su desarrollo reglamentario, lo primero que sorprende es que este requisito se exija, al menos en principio, y a la espera de lo que disponga su futura norma de desarrollo, para el conjunto de los trabajadores de cada empresa. Y ello porque el problema de la temporalidad es especialmente acuciante en el segmento de la plantilla que desarrolla su actividad en la obra y no en los servicios centrales, de proyección o de gestión. Es en éste colectivo en donde se centra la ligazón entre temporalidad y siniestralidad. De ahí que se corra el riesgo, sobre todo en las grandes empresas, de que estos nuevos requisitos legales se concentren en el segmento de mano de obra que no presta servicio en el tajo, reduciendo por tanto, su eficacia y finalidad. Seguramente hubiera sido bastante más razonable exigir este porcentaje en aquella parte de la plantilla que presta servicios en las propias obras, lo que no sólo hubiera producido un impacto similar —y no como ahora, seguramente desigual— entre pequeñas y medianas empresas en el sector de la construcción, sino que además, hubiera dotado de una mayor importancia a este requisito en un sector que, en su conjunto, no supera una tasas de temporalidad del 60% según los datos que aporta la EPA.

<sup>105</sup> Algunos ejemplos de estos falsos autónomos en la doctrina de nuestros Tribunales pueden consultarse en nota 13.

En cualquier caso, resulta evidente la trascendencia de la norma reglamentaria a la que se remite el precepto, en la medida, en la que, por ejemplo, deberá resolver problemas básicos como la forma de fijar esta «habitudinalidad»; qué sucede o cómo se articulan estos porcentajes en plantillas muy cortas, de menos de diez trabajadores; si dicho porcentaje debe ser permanente o debe ser la media en un cierto lapso temporal; como son computados a estos efectos los trabajadores temporales para calcular el volumen total de la plantilla sobre el que, a su vez, se calcule este porcentaje; o, por poner un último ejemplo, como deben computarse los trabajadores a tiempo parcial, con jornada ordinaria muy reducida. Y todo ello, claro está, sin olvidar las consecuencias de este incumplimiento que, al menos a nuestro juicio, tan sólo generaría la responsabilidad administrativa —laboral y no de prevención, obsérvese— prevista en el nuevo art. 8.16 LISOS, sin que en principio tuviera repercusión alguna sobre cada una de las relaciones individuales temporales presentes en ese momento en la empresa.

### 3.3.3. *Requisitos preventivos*

En tercer lugar, el art. 4.2 LSC establece igualmente, para cualquier empresa que pretenda ser contratada o subcontratada para trabajos de una obra de construcción, la obligación de acreditar, no sólo que disponen de recursos humanos en su nivel directivo y productivo que cuenten con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, sino también que ostentan una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995. Y todo ello, obsérvese, no ya sólo para la realización de obras de especial peligrosidad como parecía deducirse de la enmienda núm. 131 del Grupo Socialista, de donde sin duda procede la redacción final de este precepto <sup>106</sup>.

Evidentemente poco cabe comentar en relación con la exigencia de una organización preventiva adecuada, que era obligatoria como consecuencia de las exigencias de la LPRL. Seguramente con esta referencia se quiere hacer mención, como mínimo, a la existencia en cada empresa de una modalidad adecuada conforme a las previsiones del Capítulo III—art. 10 y siguientes— del RD 39/1997, así como a la presencia de recursos preventivos del art. 32.bis LPRL. Y todo ello teniendo en cuenta que, por lo que se refiere a los subcontratistas de propia actividad, el art. 10 RD 171/2004 ya obligaba a cada subcontratista a acreditar a sus comitentes otros aspectos como son la formación, información, evaluación y planificación de la actividad preventiva, del mismo modo que el contratista también estaba —y,

<sup>106</sup> BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 117.



obviamente, sigue estando— obligado a comprobar que dichos contratistas y subcontratistas han establecidos los medios necesarios de coordinación. Si acaso, y en relación con este punto llama la atención que el legislador no haya utilizado la posibilidad que le brindaba esta nueva norma para fomentar o intentar al menos limitar la generalizada externalización de la actividades preventivas que se ha producido en nuestro país a lo largo de estos últimos diez años —y que, por cierto, no parece responder ni a la letra ni al espíritu de la Directiva Marco—.

Seguramente desde esta última perspectiva debe analizarse la referencia a la necesidad de acreditar la disponibilidad de personal en su nivel directivo y productivo que cuenten con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales. Y es que sin dicha formación —por ejemplo, la prevista en el Anexo III CCGSC para gerentes de empresa— difícilmente podría realizarse realmente una integración y una planificación de la actividad preventiva dentro de la empresa en línea con la reciente reforma del RD 39/1997 operada por el RD 604/2006 de 19 de mayo. Y ello porque como recuerda el nuevo art. 1 RD 39/1997, la integración de la actividad preventiva en la empresa exige esta misma integración en todos los niveles jerárquicos de la empresa, e implica la atribución a todos ellos —así como la asunción por los mismos— de la obligación de incluir la prevención en cualquier actividad que realicen y en todas las decisiones que adopten. Cuestión distinta es el diferente impacto que esta misma exigencia supondrá para pequeñas y para grandes empresas. Pero esta impacto desigual, como ya hemos visto, es uno de los elementos característicos de buena parte de esta LSC.

#### 3.3.4. *Requisitos registrales: la acreditación y el registro de empresas acreditadas*

En cuarto lugar, los art. 4 y 6 LSC establecen, como requisitos necesarios y previos para todas aquellas empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas en trabajos de una obra de construcción, la necesidad, en primer lugar, de «acreditar» el cumplimiento de los requisitos empresariales antes mencionados, salvo del de plantilla indefinida mínima —exclusión ésta cuya única justificación posible consistiría en que esta exigencia tan sólo parece imponerse a las empresas que «habitualmente» desarrollen esta actividad y no a todas, como los otros dos requisitos antes mencionados— y, en segundo lugar, de registrarse en el denominado «Registro de Empresas Acreditadas» regulado definitivamente en el art. 6 LSC.

En relación con ambos aspectos, lo primero que quizás convenga resaltar, al menos a mi juicio, es la notable oscuridad e indeterminación que

se detecta, sobre todo en este punto, en el texto final de la Ley<sup>107</sup>. Y es que si en general, el peculiar origen de la norma y las importantísimas modificaciones introducidas durante su tramitación parlamentaria han producido algunas asimetrías que dificultan en ocasiones su interpretación, estas mismas dificultades interpretativas, estas mismas descoordinaciones, se multiplican en este caso, seguramente por el deseo de cohesionar propuestas muy distintas. Y es que este deseo ha sido seguramente el causante de una normativa final que, al menos a mi juicio, no sólo resulta extraordinariamente confusa, sino que, además, parece relativizar e incluso desnaturalizar en buena parte estas exigencias previstas, no sólo en el texto de la Proposición original, sino incluso en la versión alternativa propuesta por el Grupo Popular<sup>108</sup>, dando lugar a un resultado confuso y que puede ser objeto de diversas interpretaciones.

Para comprender lo que decimos quizás no esté de más recordar como en ambos textos —Proposición y Enmienda— se contemplaba ciertamente un Registro de Empresas. Pero se hacía de forma muy distinta.

En primer lugar, en el originario Proyecto de Ley, aunque de forma confusa, se establecía, por un lado —art. 6—, un Registro de empresas integradas en el ámbito sectorial de la construcción que básicamente contemplaba cuestiones generales como la denominación, el domicilio, el número de trabajadores, el capital social o el informe de la TGSS declarando que la empresa estaba al corriente de pagos con la Seguridad Social. Y en segundo lugar, una autorización administrativa que tendría validez exclusivamente para cada obra solicitada —art. 5.2 LSC—, concedida por la Dirección Provincial de Trabajo o el órgano autonómico correspondiente, para el que se establecían diversos requisitos<sup>109</sup> y que, aparentemente debería inscribir

<sup>107</sup> Baste recordar, a título meramente anecdótico, la errónea referencia que al principio del art. 6 LSC se realiza «al artículo anterior» que, obviamente, no parece ser el art. 5 sino el art. 4 LSC.

<sup>108</sup> El texto de esta enmienda núm. 80, a la totalidad con texto alternativo en el BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, pág. 93 y ss.

<sup>109</sup> En la Proposición de Ley estos requisitos para la autorización se centraban en a) disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir con las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social, b) Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social, c) Garantizar en los términos previstos en la misma proposición el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, d) No haber sido sancionada con la suspensión de actividad en dos o más ocasiones; e) Garantizar la ejecución completa de la obra subcontratada, excluyéndose expresamente la posibilidad de subcontratar a su vez la totalidad o parte de la misma con una tercera empresa, f) Que dicha ejecución habría de llevarse a cabo, al menos, con una plantilla propia, entendiéndose por tal la que tiene una relación laboral de carácter indefinido con la empresa subcontratista, g) Someter las cláusulas de las relaciones, bien administrativas, bien civiles o mercantiles, derivadas del contrato de ejecución de la obra subcontratada, a lo establecido respectivamente para cada una de ellas en el articulado de aquella Proposición.

igualmente en el mencionado Registro —art. 7.2—. De ahí que pudiera pensarse en dos tipos de inscripciones: una primera, general, de la empresa, y otra segunda, temporal, de las posibles autorizaciones que se le concedieran a cada empresa para realizar concretas obras de construcción.

En cambio, en el texto alternativo del Grupo Popular, el Registro lo era ya sólo, y de forma relativamente clara, para las empresas que hubieran obtenido la previa certificación en materia de seguridad y salud en el trabajo conforme a los art. 4 a 6 de aquel texto alternativo. La «certificación», que ya no autorización, era además concedida a las empresas, parece que para el conjunto de su actividad, o al menos para un determinado tipo de los contratos previstos en aquel texto. Y además, dicha certificación no se otorgaba por el respectivo órgano de la Administración Laboral, sino por una Comisión Certificadora compuesta por representantes de la Administración y de las organizaciones sindicales o empresariales más representativas del sector de la construcción<sup>110</sup>, cuyas decisiones, por otra parte, podían ser recurridas en alzada ante el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Además, se regulaban expresamente una duración inicial de dicha certificación de dos años, la revisión de dichas certificaciones o incluso la suspensión de la misma.

Sin embargo, lo cierto es que una vez descartada la Enmienda del Grupo Popular, tampoco sobrevivieron, al menos en un primer momento, las previsiones originarias de la Proposición de Ley. Y ello porque el Grupo Parlamentario mayoritario consideró que las exigencias y el procedimiento previsto en la Proposición para obtener la autorización eran «incoherentes con nuestro actual sistema de relaciones laborales» y, por tanto, incompatibles con el «esfuerzo» por «una simplificación de trámites burocráticos, una reducción del intervencionismo administrativo y una mayor y más rápida adaptabilidad de las empresas a las cambiantes circunstancias del mercado»<sup>111</sup>. Todo lo más, en su Enmienda núm. 131, el Grupo Parlamentario Socialista proponía un texto alternativo del entonces art. 5 —hoy art. 4 LSC— que establecía la obligación para todas aquellas empresas que contrataran o subcontrataran obras especialmente peligrosas, de acreditar tanto la formación adecuada en prevención de riesgos laborales —tanto en su nivel directivo como productivo—, así como que también disponían de una

<sup>110</sup> Los criterios que debían ser tenidos en cuenta serían los medios materiales y personales propios y ajenos con los que cuente la empresa para el cumplimiento de las medidas obligatorias en materia de seguridad y salud en las obras de construcción y en relación con el número de trabajadores que tengan directamente a su cargo y el volumen anual de negocio de la empresa.

<sup>111</sup> Véase la Motivación de la Enmienda núm. 121, de supresión, del Grupo Socialista BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23 de diciembre de 2005, págs. 113-114. Igualmente véanse las sucesivas enmiendas 122y 123 del mismo Grupo Socialista.

organización preventiva suficiente «en la forma y en los supuestos que se determinen reglamentariamente, así como hallarse inscrita en el Registro de Empresas Acreditadas» que sería igualmente «objeto de desarrollo reglamentario».

Seguramente fruto de esta Enmienda fue el texto presentado en el Informe de la Ponencia<sup>112</sup>. En él no existía lo que actualmente es el art. 6 LSC<sup>113</sup>, si bien el art. 4 era casi idéntico al finalmente publicado en el BOE con la excepción de que la actual referencia al art. 6 LSC en el apartado 2.b) era sustituida por una más genérica referencia a «los términos que se determinen reglamentariamente».

Y, sin embargo, el texto finalmente aprobado por la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, con competencia legislativa plena de conformidad con lo establecido en el art. 75.2 CE, sí que incluía la versión actual del art. 4.2 LSC junto con el actual art. 6 LSC; un artículo que ya sólo sería alterado ya en el Senado, en un aspecto competencial y en relación con la Administración Autónoma competente para su llevanza<sup>114</sup>, pero que, curiosa o paradójicamente, no establece claramente qué se registrará en el mismo.

En definitiva, y como puede comprobarse, el resultado final de todo este proceso es un texto carente de la necesaria claridad, fruto de posturas y textos ciertamente diferentes, y que sin duda alguna plantea graves incertidumbres, incluso sobre los aspectos esenciales del mismo, dado que en sustancia la regulación definitiva parece proceder de enmiendas transaccionales que tratan de contentar posiciones de partida ciertamente diferentes.

Aun así, y a la espera de un desarrollo reglamentario que gozará de amplia libertad ante la ambigüedad en este punto de la LSC —una ambigüedad por cierto, que no nos resistimos a señalar, quizás haya sido expresamente buscada por los propios interlocutores en su consenso implícito— consideramos necesario, al menos, identificar estas dudas esenciales y plantear ciertas cuestiones que suscita la actual regulación legal.

La primera de estas dudas se centra en el propio objeto de las acreditaciones y del funcionamiento y el objeto mismo de inscripción en este Registro. Y ello porque ante lo genérico de esta regulación cabrían, al menos dos interpretaciones. La primera, considerar que, a semejanza de lo que planteara el Partido Popular, lo acreditación se realizaría de la empresa en su conjunto. Sería ésta en su globalidad la acreditada —a través del curioso procedimiento establecido en el art. 4.2 LSC—, y sería esta misma

<sup>112</sup> BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-35 de 4 de mayo de 2006.

<sup>113</sup> En dicho texto, este artículo 6 reflejaba lo que hoy es el art. 7 Deber de vigilancia y responsabilidades derivadas de su incumplimiento.

<sup>114</sup> En virtud, de la Enmienda núm. 28 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia y Unió. Véase en BOCG. Senado Núm. 14 (c), de 19 de junio de 2006.



acreditación general, la que se inscribiría en el registro de empresas ya acreditadas conforme al art. 4.2 LSC. La utilización de un participio pasado para calificar y concretar el objeto de este Registro, así como el hecho de que determinados requisitos del art. 4.2 LSC parezcan referidos a la empresa en su totalidad, sobre todo por lo que se refiere a la formación en materia preventiva en su nivel directivo y productivo, así parecerían indicarlo.

Pero, con todo, esta interpretación plantea varios interrogantes. De hecho, se ajusta mal con el propio contenido de algunos preceptos de la propia ley. Sobre todo, porque basta un mero repaso del objeto de lo que debe ser acreditado según el art. 4.1 y.3 LSC para constatar como mucho de lo que se ha de acreditar no está referido a la empresa en su conjunto, sino a la actividad que la misma desarrolla en cada obra en concreto. Así se percibe en relación con la utilización de la organización productiva propia utilizada «para el desarrollo de la actividad contratada» o en lo relativo al ejercicio directo de las facultades de organización y dirección «sobre el trabajo desarrollado en la obra». Es más, la conexión de estos requisitos —en algún caso literal— con la Proposición de Ley y su absoluta diferencia con los criterios generales a los que hacía referencia el texto alternativo del Partido Popular parecen indicarnos que la «resurrección» del art. 6 LSC como artículo dedicado al Registro, es la resurrección del art. 6 de aquella misma Proposición de Ley original, diferenciando por tanto un registro que lo sería de todas las empresas integradas en el ámbito del sector de la construcción que podrían ser objeto de acreditación y, en un segundo momento, de cada una de las acreditaciones para cada una de las obras contratadas o subcontratadas. Seguramente sería ésta la razón por lo que otros preceptos como el art. 7 LSC o los nuevos art. 12.27.a) o 12.28.c) LISOS distinguen claramente el deber de acreditar y el inscripción en el registro correspondiente. Y es que tampoco debemos olvidar que el origen de las acreditaciones, como ya hemos señalado, no era en su tramitación parlamentaria para las empresas sino para determinadas obras de especial peligrosidad.

Sea como fuere, lo cierto es que, al igual que ocurre con los Servicios de Prevención, la Autoridad Laboral competente para la llevanza de este Registro público y, por tanto, para la inscripción, sería la del territorio de la Comunidad Autónoma donde radicase el domicilio social de la empresa, previéndose igualmente que el desarrollo reglamentario abordase no sólo el contenido, la forma y los efectos de la inscripción de dicho registro, sino también el sistema de coordinación de los distintos registros autonómicos, ya que, obviamente, la inscripción autonómica tendrá «validez» o eficacia para todo el territorio nacional. Y todo ello, claro está, sin perjuicio de que, de ser esta la interpretación asumida, la declaración a la que se hace referencia en el art. 4.3 LSC seguramente lo debería ser ante el registro establecido en la Comunidad Autónoma con competencia sobre el territorio en donde se

desarrolla la concreta obra. De ahí la importancia de los sistemas de coordinación que en este punto debieran desarrollarse entre los distintos registros autonómicos.

En cualquier caso, y asuma la opción que asuma el esperado reglamento, de lo que no cabe duda es de que —pasando a otra cuestión— la acreditación de la que se habla es sustancialmente diferente tanto de la anterior autorización como de la en su momento postulada certificación. E incluso si se nos apura, también es diferente, a expensas nuevamente de su desarrollo reglamentario, del concepto habitual de acreditación. Y ello porque normalmente por acreditación suele entenderse el acto a través del cual, y con base en un proceso previo de evaluación, un Poder Público o, sobre todo, una Agencia, dan testimonio sobre la calidad o la superación de una serie de criterios por parte de programas, instituciones, productos, empresas o personas. Acreditar significaría así un reconocimiento experto, por parte de un tercero, de que se cuenta con los requisitos necesarios para realizar una prestación de servicio determinada y con la calidad convenida. De ahí que en estos casos, junto a normas sobre acreditación y una referencia de los elementos mínimos —conocida o cognoscible por el que solicita dicho acto— deba existir siempre un acreditador independiente respecto del acreditado que analice e investigue el cumplimiento en cada caso de los elementos exigidos para la acreditación.

Pues bien, paradójicamente, es esto, precisamente lo que parece haber desaparecido de la actual regulación legal, a la espera, claro está, de su esperado y necesario desarrollo reglamentario. Y ello porque de acuerdo con el art. 4.3 LSC la acreditación parece haber quedado limitada a una mera declaración suscrita por el representante de la propia empresa y formulada ante el Registro de Empresas Acreditadas establecido en el art. 6 LSC. De acuerdo con dicho precepto estas empresas contratistas y subcontratistas acreditarán el cumplimiento de los requisitos antes establecidos —salvo el de plantilla fija mínima— mediante «una declaración suscrita por su representante legal formulada ante el Registro de Empresas Acreditadas», sin que en principio se prevea legalmente control material alguno por parte de un tercero independiente como hubiera podido ser, por ejemplo, la FLC. Bastaría para comprender lo que decimos, con comparar este sistema con el aún previsto en los art. 34 y 25 y ss. de la todavía en estos momentos vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas RDLeg. 2/2000, de 16 de junio.

Es cierto que las respectivas normas sancionadoras incorporadas a la LISOS parecen querer dar cierta capacidad de actuación al reglamento en este punto —*vid.* art. 12.27.a), 12.28c), 13.15.a) y 13.15.b LISOS— al tipificar como infracción el incumplimiento de este deber de acreditar, *en la forma establecida legal o reglamentariamente*. De ahí que cupiera al menos postular que el futuro desarrollo reglamentario pudiera incorporar una



mínima exigencia documental para permitir la validez de dicha acreditación —por ejemplo, mediante la certificación de cursos de formación en mandos directivos, concierto de actividades, auditoría de servicios de prevención propios, presencia de recursos preventivos en la obra... etc.—. Pero el rigor de la cláusula establecida en el art. 4.3 LSC parece dificultar esta posibilidad, que además, difuminaría la conveniente separación entre las funciones de control —art. 4 LSC— y las del registro que hubieran debido ser de mera publicidad —art. 6 LSC—. Y todo ello sin olvidar que incluso admitiendo esta interpretación, este «control» administrativo en el momento del registro, se limitaría básicamente a una nueva exigencia documental en una materia como ésta que presenta como una de sus principales lacras, el cumplimiento meramente formal y documental de muchos de estos deberes preventivos.

En este contexto, creemos que si el cumplimiento por el empresario de estas obligaciones concretas en cada obra no va a ser testado por un tercero independiente de forma material y no meramente formal, poco sentido tiene todo este aparato administrativo que parece destinado a justificar formalmente la omisión de uno de los mecanismos más importantes previstos en la Proposición de Ley. Más aún cuando de forma sorpresiva, ni se prevé la duración de esta acreditación, ni se señala, por ejemplo, las consecuencias de la pérdida previa o sobrevenida de estos requisitos o los efectos que sobre la misma tendría el reconocimiento judicial de la inexistencia de los requisitos básicos exigidos. De hecho, la DA 1 LSC tan sólo prevé como infracción administrativa grave en materia preventiva, tanto de los contratistas como de los subcontratistas, el incumplimiento del deber de acreditar que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria y que dispone de una organización preventiva adecuada —nuevo art. 12.27.a. 12. 28.c) LISOS— que será incluso muy grave cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme al RD 1627/1997 —art. 13.15.a y 13.16.a) LISOS—. Y ello plantea la duda de las consecuencias jurídicas, no sólo en el plano sancionador, sino incluso en el registral y, sobre todo, en relación con las posibles responsabilidades de terceros que contrataron con esta empresa confiados en la apariencia registral, de la falsedad en la declaración suscrita por el representante. Pero sobre ello volveremos inmediatamente.

Por ahora tan sólo nos gustaría resaltar, para finalizar este excesivamente largo apartado, que esta normativa tampoco es aplicable ni exigible a los promotores<sup>115</sup>, centrándose nuevamente tan sólo en constructores y subcontratistas.

<sup>115</sup> De la misma manera que es dudoso si se aplica o no a los autónomos. A mi juicio, el término empresa es utilizado en el art. 4.4 LSC de una manera económica, separándolo del

### 3.3.5. *El deber de vigilancia y las consecuencias de los posibles incumplimientos*

Por último, y como cierre de todo este proceso, el art. 7 LSC establece, en primer lugar, la obligación de las empresas contratistas y subcontratistas —y, creemos, también ha de entenderse que el autónomo que excepcionalmente subcontrate— de vigilar el cumplimiento, por parte de las empresas subcontratistas con las que contraten, de las obligaciones de «acreditación y registro».

Sin poder detenernos mucho más en este apartado, parece razonable considerar que al contratista o subcontratista le bastará con comprobar la inscripción del correspondiente subcontratista en el Registro de Empresas Acreditadas y de la declaración a la que se refiere el art. 4.2 LSC, sin necesidad, por tanto, de comprobar en cada caso concreto el cumplimiento de las condiciones materiales que la ley establece para dicha acreditación. Y ello porque, aunque seguramente sería preferible desde una óptica preventiva exigir dicho control —que debería unirse al establecido en el art. 10 RD 171/2004 y a la vigilancia sobre los topes de subcontratación establecidos en el art. 5 LSC—, esta interpretación privaría seguramente aún más de justificación la propia existencia del Registro como instrumento de seguridad jurídica.

En segundo lugar, el art. 7 LSC establece igualmente, la obligación de las empresas subcontratistas —y, a nuestro juicio, también en su caso del autónomo— de comunicar o trasladar al contratista, a través de sus respectivas empresas comitentes, toda la información o documentación que afecte a estos deberes. Obsérvese que la DA 1 LSC no ha introducido en este caso ningún tipo administrativo específico que sancione esta omisión más allá del ya mencionado en otro apartado de este trabajo, y centrado —como ya hemos indicado— en no comunicar los datos que permitan al contratista llevar al día el Libro de Subcontratación.

Ya por último, y como instrumento de cierre, se establecen dos tipos de responsabilidades. En primer lugar, y por lo que se refiere a la responsabilidad administrativa, la DA 1.<sup>a</sup> LSC conserva también en este punto el esquema ya comentado anteriormente que, huyendo de fórmulas de responsabilidad solidaria ciertamente criticables en este punto, imputa a cada sujeto

---

concepto de empleador. Se trataría de toda organización productiva de bienes materiales e inmateriales destinados a prestar servicios, a realizar obras o a dar y colocar algo en el mercado. Y desde esta perspectiva, ligada a la finalidad de la propia LSC sí me parece necesario que los autónomos se inscribiesen en dicho Registro, más aún si recordamos como alguno de los aspectos que se acreditan, como el contemplado expresamente en el art. 4.1.c) LSC in fine se refieren expresamente a esta concreta figura.

una responsabilidad independiente por sus propios actos. De este modo, tanto el contratista como el subcontratista serán responsables, cada uno de ellos de forma independiente, de una infracción grave en materia preventiva cuando omitan el deber de acreditar o registrarse, del mismo modo que también lo serán cuando no verifiquen dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que cada uno de ellos contrate —art. 12.27.a) y 28.c) LISOS incorporados por la DA 1 LSC—. Y todo ello, claro está, salvo que estos mismos hechos sean tipificables como infracción preventiva muy grave, lo que acontecerá cuando se trate de actividades con riesgos especiales de los establecidos en el Anexo II RD 1627/1997 —art. 13.15.a) y 13.16.b) LISOS—. En cualquier caso, obsérvese que el mero promotor no aparece como posible responsable administrativo en relación con este concreto tipo, aunque el contratista —con el que estipula el promotor— sí está obligado a acreditar y registrarse.

Y en segundo lugar, el art. 7.2 LSC establece, aunque de una forma ciertamente confusa, que el incumplimiento de la obligación de registrarse y acreditarse provocará la responsabilidad solidaria del contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato por parte del subcontratista incumplidor «cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas». Más allá del ámbito material de esta responsabilidad, que parece extenderse a cuantas consecuencias laborales o de Seguridad Social pudieran derivarse de la ejecución de los contratos de trabajo suscritos por la entidad no acreditada o registrada —incluidas, obviamente las indemnizatorias o, por mencionar una figura compleja, el recargo de prestaciones— para la ejecución de la concreta obra subcontratada, las dudas, al menos a mi juicio, se centran —como ya vimos anteriormente<sup>116</sup>— en la extensión subjetiva de los responsables solidarios y en la interpretación de esa anfibológica expresión final y que permite dicha extensión «cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas».

Pues bien, comenzando por esto último, la alambicada redacción del precepto pretende, al menos a mi juicio, contemplar tres sujetos responsables. El primero, y directo, sería el subcontratista sin acreditación y/o registro cuya responsabilidad por este incumplimiento tan sólo sería sancionadora-administrativa en los términos antes previstos. El segundo sería el subcontratista con el que en su caso subcontrató, que respondería solidariamente precisamente por haber incumplido su deber de vigilancia. Y el tercero sería el contratista como responsable principal de controlar la legalidad de toda la cadena de subcontratación que con él comienza. De esta manera tan sólo los subcontratistas situados, en su caso, en los escalones intermedios po-

<sup>116</sup> Vid. \w \h 3.1.7 \h La responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales y de Seguridad Social.

drían quedar excluidos de esta responsabilidad solidaria, aunque nos remitimos a lo antes dicho sobre la confusa delimitación de los polos subjetivos de esta responsabilidad solidaria <sup>117</sup>.

Y ya por último, creemos que la anfibológica referencia legal a la extensión de esta responsabilidad «cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas» podría interpretarse —aunque desde luego suscite dudas— como un deseo del legislador de garantizar esta extensión de responsabilidades con independencia de que entre la actividad de estas empresas se dé o no el requisito de la propia actividad, evitando así que el casuismo de este concepto y el hecho de que una y otra actividad sean o no inherentes tenga repercusión alguna en este mecanismo de garantía de las obligaciones deducidas de aquel primer contrato.

### 3.4. Normas relativas a la formación y modo de contratación del trabajador

Finalmente, este amplio conjunto de medidas destinadas, en esencia, a mejorar la prevención de riesgos laborales en las contratas y subcontratas de construcción se cierra con dos núcleos normativos que, en estrecha relación con los resultados de la negociación colectiva sectorial estatal, se centran en dos factores ya analizados y que podrían incidir en la siniestralidad en este sector: el nivel de formación preventiva de estos trabajadores, y, en segundo lugar, no ya tanto su temporalidad como una mayor estabilidad y duración de estos contratos. Pero vayamos nuevamente por partes.

#### 3.4.1. *La acreditación de la actividad preventiva de los trabajadores*

Por lo que se refiere a lo primero, el art. 10 LSC viene entablar, nuevamente, esa curiosa relación de reenvío y de aceptación de resultados ya negociados sectorialmente a nivel estatal que hemos visto en otros apartados de este trabajo.

Tras recordar lo que es obvio, la necesidad de formación en materia preventiva recogida desde hace ya más de diez años en el art. 19 LPRL <sup>118</sup>, el art. 10 LSC establece —en clara relación con el Anexo III del CCGSC—

<sup>117</sup> Véase nuevamente \r \h 3.1.7 \h La responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales y de Seguridad Social.

<sup>118</sup> De hecho, y según la V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo es en las ramas de actividad de Construcción y Metal es donde se encuentran porcentajes más altos de centros de trabajo donde se ha asistido a actividades formativas (85% y 76%, respectivamen-



la posibilidad, en primer lugar, de que a través de este tipo de convenios sectoriales estatales se establezcan programas formativos y contenidos específicos de carácter sectorial, así como para los trabajos de cada especialidad. Si recordamos lo recogido en el punto 3 «Formación», del mencionado Anexo III CCGSC, o la delimitación de contenidos a impartir en relación con gerentes, responsables de obra, técnicos de ejecución, mandos intermedios, delegados de prevención, nivel básico general o nivel específico por oficios, comprenderemos perfectamente la realidad a la que se refiere la norma legal. Poco más cabe pues comentar en unas notas como éstas que se han hecho ya demasiado largas.

Y al menos a mi juicio, esta misma relación es la que cabe apreciar en relación con el art. 10.3 LSC. Y es que en él se remite nuevamente a los convenios colectivos sectoriales y de ámbito estatal, o a una norma reglamentaria, la regulación de la forma de acreditar la formación específica recibida en esta materia por el trabajador, pudiendo consistir esta acreditación en la expedición de una cartilla o carné profesional para cada trabajador, único y válido para el conjunto del sector; del mismo modo que su diseño y ejecución podrían asimismo atribuirse a organismos paritarios creados en el ámbito de la negociación colectiva estatal, en coordinación con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo; esto es, la Fundación Laboral de la Construcción —art. 112 CCG Construcción—, que ya en la actualidad inscribe en la cartilla profesional de estos trabajadores los cursos que cada uno de ellos tenga acreditados conforme al Anexo III del tantas veces mencionado CCGSC.

#### 3.4.2. *La recepción legal del contrato fijo de obra*

Finalmente, una última medida, relacionada nuevamente en esta curiosa relación entre Ley y resultados previamente incorporados a la negociación colectiva sectorial estatal —relación ésta que, como ya hemos visto, está presente en múltiples preceptos de esta Ley—, es la incluida en la DA 3 LSC —denominada «Negociación colectiva y calidad en el empleo»— y que consiste, en pocas palabras, en dar un claro pie legal, en despejar todas las posibles dudas sobre la licitud del actual «contrato fijo de obra»; un con-

---

te), y es en Comercio/Hostelería donde se computa el porcentaje más bajo (51%). El tamaño de plantilla es también una variable diferenciadora, de tal manera que es en los centros de trabajo medianos y grandes en los que con mayor frecuencia alguien ha asistido a este tipo de formación (se supera el 90% de los centros en el intervalo de 50 o más trabajadores). Más información nuevamente en [http://www.mtas.es/insht/statistics/5enct\\_ap.htm](http://www.mtas.es/insht/statistics/5enct_ap.htm)

trato éste que, aunque nacido en el campo de la construcción, ha experimentado durante estos últimos años una notable expansión en la negociación propia de otros sectores de actividad cercanos <sup>119</sup>.

Como se ha señalado en múltiples ocasiones, en su actual conformación <sup>120</sup>, esta modalidad contractual es previa a la reforma de 1994 y, por tanto, a la remisión expresa que hizo aquélla a los convenios colectivos en la determinación de la obra o servicio determinado incardinable en el art. 15.1.a) ET. De hecho, esta regulación —que, a grandes rasgos, permite al personal fijo de obra prestar servicios en una empresa y en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos y durante un periodo máximo de tres años consecutivos, ampliable hasta la finalización de los trabajos de su especialidad en la última obra— ya estaba prevista —con algunas diferencias eso sí— en el art. 29 del Convenio General de la Construcción de 1992 y hoy en día aparece contemplado en el art. 28 del vigente CCGSC.

En cualquier caso, lo que sí es evidente es que este peculiar «contrato-programa» ha suscitado en alguna ocasión dudas sobre su naturaleza causal y, por tanto, sobre su legalidad <sup>121</sup>. Y ello aún más cuando durante esos últimos años el Tribunal Supremo ha reiterado en diversas ocasiones, incluso en relación con el contrato de obra o servicio determinado, que las posibilidades de concreción por la negociación colectiva de la obra o servicio no la habilitan para desnaturalizar la contratación temporal resucitando, por ejemplo, modalidades hoy ya extintas como el contrato de lanzamiento de nueva actividad <sup>122</sup>. De ahí que, aunque en su mayoría, la doctrina de suplicación tendiera mayoritariamente a aceptar esta posibilidad <sup>123</sup>, no fueran del todo

<sup>119</sup> Vid. J. LÓPEZ GANDÍA, *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 30.

<sup>120</sup> Sobre la situación anterior, destacando, no obstante, los profundos cambios producidos por el CC General de la Construcción de 1992, G. BARREIRO, F. CAVAS Y J.J. FERNÁNDEZ, «Contratos laborales temporales», *la Ley*, 1993, pág. 50 y ss. En cualquier caso, y como señala R. SÁNCHEZ-MIGALLÓN «La validez del contrato fijo de obra en el sector de la construcción», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2006, núm. 702, seguramente el origen de esta modalidad se encuentra en el art. 43 de la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica aprobada por la Orden de 28 de agosto de 1970.

<sup>121</sup> Vid. L.M. CAMPS RUIZ, *La contratación laboral temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 25 y ss; M.A. BALLESTER PASTOR, «Notas acerca de la reciente reforma de la contratación temporal estructural», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1995, núm. 16, pág. 162.

<sup>122</sup> Véase, por todas, STS 23 septiembre de 2002 (RJ 2003, 704).

<sup>123</sup> Por mencionar algunas STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 16584); STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 2002 (AS 2003, 1066) y de la Comunidad Valenciana de 27 de septiembre de 1999 citada por R. SÁNCHEZ MIGALLÓN «La validez...», *ult. op. cit.*.

desconocidas decisiones judiciales que pusieran en duda la legalidad de esta modalidad desde la perspectiva del art. 15.1.a) ET <sup>124</sup>.

Pues bien, en este contexto la LSC ha optado por dar expresa recepción legal a las posibilidades de adaptación convencional de esta modalidad, con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo y, con ella, su seguridad y salud laboral, en «términos análogos» a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación. Y es que seguramente con esta modalidad lo que se busca no es ya tanto la lucha contra la temporalidad, sino el dotar de una mayor estabilidad temporal a estos contratos temporales, ya que como vimos, esta mayor estabilidad tiende a disminuir la probabilidad de un accidente de trabajo.

Cuestión distinta, y en la que no cabe entrar aquí, es si esta remisión o autorización legal a la regulación convencional sectorial estatal —en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito— era o no necesaria, sobre todo si cada obra o servicio cumplía por separado los requisitos del art. 15.1.a) ET <sup>125</sup>. A nuestro juicio la reciente STS de 30 de junio de 2005 <sup>126</sup> despejaba las posibles dudas sobre la legalidad de esta regulación convencional, señalando únicamente la necesidad de que cada obra sea objeto o bien de concreción en el contrato o de aceptación expresa del trabajador a través del documento hoy contemplado en el Anexo IV del CCGSC. Pero de lo que no cabe duda es que de esta forma se blinda esta modalidad contractual, despejando cualquier incógnita sobre su posible legalidad.

Y todo ello sin olvidar que con esta regulación se aclara además la inaplicación del nuevo art. 15.5 ET <sup>127</sup> a las sucesivas alteraciones del lugar de trabajo que puedan producirse dentro del plazo de tres años establecido por el mismo contrato y cuya aceptación por el trabajador, como hemos visto, regula el art. 28 CCGSC. Aunque en un principio pudieran haberse planteado dudas sobre si las sucesivas aceptaciones podrían o no considerarse sucesivos contratos o prórrogas dentro de este contrato programa, que, por lo tanto, podrían activar el mecanismo establecido con el nuevo precepto estatutario, ahora parece clara la existencia de una norma legal específica que habilita la interpretación de acuerdo con la cual se trata de un único contrato de obra o servicio, lo que parece eliminar —al menos durante su

<sup>124</sup> Véase, por mencionar un ejemplo, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 27 de febrero de 2004 (JUR 2004, 133401), confirmada por la STS de 30 de junio de 2005 (RJ 2005, 7791), aunque por fundamentos distintos a los empleados en aquella.

<sup>125</sup> Sobre la plena legalidad en estos casos de tal modalidad I ALZAGA RUIZ, *La contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial*, EDERSA, Madrid, 2000, pág. 41 y ss.

<sup>126</sup> (RJ 2005, 7791).

<sup>127</sup> Sobre el mismo, por todos, J. LAHERA FORTEZA «Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales», en AAVV., *La Reforma Laboral de 2006*, cit., pág. 41 y ss.

vigencia— la concatenación de contratos de la que parte necesariamente la nueva redacción del precepto estatutario <sup>128</sup>.

#### 4. ENTRADA EN VIGOR

Finalmente, y de acuerdo con la DF 3 LSC la ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, acaecida el 19 de octubre de 2006, si bien, y de acuerdo con la DT 1 LSC, las normas contempladas en los arts. 4 y 5 —requisitos relativos a la subcontratación y a la empresa— no serán de aplicación a las obras de construcción cuya ejecución se haya iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley en su conjunto. Obviamente, y por relación, parece que esta misma lógica se aplicará en el caso del registro contemplado en el art. 6 LSC.

Este periodo, ciertamente más amplio del que es habitual o incluso del establecido en el art. 2.1 Código Civil, seguramente se debe a la complejidad de algunos de los preceptos estudiados, a la necesidad en otros puntos de un ineludible desarrollo reglamentario, y a la conveniencia, en general, de dar tiempo al propio sector para asumir las nuevas reglas contempladas en la LSC. Y todo ello sin olvidar el futuro proceso de negociación colectiva sectorial estatal, que dada la vigencia del anterior CCGSC, debiera producirse en fecha muy próximas.

En cualquier caso, y ya por último, tan sólo parece necesario recordar que en el caso de las exigencias de una plantilla mínima indefinida, las exigencias son paulatinas, por lo que habrá de esperarse treinta y siete meses desde su entrada en vigor para que la LSC alcance, al menos en este punto, su completa y plena aplicación.

<sup>128</sup> Obsérvese, no obstante, que no es ésta la única relación no especialmente coordinada entre esta Ley y la reforma operada por el AMCE. Véase, por ejemplo, lo ya señalado en \r \h 3.1.4 \h Documentación de la subcontratación: el Libro de Subcontratación.



## NUEVAS NORMAS SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA: LA LEY 21/2006

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

*Profesor TU de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

### EXTRACTO

El presente trabajo trata de mostrar los aspectos más destacables de la Ley 21/2006 por la que se modifica 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 Ley 21/2006 no sólo incorpora una serie de modificaciones a la citada Ley 9/1997; también modifica aspectos de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública en materia de permisos y licencia para conciliar la vida familiar y laboral de los funcionarios públicos. Sin embargo, en estas páginas nos detenemos en los aspectos más destacables que afectan al régimen de derechos colectivos de los funcionarios públicos. Principalmente estos aspectos se centran, más allá de alguna modificación sobre la posible estructura de los órganos de representación, en el sistema de negociación colectiva y más concretamente en el establecimiento de nuevas mesas de negociación (generales sobre condiciones básicas de los funcionarios y sobre condiciones comunes a personal laboral y funcionario) y de nuevas reglas de legitimación para formar parte, tanto de ésta como de las mesas contempladas en el art. 31 de la Ley 9/1987.

## ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA DISPONIBILIDAD EN EL ESTABLECIMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN UNITARIA EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
- III. LA MODIFICACIÓN DE LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN NEGOCIAL EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
- IV. EL ESTABLECIMIENTO DE NUEVOS NIVELES NEGOCIALES EN LA FUNCIÓN PÚBLICA: LA NUEVA MESA GENERAL DE NEGOCIACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
- V. LA MESA GENERAL DE NEGOCIACIÓN PARA MATERIAS Y CONDICIONES DE TRABAJO COMUNES AL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL
- VI. REFLEXIÓN FINAL

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley 21/2006, por la que se modifica 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 (ésta es su denominación) incorpora una serie de reformas a la citada que, pese a su primer aspecto concreto y específico, presenta rasgos verdaderamente estructurales.

No se trata sólo, por otra parte, de una reforma de la Ley 9/1987 (en adelante LOR), aunque éste sea su objeto principal. Se aprovecha la misma para incorporar alguna modificación concreta a la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; específicamente en materia de permisos por nacimiento de hijos (ampliando a diez días el permiso a disfrutar por el padre por nacimiento de hijo) y por fallecimiento, accidente o enfermedad graves de familiares (distinguiendo en función del grado), o en materia de tiempo de lactancia en caso de maternidad, donde se garantiza la posibilidad de sustitución de éste por un permiso acumulado en jornadas completas.

Con todo, como decimos, el objeto principal de la Ley es modificar la Ley 9/1987. Según expone la Exposición de Motivos de la misma «la experiencia de la aplicación durante dieciocho años de la Ley 9/1987, de 12 de junio, aconseja la introducción de algunas otras modificaciones en la misma, para acomodarla a escenarios ciertamente cambiantes en una materia tan dinámica como es la de las relaciones entre Administraciones Públicas y el personal a su servicio». El que efectivamente las modificaciones introducidas respondan fielmente a esta necesidad de cambio o a las demandas de negociación colectiva en el ámbito de la función pública es otra cuestión. Son modificaciones concretas pero estructurales, que hacen que se planteen consideraciones importantes, principalmente, en torno al alcance de la propia norma.

Este carácter estructural adquiere una especial significación por el momento en que se produce. Con la actual tramitación del proyecto de ley por el que se aprobaría el Estatuto Básico del Empleado Público, que incorpo-

raría en gran medida la reforma operada por la Ley 21/2006, pero que, al tiempo, incorpora algunos elementos nuevos respecto al régimen de participación y negociación (fundamentalmente en cuanto hace al diseño de las mesas de negociación y de las reglas de legitimación) previsto en la LOR, la cuestión sobre su oportunidad temporal puede tener también una destacada importancia. Si efectivamente estamos ante la tramitación de una norma de amplio calado como es la referida ley por la que se aprobaría dicho Estatuto Básico del Empleado Público, qué hace al legislador avanzar, si se nos permite la expresión, algunos de los contenidos de aquél en una norma tan concreta como ésta. En todo caso, destaca, como decíamos, la importancia estructural de dichos contenidos que lejos de ser meras soluciones provisionales tienen aparentemente una clara vocación definitiva —sin perjuicio de algunos matices—.

Más allá de estas razones de oportunidad y de relación con proyectos normativos como los citados, avanzaremos algunas reflexiones en las próximas páginas sobre todas estas cuestiones. En las mismas presentaremos cuál es el contenido de la norma cuyos aspectos principales, como sin duda serán ya conocidos, están en la creación de una mesa general de negociación que afectaría al ámbito estatal de la función pública, para la determinación de las condiciones básicas de trabajo, en la existencia de una también denominada mesa general para abordar condiciones de trabajo comunes de funcionarios y personal laboral (quizá el aspecto estructural más destacable dados los antecedentes), en la denominada delimitación «con mayor claridad» (según dice la propia Exposición de Motivos) de los criterios de legitimación para conformar las mesas de negociación sectoriales (lo que en realidad supone una reconfiguración de los criterios y, de hecho, la exclusión de algún sindicato antes incluido en cualquier mesa sectorial por su suficiente representatividad en el ámbito general de la función pública) y en la disponibilidad general sobre determinación de en qué ámbitos cabe establecer órganos de representación para los funcionarios públicos.

En definitiva, insistimos, se trata de una reforma de determinadas materias concretas pero que, realmente, presenta algunos rasgos estructurales importantes que, en general y con algún matiz, tienen previsto su traslación al Estatuto Básico del Empleado Público.

Veamos, pues, cuáles son los aspectos principales de esta norma.

## II. LA DISPONIBILIDAD EN EL ESTABLECIMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN UNITARIA EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Tal como establece en nuevo art. 7.5 de la LOR, «previa negociación y acuerdo con las Organizaciones Sindicales legitimadas según lo dispuesto

en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán modificar o establecer Juntas de Personal en razón al número o peculiaridades de sus colectivos, adecuando las mismas a las estructuras administrativas y/o a los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan».

Esto es, de conformidad con lo previsto en la nueva norma, el criterio legal establecido de fijación de las Juntas de Personal (igual referencia no se da respecto de los delegados de personal) puede ser alterado, no por decisión exclusiva del Gobierno (estatal o autonómico), tal como establecía el anterior apartado 5 del art. 7 de la LOR, sino a través de la negociación y el acuerdo con las organizaciones sindicales más representativas. Ello supone una modificación importante, dado que el cambio en la configuración de la estructura de órganos representativos para las distintas unidades electorales de más de cincuenta funcionarios (recordemos, sólo afecta a las Juntas de Personal) no puede ser decidida unilateralmente por los órganos de gobierno de las administraciones públicas, sino que ha de ser negociado y, lo que es más importante, necesariamente acordado con las organizaciones sindicales, cuya participación ahora es, por tanto, indispensable.

Otra cuestión sea la de a quién corresponde la iniciativa, si ésta es exclusiva del gobierno o si puede corresponder igualmente a las organizaciones sindicales.

Legalmente dicha iniciativa corresponde a los órganos de gobierno de las administraciones públicas. Tal como establece el nuevo apartado 5 del art. 7 de la LOR la posibilidad de modificar o establecer Juntas de Personal más allá de las legalmente establecidas corresponde a los órganos de gobierno de las administraciones públicas, eso sí, previa negociación y acuerdo con las organizaciones sindicales legitimadas. Por tanto, dicha iniciativa es exclusiva, en principio, de los referidos órganos de gobierno de las administraciones públicas, sin perjuicio, claro está, que dicha iniciativa pueda derivarse de una pretensión previa de la representación sindical. En todo caso, y sin perjuicio de esta posibilidad, tal como decimos, corresponde exclusivamente a los órganos de gobierno de las administraciones públicas la posibilidad contemplada de modificar o establecer Juntas de Personal.

Más allá de esta cuestión previa, la norma nos sugiere otros comentarios.

En este sentido, la norma conlleva una ampliación subjetiva, si se nos permite la expresión, sobre a quién corresponde dicha iniciativa. La norma precedente establecía que dicha posibilidad correspondía al «Gobierno» o «Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas»; en la actual redacción tras la Ley 21/2006, dicha competencia corresponde genéricamente a los «órganos de gobierno de las administraciones públicas». De esta forma, la ley amplía el ámbito de decisión sobre esta cuestión, incorporando a cualquier órgano de gobierno de otras administraciones públicas más allá de la administración general del Estado o de la administración autonómica, in-

cluyendo, por tanto, a los órganos de gobierno de otras administraciones: corporaciones locales (ayuntamientos y diputaciones) y universidades.

Sin duda ello representa una mejora técnica importante y sitúa el ámbito de decisión en el mismo plano que el ámbito de representación donde se podría producir la alteración de órganos de representación, lo que, al tiempo, supone una mejor adecuación entre los ámbitos de decisión y el de relaciones laborales en el contexto de la administración pública afectada.

No obstante, esta posibilidad tiene una limitación objetiva clara. El objeto de la norma se refiere exclusivamente a la modificación o establecimiento de Juntas de Personal, no a delegados de personal. Por tanto, esta posibilidad se refiere a unidades electorales cuyo número de funcionarios sea, cuando menos, el previsto para la constitución de las mismas.

Por ello, podríamos entender que lo realmente pretendido es modificar el criterio general de unidades electorales establecidos legalmente. Puede suponer la creación de nuevas unidades electorales (y por tanto, alterar el reparto originario) o de la mera modificación (unificación, incorporación de determinados colectivos, división, etc.) de las unidades electorales preestablecidas.

La motivación de dicha alteración también está tasada legalmente aunque de una forma relativamente genérica. Tal como afirma la norma, dicha modificación se dará «en razón al número o peculiaridades de sus colectivos, adecuando las mismas a las estructuras administrativas y/o los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan». La primera motivación es el número de funcionarios que puede estar afectado, pero también se refiere a las peculiaridades de sus colectivos; unas peculiaridades que podrán referirse a las identidades sobre condiciones de trabajo, de regímenes jurídicos en caso de que concurren funcionarios con distintos regímenes aplicables, etc.

En todo caso parece vincularse a dos cuestiones: estructura administrativa y a un criterio de correspondencia con el ámbito de negociación constituido o por constituir en su caso. Respecto a este último dato, hay que tener presente que la representación unitaria de los funcionarios públicos no tienen funciones de negociación (sus funciones son, exclusivamente, las legalmente establecidas en el art. 9 de la LOR). Siendo así, esta correspondencia entre órganos de representación unitaria y unidades o ámbitos de negociación lo es sólo a efectos de determinación de la representatividad y, por tanto, de la legitimación para negociar. Téngase en cuenta, además, que la mención a esta correspondencia es nueva en la Ley 21/2006, dado que la motivación existente en la norma anterior sólo vinculaba la posibilidad del cambio en la estructura de las unidades electorales a una «mejor adecuación entre las estructuras administrativas y la representación del personal». En este sentido, hay que destacar cómo parece estar presente en toda la norma una constante sobre la necesidad de delimitar más precisamente la legitimación negocial de las organizaciones sindicales, que contrasta, empero,

con la complejidad que resulta de la regulación de las nuevas mesas de negociación.

### III. LA MODIFICACIÓN DE LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN NEGOCIAL EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Tal como establece la Exposición de Motivos de la Ley 21/2006, a la que antes hacíamos referencia, «dificultades detectadas en la traslación automática de la capacidad negocial de las Organizaciones Sindicales de unas Mesas a otras —en un contexto de modificación de la estructura negociadora en las Administraciones Públicas— aconseja delimitar con mayor claridad la legitimidad para formar parte del de las Mesas sectoriales...». Esta mayor claridad se consigue, según el legislador, estableciendo que estarán presentes en las mesas los sindicatos más representativos y los que hayan obtenido en el correspondiente sector el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal.

De hecho, la previsión del nuevo art. 31.2 de la LOR, según el cual «en las mesas sectoriales, además de las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal y las de Comunidad Autónoma, estarán presentes los sindicatos que hayan obtenido en el correspondiente sector el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal», supone la exclusión de los sindicatos que siendo suficientemente representativos en el ámbito general de la función pública, no lo fueran en el más estricto ámbito sectorial de negociación de que se trate. En definitiva, supone la exclusión de aquellos representativos en el ámbito funcional general en aquellos sectores o ámbitos de negociación más concretos donde su representatividad no alcanzara el indicado índice del 10 por 100 de representantes.

De esta forma se pretende poner fin a la extensión de la regla general de irradiación —sólo contemplada en la LOLS para los supuestos de sindicatos más representativos a nivel estatal o de comunidad autónoma— que se había ampliado en el ámbito de la función pública<sup>1</sup>. Esta reconversión sobre la extensión de la citada de irradiación en el ámbito de la función pública ya había tenido un antecedente en el ámbito de la salud. La Ley 55/2003 ya había corregido el criterio general de legitimación en este sentido<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Al respecto, confr. ROQUETA BUJ; «La negociación colectiva en la función pública»; *Temas Laborales* núm. 76, 2004; págs. 324-325.

<sup>2</sup> Tal como destaca ROQUETA BUJ; *op. cit.* pág. 329. En este sentido, el art. 79.2 de la citada Ley dispone lo siguiente: «En el ámbito de cada servicio de salud se constituirá una mesa sectorial de negociación, en la que estarán presentes los representantes de la correspon-



Si es así, como parece, la justificación dada por la Exposición de Motivos de la Ley 21/2006 puede ser aceptada. Según afirma la misma: «de esta manera las Organizaciones Sindicales acreditan su representación en el ámbito territorial y funcional concreto sin que pueda operar de forma automática la irradiación de representatividad».

De esta forma el legislador intenta, en este punto, ser coherente con lo establecido en la LOLS; pretendiendo corregir una regla de legitimación extraña al sistema general en el ámbito de los sindicatos suficientemente representativos pero que sí era aplicable en el ámbito de la función pública.

Sin embargo, como veremos posteriormente, las reglas de legitimación se van a hacer mucho más complejas en la nueva Disposición Adicional sexta, tanto respecto a la denominada Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas (recogida en el apartado 1 de dicha disposición) como respecto a la mesa general para negociar materias comunes a personal laboral y funcionario. Por ello, una clarificación de los criterios de representación o de legitimación sería bien saludado si se pretende una coordinación integradora en relación con lo previsto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical; pero al tiempo puede conllevar un elemento de crítica si dicha coherencia no se mantiene en el propio texto legal que comentamos. Es más, si atendemos a la propia configuración o estructura del sistema de negociación en el ámbito de la función pública y comprendemos la dependencia de la mesa sectorial respecto a la mesa general (común) de negociación<sup>3</sup> bien podría estar justificada, quizá, la ampliación de la regla de irradiación más allá de lo previsto en la LOLS en este ámbito. Téngase en cuenta que, como veremos posteriormente, esta dependencia no se da en las mesas que regula la nueva Disposición Adicional sexta y que, sin embargo, sí se prevé una especie de regla de irradiación para tener derecho a estar en la segunda de las mesas contempladas en dicha norma respecto a los sujetos legitimados a estar presentes en la denominada Mesa General de las Administraciones Públicas.

---

diente Administración pública o servicio de salud y las organizaciones sindicales más representativas en el nivel estatal y de la comunidad autónoma, así como las que hayan obtenido el 10 por ciento o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal en el servicio de salud».

<sup>3</sup> Tal como, por otra parte, aparece con mayor claridad en el proyecto de ley de Estatuto Básico del Empleado Público si atendemos a lo que dispone su art. 34.4; según el cual, «dependiendo de las mesas generales de negociación y por acuerdo de las mismas podrán constituirse mesas sectoriales, en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y a su número».

#### IV. EL ESTABLECIMIENTO DE NUEVOS NIVELES NEGOCIALES EN LA FUNCIÓN PÚBLICA: LA NUEVA MESA GENERAL DE NEGOCIACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

De conformidad con lo establecido en el primer apartado de la nueva Disposición Adicional 6.<sup>a</sup> de la LOR, *además de las Mesas de negociación previstas en el artículo 31 de esta ley, se constituirá una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas*, estableciéndose cuáles son las normas de legitimación por ambas partes y el objeto de negociación de esta nueva Mesa General.

Independientemente de las consideraciones que cabría hacer sobre la inoportunidad de la denominación dada a esta mesa general, toda vez que esta misma denominación tiene la originaria mesa general del art. 31 de la LOR, nos encontramos con un nuevo ámbito de negociación, concurrente con los ya previstos (y con la regulada en el segundo apartado de esta misma disposición adicional) cuyo objeto es específico al ser referido a las materias relacionadas en el artículo 32 de la Ley que resulten susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica.

Este es, sin duda, un aspecto central en la reforma que introduce la Ley 21/2006: la creación de una nueva mesa de negociación, específica respecto a las materias por negociar, que determina el ámbito de negociación y las partes legitimadas para llevar a cabo dicha negociación.

No se resuelve, empero, la posible concurrencia de esta nueva mesa de negociación con las mesas generales y sectoriales preestablecidas legalmente, como tampoco resuelve la posible concurrencia de la denominada «*supermesa general*»<sup>4</sup> que podría establecerse a tenor de lo previsto en el art. 33 de la LOR.

Efectivamente, en relación con este último aspecto, la falta de definición del procedimiento de negociación en comparación con lo previsto en el art. 31.3 de la LOR conlleva que pueda plantearse si la previsión contenida en el citado anteriormente art. 33 sería aplicable a esta nueva mesa de negociación; esto es, si tal como define dicha norma, sería aplicable a esta nueva Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas la posibilidad de que las partes legitimadas de conformidad con esta última norma determinen previamente la fecha de negociación y las materias a negociar también a este nivel.

<sup>4</sup> Denominación que utiliza, por todos, ROQUETA BUJ; *op. cit.* pág. 322, antes en su obra *La negociación colectiva en la función pública*; Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1996; pág. 211. También FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO; *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*; Cedecs, 1996; pág. 102.

En principio, y en tanto continúe vigente esta norma nada impide formalmente que las partes legitimadas pudieran delimitar ambos aspectos.

En ello influiría el hecho de que no se dé efectivamente en el primer apartado 1 de la nueva Disposición Adicional sexta referencia alguna al proceso o procedimiento de negociación; en este sentido, no hay tampoco mención a un deber específico de negociación ni a quién corresponde la iniciativa de dicha negociación lo que podría justificar la aplicación de procedimientos como los contemplados en el referido art. 33 de la LOR por las partes legitimadas para ello.

Sin embargo, si atendemos a la concepción de dicha norma como una forma de traslación al ámbito de negociación colectiva de los funcionarios públicos de la previsión del art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores<sup>5</sup>, y, por tanto, de un nivel negocial superior, evidentemente parece que nos plantearía algunos problemas concretos.

El primero de ellos estaría en la concurrencia de niveles negociales. Es decir, la previsión de la nueva Disposición Adicional sexta de la LOR establece un nivel negocial superior, específico respecto de los objetos a negociación, que dificultaría la existencia de un marco general que delimitara el propio marco de negociación en este ámbito.

Esto puede apoyar, además de las propias dificultades ya destacadas por la doctrina respecto de la aplicación de dicha posibilidad normativa en el marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos<sup>6</sup>, la desaparición de dicha previsión también en este nuevo proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público.

En definitiva, nos encontramos ante una norma que crea o permite la creación de un nuevo nivel de negociación; específico en razón del objeto; superior en cuanto su ámbito respecto a otras mesas e informal respecto al establecimiento de un mínimo procedimiento de negociación del que ni siquiera se establece un deber negocial o un período de negociación como sí se hace respecto a las mesas típicas precedentes en el art. 31.3 de la LOR.

Por lo demás, las cuestiones que suscita esta norma son las clásicas en relación con las deficiencias de regulación del proceso de negociación en el ámbito de la función pública, si no más intensas si tenemos en cuenta el referido carácter informal. La norma sólo se detiene en dos aspectos principales. Por una parte, en la legitimación de las partes; por otra, en la mención del objeto posible de la negociación, no aportando, en este tema, más datos que los ya referidos.

En cuanto a la legitimación de las partes, por parte de las administraciones públicas, la representación es unitaria, correspondiendo tal represen-

<sup>5</sup> Tal como hace ROQUETA BUI; *op. cit.* (2004) pág. 322.

<sup>6</sup> De nuevo ROQUETA BUI; *op. loc. cit.*

tación a la Administración General del Estado, que asumirá la presidencia, especificándose que, en función de la materia a negociar, contará con representantes de las Comunidades Autónomas y de la Federación Española de Municipios y Provincias.

Por parte de los sindicatos, la legitimación estará determinada conforme a las reglas de representatividad sindical establecidas en los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y se distribuirá en función de los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal, delegados de personal, Juntas de Personal y Comités de Empresa, en el conjunto de las Administraciones Públicas.

En este sentido es importante destacar la mención a los resultados obtenidos en las elecciones a comités de empresa dado que estamos ante una mesa de negociación en la función pública y, como es más que conocido, el comité de empresa es un órgano de representación del ámbito exclusivamente laboral. Sin duda esta mención a los comités de empresa, que se mantiene en el Proyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público, guarda una relación directa con la opción permanente del legislador en esta norma de excluir a determinados sindicatos del proceso de negociación o, si se quiere, para ser más suaves, de asegurar la presencia de los sindicatos más representativos.

Para ello la fórmula más correcta hubiera sido, quizá, exigir la presencia exclusivamente de éstos, sin tener que delimitar o precisar un ámbito más amplio a la hora de incluir a quienes acreditaran la suficiente representatividad que legitima, en todo caso, la presencia en los procesos de negociación típicos. Es decir, si se partiera de una consideración especial de esta Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, dada su especificidad y su nivel superior<sup>7</sup>, la función similar a la de un acuerdo marco que podría haber tenido podría haber sido suficiente, al modo en que lo hace el art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, para mencionar como sujetos legitimados exclusivamente a los sindicatos más representativos. Pero en vez de ello, la norma sigue mencionando —como es general en la LOR— a los sindicatos representativos conforme los artículos 6 y 7 de la LOLS, y por tanto incluye a los más representativos a nivel estatal, de comunidad autónoma y a los suficientemente representativos, y, al tiempo, amplía, en nuestra opinión forzosamente y artificiosamente, la base sobre la que se determina dicha representatividad, incluyendo para tal determinación los resultados en los comités de empresa, órgano ajeno a la representación del personal funcionario.

<sup>7</sup> En el Proyecto de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público parece tener incluso las competencias que se regulan en el actualmente vigente art. 33 de la LOR.

No puede justificarse lo anterior en el hecho de que en el siguiente apartado de esta nueva Disposición Adicional sexta se puede establecer una mesa de negociación mixta y que en dicho apartado se remite a los criterios de representatividad establecidos en este primer apartado de la misma disposición que ahora comentamos. Y no puede hacerse esta justificación porque, en primer lugar, se trata de mesas distintas, con una composición distinta, y porque, en definitiva, en este segundo apartado se establecen reglas específicas de legitimación (fundamentalmente en su último párrafo).

En fin, la norma pretende establecer un criterio más restrictivo de representatividad para reconocer la legitimación de la parte social a la hora de configurar esta mesa de negociación; incluyendo un elemento extraño a la hora de determinar dicha representatividad en la función pública y consiguiendo con ello favorecer los sindicatos que claramente tienen una representatividad en ambos ámbitos, laboral y de funcionarios<sup>8</sup>.

Por otra parte, respecto a las reglas de legitimación por parte de las administraciones públicas otra cuestión destacable se puede plantear en relación concreta con la presencia o no de las comunidades autónomas o de las federación de municipios y provincias (por no hablar de las siempre olvidadas administraciones universitarias).

Esta presencia de la representación de otras administraciones no está cerrada. Dicha presencia de sus representantes está condicionada al objeto de la negociación, siendo fundamental, por ello, la delimitación previa del mismo.

En todo caso, siendo materias susceptibles de negociación en este ámbito las materias susceptibles de regulación estatal por tratarse de norma básica de los funcionarios, las opciones pueden centrarse en dos. Por una parte, centrarse en la presencia sólo de la Administración General del Estado, en la medida en que se trata de una regulación estatal, teniendo un carácter o una consideración residual la presencia de representantes de otras administraciones (en la propia literalidad de la norma tal presencia está condicionada a las materias a negociar). Por otra, admitir en todo caso, la presencia de representantes de las administraciones locales y autonómicas (también universitarias como otra administración siempre olvidada), dado que aun cuando las materias a negociar tenga carácter de básicas afectan, por ello mismo, a todos los funcionarios y por tanto a la determinación de las condiciones de trabajo en todas las administraciones públicas. En nuestra

<sup>8</sup> En todo caso se trata de una regla de legitimación distinta de la que parecía apurar ROQUETAS BUJ cuando aludía a la «diversificación de los sindicatos negociadores en función del contenido básico o no básico de las negociaciones» —cuestión ésta que tampoco se reflejaba claramente como competencia de la mesa general del art. 31 tal como ahora aparece—; en *La negociación colectiva en la función pública*; Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1996; págs. 222 y ss.

opinión, esta segunda opción debe ser la correcta. Es cierto que, como decimos, la presencia de representantes de otras administraciones se condiciona a las materias a tratar; pero, en todo caso, difícilmente puede haber materias consideradas como norma básica que no sean de aplicación directa a todas las administraciones. Es cierto que con ello se plantea una mayor complejidad en la configuración de la parte negocial y en la propia dinámica de la negociación; pero tal como está configurado la estructura administrativa del Estado la solución no puede ser otra.

En este último sentido, qué duda cabe de que en la configuración de esta parte de la negociación y en la propia estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública está presente, como no puede ser de otra forma, el constante debate sobre el reparto de competencias entre las diferentes administraciones. Pues bien, ello, que es general, toma ahora un matiz particular cuando se trata de establecer un nuevo ámbito de negociación precisamente fundamentado en la determinación de condiciones de trabajo sobre las materias consideradas como norma básica y, por tanto, sobre el fundamento constitucional del reparto de competencias en materia de determinación de las condiciones de trabajo en la función pública.

Este tema concreto tiene reflejo en dos aspectos fundamentales además del citado. Por una parte, en la determinación de las reglas de la parte social —más allá del debate destacado antes—; por otra, obviamente, en la delimitación legal del objeto de negociación y, en virtud de ello y conforme la configuración del sistema de negociación colectiva en la función pública en nuestro país.

Conforme a las reglas de determinación de la parte social, evidentemente la norma debe ser congruente con el propio ámbito real de la negociación. De esta forma, la nueva norma aclara que dicha legitimación está en función del número de representantes unitarios —insistimos, más allá del debate anterior sobre el cómputo a estos efectos también de los resultados obtenidos en las elecciones a comités de empresa— «en el conjunto de las administraciones públicas». Por tanto, las consideraciones anteriores tienen su refrendo en la determinación de la otra parte, dado que el ámbito será general.

Ello también puede tener su repercusión indirecta en la determinación real de los sindicatos legitimados, dado que, de nuevo, el ámbito de referencia se amplía de tal modo que se podrían excluir sindicatos suficientemente representativos en algunas administraciones que no alcanzaran el porcentaje requerido en todo el ámbito general que engloba a la totalidad de las administraciones públicas.

En relación con el objeto de negociación y, derivado del mismo, con el ámbito de ésta, la mención, como vemos, es a las materias recogidas en el art. 32 de la LOR susceptibles de regulación estatal con carácter de norma

básica (sin perjuicio, sigue diciendo la norma, de los acuerdos a que puedan llegar las comunidades autónomas —y también otras administraciones habría que precisar, dado que la delimitación no debería ser sólo legal— en su correspondiente ámbito territorial en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas).

El concepto de norma básica (y su precisión entre las materias mencionadas en el art. 32 LOR a estos efectos) es un tema recurrente en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. En este sentido, aunque determinadas normas definen qué materias tienen carácter básico (como la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública o la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales), hay normas precedentes —fundamentalmente la Ley de Funcionarios Civiles del Estado— que no lo hacen. Ello ha provocado cierta conflictividad que el Tribunal Constitucional ha ido resolviendo<sup>9</sup>, aunque no siempre de forma unívoca<sup>10</sup>, sobre la base de que la reserva de la norma básica supone un marco de política global, garante de una regulación uniforme, que no impide, antes al contrario, su complemento por parte de las comunidades autónomas<sup>11</sup>.

Siendo así, teniendo su cualidad en el ámbito normativo, el objeto de negociación parece necesariamente incardinado en este contexto. De ahí que independientemente del ejercicio que podría hacerse al comparar las materias recogidas en el art. 32 y su carácter o no de materia básica conforme lo previsto, fundamentalmente, en la Ley 30/1984; lo cierto es que esta cariz normativo del concepto de norma básico, intrínseco a la misma, reconduce la negociación de esta Mesa General de las Administraciones Públicas a este ámbito, configurando así la eficacia de lo acordado y el propio proceso de negociación, que estará sometido a la propia existencia de un proceso previo de iniciativas legislativas por parte de quien tiene la competencia para ello<sup>12</sup>.

Con todo, sí puede darse una especialidad interesante en relación con la negociación del incremento de las retribuciones globales de los funcionarios, que, independientemente de la validez de los acuerdos sobre este tema

<sup>9</sup> Por ejemplo, *vid.*, entre las más recientes las sentencias del Tribunal Constitucional 37/2002 o 1/2003.

<sup>10</sup> PALOMAR OLMEDA; «Un giro inesperado en la evolución de la normativa básica de la función pública: la STC 37/2002, de 14 de febrero». *Aranzadi Administrativo* núm. 11/2002 (BIB 2002/1774).

<sup>11</sup> Al respecto, GONZÁLEZ CUETO; «De nuevo sobre la variabilidad de lo básico: la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003, de 16 de enero de 2003». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 5/2003 (BIB 2003/633).

<sup>12</sup> Lo que, desde el punto de vista administrativo, no estaba exento de crítica. *Vid.*, en este sentido, por ejemplo, ARENILLA SÁEZ; «La negociación colectiva de los funcionarios públicos»; *La Ley*, 1993; págs. 179 y ss.

a tenor de lo dicho por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de marzo de 2002<sup>13</sup>, vincula el proceso de negociación a la tramitación anual de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En este contexto, el proyecto de estatuto básico del empleado público recoge expresamente que esta mesa de negociación tiene como objeto específico de negociación la determinación de las retribuciones de los funcionarios públicos.

Siendo así, esta cuestión no sólo tiene una importancia desde el punto de vista del objeto, que también, sino del propio procedimiento, dado que la inclusión de dichas partidas en la ley de presupuestos generales del estado condiciona la comprensión, al menos en este punto, del propio proceso y efecto de la negociación.

De esta forma, por ejemplo, habría que tener en cuenta que la negociación tendría necesariamente carácter anual, debería estar presidida por un principio básico de buena fe en la negociación, tal como por otra parte aparece con carácter general en dicho proyecto y su efecto estaría —como se deduce de la sentencia del tribunal supremo citada— condicionado a la aprobación de la propia ley de presupuestos.

## V. LA MESA GENERAL DE NEGOCIACIÓN PARA MATERIAS Y CONDICIONES DE TRABAJO COMUNES AL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL

El apartado 2 de la nueva Disposición Adicional sexta de la LOR dispone la constitución de una nuevamente denominada «Mesa General de Negociación» para, permítasenos la reiteración, «la negociación de todas aquellas materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública».

Muchas son las cuestiones que sugiere esta norma; una norma que sólo se detiene en establecer una serie de criterios para determinar qué organizaciones sindicales tienen legitimación inicial para formar parte de la referida mesa de negociación; criterios de representatividad que no son exactamente iguales a los establecidos (¿con pretendido carácter general?) en el nuevo art. 31.2 respecto a las mesas sectoriales, que parten inicialmente de los previstos en el primer apartado de esta Disposición Adicional sexta, aunque no se establece una regla que permita una interpretación clara de lo pretendido por la norma, y que recogen alguna especificación que, de nuevo, presenta dificultades de comprensión e interpretación.

<sup>13</sup> RJ 2002/4319.



Efectivamente. Sin entrar aún en las cuestiones que nos sugiere una norma como ésta —que sin duda están relacionadas en primer lugar con la novedad que supone respecto a la ilegalidad previa de los acuerdos mixtos aplicables a funcionarios y a personal laboral al servicio de las administraciones públicas<sup>14</sup> y quizá con un debate más general sobre la distinción de regímenes jurídicos entre el personal al servicio de las administraciones públicas<sup>15</sup>—, el primer aspecto que podríamos destacar tiene que ver con las normas de representación que recoge. Más allá de este tema, polémico sin duda, la norma sólo prevé la constitución de dicha Mesa General en las diferentes administraciones, Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales (de nuevo olvidando las universidades públicas), sin especificar más datos sobre el procedimiento de negociación (ni siquiera al modo en que lo hace el art. 31.3 de la LOR), sobre la propia constitución válida (legitimación plena) de la mesa negociadora (pese a la complejidad añadida que supone el contenido de la negociación), sobre la eficacia de lo acordado o sobre el objeto de la negociación (por no hablar de otras cuestiones como las relacionadas con la concurrencia con otros niveles de negociación, tanto en el ámbito de la función pública, como en el ámbito estrictamente laboral). Todo lo anterior sin plantearnos si realmente ahora se daría la «permeabilidad suficiente para posibilitar una negociación y eventual regulación unitaria bajo forma contractual» a que aludía la citada sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1995 precisamente para negar validez a los acuerdos mixtos.

Comencemos, de cualquier forma, con las normas sobre legitimación.

Como decimos, este apartado 2 de la nueva Disposición Adicional sexta de la LOR recoge una serie de normas sobre la legitimación inicial para participar en esta mesa de negociación. De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo de este apartado 2, «son de aplicación a estas mesas generales los criterios señalados en el apartado 1 de la presente disposición adicional sobre representación de las organizaciones sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas», especificando,

<sup>14</sup> Sobre el tema confr., por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1995 (RJ 1995/1523), 17 y 22 de marzo de 1993 (RJ 1993/2074 y RJ 1993/2116), 22 de octubre de 1993 (RJ 1993/7544) o 30 de junio de 1994 (RJ 1994/5203) citadas éstas últimas por la primera. Lo anterior sin perjuicio de que la realidad haya constatado la negociación paralela entre ambos niveles. En relación con este tema, *vid.* además de la propia tesis general de MARÍN ALONSO (*La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la administración pública. Los acuerdos mixtos*; Comares, 1999), las reflexiones de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO; *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*; Cedecs, 1996; págs. 91 y ss.

<sup>15</sup> En este sentido, confr. MACEDO DE BRITTO PEREIRA; *La negociación colectiva en la función pública*; CES, 2004; págs. 203 y ss.

para este caso concreto, que se tomarán en consideración «en cada caso» los resultados obtenidos «en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario, del personal estatutario y del personal laboral del correspondiente ámbito de representación».

Si atendemos a la literalidad de la norma siempre cabría plantearse qué significa, a estos efectos, tanto la remisión a la previsión contenida, en cuanto a criterios de representación, en el apartado 1 de esta Disposición Adicional, como la remisión a los resultados en las elecciones a órganos de representación en el correspondiente ámbito «en cada caso».

Una posible interpretación podría suponer que los criterios para la determinación de esta legitimación inicial se aplicarían en función de cada colectivo representado; esta interpretación derivaría de la exigencia de dicha representatividad (legitimación, si se quiere) para cada sector a quien resultaría de aplicación el resultado de la negociación y, por tanto, partiendo de la divergencia de régimen jurídico aplicable a los procesos de negociación colectiva (y a la eficacia de su resultado) para personal funcionario o estatutario, por una parte, y para personal laboral por otra. Si se continuara en esta interpretación, no tendría sentido la remisión al apartado 1 de la Disposición Adicional sexta, ya que resultaría redundante exigir un mínimo criterio de representatividad más allá del establecido previamente en la LOLS (a la que, por otra parte, remite expresamente el citado apartado 1) y tampoco tendría sentido la especificación del último párrafo de este apartado 2 cuando refiere que, además del criterio general contenido en el segundo párrafo, tendrán derecho a estar presentes en estas mesas generales *las organizaciones sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas* (sólo si formaran parte de aquella habría que apuntar en función de los criterios más restrictivos a que antes también aludíamos —cuando incorpora para determinar su representatividad también los resultados obtenidos en las elecciones a miembros de comités de empresa—) *siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o laboral* (aquí la conjunción es disyuntiva) *en el ámbito correspondiente a la mesa de que se trate*.

Sin embargo, pese a que la anterior solución podría haberse contemplado como solución idónea atendiendo a lo que dice el Proyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público sobre la distinta eficacia del acuerdo que surgiera como resultado de la negociación de esta mesa en función del colectivo a quien se aplicara; el contenido literal de la previsión de este apartado 2 y la propia remisión al apartado precedente de la misma Disposición Adicional sexta (además de las razones antes expuestas) suponen que lo pretendido por la norma es establecer una regla de legitimación inicial que, partiendo de que la legitimación sólo corresponde a las organizaciones sindicales y nunca a la representación unitaria, deriva de los resultados obteni-

dos globalmente en las elecciones a todos los órganos de representación unitaria, tanto de funcionarios o personal estatutario como de personal laboral. Es decir, habría que tener como criterio de referencia, tal como establece el apartado 1, «los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal, Delegados de Personal, Juntas de Personal y Comités de Empresa» conjuntamente. Ello supone o puede suponer, efectivamente, exigir que la representatividad se obtenga conjuntamente en todos los órganos, dificultando la obtención de dicha legitimación a quien la tenga exclusivamente en uno sólo de los ámbitos de representación.

En este sentido, la expresión «en cada caso» hay que entenderla referida a cada mesa de negociación, a cada ámbito de la misma, o, lo que es igual, a cada unidad de negociación determinada en función de cada administración pública; sobre esta base, además, se corresponde la referencia al ámbito de representación a tener en consideración.

Ahora bien, este requisito más amplio y, por tanto, este criterio de representatividad más estricto, se flexibiliza en un supuesto concreto: para los sindicatos que tuvieran legitimación para participar, precisamente, en la denominada Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas. Para éstos, como citábamos antes, la norma establece una regla especial donde el criterio de representación mínimo (obtener el 10 por 100 de los representantes) se requiere exclusivamente para unos u otros órganos de representación, no conjuntamente en ambos niveles (funcionarios y personal laboral) como parece ser la regla general. De esta forma parece establecerse una regla a modo de irradiación impropia precisamente cuando la norma aboga por la supresión de un criterio de este tipo en la legitimación de las mesas sectoriales y pese a darse entre mesas de negociación donde difícilmente pueden establecerse las relaciones que sí podrían darse entre mesas generales (las del art. 31 de la LOR) y las mesas sectoriales.

En definitiva, las reglas de legitimación son más estrictas que las correspondientes a la legitimación inicial de un convenio colectivo para el personal laboral o la legitimación inicial para una mesa general o sectorial de negociación en el ámbito de la función pública, salvo para los sindicatos que de por sí fueran más representativos a nivel estatal en ambos niveles conjuntamente contemplados. Aunque el resultado de lo negociado tenga una eficacia distinta en función del colectivo a quien se aplique —cuestión que no resuelve la Ley 21/2006— y ésta pueda ser similar a la prevista, según los casos, para la negociación colectiva en el ámbito laboral y en el ámbito de la función pública respectivamente, los criterios de legitimación no se contemplan de manera acumulativa sino que son requeridos contemplando la unidad negocial como una única unidad negocial donde la representatividad se toma teniendo en cuenta a todo el personal afectado en su conjunto (insistimos, con la especificidad contemplada en el último párrafo res-

pecto a los sindicatos que participaran en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas).

La norma, pues, lejos de facilitar una regla uniforme de legitimación complica en exceso la cuestión, olvidando, incluso, los argumentos que podrían darse en función de la eficacia de lo acordado y sin tener en cuenta la complejidad del resultado de una mesa de negociación como ésta. Pero sobre estos temas, partiendo de la consideración que parece deducirse de la norma sobre este nuevo ámbito y proceso negociales, vamos a hacer alguna reflexión a continuación.

Como decimos, más allá de la cuestión sobre los criterios de representación o sobre la determinación de las reglas de legitimación inicial, cuestión importante sin duda y de la que se deduce (y que, al tiempo, se deriva) la comprensión de este sistema de negociación, podemos afirmar que, en líneas generales, la Ley parte de una comprensión de esta mesa de negociación como una unidad más de negociación sobre la base del sistema aplicable a la función pública (mesas de negociación) y no sobre la base laboral de libertad de contratación, eficacia general y normativa (inmediatividad, imperatividad) que es aplicable al convenio colectivo cuya fuerza vinculante está reconocida constitucionalmente.

La previsión de la Ley no es una habilitación de los acuerdos mixtos sino la creación de una nueva unidad mixta de negociación de la que no se prevé, siquiera, la eficacia del acuerdo. Sólo se prevé, como criterio de representación a la hora de determinar la legitimación inicial para formar parte de dicha mesa —de la que no se establecen ni las reglas de composición, aunque debe ser proporcional, ni el número máximo de miembros—, que la base de referencia serán los resultados obtenidos por las organizaciones sindicales conjuntamente en las elecciones a órganos de representación tanto de funcionarios públicos como del personal laboral (con la excepción destacada). De ello cabe deducir que se trata, como decimos, de una nueva unidad negocial al modo de las establecidas en la función pública, no de una autorización de aquellos acuerdos mixtos donde la mesa negociadora era conjunta de personal laboral (con sus criterios de legitimación) y de funcionarios (con los suyos) donde la base para negarle validez jurídica era precisamente la concurrencia de órdenes jurídicos incompatibles o sencillamente distintos que difícilmente permitían una «permeabilidad suficiente»<sup>16</sup>. Ahora la cuestión se centra en otro tema, aunque se continúen planteando los problemas que destacamos. Se centra en la creación de la referida nueva unidad negocial en el ámbito de la función pública, esta vez, excediendo el ámbito previsto en la LOR al ámbito laboral (no se ha resuelto la cues-

<sup>16</sup> *Vid.* nota supra al respecto.

ción de forma contraria; esto es, extendiendo el ámbito del convenio colectivo al personal funcionario como, por otra parte, se ha demandado en alguna ocasión).

De esta forma, como decíamos, no parece que nos encontremos, sin más, ante una habilitación de los denominados acuerdos mixtos; sino ante un nuevo proceso de negociación<sup>17</sup>.

Obviamente, ello no impide que una de las cuestiones que se derivan de una norma como ésta sea la relativa a la eficacia del acuerdo que puede derivar de dicha mesa de negociación.

La Ley 21/2006, como ya hemos referido, no hace mención alguna a la eficacia del acuerdo. Sí lo hace, acudiendo a la solución más simple, el Proyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público cuando en su art. 38.8 dispone lo siguiente: *Los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 (materias objeto de negociación), contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios (similares a los previstos en el actual art. 35 de la LOR) y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral.*

Esta referencia al art. 83, que podría ser indicativa de la intención del legislador o del titular de la iniciativa legislativa (aunque no lo especificara en la Ley 21/2006 pese a que bien podría haberlo hecho)<sup>18</sup>, supone sin duda ubicar dicho acuerdo en el ámbito (y en la eficacia) de los acuerdos sobre materias concretas, único lugar en que cabría colocar los referidos acuerdos; pero sobre todo significa reconocer eficacia general inmediata y normativa a lo acordado.

Tampoco hay referencia alguna al procedimiento de negociación. Ni siquiera, como en el caso de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, se mencionan las reglas básicas establecidas en el art. 31 de la LOR sobre el carácter anual de la negociación. Tampoco hay una previsión sobre el deber de negociar que sí se aplica como eje central en el proceso negocial regulado en el Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, en el Proyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público sí se recoge, con carácter general en el art. 34 (referido a las mesas

<sup>17</sup> Ni siquiera, en nuestra opinión, podría ser observado como un dato de aproximación entre los derechos de negociación colectiva de funcionarios y personal laboral en el sentido de que habla MARÍN ALONSO (*La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la administración pública. Los acuerdos mixtos*; Comares, 1999; pág. 31), pese a que evidencia una voluntad de negociación conjunta a que ya aludía la autora como línea de evolución (*op. cit.* págs. 31 y 32).

<sup>18</sup> Como declaraba deseable MARÍN ALONSO; *op. cit.* págs. 281 y ss.

de negociación, no a estas mesas generales que se identificarían con la actual Disposición Adicional sexta de la LOR), la obligación de negociar bajo el principio de buena fe; un deber de negociar que la propia norma en proyecto concreta, al menos, en un deber de proporcionarse mutuamente las partes *la información que precisen relativa a la negociación*.

Asimismo, no se regula el objeto de negociación.

Efectivamente; no hay mención alguna en este apartado 2 de la Disposición Adicional introducida por la Ley 21/2006 a si esta mesa general de negociación puede entrar a negociar cualquier aspecto —sobre la base del principio de libertad de contratación que rige en el art. 85 del Estatuto de los Trabajadores— o si rige la limitación objetiva del art. 32 de la LOR.

La norma, como decimos, no se pronuncia pero la consideración de lo contenido en la misma como una mesa más de negociación en la función pública, aunque sobre cuestiones generales y condiciones de trabajo aplicables conjuntamente a todo tipo de personal que presta sus servicios en la administración, hace comprender que rige dicho límite objetivo aplicable al ámbito de la función pública. Es más, esta debe ser la solución cuando se ha de tratar coherente uno y otro régimen de negociación colectiva —algo que, como hemos venido reiterando, en ningún momento hace la propia reforma legal—.

Desde esta perspectiva, de nuevo la comparación con lo establecido en el Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público parece necesaria. En este sentido, dicho proyecto contempla, en relación con este tema, una mención a las materias objeto de negociación en la función pública (art. 37 del proyecto que puede ser paralelo al actual y vigente art. 32 de la LOR) cuando trata sobre la eficacia de los resultados de la negociación de materias comunes. Siendo así, es evidente que dicho proyecto parte de la consideración de la limitación del objeto negocial en el tratamiento de esta mesa de negociación.

Respecto al proceso de negociación como hemos dicho no hay regulación alguna. Sin embargo, a mayor abundamiento, hay una cuestión que puede ser recurrente y que no se ha contemplado por el legislador (y que puede ser una cuestión de relaciones laborales). Nos referimos a la interferencia que puede suponer esta mesa de negociación en los procesos, abiertos o no —en los que según los casos tendrán consecuencias distintas—, de negociación colectiva laboral.

Esto es, en un proceso de negociación para el personal laboral, ¿en qué medida puede afectar la pretensión por sujetos legitimados que pueden no ser necesariamente coincidentes de iniciar la negociación de determinadas materias comunes —que pueden estar en el ámbito del convenio también— en esta mesa general de negociación? En otros casos, vigente un convenio colectivo, ¿pueden alterarse las condiciones laborales establecidas en la mesa

general?, ¿hay un deber de negociar para las partes legitimadas en el ámbito del convenio colectivo?

Son cuestiones sin duda interesantes y no resueltas en la Ley; una norma que, por tanto, plantea cuestiones de concurrencia y de articulación de lo establecido en esta mesa de negociación y la negociación de un convenio colectivo o lo establecido en un convenio colectivo vigente.

Efectivamente las partes del convenio pueden hacer una reserva de materias, pueden incorporar lo negociado en la mesa de negociación (lo que supone una rebaja en la eficacia de ésta frente a la del convenio colectivo tal como está establecido legalmente).

Estos problemas no se tienen por qué dar con la misma intensidad en la relación de esta mesa general de negociación con la prevista para la función pública dado que parte de los mismos presupuestos. El problema de concurrencia con las mesas estrictamente de funcionarios —salvo en lo que se refiere a la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas por la especialidad que supone respecto al objeto de negociación que se le reserva— presenta los propios rasgos que puede plantear la concurrencia entre las mesas generales comunes de negociación; solución no dada por la norma (sí aparece mencionada en el Proyecto de Estatuto Básico) pero que realmente depende de la concurrencia de los propios ámbitos de negociación y de la inexistencia tanto de normas sobre perdurabilidad de las unidades negociales y de los resultados de la negociación como, lo que es más importante, de concurrencia y de imposibilidad de afectación de lo negociado <sup>19</sup>.

En definitiva, muchas son las cuestiones que, como vemos, puede sugerir una norma como ésta. En principio parece que el legislador sólo pretende crear la posibilidad de que las partes establezcan un nuevo nivel de negociación —sin establecer siquiera la base de funcionamiento sobre un deber de negociación siquiera implícito— en el ámbito de la función pública que englobe tanto a personal funcionario o estatutario como al personal laboral. La solución no ha sido habilitar, si se nos permite la expresión, los acuerdos mixtos sino crear esta nueva unidad de negociación. No se ha detenido en intentar regular los muchos problemas que pueden surgir, tanto en relación con el propio proceso de negociación, como en relación con la eficacia de lo acordado. Ello parece aplazarlo hasta la aprobación del que hasta ahora no es sino Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>19</sup> Realmente estas mesas generales rompen, de alguna forma, la relación de articulación clásica entre mesas generales y sectoriales del art. 31. Sobre este último tema, confr., por todos FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO; *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*; Cedecs, 1996; págs. 104 a 106. También, ROQUETAS BUI; *La negociación colectiva en la función pública*; Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1996; págs. 113 y ss.

## VI. REFLEXIÓN FINAL

Como hemos tenido ocasión de ver la Ley 21/2006 incorpora una serie de novedades a la LOR que pese a versar sobre cuestiones aparentemente muy concretas tienen un trasfondo estructural incuestionable. Otra cosa sea que los objetivos señalados en la propia exposición de motivos se consigan. Sobre todo en lo que se refiere a la intención declarada de solventar los problemas detectados sobre los criterios de representatividad y legitimación de las partes a la hora de participar en las distintas mesas de negociación. En este sentido, si el objetivo es aclarar dichos criterios no se ha conseguido. Nos encontramos en la actualidad con una pluralidad de criterios concurrentes de representatividad en función de las distintas mesas de negociación.

En este sentido, el objetivo parece responder a otro razonamiento; seguramente más relacionado con la presencia de los sindicatos más representativos en las distintas mesas de negociación y con un tratamiento más estricto de los sindicatos suficientemente representativos en diferentes niveles en la función pública.

Pero no es esta la única cuestión importante, con tener un carácter realmente estructural en el diseño de las relaciones laborales en el ámbito de la función pública. La creación de nuevas mesas de negociación, con una denominación además poco afortunada por reiterativa (la repetición del concepto mesa general conllevará confusión innecesaria), puede estar justificada por el objeto de la negociación. Pero sin duda, como hemos intentado poner de manifiesto, se ha perdido la oportunidad siquiera de apuntar algún dato necesario sobre cuestiones básicas que afectan tanto a los elementos más básicos del proceso de negociación en sí (partiendo de la propia regla de legitimación plena para la válida constitución de las mesas y del número de miembros de éstas) como, lo que es más importante, la eficacia y efectos de los resultados de la negociación. Ello es particularmente destacable en la mesa de negociación que puede tratar temas comunes para personal laboral y funcionario porque en este caso concurren sistemas de negociación muy distintos.



## ASPECTOS ORGANIZATIVOS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

M.<sup>a</sup> LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Cádiz

### EXTRACTO

El reto financiero que puede plantear la nueva estructura demográfica a los sistemas de pensiones de los países europeos exige la adopción de estrategias de ámbito comunitario que facilite a los Estados miembros la introducción de reformas en los regímenes públicos de Seguridad social. De este modo, se diseñan unas líneas u objetivos comunes que, de acuerdo con el Método Abierto de Coordinación, deben inspirar los procesos de reformas iniciados en cada uno de los Estados, al tiempo que legitiman la actuación de éstos.

España, como otros países de la Unión Europea, partiendo del sistema de reparto y sobre la base del consenso político y social, ha ido introduciendo desde mediados de la década de los noventa reformas constantes en la regulación del sistema de pensiones, cuyo objetivo se orienta esencialmente a la consecución del equilibrio financiero y a la garantía del mantenimiento del sistema frente a los riesgos que amenazan su solvencia. De esta forma este proceso de reformas no supone la introducción de cambios radicales sino que, bajo los principios de «contributividad, equidad, y solidaridad», trata de ir adaptando de forma paulatina y dinámica el sistema a las circunstancias económicas y a las nuevas necesidades sociales.

Junto a ello, otro de los temas abordados por el legislador está conectado con la estructura del nivel contributivo, cuya fragmentación produce diferencias de tratamiento entre los sujetos protegidos. El objetivo es consolidar dos grandes regímenes, uno para trabajadores asalariados y otro para trabajadores autónomos. Sin embargo, pese a las mejoras conseguidas en la homogeneización de la acción protectora, desapareciendo muchas desigualdades existentes, ha de ponerse de relieve que los avances en el proceso de integración y simplificación de los diversos regímenes especiales no ha tenido el mismo alcance e intensidad.

## ÍNDICE

1. EL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN EUROPEA: LA ESTRATEGIA EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LAS PENSIONES
2. EL PROCESO DE REFORMA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL
3. ASPECTOS FINANCIEROS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
  - 3.1. Separación y clarificación de las fuentes de financiación
  - 3.2. Refuerzo de la contributividad, proporcionalidad y equidad
4. LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: LA HOMOGENEIZACIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA Y LA CONVERGENCIA DE RÉGIMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 1. EL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN EUROPEA: LA ESTRATEGIA EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LAS PENSIONES

Una de las cuestiones que más preocupan en el ámbito de los sistemas de Seguridad Social de los países europeos es la relativa al progresivo envejecimiento de su población experimentado en la segunda mitad del pasado siglo <sup>1</sup>. La nueva estructura demográfica, consecuencia de la llegada a la edad de jubilación de la generación del *baby boom*, (generaciones nacidas tras la II guerra mundial) el aumento de la esperanza de vida y las reducidas tasas de fertilidad, en la actualidad por debajo del índice necesario para mantener una población constante <sup>2</sup>, plantea un importante reto financiero a los sistemas de pensiones de los países europeos, dado que el coeficiente de dependencia de la tercera edad aumentará considerablemente. Según las proyecciones demográficas a largo plazo de Eurostat, el número de personas en edad laboral por pensionista se reducirá a la mitad en el 2050, pasando de 3,5 a 1,8 en la UE <sup>3</sup>, lo cual supone un aumento del 3,4 puntos porcentuales del PIB del gasto público en pensiones relacionadas con el envejecimiento, y un 4,4 puntos del gasto en concepto de sanidad y cuidados de larga duración <sup>4</sup>, cifras que pueden aumentar hasta en 10 puntos porcentuales en algunos Estados miembros de la UE.

<sup>1</sup> Vid. «La dependencia de los mayores en España. Una estimación de los costes de un seguro público de dependencia» en <http://www.icea.es/bienvenida.htm>, tabla núm. 2 pág. 6. Se observa un sensible aumento de la población mayor de 64 años, y lo mismo ocurre con la población de más de 80 años.

<sup>2</sup> Que según el Proyecto de Informe conjunto de la Comisión y del Consejo sobre «la adecuación y la viabilidad de las pensiones», Bruselas 3 de marzo de 2003, 6527/2/3, está por debajo del índice necesario para mantener una población constante.

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión «Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: pensiones seguras y viables» COM 2000/622 final pág. 6

<sup>4</sup> Vid. el Documento del Comité de Política Económica y la Comisión Europea núm. 1/2006 «The impact of ageing on public expenditure: projections for the EU25 Member Status on pensions, health care, long-term care, education and unemployment transfers (2004-2050)» [http://europa.eu.int/comm/economy\\_finance/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/economy_finance/index_en.htm)

Para afrontar las dificultades financieras que puede plantear el envejecimiento demográfico a los sistemas de pensiones europeos y las consecuencias que ello puede plantear en el desarrollo de la política económica y de empleo de la UE dada su interconexión<sup>5</sup>, se hace necesaria la adopción de estrategias globales de ámbito comunitario. Así se ha diseñado en los últimos años un marco institucional que promueve la coordinación y el seguimiento de las políticas relativas a la seguridad social, utilizando para ello lo que se ha venido a denominar el Método Abierto de Coordinación (MAC). Se considera que una reflexión colectiva que aborde los sistemas de protección social en el ámbito de la UE puede facilitar el camino a los Estados miembros para introducir las reformas necesarias en los regímenes públicos de Seguridad Social.

El punto de arranque de este proceso de coordinación y cooperación puede situarse en el Tratado de Ámsterdam en el que se establece que la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en distintos ámbitos entre los que se encuentran la Seguridad Social y la Protección Social de los trabajadores, la lucha contra la exclusión social y la modernización de los sistemas de protección social<sup>6</sup>. No obstante, la elaboración y aplicación del método de coordinación tiene su origen en el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, en cuyas conclusiones se entendía que para la consecución de los nuevos objetivos socioeconómicos, se requería de la coordinación y la colaboración entre los Estados miembros en los ámbitos de pensiones e inclusión social<sup>7</sup>. Posteriormente, el Consejo de Gotemburgo de junio de 2001 subrayó la necesidad de adoptar un planteamiento global que garantice la viabilidad a largo plazo de los sistemas de pensiones a través del método abierto de coordinación<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Así la Comunicación «Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado» op., cit., señala que «la presente comunicación responde a la necesidad de adoptar estrategias claras e integradas para afrontar el problema que plantea el envejecimiento demográfico a los sistemas de pensiones».

<sup>6</sup> Actual artículo 137 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Posteriormente el Tratado de Niza, mediante un nuevo artículo —144 del TCE—, introduce en el Tratado el Comité de Protección Social, con el objetivo de fomentar la cooperación en materia de protección social entre los Estados miembros y con la Comisión.

<sup>7</sup> No obstante ya en 1999 la Comisión presenta la Comunicación «Una estrategia concertada para modernizar la protección social» COM 99/437 de 14 de julio final en la que se refleja la necesidad de europeizar la protección social.

<sup>8</sup> Gotemburgo 15 y 16 de junio de 2001 en el que se señala que el Consejo, de acuerdo con el método abierto de coordinación, debería elaborar un informe provisional para el Consejo de Laeken en el que se definan los objetivos y el método de trabajo en el ámbito de las pensiones y elaborar un informe inicial sobre las orientaciones en el ámbito de la asistencia sanitaria y de la atención a los ancianos.

El citado método, como ha señalado la Comisión, sin alterar las competencias estatales en la materia, persigue en el ámbito de la protección social «la creación de un marco integrado de intercambio de información sobre las estrategias nacionales, para garantizar la existencia de pensiones adecuadas y viables a largo plazo»<sup>9</sup>. El MAC supone la definición de los objetivos que deben ser trasladados a las políticas nacionales a través de planes nacionales de acción para la inclusión e informes de estrategia nacional para pensiones, realizándose, en una segunda fase, una evaluación periódica de las estrategias nacionales adoptada en los citados planes e informes, todo ello dentro del marco de un proceso de aprendizaje, sobre la base de indicadores acordados y definidos conjuntamente. Son los Estados los competentes para realizar el plan o diseño de las reformas de acuerdo con el modelo de Seguridad Social, teniendo en cuenta sus características particulares que configuran cada uno de los sistemas protectores establecidos, y su evolución así como los condicionantes que impone el entorno económico en el que los modelos de protección social se desenvuelven.

Un importante estímulo a ese proceso de comunitarización de la política de Protección Social se produce en 2005 en el que se plantea la revisión de la Estrategia Europea de Lisboa señalándose que dentro del contexto del MAC, el proceso debe ir más allá de la identificación de los principios generales para centrarse en la eficacia de las políticas, vinculando el proceso de coordinación en los ámbitos de protección social y la inclusión social y las políticas para el empleo y el crecimiento<sup>10</sup>. Así con el fin de que éste sea «un proceso más fuerte y más visible, mejor integrado con la estrategia de Lisboa y con más espacio para el aprendizaje, el intercambio y la difusión de políticas que los participantes valoren»<sup>11</sup> se propone a partir de 2006 la racionalización y la simplificación de de los mecanismos de coordinación

Las líneas estratégicas u objetivos comunes propuestos por la Comisión, que de acuerdo con el MAC deben inspirar e integrar los planes de reformas de los sistemas de pensiones de los Estados miembros, son los siguientes: garantizar pensiones adecuadas de jubilación para todos, conseguir la viabilidad financiera de los sistemas públicos y privados, especialmente fomentando una vida laboral más larga y el envejecimiento activo asegurando la proporcionalidad entre aportación y prestación, y por último,

<sup>9</sup> Comunicación de la Comisión «Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado» COM 2001/362 final de 3 de julio de 2001.

<sup>10</sup> Consejo Europeo de 22 y 23 de marzo de 2005.

<sup>11</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, «Trabajar juntos, trabajar mejor: Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión social» COM 2005/706 final de 22 de diciembre de 2005.



velar por que los planes de pensiones sean transparentes y se adapten a las nuevas necesidades <sup>12</sup>. Para ello, se está actuando en tres frentes: reducir la deuda pública, reformar las pensiones y aumentar el empleo a través de políticas que incentiven el aumento de la edad efectiva de jubilación <sup>13</sup> y limiten el abandono prematuro del mercado laboral <sup>14</sup>.

## 2. EL PROCESO DE REFORMA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

En España como en otros países europeos se inició a mediados de la década de los noventa, un proceso de reformas del sistema de Seguridad Social. Así a partir del denominado Pacto de Toledo, documento que lleva por título «Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse», se viene produciendo cambios constantes en la regulación de nuestro Sistema Público de Protección Social con el objetivo de ir adaptando el sistema a las circunstancias económicas y a las nuevas necesidades sociales.

Los caracteres más significativos de este proceso de reformas han sido puestos de relieve por la doctrina y en síntesis son los siguientes. En primer lugar, se trata de reformas que han alcanzado un alto consenso político y social que se manifiesta en las negociaciones tanto con los partidos políticos como con los interlocutores sociales lo cual garantiza que su aplicación resulte pacífica. Además hay que subrayar que a diferencia de otras modificaciones legislativas del sistema en las que en muchas ocasiones se trataba de paliar los efectos inmediatos de una crisis económica, el presente proceso de reformas ha coincidido en el tiempo con un periodo de expansión económica que unido al aumento de las tasas de empleo, fruto de los efectos positivos de las políticas de fomento del empleo <sup>15</sup>, han coadyuvado a que la población en general tengan por un lado, una conciencia clara de la necesidad de las reformas emprendidas y por otro perciban nuestro sistema Se-

<sup>12</sup> Comunicación de la Comisión «Trabajar juntos, trabajar mejor: Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea» op., cit.

<sup>13</sup> En este sentido el Consejo Europeo de Barcelona de 2002 concluyó que «para 2010 deberá intentar elevarse progresivamente en torno a cinco años la edad media efectiva a las que las personas cesan de trabajar en la UE.

<sup>14</sup> «Informe conjunto sobre protección social e inclusión social» 7294/06, Bruselas 13 de marzo de 2006 SOC 126

<sup>15</sup> «Informe de Estrategia Nacional de España en relación con el futuro del sistema de pensiones», dirigido al Comité de Protección Social de la UE, de 12 de septiembre de 2002.

guridad Social, como un sistema que goza de cierta solidez con pensiones adecuadas y que se encuentra afianzado para el futuro a corto y a medio plazo.

En segundo lugar, este proceso de reforma iniciado con el Pacto de Toledo tiene un marcado carácter dinámico que garantiza su continuidad en el tiempo, estableciéndose en el propio Pacto un compromiso de actualización del mismo cada cinco años a través de la creación en el Congreso de los Diputados de una Ponencia que estudiará el presente y el futuro del sistema realizando un seguimiento y una evaluación periódica del mismo.

En tercer lugar, se trata de un proceso que nacido desde la reflexión y estudio previo de la situación del sistema, contiene un amplio abanico de medidas interrelacionadas que afectan a la totalidad del sistema, definiéndose de forma clara los principios inspiradores, los objetivos y la metodología a medio y largo plazo <sup>16</sup>.

Finalmente, se trata de un Pacto que ha convertido a nuestro sistema público de Seguridad Social en una materia de Estado que garantiza su no utilización con fines demagógicos o electoralistas <sup>17</sup>.

Dado que el «Pacto de Toledo» y los acuerdos posteriores han sido objeto de una ponencia, me propongo analizar solo algunas de las recomendaciones que han abordado y cristalizado en medidas orientadas a la consecución del equilibrio financiero y la garantía del mantenimiento económico del sistema frente a los riesgos que amenazaban su solvencia, tema que ha constituido la preocupación esencial de todo el proceso de reformas y que parece va a seguir guiando las modificaciones que se produzcan en el futuro. Por tanto, no se hará referencia a las reformas del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia, a la prestación de maternidad, a la introducción de la prestación de riesgo durante el embarazo etc., que responden a otros objetivos. En segundo lugar, se analizará la estructura básica del sistema español haciendo especial hincapié en la homogeneización de la acción protectora y reducción de manera gradual del número de regímenes especiales.

### 3. ASPECTOS FINANCIEROS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Los cambios demográficos, el empleo, y el ritmo de crecimiento de la producción, entre otros, son factores que inciden directamente sobre los me-

<sup>16</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GÓNZALEZ ORTEGA, S. «Los principios de organización de las pensiones públicas» en AA.VV *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas*. MTAS, Madrid, 199 pág. 134.

<sup>17</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «Un constante goteo de reformas en materia de Seguridad Social» *TL* núm. 66 pág. 11.

canismos financieros de los sistemas de Seguridad Social, por ello cuando aquellos factores se vuelven adversos, esto es, situaciones de crisis económica unida a un envejecimiento demográfico, deviene ineludible el replanteamiento de estas cuestiones. Por ello el interés del legislador de esta primera fase de reformas se centró en la mejora la viabilidad financiera del sistema de Seguridad Social con el objetivo de consolidarlo a corto, medio y largo plazo, dando además respuesta a las continuas críticas vertidas desde distintos sectores acerca de la evolución futura del sistema. Hay que recordar que tanto en el ámbito internacional como nacional de finales de los ochenta y a lo largo de la década de los noventa importantes entidades financieras cuestionaban de forma insistente, no sólo la viabilidad económica del sistema, sino la propia pervivencia de los sistemas públicos de Seguridad Social basados en las técnicas de reparto, preconizando la necesidad de reformas estructurarles que tuvieran como eje planteamientos basados en factores económicos<sup>18</sup>. Es importante señalar que el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional defendían planteamientos privatizadores de la Seguridad Social bajo el régimen financiero de Capitalización Plena Individual<sup>19</sup>, si bien recientemente estas posiciones han sido matizadas tras comprobar su fracaso, dado que la cobertura de la seguridad social y de las pensiones privadas continúa siendo «persistentemente baja y los costos de las reformas, en muchos casos, han sido más altos de lo previsto» y «la vejez sigue siendo una amenaza para los ciudadanos de la región»<sup>20</sup>.

Frente a las tesis privatizadoras, el proceso de reforma iniciado por el mencionado Pacto no cuestiona el actual sistema de reparto y por tanto no introduce reformas radicales o estructurales, sino que partiendo del mismo, esto es de la aceptación del vigente sistema de Seguridad Social introduce una serie de medidas correctoras. En este sentido, según la Comisión que elaboró el informe, en ningún caso el debate acerca de la Seguridad Social «ha representado la adopción de soluciones que implicaran un desmantelamiento de los sistemas protectores o una variación sustancial en sus características básicas, sino que, al contrario, se ha basado siempre en medidas dirigidas a facilitar su consolidación y viabilidad y reforzar sus garantías de cara al futuro, respetando, en todo caso, el modelo preexistente». Se trata de consolidar, mantener y fortalecer el actual régimen público de Seguridad

<sup>18</sup> Sobre el contexto político y social del momento en España *vid.* APARICIO TOVAR, J., «La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo» *Revista de Derecho Social* núm. 19, 2002, pág. 39.

<sup>19</sup> Banco Mundial *envejecimiento sin crisis: políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*. Washington, Oxford University, 1994

<sup>20</sup> Banco Mundial *Soporte del ingreso en la vejez en el siglo XXI. Una perspectiva Internacional de los sistemas de pensiones y de sus reformas*, Julio 2005

Social, sin que por ello se renuncie a introducir algún elemento característico del sistema de capitalización <sup>21</sup>.

De acuerdo con los principios inspiradores, «contributividad, equidad, y la solidaridad» las reformas no introducen cambios radicales sino que las medidas propuestas tratan de un lado, llevar a cabo la separación de las fuentes de financiación, y por otro racionalizar las prestaciones contributivas a través de una mayor grado de correspondencia entre cotización e importe de la prestación.

### 3.1. Separación y clarificación de las fuentes de financiación

La separación de las prestaciones en función de la fuente de financiación no es una cuestión novedosa y exclusiva de este proceso de reformas sino que supone la continuación de las medidas presupuestarias contenidas en de la Ley 37/1988 de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1989, en la que se clarificaba el destino de las aportaciones del Estado, de forma que las prestaciones contributivas se financian predominantemente, aunque no exclusivamente, a través de las cotizaciones, mientras que las prestaciones y servicios de carácter no contributivo debían progresivamente financiarse con cargo las transferencias del Estado a la Seguridad Social <sup>22</sup>. Ahondando en el citado proceso de clarificación de las fuentes de financiación, la nueva redacción del artículo 86.2 de la LGSS culmina el diseño financiero de la Seguridad social separando las prestaciones contributivas y no contributivas. Las de naturaleza no contributiva, esto es, asistencia sanitaria (salvo las derivadas de contingencias profesionales), prestaciones no contributivas de invalidez y jubilación, prestaciones familiares y complemento a mínimos se financian con cargo a los presupuestos generales del Estado <sup>23</sup>, mientras que el resto de las prestaciones económicas de las Seguridad Social, esto es, aquellas de carácter profesional, los gastos de-

<sup>21</sup> BARRADA RODRÍGUEZ, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La Financiación de la Protección Social en España*, cit., pág. 151.

<sup>22</sup> Vid. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A., «La financiación de la protección social» pág. 526 y VICENTE MERINO, A., «La reforma financiera del sistema de Seguridad Social en 1989 y su afectación al sistema de pensiones» pág. 488 y ss., en AAVV *La financiación de la protección social. La reforma financiera del sistema español de Seguridad Social en 1989*, edit. MTASS, Madrid, 1991.

<sup>23</sup> Si bien, de acuerdo con la Disp. Transitoria Decimocuarta de la LGSS lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 86 «se llevará a cabo de modo paulatino, en un plazo que no superará los 12 años, contados a partir de 1 de enero de 2002. Actualmente la financiación de los complementos a mínimos de las pensiones contributivas se está llevando a cabo a través de las aportaciones del Estado y al mismo tiempo, con cargo a los recursos generales del sistema de Seguridad Social que supone el 72% de su volumen total.

rivados de su gestión y funcionamiento de los servicios de encuadramiento y gestión económico-patrimonial, se financian a través de las cotizaciones sociales aportadas por trabajadores y empresarios, además de otros ingresos, y excepcionalmente «por las aportaciones del Estado que se acuerden para atenciones específicas».

Se produce, pues, una adscripción de las fuentes de financiación a uno de los bloques que integra el sistema, sin que se permitan trasvases entre ambos. Las cotizaciones sociales se destinan exclusivamente a la cobertura financiera de las distintas prestaciones contributivas, mientras que las prestaciones no contributivas a las que son aplicables los principios de solidaridad y redistribución se cubren con las aportaciones del Estado. La separación de las fuentes de financiación sin duda dotó de mayor transparencia al sistema y reflejó con claridad cuál es el esfuerzo de los propios cotizantes y cuál es la aportación estatal. Además, reveló con nitidez, frente quienes consideraban que la Seguridad Social estaba en déficit permanente, que el sector contributivo cubría sobradamente sus necesidades<sup>24</sup>. Sin embargo como ha puesto de manifiesto la doctrina la división de las fuentes de financiación plantea inquietantes interrogantes tanto para las prestaciones no contributivas como las contributivas. Parece claro que la separación financiera implica la división del sistema de Seguridad Social en dos «compartimentos estancos» de tal forma que el principio de solidaridad solo se predica respecto de las prestaciones no contributivas que quedan «extramuros» del nivel contributivo<sup>25</sup>, mientras que éste se le impone la obligación de «autofinanciarse» mediante las cotizaciones sociales<sup>26</sup>, renunciando a la vía fiscal, lo cual plantea la cuestión de su financiación en momentos de crisis económica en los que las cotizaciones no sean suficientes para cubrir las prestaciones de este nivel<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> GRIÑAN MARTÍNEZ, J.A. «La vía del Pacto de Toledo» en AAVV *Los retos de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid 2005, pág. 192 afirma que «no sólo hay excedentes contributivos, sino que hay cotizaciones sociales que se vinieron aplicando sistemáticamente a financiar gastos de naturaleza no contributiva».

<sup>25</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. «La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos» *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm. 12, 1998, pág. 47.

<sup>26</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., «La financiación de la Seguridad Social» en *La Reforma de las pensiones de 1997*, (coord. A. Pardell) Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 21 y sig.; LÓPEZ GANDIA, J., y OCHANDO LARAMUNT, C. «Crisis económica y Estado de Bienestar» *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998, pág. 91 y sig.

<sup>27</sup> LÓPEZ GANDIA, J.M., «El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo» *Revista de Derecho Social*, núm. 14, 2001, pág. 42. BARRADA RODRÍGUEZ, A., GONZÁLO GONZÁLEZ, B., *La financiación de la protección social en España. A propósito del Pacto de Toledo*, CES, Madrid, 1997 pág. 132 a quienes le quedan la sospecha de si se ha «pretendido beneficiar a sectores privados a costa del bien público».

En realidad se trata de una auténtica «segregación»<sup>28</sup> que si bien clarifica la situación financiera del sistema, tiene como efecto, de un lado, el que la contributividad se erija en el único criterio o principio que rija la financiación del nivel contributivo, excluyendo otras fuentes de financiación<sup>29</sup>, lo cual parece poco adecuado en un sistema público de Seguridad Social y ni si quiera predicable para el nivel profesional<sup>30</sup>. De otro, el principio de solidaridad solo puede funcionar en el bloque no contributivo o asistencial cuyas prestaciones vienen a subvenir situaciones reales de necesidad. En definitiva, la separación de las fuentes, instrumento esencial para lograr la consolidación del sistema, acaba fragmentando el sistema y aun más determinando la propia naturaleza de las prestaciones.

Como medida de garantía se creó un Fondo de Reserva (art. 91.1 LGSS) que se nutre de los excedentes de cotizaciones que puedan resultar de la liquidación en cada ejercicio de los presupuestos de la Seguridad Social. La finalidad del citado fondo es la de atender a las necesidades futuras del sistema en materia de prestaciones contributivas contribuyendo a la consecución del equilibrio financiero a largo plazo en momentos de crisis económicas. En la actualidad el Fondo de Pensiones alcanza la cuantía de 26.650 millones de ₧ y según las estimaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el superávit previsto para el 2006 será de 6.266,75 millones de ₧, con lo que el monto global del Fondo se situará en 32.917,31 millones de ₧. En relación al futuro del sistema de pensiones se reconoce la necesidad de efectuar una nueva reforma del sistema que garantice la viabilidad de las pensiones a largo plazo<sup>31</sup> ya que la utilización del Fondo va a permitir equilibrar los resultados negativos del período 2015-2020, fecha a partir de la cual se empezarían a producir déficits efectivos.

### 3.2. Refuerzo de la contributividad, proporcionalidad y equidad

Otra de las medidas orientadas a reducir los costes de las pensiones consistió en introducir mayores dosis de contributividad, proporcionalidad y equidad en la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación. La

<sup>28</sup> APARICIO TOVAR, J., «La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo» *op. cit.*, págs. 40-41.

<sup>29</sup> Art. 86.2 LGSS salvo que se acuerde «aportaciones del Estado... para atenciones específicas»,

<sup>30</sup> APARICIO TOVAR, J., «La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo» *op. cit.*, págs. 40-41.

<sup>31</sup> Que según el «Informe de Estrategia de España en relación con el futuro del sistema de pensiones», dirigido al Comité de Protección Social de la UE, Madrid 13 de julio de 2005 será utilizado para equilibrar los resultados negativos del período 2015-2020, pág. 39.



contributividad, unida a la proporcionalidad y la equidad es entendida por el Pacto de Toledo y por la legislación de desarrollo como una relación sinalagmática entre lo aportado y lo recibido individualmente por cada sujeto<sup>32</sup> que trata de aumentar el grado de correspondencia entre las cotizaciones aportadas por los sujetos y las prestaciones que éstos reciben, a fin de que éstas sean el reflejo de la cotización aportada por cada individuo<sup>33</sup>.

La pensión de jubilación es la prestación del sistema que mayores modificaciones experimentó. De un lado, con el objetivo de reducir sus costes se reforzó la contributividad y de otro, desde una doble perspectiva que conecta la política de empleo con la protección social se adoptaron medidas de política activa destinadas a este segmento de la población cuyo objeto consistía en restringir la jubilación anticipada y ofrecer estímulos para retrasar el momento de acceso a la jubilación.

Por lo que respecta al principio contributivo, la reforma optó por modificar la fórmula de cálculo para la pensión de jubilación con el fin de que la base reguladora refleje cada vez más la carrera laboral del pensionista, a la vez que paralelamente se aumentó los años de cotización exigidos para alcanzar determinados porcentajes. Así, de un lado, en un corto lapso temporal, se ha pasado de considerar inicialmente una media de dos años, a un período de ocho (Ley 26/1985) y finalmente a una media de quince años (Ley 24/1997). De otro, el porcentaje aplicable a la base reguladora por los primeros 15 años (carencia mínima exigida para acceder a la pensión) pasa del 60 por 100 al 50 por 100, incrementándose a razón del 3 por 100 en el período comprendido entre el decimosexto y el vigésimo quinto (ambos inclusive) aplicándose el 2 por 1000 por cada año adicional hasta los treinta y cinco años. El aumento del número de años para el cálculo de la base reguladora de la pensión, unido a la nueva escala de porcentajes, dentro de la lógica de un contrato sinalagmático, muestra en mayor medida el esfuerzo realizado por el trabajador individual basando el nivel de protección en relación directa con lo aportado, pero, sin duda, debilita la solidaridad del nivel contributivo, pilar básico de nuestro sistema de Seguridad Social<sup>34</sup>.

Con el objetivo de invertir la tendencia que favorece el abandono prematuro del mercado de trabajo se ofrecen mayores oportunidades de empleo a los trabajadores de mayor edad, a través de medidas de fomento de permanencia en activo más allá de los 65 años de edad que benefician tanto

<sup>32</sup> APARICIO TOVAR, J., «La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo» *op. cit.*, pág. 42 añade además que «supone introducir un razonamiento propio de los sistemas de capitalización dentro de uno de reparto».

<sup>33</sup> MARTÍN VALVERDE, A., «La pensión contributiva de jubilación en la Ley 24/1997» *Ts*, núm. 95, 1998.

<sup>34</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Los principios organización de las pensiones públicas» *op. cit.*, pág. 144.

al empresario como al trabajador<sup>35</sup>. En el marco del establecimiento de una «jubilación flexible» se afianza en nuestro ordenamiento la figura de la jubilación parcial como una forma de compatibilizar trabajo y pensión, pudiendo ser o no anticipada a la edad de jubilación<sup>36</sup>. Por ello, además de continuar con la posibilidad de jubilación parcial «anticipada», se permite que el trabajador se jubile parcialmente una vez cumplidos los 65 años. De otro lado, se ha aprovechado el momento para regular la situación del jubilado total que decide reincorporarse al mercado de trabajo con un contrato a tiempo parcial, introduciendo beneficios tanto para la empresa, en forma de reducciones en las cotizaciones<sup>37</sup>, como para los trabajadores que se traducen en un mayor importe de la cuantía de la pensión ya que se posibilita que el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión supere el 100 por 100<sup>38</sup>.

El refuerzo de la contributividad y la prolongación voluntaria de la vida laboral siguen siendo los ejes sobre los que gira las futuras reformas de la pensión de jubilación. En efecto, de acuerdo con la «Propuesta de medidas de reforma de la Seguridad Social» (noviembre 2005) con la finalidad de incrementar la correspondencia entre aportaciones y prestaciones se proponen medidas que afectan tanto al período mínimo de cotización para el acceso a la pensión como a los años computados para el cálculo de la pensión<sup>39</sup>. La reforma consiste en ambos casos en exigir quince años efectivos de cotización suprimiendo o no contabilizando los días/cuotas<sup>40</sup>, primando por tanto el día de trabajo natural, lo que supone un incremento tanto del periodo de carencia exigido para acceder a la pensión como del período de cálculo de la base reguladora.

<sup>35</sup> Introducidas por la Ley 35/2002 de 12 de julio. *Vid.* más ampliamente GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Seguridad Social año 2002: balance general de unas reformas en curso» *TL*, núm. 66, págs. 28 y ss.

<sup>36</sup> DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C., *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*, Tirant Llobrich, Valencia 2004. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La pensión de jubilación: algunas reflexiones tras sus últimas reformas» *RMTAS*, núm. 39, 2002, págs. 59 y ss.

<sup>37</sup> Disposición Adicional 50.ª de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La flexibilidad de la edad de jubilación (y III): jubilación aplazada y jubilación gradual» *RL* 2003, I, págs. 3 y ss.

<sup>39</sup> Concretamente contiene las siguientes medidas: «El período de cotización mínimo para generar la pensión de jubilación se definirá en quince años efectivos de cotización o su equivalente real en días/cuotas, alcanzándose paulatinamente este efecto a lo largo de cinco años»; «los años computados para el cálculo de la pensión serán los años enteros cotizados, o su equivalente en días cuotas».

<sup>40</sup> Son cuotas correspondientes al prorrateo de pagas extraordinarias que hasta el momento se computan tanto a efectos de los días de cotización precisos para la concesión del derecho como del cálculo de la cuantía de las prestaciones, así prima el día de cotización y no el día de trabajo real o natural.

En segundo lugar, las medidas de reformas propuestas por el Gobierno vuelven a incidir, de un lado, en acercar la edad de jubilación a la edad legal disminuyendo o eliminando las diferencias entre las diversas modalidades de jubilación anticipada, mejorando la situación de los trabajadores que acceden a la jubilación anticipada por razones ajenas a su voluntad —despidos— y desincentivando las jubilaciones voluntarias. De otro, con la finalidad de incrementar el número de cotizantes se sigue incentivando la prolongación voluntaria de la vida laboral, a través de bonificaciones en la cotización empresarial (que pueden llegar hasta el cien por cien), y el incremento de la cuantía de la pensión.

Otra de las medidas dirigidas a reducir los gastos a través de un mayor control consiste en conectar las contingencias de incapacidad permanente y el desempleo<sup>41</sup>. Con anterioridad a la reforma cada una de estas contingencias daba lugar a prestaciones diferentes siendo posible que el disfrute de una sucediera a la otra. Pues bien, el nuevo tratamiento tras la reforma operada, bajo la justificación de medidas para la «lucha contra el fraude»<sup>42</sup>, vincula ambas prestaciones. La ausencia de capacidad laboral una vez extinguido el contrato de trabajo va a producir una importante reducción en la protección, de un lado, en la cuantía de la misma, ya que el sujeto sigue percibiendo el subsidio por incapacidad pero su cuantía es igual a la prestación por desempleo. De otro, en la duración de la misma, ya que extinguida la situación de incapacidad temporal el tiempo transcurrido en esta situación se entenderá como ya consumido a los efectos de la prestación de desempleo, lo que en algunos casos supondrá el no surgimiento de esta última<sup>43</sup>. En segundo lugar, desde la situación inversa, esto es, el trabajador que esté percibiendo una prestación por desempleo que pase a la una situación de Incapacidad Temporal que no constituya recaída de un proceso anterior a la extinción del contrato, percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la de desempleo<sup>44</sup>. Finalizado el período de duración de la prestación de desempleo si el sujeto continuase en incapacidad temporal la cuantía de la prestación será igual a la del subsidio de desempleo<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Ley 24/2001 de 27 de diciembre que ha modificado el artículo 222 LGSS.

<sup>42</sup> APARICIO TOVAR, J., «La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo» *op. cit.*, pág. 46 considera que dichas medidas no tienen «justificación racional, ni razonable».

<sup>43</sup> JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 403 y ss.

<sup>44</sup> Ley 66/1997, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

<sup>45</sup> Cuyo parámetro ya no es el Salario Mínimo Interprofesional sino el Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiple Mensual introducido por la Disp. Final primera apartado 3.º del RD-Ley 3/2004, de 25 de junio.

Como se observa la nueva regulación de paso de una situación a otra<sup>46</sup> produce una disminución en la intensidad de la acción protectora, parten de la concepción del beneficiario como presunto defraudador y son tratadas por el legislador desde la lógica de las prestaciones de desempleo pese a la falta de aptitud del beneficiario<sup>47</sup> y la contraposición existente entre los objetivos que cada una de las prestaciones persigue.

Dentro del ámbito de la prestación por incapacidad temporal especial atención merece la paulatina ampliación de competencias de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional de la Seguridad Social. Bajo la premisa de su mayor operatividad y eficacia en el control del gasto y la lucha contra el fraude se han ido realizando sucesivos ajustes normativos adquiriendo de forma progresiva un relevante papel en los procedimientos de decisión y control de la prestación por incapacidad temporal por contingencias comunes hasta conseguir una parificación con el INSS<sup>48</sup>, tanto de los trabajadores por cuenta ajena de sus empresas asociadas, como de los trabajadores por cuenta propia que opten por esta cobertura, respecto de los cuales son las únicas entidades competentes para gestionar la prestación del incapacidad temporal<sup>49</sup>. Recientemente con el objetivo de simplificar la compleja gestión y con la misma orientación de facilitar un eficaz control de los procesos de incapacidad temporal, la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2006, da marcha atrás al proceso

<sup>46</sup> Situaciones de «tránsito» en terminología utilizada por BARCELÓN COBEDO, S., *El tránsito entre prestaciones del sistema de Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2002.

<sup>47</sup> BARCELÓN COBEDO, S., «El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo» *TL*, núm. 1 66, pág. 222.

<sup>48</sup> SEMPERE NAVARRO, V., TORTUERO PLAZA, J.L., «Dos apuntes sobre las Mutuas Patronales y su gestión de la IT» *Revista el Foro de Seguridad Social* núm. 12 y 13-2005, págs. 133 y ss.

<sup>49</sup> Proceso de ampliación de competencias llevado a cabo por Leyes 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, desarrolladas por RD 575/1997 de 18 de abril, que regula determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal, RD 1117/1998, de 5 de junio, por el que se modifica el RD 575/1997, en desarrollo del apartado 1, párrafo segundo, del art. 131 bis) de la Ley General de la Seguridad Social OM de 19 de junio de 1997, que desarrolla el RD 575/1997, sobre determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal, RD 428/2004 de 12 de marzo, por el que se modifica el Reglamento general sobre colaboración en la gestión de las MATEPSS. Un estudio amplio sobre las Mutuas en Lozano Lares, F. *El mutualismo patronal en la encrucijada. De la doctrina del riesgo profesional a la debida prevención de los riesgos laborales* CARL, Mergablum, Sevilla, 2002. López Gandía, J., *Las mutuas y las gestión de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.

iniciado en 1996 de potenciación del papel de las Mutuas y pérdida de protagonismo de los Entes Públicos, y sustrae algunas de las competencias en el ámbito de la gestión y control de la incapacidad temporal que venían desempeñando las Mutuas. La citada Ley en su dis. adic. 48.<sup>a</sup> declara al INSS como única entidad facultada para ejercer las competencias de decisión y control sobre la prórroga de la incapacidad temporal una vez alcanzada la duración máxima<sup>50</sup>, despojando a las Mutuas de la capacidad decisoria, a las que sólo se les atribuye la capacidad de propuesta<sup>51</sup>.

#### **4. LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: LA HOMOGENEIZACIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA Y LA CONVERGENCIA DE REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Otro de los temas en los que se ha centrado el proceso de reforma esta íntimamente conectado con la estructura del sistema. Y es que las transformaciones que se han ido produciendo en nuestro sistema de Seguridad Social desde los años ochenta han alterado profundamente la estructura del mismo<sup>52</sup>. De un sistema inicialmente contributivo con una organización pluralista profesional se ha pasado a un modelo mixto integrado por dos modalidades de protección: una no contributiva y otra contributiva<sup>53</sup>.

La primera se caracteriza por la universalización de su ámbito subjetivo, por la financiación estatal otorgándose la protección sin exigencias previas de contribución, si bien sometido al requisito de la residencia y a un control típicamente asistencial que consiste en la demostración de la situación de necesidad mediante la carencia de recursos. Este nivel de protección está pendiente de culminar y pese a la tendencia iniciada en los años noventa hacia la progresiva expansión subjetiva de los sujetos, lo cierto es que en la actualidad la protección social dispensada por el mismo no cubre a toda persona carente de ingresos en situación real de

<sup>50</sup> Competencia que no se ejercerá de forma inmediata sino que será la Secretaria de Estado de la Seguridad, a propuesta del INSS, la que determinará la fecha en que los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajo asumirán las competencias.

<sup>51</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Los contenidos laborales y de Seguridad Social de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006» *RL* núm. 5/2006, pág. 58.

<sup>52</sup> APARICIO TOVAR, J., «La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo» *op. cit.*, pág. 30, califica de «frenética» la evolución normativa experimentada desde los años ochenta hasta la actualidad.

<sup>53</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991 págs. 64 y ss.

necesidad<sup>54</sup>, sino que se tutela a los ciudadanos que hayan cumplido 65 años, a los inválidos con un determinado grado de minusvalía y a las personas con hijos a cargo menor de 18 años o minusválido con independencia de la edad. Incluso podría afirmarse que el ámbito subjetivo del nivel no contributivo ha quedado estancado sobre todo a la vista de las reformas iniciadas por el Pacto de Toledo y la preferencia legislativa por ampliar los sujetos protegidos a través de prestaciones asistenciales para dar cumplimiento al mandato de universalidad del artículo 41 CE.

En la segunda modalidad, la contributiva, el ámbito subjetivo viene determinado por el criterio de la profesionalidad, se financia a través de las cuotas, y la acción protectora se condiciona al cumplimiento de requisitos de encuadramiento y cotización, siendo sus prestaciones de sustitución del salario. La estructura que presenta este nivel se ha caracterizado desde sus inicios por su fragmentación ya que junto a una protección común o general se establecieron una pluralidad de Regímenes Especiales que formalmente se justifican en la necesidad de adaptar la acción protectora a las peculiaridades (de tiempo, lugar o características del proceso productivo) de las actividades profesionales que producen que determinados sujetos se separen de la protección general del sistema creándose verdaderos «microsistemas de Seguridad Social»<sup>55</sup>. Concretamente en la actualidad existen junto al Régimen General, en el que se encuentran incluidos los trabajadores por cuenta ajena y asimilados, los siguientes Regímenes Especiales: Régimen Especial Agrario en el que se encuadran los trabajadores, ya sean por cuenta propia o ajena que realizan labores agrarias, forestales o pecuarias; Régimen Especial de Trabajadores del Mar, en el que se insertan trabajadores tanto por cuenta propia o ajena que lleven a cabo actividades marítimo pesqueras; Régimen Especial de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos que incorpora a los trabajadores que llevan a cabo su actividad de forma independiente, salvo que los mismo en razón de su actividad deban quedar encuadrados en los RREE Agrario o del Mar; Régimen Especial de la Minería del Carbón; Régimen Especial de Empleados de Hogar; Régimen Especial de Estudiantes o Seguro Escolar que integra a los estudiantes que cursan estudios no obligatorios, y los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos subdivididos en Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Es-

<sup>54</sup> ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., «Comentario al artículo 7 de la Ley General de Seguridad Social», en AA.VV. *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social* (Dir. M.R. Alarcón Caracuel) Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 71

<sup>55</sup> VIDA SORIA, J., «Los Regímenes Especiales» *PEE* núm. 12-13, 1982, pág. 156. MONTROYA MELGAR, A., «La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones» *RPS* núm. 98, 1973.

tado, de las Fuerzas Armadas, y los Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia <sup>56</sup>.

Como puede fácilmente comprenderse, la existencia de tantos RREE introduce un elemento de complejidad y de diferencia de tratamiento entre los sujetos protegidos que en muchos casos, carece de fundamento. No es fácil justificar la existencia de los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón o el de los Empleados de Hogar en la medida en que se trata en ambos casos de trabajadores por cuenta ajena. Del mismo modo, los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos aun cuando exista esa especial relación jurídica de servicio que les une a la Administración Pública no parece que ésta sea razón suficiente que fundamente su existencia, sobre todo teniendo en cuenta que ya existen funcionarios públicos (Organismos Autónomos, o los de nuevo ingreso en las CCAA o los locales) que están incorporados sin problemas al Régimen General. Respecto de los Regímenes Especiales Agrario o del Mar solo puede decirse que permanecen como tales por razones derivadas de la debilidad económica del colectivo protegido o de la inercia organizativa que los configuró en su día como especiales, pero pudiendo integrarse con algunas especialidades según se traten de trabajadores por cuenta ajena o propia en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos <sup>57</sup>.

La existencia de diversos regímenes en el nivel contributivo otorgando distinto grado de protección social para los sujetos incluidos en cada uno de ellos, ha suscitado dudas en cuanto a su compatibilidad con el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE. Sin embargo el propio Tribunal Constitucional ha admitido la validez de esta diversidad, en la medida en que las desigualdades existentes entre los distintos regímenes se justifican en la articulación del sistema de Seguridad Social en una pluralidad de regímenes dotados de normativas propias y distintas, y éstas a su vez en las peculiaridades socio-económicas o productivas que concurren en la actividad profesional correspondiente. Reconoce el Tribunal que la identidad del nivel de protección de todos los ciudadanos es algo deseable desde un punto de vista social, pero «no constituye un imperativo jurídico» (STC 27/1988 de 23 de febrero), sino un «desideratum» que corresponde hacer efectivo a los poderes legislativos y ejecutivo, en consideración a los recursos disponibles en cada momento.

<sup>56</sup> ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., «Comentario al artículo 9 de la Ley General de Seguridad Social» y Comentario al artículo 10 de la LGSS», *op. cit.*, págs. 81 y ss.

<sup>57</sup> Sobre las razones de la existencia de esta pluralidad de regímenes *vid.* VIDA SORIA, J., «Los Regímenes Especiales» *op. cit.* MONTROYA MELGAR, A., «La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones» *op. cit.*

Pues bien, el Pacto de Toledo, retomando el proceso de integración que se había iniciado tiempo atrás con la Ley 26/1985<sup>58</sup>, puso de manifiesto la necesidad de homogeneizar el contenido de la acción protectora del nivel contributivo y, particularmente, la mejora y aproximación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos al Régimen General, fijándose como objetivo la consolidación de dos únicos Regímenes: uno para trabajadores asalariados y otro para trabajadores autónomos, contemplando, no obstante las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón. Por su parte el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social de 2001 establecía el siguiente programa de actuaciones: mejorar la acción protectora buscando la homogeneidad con el Régimen General; simplificación de la estructura del sistema de mediante la integración de regímenes, para lo cual se contempla la inclusión de los autónomos del Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y posteriormente se incluiría en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, los autónomos del Régimen Especial de Mar; y finalmente se acordó la constitución de una mesa para el estudio de la integración de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Agrario en el Régimen General.

Un avance en este proceso de homogeneización lo constituye la extensión de la acción protectora frente a determinados riesgos que hasta este momento sólo se reconocían a los trabajadores por cuenta ajena integrados en el Régimen General. La primera medida consistió en incluir en la acción protectora el derecho a acceder a la incapacidad permanente total cualificada en las mismas condiciones que el trabajador por cuenta ajena y por tanto los trabajadores autónomos incluidos en los distintos regímenes especiales pueden acceder al incremento de su pensión en un 20% una vez cumplidos los 55 años, siempre que no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena ni por cuenta propia que de lugar a su inclusión en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social<sup>59</sup>. La segunda medida, siguiendo esta línea de equiparación entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia, consiste en extender la cobertura de los riesgos profesionales a los trabajadores integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

<sup>58</sup> Ley que simplificó notablemente la estructura del sistema integrándose en el RGSS los Regímenes Especiales de los ferroviarios, artistas, representantes de comercio y futbolistas y en el RETA el de los escritores de libros.

<sup>59</sup> Ley 53/2002 de 30 de diciembre reconoció a los trabajadores autónomos de los Regímenes Especiales Agrario y del Mar el derecho a acceder a la incapacidad permanente total cualificada en las mismas condiciones que el trabajador por cuenta ajena. La citada ley ha sido desarrollada por el RD 463/2003, de 25 de abril que corrige el olvido de la misma incluyendo el derecho de los Trabajadores del Régimen Especial de Autónomos a la citada prestación.

mos<sup>60</sup>. La cobertura específica de estos riesgos es de carácter voluntario, y exige que el trabajador haya optado previamente o simultáneamente por percibir la prestación por incapacidad temporal, con el consiguiente incremento en el tipo de cotización aplicable. Contrasta el restrictivo concepto de accidente de trabajo al exigirse una conexión causal directa o inmediata con el trabajo realizado por cuenta propia<sup>61</sup>, sin que se admita la «ocasionalidad»<sup>62</sup>, desapareciendo, además, la presunción «*iuris tantum*» de accidente de trabajo prevista para los trabajadores por cuenta ajena, siendo por tanto el trabajador el que tenga que demostrar la conexión existente entre las lesiones sufridas y el trabajo realizado por cuenta propia<sup>63</sup>. En tercer lugar, se mejora la prestación de incapacidad temporal para los trabajadores encuadrados en el Régimen Especial de Autónomos, al prever que su nacimiento se produce, siempre que el trabajador haya optado por la protección de la prestación económica de incapacidad temporal, a partir del cuarto día de la baja en la actividad correspondiente<sup>64</sup>. Ahora bien, esta mejora va acompañada de un «desproporcionado» incremento de los tipos de cotización al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, (incremento que asciende a 1,5 puntos en la cuota a pagar) teniendo en cuenta la reducida «contraprestación a percibir por tal cotización adicional»<sup>65</sup>.

Quedan pendientes dentro de la acción protectora otras medidas aún más novedosas, como la propuesta por la disp. final 6.<sup>a</sup> de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre en la que se prevé que «en el primer semestre del año 2003, el Gobierno emitirá informe relativo a la situación de los trabajadores autónomos que dependen económicamente de uno o varios empresarios, estudiando el establecimiento de un fondo de garantía en caso de cese por

<sup>60</sup> Añade una nueva disposición adicional a la LGSS núm. 34 en la que «se regula la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos, que podrán mejorar voluntariamente en el ámbito de la acción protectora que dicho Régimen les dispensa, incorporando la correspondiente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, siempre que, previa o simultáneamente, hayan optado por incluir, dentro de dicho ámbito, la prestación económica por incapacidad temporal».

<sup>61</sup> Disposición Adicional 34.<sup>a</sup> y artículo 3.2. del RD 1273/2003, de 10 de octubre «el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del Régimen Especial».

<sup>62</sup> Por tanto no se considera accidente de trabajo el accidente in itinere, ni tampoco puede calificarse como de accidente de trabajo la imprudencia profesional del trabajador autónomo.

<sup>63</sup> Vid. más ampliamente BALLESTER PASTOR, I., «Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: Las actuales peculiaridades en materia de acción protectora» en *DL* núm. 69, 2003, págs. 70 y ss.

<sup>64</sup> Real Decreto-Ley 2/2003 (en la actualidad Ley 36/2003) desarrollado por el RD 1273/2003.

<sup>65</sup> BENEYTO CALABUIG, D., «Mejora de la acción protectora de los trabajadores por cuenta propia o autónomos» *TS* núm. 157, 2004, págs. 37 y ss.

causas objetivas». El objetivo de esta medida es proteger a los a los trabajadores autónomos económicamente dependientes cuando se produzca un cese involuntario, y a pesar de que se evita la denominación de prestación por desempleo, parece que se está haciendo referencia a la misma, ya que se trata de conceder una prestación económica a estos trabajadores dando soporte a la descentralización productiva <sup>66</sup>.

En suma, se ha ido avanzado en proceso de equiparación de la acción protectora entre trabajadores encuadrados en otros regímenes y los trabajadores integrados en el Régimen General, si bien ha de señalarse que este avance, al menos en las últimas reformas, ha sido modesto, de un lado, porque no todos los regímenes se han visto favorecidos por las distintas mejoras introducidas, de otro, por que algunas de las mismas suponen un importante incremento de los costes de Seguridad Social para los trabajadores. No obstante, si observamos nuestro Sistema de Seguridad Social con cierta perspectiva, debe reconocerse que las diferencias de protección entre los distintos Regímenes y entre estos y el Régimen General se han ido limando de forma que han ido desapareciendo muchas de las desigualdades existentes <sup>67</sup>.

Respecto del objetivo de convergencia y simplificación de la estructura de la Seguridad Social, el Acuerdo firmado en abril de 2001, concretaba tal objetivo en la equiparación en materia de cotización de los distintos regímenes. En este contexto, se proponía que se incentivase la «inclusión de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y seguirse sucesivamente respecto de los trabajadores autónomos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar». Al respecto, sólo se ha avanzado respecto de los trabajadores autónomos incluidos en el Régimen Especial Agrario iniciándose un proceso de acercamiento progresivo hasta llegar a la equiparación de las bases y tipos de cotización de los trabajadores por cuenta propia del REA con los del RETA, de tal modo que en 2018 «la cotización correspondiente a tales trabajadores (trabajadores autónomos del REA) será la establecida con carácter general para los trabajadores incluidos en el Régimen de Trabajadores por cuenta propia o autónomos» <sup>68</sup>, aplazándose, pues, para futuras reformas la convergencia entre el REM y el RETA.

<sup>66</sup> Vid. mas ampliamente en CERVILLA GARZÓN, M.J., «Las reformas en la prestación contributiva por desempleo y su repercusión en el inicio de actividades por cuenta propia» en *TL* núm. 72 2003, págs. 120 y ss.

<sup>67</sup> CABEZA PEREIRO, J., «Convergencia entre Regímenes de Seguridad Social» *TL* núm. 66, pág. 56.

<sup>68</sup> Disposición Adicional 36 LGSS introducida por el artículo 9 del RD 2/2003, de 25 de abril de medidas de reforma económicas.

Manteniéndose la misma propuesta de consolidar dos grandes Regímenes uno para trabajadores autónomos y otro para trabajadores asalariados, ninguna novedad relevante añade el Pacto de Toledo renovado. En él se constata los avances realizados en el proceso de homogeneización de la acción protectora de los distintos Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social mediante la eliminación de disfunciones existentes entre dichos Regímenes y la aproximación de las cotizaciones. Ahora bien, este proceso de equiparación no ha sido seguido con la misma intensidad, por el otro todavía más complejo de integración y simplificación de la estructura del nivel contributivo y por ello las Recomendaciones del Pacto siguen insistiendo en el objetivo de reducir a tan sólo a dos los Regímenes de la Seguridad Social, reducción que debe hacerse de forma gradual y respetando las especialidades que procedan a fin de garantizar las expectativas de derechos generados en el tiempo. En este sentido hubiera sido conveniente establecer un referente temporal para la consecución definitiva de la tan anunciada simplificación<sup>69</sup>. Tampoco se hace referencia a la técnica jurídica para que se produzca tal situación y es que el problema de la convergencia si duda es también un problema de técnica jurídica y quizás por ello el nuevo Pacto de Toledo considera necesario impulsar un análisis exhaustivo de la situación actual de los Régimen Especial Agrario y Régimen Especial del Mar y de los sectores económicos en ellos protegido, sectores económicos que están atravesando situaciones críticas. El Régimen Agrario adolece de graves problemas estructurales de envejecimiento de la población, sostenimiento de un porcentaje especialmente alto de pasivos, promedio de rentas por debajo de a la media, fraudes en el acceso y mantenimiento de prestaciones. Del mismo modo el REM se ha visto sacudido por sucesivas reconversiones que han producido un profundo empobrecimiento del sector.

En definitiva, las tendencias de integración y simplificación de la estructura del nivel contributivo constituyen hoy día un proceso lento y abierto sin un horizonte temporal que lo acelere<sup>70</sup>, pero sin duda es un objetivo irrenunciable. En este sentido, la «Propuesta de medidas de reforma de la Seguridad Social» (noviembre 2005) incluye en el apartado IV una serie de medidas de reformas de la estructura del sistema que profundiza en el citado proceso. Entre éstas destaca la referencia al Régimen Especial de los Empleados de Hogar que, según las mencionadas propuestas de reforma, deberá integrarse en el Régimen General, previéndose un período transitorio que queda sin definir. Además y conforme con los acuerdos alcanzados con las Organizaciones Profesionales Agrarias, se integrarán en el Régimen

<sup>69</sup> El Informe alude al «establecimiento de periodos graduales de integración» siendo el instrumento elegido para llevar a cabo la misma la progresiva equiparación de Regímenes

<sup>70</sup> BARRIOS BAUDOR, G.L. «La revisión del Pacto de Toledo» *TL* núm. 73-2004, pág. 154.



Especial de Trabajadores Autónomos a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, estableciendo un sistema especial de cotización a favor de los trabajadores agrarios por cuenta propia titulares de explotaciones familiares o que trabajen en las mismas.





# LA FUNCIONALIDAD PREVENTIVA DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

FRANCISCO LOZANO LARES

*Profesor TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Málaga

## EXTRACTO

Con la aprobación del Real Decreto 688/2005, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas como servicio de prevención ajeno, se intentó poner fin a la situación de indeterminación jurídica generada tras la atribución a estas entidades por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en cuanto a su actuación como servicios de prevención para las empresas a ellas asociadas.

Ya con anterioridad a 1995 las Mutuas venían ofreciendo servicios preventivos a sus empresarios asociados en el marco de su actuación en el campo del aseguramiento de las contingencias profesionales, por lo que, de inmediato, quedó planteado el problema de cómo diferenciar esta tradicional actividad preventiva, financiada con fondos públicos y encuadrada en el ámbito de la Seguridad Social como complemento de las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, de su nueva funcionalidad como servicios de prevención, actuación típicamente mercantil en la que, además, entrarían en competencia directa con las entidades acreditadas como servicios de prevención.

Después de una década de actuación en una especie de limbo jurídico que les ha permitido dominar el mercado de la prevención de riesgos laborales y como consecuencia de un durísimo informe del Tribunal de Cuentas en el que se denunciaban numerosas irregularidades tanto por parte de la Administración de Seguridad Social como de las propias Mutuas, el RD 688/2005 ha intentado poner coto a dicha situación, imponiendo la segregación absoluta de actividades, de modo que su actuación como servicios de prevención se efectúe bien a través de la constitución de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, denominada Sociedad de Prevención, bien a través de una organización específica de medios preventivos dentro de la propia Mutua, netamente diferenciada de su actuación como entidad colaboradora de la Seguridad Social.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA EVOLUCIÓN DE LA LABOR PREVENTIVA DE LAS MATEPSS
  - 2.1. El origen de la funcionalidad preventiva de las *Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo*
  - 2.2. La funcionalidad preventiva de las Mutuas en el marco de la LPRL
3. LA DOBLE FUNCIONALIDAD PREVENTIVA DE LAS MUTUAS: LA CRÓNICA DE UN FRACASO ANUNCIADO
4. LA ACTUACIÓN DE LAS MUTUAS COMO SERVICIOS DE PREVENCIÓN
  - 4.1. Las Sociedades de Prevención de las Mutuas
  - 4.2. La organización específica e independiente de medios preventivos
  - 4.3. El cese en la actividad como servicio de prevención
5. LA FUNCIONALIDAD PREVENTIVA DE LAS MUTUAS EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
6. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Al margen de la acción promocional, propagandística, que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales la Seguridad Social (MATEPSS) hacen de sí mismas, no resulta extraño encontrar afirmaciones en las que la propia doctrina laboralista alude al carácter «integral» de las tareas realizadas por dichas entidades en materia de gestión de las contingencias profesionales, puesto que a su través «se abonan prestaciones económicas, se da una atención sanitaria a los accidentados, se ofrece medicina preventiva, se brinda rehabilitación física y profesional y se dispensan prestaciones genéricas prevencionistas»<sup>1</sup>. Con ese apelativo de «integral» se estaría aludiendo, pues, a la doble labor preventiva y reparadora que en materia de siniestralidad laboral vienen cumpliendo las Mutuas. Ahora bien, aun siendo ello cierto, conviene advertir no obstante que el objetivo esencial de dichas entidades, la razón última, en definitiva, por la que varios empresarios deciden constituir y asociarse a una Mutua, no es, precisamente, la de ofrecer un tratamiento integral de las contingencias profesionales sino la de hacer menos gravoso el coste de los accidentes de trabajo acaecidos a los trabajadores de las empresas asociadas. La verdadera finalidad de las Mutuas no es otra, por tanto, que la de actuar como fórmula de

<sup>1</sup> SÁNCHEZ FIERRO, J.: «Mutuas de Accidentes de Trabajo: aportación presente y futura a la Prevención de Riesgos Laborales», *Tribuna Social* núm. 73, CISS, Valencia, 1997. Pág. 27. En el mismo sentido, entre otros, BLASCO LAHOZ, J. F.: «La actuación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en el desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales», *AL* núm. 29, 14-20 julio 1997, pág. 752, y CRUZ VILLALÓN, J.: «El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal», *RL* núm. 4, 1996, pág. 349.



aseguramiento, en régimen mancomunado, de la responsabilidad económica que sobre los empresarios asociados recaería a consecuencia de la actualización del riesgo de accidente de trabajo, responsabilidad cifrada en el abono de las prestaciones indemnizatorias que procedan al obrero accidentado o a sus causahabientes en caso de muerte.

Se trata de un hecho que suele quedar soterrado cuando se habla de las Mutuas pero que no puede ser minimizado por otro tipo de consideraciones porque eso explica, por ejemplo, que la funcionalidad preventiva de las mismas no fuera una de sus primigenias señas de identidad, sino una función colateral, añadida, impuesta por los poderes públicos a raíz de la incardinación del mutualismo patronal en el aparato administrativo de la Seguridad Social. Y es que debe tenerse en cuenta, a este respecto, que el tratamiento integral de la siniestralidad laboral, con sus dos vertientes preventiva y reparadora, no es un invento del mutualismo patronal sino que su origen se encuentra en la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963, a cuyo amparo se creó un *Servicio Social de Seguridad e Higiene del Trabajo* que habría de ser dispensado, en calidad de prestación complementaria del sistema de protección social, por las entidades gestoras del mismo, incluyendo entre ellas las entonces denominadas *Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo*, entidades asociativas empresariales que habían venido operando en el ramo del seguro de accidentes de trabajo y que sobrevivieron a la reordenación del sistema de protección social efectuado por dicha Ley de Bases. Es por ello que, a la postre, la presunta gestión integral que en materia de contingencias profesionales se exigió al mutualismo patronal por su integración en el nuevo sistema de Seguridad Social recién instaurado en 1963, nació con cierto desequilibrio porque la actividad de las Mutuas giró, casi de forma exclusiva, como no podía ser de otro modo, sobre aquella vertiente del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral, la reparadora, que constituía su propia razón de ser, quedando la vertiente preventiva del tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral en un secundísimo plano, hasta el punto de poder ser calificada su actuación en este ámbito como una mera «incurción marginal»<sup>2</sup>.

La prueba más evidente de ese desequilibrio funcional se encuentra en el desigual resultado obtenido por el mutualismo patronal en los dos campos de actuación en los que opera a efectos de gestión de las contingencias profesionales, pues mientras que su labor reparadora, de tan problemática constitucionalidad<sup>3</sup>, puede ser considerada, en términos de eficiencia eco-

<sup>2</sup> GARCÍA MURCIA, J. «El papel de las Mutuas en la prevención de riesgos laborales» *Tribuna Social* núm. 100, CISS, Valencia, abril 1999, pág. 36.

<sup>3</sup> La contradictoria convivencia del mutualismo patronal con lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución de 1978 fue apuntada por varios autores a lo largo de la década de 1980,

nómica, como bastante satisfactoria, en el ámbito preventivo, en cambio, que debiera ser el campo legítimo de actuación de las Mutuas, su intervención ha de ser calificada como realmente inapreciable si tenemos en cuenta que el mayor o menor esfuerzo desplegado hasta hoy por las mismas no ha contribuido ni un ápice al descenso de esa lacra social que representa la existencia en nuestro sistema de relaciones laborales de una cifra que año tras año supera los mil trabajadores fallecidos en accidente de trabajo, por citar sólo el dato estadístico más sangrante. Y resulta cuando menos paradójico que sea en la vertiente reparadora del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad, ámbito en el que suplanta la actuación de las entidades gestoras de la Seguridad Social, donde la gestión de las Mutuas venga dando sus mejores resultados.

Pero con independencia de ello, también resulta innegable que el desigual tratamiento ofrecido a los dos vertientes, preventiva y reparadora, de la gestión de las contingencias profesionales, no es un problema exclusivo del mutualismo patronal sino que es achacable al conjunto del entramado jurídico e institucional del sistema español de relaciones laborales, profundamente desequilibrado en sí mismo desde su origen, lo que fue compensado, en el plano jurídico, con la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), norma que, pese a no tener «virtudes taumatúrgicas»<sup>4</sup>, sí que vino a representar, al menos, una reorientación sumamente trascendental del tratamiento jurídico de la vertiente preventiva de la siniestralidad laboral. Eso cabe deducir de su apuesta por la completa contractualización del deber de prevención de riesgos laborales, siempre que ello conduzca, como debiera, a la paulatina sustitución de la que hasta el momento ha venido siendo la base jurídica de la gestión integral de la siniestralidad laboral: la doctrina del riesgo profesional, tesis basada en el expediente técnico-jurídico de la responsabilidad objetiva del empresario en materia de reparación de las contingencias profesionales y que, pese a su aparente disolución en el marco de un sistema público de Seguridad Social como el nuestro, sigue constituyendo el motor que impulsa la actuación del mutualismo patronal.

Sea como fuere, lo cierto es que la aparición de la LPRL ya está suponiendo, como consecuencia de las nuevas atribuciones funcionales que efec-

---

pero tras el reforzamiento del control público de las Mutuas efectuada por la disposición adicional decimocuarta de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, la doctrina tendió a olvidarse de un asunto que, a nuestro juicio, sigue presentando aspectos sumamente problemáticos. Sobre todo ello, *vid.* LOZANO LARES, F.: «El mutualismo patronal en la encrucijada. De la doctrina del riesgo profesional a la debida prevención de los riesgos laborales», *Monografía de Temas Laborales*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2002.

<sup>4</sup> SÁNCHEZ FIERRO J. Obra cit. Pág. 25.



túa en favor de las Mutuas, «una importante reorientación de la actividad típica y tradicional de dichas entidades mutualistas»<sup>5</sup>, por lo que pasamos ya a analizar, sin más dilación, la evolución y el estado actual de la funcionalidad preventiva del mutualismo patronal en el marco del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral.

## 2. LA EVOLUCIÓN DE LA LABOR PREVENTIVA DE LAS MATEPSS

### 2.1. El origen de la funcionalidad preventiva de las *Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo*

A nadie se le oculta, desde luego, que la base legal de esa «reorientación» preventiva del mutualismo patronal se encuentra en el art. 32 LPRL, donde se concedió a las Mutuas la posibilidad de «desarrollar para las empresas a ellas asociadas las funciones correspondientes a los servicios de prevención». Ahora bien, pese a su trascendencia, esa previsión del art. 32 LPRL no fue una «innovación absoluta»<sup>6</sup>, puesto que la atribución al mutualismo patronal de actividades preventivas se remonta a su ya lejana reglamentación de los años sesenta, aprobada por Decreto 1563/1967, de 6 de julio, cuyo art. 8.2 contemplaba la posibilidad de constituir instalaciones y servicios para la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Difícilmente podía afirmarse entonces que el ordenamiento jurídico impusiera a las *Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo* unas obligaciones preventivas verdaderamente significativas, puesto que las mismas se reducían a dos tipos de aportaciones económicas establecidas por el Decreto 907/1966, de 21 de abril, que venía a desarrollar la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963. Así, las Mutuas tenían, por una parte, la obligación de efectuar una *contribución a los servicios de prevención, recuperación y demás fijados en la presente Ley a favor de las víctimas de aquellas contingencias (profesionales) y sus beneficiarios*<sup>7</sup>, lo que implicaba un mero deber de contribución al sostenimiento económico de los Servicios Sociales de Seguridad Social que acabaran creándose; y, por otra parte, también tenían el deber de adscribir, *a los fines generales de prevención y rehabilitación*, el 80 % de los denominados *extornos* o excesos de excedentes de ges-

<sup>5</sup> GARCÍA MURCIA, J. Obra cit. Pág. 36.

<sup>6</sup> GARCÍA MURCIA, J. Obra cit. Pág. 36.

<sup>7</sup> Art. 202. 2 c) del Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobaba el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social.

ción<sup>8</sup>, lo que implicaba la necesidad de constituir unos fondos propios, de carácter finalista, sobre los que las *Mutuas Patronales* tenían una capacidad de disposición muy limitada, puesto que, a tenor de lo dispuesto a nivel reglamentario, sólo podían retener su importe cuando las mismas hubieran decidido constituir, por sí solas o en común, sus propios servicios de prevención y rehabilitación, debiendo ingresar las cantidades correspondientes, en caso contrario, en «*el Banco de España y en cuenta especial a disposición del Ministerio de Trabajo*»<sup>9</sup>.

Ningún otro tipo de responsabilidad preventiva recaería entonces sobre las *Mutuas Patronales*, que venían a quedar configuradas así, dentro del nuevo sistema de Seguridad Social, como lo que siempre habían sido, unas entidades aseguradoras privadas, legalmente habilitadas para gestionar el aseguramiento de las contingencias profesionales, y que a partir de 1967 contarían, eso sí, con la posibilidad, absolutamente voluntaria, de establecer sus propias *instalaciones y servicios para la rehabilitación profesional, así como para la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, siempre que unos y otros hubieran sido aprobados por la *Dirección General de Previsión*<sup>10</sup>. Posibilidad que, por lo demás, sería utilizada con fines espurios por muchas *Mutuas Patronales* durante sus primeros años de existencia, puesto que la creación de dichos centros no fue concebida como una parte esencial de la estrategia preventiva del mutualismo patronal sino como un medio para dar salida al 80 % de los extornos depositados en la cuenta especial que el *Ministerio de Trabajo* tenía a su disposición en el Banco de España afectos a los fines generales de prevención y rehabilitación.

Esa regulación no variaría sustancialmente con ninguna de las sucesivas reformas del marco jurídico de la Seguridad Social, de ahí que dichas previsiones aún puedan verse en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el vigente Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS)<sup>11</sup>. Pese a ello, es de justicia reconocer que la actitud de las *Mutuas Patronales* sí que cambiaría tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y a lo largo de las décadas de 1980 y 1990, como quedaría constatado por el montante económico que las mismas dedicaron al *Servicio de Higiene y Seguridad en el Trabajo*, que alcanzaría en el ejercicio de 1986, por ejemplo, la nada despreciable cifra de 2.152 millones de

<sup>8</sup> O sea, los excedentes de gestión anuales obtenidos una vez cubiertas las reservas reglamentarias. Art. 207 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobaba el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social.

<sup>9</sup> Art. 28. 2.º a) D. 1563/67.

<sup>10</sup> Art. 8. 2 D. 1563/67.

<sup>11</sup> Arts. 68.2.c) y 73 de la vigente LGSS.



pesetas<sup>12</sup>. Asimismo, el proceso de concentración que el mutualismo experimentó a partir de la segunda mitad de la década de 1980 también contribuyó a reforzar la capacidad operativa de las Mutuas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales<sup>13</sup>. A todo ello hay que añadir, asimismo, que en virtud de esa «espontaneidad» que caracterizó su inicial intervención en el ámbito preventivo<sup>14</sup>, el mutualismo patronal fue pionero en el desarrollo y divulgación de muchas de las técnicas de prevención más acreditadas, como sucedió por ejemplo con la Ergonomía, cuya introducción en nuestro país puede considerarse como un mérito añadido a su *currículum* prevencionista.

Puede afirmarse, pues, sin caer en una excesiva profesión de fe mutualista, que en la fecha de promulgación de la LPRL las Mutuas contaban con la suficiente dotación y capacitación como para asumir todo tipo de tareas preventivas, de ahí que llegara a afirmarse que con la habilitación establecida por la LPRL en favor de las Mutuas venía a confirmarse «el papel protagonista» que a éstas correspondía «en la lucha contra la siniestralidad laboral, valorándose como corresponde la experiencia que desde hace años vienen acumulando en este terreno»<sup>15</sup>.

## 2.2. La funcionalidad preventiva de las Mutuas en el marco de la LPRL

Mas con independencia de los augurios mas o menos favorables que en su momento se hicieron sobre la trascendencia que para el futuro de las

<sup>12</sup> Cantidad que fue destinada a la organización de cursillos de prevención de accidentes, servicios de asesoramiento a empresas asociadas y trabajadores protegidos, investigación de la etiología de los accidentes acaecidos y realización de estudios de siniestralidad laboral. Por lo que respecta al Capítulo de Medicina Preventiva y Social, se llegaría a la cifra de 3.035 millones de pesetas, quedando constancia de la existencia de 467 Centros con servicios de recuperación, rehabilitación o prevención. Fuente: Memoria Económica-Financiera de las Mutuas Patronales. 1986. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En cualquier caso, tampoco conviene magnificar esas cifras porque las mismas no representaban, en términos porcentuales, más que el 1'57 % del total de los gastos derivados de la gestión llevada a cabo por las Mutuas en materia de contingencias profesionales. Coste que no ha dejado de crecer durante los últimos años, como pone de manifiesto, por ejemplo, la comparación entre los cuatrocientos mil millones de pesetas imputables a la gestión de las contingencias profesionales durante el año 1994 con los más de 5.300 millones de euros del año 2002 (siempre según los datos de la última Memoria Económica Financiera y de Gestión de las Mutuas de AT y EP, publicada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

<sup>13</sup> De ahí que en el ejercicio de 1994, por poner otro ejemplo significativo, las mismas pudieran acreditar un total de 192.628 participaciones en actividades formativas, 13.338 cursos organizados, 165.433 visitas a centros de trabajo, 72.194 encuestas y 85.419 estudios de siniestralidad laboral. Fuente: Balance Social y Memoria Económica Financiera de las Mutuas Patronales. 1994. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>14</sup> Sobre el carácter espontáneo de la actuación de las Mutuas en el campo de la prevención de riesgos laborales, MARTÍN SERRANO, A. y COLMENAR LUÍS, J. Obra cit. Pág. 255.

<sup>15</sup> SÁNCHEZ FIERRO, J. Obra cit. Pág. 26.

Mutuas tendría la entrada en vigor de la LPRL, resultaba evidente *ab initio* que dicha norma no se había molestado en establecer una regulación clara y exhaustiva de la funcionalidad preventiva del mutualismo patronal, sino que más bien cabe afirmar lo contrario, puesto que la LPRL se limitó a establecer unas escuetas previsiones que dejaban en el aire un sinnúmero de dudas, confusamente despejadas por sucesivas disposiciones reglamentarias, sobre el verdadero papel que se atribuía a las Mutuas en materia preventiva.

Para empezar, la LPRL no hizo más que posibilitar, a través de su art. 32, la intervención de las Mutuas en el desarrollo, «para las empresas a ellas asociadas», de las «funciones correspondientes a los servicios de prevención», siempre que dichas entidades empresariales se ajustaran a lo dispuesto en el art. 31.5 de la propia LPRL, donde se exigía a dichos servicios de prevención la necesidad, para poder actuar como tales, de contar con una «acreditación» de la Administración Laboral en la que se dejara constancia del cumplimiento de los requisitos reglamentariamente establecidos, así como la necesidad de obtener una «aprobación» previa de la Administración Sanitaria competente de la que se dedujera el cumplimiento de los requisitos que reglamentariamente se establecieran «en cuanto a los aspectos de carácter sanitario». Junto a ello, el art. 32 LPRL también aprovechó la ocasión para indicar que los representantes de los empresarios y de los trabajadores tendrían derecho a participar en el control y seguimiento de la gestión desarrollada por las Mutuas en materia preventiva «conforme a lo previsto en el artículo 39, cinco, de la Ley 42/94, de 20 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social».

Dicho precepto de la Ley 42/94 se limitaba a ordenar, a su vez, la creación de una Comisión de Seguimiento y Control de las Mutuas, por lo que, salvo en lo tocante a ese extremo, posteriormente desarrollado por la Orden de 2 agosto de 1995<sup>16</sup>, el resto de las previsiones del art. 32 LPRL quedaron al albur de una futura reglamentación de los servicios de prevención sin que quedara nada claro si la actuación de las Mutuas como servicios de prevención sería compatible con las actividades preventivas que ya venían desarrollando en el marco del aseguramiento de las contingencias profesionales en virtud de lo dispuesto en la normativa de Seguridad Social. Es más,

<sup>16</sup> Un buen análisis sobre la composición, competencias y funcionamiento de estas Comisiones de Control y Seguimiento de las Mutuas en PANIZO ROBLES, J. A.: «Los órganos de gobierno y participación de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social», *Tribuna Social*, CISS, Valencia, abril, 1999, págs. 59 a 61. Desde la órbita sindical se advirtió que su creación «pretendía responder a la demanda sindical de participación paritaria en la gestión de las Mutuas, que finalmente quedó en un tímido paso que nosotros valoramos positivo pero muy insuficiente», RODRIGO CENCILLO, F.: «El nuevo papel de las Mutuas», *Colección Bártulos*, CC.OO, Valencia, 1998, pág. 16.

ni siquiera llegó a especificarse el tipo de servicios de prevención, propios o ajenos, según la terminología del art. 31 LPRL, que podrían constituir las Mutuas.

Eso sí, dado que éstas ya contaban con instalaciones y servicios preventivos y con fondos afectos a tal fin, procedentes del 80% de los extornos generados desde el 1 de enero de 1967<sup>17</sup>, la LPRL si que se ocuparía, con cierta precipitación por cierto, de buscar una fuente de financiación inicial para la implementación de esta nueva función del mutualismo patronal, destinando a tal efecto, en la cuantía que se determinara a nivel reglamentario, los «recursos del Fondo de Prevención y Rehabilitación procedentes del exceso de excedentes de la gestión realizada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social»<sup>18</sup>, fondo creado originariamente por la Ley de Seguridad Social de 1966 y que ahora aparecía contemplado, *mutatis mutandi*, en el art. 73 de la vigente LGSS de 1994. Asimismo, la LPRL también se ocupó de habilitar la inmediata actuación de las Mutuas como servicios de prevención eliminando transitoriamente, hasta que se aprobara el reglamento regulador de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, la necesidad de la doble acreditación, laboral y sanitaria, exigida con carácter general por el art. 31.5 LPRL<sup>19</sup>.

La simultánea aparición, por RD 1993/95, de 7 de diciembre, del nuevo Reglamento General sobre Colaboración de las Mutuas en la Gestión de la Seguridad Social (RCM), hizo imposible una pronta aclaración de todos estos aspectos oscuros de la LPRL, puesto que esta nueva reglamentación del mutualismo patronal no pudo hacer referencia alguna a la actuación de las Mutuas como servicios de prevención, limitándose a reproducir en su art. 13 la ya clásica previsión relativa a la posibilidad de *establecer instalaciones y servicios para la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales*, posibilidad que, en función de su contexto histórico y de una interpretación sistemática del propio RCM, se había de entender referida necesariamente a las actividades preventivas que las Mutuas ya venían realizando en el marco del aseguramiento social de las contingencias profesionales. Actividad preventiva tradicional que sería financiada, como también venía siendo habitual, con un porcentaje de las cuotas recaudadas por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) en concepto

<sup>17</sup> Fecha de entrada en vigor de las previsiones del reglamento de 1967 relativas a la necesidad de constituir un Fondo de Prevención y Rehabilitación con el 80 % del exceso de excedentes de gestión.

<sup>18</sup> Disposición Adicional 12.ª LPRL.

<sup>19</sup> Disposición Transitoria 2.ª LPRL, donde se decía que «*en tanto se aprueba el Reglamento regulador de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, se entenderá que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social cumplen el requisito previsto en el art. 35.1 de la presente Ley*».

de primas por accidente de trabajo, tal como se preveía en el art. 7 b) RCM, donde se especificaba que uno de los gastos a repartir entre los empresarios asociados a la Mutua, en el marco de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social, era el relativo al «coste de los servicios para la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a que se refiere el artículo 13 de este Reglamento».

Conviene advertir, no obstante, que los problemas interpretativos suscitados por los numerosos vacíos legales que en esta materia dejaba la LPRL, estribaban no tanto en la necesidad de su pertinente desarrollo reglamentario, sino, sobre todo, en la existencia de aquella habilitación legal de carácter transitorio que posibilitaba la intervención de unas entidades empresariales, integradas en el organigrama funcional del sistema de Seguridad Social, en un terreno donde habrían de competir con otras entidades privadas con ánimo de lucro que también buscarían la forma de hacerse un hueco en el mercado de la gestión de la prevención de riesgos laborales.

Contemplado desde una perspectiva puramente economicista, las Mutuas partían, pues, con la doble ventaja de esa singular atribución legal y con la nada desdeñable dotación, adquirida con fondos públicos, de medios humanos y técnicos lo suficientemente preparados como para empezar a dominar sin dilación alguna el mercado de la prevención, lo que contrariaba palmariamente el principio de la libre competencia, aspecto sobre el que pronto lanzarían sus andanadas las empresas privadas de prevención. Mas con independencia de esa guerra larvada por controlar el mercado de la prevención, la pronta habilitación de las Mutuas como servicios de prevención ajenos dejaba planteado un problema mucho más grave aún si el asunto era contemplado desde una óptica *iuspublicista*, puesto que, conviene insistir en ello, toda esa dotación de medios preventivos puestos a disposición de las Mutuas no habían sido obtenidos con fondos pertenecientes al patrimonio privativo de las mismas o de sus empresarios asociados sino con primas por accidente de trabajo. Activos que, pese a su equívoca denominación de primas, no dejaban de ser verdaderas cotizaciones sociales, plenamente integradas en el patrimonio de la Seguridad Social y afectas por imperativo legal a unos determinados fines relacionados con la gestión aseguradora que en materia de contingencias profesionales se había encomendado desde antiguo al mutualismo patronal. O sea, que la LPRL estaba posibilitando, con sus prisas por hacerse valer, que determinados bienes y servicios obtenidos con fondos públicos pudieran ser utilizados para satisfacer intereses puramente mercantilistas.

Para intentar salir al paso de esa incómoda situación, la *Subdirección General de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social* tuvo que dictar una Resolución de fecha 16 de febrero de 1996 con la que se intentó cubrir «el vacío normativo existente sobre la actuación de las MATEPSS en

materia de prevención laboral, como consecuencia de la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la LPRL»<sup>20</sup>. A tal efecto, dicha Resolución recordaría a las Mutuas que las instalaciones y servicios preventivos creados al amparo de la reglamentación del mutualismo patronal [arts. 7 b) y 13 RCM] tendrían que orientarse hacia *actividades de tipo genérico*, sin que su desarrollo pudiera incluir *la vigilancia y control de la salud de los trabajadores*, ni aquellas otras funciones que se encontraban comprendidas entre las que específicamente correspondía asumir a los servicios de prevención previstos en el art. 33 de la LPRL. Asimismo, también se estableció expresamente que las Mutuas que fueran a realizar funciones propias de los servicios de prevención tendrían que suscribir con sus empresarios asociados un *concierto* en el que se especificaran claramente los derechos y obligaciones de cada parte, la vigencia del mismo y *la forma y condiciones de pago por dichos servicios*, con lo que se venía a dejar claro que la actuación de las Mutuas como servicios de prevención era opcional, de carácter privado y cuya financiación tendría que ser soportada por los empresarios asociados con fondos propios.

De ese modo, cuando vino a publicarse el RD 39/1997, de 17 de enero, que daba vida al Reglamento de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales (RSP), el principal problema generado por la actuación de las Mutuas como servicios de prevención estaba ya prácticamente en vías de solución, de ahí que el RSP apenas si dedicara espacio, como ya hiciera la propia LPRL, a la regulación de la actuación de las Mutuas como servicios de prevención, limitándose a precisar en su art. 22 que dicha intervención se desarrollaría en las mismas condiciones que las aplicables a los servicios de prevención ajenos, lo que resolvía la segunda de las dudas interpretativas planteadas por la escueta regulación de la LPRL y regularizaba el mercado de la prevención de riesgos laborales en la medida en que, a partir de entonces, también empezaría a exigirse a las Mutuas los mismos requisitos de acreditación establecidos por los artículos 23 a 27 del propio RSP a todas las entidades que decidieran actuar como servicios de prevención<sup>21</sup>.

Tras esa igualación a nivel burocrático entre las Mutuas y las demás «entidades especializadas» que pretendieran acreditarse como servicios de prevención ajenos, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales aprobaría la Orden de 22 de abril de 1997, por la que se regulaba el régimen de funcionamiento de las Mutuas «en el desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales»<sup>22</sup>, y que tenía como principal objetivo la diferenciación

<sup>20</sup> BLASCO LAHOZ, J. F. «La actuación de las Mutuas...» cit. pág. 755, nota 9.

<sup>21</sup> Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> RSP.

<sup>22</sup> Norma dictada, *a priori*, con carácter provisional, como indicaba su propio Preámbulo, pero que ha resistido el paso del tiempo puesto que aún sigue vigente a fecha de hoy.

entre su intervención preventiva en el marco de la cobertura de las contingencias profesionales (Capítulo II) y su actuación en calidad de servicios de prevención ajenos (Capítulo III), desdoblamiento funcional que dicha Orden se encargaría de precisar con todo detalle pero con muy escaso éxito como ahora veremos.

Esta sucesión de disposiciones de tan diverso rango obligaría al legislador a modificar la redacción originaria del art. 68 de la vigente LGSS con el objetivo de dejar constancia de la doble funcionalidad preventiva que las Mutuas habrían de asumir a raíz de la entrada en vigor de la LPRL, lo que sería efectuado por Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. En tan inadecuada sede normativa se intentó dejar claro que las actividades a desarrollar por las Mutuas como servicio de prevención ajeno (o mejor, externo) se regiría «por lo dispuesto en la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales, y en sus normas reglamentarias de desarrollo»<sup>23</sup>, mientras que su funcionalidad preventiva en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social formaría parte del conjunto de prestaciones integradas en la colaboración en la gestión de las contingencias profesionales, de ahí que las Mutuas hubieran de seguir asumiendo en este ámbito el ya tradicional «coste de los servicios y actividades preventivas relacionadas con las prestaciones previstas en este número, así como la contribución a los servicios de prevención, recuperación y demás previstos en la presente Ley, a favor de las víctimas de aquellas contingencias (las de origen profesional) y de sus beneficiarios»<sup>24</sup>.

Esta modificación legal dejó aún mas en evidencia la precariedad del art. 13 RCM, donde, como ya dijimos, no se aludía a la actuación de las Mutuas como servicios de prevención. Descoordinación normativa que intentó ser corregida, sin demasiado entusiasmo, con la publicación de RD 428/2004, de 12 de marzo, por el que se vino a modificar el RCM para atribuir al mutualismo patronal la posibilidad de gestionar las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos<sup>25</sup>, así como para atribuir un mayor grado de vinculabilidad al informe de los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas o, en su caso, del INSHT, informe que era meramente preceptivo a tenor de lo dispuesto en el art. 25.2 RSP. Pero más allá de ese aspecto menor de los requisitos de acreditación de las Mutuas, lo cierto fue que con esa modificación del art. 13 RCM no se corrigió la problemática de la doble funcionalidad preventiva del mutualis-

<sup>23</sup> Segundo inciso del art. 68.2.b) LGSS.

<sup>24</sup> Art. 68.3.c) LGSS, en concordancia con el primer inciso del art. 68.2.b) LGSS.

<sup>25</sup> Tal como preveía la disposición adicional trigesimocuarta de la LGSS, añadida por Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.



mo patronal ni se dio respuesta alguna a las ya acuciantes demandas de las asociaciones de entidades de prevención acreditadas que venían denunciando de forma sistemática la competencia desleal que para sus asociados representaba la actuación de las Mutuas en el mercado de la prevención de riesgos laborales<sup>26</sup>, cuestión sobre la que incluso llegó a pronunciarse tempranamente el propio Tribunal de Cuentas en su Informe Anual sobre la gestión del Sector Público Estatal correspondiente el ejercicio 1998<sup>27</sup>.

### 3. LA DOBLE FUNCIONALIDAD PREVENTIVA DE LAS MUTUAS: LA CRÓNICA DE UN FRACASO ANUNCIADO

Resulta evidente, como se deduce de la evolución normativa analizada, que el principal problema que la actuación preventiva de las Mutuas dejó planteado desde la entrada en vigor de la LPRL no fue otro que el de la debida separación entre su tradicional funcionalidad preventiva en el marco de la Seguridad Social y su nueva operatividad como servicio de prevención ajeno. Y a nadie se le escapa, desde luego, que la Orden de 22 de abril de 1997 había nacido con la única finalidad de trazar una separación entre las dos posibles actividades preventivas que las Mutuas podían realizar como consecuencia tanto de su añeja incardinación en el aparato administrativo de la Seguridad Social como de las nuevas atribuciones funcionales otorgadas desde 1995 por la LPRL, de ahí que, en función de la distinta naturaleza gestora de ambas actividades, cuasipública la primera, netamente privada la segunda, la norma se empeñara en advertir, ya desde su primer artículo, que las Mutuas ostentaban *una única naturaleza y personalidad jurídica*.

En el fondo de ese esfuerzo diferenciador se encontraba, como no podía ser de otro modo, la necesidad, a la que ya se enfrentó la Resolución de 16 de febrero de 1996, de impedir la financiación pública de la actuación de las Mutuas como servicios de prevención, pero por más empeño que la Orden de 22 de abril de 1997 pusiera en resolver el problema, lo cierto es

<sup>26</sup> Hay que tener en cuenta que por esas fechas ya venían funcionando tanto la Asociación Nacional de Entidades Preventivas Acreditadas (ANEPA), constituida en 1998, como la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos (ASPA), que junto a otras muchas asociaciones autonómicas acabarían constituyendo en noviembre de 2005 la Federación ASPA de Servicios de Prevención Ajenos.

<sup>27</sup> Informe aprobado en sede parlamentaria por Resolución de 22 de mayo de 2001 de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas (BOE de 29 de agosto de 2001), donde ya se advertía sobre la existencia de «hechos presuntamente constitutivos de prácticas restrictivas de la competencia y de abuso de posición dominante de los previstos en la Ley de defensa de la Competencia y en la Ley de Competencia Desleal, realizados por las Mutuas en detrimento de las empresas especializadas en prevención de riesgos laborales».

que se trataba de un esfuerzo técnicamente baldío. Hay que tener en cuenta, para empezar, que pese a la delimitación de tareas efectuada por dicha norma para diferenciar las dos funciones preventivas del mutualismo patronal, el entrecruzamiento entre ambas actividades era de todo punto inevitable en la medida en que se admitía la utilización indistinta de los medios humanos y materiales destinados a tal fin, de ahí que, a la postre, no hubiera forma material alguna de evitar que los ingresos por cuotas acabaran financiando la actuación lucrativa de las Mutuas cuando las mismas actuaran como servicios de prevención ajenos.

Bastaba poner en correlación el tipo de actividades «reservadas» a las Mutuas en su calidad de servicios de prevención y las actuaciones preventivas que las mismas podían realizar en el marco de la Seguridad Social, para llegar a la inmediata conclusión de que, salvo en el caso de la «vigilancia de la salud de los trabajadores», reservada en exclusiva para la actuación de las Mutuas como servicios de prevención ajenos<sup>28</sup>, y salvo en lo tocante a «las actividades de alcance general no dirigidas a empresas concretas, tales como estudios, encuestas y estadísticas de siniestralidad», integradas dentro de la actuación preventiva de las Mutuas en el ámbito del aseguramiento de las contingencias profesionales<sup>29</sup>, el resto de actividades preventivas enumeradas por la Orden de 22 de abril de 1997 eran virtualmente idénticas. A la postre, y ante la mas que patente imposibilidad de realizar con éxito material esa escisión entre actividad preventiva encuadrable en el marco de la Seguridad Social y actuación preventiva de carácter mercantil, el propio art. 6.2 de la Orden de 22 de abril de 1997 se encargó de establecer, como después veremos, que sería el tamaño de la empresa el principal criterio a seguir por las Mutuas a la hora de planificar su actuación preventiva en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social, sin entretenerse en delimitar el tipo de actuaciones preventivas a realizar con carácter preferente en dicho ámbito.

Nada podía objetarse, desde luego, a la política de encauzar hacia el ámbito de las PYMES la acción preventiva del mutualismo patronal en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social, pero con ello no se diluía el problema de la diferenciación material entre esta actuación preventiva, financiada con fondos públicos, y la actividad de las Mutuas como servicios de prevención, de finalidad lucrativa y financiable en teoría con fon-

<sup>28</sup> Arts. 1.b) y 7 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde se enumeraban las actividades preventivas que se atribuían en exclusiva a las Mutuas en su calidad de servicios de prevención ajenos.

<sup>29</sup> Arts. 1.a) y 5 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde se hacía referencia a las actuaciones preventivas que las Mutuas podían realizar «a favor de sus empresarios asociados» y en el marco de «la cobertura de las contingencias de de accidentes de trabajo y enfermedades de la Seguridad Social».



dos privados, de ahí que la propia Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a la hora de efectuar la planificación anual de actividades preventivas de Seguridad Social a desarrollar por las Mutuas, tuviera que establecer la prohibición expresa de incluir, *en modo alguno*, cualquiera de esas actividades entre las actuaciones a realizar por cada Mutua como servicio de prevención, vedándoles también la posibilidad de *facilitar información que induzca a considerar las mismas como parte integrante de las que son objeto del mencionado Servicio de Prevención Ajeno*.

Y si la diversificación de actividades preventivas, técnicamente baldía *ab initio*, acabó siendo una mera cuestión de diferenciación subjetiva de los potenciales destinatarios de la doble funcionalidad preventiva del mutualismo patronal, la separación de sus medios materiales y humanos también resultaba imposible *de facto*, de ahí que la propia Orden de 22 de abril de 1997 se contradijera a sí misma cuando, por un lado, exigía a las Mutuas que mantuvieran diferenciadas ambas actividades, pero al mismo tiempo les concedía la posibilidad de hacer uso en ambos casos tanto de los servicios e instalaciones a que se refería el originario art. 13 del RCM como de los recursos humanos dependientes de los mismos<sup>30</sup>.

Desde luego, si las Mutuas hubieran adscrito de forma exclusiva a algunos de sus técnicos e instalaciones preventivas a los servicios de prevención que se iban constituyendo, el problema de la separación de medios materiales y humanos habría quedado resuelto de un plumazo, pero en la medida en que ello hubiera implicado una infradotación de su operatividad como entidades colaboradoras de la Seguridad Social, habrían acabado contravieniendo lo dispuesto en el art. 10.3 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde se advertía que la utilización por parte del servicio de prevención de la Mutua *de medios dedicados a la gestión de las contingencias y prestaciones de la Seguridad Social*, no podrá ir *en detrimento de la misma*. De ahí que lo habitual fuese, como cabía imaginar, que tanto su personal como sus instalaciones materiales quedaran adscritos de forma simultánea a ambos tipos de actividades, puesto que en ese caso las Mutuas no tenían otra obligación que la de *imputar a las cuentas que soporten los gastos de las actividades como servicios de prevención, la cuantía equivalente al coste de su utilización en la proporción que resulte de la dedicación de los mismos a estas actividades*<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Art. 2 de la Orden de 22 de abril de 1997, en su primer y segundo párrafo respectivamente. Doble funcionalidad de los medios humanos y materiales que volvía a ser reiterada por el art. 10.1 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde se indicaba que las Mutuas podrían utilizar los profesionales y empleados dependientes de las mismas para *el desarrollo de las funciones como servicios de prevención*.

<sup>31</sup> Así se indicaba en los apartados 1 y 2 del art. 10 de la Orden de 22 de abril de 1997.

O sea, que cuando las Mutuas decidieran adscribir, como acabó sucediendo, sus dotaciones humanas y materiales a los servicios de prevención que hubieran constituido, habrían de imputar el coste de dicha utilización a las correspondientes cuentas de gastos de su patrimonio privativo, como por fin acabó aclarando una Resolución de 22 de diciembre de 1998 con la que se venía a desarrollar la determinación del importe que las Mutuas habrían de abonar a la Seguridad Social, en concepto de compensación, por la utilización de unos medios humanos y materiales que las mismas venían empleando desde antiguo para el desarrollo de actividades preventivas relacionadas con la gestión de las contingencias profesionales. De unos medios, conviene no olvidarlo, que habían sido adquiridos con fondos públicos y que el propio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales venía a privatizar parcialmente mediante su adscripción a los servicios de prevención constituidos por las Mutuas.

En cualquier caso, el objetivo perseguido por la citada Resolución de 22 de diciembre de 1998 difícilmente podía cumplirse con el sistema de compensación establecido. A tenor del mismo, el coste imputable a la utilización compartida de medios quedaba fijado en la mayor de las dos cantidades siguientes: a) el 85 % de los ingresos obtenidos por las Mutuas como servicios de prevención, o b) el cálculo, mediante unas complejísimas fórmulas matemáticas, del importe de los costes teóricos de dichos servicios de prevención. Al cabo de seis años, la propia Secretaría de Estado de la Seguridad Social tuvo que reconocer, en el preámbulo de la Resolución de 28 de diciembre de 2004, con la que se venía a establecer un sistema de compensación más acorde con el coste real de los servicios de prevención de las Mutuas, tanto la inviabilidad práctica de aquellas formulaciones matemáticas como «la improcedencia de la aplicación del primero de los criterios indicados» por el hecho de haber quedado suprimida, desde enero del año 2000, «la posibilidad de realizar reconocimientos médicos con cargo a cuotas de la Seguridad Social».

La inviabilidad e improcedencia del sistema de compensación utilizado por la Resolución de 22 de diciembre de 1998, así como el uso espurio por parte de las Mutuas de los medios «adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social para sus actividades como servicios de prevención», serían posteriormente denunciados por un informe del Tribunal de Cuentas de 26 de mayo de 2005 que venía a fiscalizar la actuación de las Mutuas durante el trienio 2001-2003<sup>32</sup>. En dicho informe, se puso en evi-

<sup>32</sup> Informe de Fiscalización de las actividades de colaboración en la gestión de la Seguridad Social de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales, durante los ejercicios 2001, 2002 y 2003, que fue aprobado en Pleno con fecha de 26 de mayo de 2005 (Informe núm. 672) y que puede verse en <http://www.tcu.es/default.htm>.

dencia, entre otras perlas, que la forma de contabilización establecida por la citada Resolución de 22 de diciembre de 1998 vulneraba los principios de especialidad cuantitativa y cualitativa de los créditos y contravenía los principios de presupuesto bruto y de no compensación establecidos por la Ley General Presupuestaria. Y lo más grave de todo era que ese sistema de compensación había provocado un menoscabo al patrimonio de la Seguridad Social en la medida en que, de acuerdo con las estimaciones de costes de las actividades preventivas de las Mutuas, «la Seguridad Social habría estado financiando parcialmente durante los tres ejercicios incluidos en el período objeto de fiscalización, las actividades preventivas de los Servicios de Prevención Ajenos de las Mutuas en un porcentaje que podría situarse en torno al 38 % del total de gastos imputables a esta actividad». Visto desde otro ángulo, ello vendría a significar que la aplicación del sistema de compensación establecido en 1998 por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social habría contribuido a generar «la existencia de un beneficio global para el patrimonio privativo de las Mutuas, próximo al 15 % de la facturación expedida por sus Servicios de Prevención Ajenos, antes de impuestos, de unos 74.986 miles de euros, para el conjunto del sector hasta 31 de diciembre de 2003».

Tampoco estuvo exenta de dificultades ni de adscripciones inadecuadas la separación de las fuentes de financiación de la doble actuación preventiva del mutualismo patronal, pues lo único que quedaba claro, *a sensu contrario*, del art. 12 de la Orden de 22 de abril de 1997, era que si bien la funcionalidad preventiva de las Mutuas en el ámbito del aseguramiento de las contingencias profesionales se nutriría exclusivamente con cuotas de la Seguridad Social, su operatividad como servicios de prevención, en cambio, contaría sin embargo con toda una amplia gama de fuentes de financiación en las que aparecían mezcladas, en un *totum revolutum* verdaderamente inverosímil, tanto partidas de naturaleza privada como fondos públicos. Y ello pese a la afirmación del art. 12.1 de la Orden de 22 de abril de 1997 en la que se exigía que los recursos económicos destinados a financiar la funcionalidad preventiva de las Mutuas como servicios de prevención ajenos fueran *distintos a las cuotas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*.

Si el listado de fuentes de financiación del art. 12 de la Orden de 22 de abril de 1997 era analizado con cierto detalle, lo que más llamaba la atención del mismo era que no se trataba en su mayor parte de ingresos directos y originarios, como ocurre, verbigracia, con las contraprestaciones obtenidas por los conciertos suscritos con los empresarios que solicitaran dichos servicios, sino de fuentes de financiación derivadas e indirectamente relacionadas con la gestión que realizaran las Mutuas como servicios de prevención. Así, de las partidas enumeradas por el art. 12.1 de la Orden de 22

de abril de 1997, tan sólo dos podían ser calificados como fuentes de financiación directas y originarias en sentido propio. A saber:

- 1.º) Las cantidades que se percibieran *por los conciertos suscritos con las empresas asociadas receptoras de los servicios de prevención*, ya actuaran éstos con carácter exclusivo o en colaboración con otros servicios de prevención, propios o ajenos, o con trabajadores designados para ocuparse de las actividades preventivas (art. 12.1.a). Conciertos en los que se haría constar *la contraprestación económica aplicable por la prestación de los servicios, así como la forma y condiciones de pago*, tal como exigía el art. 11 de la Orden de 22 de abril de 1997.
- 2.º) Las cantidades procedentes del Fondo de Prevención y Rehabilitación a que se refería la disposición adicional decimotercera de la LPRL, cuya cuantía sería *determinada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en función de las disponibilidades existentes en el mencionado Fondo y de las necesidades que deban ser atendidas por el mismo* (art. 12.1.b). Parte de ese fondo sería inicialmente atribuido a las Mutuas por expresa indicación de la disposición transitoria segunda de la propia Orden de 22 de abril de 1997, donde quedó estipulada la entrega a cada Mutua de la cantidad que resultara *de aplicar 500 pesetas por cada trabajador protegido por la Mutua el último día del año 1996*, lo que contribuyó sobremañera a la implementación de los proyectos que las Mutuas tuvieron que presentar para acreditarse como servicios de prevención.

O sea, que pese al carácter mercantil, lucrativo, de la operatividad de las Mutuas como servicios de prevención, una de sus principales vías originarias de financiación era, como se deduce de lo expuesto, de naturaleza pública, puesto que esa naturaleza tienen los ingresos procedentes del exceso de excedentes de gestión de las contingencias profesionales en la medida en que constituyen el sobrante anual de las cotizaciones de seguridad Social transferidas a las Mutuas por la TGSS en concepto de primas por accidentes de trabajo.

Y todo ello sazonado con la posibilidad de rentabilizar ese conjunto de ingresos, públicos y privados, mediante la utilización lucrativa del personal y de la infraestructura inmobiliaria que la Seguridad Social ponía a su servicio, de ahí que el propio art. 12.2 de la Orden de 22 de abril de 1997 tuviera que especificar encarecidamente que con los ingresos obtenidos por las Mutuas en calidad de servicios de prevención ajenos tenían que afrontar no sólo el coste que la actividad como tales servicios generasen (servicios contratados de terceros, adquisición de bienes y servicios, etc.), sino, ante todo, el gasto que para el erario público supusiera la utilización por parte de las Mutuas *de bienes y derechos integrantes del patrimonio de la Segu-*



*ridad Social por cualquier título*, así como del personal dedicado a esta actividad, ya fuere de forma exclusiva o no.

Una regulación tan precaria como la expuesta no podía sino generar problemas de toda índole, y ello no sólo porque dejaba el campo abierto a una más que previsible actuación desviada de las Mutuas sino, sobre todo, porque implicaba una confusión entre fondos públicos y privados absolutamente inadmisibles para el erario público. Así lo puso de manifiesto el informe del Tribunal de Cuentas de 26 de mayo de 2005, ya citado, que obtuvo al respecto dos conclusiones verdaderamente demoledoras tanto en relación con la posible vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia, ya denunciada por las asociaciones de servicios de prevención, como en materia de incumplimiento por parte de las Mutuas del marco normativo entonces vigente.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones citadas, el informe no podía ser más claro al advertir que la atribución legal «de una cantidad a fondo perdido, sin contraprestación alguna, con cargo al Fondo de Prevención y Rehabilitación de la Seguridad Social, a favor de los Servicios de Prevención Ajenos de las Mutuas, ha supuesto una ventaja competitiva de la que no han gozado las entidades privadas especializadas en el sector de la prevención de riesgos laborales». En virtud de esa previsión de la disposición adicional decimotercera de la LPRL, 18 de las 29 Mutuas existentes a comienzos del año 2005 recibieron unas ayudas públicas que ni siquiera fueron comunicadas a la Comisión Europea, lo que, siempre según el informe del Tribunal de Cuentas, «podría vulnerar la normativa comunitaria relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Derecho Administrativo Común y la Ley General de Subvenciones». Por otra parte, el informe del Tribunal de Cuentas también constataba que la realización por parte de las Mutuas, con cargo a fondos públicos de la Seguridad Social, de inversiones en instalaciones y equipamientos sanitarios y preventivos, les había permitido «colocar a sus Servicios de Prevención en condiciones ventajosas para desarrollar las funciones que les son propias, frente a las entidades privadas especializadas que no han podido disponer de instalaciones y equipamientos financiados con dinero público»<sup>33</sup>. Y lo más grave de todo ello era que ese conjunto de

<sup>33</sup> De hecho, en el informe del Tribunal de Cuentas queda constatado que las inversiones realizadas por las Mutuas con cargo al programa presupuestario de la Seguridad Social 34.36 «*Higiene y Seguridad en el Trabajo*», y dirigidas básicamente a las actividades preventivas de sus servicios de prevención, «se ha incrementado un 270 % en el ejercicio 2003, con respecto a 1998, año en el que se inician las actuaciones como Servicios de Prevención Ajenos de las Mutuas».

hechos constatados por el Tribunal de Cuentas no estaban «provocados por actuaciones unilaterales de las Mutuas», sino que se derivaban «del marco normativo instaurado por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su posterior desarrollo reglamentario», lo que llevó al Tribunal de Cuentas a aconsejar la reforma, al menos, de esa regulación reglamentaria.

Y por si no bastaba con las «deficiencias» detectadas en el marco normativo entonces vigente, el Tribunal de Cuentas vino a demostrar además el incumplimiento sistemático por parte de las Mutuas de dicho marco normativo. Muy resumidamente, las principales irregularidades fueron observadas en los siguientes puntos:

- 1.º) Incumplimiento del modelo de compensación de costes establecido por la utilización conjunta de recursos materiales y humanos de la Seguridad Social que, una vez recalculado por el propio Tribunal de Cuentas, podrían suponer «una compensación indebida, por defecto, a la Seguridad Social, en un importe que podría situarse en torno a 16.289.167 euros».
- 2.º) Inexistencia de una contabilidad interna, analítica o de costes, que implicaba una clara vulneración de lo dispuesto en el art. 13.1 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde se exigía la existencia de un registro contable que garantizara el conocimiento preciso de los resultados inherentes a la actuación de las Mutuas como servicios de prevención ajenos.
- 3.º) Autoconcertación de las actividades no asumidas por el servicio de prevención propio con su servicio de prevención ajeno, «cuando podían cubrir tales actividades con los medios preventivos acreditados de la propia Mutua, ya financiados por el patrimonio de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Final Primera de la Orden de 22 de abril de 1997».
- 4.º) Imputaciones indebidas, con cargo al presupuesto de la Seguridad Social y por un importe estimado de 7.734.210 euros, a la Asociación para la Prevención de Accidentes (APA), entidad creada por las Mutuas para la realización de actividades privadas de prevención incompatibles con la gestión llevada a cabo por éstas en el ámbito de la Seguridad Social, donde gozan de numerosas prerrogativas ligadas a su consideración de entidades colaboradoras.

Resulta difícil imaginar, desde luego, una actuación más torticera que la llevada a cabo por las Mutuas analizadas por el Tribunal de Cuentas durante el trienio objeto de fiscalización especial, pero lo más sorprendente del caso, o lo más grave si se quiere, es que fue una actuación tolerada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, puesto que dicho Organismo no hizo efectivas sus funciones de dirección y tutela en la medida en que no se corrigieron las deficiencias que estaban contribuyendo a generar benefi-



cios atípicos para el patrimonio privativo de las Mutuas a costa del patrimonio de la Seguridad Social, ni se instruyeron, como indica el informe del Tribunal de Cuentas, «expedientes sancionadores de las posibles infracciones administrativas cometidas por las Mutuas, de conformidad con lo previsto en el artículo 29.6 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social».

Como era de prever, el nuevo Gobierno salido de las urnas en marzo de 2004 tuvo que corregir el rumbo mediante la publicación del RD 688/2005, de 10 de junio, «por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como servicio de prevención ajeno». Norma en la que, pese a su denominación, también se regula la actuación preventiva del mutualismo patronal en el ámbito de la Seguridad Social y en cuya exposición de motivos se ponía de manifiesto de forma expresa que la actuación de las Mutuas como servicio de prevención «ha venido a introducir un obstáculo que dificulta considerablemente las tareas de control de dichas entidades en su condición de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, como han puesto de relieve el Tribunal de Cuentas y la Intervención General de la Seguridad Social en los informes emitidos durante los últimos años, en los que también se ha señalado la restricción a la libre competencia que supone la actuación de las mutuas, en tales condiciones, en relación con los restantes servicios de prevención ajenos».

Ahora bien, pese a lo que pudiera parecer en primera instancia, el RD 688/2005, de 10 de junio, no constituye el soporte formal de una reglamentación acabada y autónoma de la funcionalidad preventiva del mutualismo patronal, sino que viene a ser una especie de norma transitoria en la que se fuerza a las Mutuas bien a cesar en su actuación como servicios de prevención o bien a una segregación de medios que en el mejor de los casos conduzca a la creación de una entidad preventiva distinta de la Mutua que tendría la denominación de sociedad de prevención. Hay que advertir, a este respecto, que el RD 688/2005, de 10 de junio, contiene nada menos que ocho disposiciones transitorias y tan sólo dos preceptos de contenido sustantivo en los que, básicamente, se viene a modificar el texto de los arts. 13 RCM y 22 RSP con el objetivo de diferenciar adecuadamente las dos posibles actuaciones preventivas del mutualismo patronal, una como servicios de prevención ajenos a través de una organización independiente de medios e instalaciones preventivas y otra en su condición de entidades colaboradoras de la Seguridad Social.

Para el cese en su actuación como servicios de prevención o la segregación efectiva de medios preventivos, acompañada de la debida constitución de sociedades de prevención, el RD 688/2005 preveía un horizonte transitorio, minuciosamente desarrollado por la Orden TAS 4053/2005, de 27

de diciembre<sup>34</sup>, que culminó en la primavera de 2006, pero que podía ser prorrogado excepcionalmente hasta un máximo de cinco años en el caso de que la Mutua se acogiera a «la posibilidad de utilización de bienes muebles e inmuebles y derechos adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social»<sup>35</sup>. Se trata, a nuestro juicio, de una concesión que, aun teniendo carácter transitorio y quedando sujeta a unas reglas de compensación «a precios de mercado»<sup>36</sup>, se nos antoja excesivamente generosa a tenor de lo visto porque cierra en falso el culebrón de la doble funcionalidad preventiva de las Mutuas y viene a prolongar durante demasiado tiempo una situación irregular y antijurídica sobre la que, previsiblemente, aún no se haya dicho la última palabra.

#### 4. LA ACTUACIÓN DE LAS MUTUAS COMO SERVICIOS DE PREVENCIÓN

Tanto el art.13.2 RCM como el 22 RSP se ocupan de advertir que las funciones a desarrollar por las Mutuas en calidad de servicios de prevención son «distintas e independientes» de las correspondientes a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social que tienen atribuidas en virtud de lo previsto en el primer inciso del art. 68.2.b) LGSS, rigiéndose aquéllas, a todos los efectos, por lo dispuesto en la LPRL y en su normativa reglamentaria de desarrollo. Se pone ahora el acento, pues, sobre la distinta *finalidad* de las dos funciones preventivas a desarrollar por el mutualismo patronal, huyéndose así de afirmaciones mas o menos esotéricas como las del art. 1 de la Orden de 22 de abril de 1997 en las que se aludía a la existencia de unas misteriosas entidades mutualistas que, pese a su doble funcionalidad preventiva, ostentaban no obstante *una única naturaleza y personalidad jurídica*. El cambio no es en absoluto baladí y merece ser aplaudido por el contexto en el que se produce, sobre todo si sirve para evitar que las Mu-

<sup>34</sup> Por la que se determinan las actuaciones a desarrollar por las mutuas para su adecuación al Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como servicio de prevención ajeno.

<sup>35</sup> Posibilidad prevista en el punto cuarto de la disposición transitoria segunda del RD 688/2005, donde también se contempla, una vez agotado el plazo adicional de cinco años, la concesión, «con carácter excepcional y exclusivamente por lo que a la especialidad de vigilancia de la salud se refiere», de prórrogas anuales del plazo indicado, sin que excedan de tres.

<sup>36</sup> Art. 6.1 de la orden TAS 4053/2005, donde también se indica que la utilización transitoria de bienes y derechos pertenecientes el patrimonio de la Seguridad Social «no podrá ir en detrimento ni implicar menoscabo patrimonial alguno para la colaboración en la gestión de la Seguridad Social».



tuas sigan lucrándose con fondos públicos, pero ello no quita que la verdadera raíz del problema persista aunque transmutada de signo. Obsérvese que de una cuestión ontológica hemos pasado a otra de cariz teleológica pero sin que ello resuelva el verdadero problema que late en el fondo de una consideración, puramente metafísica, como es la de entender que dos funciones o actividades con idéntico objetivo y de una misma naturaleza puedan perseguir finalidades distintas e independientes entre sí. Se supone, en teoría, que toda actividad preventiva ha de perseguir la eliminación o el control de los riesgos laborales con independencia de quien la lleve a cabo, por lo que pretender que una misma entidad, con una finalidad aseguradora *ex origine*, pueda cumplir además dos funciones preventivas distintas es caer sin más en un flagrante contrasentido.

Dejando a un lado ese problema de lógica jurídica, cuyo origen y consecuencias analizaremos en sede de conclusiones, lo cierto es que las Mutuas podrán seguir actuando como servicios de prevención ajenos, «para sus empresas asociadas», siempre que adopten alguna de las dos modalidades previstas en el art. 13.2 RCM. A saber: bien «por medio de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, denominada sociedad de prevención, que se registrará por lo dispuesto en la legislación mercantil», o bien «directamente por la mutua, a través de una organización específica e independiente de la correspondiente a las funciones y actividades de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social». La opción por una u otra fórmula habrá de ser aprobada, en todo caso, «por la junta general de la mutua con los requisitos y formalidades exigidos para la reforma de sus estatutos» y conforme a lo dispuesto en los artículos 13.3 y 13.4 RCM, respectivamente, así como en sus normas de aplicación y desarrollo.

#### 4.1. Las sociedades de prevención de las Mutuas

Cuando se opte por una sociedad de prevención, su constitución estará sujeta a tres condiciones básicas que, de no cumplirse, impedirían su autorización por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales:

- 1.º) Las sociedades de prevención de las Mutuas han de tener un objeto social único y exclusivo, por lo que sólo podrán actuar como «servicio de prevención ajeno para las empresas asociadas a la mutua correspondiente» [art. 13.3.a) RSP]. Con ello se viene a dejar claro, pues, que las sociedades de prevención de las Mutuas tendrán limitada su actuación tanto desde un punto de vista subjetivo, dado que sólo resultan operativas para las empresas asociadas a la Mutua que la haya constituido, como desde una óptica material, puesto que sólo podrán funcionar como servicios de preven-

ción ajenos y no en calidad de entidades colaboradoras de la Seguridad Social.

- 2.º) El capital social de cada sociedad de prevención «pertenece íntegramente a una mutua» [art. 13.3.a) RSP]. Para la constitución de ese capital social, la Mutua promotora de la sociedad de prevención podrá realizar tanto aportaciones dinerarias como no dinerarias pero siempre que vayan giradas «con cargo a su patrimonio histórico», tal como éste aparece definido por el art. 3.2 RSP, y teniendo en cuenta que los títulos recibidos por dichas aportaciones «pasarán a formar parte de su patrimonio histórico» [art. 13.2.c) RSP].

Para la plena intelección de este requisito hay que tener en cuenta que, a tenor de lo dispuesto por el art. 68.4 LGSS, el patrimonio de las Mutuas se compone de dos partes: una considerada a todos los efectos como patrimonio de la Seguridad Social, que está integrada por las primas de los empresarios asociados y por los bienes muebles o inmuebles en que puedan invertirse dichos ingresos<sup>37</sup>, y otra parte cuya propiedad les corresponde en su calidad de asociación de empresarios, a la que se denomina *patrimonio histórico de las mutuas*, que esta integrada por: a) los bienes incorporados a su patrimonio antes de 1967, o sea, antes de su consideración como entidades colaboradoras de la Seguridad Social, cuando actuaban en el *Régimen del Seguro Social de Accidentes de Trabajo* como entidades aseguradoras privadas; b) los bienes procedentes del 20 % del exceso de excedentes e incorporados a las Mutuas entre esa fecha y el día 31 de diciembre de 1975, cuando podían apropiarse de ese porcentaje de los denominados *extornos*; y c) los bienes que procedan de recursos distintos a las cuotas de Seguridad Social. En función de ello, parece claro que el objetivo perseguido por esta medida no puede ser otro que el de impedir la financiación de las sociedades de prevención con los fondos adscritos a las Mutuas en concepto de primas por accidentes de trabajo, que son parte integrante del patrimonio de la Seguridad Social y, por tanto, fondos públicos.

Conviene tener en cuenta, no obstante, que ese patrimonio histórico de las Mutuas, aún siendo un patrimonio privativo de las mismas, también se halla afectado «estrictamente al fin social de la entidad, sin que de su dedicación a los fines sociales de la mutua puedan derivarse rendimientos o incrementos patrimoniales que, a su vez, constituyan gravamen para el patrimonio único de la Seguridad Social» (art. 68.4 LGSS, en su tercer párrafo). Cabe suponer, pues, que si de su dedicación a los fines sociales de la Mutua no puede derivarse perjuicio alguno para el patrimonio de la Seguridad So-

<sup>37</sup> Así como todas las rentas y rendimientos de los bienes señalados y, en general, los derechos, acciones y recursos relacionados con los mismos (art. 3.1 RCM).

cial, mucho menos debería suceder así cuando el patrimonio histórico de las Mutuas sea destinado a fines mercantiles, lucrativos, como los perseguidos por las sociedades de prevención, aspecto que sólo parcialmente ha sido tenido en cuenta por el art. 13.3.c) RSP, donde sólo «las aportaciones futuras a la referida sociedad con cargo a dicho patrimonio estarán sujetas a las limitaciones establecidas en la normativa de aplicación». Con independencia del problema que genera la diferenciación entre aportaciones iniciales y futuras, el meollo del problema radica en que el RCM no establece limitación alguna para las aportaciones «iniciales», lo que sin bien podría ser entendido como una excepción a lo dispuesto en el resto del articulado del propio RCM, en relación con lo previsto en el art. 68.4 LGSS, en cambio, vendría a ser una especie de omisión *extra legem*, puesto que las aportaciones iniciales, en fase constitutiva de las sociedades de prevención, no pueden quedar desafectadas, por vía reglamentaria, del fin social de las Mutuas.

3.º) Se exige, en tercer lugar, que la denominación social de la entidad sea la de «sociedad de prevención», sin que pueda incluir el término *mutua*, ni la expresión *mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social* ni su acrónimo *MATEPSS*, «salvo para hacer referencia a su vinculación a la mutua que sea titular de su capital social» [art. 13.3.b) RCM]. Parece obvio que con ello se intenta evitar que las Mutuas utilicen su condición de entidades colaboradoras de la Seguridad Social como reclamo o estrategia de captación de clientes para la sociedad de prevención que hayan constituido. Pero se trata de una previsión verdaderamente infantil a cuya ineficacia contribuye la propia salvedad que la norma contiene, pues bastará que con que la sociedad de prevención tenga por nombre el de la propia Mutua para que, sin incurrir en la prohibición reglamentaria, quede sin efecto real lo que ésta persigue.

Por lo que respecta a su régimen de actuación y funcionamiento, las sociedades de prevención estarán sometidas a las siguientes reglas particulares:

1.ª) Su actividad preventiva deberá desarrollarse «con total independencia y autonomía» de los servicios preventivos de que dispongan las Mutuas en el marco de su actuación como entidades colaboradoras de la Seguridad Social, debiendo contar, a tal efecto, con «la organización, las instalaciones, el personal propio y los equipos necesarios para el desarrollo de la actividad» [art. 13.3.d) RCM]. Si con la necesidad de adoptar el estatus de sociedad anónima o de responsabilidad limitada se pretende asegurar la independencia formal de la sociedad de prevención, con esta previsión lo que se intenta garantizar es la segregación material de actividades preventivas, de modo que no se entrecruce la actuación pre-

ventiva de la Mutua en el marco de la Seguridad Social con su actividad como servicio de prevención ajeno. Se trata, pues, de una medida extremadamente necesaria, puesto que no basta con adoptar una apariencia de sociedad mercantil autónoma e independiente, sino que esa autarquía formal hay que demostrarla en la práctica con la autosuficiencia de medios materiales y humanos, extremo éste que, a nuestro juicio, deberá demostrarse tanto en fase constitutiva como a todo lo largo de la vida activa de la sociedad de prevención. El papel a jugar a este respecto por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales será, sin duda, crucial, puesto que de su correcta labor fiscalizadora dependerá en gran medida que las sociedades de prevención de las Mutuas no utilicen la infraestructura y los medios adscritos a las Mutuas para su colaboración con la Seguridad Social en materia de gestión de las contingencias profesionales.

Por lo demás, el art. 13.3.d) RCM autoriza a las sociedades de prevención de las Mutuas a «subcontratar la realización de actividades preventivas en los términos previsto en la normativa reguladora de la prevención de riesgos laborales», lo que ha de entenderse como una remisión a lo dispuesto en el art. 19.2 RSP, donde se contempla la posibilidad de que «las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención» subcontraten «los servicios de otros profesionales o entidades cuando sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad».

2.<sup>a</sup>) Los rendimientos que las Mutuas obtengan de sus sociedades de prevención «seguirán el régimen establecido para los ingresos de su patrimonio histórico» [art. 13.3.e) RCM]. Ya hemos comentado antes que los ingresos obtenidos por las Mutuas con una procedencia distinta a las cuotas de Seguridad Social constituyen su patrimonio histórico, «cuya propiedad les corresponde en su calidad de asociación de empresarios»<sup>38</sup>, por lo que atribuir esta misma consideración a los ingresos derivados de la actuación de las Mutuas como servicio de prevención equivale a reconocer que se trata de un beneficio mercantil cuya administración corresponderá en exclusiva a los empresarios asociados a la Mutua en la medida en que a ellos pertenece en calidad de propietarios, de ahí que a ellos corresponda, asimismo, la configuración estatutaria de su régimen jurídico<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Segundo párrafo, *in fine*, del art. 68.4 LGSS.

<sup>39</sup> Ahora bien, tampoco conviene olvidar que las Mutuas no gozan de plena disponibilidad sobre su patrimonio histórico porque el mismo, como apuntábamos antes, también se halla

Por lo demás, el régimen económico de las sociedades de prevención también se encuentra condicionado por lo dispuesto en el art. 17 c) RSP, precepto al que expresamente se remite el propio RCM<sup>40</sup>, por lo que ni la sociedad de prevención ni su Mutua matriz podrán mantener «con las empresas concertadas vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas de las propias de su actuación como servicio de prevención, que puedan afectar a su independencia e influir en el resultado de sus actividades». Cómo se compatibiliza esa prohibición con el vínculo de Seguridad Social que la Mutua tendrá con aquellos de sus empresarios asociados que a la vez concierten los servicios de la sociedad de prevención de la propia Mutua es ya una cuestión que, de nuevo, cae en el terreno de lo arcano, por lo que resulta inútil toda explicación o justificación al respecto: el propio RSP se hace eco de esa salvedad, autorizándola, y habría que desmontar la habilitación establecida por el art. 32 LPRL para acabar con ese contrasentido.

3.<sup>a</sup>) Como toda sociedad mercantil, las sociedades de prevención de las Mutuas podrán organizar su vida interna como estimen conveniente, estableciendo su propio organigrama y dejando reflejado en sus estatutos la composición y funcionamiento de sus órganos de dirección y gerencia. Sin embargo, dado que el único titular de su capital social será la Mutua que en concreto la promueva, el art. 13.3.f) RCM impone a las sociedades de prevención una serie de prohibiciones en relación con sus órganos directivos que, en esencia, pueden quedar resumidas así:

— Los administradores de las sociedades de prevención no podrán ejercer a la vez como miembros de la junta directiva, director

---

afectado al fin social del mutualismo patronal, por lo que todos aquellos ingresos procedentes de las sociedades de prevención, dado que forman parte del patrimonio histórico de las Mutuas y les resulta de aplicación su mismo régimen jurídico, se verán igualmente afectados por las limitaciones establecidas en la normativa de Seguridad Social para garantizar la afectación del patrimonio histórico de las Mutuas a sus fines sociales. Así, además de su completa sujeción al Plan General de Contabilidad de la Seguridad Social (art. 51 RCM) y al régimen de auditoría de cuentas que anualmente ha de efectuar la Intervención General de la Seguridad Social (art. 52 RCM), el patrimonio histórico de las Mutuas ha de estar materializado, tal como dispone el art. 50.2 RCM, «en bienes de inmovilizado directamente utilizados en la gestión de la entidad» o en inversiones sujetas a criterios de seguridad, liquidez y rentabilidad en los términos del art. 31.4 RCM, donde se indica que su rentabilidad no podrá ser inferior en más de dos puntos al interés legal del dinero fijado para cada ejercicio económico. El art. 50.2 RCM prohíbe también la desviación de esos bienes y de los rendimientos que se deriven de su administración, que en todo caso deberán revertir al patrimonio histórico de la entidad, hacia la realización de actividades mercantiles o hacia operaciones lucrativas que vulneren el principio de igualdad de derechos de los empresarios asociados. Más detalles sobre el régimen patrimonial de las Mutuas, en LOZANO LARES, F. «El mutualismo patronal...», cit. Págs. 149 a 154.

<sup>40</sup> En su artículo 13.3.f), segundo párrafo.

ejecutivo, director-gerente, gerente o asimilado de una Mutua, ya sea ésta titular del capital social de la sociedad de prevención o no.

- Los administradores de las sociedades de prevención estarán sujetos, «en relación con la mutua que posea su capital social», a las mismas prohibiciones establecidas por el art. 76.1 LGSS para los miembros de la junta directiva, directores-gerentes, gerentes, asimilados o cualesquiera otra personas que ejerzan funciones de dirección ejecutiva en dicha Mutua. O sea, que no podrán «comprar ni vender para sí mismos, ni directamente ni por persona o entidades interpuestas, cualquier activo patrimonial de la entidad».

Para completar el autocontrol orgánico de las sociedades de prevención, se ha atribuido también a la Comisión de Control y Seguimiento de cada Mutua<sup>41</sup> la función de conocer los «criterios de actuación» de la misma en el desarrollo de las funciones preventivas llevadas a cabo como servicio de prevención, siendo informadas de la gestión desarrollada y pudiendo «proponer cuantas medidas se estimen necesarias para el mejor cumplimiento de las citadas funciones»<sup>42</sup>. Y dado que una de las formas de actuar como servicio de prevención es mediante la constitución de una sociedad de prevención, ello quiere decir, sencillamente, que la Comisión de Control y Seguimiento de cada Mutua podrá, con sus limitadísimas facultades, tener constancia de la actuación preventiva de las sociedades de prevención.

- 4.<sup>a</sup>) Cuestión sumamente vidriosa es la que se generaría cuando la sociedad de prevención actúe como servicio de prevención de su propia Mutua matriz, porque puede ser utilizada como una vía encubierta de financiación, con fondos públicos, de la sociedad de prevención. Para intentar remediarlo, el art. 13.3.g) RCM establece que la «actuación desarrollada por la mutua en cuanto socio de una sociedad de prevención estará sometida al control y seguimiento de la comisión regulada en el artículo 37 de este reglamento, en los términos establecidos en el último párrafo del apartado 3 de dicho artículo». Dada la escasa entidad de las funciones fiscalizadoras que dicho precepto atribuye a la Comisión de Control y Seguimiento, mera receptora de información como hemos visto, esta previsión del art. 13.3.g) RCM resultaría irrisoria si no fuera por-

<sup>41</sup> Que aparece configurado como el órgano de participación institucional de cada Mutua (art. 37 RCM).

<sup>42</sup> Art. 37.3, último párrafo, del RCM, añadido por RD 688/2005, de 10 de junio, que no vino sino a desarrollar reglamentariamente una previsión ya establecido en 1995 por el art. 32 LPRL.



que además va acompañada de una segunda aseveración en la que se advierte que a la Intervención General de la Seguridad Social le corresponderá, en todo caso, «las competencias establecidas en su normativa de desarrollo». Hay que tener en cuenta a este respecto que la Intervención General de la Seguridad Social puede fiscalizar la actuación de las Mutuas por la privilegiada vía de su control financiero, por lo que será este órgano adscrito a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, pero funcionalmente dependiente de la Intervención General de la Administración del Estado, el que podrá evitar la financiación con fondos públicos de las sociedades de prevención por la vía de una excesiva facturación por los servicios de prevención prestados a su propia Mutua matriz.

#### 4.2. La organización específica e independiente de medios preventivos

Junto a la opción de constituir una sociedad de prevención, el art. 13.2 RCM contempla también la posibilidad de que la Mutua realice directamente las funciones propias de un servicio de prevención a través de una organización específica e independiente. Para que ello sea posible, el art. 13.4 RCM establece dos condiciones básicas:

- 1.<sup>a</sup>) Debe existir una separación total y absoluta entre la actividad preventiva a realizar por dicha organización específica y la función preventiva que ha de asumir la Mutua en el marco de la Seguridad Social, de ahí que la organización específica destinada a actuar como servicio de prevención deba «disponer de las instalaciones, el personal y el equipo necesario para el desarrollo de las funciones y actividades del servicio de prevención, sin que pueda utilizar los medios humanos y materiales adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social» [art. 13.4. a) RCM].

Para poder disponer de esa autonomía material, las Mutuas no parten de cero, como ya sabemos, sino que cuentan con la posibilidad de destinar a la organización específica de medios preventivos los centros e instalaciones que hubieran creado al amparo de lo dispuesto en el art. 13.1 RCM, o sea: para la dispensación de actividades preventivas enmarcadas en el ámbito de la Seguridad Social. Esta modificación de su uso originario requerirá, lógicamente, tal como exige desde antiguo el propio art. 13.1 RCM, la autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales conforme a las reglas de disposición patrimonial establecidas en los artículos 26 a 29 RCM. Y una vez producida esa modificación, las Mutuas tampoco contarán con plena disponibilidad patrimonial sobre dichos centros e instalaciones adscritos en exclusiva a su actuación como servicios de prevención, pues

según lo dispuesto en el último párrafo, *in fine*, del art.13.1RCM, la modificación o supresión de los mismos también requerirá autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales conforme a las reglas de disposición patrimonial reglamentariamente previstas<sup>43</sup>.

- 2.ª) La financiación de la organización específica de medios preventivos también debe ser plenamente distinguible del régimen económico de la Mutua, por lo que se exige a ésta que lleve una «contabilidad separada de la actividad desarrollada por dicha organización específica respecto de la relativa a la gestión de la Seguridad Social y del patrimonio histórico por actividades distintas de las correspondientes al servicio de prevención ajeno» [art. 13.4.b) RCM]. Aunque no lo parezca, ello implica la necesidad de llevar tres contabilidades paralelas y distintas entre sí: una para la gestión de las prestaciones de Seguridad Social que las Mutuas tienen encomendadas y otras dos relativas a su patrimonio histórico para que en el mismo puedan distinguirse entre los ingresos derivados de su actuación como servicio de prevención y los bienes que hasta el momento de actuar como tal habían venido integrando su, digamos, «tradicional» patrimonio histórico<sup>44</sup>.

Para garantizar la completa segregación de la actuación como servicio de prevención de las Mutuas, el propio art. 13.4. b) acaba advirtiendo en su último párrafo que la «gestión de dicha organización específica estará sujeta al control interno de la Intervención General de la Seguridad Social en los términos establecidos en la normativa de desarrollo», lo que implica un control público muchísimo más intenso que el previsto para el caso de optarse por la constitución de una sociedad de prevención. Obsérvese que la fiscalización pública de las sociedades de prevención se hace por vía indirecta, en la medida en que los ingresos procedentes de aquéllas acaben integrándose en el patrimonio histórico de las Mutuas o cuando la sociedad de prevención actúe como servicio de prevención de la propia Mutua matriz, mientras que en el caso de optarse por la organización específica de medios preventivos, en cambio, es la gestión misma de ésta la que resulta fiscalizable en su totalidad por parte de la Intervención General de la Seguridad Social.

Esta mayor rigurosidad en el control público de su actividad como servicio de prevención y la dificultad de llevar la triple contabilidad que hemos comentado son las razones básicas que, a nuestro modo de ver, han impedido que hasta la fecha ninguna de las 26 Mutuas actualmente operantes hayan optado por desarrollar directamente su actuación como servicio de

<sup>43</sup> Detalle en absoluto intrascendente que ha sido añadido por el RD 688/2005, de 10 de junio, a la anterior redacción del art. 13 RCM.

<sup>44</sup> El integrado, como ya vimos, por los bienes enumerados por el art. 68.4 LGSS.



prevención ajeno mediante la constitución de una organización específica de medios preventivos.

#### 4.3. El cese en la actividad como servicio de prevención

Acaba regulando, por ultimo, el art. 13.5 RCM las condiciones del cese en el ejercicio de actividades preventivas bajo cualquiera de las dos modalidades analizadas. Se exige, para empezar, que el cese sea aprobado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, «según la norma de desarrollo correspondiente», lo que implica la necesidad de elaborar *pro futuro* una orden ministerial de carácter general que se ocupe de ello, cosa que aún no se ha producido. Dicha autorización de cese llevará consigo la liquidación de la actividad preventiva de que se trate y, en su caso, «la disolución y liquidación de la sociedad de prevención afectada o la transmisión por parte de la mutua de toda su participación en dicha sociedad a un tercero». En este caso, la sociedad resultante estará plenamente habilitada para funcionar como servicio de prevención ajeno, por lo que tendrá que acomodarse «a las obligaciones y limitaciones específicas previstas en la norma de aplicación», que no puede ser otra que la LPRL, el RSP y demás normativa complementaria.

Por lo que respecta al remanente que resulte de la liquidación-disolución de su actividad como servicio de prevención, el art. 13.5 indica que el mismo «se integrará en el patrimonio histórico de la mutua». En cualquier caso, para evitar desviaciones o adjudicaciones incorrectas, la Intervención General de la Seguridad Social tendrá que efectuar, en el plazo de tres meses desde la finalización de la operación, una auditoría sobre el proceso liquidatorio o de transmisión, «que se elevará al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a los efectos procedentes», que no son otros que los derivados del art. 5.2.c) LGSS, donde se encomienda a este departamento ministerial la dirección y tutela de las Mutuas, pudiendo suspender o modificar sus poderes o facultades.

### 5. LA FUNCIONALIDAD PREVENTIVA DE LAS MUTUAS EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como se deduce de lo hasta aquí expuesto, la reforma operada por RD 688/2005, de 10 de junio, no vino a alterar en esencia la ya tradicional funcionalidad preventiva del mutualismo patronal en el ámbito de la Seguridad Social, puesto que toda su atención se centró, sustancialmente, en regular *pro futuro* las modalidades de actuación de las Mutuas como servicios

de prevención ajenos y en segregar la hasta ese momento intolerable mezcolanza de actividades entre uno y otro ámbito, con notable perjuicio para las arcas públicas. Ello hace que la regulación de la funcionalidad preventiva del mutualismo patronal en el ámbito de la Seguridad Social siga encontrándose en el art. 13.1 RCM y, mientras no se disponga lo contrario, en el Capítulo II de la orden de 22 de septiembre de 1997.

El remozado art. 13.1 RCM sigue manteniendo, pues, la clásica habilitación al mutualismo patronal, procedente del reglamento de 1967, para el establecimiento voluntario de «centros e instalaciones» destinados a la dispensación de actividades preventivas enmarcadas en el ámbito de su gestión en materia de contingencias profesionales. Centros e instalaciones cuya «creación, modificación y supresión» requerirán autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales conforme a las reglas de disposición patrimonial previstas en los artículos 26 a 29 del propio RCM.

Junto a ello, el art. 13.1 RCM viene a recoger también la facultad concedida a las Mutuas para desarrollar actividades preventivas tanto «a favor de las empresas asociadas y de sus trabajadores dependientes» como «de los trabajadores por cuenta propia adheridos» que tuvieran cubiertas las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Facultad que fue expresamente establecida por RD 428/2004, de 12 de marzo, pero que era plenamente deducible de la añeja posibilidad de crear centros e instalaciones preventivas y a la que viene a añadirse ahora el matiz, también sobreentendido pero en absoluto innecesario, de ser una atribución otorgada a las Mutuas por «su condición de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social», lo que viene a quedar reforzado con la remisión, ésta sí un tanto superflua, a «los términos y condiciones establecidos en el inciso primero del artículo 68.2.b) LGSS, en este reglamento y en sus disposiciones de desarrollo».

Y para completar el marco jurídico de esta funcionalidad preventiva del mutualismo patronal, el segundo párrafo del art. 13.1 RCM reproduce ahora dos previsiones, ya establecidas por la Orden de 22 de abril de 1997, con las que se viene a poner de manifiesto el carácter no contractual de esta actividad mutualista. A tal efecto, se advierte *ex profeso* que las actividades preventivas desarrolladas en el marco de la Seguridad Social «no implican atribución de derechos subjetivos» a favor de los colectivos protegidos (trabajadores por cuenta ajena y autónomos), como sí ocurre, en cambio, con las prestaciones de Seguridad Social, ni exime a los empresarios asociados (colectivo asegurado) de sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, puesto que de dichas actividades «quedarán excluidas aquellas obligaciones que los empresarios deban desarrollar a través de alguna de las modalidades de organización de la actividad preventiva» establecidas en la LPRL.

No se entretiene el art. 13.1 RCM, por contra, en delimitar cuáles son las posibles actuaciones preventivas a desarrollar por las Mutuas en el marco de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social. Dado el carácter voluntarista de esta funcionalidad preventiva del mutualismo patronal, el RCM nunca llegó a pronunciarse el respecto, dejando que cada Mutua decidiera el contenido de la misma. Tuvo que ser la Orden de 22 de abril de 1997 la que, por vez primera, acometiera la tarea de acotar esta actividad mutualista con el objetivo de diferenciarla de su actuación como servicio de prevención ajeno. A tal fin, el art. 5 de dicha Orden estableció que, además de «aquellas otras actividades de alcance general no dirigidas expresamente a empresas concretas, tales como estudios, encuestas y estadísticas de siniestralidad», las Mutuas podrían realizar en el marco de la Seguridad Social un gran número de actividades, «a favor de sus empresarios asociados», que podían ser clasificadas en cuatro grandes grupos:

- 1.º) Acciones que tuvieran como finalidad la promoción de la filosofía preventiva en la empresa, entre las que se encontrarían la realización de «campañas de educación sanitaria, que impliquen una mejora de los hábitos y actitudes para el trabajo» [art. 5.h)] y la ejecución de «campañas de sensibilización y educación preventiva» que persigan los siguientes objetivos: a) fomentar el interés y la cooperación en la acción preventiva en todos los niveles jerárquicos de la empresa; b) promover comportamientos seguros y la correcta utilización de los equipos de trabajo y de los equipos de protección colectiva e individual; y c) promover actividades preventivas básicas, tales como el orden la limpieza y el mantenimiento preventivo [art. 5.b)].
- 2.º) Acciones típicamente formativas tales como la «capacitación de los empresarios con el fin de poder asumir ellos mismos la actividad preventiva» [art. 5.f)], la divulgación de la prevención mediante acciones dirigidas a los «directivos y responsables de la actividad preventiva en le empresa» [art. 5.g)], la realización de «jornadas y seminarios sobre actualización y puesta al día de los conocimientos en materia preventiva» [art. 5.e)] y la orientación y contribución, en general, a «la formación y a la actualización de conocimientos en materia preventiva» [art. 5.d)].
- 3.º) Actividades de naturaleza informativa de cierta importancia, como la orientación sobre «las instrucciones e información que la empresa está obligada a suministrar a sus trabajadores» y la «puesta a disposición» de las empresas asociadas de la documentación básica sobre legislación aplicable, guías orientadoras, carteles, referencias bibliográficas, folletos y cualquier otra información útil para estos fines [art. 5.c)].

- 4.º) Acciones de asesoramiento técnico de toda índole, que van desde «el análisis e investigación de las causas y factores» de la siniestralidad laboral [art. 5.a)] a las «visitas a los centros de trabajo» con el fin de orientar sobre las necesidades preventivas, la atención de consultas, la «orientación para la elaboración e implantación de planes y programas de prevención» y la ayuda necesaria para «la realización por las empresas de evaluaciones de riesgos», de las actuaciones preventivas que de ellas se deriven y del control de la eficacia de la acción preventiva [art. 5.c)].

Pese a lo que pudiera parecer, con la elaboración de ese listado de actividades no se estaba diciendo nada nuevo sino que su verdadero significado estribaba en el hecho de sacar a la luz el tipo de servicios preventivos que las Mutuas habían venido prestando desde 1967 a sus empresarios asociados en el marco de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social. Funcionalidad preventiva de notable importancia en la que, como sabemos, se había invertido buena parte de los extornos que a partir de la implantación del sistema de Seguridad Social dejaron de retornar al patrimonio histórico de las Mutuas y que bastaba poner en correlación con el listado de tareas a desarrollar por los servicios de prevención ajenos para hacerse una idea cabal de su envergadura real hasta 1995, año de promulgación de la LPRL. Así, a tenor de lo dispuesto en el art. 31.3 de dicha Ley, los servicios de prevención deberían estar en condiciones de proporcionar a la empresa «el asesoramiento y apoyo que precise» en todo lo referente a: 1.º) diseño, aplicación y coordinación de los planes y programas de actuación preventiva; 2.º) la evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y salud de los trabajadores; 3.º) la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas adecuadas y la vigilancia de su eficacia; 4.º) la información y formación de los trabajadores; 5.º) la prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia; y 6.º) la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo<sup>45</sup>.

Como se deduce de la comparación entre ambos listados, las tareas a desarrollar por los servicios de prevención ajenos no diferían, en esencia, de los servicios preventivos que las Mutuas venían ofreciendo «gratuitamente» a sus empresarios asociados como parte de su estrategia de captación de clientes, puesto que, salvo en lo relativo a la vigilancia de la salud de los trabajadores, la actividad exigida a los servicios de prevención ajenos era virtualmente idéntica a la proporcionada de forma voluntaria por las Mu-

<sup>45</sup> En ese sentido, *vid.* también los arts. 19 RSP, para todas las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención, y 7 de la Orden de 22 de abril de 1997, para las Mutuas acreditadas como servicios de prevención ajenos.

tuas. En esa tesitura, ¿qué incentivo podrían tener los empresarios asociados a una Mutua en contratar un servicio de prevención ajeno?: para cumplir con sus obligaciones preventivas les bastaba con asumir personalmente la función preventiva, si tenían menos de seis trabajadores, o con designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad preventiva, si la empresa era de mayores dimensiones, limitándose a concertar la vigilancia de la salud de los trabajadores con un médico especialista en Medicina del Trabajo o con un servicio de prevención ajeno, pero sin necesidad de contratar otro tipo de servicios preventivos que, obviamente, ya le cubriría sin coste adicional alguno la Mutua a la que estaba asociado a efectos de cobertura de las contingencias profesionales.

Quizá por ello, y por la imperiosa necesidad de diferenciar ambos tipos de actividades, la propia Orden de 22 de abril de 1997 tuvo que imponer a las Mutuas la obligación de elaborar una planificación de las actividades preventivas a efectuar en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social que recogiera «los objetivos a alcanzar, los recursos destinados a las mismas y el control de la efectividad de tales actividades» (art. 6.1). Servicios que no podrían ser ofrecidos por igual a todos los empresarios asociados sino que deberían ser desarrollados «preferentemente» en las empresas de hasta 50 trabajadores, teniendo «especial prioridad», en este segmento de empresas, «las de hasta seis trabajadores» (art. 6.2). Dicha planificación habría de regirse por las directrices que en cada momento pudiera establecer, en su caso, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, teniendo en cuenta las citadas prioridades en función del tamaño de la empresa y considerando como sectores y empresas de actuación preferente «el sector de la construcción», las empresas que desarrollen mayoritariamente algunas de las actividades catalogadas como peligrosas en el Anexo I del RSP y aquellas otras «cuyo índice de incidencia medio durante los tres años anteriores supere en un 30 por ciento al de su correspondiente sector» [art. 6.2.a)].

Al amparo de esa previsión reglamentaria, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social ha venido elaborando desde 1997 un serie de programas anuales dirigidos a todas y cada una de las Mutuas actuantes que empezaría a adquirir visos de continuidad con la Resolución de 26 de abril de 2001, por la que se aprobó el «*Plan General de Actividades Preventivas de la Seguridad Social a desarrollar por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en el año 2001*». Dicha Resolución estuvo vigente hasta el día 1 de junio de 2003, fecha en la que fue sustituida, con aplicación retroactiva, por la Resolución de 5 de agosto de 2003, que prorrogó las directrices de ese *planning* de actividades preventivas para el período 2003-2005 y que aún sigue desplegando sus efectos en la actualidad.

En dicha Resolución se vuelve a reiterar que las empresas de hasta 50 trabajadores, «por sus dimensiones e infraestructura», son las que presen-

tan mayores dificultades para incorporar la prevención a sus actividades productivas y las que vienen registrando el «mayor número de accidentes en términos absolutos y relativos», de ahí que se prevean cuatro «Programas de Actividades» cuyo objetivo no es otro que el de «asistir a las empresas de hasta 50 trabajadores para la incorporación o mejora de la actividad prevencionista en sus organizaciones». Así, durante el período de vigencia del plan, las Mutuas habrán de ejecutar:

- 1.º) Un *Programa de Colaboración con la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la Prevención del Riesgo de Caída en Altura en el Sector de la Construcción*, programa al que se daba la más alta prioridad (1.ª especial) dada la realidad actual del sector.
- 2.º) Un *Programa Específico para Empresas de Alta Accidentalidad*, dirigido a empresas cuyos índices de siniestralidad individuales superaran en el año 2002 en un 30 % la media obtenida en la rama de actividad a la que pertenecieran.
- 3.º) Un *Programa de Capacitación de Empresarios* destinado a empresarios con menos de seis empleados y a trabajadores autónomos que hubieran optado por cubrir con la Mutua la mejora de contingencias profesionales, y cuya finalidad era la de capacitarles para asumir personalmente las actividades preventivas en sus empresas.
- 4.º) Un *Programa de Visitas a Empresas*, dirigido a los mismos destinatarios anteriores y que tenía como objetivo esencial el asesoramiento *in situ*, de forma directa, para la elaboración de evaluaciones de riesgos y planes de prevención.

Junto a esas cuatro actuaciones, la Resolución de 5 de agosto de 2003 también contemplaba un *Programa de Formación* dirigido a empresarios, trabajadores ordinarios, trabajadores designados para asumir funciones preventivas, delegados de prevención y trabajadores autónomos, que tenía como objetivo proporcionarles el nivel básico de formación preventiva previsto en el art. 35 RSP. Además, como viene siendo habitual, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social también autoriza a las Mutuas para la realización de «actividades ordinarias de carácter concurrente» a favor de empresarios no incluidos en los programas previstos, a las que sólo podría dedicarse el 5 % de las dotaciones destinadas a la actuación preventiva de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social, así como para el desarrollo de «campañas de publicidad e información de carácter general», cuyo coste sería determinado por la Administración de Seguridad Social en proporción al número de trabajadores protegidos por cada Mutua.

La decisión de reservar la actuación preventiva de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social para las empresas de hasta 50 trabajadores resulta de todo punto acertada, a nuestro juicio, por dos razones básicas. En primer lugar, porque la actuación de las Mutuas como servicios de preven-



ción ajenos, en la medida en que se trata de una actividad mercantil lucrativa, puede implicar un coste económico que no siempre estará al alcance de las pequeñas empresas. Y en segundo lugar, porque la acción preventiva de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social aparece concebida como una actividad «complementaria» a las prestaciones económicas derivadas de la gestión de las contingencias profesionales, de ahí que dicha funcionalidad preventiva se financie, como las prestaciones de Seguridad Social que complementan, con capital público, puesto que de esa naturaleza son los fondos que integran la partida 34.36 («*Higiene y Seguridad en el Trabajo*») de los respectivos presupuestos de gastos y dotaciones de las Mutuas. Partida presupuestaria cuyo montante procede de las cuotas por primas transferidas por la TGSS a cada Mutua y que las mismas han de destinar necesariamente a sus actividades preventivas enmarcadas en el ámbito de la Seguridad Social, por lo que no cabe sino aplaudir la decisión de destinar «la totalidad de las dotaciones» de dicha partida al desarrollo de los programas previstos en el Plan de Actividades Preventivas diseñado por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social a través de sus resoluciones.

Cosa distinta es, sin embargo, que dicha afectación resulte eficaz y controlable, lo que, lamentablemente, no ha venido sucediendo, tal como fue constatado por el Tribunal de Cuentas en su informe de 26 de mayo de 2005, ya citado, donde quedó en evidencia tanto la imposibilidad de «conciliar» lo dispuesto en la Orden de 22 de abril de 1997 con las sucesivas planificaciones elaboradas por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, como la actitud poco edificante de las Mutuas, en cuyas manos se dejaba la efectiva implementación del Plan de Actividades Preventivas de la Seguridad Social. Para empezar, es la propia Mutua la que, según lo dispuesto en el art. 6.3 de la Orden de 22 de abril de 1997, debe elaborar un plan individual donde se indiquen los tipos de actividad preventiva a desarrollar, especificando los sectores, el tamaño y el número de las empresas a las que van dirigidas, así como el número de trabajadores y «los medios económicos y materiales necesarios, los recursos humanos previstos, las previsiones económicas para la financiación de su desarrollo y los programas presupuestarios a los que se imputará el coste de las mismas». Dicho plan tiene carácter anual, puesto que cada Mutua tendrá que presentarlo, ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, «junto con al anteproyecto de presupuestos de cada ejercicio económico», y no cuenta con otra fórmula de control que la derivada de la presentación por parte de la Mutua, a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de una «información detallada» sobre la aplicación del plan durante el primer trimestre del año siguiente a aquel en que el mismo se haya ejecutado.

Si comparamos dichas previsiones de la Orden de 22 de abril de 1997 con los parámetros establecidos en las resoluciones de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social pronto comprobamos que no coinciden ni desde

una perspectiva temporal, porque el período presupuestario de aquélla es anual mientras que los planes de ésta afectan a varios ejercicios económicos, ni desde una óptica material, porque los criterios de medición de la partida 34.36. «Higiene y Seguridad en el trabajo», a la que se remite la Orden de 22 de abril de 1997, están basados en el número de acciones desarrolladas, mientras que los planes de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social tienen como parámetro esencial el número de empresas beneficiarias de los mismos. De ello se hace eco el Informe del Tribunal de Cuentas de 26 de mayo de 2005 cuando, tras comprobar la imposibilidad de conciliación entre ambos indicadores presupuestarios, advierte que ello «pone de manifiesto la ineficacia de los sistemas de información utilizados, en el período objeto de fiscalización, en cuanto a la asignación de recursos a las actividades preventivas de la Seguridad Social».

Si a eso unimos que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social «no ha tenido un conocimiento adecuado de los medios materiales y humanos de los que disponen las Mutuas para la realización de cada uno de los dos tipos de actividades preventivas que tienen encomendadas» y que el control efectuado por dicho Centro Directivo sobre los planes individuales de las Mutuas «no alcanzó un nivel de fiabilidad suficiente», el resultado no podía ser otro, como acabó concluyendo el citado Informe del Tribunal de Cuentas, que el de constatar que «los niveles de eficiencia, eficacia y economía» alcanzados durante el período objeto de fiscalización «son de imposible determinación».

Del informe del Tribunal de Cuentas se desprende, pues, que con independencia de la actuación más o menos torticera de las Mutuas, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad social, órgano encargado de la coordinación y tutela de la actividad preventiva de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social, ni ha venido efectuando un seguimiento real de esa labor del mutualismo patronal ni cuenta con medios de control fiables para llevarla a cabo. Y lo peor de todo es que nada hace pensar que las cosas vayan a cambiar mucho en un futuro inmediato, puesto que la única iniciativa adoptada al respecto es la creación de un Consejo Tripartito para el seguimiento de la labor preventiva a desarrollar por las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social que difícilmente podrá hacer algo más que verlas venir, puesto que sus funciones son de naturaleza «meramente informativa y de propuesta, carente de contenido ejecutivo»<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Tal como expresamente reconoce la exposición de motivos de la Orden TAS/2383/2006, de 14 de julio, por la que se modifica la anterior para indicar que el Consejo Tripartito informará a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo sobre las propuestas e informes que realicen o de los que tengan conocimiento «relacionados con las actividades preventivas en el ámbito laboral».



## 6. CONCLUSIONES

La atribución al mutualismo patronal de la posibilidad de actuar en el mercado de la prevención de riesgos laborales, en competencia con otras entidades expresamente constituidas para actuar como servicios de prevención ajenos, ha sacado a relucir toda la problemática inherente a la existencia de unas entidades de naturaleza jurídico-privada que, sin embargo, gestionan fondos públicos por su consideración como entidades colaboradoras de la Seguridad Social y que, pese a estar constituidas por empresarios, no pueden tener ánimo de lucro, salvo cuando actúen como servicios de prevención. No debe extrañar, pues, que con semejante cúmulo de contradicciones la institución del mutualismo patronal quedara algún día bajo sospecha, pero lo que sí resulta paradójico, a nuestro juicio, es que de sus dos posibles funcionalidades, aseguradora y preventiva, haya sido esta última, precisamente, la que haya salido peor parada en toda esa larga historia de misterios jurídicos, deficiencias legales e irregularidades contables que hemos venido contando a lo largo de estas páginas. Y decimos que resulta paradójico porque la acción preventiva tradicionalmente desplegada por el mutualismo patronal había venido siendo, pese a todas sus carencias, una de sus señas de identidad mejor valoradas, de ahí que la propia LPRL, contraviniendo incluso las reglas de la libre competencia, situara a las Mutuas en una posición privilegiada para dominar el mercado de la prevención con el objetivo de aprovechar su experiencia y sus medios materiales y humanos para hacer frente al ya de por sí lamentable panorama de la siniestralidad laboral en España.

Ha sido, pues, la funcionalidad preventiva de las Mutuas, labor en la que estaban llamadas a jugar un papel nuclear, la que ha venido a purgar las penas del pecado original de su añeja incardinación en el ámbito de la Seguridad Social como entidades colaboradoras en la gestión de las contingencias profesionales, terreno de juego en el que el mutualismo patronal nunca fue neutral. La posibilidad que desde 1900 se concedió a la clase empresarial de asegurar, por vía mutualista, las resultas de la siniestralidad laboral hizo que su intervención en este ámbito estuviera impregnada por una actuación en la que eran juez y parte, juez que determinaba si un accidente era o no de trabajo y parte interesada en derivar hacia otras instancias el pago de las prestaciones que procedieran. La posterior incardinación del mutualismo patronal en el aparataje de la Seguridad Social no hizo sino embrollar las cosas, pues al adquirir las primas por accidente de trabajo el carácter de cuotas de la Seguridad Social se cayó en el contrasentido de otorgar a unas entidades privadas la posibilidad de gestionar dinero público, de ahí el esfuerzo que los poderes públicos han venido haciendo desde 1963 por garantizar que las Mutuas no obtuvieran lucro mercantil por su labor

aseguradora. La reciente atribución, por último, de nuevas funciones de Seguridad Social, como el control del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes o la gestión de las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos, no han hecho sino levantar una cortina de humo tras la que no puede ocultarse su originario carácter de asociaciones empresariales constituidas con la única finalidad de asumir en régimen mancomunado el coste de las indemnizaciones, transmutadas en prestaciones sociales, que pudieran derivarse de la actualización de las contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta ajena contratados por las empresas asociadas.

Más todo ello no debiera alejarnos de la pista por la que discurre el verdadero problema de la actuación del mutualismo patronal en el ámbito del aseguramiento de las contingencias profesionales. Si analizamos la siniestralidad laboral con el suficiente distanciamiento, no resulta difícil comprobar que hay dos formas de abordar este fenómeno: con una estrategia humanista, combativa, como la que intenta adoptar la LPRL, y desde una perspectiva meramente productivista, defensiva, que sólo atiende a la reparación del daño causado por el sistema productivo. Son dos formas de abordar el problema que operan como los platillos de una balanza, pues cuanto más peso se ponga sobre uno de ellos menos resistencia tendrá el otro, por lo que resulta evidente que si la nueva filosofía preventiva resultara alguna vez eficaz, el papel del mutualismo patronal en el ámbito del aseguramiento de las contingencias profesionales perdería su propia razón de ser, careciendo de sentido entonces la polémica en torno a si es constitucionalmente aceptable o no que una parte esencial de la Seguridad Social sea gestionada por una asociación de empresarios.

Sería conveniente advertir, por tanto, que toda esa polémica generada por la atribución al mutualismo patronal de una doble e inquietante funcionalidad preventiva, como servicio de prevención y como entidad colaboradora en la gestión de la Seguridad Social, sólo es el ramaje, frondoso sin duda pero follaje al fin, que no debiera apartarnos de la verdadera raíz del problema, que no es otro que el del mantenimiento a capa y espada de la funcionalidad aseguradora de las Mutuas en materia de contingencias profesionales. Difícilmente puede afirmarse, desde luego, que esa labor al servicio de la empresa contribuya a la mejora del sistema español de Seguridad Social, puesto que la actuación del mutualismo patronal en el ámbito de la cobertura de las contingencias profesionales introduce una dinámica gestora basada en los esquemas del seguro privado y en la capitalización de los fondos recaudados que distorsiona el sistema de reparto y la solidaridad intergeneracional, ejes sobre los que teóricamente se articula el brazo contributivo de nuestro modelo de Seguridad Social. Y a ello hay que unir, además, algo que nadie parece ver, y es que con esa labor mutualista el empre-

sario consigue derivar gran parte del coste de la siniestralidad laboral, el representado por el abono de las prestaciones sociales de naturaleza reparadora, hacia una entidad aseguradora de carácter asociativo, la Mutua a la que se encuentre asociado, que, de ese modo, viene a actuar como un colchón amortiguador de la responsabilidad objetiva que sobre el empresario recae a consecuencia de la actualización de un accidente de trabajo, desincentivando la inversión en medidas de seguridad, cuya implantación deviene mucho más costosa sin duda que el mero abono mensual de la prima del seguro de accidentes de trabajo. En la medida en que esa labor aseguradora del mutualismo patronal haya podido contribuir a desincentivar las inversiones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, la misma podría ser visualizada, pues, sin temor a ser víctimas de una alucinación, como una de las causas, y no la menor, de la persistencia *in crescendo* de la siniestralidad laboral en nuestro país.

Todo ello nos parecen razones más que suficientes como para considerar que las Mutuas deberían cesar en su labor colaboradora en materia de Seguridad Social, centrando toda su potencialidad funcional en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, campo legítimo de actuación en el que deberían jugar un papel estelar, contribuyendo a la expulsión del mercado de la prevención de aquellas entidades cuya constitución como servicios de prevención respondiera a intereses espurios o no persiguieran más que un beneficio mercantil puro y duro. Si esa retirada de las Mutuas del territorio de la Seguridad Social fuera acompañada, además, de varias medidas legales como la tipificación delictiva de la mera ausencia de medidas de seguridad, con independencia del peligro que dicha situación pudiera generar, y la configuración de una responsabilidad contractual del empresario que le convirtiera en responsable directo de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo e hiciera exigible la adopción, por vía judicial y con cargo al patrimonio de la empresa, de las medidas de prevención que procedieran, se estarían sentando las bases, a nuestro juicio, de un paisaje productivo en el que la siniestralidad laboral no sería asumida por la sociedad, tal como sucede con la siniestralidad vial, como un tributo necesario que pagamos al progreso o como un efecto colateral, inevitable, del modelo de vida capitalista.





2

---

# Mercado de Trabajo







## «EL EMPLEO SIGUE CRECIENDO EN ESPAÑA A RITMOS SINGULARES»

INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN  
ESPAÑA Y ANDALUCÍA DURANTE EL SEGUNDO TRIMESTRE 2006

SANTOS M. RUESGA BENITO  
*Catedrático de Economía Aplicada*  
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO  
*Catedrático E.U. de Economía Aplicada*  
Universidad de Sevilla

CARLOS RESA NESTARES  
*Investigador del Colegio de México*

### EXTRACTO

En el segundo trimestre de 2006, las variables laborales de la economía española han seguido la tendencia de buen comportamiento que caracteriza los últimos años. Según los datos disponibles en la Encuesta de Población Activa. La ocupación se ha acercado a los veinte millones de personas y el desempleo se ha reducido este trimestre en casi cien mil. En lo que respecta a la economía Andaluza, las variables laborales han seguido este mismo comportamiento favorable. La ocupación ha crecido en este trimestre en más de ciento cincuenta mil personas y el desempleo en 23.600, bajando la cifra total de los cuatrocientas cincuenta mil desempleados. Como consecuencia de esta evolución, la tasa de paro media en España se sitúa en 8,53% y en Andalucía en el 9,26%, cifras que recogen valores más reducidos de los últimos años.

## INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. SEGUNDO TRIMESTRE 2006

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA <sup>(*)</sup>	VB <sup>(*)</sup>	Dato	VA <sup>(*)</sup>	VB <sup>(*)</sup>
<b>I. MERCADO DE TRABAJO</b>								
Población activa	Miles	2.º Trim. 06	21.530,10	0,9	3,3	3.548,20	0,0	3,9
Tasa de actividad	Porcentaje	2.º Trim. 06	58,30	0,6	1,7	55,23	-0,4	2,0
Hombres	..	..	69,09	0,2	0,6	67,64	-0,8	0,6
Mujeres	..	..	47,93	1,0	3,1	43,25	0,2	4,1
16-19 años	..	..	29,26	8,6	-0,1	31,59	8,3	0,0
20-24 años	..	..	67,86	1,3	2,2	66,69	-0,5	4,3
25-54 años	..	..	81,97	0,3	1,3	76,21	-0,1	2,0
Más de 55 años	..	..	19,68	0,0	3,0	16,51	-5,5	-1,8
Ocupados	Miles	2.º Trim. 06	19.693,10	1,5	4,2	3.098,70	0,8	5,2
Agricultura	..	..	957,40	-2,8	-3,0	248,60	-16,2	-6,8
Industria	..	..	3.286,90	0,4	0,7	312,60	-0,9	-3,9
Construcción	..	..	2.521,70	3,5	7,8	467,40	3,1	10,7
Servicios	..	..	12.927,10	1,7	5,0	2.070,10	3,0	7,2
Asalariados del sector público	..	2.º Trim. 06	2.853,80	-0,3	0,4	501,20	-3,3	-0,5
Asalariados temporales	..	2.º Trim. 06	5.540,80	4,6	7,9	1.167,70	2,5	8,2
Parados encuestados	..	2.º Trim. 06	1.837,00	-5,1	-5,5	449,60	-5,0	-4,5
Hombres	..	..	795,50	-6,0	-10,6	197,60	-6,7	-10,0
Mujeres	..	..	1.041,50	-4,4	-1,2	252,00	-3,5	0,3
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	2.º Trim. 06	8,53	-6,0	-8,6	12,67	-5,0	-8,1
Hombres	..	..	6,36	-6,6	-12,8	9,26	-6,4	-12,3
Mujeres	..	..	11,53	-5,6	-5,6	17,81	-4,1	-5,2
16-19 años	..	..	31,10	5,7	-0,3	30,97	-2,4	-17,9
20-24 años	..	..	14,64	-8,3	-15,6	18,90	-2,8	-14,2
25-54 años	..	..	7,54	-7,0	-6,1	11,40	-6,0	-3,7
Más de 55 años	..	..	5,34	-9,2	-16,6	8,94	-9,0	-15,8
Parados de larga duración	Porcentaje	2.º Trim. 06	25,92	-0,5	-9,2	30,87	-2,1	-1,7
Parados registrados	Miles	2.º Trim. 06	2.013,33	-6,9	-0,6	469,9	-4,0	8,1
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	2.º Trim. 06	81,92	-1,2	5,1	..	..	..
<b>II. CONDICIONES DE TRABAJO</b>								
Salario mínimo	€/mes	2.º Trim. 06	540,90	0,0	5,4	541	0,0	5,4
Coste laboral por trabajador	€/mes	2.º Trim. 06	2.197,39	4,0	3,5	2.015,41	5,5	5,7
Industria	..	..	2.509,11	3,4	3,5	2.174,26	2,4	2,6
Construcción	..	..	2.195,71	9,2	3,9	2.213,09	8,7	7,8
Servicios	..	..	2.110,89	3,2	3,8	1.930,12	5,2	6,1
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	2.º Trim. 06	150,1	-3,3	-3,5	152,3	-0,3	-2,7
Accidentes mortales de trabajo	Total	2.º Trim. 06	334	41,5	-10,9	..	..	..
<b>III. REGULACIÓN DE EMPLEO</b>								
Expedientes	Total	2.º Trim. 06	1.070	26,6	13,0	133	66,3	22,0
Trabajadores Extinción de empleo	..	..	10.563	-10,2	-30,5	448	95,6	59,4
Suspensión de empleo	..	..	6.771	4,6	6,2	288	6,3	-38,6
Reducción de jornada	..	..	3.747	-28,9	-56,2	2	..	..
<b>IV. CONFLICTOS LABORALES</b>								
Huelgas	Total	2.º Trim. 06	290	45,7	-4,3	..	..	..
Participantes	Miles	..	146,03	140,1	25,8	1,7	183,3	183,3
Jornadas no trabajadas	..	..	190,80	27,4	10,7	2,4	-45,5	-31,4
<b>V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS</b>								
Crecimiento económico	Porcentaje	2.º Trim. 06	3,6	3,5	3,4	..	..	..
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	4.º Trim. 05	-15,7	-18,4	-11,1	..	..	..
Inflación	Porcentaje	2.º Trim. 06	3,9	4,0	3,6	3,8	3,9	3,3
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	4.º Trim. 05	7,1	-0,5	4,2	..	..	..
Tipo de interés (Euribor 12) meses	Porcentaje	2.º Trim. 06	3,3	2,9	2,2	..	..	..

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



## ÍNDICE

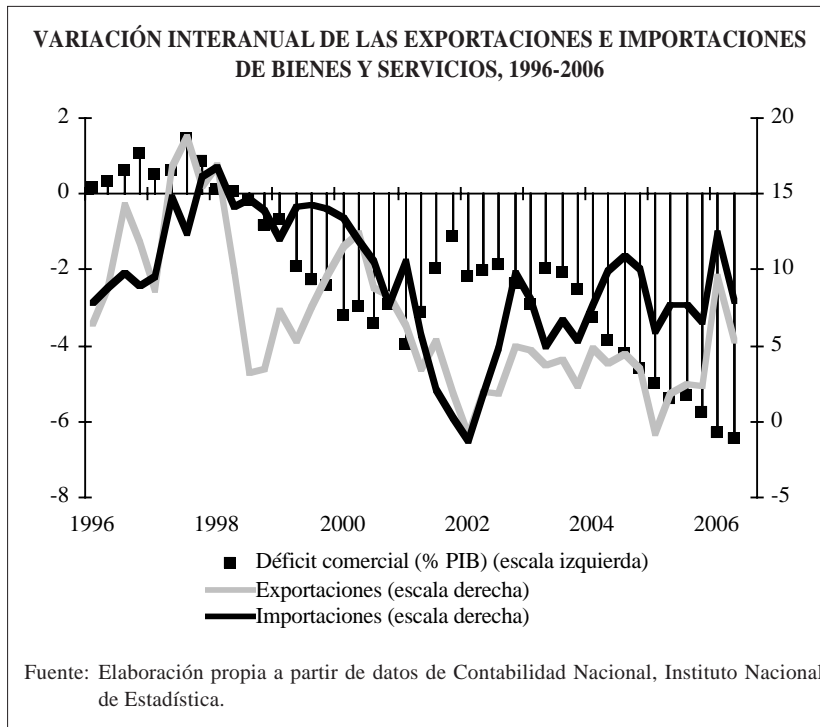
1. LA COYUNTURA ECONÓMICA
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. DESEMPLEO
5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

### 1. LA COYUNTURA ECONÓMICA

A un buen ritmo, la economía española sigue en su senda alcista. En el segundo trimestre de 2006 avanzó un nuevo paso en el camino de la expansión: una décima más hasta alcanzar el 3,7 por ciento. Es un repunte después de que en los dos trimestres anteriores se mantuviese estable. No es mucho. Pero si se tiene en cuenta que en los últimos dos años, el nudo del debate económico ha girado en torno a un escenario de ralentización del crecimiento

En el último trimestre, la población más importante para explicar el crecimiento son *los no residentes en España*. El repunte de la economía se debe, sobre todo, a una aportación menos negativa del sector exterior, que pasa de detraer 1,4 puntos de crecimiento económico en el trimestre anterior a los 1,1 puntos actuales. Las exportaciones crecieron en un espectacular cinco por ciento a lo largo del último año, lo cual combina con una contención de las importaciones, que aún así elevan su ritmo de crecimiento en casi dos décimas hasta el ocho por ciento interanual. Ni la reducción del precio del crudo reduce la tendencia de la economía española a importar menos productos. No obstante, la espectacular aceleración de las exportaciones durante el primer trimestre de 2006 se atempera hasta alcanzar niveles por debajo del crecimiento de las importaciones, lo cual contribuye a abrir aún más la brecha del déficit comercial.

Esta ligerísima mejora del sector exterior la compensa negativamente una demanda interna menos dinámica, que crece a un ritmo del 4,8 por ciento frente a los cinco puntos de crecimiento del periodo precedente. Todos los componentes de la demanda interna caen, pero con diferentes pendientes. El año pasado, por esas mismas fechas, la demanda de las familias estaba creciendo a un ritmo de 4,4 por ciento interanual. En la actualidad está en un mucho más moderado 3,6 por ciento. Pierde fuerza vital a casi tres décimas por trimestre. La demanda del sector público ha caído a un más vertiginosamente en el último año: de crecer al seis por ciento a hacerlo al 4,4 por ciento. La inversión se mueve en parámetros algo menos declinantes, aunque se mantiene la misma tónica. La inversión en bienes de equipo ha pasado en un año de crecer a casi el diez por ciento a un ritmo del 9,1 por ciento interanual, lo cual sigue siendo un incremento notable. Mientras tanto, la inversión en construcción ha sufrido un descenso más acusado, pasando del 6,2 al 5,7 por ciento de crecimiento interanual.



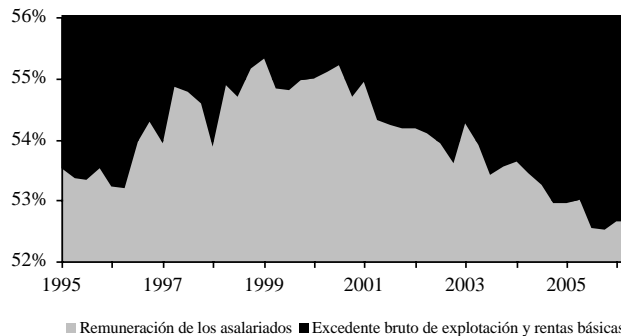
La pérdida de confianza en la economía española, un intangible capital para explicar su evolución, no sólo la reflejan los consumidores. También los empresarios se muestran escépticos. El Índice de Confianza Empresarial elaborado por las Cámaras de Comercio habla de que la ralentización es el escenario más esperado por los empresarios. Pese a ello, el cuarenta por ciento espera aumentar su cifra de negocio durante el último trimestre de 2006. Pero sólo el 9,1 por ciento de las más de cinco mil empresas del informe prevé aumentar sus plantillas ante crecimientos de la demanda frente a un 81,9 por ciento de las mismas que mantendrán equilibrado su personal. Los desembolsos en inversiones sólo están contemplados en un diecinueve por ciento de las empresas. Entre las causas alegadas para esta contención inversora se alega el alza de los tipos de interés, el aumento de la competencia y la debilidad de la demanda. La escasez de personal cualificado la señalan el 21,2 por ciento de los empresarios como limitación a su crecimiento. La insuficiencia de la oferta de trabajo para adaptarse a las necesidades son más acuciantes en la construcción, donde el 37,4 por ciento de los empresarios encuentran problemas para contratar personal cualificado, y la industria, en la que el veintiocho por ciento de las empresas declaran la misma carencia. Son precisamente los sectores más dinámicos en el presen-

te ciclo económico los que se muestran más pesimistas: la construcción, el transporte, los servicios de consultoría y las telecomunicaciones.

Desde la óptica de la oferta, el valor añadido de las ramas industriales es el que presenta un mayor dinamismo, mientras que la construcción y los servicios atenúan su crecimiento. No obstante, la evolución alcista del sector industrial continúa siendo paupérrima, del 2,9 por ciento, en comparación con los crecimientos registrados en los siempre crecientes servicios y en la construcción, en donde la ralentización hace una mella muy ligera y no consigue apejar al sector de tasas de crecimiento por encima del cinco por ciento. Analizando las distintas tipologías de obra, el comportamiento más favorable se observa en la obra civil, muy dependiente de un sector público afectado por la cercanía de las elecciones municipales y autonómicas. La obra en edificación exhibe una evolución más moderada, especialmente en lo que corresponde a la edificación no residencial.

La distribución primaria de las rentas continúa patrones de largo plazo que favorecen en el reparto de la tarta a los empresarios frente a los trabajadores. La remuneración de asalariados sitúa su crecimiento interanual en el 6,4%, una décima menos que en el trimestre anterior. Descontada la inflación a la que se enfrentan esos salarios cuando se reciben y el hecho de que el crecimiento de la ocupación está por encima del tres por ciento, el crecimiento de la retribución media por asalariado es casi plana. Aunque se produce un aumento de la remuneración media por asalariado, que pasa del 2,9 al 3,2 por ciento, una evolución en línea con la inflación. En el extremo contrario, el excedente bruto de explotación y las rentas mixtas aceleran su tasa hasta el 7,9 por ciento en el segundo trimestre de 2006, una décima más que en el período anterior.

**DISTRIBUCIÓN DE RENTAS DEL PRODUCTO INTERIOR BRUTO  
ENTRE SALARIOS Y BENEFICIOS,  
1995-2006 (EN PORCENTAJE SOBRE EL CIEN POR CIENTO)**

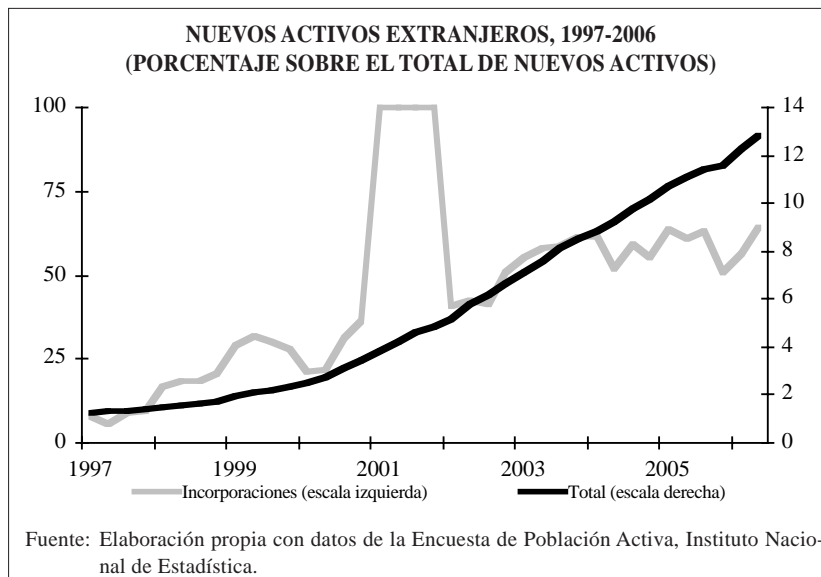


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Contabilidad Nacional, Instituto Nacional de Estadística.

## 2. LA OFERTA DE TRABAJO

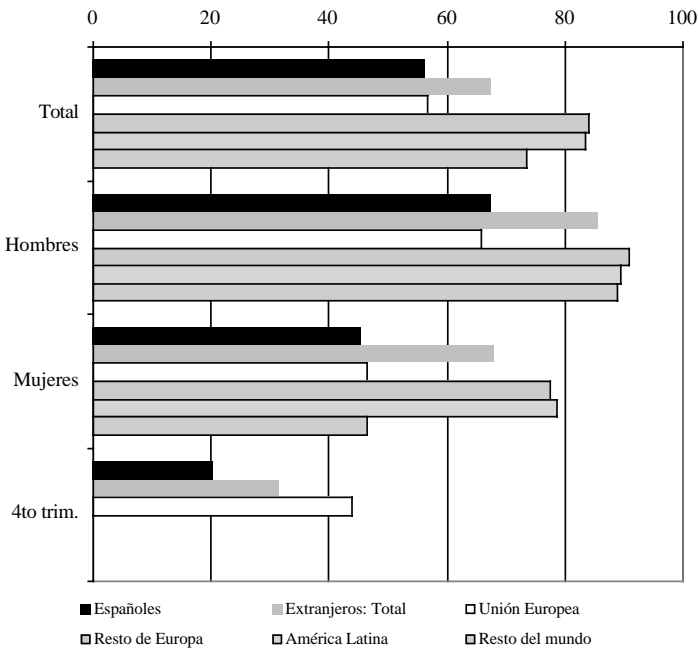
Según la Encuesta de Población Activa, el número de activos, es decir, población trabajando o deseando trabajar, superó los veintiún millones y medio de personas durante el segundo trimestre de 2006. Ciento noventa y seis mil personas se incorporaron al mercado de trabajo en ese periodo. La población activa crece con más rapidez que el total de población, lo cual tiende a indicar que aún se mantienen las expectativas sobre el mercado de trabajo que atraen a nuevos entrantes, confiados en encontrar un trabajo. En el conjunto del año llega casi al umbral de setecientos mil personas las que se ha incorporado al mercado de trabajo, un 3,3 por ciento más que hace un año.

El sesenta por ciento de quienes accedieron al mercado de trabajo en el último trimestre fueron mujeres, lo cual mantiene la tónica del último año. Con esos datos la tasa de actividad de las mujeres, medida entre la población de entre dieciséis y sesenta y cuatro años, supera el sesenta y uno por ciento. La de los hombres asciende ligeramente hasta el casi el setenta por ciento. Las cifras de unos y otros se acercan con los pasos de la moderación. Pero los grandes protagonistas de la ampliación de la oferta de trabajo en España en los últimos años han sido los inmigrantes. De manera más o menos constante, la contribución de los extranjeros ha supuesto en los últimos cinco años entre el cincuenta y el sesenta por ciento de las nuevas incorporaciones al mercado de trabajo español. Con tal crecimiento, la población activa extranjera está a un paso de alcanzar el trece por ciento del total. Casi tres millones de extranjeros incorporados al mercado de trabajo español.



La tasa de actividad de los extranjeros es muy superior a la de los españoles: del 56,3 por ciento de estos últimos, si se toma en cuenta el conjunto de los individuos mayores de sesenta y cinco años, frente al 77,1 por ciento de los extranjeros. Pero esta distorsión es únicamente el resultado de formas distintas de la pirámide demográfica, mucho más envejecida para los españoles, entre cuyas filas se encuentran la abrumadora mayoría de los jubilados. Así, por tramos de edad, las tasas de actividad son similares entre los españoles y los extranjeros, aunque siempre con una ligera ventaja para estos últimos que se hace más acusada en los tramos extremos de la pirámide poblacional. Mientras que trabaja el cincuenta y tres por ciento de los españoles entre dieciséis y veinticuatro años, para el mismo tramo de edades la tasa de actividad de los extranjeros asciende al 64,3 por ciento. Asimismo, la tasa de actividad de los extranjeros mayores de cincuenta y cinco años casi duplica a la de los españoles, a pesar de que en ningún caso supera el veinticinco por ciento del total de la población en ese tramo de edad.

**TASA DE ACTIVIDAD DE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL POR GRUPOS SOCIO-DEMOGRÁFICOS, TERCER TRIMESTRE DE 2006**



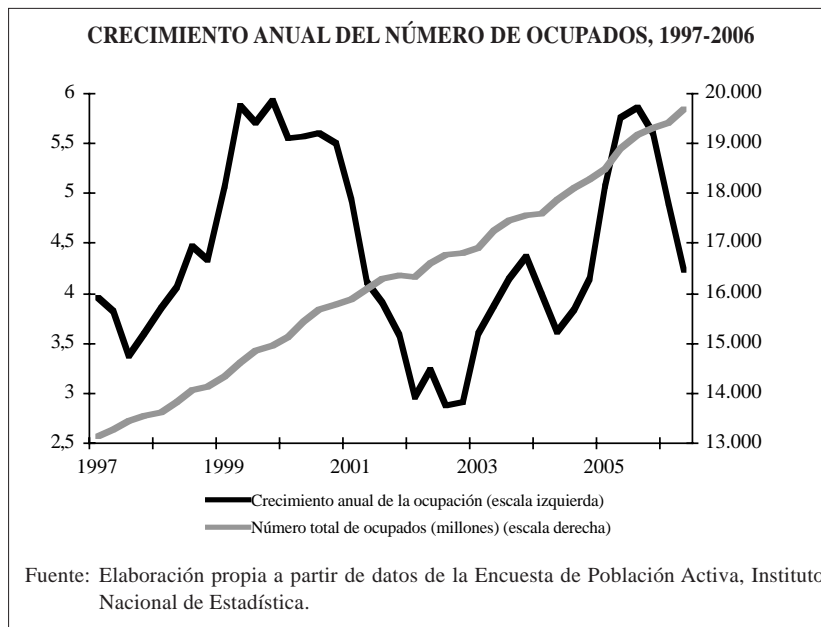
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Los extranjeros con tasas de actividad más altas son los procedentes de Europa del este de y de América Latina. Para ambos colectivos son cuatro de cada cinco inmigrantes en edad de trabajar los que efectivamente trabajan. Mientras tanto, los que tienen menos propensión al trabajo son los de la Unión Europea, quienes presentan grados de inactividad semejantes a los de los españoles por la afluencia de jubilados al calor del sol mediterráneo. Los africanos tienen tasas de actividad similares a las del resto de inmigrantes en lo referido a los hombres, pero se reduce sensiblemente entre las mujeres como resultado de patrones culturales que premian la presencia de las mujeres en el hogar y su ausencia del trabajo remunerado. Es por ello que su tasa de actividad global, para hombres y mujeres, es similar a la de los españoles.

### 3. LA DEMANDA DE TRABAJO

El número de ocupados en España se acerca a los veinte millones a buen ritmo. Durante el segundo trimestre de 2006 se crearon casi trescientos mil empleos netos, lo cual eleva a casi ochocientos mil el número total de ocupados. No obstante, el ritmo de crecimiento anual de la ocupación del 4,2 por ciento se suaviza con respecto a lo observado a lo largo de los años pasados, lo cual pone de manifiesto una mayor incapacidad del crecimiento económico para crear empleo o, del mismo modo, que los resultados de las fuertes inversiones en bienes de equipo de los años pasados comienzan a tener resultados en forma de crecimiento de la productividad. En cualquier caso, la evolución de la ocupación presenta un ritmo de crecimiento casi constante, en el que en un plano cruzaría de manera casi diagonal desde la parte baja de la izquierda hasta el margen superior derecho.

En la última década, la evolución del empleo, sin tomar en cuenta los cambios en su medición estadística, muestra una evolución muy peculiar. Dos ondas de aumento, al principio y al final del ciclo largo de crecimiento económico, que se atemperaron en el intermedio como resultado de una ralentización del ritmo de crecimiento económico. En los tres periodos, el principal elemento de anclaje ha sido la evolución casi plana de la productividad laboral. Sin esa noción, el total del crecimiento económico se ha trasladado de manera literal a una utilización más extensiva del factor trabajo, es decir, a aumentos en el número de personas trabajando. El último descenso representa una ruptura de los patrones de crecimiento, en tanto en cuanto permite cierto hueco para el crecimiento de la productividad laboral, que aún sigue siendo muy bajo.



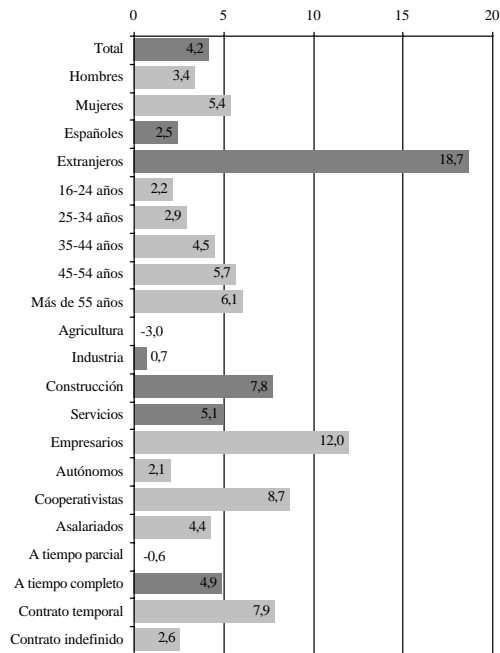
En el segundo trimestre de 2006 la ocupación creció más entre las mujeres que entre los hombres. El sesenta por ciento de los empleos netos que aparecieron en el segundo trimestre de 2006 recayeron sobre mujeres, una ratio similar a la registrada a lo largo del año. El ritmo anual de crecimiento del empleo femenino es del 5,4 por ciento, dos puntos por encima del registrado entre los hombres. Casi en la misma relación crece la ocupación en términos de nacionalidad. El sesenta por ciento del aumento neto del empleo recae sobre los extranjeros, una cifras que se mantiene más o menos constante en el promedio anual. Durante el último año, más de cuatrocientos mil extranjeros encontraron un empleo en el mercado de trabajo español, frente a una cifra ligeramente por debajo del número de nuevos españoles con el empleo.

La variación positiva en la ocupación es más intensa conforme avanzan los tramos de edad. Los más favorecidos por la expansión del empleo durante el último año han sido los mayores de cincuenta y cinco años, un elemento que tiene que ver tanto con la mejora de las oportunidades de empleo de los adultos mayores como, sobre todo, con un retraso en la edad de jubilación gracias a un menor número de prejubilaciones y con el simple avance de los patrones demográficos. Más mujeres ocupadas, que suponen el gran cambio de la estructura del empleo en España, se están haciendo mayores o, en menos casos, se están incorporando a un trabajo remunerado gracias a la bonanza económica transformada en empleo.

Por sectores de actividad, son los servicios los que acumulan la inmensa mayoría de la creación de empleo, con una muleta puesta en la construcción. Seiscientos veinte mil empleos se crearon en los servicios y ciento ochenta mil en la construcción, lo que da el total de ochocientos mil empleos netos en el último año. La terciarización se acentúa en España. La industria y la agricultura se compensan entre sí: se crearon veinticinco mil empleos en la industria, los mismos que se destruyeron en el sector primario. Tal es la evolución que la construcción ya ocupa a dos millones y medio de trabajadores, sólo ochocientos mil menos que toda la industria.

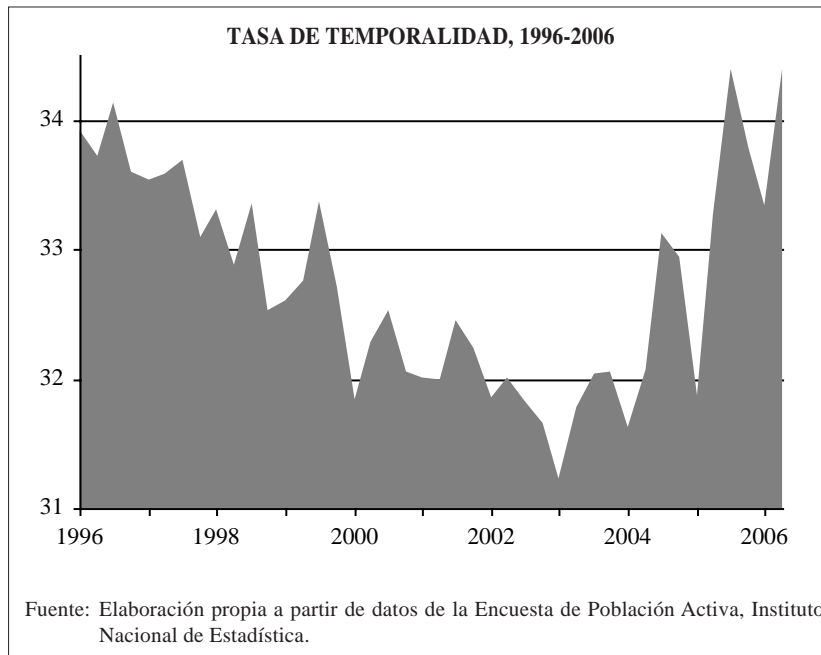
El epígrafe de mayor crecimiento entre las ocupaciones es el de empleadores, donde ya se supera holgadamente el millón de individuos tras un incremento del doce por ciento durante el último año. Por el contrario, la oscilación ascendente es más atemperada en el grupo de empresarios sin asalariados y trabajadores independientes. Los asalariados crecen en un 4,4 por ciento a lo largo del año, lo cual fortalece, aunque levemente, la tendencia a la asalarización del mercado de trabajo de trabajo español.

#### CRECIMIENTO ANUAL DE LA OCUPACIÓN POR GRUPOS SOCIO-DEMOGRÁFICOS, TERCER TRIMESTRE DE 2006 (EN PORCENTAJE)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

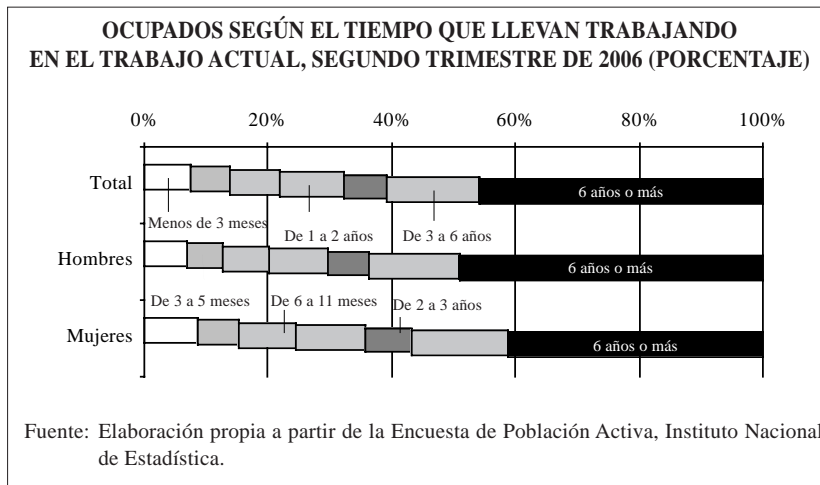
En el segundo trimestre de 2006 aumentó el número de asalariados con contrato temporal en casi doscientos cincuenta mil individuos. En sentido inverso, se destruyeron casi veinte mil empleos netos. Pese a los instrumentos legales y financieros para favorecer la contratación indefinida puestos en marcha por el gobierno tras el acuerdo alcanzado con organizaciones empresariales y sindicales, la evolución de la temporalidad está alcanzando las cotas más altas de la historia. La reducción leve pero constante de la tasa de temporalidad que se registró desde 1994 hasta 2003 ha repuntado en los últimos tres años, pese a las palabras y los esfuerzos que se dicen realizar. Las condiciones económicas y las tradiciones contractuales parecen tener una mayor influencia sobre la elección del tipo de contrato que cualquier otra circunstancia, incluidos los incentivos económicos.



La tasa de temporalidad continúa siendo sensiblemente mayor entre mujeres que entre hombres: del 32,2 por ciento para estos últimos y del 37,3 para las primeras. En el sector privado, la tasa de temporalidad alcanza el 36,1 por ciento, una cifra que se reduce casi diez puntos, hasta el veintiséis por ciento, entre los asalariados del sector público. Pero la gran diferencia en cuanto a la probabilidad de un trabajador de tener un contrato temporal está regida por la edad. La tasa de temporalidad alcanza el 82,9 por ciento

entre los menores de veinte años. Por tramos quinquenales, la tasa de temporalidad va disminuyendo de manera gradual: el sesenta y tres por ciento para quienes están entre los veinte y veinticinco años, el 46,7 por ciento para quienes no llegan a la treintena. Un tercio de quienes tienen entre treinta y cuarenta años aún mantienen sus contratos temporales. Y a partir de ahí, las cifras de temporalidad son sensiblemente inferiores a la media: del veinticuatro por ciento para quienes están en la cuarentena, del diecisiete por ciento entre quienes tienen entre cincuenta y sesenta años y del trece por ciento para los que superan esa edad.

La temporalidad lleva aparejada una mayor rotación en el mercado de trabajo y la consiguiente depreciación de la formación en el trabajo. Menos de la mitad de los trabajadores españoles llevan más de seis años en el mismo trabajo. Por el contrario, dos millones y medio de trabajadores españoles han pasado menos de seis meses en su puesto de trabajo. Las mujeres tienden a cambiar de empleo con mayor profusión que los hombres, lo cual también expresa una incorporación más tardía al mercado de trabajo en tiempos más revueltos en lo que se refiere a permanencia laboral. Mientras que el cuarenta y uno por ciento de las mujeres no han cambiado de empleo en los últimos seis años, la misma duración en el empleo afecta al cuarenta y ocho por ciento de los hombres. En el punto contrario del espectro, una de cada seis mujeres ha accedido al empleo que tienen hace menos de seis meses, una circunstancia que afecta tan sólo uno de cada ocho hombres.

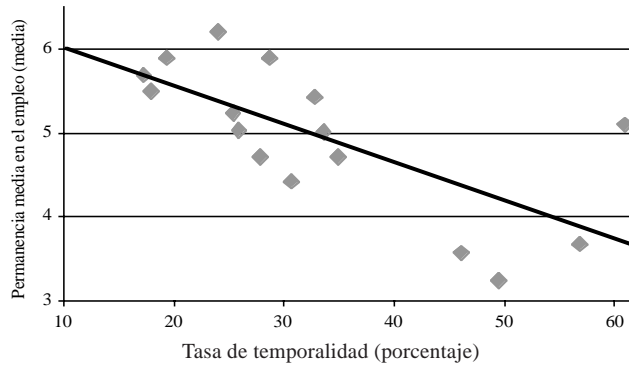


Pese a que la temporalidad afecta de manera muy diversa a los sectores de actividad, la rotación parece mostrar una correlación estable pero mucho menor. La permanencia media en el puesto de trabajo en España es

de 4,7 años y, por ramas de actividad, se mueve entre los tres y los seis años. Incluso en los sectores en el que más temporalidad en el empleo existe, el servicio doméstico, la hostelería y la construcción, casi un tercio de los trabajadores ha estado en el mismo empleo durante más de seis meses. Las ramas de actividad en las que mayor permanencia en el empleo existe son las esperables: la administración pública, la energía, la educación y los servicios financieros. El trabajador promedio lleva cinco años en el mismo puesto de trabajo. Por el contrario, menos de cuatro años es la media que llevan en el empleo en la construcción, la hostelería y el servicio doméstico. Una excepción al patrón de correlación entre permanencia media en el empleo y tasa de temporalidad es la agricultura y ganadería, donde la alta tasa de temporalidad es la agricultura, donde la tasa de temporalidad más alta se corresponde con una duración media del empleo ligeramente superior a la media. Pero es que en este caso, existe un gran número de asalariados en el sector con una experiencia tan amplia que abarca toda una vida en un sector ya de por sí muy envejecido en su mano de obra española.

**RAMA DE ACTIVIDAD SEGÚN PERMANENCIA MEDIA EN EL EMPLEO,  
SEGUNDO TRIMESTRE DE 2006**

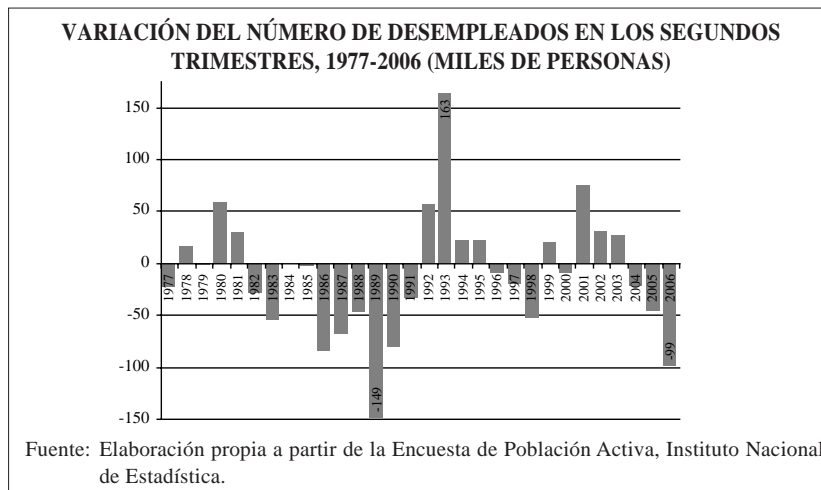
Rama de actividad	Permanencia media en el empleo (años)	Trabajadores que llevan más de seis años en su empleo (porcentaje del total)
Administración pública	6,20	68,99
Energía	5,90	62,85
Educación	5,89	63,43
Intermediación financiera	5,69	61,45
Industrias extractivas	5,50	55,64
Sanidad	5,42	55,46
Industrias manufactureras	5,24	52,53
Agricultura y ganadería	5,09	51,95
Transporte y comunicaciones	5,02	48,89
Pesca	5,01	52,34
Comercio	4,71	43,97
Servicios sociales y personales	4,71	44,07
Servicios empresariales	4,42	39,16
Construcción	3,67	29,95
Hostelería	3,57	29,64
Servicio doméstico	3,24	22,57



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

#### 4. DESEMPLEO

En el segundo trimestre de 2006, el número de desempleados se ha reducido en casi cien mil personas hasta quedar en el umbral del millón ochocientas mil personas. La caída del paro es especialmente favorable. Es éste segundo trimestre el que se considera como el mejor reflejo de lo que ocurre en el conjunto del año y tiende a calcar el comportamiento tendencial del mercado de trabajo. Y ha sido este segundo trimestre el segundo mejor para la reducción del desempleo desde que existen cifras estandarizadas. Sólo 1989 fue más fructífero en esa reducción y representa una profundización en la mejora de la reducción del desempleo que viene registrándose desde 2001.



En el conjunto del año, el desempleo se ha reducido en poco más de la cifra registrada en el último trimestre: ciento ocho mil personas a lo largo del año. Constituye un pequeño repunte en la reducción del desempleo, pero que no alcanzan las cifras de reducción que se registraban en periodos tan cercanos como principios de 2005. En cualquier caso, la tasa de paro cae hasta el 8,53 por ciento a partir del 9,1 por ciento registrado en el trimestre anterior. Desde 1979 no se registraban tasas tan bajas de disminución del desempleo.

La actual reducción del desempleo sitúa a España mucho más cerca de estar en el entorno de la Unión Europea, aunque aún está por encima. La Unión Europea, así como el resto de países desarrollados, mantienen también la senda de reducir sus tasas de paro. Entre los países con las tasas más bajas están los nórdicos, con la excepción de Finlandia, y las economías desarrolladas fuera de la Europa continental, desde Japón a Australia pasando por Islandia, Irlanda y Japón.



La reducción del desempleo en el segundo trimestre de 2006 fue casi igual entre hombres y mujeres: cincuenta mil desempleados menos para cada género. Dado el nivel de partida, la misma disminución significa una apertura de la brecha entre ambos. Mientras la tasa de paro está dos décimas por debajo de la media entre los hombres, para las mujeres se reduce en siete décimas hasta el 11,5 por ciento de la población activa. Pero la forma más sorprendente de esta reducción del desempleo tiene que ver con su reparto por nacionalidades. En el último trimestre ciento cinco mil españoles abandonaron el grupo de desempleados, al que se incorporaron seis mil extranjeros más. También se dualiza el mercado de trabajo por ese lado: el ocho por ciento de la tasa de desempleo entre los españoles se transpone con un doce por ciento entre los extranjeros.

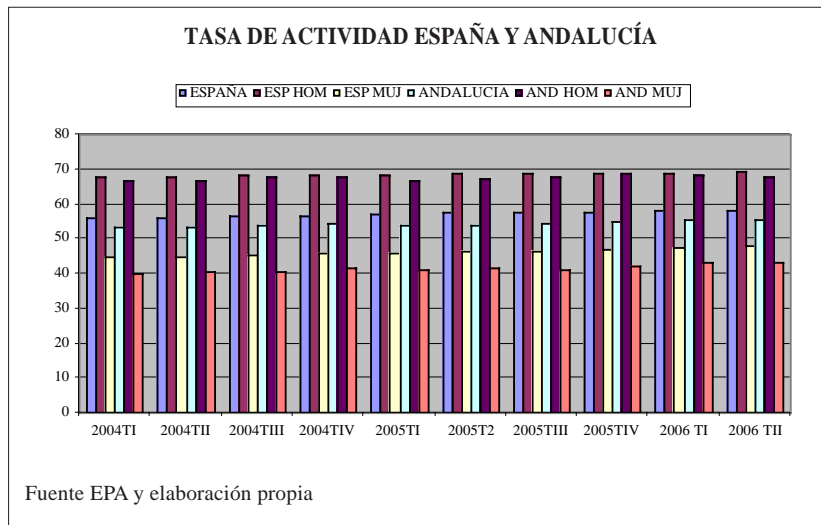
Sólo entre los más jóvenes aumentó el desempleo en el segundo trimestre de 2006. En el resto de grupos de edad, el descenso se repartió de manera equitativa y varió entre el seis y el ocho por ciento. Al mismo tiempo, la mayor reducción del desempleo fue más intensa en la industria. Pero, como se vio en la ocupación, eso no significa que se reduzca la tendencia a la desindustrialización. Disminuyó el número de parados en el sector no porque encontrasen un puesto de trabajo en ese sector sino porque salieron del desempleo para emplearse en la construcción y los servicios. En cambio, se perciben otras tendencias: se mantiene la capacidad del mercado de trabajo de atraer nuevos entrantes, pero su estancia en la situación de desempleo se prolonga por más tiempo. Durante el segundo trimestre de 2006 aumentó en un tres por ciento el número de desempleados que buscaban su primer empleo hasta alcanzar los doscientos diez mil individuos.

## 5. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

La economía andaluza sigue teniendo una fuerte tasa de crecimiento (en torno al 3,6%) en los primeros meses del año 2006, sin embargo, el crecimiento del conjunto de la economía nacional ha superado a la tasa andaluza por lo que en este periodo, se ha reducido el diferencial favorable a la economía andaluza de los últimos trimestres. Los sectores productivos presentan una evolución diversa, hay una recuperación del sector agrícola, un cierto estancamiento en el sector industrial y un crecimiento del sector servicios. Sin embargo, es de destacar que el sector de la construcción sigue siendo el más dinámico ofreciendo una tasa interanual de crecimiento en el primer trimestre de 2006 del 5,6%. La evolución del sector de la construcción mantiene tasas interanuales muy superiores a la media andaluza, y el tiempo en el que esto está ocurriendo es ya muy prolongado por lo que la continuación de estas elevadas tasas es objeto de una cierta polémica. Esta

evolución marcará la forma en que se ha desarrollado el empleo en este sector en los últimos años, como se verá más adelante.

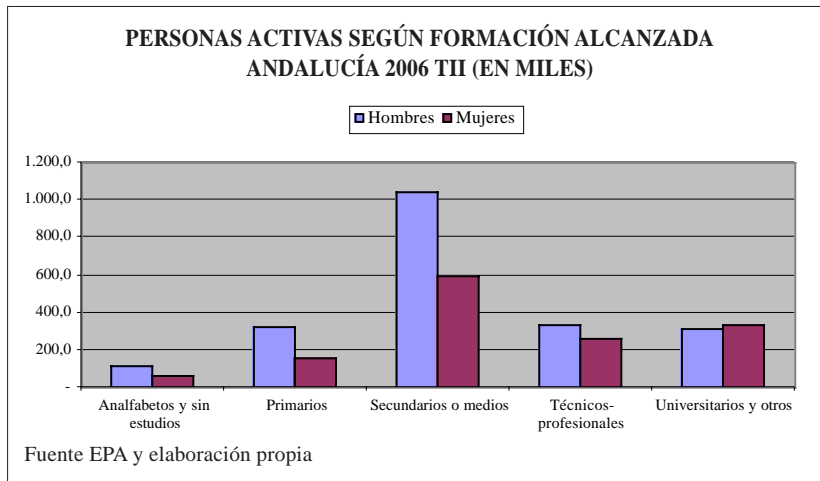
La evolución de la economía andaluza y española, enmarca la de las variables laborales más importantes de Andalucía en el segundo trimestre de 2006. En lo que respecta a la oferta de trabajo, el número de personas laboralmente activas, se situó en el 3.548.200 personas, una cifra muy parecida a la del trimestre anterior, como consecuencia de que el aumento de mujeres en el mercado de trabajo andaluz se ha compensado con una reducción de los hombres laboralmente activos. Con respecto al mismo trimestre del año anterior, la subida de la población activa es de 123.600 personas, lo que representa un aumento del 3,6%. La tasa de actividad media en Andalucía se ha situado en el 55,23% creciendo un punto respecto al mismo trimestre del año anterior. La diferencia con la tasa media de actividad nacional se sitúa en algo más de tres puntos.



Como ya se ha puesto de manifiesto en artículos anteriores, las diferencias en los comportamientos de oferta laboral entre hombres y mujeres en Andalucía son significativas. La tasa de actividad masculina queda en el 67,64%, mientras que la femenina en el 43,25%. La convergencia en las tasas masculinas a nivel nacional y autonómico es prácticamente total, sin embargo, la diferencia entre las tasas de actividad femeninas es casi cuatro puntos y medio.

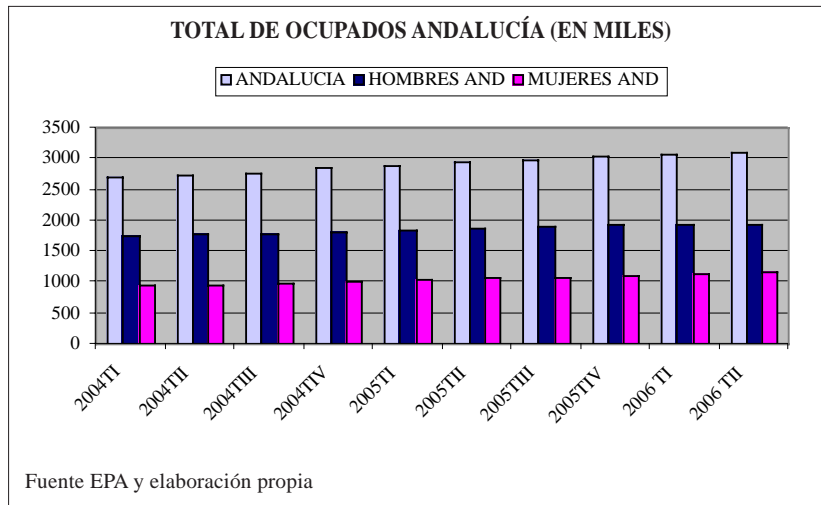
Los factores que determinan la oferta de trabajo son variados y complejos. Uno de los elementos que se considera como un factor esencial para explicar esta decisión es el del nivel de formación alcanzado por las perso-

nas. Si se agrupan los oferentes de trabajo según el nivel de educación, se observa que la población andaluza toma unas pautas de comportamiento algo distintas si se trata de hombres o de mujeres. En ambos casos, el grupo mayor es el que ha alcanzado los estudios medios o secundarios. También se observa que hay mayor cantidad de hombres activos que de mujeres en cuatro de los cinco grupos en que se han dividido los niveles formativos. Sin embargo, en el grupo de universitarios y estudios superiores el número de mujeres en términos absolutos, es mayor que el de hombres. Dado que hay 719.300 mujeres menos que hombres en la oferta de trabajo. El 23,9% del total de las mujeres que participan en la oferta de trabajo tienen estudios universitarios o superiores, mientras que para los hombres este grupo representa únicamente el 14,64%. De esta forma intuitiva se puede apreciar la importancia de la formación como factor determinante de la oferta de trabajo de las mujeres.

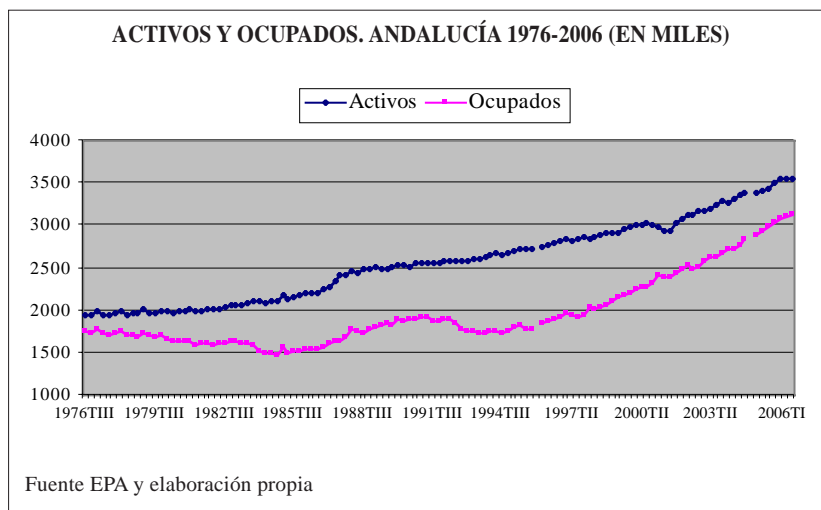


En lo que respecta a la evolución de la demanda de trabajo en Andalucía, que se mide por el nivel de empleo, la cifra total de ocupados en el segundo trimestre de 2006 se ha situado en 3.098.700 personas (23.900 más que en el trimestre anterior). Con respecto al segundo trimestre de 2005, la ocupación ha crecido en 153.900 personas (77.500 hombres y 76.400 mujeres). En términos relativos, estas cifras significan un incremento del 5,22% anual en el conjunto de la ocupación, (un 7,03% para las mujeres ocupadas y un 4,17% para los hombres). Este crecimiento es superior al del conjunto de la economía española, que fue de un 4,22%.

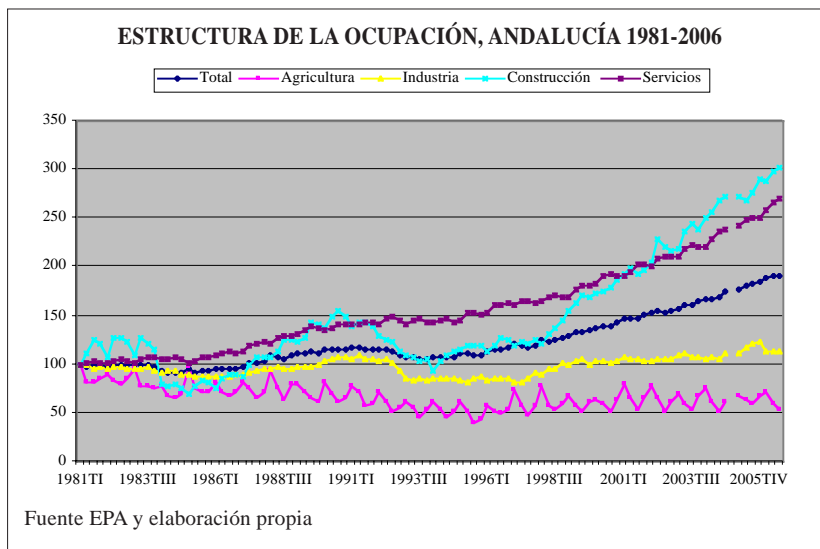
#### PERSONAS ACTIVAS SEGÚN FORMACIÓN ALCANZADA



Si consideramos un periodo de tiempo más largo y representamos la evolución de la ocupación y de la actividad tendremos una visión más completa de las distintas fases por las que ha pasado el mercado de trabajo en Andalucía en los últimos treinta años, considerando que la metodología de elaboración de la EPA ha cambiado varias veces en estos años en el gráfico se han elanzado los datos proporcionados por el INE para cada periodo temporal vigente. Como se observa, desde mediados de los años noventa se ha producido un fuerte tirón tanto de la actividad como de la ocupación constituyendo el periodo de mayor expansión del empleo.

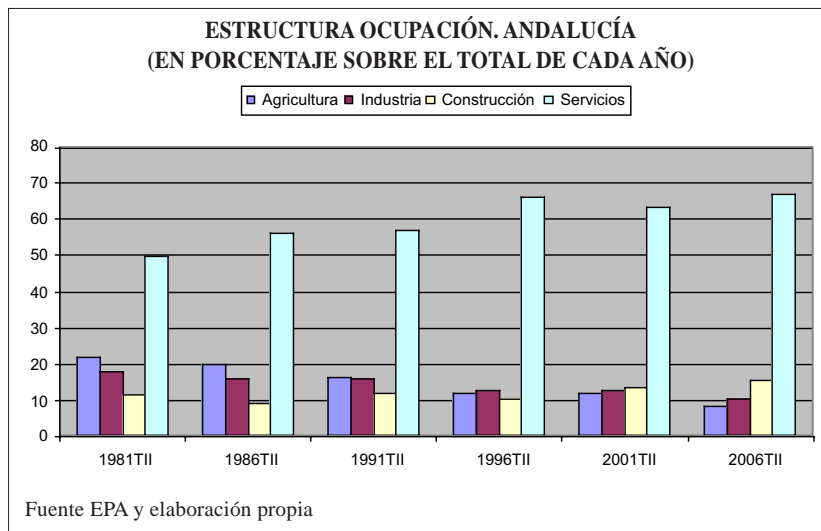


Detrás de este comportamiento de la ocupación, muy ligada a la evolución del ciclo económico, el comportamiento del empleo de los distintos sectores económicos ha sido muy diferenciado. Para caracterizar estos comportamientos diferenciales podemos considerar la evolución de un índice sectorial de empleo. De forma arbitraria, damos un valor de 100 al empleo de cada sector económico en el periodo elegido como base (1976) y a partir de ahí se representa el valor de cada índice a lo largo de los años siguientes. Como se observa en el gráfico el índice de la agricultura, muestra una caída sostenida del empleo en el sector. En lo que respecta al sector industrial se muestra una estabilización del empleo en torno a valores muy similares a los del comienzo del periodo, aunque está presente el ciclo económico. Por el contrario, la ocupación en el sector servicios ha crecido significativamente desde el principio del periodo pero de forma más sustancial a partir de la segunda parte de la década de los años noventa. Sin embargo, lo más destacado es lo que ha ocurrido con el empleo en el sector de la construcción. La presencia del ciclo económico es muy evidente con mayor volatilidad que en el caso de la industria, y con una senda de crecimiento de gran pendiente a partir de finales de los años noventa. El índice del empleo en la construcción ha superado recientemente, el 300, valor mayor que el correspondiente al índice del empleo en el sector servicios.



La evolución de los índices de empleo, puede enmascarar el peso relativo de cada uno de los sectores productivos en el total de la ocupación de Andalucía. Por ello, es pertinente comparar el gráfico de los índices con el

que represente el peso del empleo en cada sector, en porcentaje respecto a la ocupación total. Si utilizamos como fechas de referencia los datos del segundo trimestre de cada lustro comenzando en 1981, observamos que el peso de la ocupación en los servicios es hegemónico en todos los años considerados, con tendencia al aumento, alcanzando en el segundo trimestre de 2006 los dos tercios del total de la ocupación (66,8%). Por el contrario, los otros tres grandes sectores productivos se encuentran reparten el resto de la ocupación. El empleo en la agricultura muestra una clara tendencia decreciente, desde un 25% en el 1981 hasta un 8% en 2006. La ocupación en el sector industrial de Andalucía también ha perdido peso en el periodo considerado, mientras que la ocupación en la agricultura ha ido ganado peso alcanzando un máximo del 15% en el periodo actual.



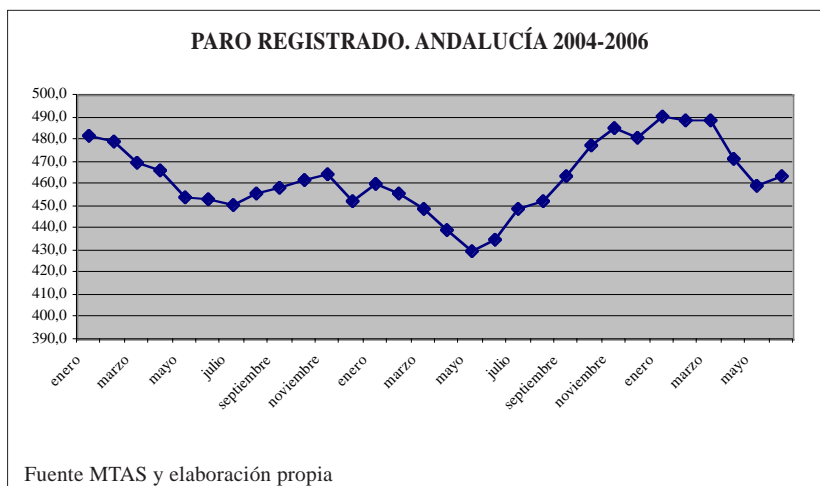
En lo que respecta al tipo de relación laboral, en el periodo de referencia, en Andalucía el número de asalariados ha crecido hasta alcanzar un total de 2.533.000 personas alcanzándose la tasa de salarización del 81,74% del total de ocupados en Andalucía. En España, la tasa de salarización es ligeramente superior (81,81%), siendo la diferencia atribuible a las mujeres puesto que las tasas masculinas en España y Andalucía coinciden en un 79,02%. La tasa de temporalidad en Andalucía se ha situado en el 46,10%, mientras que en el conjunto del territorio nacional, la tasa se ha situado en el 34,39%. La diferencia entre ambas cifras afecta tanto a hombres (43,57% frente al 32,25%) como a mujeres (49,95% frente a 37,28%).

El tercer gran apartado relevante para caracterizar la evolución del mercado de trabajo es el que recoge la evolución del paro. Según los datos de

la EPA referidos a Andalucía, el número de desempleados se situó en el segundo trimestre de 2006 en 449.600 personas, lo que supone una reducción de 23.600 personas en este trimestre y 21.200 menos respecto al mismo al mismo periodo de 2005, lo que significa una caída del 4,51%. Esta evolución, situó la tasa de paro media andaluza en este primer trimestre en el 12,67%, 0,67 puntos menos que el trimestre anterior

La reducción del desempleo en este trimestre ha sido mayor entre los hombres (14.300) que entre las mujeres (9.300). La tasa de paro en ambos colectivos se ha reducido en este trimestre siendo la bajada de la tasa de desempleo femenina mayor que la masculina (0,76 y 0,64 puntos respectivamente), quedando los valores para ambos grupos en el 17,81% para las mujeres y 9,26% para los hombres. La reducción del desempleo se ha producido en todos los grupos de edad de las mujeres y en todos excepto en los de 30 a 44 años y más de 65 años, entre los hombres. El mayor descenso del desempleo se ha producido entre los que llevan menos de seis meses buscando empleo.

La evolución del desempleo, puesta de manifiesto por la Encuesta de Población Activa, puede ser contrastada con la información aportada por el SISPE, que a partir de mayo de 2005 ha proporcionado los datos según la nueva metodología. Los datos anteriores son estimaciones en términos SISPE facilitadas por el INEM. Como se observa, los niveles de paro registrado son ahora superiores en comparación los facilitados por la metodología anterior. Los datos mensuales recogidos en el gráfico, presentan una clara tendencia decreciente y un fuerte impacto de la estacionalidad a lo largo del. Como se observa, a lo largo de los seis primeros meses del año 2006 se mantiene la misma evolución que en los años anteriores, señalando una caída desde el mes de enero hasta junio de 27.300 personas.



Una forma complementaria de analizar los datos de coyuntura del desempleo en Andalucía lo aporta su contextualización en un periodo temporal referido a los últimos veinticinco años para los cuáles disponemos de información estadística. Considerando esta perspectiva temporal más amplia la evolución del total de desempleados en Andalucía marca una clara tendencia a la reducción en la última década, en la que se están alcanzando unos valores no registrados desde hace más de veinte años, haciendo la salvedad de los cambios metodológicos que ha experimentado la Encuesta de Población Activa, a lo largo del periodo de elaboración de la misma. Esta perspectiva da una idea más apropiada de la situación en la que actualmente se está colocando el mercado de trabajo en Andalucía y en el contexto español de caída del desempleo. Esta evolución plantea un contexto muy específico para las políticas de empleo y la atención a colectivos específicos de difícil empleabilidad.







3

---

# Comentarios de Jurisprudencia







## NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

# DERECHO DE HUELGA Y SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Sentencias del Tribunal Constitucional  
183/06, 184/06, 191/06 y 193/06, de 19 de junio*

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ \*

**SUPUESTO DE HECHO:** Tras la convocatoria de la huelga general del 20 de junio de 2002, los sindicatos CCOO y UGT interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo contra los RD 527/02 y 531/02, de 14 de junio, por los que se establecieron las normas para fijar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ente público RTVE y Gestevisión Telecinco y Sogecable respectivamente. En virtud de tales decretos, se deberían emitir en directo durante dicha jornada de huelga la integridad de los servicios informativos, admitiéndose la transmisión en diferido del resto de la emisión de dicho día, que de este modo no se vería interrumpida. El Tribunal Supremo desestimó dichos recursos en las correspondientes sentencias de 17 de enero de 2003. Contra dichas sentencias, los sindicatos recurrentes interpusieron cuatro recursos de amparo alegando la vulneración del derecho de huelga al considerar que los servicios mínimos establecidos por la autoridad gubernativa fueron abusivos restringían injustificadamente el ejercicio del derecho de huelga.

**RESUMEN:** El Tribunal Constitucional entra a conocer el recurso de amparo y admite a trámite la demanda contra las sentencias antes citadas. Este Tribunal resuelve a través de las Sentencias ahora comentadas los cua-

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

tro recursos interpuestos por las organizaciones sindicales. La Sentencia 183/06 sirve de base para las demás que básicamente reproducen los fundamentos de ésta, con la particularidad de que la sentencia 193/06 resuelve también la cuestión de la posible delegación por parte de la autoridad gubernativa de la facultad de determinar las medidas necesarias para el mantenimiento de los servicios mínimos. El Tribunal Constitucional concede el amparo a los demandantes, al entender que el derecho de huelga se vio vulnerado por los Reales Decretos arriba citados al determinar unos servicios mínimos que sobrepasan el mínimo perjuicio necesario para el derecho de huelga. La autoridad gubernativa había permitido la emisión continua de espacios gravados y la totalidad de los servicios informativos en directo. Estas medidas, a juicio del constitucional, conferían una apariencia de normalidad que incidía en el propio derecho de huelga, una de cuyas características es la transmisión a lo opinión pública de su existencia, sobre todo, al tratarse, como era el caso, de una huelga general contra la política social del gobierno.

#### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DERECHO DE HUELGA Y POSIBLES LIMITACIONES. CONCEPTO DE SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD
3. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LA HUELGA. OBJETO DEL DERECHO DE HUELGA
4. POSIBLES DELEGACIONES DE LA FACULTAD DE DETERMINACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

### 1. INTRODUCCIÓN

La huelga, como principal instrumento de exteriorización colectiva del conflicto social y laboral, ha ido experimentando importantes mutaciones a lo largo de los dos últimos siglos. Desde el momento inicial de penalización de la huelga hasta el actual de reconocimiento de la huelga como derecho fundamental han sido muchas las fases de este instrumento de conflicto, no sólo por su recepción en el derecho sino, sobre todo, por la íntima relación existente entre el momento histórico en que se encuentre la capacidad de lucha de la clase trabajadora y su reflejo en el ordenamiento jurídico. Todo ello, obviamente, sin olvidar las importantes repercusiones que sobre las posibilidades y características de la huelga tiene las diferentes mutaciones de la realidad económica y social.

Partiendo de estas premisas, en el momento actual esta institución se encuentra con nuevos obstáculos que dificultan considerablemente el normal discurrir de la misma. Unos altos niveles de precariedad laboral, unidos a una pérdida significativa de identificación con su propia clase, provo-

ca que las huelgas no sean vistas siempre con buenos ojos por parte de un cierto sector de los trabajadores. Por otro lado, las importantes mutaciones de los procesos de producción, con significativas dosis de externalización, y el aumento del empleo de las denominadas como nuevas tecnologías, genera nuevos retos a la efectividad de la huelga.

Este último aspecto es, precisamente, sobre el que pivota el núcleo de las resoluciones ahora comentadas. En ciertos sectores productivos, entre ellos el de las telecomunicaciones e información, la presencia permanente de trabajadores en su respectivos lugares de trabajo ha dejado de ser imprescindible, al menos a corto plazo, para poder asegurar la continuidad del servicio en cuestión. De esta manera, se confronta, como después veremos que ocurre en el supuesto de hecho enjuiciado, por una parte el objeto de la huelga —la cesación de la prestación del trabajo— y el objetivo de dicha cesación —la paralización de la producción con el consecuente perjuicio a la contraparte del conflicto y la exteriorización del mismo—. Todo ello, lógicamente, con el interés añadido de la empresa de intentar preservar la apariencia de normalidad como indicador del escaso seguimiento de la huelga.

Pues bien, el antecedente de hecho de esta sentencia encaja a la perfección en el marco de las premisas esbozadas. El 20 de junio de 2002 las organizaciones sindicales más representativas convocaron una huelga general de 24 horas contra la política social del gobierno de turno. Con el antecedente de la huelga general del 14 de diciembre de 1988, se evidenciaba que el éxito de la convocatoria dependía de su repercusión en el marco de los grandes canales de televisión. Sabedor de ello, el gobierno del Partido Popular centró todos sus esfuerzos contra la huelga en intentar minimizar dichos efectos mediáticos. En el marco de dicha estrategia se dictaron los Decretos de servicios mínimos ahora enjuiciados por el Tribunal Constitucional.

Conforme a dichas Decretos de servicios mínimos, la autoridad competente exigía el mantenimiento de la totalidad de los informativos y admitía la emisión grabada del resto de la programación. A su vez, la emisión de los informativos fue utilizada como medio de desprestigio de la convocatoria y minusvaloración de los efectos del paro <sup>1</sup>.

En este punto, conviene resaltar el que, a nuestro juicio, es el elemento más significativo de la cuestión a resolver por el Tribunal Constitucional. La impugnación del Decreto de servicios mínimos se basó en dos cuestiones bien diferentes que, con posterioridad, el Tribunal Constitucional habrá de resolver por separado. Por una parte, la posible extralimitación en la fijación de los servicios mínimos desde el clásico punto de vista del porcen-

<sup>1</sup> SAN (Sala de lo Social), de 23 julio de 2003 (Ar. 2206/03).

taje de trabajadores que habrán de cubrirlos. Esto es, si dicho porcentaje es excesivo a los efectos de garantizar los servicios esenciales de la comunidad, o, si por el contrario, no es posible garantizar los mismos con un volumen de empleo inferior al decretado. En segundo lugar, si, al margen del número de trabajadores afectados por dichos servicios mínimos, es posible considerar como excesiva la continuidad de la actividad aunque esta sea gravada. Es decir, se trata de dilucidar si es o no susceptible de protección el impedir que se obstaculice uno de los objetivos básicos de una huelga, especialmente de una huelga general, como es el de conseguir que la opinión pública visualice la huelga<sup>2</sup>.

## 2. DERECHO DE HUELGA Y POSIBLES LIMITACIONES. CONCEPTO DE SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD

Comienza la STCo. partiendo de la clásica delimitación del derecho de huelga, según la cual, como expresamente aparece definido en el art. 28 CE, puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio como consecuencia de su conexión con otros derechos o bienes constitucionales. El único límite a tales restricciones se encontraría en la imposibilidad de que a través de las mismas se pueda ver afectado su contenido esencial. En este sentido, una de las principales limitaciones procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad.

Los servicios esenciales de la comunidad no hacen referencia, continúa el Tribunal Constitucional, a concretas actividades industriales o mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad; el concepto de servicios esenciales en realidad se está refiriendo a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige. Como consecuencia de este punto de partida, se puede concluir a juicio del Constitucional, que no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial. Por el contrario, para que dicha actividad productiva alcance el carácter de esencial será necesario que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija su mantenimiento. Todo ello, en la medida e intensidad que se requiera. En definitiva, si ninguna actividad es en sí misma esencial, habrá que analizar en cada caso concreto si es necesario mantenerla y en qué grado para que no se vean afectados los intereses a salvaguardar.

<sup>2</sup> Más ampliamente, pueden verse: BAYLOS GRAU, A., «Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social», *RDS*, núm. 2, 1998, págs. 78-82; y del mismo, «Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación», *RGDTS*, núm. 5, 2004.

Asimismo, la consideración de un servicio como esencial no supone la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que lo prestan, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento, «sin que ello exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal».

Una vez delimitado el concepto de servicios esenciales y aceptando la compatibilidad en su marco de la realización de huelgas, toda la cuestión se circunscribe en determinar los equilibrios necesarios para garantizar los primeros sin que ello suponga una negación total de la segunda. Esta cuestión se convierte, pues, en una mera casuística respecto de la cual sólo se podrán determinar *a priori* criterios genéricos a aplicar a cada caso. Se ha de advertir en este sentido que una huelga implica, por su propia naturaleza, una distorsión del normal funcionamiento del servicio afectado. Por tanto la aceptación de la misma en el concepto de los servicios esenciales implica que éstos se verán afectados negativamente, con el límite, lógicamente, de no causar un daño innecesario a la comunidad.

La necesidad de ser respetuoso con los equilibrios exigidos entre los bienes jurídicos en colisión exige que el acto por el cual se determina el mantenimiento de los servicios esenciales haya de estar motivado. Ello significa, a juicio del Tribunal Constitucional, que en la motivación aportada por la autoridad gubernativa ha de incluirse los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar las prestaciones mínimas establecidas. En concreto, la decisión de la autoridad gubernativa ha de exteriorizar los motivos que le lleven a apreciar la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado (Fundamento de Derecho Tercero).

Una vez definidos estos extremos, sin alejarse de la jurisprudencia tradicionalmente emanada del alta intérprete de la Constitución, se trata de descender al análisis del concreto supuesto de hecho, para determinar si los servicios mínimos dictados por la autoridad en el contexto de la huelga general de 2002 se adaptaron a dichas premisas básicas. En primer lugar, se trata de verificar si los servicios de radiodifusión pueden considerarse como servicios esenciales de la comunidad, para después, determinar el porcentaje de los mismos que han de ser mantenidos. En relación a la primera de las cuestiones, el Consejo de Ministros en el Decreto que aprobaba los servicios mínimos consideró que los servicios de radiodifusión sonora y la televisión poseían dicho carácter, en primer lugar, por que así lo considera la Ley 4/80, en su art. 1.2, así como, por el hecho de que los mismos están relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1 d) CE).

Respecto de esta primera consideración, el Tribunal Constitucional asevera contundentemente que sólo la futura ley que regule la huelga está ca-

pacitada para precisar cuáles sean las materias que vayan a revertir tal carácter. Como consecuencia de la inexistencia de dicha normativa de desarrollo, se plantean importantes problemas interpretativos, especialmente, en lo referente a la determinación de cuáles puedan calificarse como esenciales. Es decir, se trata de un problema interpretativo que ha de partir del principio básico de la mayor amplitud posible del derecho y la correspondiente restricción mínima del límite necesario. La falta de la ley postconstitucional no puede valer para adoptar actitudes de tolerancia respecto de la utilización de criterios restrictivos del ejercicio del derecho y de la laxitud de sus limitaciones establecidas por la autoridad gubernativa con base en una norma preconstitucional, el art. 10 RD-Ley 17/77, en el que los elementos del supuesto de hecho de la norma que permite el establecimiento de las limitaciones ni tan siquiera coinciden estrictamente con los del supuesto de hecho del art. 28.2 CE.

Partiendo de estas premisas, el constitucional termina manteniendo sobre esta cuestión una posición claramente garantista del ejercicio del derecho de huelga al afirmar que la falta de un régimen jurídico que precise una calificación de servicios esenciales no puede llevar a la calificación global de unos determinados servicios públicos como esenciales de manera genérica y totalizadora. La calificación de unos servicios como públicos (como hace la Ley 4/80, de 10 de enero, derogada por la ley 17/06, de 5 junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, en cuyo art. 2 se califica de esencial el servicio público de radio y televisión del Estado), al margen de su relación con el derecho de huelga, no puede, pues, sustituir su posible calificación como esenciales desde el prisma normativo y constitucional del derecho de huelga. Ello supondría, además, ir en contra de la asentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional según la cual no existen servicios en sí mismo puedan ser considerados como esenciales, en este caso la radiodifusión y la televisión. Por el contrario, sólo tendrá tal consideración en aquellos casos en los que el mantenimiento del servicio sea indispensable para la satisfacción de los intereses de la comunidad que justifican la restricción del derecho de huelga. Así pues, de nuevo se trata de determinar cuáles serán los límites dentro de los que habrá de discurrir la huelga en estos servicios públicos, para a su vez garantizar dichos intereses de la comunidad.

De esta manera, se procura la salvaguarda del derecho de huelga incluso en el marco de aquellos servicios que están relacionados con necesidades básicas de la comunidad. Por tanto, una vez aceptada la posible vinculación entre ambos extremos se precisaría realizar en qué medida el derecho de huelga ha de verse restringido para conciliar ambos intereses legítimos. En este sentido, el razonamiento del Tribunal Constitucional continúa de manera contundente afirmando que el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad implica la prestación de los trabajos necesarios

para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual. Es decir, la garantía de que la comunidad siga recibiendo un determinado servicio esencial, no significa que éste haya de seguir siendo realizado dentro de lo que se calificaría como un rendimiento normal.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional desglosa una serie de características del desarrollo de la huelga que pueden incidir en la determinación de los servicios esenciales a respetar. En concreto, entiende que si el derecho o la libertad que puede intervenir como limitador del derecho de huelga, puede desarrollarse en otro momento no coincidente con la huelga, sin afectar sensiblemente a su funcionalidad, no habrá ninguna razón para dar prioridad a aquél, por lo que no debará operar como limitación del ejercicio del derecho de huelga en el momento elegido.

De esta manera se echaba por tierra el razonamiento mantenido por el Abogado del Estado, que mantuvo en sus alegaciones al recurso de amparo que el art. 20 CE protege la comunicación y recepción de información, sin que se pueda a entrar a discriminar entre los distintos contenidos de esa información, esto es, que como el art. 20 CE no especifica las calidades de las comunicaciones, todas ellas se incluiría en el ámbito objetivo del art. 20 CE. Es decir, según este empleado público, programas como Salsa Rosa, Crónicas Marcianas, etc., forman parte de ese contenido esencial que no puede verse menoscabo por el legítimo ejercicio del derecho fundamental de huelga.

Como consecuencia de todos los razonamientos expuestos, el Tribunal Constitucional entiende que la remisión a la norma reguladora de radiodifusión y a su genérica consideración como servicio público del objeto de su regulación no es suficiente para otorgar la consideración de esencial de los servicios a efectos de introducir limitaciones genéricas al derecho de huelga. No obstante, entiende que dicha remisión es suficiente a efectos de entender el Decreto regulador de los servicios mínimos como suficientemente justificado. En definitiva, el núcleo de la cuestión termina circunscrito a la necesidad de determinar si los específicos servicios mínimos decretados (100% de los informativos y programación continua de programas grabados en el resto de la parrilla) es o no equilibrado y respetuoso con el respeto del derecho de huelga.

### **3. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LA HUELGA. OBJETO DEL DERECHO DE HUELGA**

Es en este punto del razonamiento del Tribunal Constitucional donde se encuentra a nuestro entender el aspecto más novedoso y el que justifica el comentario aquí realizado. En concreto se trata de resolver si el derecho

de huelga es respetado si se asegura, una vez ejecutados los servicios mínimos decretados, la posibilidad de que el mayor número posible de los trabajadores de la plantilla pudieran ejercitar su derecho de no trabajar, o si, por el contrario, junto a este núcleo básico del derecho de huelga, también ha de respetarse los medios para conseguir que la huelga tenga una exteriorización evidente a efectos de hacer viable el objeto de la huelga, en este caso una huelga general, y que no es otro que presionar a los poderes públicos para que no continúen con una política social regresiva a juicio de las organizaciones sindicales más representativas.

El objeto del recurso se refería a dos aspectos de la emisión diaria: por una parte, el relativo a la emisión de los normales espacios informativos y, por otra, la emisión, grabada, de una programación en el resto de las franjas horarias. El punto de partida del análisis de esta cuestión se encuentra referido a dos extremos: en primer lugar, si el volumen de trabajo necesario para atender dichos servicios es excesivo a los efectos de asegurar el mínimo imprescindible que garantice el derecho de disfrute de los ciudadanos de tal servicio esencial. Y, por otra parte, si aún en el caso de que ese volumen de trabajo fuera el apropiado, supone un menoscabo del derecho de huelga el mantenimiento de unos servicios que otorgan una apariencia de normalidad durante la jornada de huelga. Es decir, si el contenido del derecho fundamental a la huelga se circunscribe exclusivamente al derecho a cesar de prestar el trabajo o si, por el contrario, dicho contenido se restringe, aún respetándose el derecho a no trabajar, en el caso de que se obstaculice, a través de otros medios, el objetivo propuesto por la huelga que, lógicamente, va más allá de la mera cesación de la prestación laboral.

En cuanto a la cuestión de la emisión durante la jornada de huelga de una programación previamente grabada, el Tribunal Constitucional concluye que ello restringe desproporcionadamente el derecho de huelga por varias razones. En primer lugar, se trataría de una información que puede ser emitida con posterioridad a la jornada de huelga, sin menoscabo alguno del derecho a comunicar o recibir información, al estar desprovista ésta, por su propia condición de pregrabada, de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga. En definitiva, en la necesaria ponderación del menoscabo sufrido en el derecho de huelga y el objetivo del servicio decretado, se concluye por parte del Tribunal afirmando que, en este caso, ha de primar el derecho de huelga, ya que la oportunidad del ejercicio del derecho a comunicar y recibir información durante la jornada de huelga respecto a una programación previamente grabada de posible contenido o interés informativo supone una restricción del derecho de huelga que, por la propia característica de la información que se quiere emitir, no encuentra justificación en la preservación del derecho a comunicar y recibir información.



En segundo lugar, contra el parecer más arriba criticado, del Abogado del Estado, según el cual entraría dentro del ámbito objetivo del derecho a emitir y recibir información cualquier contenido de la parrilla radio-televisiva, el Tribunal Constitucional respalda su decisión anterior en el hecho de que no cualquier contenido ha de gozar de tal consideración, existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento. Así pues, al escapar del ámbito del art. 20.1 d) CE no sería posible contraponer el legítimo deseo de los espectadores a su visión con el ejercicio del derecho fundamental a la huelga.

A continuación, el Tribunal Constitucional entra a considerar el aspecto más interesante de toda la resolución. Como anteriormente mantuvimos, el cambio de caracteres que buena parte de la actividad laboral ha experimentado en las últimas décadas ha generado la necesidad de plantear la diferencia entre una huelga eficaz (es decir, aquella que logra paralizar la producción) y una huelga que siga manteniendo su carácter de elemento de presión frente a la contraparte del contrato o, como es el caso, frente al gobierno y su política social desviada a juicio de las organizaciones sindicales. En este sentido, partiendo del razonamiento del Ministerio Fiscal, entiende el Tribunal Constitucional que el verdadero objetivo perseguido por la emisión de una programación previamente grabada, es en realidad la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio contraria al derecho de huelga<sup>3</sup>.

Esta misma conclusión es la que ha de extenderse a la otra vertiente de los servicios mínimos decretados (la producción y emisión de la normal programación informativa). Si bien el derecho fundamental a emitir y recibir información sí está directamente presente en este contexto, no por ello ha de entender presente en todo caso. Dentro de la denominada por el Decreto de servicios mínimos como «normal programación informativa» no tiene por qué merecer, en razón de su distinto valor desde la perspectiva del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, un igual nivel de protección, de manera que sin una mayor precisión de lo que constituye tal expresión, no puede considerarse justificada ni proporcionada la restricción.

No obstante estas afirmaciones, el Tribunal Constitucional no extrae todas las consecuencias posibles. Es decir, que el contenido a proteger del derecho de huelga trasciende el plano puramente contractual de cesación de la obligación básica del trabajador, sino que en el plano social y político de

<sup>3</sup> Cfr. BAYLOS GRAU, A., *Pérdida de la función y eficacia de la huelga*, pág. 5.

la huelga, y en especial de la huelga general, ésta trasciende con creces los mecanismos puramente contractuales. Sobre todo en contextos como en el que se incardina el supuesto de hecho, el mismo que provocó la condena de RTVE por manipulación informativa. Por el contrario, el Tribunal Constitucional temeroso de llevar hasta sus últimas consecuencias sus propios razonamientos, termina afirmando rotunda y, quizás, innecesariamente, que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones o modalidades y que esta cesación del trabajo es susceptible de provocar la interrupción de la actividad de producción y distribución de bienes y servicios si las características de la huelga y su seguimiento así lo determinan.

En relación a la actitud del empresario, que en este caso fue la de ocultar la huelga, según el Constitucional, no exige de una conducta específicamente dirigida a propiciar la divulgación de la situación de huelga. Sin embargo, tampoco entra a considerar la conducta contraria, esto es, la viabilidad constitucional de comportamientos empresariales que busquen el ocultamiento de la huelga, como, además, fue el caso.

#### **4. POSIBLES DELEGACIONES DE LA FACULTAD DE DETERMINACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES**

Por último, analizaremos la resolución de la posible constitucionalidad de la delegación, por parte de la autoridad competente de la facultad de determinar el personal mínimo necesario para garantizar los servicios establecidos en el art. 2 del Real Decreto que estableció los mismos.

Esta cuestión es resuelta por el Tribunal Constitucional, como ya ha hecho en numerosas ocasiones, proclamando el carácter irrenunciable de esta facultad gubernativa. La autoridad competente, en cuanto dotada de imparcialidad en relación con las partes en conflicto, es la única facultada para determinar las medidas necesarias para el mantenimiento de los servicios mínimos. La empresa sólo puede completar técnica y funcionalmente las previsiones de la disposición sobre el mantenimiento de los servicios esenciales. Asimismo, es posible que la autoridad gubernativa acepte las iniciativas de la dirección de la empresa, siempre que la decisión adoptada provenga inequívocamente de aquella autoridad, asegurándose así que dicha decisión responda, no a los intereses empresariales, sino a la necesidad de preservar los servicios esenciales para la comunidad.

Concluye, pues, el Alto intérprete de la Constitución manteniendo que no cabe que la autoridad gubernativa abandone en manos del empleador la facultad de determinar el personal mínimo necesario para atender los servicios previamente fijados con audiencia únicamente de la parte empresarial



y con un margen de actuación tan amplio como el que se estableció en el correspondiente Decreto. Por ello, el apoderamiento a favor de quien no es la autoridad gubernativa, supone la vulneración del derecho de huelga en la medida en que excede de la mera ejecución o puesta en práctica de las medidas limitativas del derecho, incidiendo en su propio contenido y delimitación.

En definitiva, a pesar de que las sentencias comentadas otorgaron el amparo a las organizaciones sindicales convocantes de la huelga general, no se ha aprovechado la oportunidad de éstas para resolver cuestiones cada vez más presentes en el contexto de una realidad laboral fuertemente alterada por la introducción de las nuevas tecnologías. En primer lugar, termina manteniéndose, a pesar de lo dicho por la propia sentencia, en la clásica concepción del objeto de la huelga como pura cesación de la actividad laboral. Sin embargo, como las partes alegaban, la huelga pierde virtualidad cuando no llega a conocimiento de los ciudadanos usuarios del servicio. En palabras del Ministerio Fiscal, las huelgas generales se aproximan al ejercicio del derecho de manifestación por lo que es fundamental su proyección exterior, por lo que la restricción desproporcionada de dicha proyección debería haber sido considerada en sí misma, con independencia de los razonamientos utilizados por el Tribunal Constitucional, como vulneradora del derecho fundamental de huelga. Asimismo, tampoco resuelve este tribunal una cuestión que planea en todo lo relativo a los espacios grabados, esto es, la posible anticipación de la huelga por parte de la empresa y la utilización del trabajo de los futuros huelguistas para contrarrestar el propio efecto de la posterior huelga.





## PODERES EMPRESARIALES

Universidad de Córdoba

# LOS MEDIOS INFORMATICOS Y LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

*Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre*

CARMEN MORENO DE TORO \*

**SUPUESTO DE HECHO:** El grupo BBVA, en 1999, dentro del «Programa 2000» trató de fomentar el uso del correo electrónico tanto interna como externamente llevando a cabo iniciativas como «La semana más práctica», en enero, o «La semana práctica», en octubre, por las que se fomentaba el uso de este tipo de correo en lugar de utilizar papel para cartas o notas o en lugar de utilizar el teléfono como medida dirigida a reducir costes.

La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (COMFIA-CC OO), a partir de febrero de 1999, vino enviando por correo electrónico, desde el servidor interno del sindicato al servidor externo del grupo BBVA, mensajes con información sindical a todos los trabajadores afiliados o no sin obstáculo alguno por parte de la empresa. Sin embargo, a partir del 13 de febrero de 2000, los mensajes fueron rechazados por el servidor de la empresa dado que días antes de la fecha mencionada una avalancha de mensajes procedente del servidor del sindicato, COMFIA.NET, colapsaron el servicio informático del grupo.

En septiembre de 2000, la empresa dictó unas normas de actuación para el uso racional del correo electrónico especificando que el mismo era una herramienta de trabajo que el Grupo pone a disposición de sus empleados, para el desarrollo de las funciones que les tiene encomendadas y que los

\* Pfra. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

usos ajenos a estos fines podrían configurar falta laboral. En particular, la remisión a uno o varios usuarios de correos no solicitados, especialmente si esto se hacía de manera masiva (actividad conocida como spam) se consideraba como una práctica rechazable e, incluso, perseguible.

Por la representación de la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (COMFIA-CC OO) se planteó demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional suplicando que se dictara sentencia en la cual se declarase el derecho del sindicato y de sus secciones sindicales en las empresas del grupo BBVA a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores a través del correo electrónico.

La sentencia recaída<sup>1</sup> reconoció tal derecho siempre que se hiciera «con la mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando desde el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes el 13 de febrero de 2000, que colapsó el servidor interno de la empresa».

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. al considerar que las obligaciones empresariales tienen carácter de «*numerus clausus*» y vienen establecidas en el art. 8 de la LOLS sin que se extiendan a facilitar el uso del correo electrónico.

La sentencia<sup>2</sup> estimó el recurso al no existir norma jurídica que concediera al sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos del banco para comunicarse con sus afiliados y secciones sindicales.

La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras promovió recurso de amparo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

**RESUMEN:** La sentencia del Tribunal Constitucional<sup>3</sup> anula la sentencia del Tribunal Supremo al considerar que se ha vulnerado el derecho de libertad sindical de la recurrente en amparo. La Sala reconoce el derecho a utilizar el correo electrónico, que previamente está instalado en la empresa, para fines sindicales. No obstante, la sentencia viene acompañada de un voto particular.

<sup>1</sup> SAN de 6 de febrero de 2001 (AS 2001/84).

<sup>2</sup> STS de 26 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3270).

<sup>3</sup> STC de 7 de noviembre de 2005 (RTC 2005/281)



## ÍNDICE

1. POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES: AUDIENCIA NACIONAL Y T. SUPREMO
2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
  - 2.1. Delimitación del contenido esencial o adicional del derecho de libertad sindical
  - 2.2. Las obligaciones del empresario frente a los medios informáticos
    - 2.2.1. No hay obligación de instalar medios informáticos
    - 2.2.2. Hay obligación de facilitar el uso de los medios informáticos instalados
      - 2.2.2.1. Uso sindical y titularidad de los medios
      - 2.2.2.2. Límites al uso
3. VARIAS CONSIDERACIONES
4. BREVE REFERENCIA AL VOTO PARTICULAR

### 1. POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES: AUDIENCIA NACIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO

La actividad sindical en el ámbito de la empresa, su extensión y limitaciones, constituye un foco de conflictos al ponerla en conexión con el poder del empresario. La existencia de trabajadores afiliados a un sindicato y el reconocimiento a los mismos de una serie de derechos como los de reunión o información conllevan unas limitaciones al poder empresarial, que necesariamente ha de asumir. Y ello es lo que ha venido a decir la STC 281/2005, de 7 de noviembre.

El art. 8 de la LOLS reconoce a estos trabajadores el derecho a distribuir información sindical fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa y a recibir información de su sindicato. Y continúa reconociendo a los sindicatos, atendiendo a su representatividad, el derecho a un local adecuado y a un tablón destinado a la difusión de noticias sindicales.

En la primera sentencia, de la Audiencia Nacional, el Tribunal fundamentándose en el «*iu usus inocui*», es decir, en el derecho a usar cosa ajena siempre que no cause daño al dueño, estima parcialmente el derecho del sindicato a utilizar el correo electrónico de la empresa cumpliendo las limitaciones del mencionado derecho, es decir, como señala la resolución: «con la mesura y normalidad inocua...» con que lo realizaba antes de que se colapsara la red informática de la empresa.

Dada la escasa concreción que hace la sentencia de los límites en el ejercicio del derecho, la Empresa presentó recurso de casación. Así, la sentencia de la Audiencia Nacional remite al uso que se ha venido haciendo en el pasado, uso que, sin embargo, motivó el litigio; en consecuencia, no se considera debidamente delimitado el ejercicio del derecho al poder originar otros posteriores. Tal recurso fue estimado por el Tribunal Supremo que anuló la sentencia anterior de manera que excluyó cualquier derecho del sindicato

al uso del correo electrónico ya que «no hay norma jurídica que conceda ese derecho»; para el Alto Tribunal «la utilización deberá ser expresamente consentida por la demandada». La LOLS consagra el derecho de los afiliados a recibir información sindical, señala la resolución, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para su perfeccionamiento.

La sentencia del Tribunal Constitucional va a anular la sentencia del Tribunal Supremo y a restablecer la sentencia de la Audiencia Nacional aunque en la nueva resolución, el Tribunal va a establecer unos límites y presupuestos para el ejercicio del derecho, es decir, concreta cuál deba ser éste, a diferencia de la dictada por la Audiencia Nacional que remitía al uso que se venía haciendo y que, precisamente, había dado lugar al litigio <sup>4</sup>.

## 2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 2.1. Delimitación del contenido esencial y adicional del derecho de libertad sindical

La tesis fundamental que sostiene el Tribunal Constitucional es considerar que el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales. Y continúa señalando el Tribunal que: «En definitiva, constituye un «elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical», una expresión central, por tanto, de la acción sindical y, por ello, del contenido esencial del derecho fundamental».

El Tribunal recuerda su doctrina sobre la delimitación entre contenido esencial y adicional. El primero se refleja en el art. 28.1 de la Constitución Española y comprende no sólo derechos de carácter organizativo o asociativo —el derecho a afiliarse o no afiliarse, el derecho a fundar sindicatos, a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales—

<sup>4</sup> En todo caso, el Tribunal Constitucional, en relación a este punto, en la misma sentencia señala que sí estaba debidamente delimitado el ejercicio del derecho por la Audiencia Nacional al declarar que no puede decirse que la sentencia dictada por este Tribunal «adolece de falta de precisión al no delimitar de manera clara los contornos del derecho que reconoce» y ello porque dicha sentencia se está refiriendo al uso realizado con anterioridad al momento en que tuvo lugar el empleo abusivo del sistema y en ese periodo no hubo alteración de la actividad productiva.



les— sino que comprende también derechos de carácter funcional en virtud de una interpretación sistemática de los artículos 7 y 28 C.E. en relación con el art. 10.2 C.E., que considera aplicables, en la interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales y libertades constitucionales, las normas internacionales sobre la materia ratificadas por España; y a esta sazón, en el art. 28.1 C.E. tienen cabida aquellos derechos que sirven para la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en concreto, la Ley Orgánica de Libertad Sindical señala que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical (art. 2.1) y que las organizaciones sindicales tienen derecho a la actividad sindical dentro y fuera de la empresa (art. 2.2).

En cuanto al contenido adicional, considera que lo integran aquellos derechos y facultades reconocidos por normas legales o convencionales, que se añaden al contenido mínimo o esencial. Son, pues, de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de la regulación que los establece; de la misma manera, pueden ser suprimidos o modificados por la ley o por el convenio que los ha creado. Su origen puede estar también en una concesión unilateral del empresario quien podrá libremente suprimirlos siempre que la supresión no responda a motivos antisindicales.

Como hemos señalado, resalta el Tribunal que la información sindical forma parte del contenido esencial del derecho fundamental. Ahora bien, el sindicato puede hacerla efectiva a través de los cauces previstos en la ley y, en este sentido, la LOLS reconoce el derecho de los afiliados a distribuir información y a reunirse para informar e informarse y a recibir información del sindicato (art. 8.1) pero también puede hacer efectivo este derecho por medio de otros cauces que libremente adopte, siempre que respete la normalidad productiva y, como consecuencia de ello, «el empresario tiene que asumir ciertas cargas tasadas en la ley y dirigidas a hacer efectivo el hecho sindical informativo».

## 2.2. Las obligaciones del empresario frente a los medios informáticos

### 2.2.1. *No hay obligación de instalar medios informáticos*

El Tribunal Constitucional se preocupa de dejar claro de que no corresponde al empresario obligación alguna de incorporar un correo electrónico u otros medios informáticos para ponerlos a disposición del sindicato. Y así afirma en su sentencia que «No cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador». Y redundante al decir: «Las empresas, (...), no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical».

Es más afirma que tampoco puede nacer esta obligación de una interpretación extensiva del art. 8.2 de la LOLS por el que el empresario ha de proporcionar un tablón de anuncios a las secciones sindicales a las que se refiere el precepto, configurándola como una prerrogativa adicional de las mismas. Tampoco deriva del apartado anterior, el apdo. 1 del art. 8, por el que los trabajadores afiliados tienen derecho a recibir información en la empresa de su sindicato porque para que ello fuera así, el Tribunal Constitucional estima que sería necesaria su concreción legal.

### 2.2.2. *Hay obligación de facilitar el uso de los medios instalados*

La cuestión para el Tribunal se centra en determinar si la falta de obligación empresarial en orden a instalar la infraestructura informática implica la facultad de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa, *una vez que el sistema está creado y en funcionamiento*.

Y en este punto, el Tribunal sienta doctrina al considerar que «los actos meramente negativos tendentes a obstaculizar el contenido esencial (aquí informativo) de la libertad sindical, (...), son contrarios a ésta, salvo que encuentren una justificación ajena a la simple voluntad de entorpecer su efectividad».

De esta manera afirma el deber empresarial de facilitar el uso de los medios informáticos al sindicato siempre que estén instalados en la empresa. Si se niega el empleador sin causa justificada lesiona el derecho de libertad sindical.

#### 2.2.2.1. *Uso por el sindicato y titularidad de los medios*

El Tribunal se detiene a aclarar que por el uso de esos medios no se afecta a la titularidad del derecho de propiedad. Parece que la sentencia vuelve a la doctrina sentada por la Audiencia Nacional para la cual será lícita la utilización de los medios en la medida en que se trate de un «*ius usus inocui*», es decir, reconoce al sindicato un derecho de uso no dañino; con lo cual se daría cumplimiento a la exigencia legal de no perturbar la actividad normal de la empresa que se hace a los trabajadores afiliados al sindicato a la hora de distribuir información; ahora bien, este «*ius usus inocui*», como sienta la mejor doctrina<sup>5</sup>, está fundado más bien en la simple tolerancia del dueño, con lo cual éste en cualquier momento puede poner fin al mismo. De ahí

<sup>5</sup> Vid. LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil IV. Propiedad y derechos reales de goce*. Ed. Marcial Pons. 4.ª ed. 2002, pg. 55.

que, a nuestro juicio, el Tribunal vaya más allá. No es un mero «*ius usus inocui*». Y así hace recaer sobre el empresario la obligación de poner a disposición del sindicato los medios que tiene aunque... siempre que no le cause perjuicio y dicha obligación deriva del deber que tiene el empresario de «no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical» (Fto. jco. 7.º). Obligación integrada en el contenido esencial de dicho derecho.

Recuérdese que, por el contrario, el Tribunal Supremo había negado el derecho de uso al sindicato fundándose en que se trata de un instrumento propiedad de la empresa y en consecuencia es necesario su consentimiento para su utilización, no admitiendo que se tratara de un «*ius usus inocui*».

#### 2.2.2.2. Límites al uso

El Tribunal Constitucional reconoce este derecho a los sindicatos pero fija unas pautas o reglas para su uso.

En primer lugar, sólo puede utilizarse para transmitir información sindical y laboral.

En segundo lugar, la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa. No se considera perturbación la recepción de los mensajes durante la jornada laboral puesto que, evidentemente, su lectura podrá realizarse fuera de la misma y además, considerar esta recepción como perturbación sería excesivo; como señala VALDÉS DE LA VEGA, la recepción de información a través de correo electrónico es equiparable a su recepción vía correo postal y ésta, junto a su distribución, es una parte más de la actividad empresarial<sup>6</sup>.

En tercer lugar, al tratarse de una herramienta de la producción de la empresa, el empleo por el sindicato de este medio no puede perjudicar el uso específico empresarial previamente fijado. El interés empresarial debe prevalecer sobre el interés de uso sindical en caso de conflicto. Parece evidente que el Tribunal reconoce a quién corresponde la propiedad de esos instrumentos, cuáles son los objetivos para los que se establecieron y, en base a ello, admite que sea el propio empresario el que «predetermine las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas», naturalmente con una limitación: «siempre que no las excluyera en términos absolutos».

<sup>6</sup> Vid. de la autora, «La utilización de las tecnologías de la información: un derecho sindical y un límite a la libre disposición empresarial sobre los instrumentos de trabajo. (Comentario a la STC 281/2005)». *Revista de Derecho Social* núm. 33/2006, págs. 134 y 139.

En cuarto lugar, esta utilización no podrá ocasionar gravámenes adicionales al empleador como puede ser la producción de mayores costes.

El mismo Tribunal remite a la intervención judicial para solventar los conflictos que puedan derivarse del abuso de este derecho.

### 3. VARIAS CONSIDERACIONES

No cabe duda que, a nivel individual, hay una aceptación tácita del uso en la empresa por el trabajador del correo electrónico para fines personales y no propiamente laborales siempre que no dé lugar a un comportamiento desviado, de especial gravedad y que genera su sanción<sup>7</sup>. Las restricciones empresariales al mismo, en todo caso, están fundadas en la propiedad de ese medio que corresponde a la empresa y lo instala con fines productivos y en la utilización del tiempo de trabajo para fines diferentes como es la lectura de esos correos que puede recibir<sup>8</sup>. Es de interés, en cualquier caso, que el trabajador conozca cuál es la política del empresario en este campo manifestada a través del convenio o de normas internas de conducta o de comunicados.

Mayor problema se plantea cuando el uso es realizado por el sindicato, que es el problema planteado por la sentencia. Evidentemente, el trabajador afiliado tiene derecho a recibir información de su sindicato a tenor del art. 8.1 c) LOLS; también los no afiliados tienen este derecho, puesto que la letra b) de este mismo apartado permite a aquellos trabajadores «distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa». No cabe duda cuando la distribución se realiza a través del servidor del sindicato; la cuestión, pues, se centra en la utilización del servidor de la empresa.

El Tribunal Constitucional para justificar el derecho de uso del correo electrónico por el sindicato acude a la distinción entre contenido esencial y adicional del derecho de libertad sindical y lo ampara, como hemos expuesto, en el primero al incluirlo en el derecho de información.

Incluirlo en el contenido esencial nos parece una posición que adopta una solución excesivamente amplia. Desde luego, las organizaciones sindicales tienen derecho al ejercicio de la actividad sindical y para que ésta pueda llevarse a cabo es imprescindible la información y también es cierto que la técnica avanza precipitadamente sin que el legislador siga sus pasos. La acep-

<sup>7</sup> Vid. SSTSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2003 (AL núm. 8/2004); de 14 de noviembre de 2000 (AS 2000/3444); de 5 de julio de 2000 (AS 2000/3452).

<sup>8</sup> Vid. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la S. Social*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. (Navarra). 2002, págs. 701 y ss.



tación del uso sindical del correo electrónico entra dentro de la lógica pero el Tribunal se encuentra con un vacío legal. La información fluida entre sindicato, afiliados y no afiliados, está prevista de otro modo, en concreto, a través del tablón de anuncios.

Si realizamos un análisis de lo que sea el contenido adicional, el propio Tribunal ha señalado que ha de ser entendido como «el conjunto de derechos o facultades adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos, derechos de creación infraconstitucional, por tanto, que deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical»<sup>9</sup> y también que «el derecho fundamental (de libertad sindical) se integra, ..., también por esos derechos o facultades adicionales, de modo que los actos contrarios a estos últimos son susceptibles de infringir el art. 28.1 CE. (...); son creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical»<sup>10</sup>.

El correo no es sino un instrumento de materialización del derecho información englobado dentro del de libertad sindical como lo es el uso de local para reuniones en la empresa o el uso del tablón de anuncios. Ambos, local y tablón, representan cargas para el empresario dirigidas a facilitar el ejercicio de la libertad sindical y que han sido fijadas por la ley.

Y en este marco hemos de encajar el uso del correo electrónico en la medida, eso sí, como señala el Tribunal Constitucional, que esté instalado en la empresa. Aunque, como señala SEMPERE y SAN MARTÍN, el Tribunal ha renunciado a realizar una interpretación moderna y actualizada del derecho a contar con un tablón de anuncios o con un local para extenderlo a un tablón virtual o al correo electrónico y se ha centrado en el más amplio derecho de comunicación e información sindical<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Vid. STS de 23 de marzo de 2003 (RTC 44/2003) y otras que cita como la STC de 16 de mayo de 2000 (RTC 2000/132).

<sup>10</sup> Vid. STS de 8 de noviembre de 1999 (RTC 1999/201) y otras que cita como las de 22 de marzo de 1999 (RTC 1999/145); 29 de mayo de 1996 (RTC 1996/95); 18 de diciembre de 1995 (RTC 1995/188); 13 de julio de 1989 (RTC 189/127); 31 de marzo de 1986 (RTC 1986/39).

<sup>11</sup> Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V./SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., «El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre (RTC 2005, 281). *Aranzadi Social* núm. 17/fb. 2006 (bib 2005/2568) pág. 6. Vid. también de los autores, *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*. Ed. Aranzadi/A.Thomson Company. Cizur Menor. 2002, págs. 150 y ss.

El Tribunal al reconocer este derecho no hace sino acercarse a la actualidad y hacer frente a una laguna legal.

Al tratarse de la disposición de un medio ajeno, el Tribunal no puede sino establecer limitaciones a ese uso; y así, impone al empresario la obligación de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan pero su uso no ha de perjudicar aquél para el que fueron establecidos y han de respetarse los límites señalados. No hay, pues, obligación empresarial de establecerlos pero sí de facilitarlos, si ya están establecidos.

Ahora bien, el Tribunal pone énfasis en supeditar ese uso a los objetivos empresariales para los que se instaló el medio y reconoce al empresario la facultad de fijar las normas de utilización, «debiendo emplearse el instrumento de comunicación de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto. A tal efecto resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos»<sup>12</sup>.

Más bien parece que el Tribunal Constitucional ha querido hacer justicia dando una solución «salomónica» al problema planteado: a la parte sindical, se le permite el uso de los medios informáticos, si están establecidos en la empresa pero, por otro lado, para la parte empresarial, se establece la prevalencia de su interés empresarial e incluso que el empresario fije las normas de utilización, con tal de que no lo excluya.

En realidad, se constata la falta de regulación de la materia; como ya abogamos en otro momento<sup>13</sup>, es necesario, que dicha materia, al menos, sea incluida como cuestión a regular en la negociación colectiva<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Fundamento jurídico 8.º.

<sup>13</sup> Vid. «Poderes empresariales y uso del correo electrónico por el sindicato». *Temas Laborales* núm. 82/2005, págs. 225 y ss.

<sup>14</sup> Como sabemos, el convenio colectivo es un cauce de ordenación especialmente privilegiado para solventar este problema, en especial cuando su ámbito es el de empresa al responder a las necesidades concretas de la misma. Sobre esta cuestión, vid. CORREA CARRASCO, M., «La proyección de las nuevas tecnologías en la dinámica (individual y colectiva) de las relaciones laborales en la empresa: su tratamiento en la negociación colectiva». *Revista de Derecho Social* núm. 31/2005, págs. 45 y ss. Resalta también el valor de la negociación en esta materia, MARTINEZ FONS, D., «El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa», en AAVV., *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías* (Dtor. Del Rey Guanter/Coord. Luque Parra). La Ley. Madrid. 2005, pág. 232, y ROQUETA BUI, R., *Uso y control de los medios tecnológicos de la información y comunicación en la empresa*. Tirant lo Blanch. Valencia 2005, págs. 34 y ss.



De otro lado, hay que poner de manifiesto que el Tribunal no menciona los posibles derechos que, en este ámbito, pudieran corresponder a la representación unitaria. Dado el deber de informar a sus representados que recae sobre la misma —art. 64.1.12.º E.T. en relación con el art. 81 E.T.— es factible la extensión a ella de la doctrina constitucional teniendo en cuenta que ya los convenios colectivos al reconocer el derecho al uso de los medios informáticos lo hacen tanto a la representación unitaria como a la sindical <sup>15</sup>.

#### 4. BREVE REFERENCIA AL VOTO PARTICULAR

Esta sentencia viene acompañada de un voto particular <sup>16</sup> que comparte la posición mantenida por el Tribunal Supremo y que se refleja en el fundamento 4.º de la anterior sentencia de 26 de noviembre de 2001. En esta sentencia, el Tribunal Supremo descartó el derecho del sindicato a usar el correo electrónico dado que no había —ni hay— norma jurídica que conceda al sindicato tal derecho, ni el mismo había sido adquirido por su uso pacífico durante el espacio de un año. Para que tal derecho existiera, el Tribunal consideró que era necesario el consentimiento expreso de la demandada mientras no hubiera, al menos, norma convencional o acuerdo de cualquier tipo.

Para adoptar esta posición el Tribunal fijó como presupuestos que el medio informático era una herramienta de trabajo a disposición de los trabajadores para el desenvolvimiento de las funciones laborales encomendadas y que no había pacto alguno sobre su uso sindical.

Al posicionarse de esta manera, el voto particular considera artificiosa la distinción establecida entre dos supuestos: aquél en que no hay medios informáticos en la empresa y entonces no hay obligación empresarial de dotarse de tales medios para facilitarlos al sindicato y aquel otro en que sí los hay, en cuyo caso recae sobre el empleador la carga de facilitárselo, considerando que lo primero, es decir, la no obligación, forma parte del contenido adicional, mientras que la segunda obligación se inserta en el contenido esencial. Estima el voto que tal obligación de permitir el uso merecería la calificación de adicional y requeriría de alguna norma, no constitucional, que la reconociera. Sólo sobre la base de un derecho de uso reconocido por una norma puede limitarse el derecho de propiedad del empresario sobre los medios informáticos.

<sup>15</sup> Vid. CORREA CARRASCO, M., *op. cit.*, págs. 75 y ss.

<sup>16</sup> Dicho voto fue formulado por el magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

Si no se ha justificado este derecho de uso sobre una base jurídica inequívoca, la negativa de la empresa no puede afectar al derecho de libertad sindical y esta base jurídica —termina el voto— «falta por completo en nuestra sentencia».

Como señala el voto particular se trata de un medio, propiedad de la empresa, que pasa a ponerse a disposición del sindicato y, efectivamente, falta una norma que contemple esta obligación de puesta a disposición; sin embargo, como hemos mencionado anteriormente, el Tribunal Constitucional va más allá y, reconociendo la laguna normativa, trata de salvarla. Y para ello resalta que el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical<sup>17</sup> y que el ejercicio de este derecho necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del mismo<sup>18</sup>. De esta manera, el Tribunal fundamenta el derecho del sindicato a usar medios de la empresa para dar información laboral o sindical considerando atentatorio al derecho de libertad sindical todo acto impeditivo del mismo, salvando así la ausencia de norma. Está claro que, de otra manera, el uso dependería de la concesión graciable del empresario, lo que no es una solución satisfactoria.

Consideramos que el Tribunal hace un esfuerzo ímprobo por dar una solución moderna a un problema generado por normas obsoletas; obsolescencia que lleva a la ausencia de normas sobre el nuevo problema<sup>19</sup>.

Es cierto que no deben ser los Tribunales quienes subsanen las lagunas normativas; de ahí que postulemos «*de lege ferenda*» la intervención del poder legislativo y, por supuesto, una regulación convencional.

<sup>17</sup> Vid. STC de 19 de junio de 1995 (RTC 94/1995).

<sup>18</sup> Vid. SSTC de 29 de octubre de 1992 (RTC 173/1992); 23 de marzo de 2004 (RTC 44/2004).

<sup>19</sup> Es conocido que el Grupo Parlamentario Mixto del Senado presentó el 9 de Mayo de 2001 una Proposición de Ley sobre uso del correo electrónico en la empresa, siempre que estuviera implantado, que, sin embargo, fue rechazada por el Partido Popular y Convergencia y Unión por la generalidad de la norma sin admitir la propuesta de Izquierda Unida de que se reconociera el derecho y se dejara su regulación concreta a la negociación colectiva. (BOCG de 1 de octubre de 2001. Senado. VII Legislatura, Serie III A núm. 13 (a)). Después no ha procedido por el Gobierno a desarrollar ninguna legislación al respecto.



## PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

### LA AUTOMATICIDAD EN EL ABONO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTE LA FALTA DE ALTA EN EL MOMENTO DEL HECHO CAUSANTE

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,  
de 17 de marzo de 2006*

JUAN ROMERO CORONADO \*

**SUPUESTO DE HECHO:** La sentencia de 17 de marzo de 2006 resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social <sup>1</sup> contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de diciembre de 2004 que a su vez resolvía un recurso planteado frente a la sentencia de 10 de marzo de 2004 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Bilbao. En esta sentencia se atiende a la pretensión de la actora, D.<sup>a</sup> Marta, de que le sea reconocida una pensión de jubilación ante la falta de cotización por parte de la empresa, la Cooperativa de Enseñanza Alzaga Ikastola, a la que se condena solidariamente con el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, al abono de la parte por la que se hubiera dejado de cotizar. También se condena a la Entidad Gestora al pago de la parte proporcional de la pensión por la que se hubiese cotizado y al anticipo de la pensión de jubilación. Todo ello, aún cuando la actora no se encontraba en alta en el momento de producirse el hecho causante de la pensión de jubilación. Además, a ello se une que en el momento de producirse el hecho causante de la prestación la actora podría encontrarse en situación asimilada al alta como consecuencia de haberle sido reconocida una prestación por incapacidad temporal.

\* Profesor Ayudante de la Universidad de Granada.

<sup>1</sup> En adelante INSS.

**RESUMEN:** La cuestión central que se debate en la sentencia es la medida en la que el INSS tiene la obligación de anticipar el pago de la prestación de jubilación cuando existe una imputación parcial de responsabilidades a la empresa como consecuencia de que la trabajadora no se encontrase en alta en el momento del hecho causante. El debate surge con la aplicación de la Ley articulada de la Seguridad Social de 1966<sup>2</sup> en el pago anticipado de la entidad gestora ante la falta de desarrollo reglamentario del artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social<sup>3</sup>. La interpretación literal de la Ley de 1966 conlleva que necesariamente se tenga que estar en alta en el momento del hecho causante, contraponiéndose, de esta forma, a la dispensa en el requisito de alta que, para acceder a la pensión de jubilación, permite el artículo 161.5 de la LGSS.

La conclusión a la que llega la sentencia resulta contundente. A pesar de la literalidad de la LSS exigiendo el alta en el momento de producirse el hecho causante, siempre que para acceder a una prestación de jubilación entre en juego la dispensa de este requisito, la entidad gestora debe verse obligada al pago anticipado de la pensión. Se confirma, así, la incongruencia que supondría el reconocer la pensión y con posterioridad denegar uno de los mecanismos que permiten garantizar la efectividad de la misma, la automaticidad en el abono de la prestación por parte de la Entidad Gestora.

#### ÍNDICE

1. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA AUTOMATICIDAD EN EL ABONO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTE LA FALTA DE ALTA EN EL MOMENTO DEL HECHO CAUSANTE
2. LA RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR FALTA DE ALTA
3. LA DISPENSA DE ALTA COMO BASE DE DETERMINACIÓN DEL PAGO AUTOMÁTICO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN
4. OTRAS SITUACIONES DETERMINANTES DEL PAGO ANTICIPADO EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN
5. LA ASIMILACIÓN DE LOS REQUISITOS DE RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN PARA PROCEDER A SU ABONO
6. CONCLUSIONES

#### 1. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA AUTOMATICIDAD EN EL ABONO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTE LA FALTA DE ALTA EN EL MOMENTO DEL HECHO CAUSANTE

Ante el Tribunal Supremo, con anterioridad a esta Sentencia, siempre se había planteado la cuestión del anticipo en la prestación de jubilación

<sup>2</sup> En adelante LSS.

<sup>3</sup> En adelante LGSS.



por responsabilidad empresarial en supuestos en los que el trabajador se encontraba en alta en el momento de producirse el hecho causante, nunca cuando faltaba este requisito<sup>4</sup>. Así, solamente habían surgido dudas sobre la aplicabilidad del anticipo en esta prestación cuando el trabajador no se encontraba en alta en alguna parte del seguro o, cuando, como consecuencia de haber cotizado para una mutualidad anterior al actual sistema, no se hubiese estado de alta en la misma y sí en el Régimen General en el momento de producirse el hecho causante<sup>5</sup>.

En esta Sentencia se analiza una cuestión que hasta el momento no se había examinado: el anticipo en el pago de la pensión de jubilación por parte de la entidad gestora cuando el trabajador no se encontrase en alta en el momento de producirse el hecho causante. Sin duda alguna este es el tema central sobre el que gira toda la argumentación jurisprudencial reforzando de esta forma la trascendencia jurídica que esta Sentencia representa para la aplicación concreta de la pensión de jubilación.

La cuestión fundamental de la Sentencia se centra en si el INSS tiene la obligación de anticipar el pago de una prestación de jubilación, reconocida judicialmente, cuando existe imputación parcial de responsabilidades a la empresa y no encontrándose la trabajadora en alta en el momento del hecho causante. De partida, la normativa básica de la LGSS establece que cuando se determina la responsabilidad empresarial por incumplimiento de los requisitos de afiliación, alta, baja o cotización, la entidad gestora tiene la obligación de proceder al pago de la prestación<sup>6</sup>. Por tanto, el primer as-

<sup>4</sup> STSS 14-6-2000 (RJ 2000\5116), 19-6-2000 (RJ 2000\7405), 9-4-2001(RJ 2001\4895) y 7-4-2004 (RJ 2004\2854).

<sup>5</sup> Sobre el tema de la automaticidad absoluta y relativa, es decir cuando se infringen las obligación de cotización y afiliación y alta o solamente las de cotización véase MALDONADO MOLINA, J.A., *La protección de la vejez en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 275.

<sup>6</sup> De conformidad con los párrafos 3.º y 4.º el artículo 126 de la LGSS añadidos por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre hay que tener en cuenta que aunque en la prestación de jubilación el INSS es el encargado del abono anticipado de la prestación el mismo también puede incumbir a la Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y a los servicios comunes. El pago anticipado se debe realizar de conformidad con sus «respectivas competencias» y siempre atendiendo a las determinaciones reglamentarias. También se debe señalar que estas entidades gestoras tienen la posibilidad de subrogarse en los «derechos y acciones» de los beneficiarios con la finalidad de recuperar la cantidad correspondiente que como consecuencia del incumplimiento empresarial debería haber abonado la empresa al trabajador. Estos derechos y acciones sólo se pueden ejercitar cuando se lleve a cabo la previa declaración administrativa o judicial de insolvencia del empresario. Existe, sin embargo, un límite cuantitativo en el anticipo de las prestaciones. Éste en ningún caso puede exceder de la «cantidad equivalente a dos veces y media el salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante» o del importe del «capital coste necesario para el pago anticipado». Dentro de este cálculo se incluyen intereses y recargos por la falta de aseguramiento por sin tener en cuenta el recargo por la ausencia de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

pecto en el que se detiene la Sentencia es el de la determinación de la responsabilidad empresarial en orden al pago de la prestación de jubilación.

## 2. LA RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR FALTA DE ALTA

La exigencia del alta no solamente afecta al reconocimiento de la prestación de jubilación en sí misma considerada sino que, como ocurre con el resto de prestaciones, trasciende a la eficacia concreta que despliega esa prestación. De esta forma, la exigencia del requisito de alta puede ser determinante de la alternatividad de los sujetos responsables del pago de la prestación. Así, la responsabilidad del pago de la prestación se hace depender del cumplimiento de las condiciones generales del artículo 124 de la LGSS ya sean entidades gestoras, Mutuas, empresarios o servicios comunes<sup>7</sup>.

El cumplimiento del requisito de alta en la prestación de jubilación genera el régimen normal de abono de la prestación por parte de la entidad gestora. El incumplimiento, por el contrario, da lugar a la responsabilidad de la empresa que no hubiera efectuado el alta a través del pago de la prestación correspondiente<sup>8</sup>. Así, en la Sentencia comentada se determina el pago de la empresa en la parte correspondiente por la que no se había cotizado. Esta imputación de responsabilidad se sostiene sobre la justificación de falta de alta de la actora en la Seguridad Social y ausencia de cotización por dicho periodo de baja. Se genera aquí una imputación parcial de responsabilidades de la empresa en función del periodo en que se hubiesen dejado de cumplir las obligaciones correspondientes, tanto de alta como de cotización.

Esta responsabilidad es la consecuencia lógica de la falta de cumplimiento de una obligación legal administrativa que viene determinada legalmente<sup>9</sup>. Esta determinación legal recae sobre el empresario que no se puede negar al cumplimiento de la misma<sup>10</sup>. La falta del cumplimiento de la

<sup>7</sup> Art. 126.1 LGSS. STS 1-2-2000 RJ (2000)1436).

<sup>8</sup> Para la determinación de esta responsabilidad el art. 126.2 de la LGSS establece que previamente deben ser determinados los supuestos de imputación, alcance y el procedimiento para poder llevarla a cabo.

<sup>9</sup> Sobre el carácter legal de la responsabilidad *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J.M., «Art. 126. Responsabilidad en orden a las prestaciones. Acción Protectora» en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, págs. 1183 y 1184.

<sup>10</sup> Esta medida se presenta, así, con un evidente carácter sancionador. Veánse VIDA SORIA, J., «Régimen jurídico e la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: estudio crítico», *RT*, núm. 31, 1970, pág. 23; DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONE-



obligación del alta por parte del empresario supone que se derive de ello la responsabilidad empresarial.

Esto ha dado lugar a que, en la aplicación práctica, se haya impuesto una rigurosidad tanto en lo que tiene que ver con la exigencia de este requisito como en cuanto a la imputabilidad directa del empresario. A diferencia de lo que ha sucedido en los supuestos de cotización se ha generado una concepción de responsabilidad que impide exculpar al empresario. Sin embargo, se han podido observar ciertas tendencias relativistas que, sobre todo cuando se ha cumplido con el requisito de cotización establecido, han atenuado el carácter taxativo de la regulación a través de la aplicación de criterios de humanidad y flexibilidad ante las circunstancias y voluntad con las que haya acontecido esa falta de alta. Y es que, en definitiva, la exigencia del alta puede ser entendida como un requisito de carácter riguroso que ha podido producir un desequilibrio entre lo que se pretende y el resultado que se puede generar <sup>11</sup>.

La prestación de jubilación no es ajena a este elemento de la responsabilidad empresarial como consecuencia del incumplimiento en la obligación de alta <sup>12</sup>. De hecho, en la Sentencia que se está comentando, la responsabilidad del empresario es un dato insoslayable que confirma los argumentos apuntados, en la medida en que se ha incumplido tanto la obligación de dar de alta como la obligación de cotizar. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el caso en cuestión se ha producido esa coincidencia en el incumplimiento, situación que, de no ser así, genera un régimen distinto de imputación de responsabilidad empresarial en la aplicación de la pensión de jubilación. Y es que, para la prestación de jubilación existe una dispensa en el requisito de alta que genera una situación especial en cuanto a la responsabilidad empresarial por el incumplimiento del requisito de alta.

### 3. LA DISPENSA DE ALTA COMO BASE DE DETERMINACIÓN DEL PAGO AUTOMÁTICO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Las bases argumentativas que sostienen las aportaciones que esta Sentencia realiza en el tema de la automaticidad en el abono de la pensión de

TE, A., *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 328 y SALA FRANCO, T., «El régimen jurídico del derecho a prestaciones de la Seguridad Social (Un estudio de la responsabilidad empresarial por falta de afiliación, alta y cotización)», *RibSS*, núm. 6, 1974, pág. 1477.

<sup>11</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA J.M., «Art. 126. Responsabilidad en orden a las prestaciones. Acción Protectora» en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 1185 y 1186.

<sup>12</sup> Vid. MALDONADO MOLINA, J.A., *La protección de la vejez en España*, op. cit., págs. 271 y ss.

jubilación tienen como uno de sus fundamentos más sólidos el reconocimiento de la dispensa en el requisito de alta para poder acceder a dicha prestación<sup>13</sup>. Los elementos normativos utilizados y la propia argumentación jurídica ponen de manifiesto la falta de funcionalidad de este requisito en orden a la atribución del derecho a percibir la pensión. De esta forma, la Sentencia considera el alta como un requisito de carácter meramente formal, de control, como un acto meramente declarativo de la actuación de la Administración.

La dicción literal de la LGSS no plantea duda alguna al respecto. Para el acceso a la prestación de jubilación del Régimen General no se requiere que se esté en situación de alta o asimilada al alta en el momento del hecho causante. De esta forma, la dispensa del requisito de alta para poder acceder a la pensión de jubilación va a ser la determinante para que se puedan dar una serie de efectos en la dinámica de la prestación que no se producirían si se hubiera exigido por parte del legislador el cumplimiento del mismo<sup>14</sup>.

Con la dispensa se trata de eliminar la excesiva rigidez que suponía el mantenimiento del requisito de alta para el acceso a la prestación de jubilación<sup>15</sup>. La pervivencia de una exigencia de alcance tan formal generaría una desproporción a la hora de la aplicación concreta de la prestación y el objetivo perseguido por la misma dentro del Sistema de Seguridad Social. En vez de atenderse a la intencionalidad de seguir o de separarse del Sistema se impondrían los rigorismos formales característicos de la aseguración privada<sup>16</sup>.

La Sentencia comentada lleva a cabo un análisis en el que el requisito de alta siempre viene considerado en relación con la edad, pero, sobre todo, con el período mínimo de cotización exigido para el acceso a la prestación de jubilación. Con esta labor no se está haciendo algo excepcional, simplemente se trata de una derivación racional de la aplicación de la dispensa de alta que establece la LGSS. Así, aún cuando la dispensa del alta es un factor de valoración sustancial para poder comprender el trasfondo de la Sentencia, en la misma se pone de manifiesto el carácter limitado que tal dispensa posee. En el caso en cuestión se produce la denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora al entender que se incumplía el requi-

<sup>13</sup> Tomando como base la argumentación efectuada por el Juzgado de lo Social número 4 de Bilbao cuando la reconoció.

<sup>14</sup> Art. 161.5 de la LGSS. Sobre su interpretación véanse VIDA SORIA, J., SALA FRANCO, T. y MALDONADO MOLINA J.A., *Jubilación 2003*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 124.

<sup>15</sup> Se llega a hablar de supresión del requisito general de alta. Véase MONEREO PÉREZ, J.L., «Configuración jurídica general. La protección de la vejez. Protección por jubilación» en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y GARCÍA NINET, J.I.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pág. 111.

<sup>16</sup> Vid. OLARTE ENCABO, S., *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997, pág. 181.



sito adicional de cotización. Con ello el INSS aplica las exigencias establecidas por la LGSS para considerar exonerado el requisito de alta, las de edad y cotización que con carácter general se exigen para acceder a esta modalidad contributiva de la prestación.

Como bien pone de manifiesto la Sentencia, la dispensa del requisito de alta no es absoluta. El cumplimiento de los requisitos de alta o asimilación al alta en el acceso a la prestación de jubilación no quiebra en toda su amplitud. El artículo 161.1 de la LGSS lo deja bien claro, para que proceda la dispensa se hace necesario el cumplimiento de los requisitos de edad y de cotización establecidos en sus letras a) y b), esto es: haber cumplido sesenta y cinco años de edad<sup>17</sup> y tener cubierto el período mínimo de cotización. De esta forma, adquiere plena coherencia la LGSS cuando establece que para el acceso de la pensión de jubilación además de los requisitos de edad y cotización hay que cumplir con la obligación general de afiliación y alta, ya que esa última solamente se va a tener en cuenta cuando falte alguno de los dos requisitos anteriores<sup>18</sup>.

Si efectivamente se cumple con esos dos requisitos de cotización y edad, la falta de alta no genera responsabilidad alguna por parte de la empresa, se trataría de una exención<sup>19</sup>. En consecuencia, el pago corresponde a la entidad gestora abriéndose las posibilidades de garantía por el trabajador al evitarse, de esta forma, los supuestos de insolvencia empresarial. Esta posibilidad supone una modulación en la normativa general sobre responsabilidad generada por la vis atractiva que ejerce la normativa específica de aplicación de la prestación de jubilación. Sin embargo, en todo caso, este pago anticipado debe de realizarse de conformidad con el desarrollo reglamentario establecido. La ausencia de un desarrollo reglamentario específico ha supuesto que se haya recurrido a las disposiciones que sobre el particular estableció la primigenia Ley de la Seguridad Social y es en este punto donde se ha generado la polémica sobre la que trata de aportar claridad la Sentencia<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Se admite por parte de la doctrina la inexigibilidad del alta cuando la edad que permita acceder a la pensión de jubilación sea inferior a los 65 años en función de la especialidad de las actividades desarrolladas. Así, LÓPEZ CUMBRE, L., «Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico de las jubilaciones anticipadas», *Trib. Soc.*, núm. 94, 1998, pág. 21.

<sup>18</sup> De esta forma, cuando no se cumplan los requisitos de edad y cotización previa establecidos habrá que estar al artículo 124.1 de la LGSS cuando establece que hay que reunir los requisitos generales de «afiliación y alta» para acceder a la prestación.

<sup>19</sup> Vid. VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, tecnos, Madrid, 2005, pág. 294.

<sup>20</sup> Ante la falta de desarrollo reglamentario de los artículos 126 y 127, la jurisprudencia suele entender vigentes los artículos 94, 95 y 96 de la Ley de la Seguridad Social de 1966, de conformidad con lo que estableció la Disposición Transitoria 2.ª del D 1645/1972, de 23 de

#### 4. OTRAS SITUACIONES DETERMINANTES DEL PAGO ANTICIPADO EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

En la sentencia analizada se realiza la posibilidad de entender cumplido el requisito de alta como consecuencia de que la actora se encontraba en situación de incapacidad temporal. Así es como se justifica la existencia de una falta de intención de separarse del sistema por parte de la causante. De esta forma, se hubiesen despejado aún más las dudas sobre el reconocimiento de la prestación que pesaron en la resolución denegatoria de la entidad gestora que dio lugar a que se interpusiera la demanda.

La gran cantidad de situaciones asimiladas al alta que se habían venido reconociendo para el acceso a la prestación de jubilación con anterioridad al establecimiento de la dispensa ya habían permitido entender cumplida la exigencia de alta con lo que el carácter formal de la condición de alta ya se había restringido notablemente<sup>21</sup>. Así, se pone de manifiesto el carácter artificioso y la poca consistencia práctica del requisito de alta con la consecuente incongruencia que genera en relación con los objetivos por los cuales se pretende mantener dicha condición<sup>22</sup>.

Con estas situaciones de asimilación reconocidas por el ordenamiento jurídico en el acceso a la prestación de jubilación se tratan de integrar aquellas circunstancias en las que no hay una voluntad decidida por parte del sujeto causante de incumplir los requisitos exigidos o de apartarse intencionadamente del Sistema Social de Protección. De manera particular, se debe resaltar como situación asimilada la incapacidad temporal y la posible prórroga de sus efectos.

En la sentencia analizada la posible existencia de una situación asimilada al alta se coaliciona con la falta de exigibilidad del requisito de alta para flexibilizar los rigorismos formalistas que pudieran desprenderse de la exigencia general que se prescribe en relación con el acto matriculador. De esta forma, se entiende la existencia de una prolongación ficticia de la si-

junio, dictado en desarrollo de la Ley 24/1972, de 21 de junio. Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA J.M., «Art. 126. Responsabilidad en orden a las prestaciones. Acción Protectora» en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 1184

<sup>21</sup> Vid. MALDONADO MOLINA, J.A., *La protección de la vejez en España*, op. cit., pág. 251.

<sup>22</sup> Hay que tener en cuenta se ha considerado por algunos autores que dentro de las condiciones exigidas para el acceso a la prestación de jubilación éste es un requisito superfluo y trivial. Vid. OJEDA AVILÉS, A. y MARÍN ALONSO, I. «Art. 161. Beneficiarios. Jubilación» en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 1479.



tuación de alta que culmina en el momento de la producción del hecho causante determinante de la prestación. Sin embargo, a pesar de la falta de intencionalidad en la separación de la acción protectora con la que se reconocen estas situaciones de asimilación no se puede hablar de un criterio claro que permita justificar la utilización de unas determinadas situaciones como asimiladas al alta para poder acceder a la prestación de jubilación y otras no<sup>23</sup>. En cualquier caso, estas situaciones permiten el pago anticipado de la pensión de jubilación por parte de la entidad gestora.

## 5. LA ASIMILACIÓN DE LOS REQUISITOS DE RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN PARA PROCEDER A SU ABONO

Según la Ley de Seguridad Social del año sesenta y seis, la entidad gestora debe proceder al anticipo en el pago de la prestación de jubilación cuando el empresario no se encuentre al corriente en el pago de las cuotas, siempre y cuando se haya reconocido esa prestación a un trabajador que se encontrase en alta en el momento de producirse el hecho causante<sup>24</sup>. Lo que ocurre es que en esta ley para acceder a la prestación de vejez se requería, también, encontrarse en alta en el momento del hecho causante, cuestión que cambia con la LGSS donde se reconoce la dispensa en el requisito de alta. Por consiguiente, existía una conexión sistemática entre la exigencia del requisito de alta en el momento del hecho causante para el acceso a la pensión y la exigencia de alta en el momento del hecho causante para determinar la obligación de pago anticipado por parte de la entidad gestora a raíz del incumplimiento empresarial de cotización<sup>25</sup>.

Como consecuencia del cambio operado en la exigibilidad del requisito de alta para el acceso a la prestación por la Ley 26/1985 no se hace posible una interpretación literal de las prescripciones establecidas por la Ley del sesenta y seis. De esta forma, la conexión sistemática anterior debe entenderse suplantada por la posibilidad de dispensa en el requisito de alta que se establece en la actual regulación para el acceso a la pensión de jubilación.

La falta de exigibilidad de la situación de alta en el momento de producirse el hecho causante para acceder a la pensión de jubilación cuando

<sup>23</sup> Vid. BARRIOS BAUDOR, G.L.: *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 35. En ella se pone de manifiesto la complejidad en la regulación de las situaciones asimiladas al alta.

<sup>24</sup> Art. 95.2 de la Ley de Seguridad Social de 1966.

<sup>25</sup> Sobre este aspecto téngase en cuenta el estudio que del alcance del artículo 126 en relación con el artículo 95.2 se realiza por la STSJ del País Vasco 28-12-2004 (AS2005\160).

existe responsabilidad empresarial impide que para una situación complementaria se pueda exigir un requisito que originariamente no se tenía en cuenta. Existe, por tanto, un principio de causalidad que no puede ser obviado. Es decir, si para la situación jurídica inicial no se exige el requisito de alta tampoco este debe ser exigido para la situación jurídica derivada. De esta forma, no se puede exigir que, si para acceder a la pensión de jubilación no haga falta cumplir con el requisito de alta en el momento del hecho causante, para el abono anticipado de la prestación si se tenga que exigir. Con esta base jurídica es con la que se determina en la sentencia el pago anticipado de la prestación de jubilación por parte del INSS <sup>26</sup>.

En esta sentencia se produce la afirmación del principio de automaticidad. Así, la entidad gestora debe ser responsable del anticipo de la pensión de jubilación independientemente de que se haya cumplido o no la obligación de dar de alta en el momento del hecho causante. La relevancia de este pronunciamiento jurisprudencial radica en la relatividad otorgada a los requisitos formales para el acceso y automaticidad de la prestación de jubilación poniendo de manifiesto la especial significación que dentro de los sistemas de la Seguridad social tiene la garantía de las prestaciones. De esta forma, lo realmente significativo para garantizar el abono de la prestación no es la exigibilidad concreta de unos requisitos formales sino la efectiva realización de una prestación de servicios <sup>27</sup>.

Con la consolidación de esta concepción el principio de automaticidad adquiere todo su sentido, es decir, remover los obstáculos que pudieran impedir el acceso efectivo a la prestación por parte del beneficiario. No basta con declarar el derecho sino que efectivamente se disfrute. Esto no significa que la entidad gestora vaya a asumir los costes del incumplimiento empresarial, simplemente que se vaya a asegurar realmente el goce del derecho reconocido. De esta forma, se garantiza la suficiencia de las prestaciones ante la situación de necesidad de conformidad con lo proclamado por el artículo 41 de la Constitución Española <sup>28</sup>.

Aún desde el análisis formulado, en la medida en que solamente se puede entender para la pensión de jubilación y, dentro de ella, para no todos los supuestos, hay que sostener que este sigue siendo un pronunciamiento ais-

<sup>26</sup> Hay que puntualizar que para los supuestos de la pensión de jubilación en los que si se exige el cumplimiento del requisito de alta seguirían plenamente vigentes los postulados establecidos por la Ley de Seguridad Social del año 66.

<sup>27</sup> En este sentido, la Sentencia confirma lo que ya desde hace tiempo venía realizándose por parte de la Administración. El principio de automaticidad de prestaciones era reconocido en la prestación de jubilación con un sentido muy amplio exigiéndose solamente una prueba indubitada de la existencia de la relación laboral o un acta de liquidación impugnada. Circulares del INSS 66/77 de 2 de junio y 132/1978 de 20 de octubre.

<sup>28</sup> OLARTE ENCABO, S: *El Derecho a prestaciones de Seguridad Social*, op. cit., pág. 188.



lado dentro de lo que supone la exigibilidad en el cumplimiento de los requisitos formales para acceder a las prestaciones y garantizar su automaticidad dentro de lo que es el Sistema de Seguridad Social. Así, con carácter general, sigue sometiéndose al principio de automaticidad al cumplimiento riguroso de los requisitos formales en el momento de producirse el hecho causante tal y como se deriva de la aplicación literal de la Ley de Seguridad Social del año sesenta y seis. En definitiva, el anticipo por parte de la entidad gestora en la pensión de jubilación ante la ausencia de alta en el momento del hecho causante es una excepción que en ningún caso puede generalizarse para todo el sistema. Solamente sobre la base de una correspondencia sistemática entre la ausencia de ese requisito de alta para el acceso a la prestación se va a poder eximir del mismo a la automaticidad que en el pago de la prestación va a ser llevada a cabo por la entidad gestora en los supuestos de responsabilidad empresarial. Es de esta forma como, en función de la exigibilidad de este requisito, la sentencia va a distinguir entre las diversas prestaciones:

1.º Las que siguen un régimen completo de automaticidad. Tanto cuando el trabajador se encuentre en alta en el momento de producirse el hecho causante como cuando no. Dentro de estas se encontraría la pensión de jubilación.

2.ª Las que siguen un régimen limitado de automaticidad. Solamente se reconoce la automaticidad para las prestaciones en las que el trabajador se encuentra en una situación de alta en el momento del hecho causante, aunque existan descubiertos en la cotización. No se reconoce la automaticidad cuando el trabajador no está en alta en dicho momento. Entre estas se encontrarían la incapacidad laboral y la incapacidad permanente<sup>29</sup>.

Para finalizar sólo queda comentar dos aspectos adicionales que se plantean en la Sentencia. El primero de ellos consiste en determinar en que medida cabe el anticipo cuando solamente existe una responsabilidad parcial por la empresa que no afilió o no cotizó por su trabajador. Siguiendo los estrictos términos de la LGSS no parece haber lugar a dudas. En la medida en que se atenúa el alcance de responsabilidad de las empresas las entidades gestoras deben asumir el pago de la prestación correspondiente. Esto es lo que ocurre en el caso presente cuando se dispone el deber de la entidad gestora de abonar el pago de la prestación en la cuantía correspondiente de la carrera de seguro en la que se hubieran cumplido con los requisitos exigidos<sup>30</sup>. El otro aspecto es el referido al anticipo ante supuestos en los que la empresa hubiera desaparecido. Tampoco hay lugar a la controversia puesto

<sup>29</sup> STS 9-4-2001 (RJ 2001\4895).

<sup>30</sup> Art. 126.3 de la LGSS.

que el pago anticipado va a tener lugar en todos los supuestos, incluso aunque la empresa se encuentre desaparecida, con esto se aumentan las garantías de percepción de la prestación por parte del beneficiario<sup>31</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

La sentencia comentada se circunscribe dentro de la dialéctica formalismo versus «garantismo» de la que se ha venido nutriendo la legislación de la Seguridad Social desde sus orígenes. El cumplimiento del requisito de alta en el momento de producirse el hecho causante era una exigencia utilizada por el antiguo sistema de seguros sociales para que se pudieran reconocer las prestaciones a los beneficiarios. Se respondía de esta forma a una lógica aseguradora que incluía el formalismo como un elemento de correspondencia dentro del engranaje sinalagmático con el que se conceptuaba la relación jurídica del seguro.

Con el advenimiento de la política de Seguridad Social se impuso una nueva lógica en la que el factor fundamental venía constituido por un enfoque «garantista» frente a las situaciones de necesidad. Con este planteamiento se generó una suavización en los rigorismos del sistema para atender de manera prioritaria a esa función social. Estas formulaciones no eran meramente programáticas sino que tuvieron su traducción en la normativa internacional. De esta forma, la pensión de jubilación española se vio afectada por esa tendencia «flexibilizadora». A ello respondía la falta de exigibilidad del requisito de alta en el momento de producirse el hecho causante para poder acceder a la prestación.

Esa dispensa inicial no se estableció, sin embargo, en términos absolutos. Por ello, el Tribunal Supremo, se ha tenido que enfrentar en la sentencia con todo un conjunto de consideraciones jurídicas que influyendo decisivamente sobre esa atenuación otorgan una exigibilidad determinante de esos requisitos formales para el acceso y efectividad de la pensión de jubilación. Al margen de discriminar las posibles situaciones asimiladas al alta, conforme con las cuales el requisito de alta decae automáticamente, se han tenido que tener en cuenta los efectos limitadores que los requisitos de edad y período de cotización representan para poder entender cumplida la dispensa. Partiendo, por tanto, de la aceptación de la dispensa para el recono-

<sup>31</sup> Art. 126.3 de la LGSS. El artículo 17.2 de la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social extendió la obligación de anticipo también a los casos de empresas desaparecidas, eliminándose por lo tanto del artículo 95.2 de la LSS de 1966 cuando establecía que no procedía el anticipo en los supuestos en los que la empresa se encontrase desaparecida.



cimiento de la pensión la cuestión fundamental planteada es la de la efectividad de la misma en orden a las posibles repercusiones que puede tener a la hora de efectuarse el abono de la prestación.

Es en el análisis de los efectos que la dispensa produce sobre el abono de la prestación donde la sentencia realiza su aportación más significativa. Sin tener en cuenta la imputabilidad de la responsabilidad de la empresa para el abono de la pensión, lo que si parece decisivo es que la automaticidad en el pago por parte de la entidad gestora es una obligación inexcusable, a pesar del incumplimiento del requisito de encontrarse en alta en el momento del hecho causante. Solamente los condicionamientos que se han tenido en cuenta para acceder a la prestación pueden ser determinantes en el establecimiento del régimen de automaticidad y no otros. Por tanto, la dispensa del requisito para acceder a la pensión de jubilación es también dispensa en la automaticidad del pago por parte de la entidad gestora.

En cuanto al pago anticipado la sentencia provoca una fractura con respecto a los postulados formalistas que responden a la antigua óptica «previsionista». También en la dinámica o en los estrictos aspectos de tramitación de la pensión deben ser tenidos en cuenta los elementos garantizadores con los que se estableció en su día la dispensa analizada. Sin embargo, como señala la propia sentencia esa atenuación no es generalizable a todas las prestaciones ni tampoco a todo el régimen de automaticidad establecido por la LGSS. En realidad, constituye una excepción ante la pervivencia, aún hoy en nuestro sistema, de los rigores formales propios de los seguros sociales. En definitiva, desde una noción de Seguridad Social el condicionamiento de alta solamente debería alcanzar un valor declarativo cuya ausencia no impidiera al Estado hacer frente al abono de las prestaciones como elemento indispensable para garantizar la protección de los ciudadanos frente a las necesidades sociales.





## PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Huelva

### IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

*STJCE de 27 de abril de 2006. Petición de decisión prejudicial*

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO \*

**SUPUESTO DE HECHO:** Esta petición de decisión prejudicial que se plantea al Tribunal europeo versa sobre la interpretación de los artículos 4 y 7 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Concretamente, el conflicto se produce entre la Sra. Richards, una persona que se había sometido a una operación quirúrgica de cambio de sexo y el Secretary of State for Work and Pensions del Estado inglés. Dicho conflicto surge ante la negativa de este último organismo a reconocer a la interesada una pensión de jubilación a partir del momento en el cual cumplió los 60 años.

La normativa inglesa sobre cotizaciones y prestaciones de la Seguridad Social (Social Security Contributions and Benefits Act 1995) dispone que los hombres alcanzan la edad de jubilación al cumplir los 65 años y las mujeres nacidas antes del 6 de abril de 1950 al cumplir los 60 años.

La discusión que se produce en este litigio es sobre el derecho de la Sra. Richards a acceder a la pensión de jubilación a los 60 años, por el hecho de ser una mujer tras la operación de cambio de sexo, o si por el contrario se sigue aplicando la edad de 65 años prevista en la norma nacional para los solicitantes varones.

\* Profesora Ayudante LOU. Universidad de Huelva.

**RESUMEN:** La Sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 27 de abril de 2006, considera que una normativa nacional que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambió de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que según dicho Derecho nacional es mujer, resulta contraria a la Directiva 79/7/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTOS E IDEAS CLAVES PARA RESOLVER EL CONFLICTO.
3. VALORACIÓN FINAL

## 1. INTRODUCCIÓN

La Sra. Richards nació el día 28 de febrero de 1942, en su partida de nacimiento figuraba como perteneciente al sexo masculino. Al habersele diagnosticado una disforia de sexo <sup>1</sup>, se sometió el 3 de mayo de 2001 a una operación quirúrgica de cambio de sexo. En este momento la interesada tenía 59 años de edad. Unos meses más tarde, el 14 de febrero de 2002, la interesada solicita al Secretary of State que se le reconozca el derecho a una pensión de jubilación a partir del 28 de febrero de ese año, ya que a partir de esa fecha tendría los 60 años que exige la norma nacional a una mujer para acceder a la pensión de jubilación, siempre que haya nacido antes del 6 de abril de 1950, requisito que cumplía la interesada.

Ante esta solicitud el órgano competente responde negativamente alegando que «*había sido presentada más de cuatro meses antes de que el solicitante cumpliera los 65 años*», que es la edad de jubilación de los hombres en el Reino Unido. Por tanto, para este Estado y a pesar de la operación de cambio de sexo la interesada sigue siendo un hombre. Esta negativa del Estado se basaba en el artículo 29, apartados 1 y 3, de la Le de 1953 sobre inscripción de los nacimientos y las defunciones que prohíbe toda modificación registral de la partida de nacimiento, salvo en caso de error de transcripción o de error material.

<sup>1</sup> Disforia es el sentimiento de que el sexo al que fuiste designado de nacimiento no corresponde al género que tú sientes internamente.

Esta negativa supuso el recurso de la interesada ante el Social Security Commissioner alegando que «*la negativa a reconocerle una pensión de jubilación a partir de los 60 años constituía una violación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como una discriminación contraria al artículo 4 de la Directiva 79/7*».

El Secretary of State alegaba que la pretensión de la demandante no estaba incluida en el ámbito de aplicación de la referida Directiva del año 1979, ya que ésta en su artículo 4, apartado 1, establece que «*el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:*

- *el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,*
- *la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,*
- *el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a prestaciones».*

Por su parte el artículo 7.1 de la misma Directiva prevé una reserva a favor de los Estados miembros, ya que declara que esta norma «*no obstará a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:*

- a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones [...]*».

De acuerdo con esta previsión el Estado inglés podía reservarse la facultad de establecer, para la prestación de jubilación, edades distintas para las mujeres y los hombres, intentando de esta forma compensar las mayores dificultades de las mujeres para acceder al mercado de trabajo y su más tardía incorporación. Esto es lo que se conoce con el nombre de medida de acción positiva que puede definirse como «*el conjunto de medidas de impulso y promoción que tienen por objetivo establecer la igualdad entre hombres y mujeres en materia de oportunidades de empleo y ocupación, sobre todo mediante la eliminación de las desigualdades de hecho*»<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Véase VOGEL POLSKY, E. «Los programas de acción positiva a favor de las mujeres» *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen 104. núm. 2, 1985, págs. 234 y ss. Según la definición proporcionada por el Comité para la Igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de

Por tanto y según el órgano demandado su respuesta no es contraria al Derecho comunitario, ya que éste se limita a prever medidas de armonización en lo que atañe a las prestaciones de vejez, pero sin conferir el derecho a obtener tales prestaciones, lo que queda reservado a los Estados miembros.

Un segundo argumento que utiliza este órgano demandado es que la Sra. Richards no fue discriminada en relación con las personas que constituyen el elemento de comparación adecuado, esto es los hombres que no se han sometido a una operación quirúrgica de cambio de sexo.

Ante las dudas suscitadas por este conflicto el Social Security Commissioner decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal europeo una serie de cuestiones prejudiciales.

## 2. CONCEPTOS E IDEAS CLAVES PARA RESOLVER EL CONFLICTO

Las dos cuestiones prejudiciales que se le plantean al Tribunal europeo están estrechamente relacionadas. La primera se refiere a si la Directiva 79/7 prohíbe denegar a un transexual, que cambia de sexo masculino a sexo femenino, el reconocimiento de una prestación de jubilación hasta cumplir los 65 años de edad que exige la norma nacional, cuando la persona en cuestión habría tenido derecho a dicha pensión a la edad de 60 años si hubiera sido considerada mujer en virtud del Derecho nacional.

En caso de respuesta afirmativa a la anterior pregunta ¿a partir de qué fecha debe tener efectos la decisión del Tribunal de Justicia sobre la primera cuestión?

Ante estas cuestiones prejudiciales debemos señalar que los aspectos sobre los que vamos a trabajar en las líneas siguientes se refieren a la consideración o no de la interesada como una mujer, a la reforma que en materia de reconocimiento del sexo de las personas se produce en dicho Estado en

---

Europa, la acción positiva «*es una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades a través de unas medidas que permitan contrastar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales*». *Guía de buenas prácticas para la implantación de acciones positivas en las empresas. Programa Óptima*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. Madrid, 2000. pág. 21. Existen otros conceptos de acción positiva. Por ejemplo, «*la acción positiva consiste en una estrategia destinada a combatir la discriminación, o los efectos perjudiciales que se derivan de la discriminación, en un colectivo discriminado*». Este concepto así como las características principales de las medidas de acción positiva son destacadas por SUÁREZ LLANOS, M.L. a la hora de comentar la obra de Dema/2000. *Teoría Feminista, Política y Derecho*. Dykinson, 2002, págs. 73 y ss.



el año 2004, al elemento de comparación adecuado en el caso que analizamos, a la eficacia retroactiva de una norma legal y finalmente a la limitación en el tiempo de los efectos de una sentencia judicial.

Para entender cada uno de estos aspectos debemos señalar que el 1 de julio de 2004, se promulgó en el Reino Unido la Ley de 2004 sobre reconocimiento del sexo de las personas (Gender Recognition Act 2004). En esta norma legal, que entró en vigor el 4 de abril de 2005, se señala que «*aque-llas personas que hayan cambiado ya de sexo, o que proyecten una operación quirúrgica de este tipo, podrán solicitar un certificado de reconocimiento de sexo (gender recognition certificate), basándose en el cual podrán obtener un reconocimiento casi total de su cambio de sexo*».

Este certificado se expedirá siempre que el interesado cumpla los siguientes requisitos:

- tener o haber tenido disforia de sexo;
- haber vivido con su nueva identidad sexual durante los dos años anteriores a la fecha de solicitud el certificado.

Esta misma Ley del año 2004 prevé en su artículo 9 que «*cuando a una persona se le expida un certificado completo de reconocimiento de sexo, el sexo adquirido será en cualesquiera circunstancias el sexo de esa persona. [...] Este certificado de reconocimiento de sexo no surtirá efecto alguno en relación con los actos realizados o los hechos acaecidos con anterioridad a la expedición del mismo*».

Según estas previsiones algunas cuestiones deben ser comentadas en el supuesto que ahora analizamos. En primer lugar, debemos señalar la contradicción que se produce en el seno de esta norma legal, ya que señala como posibles solicitantes del certificado los individuos que ya se hayan sometido a operación quirúrgica de cambio de sexo o que proyecten hacerlo, pero sin embargo exige como requisito *sine qua non* haber vivido con su nueva identidad sexual durante los dos años anteriores a la fecha de solicitud del certificado. La única explicación que cabe en este caso es que esta última expresión puede entenderse inclusiva de los supuestos en los cuales sin haberse producido todavía la operación quirúrgica el interesado/a vive como si hubiera cambiado ya de sexo.

La segunda duda surge cuando en esta Ley se dice que con este certificado se podrá obtener un reconocimiento «casi total de su cambio de sexo». Esta expresión tan indeterminada planteará numerosas dudas de interpretación ya que no se establecen los límites de la eficacia y efectos del mencionado certificado.

Centrándonos en la cuestión que comentamos en esta sentencia, dicha norma del año 2004, prevé en el Anexo 5.II.7. una mención expresa a las prestaciones de jubilación. Concretamente señala que «*[...] si inmediatamente antes de que se expida el certificado, una persona: es un hombre que*

*ha alcanzado la edad a la que una mujer llega a la edad de jubilación, pero no ha cumplido los 65 años, habrá de considerarse que [...] ha alcanzado la edad de jubilación en la fecha de expedición de dicho certificado».*

Esta última previsión legal parece que resuelve el conflicto que estamos comentando en esta sentencia, sin embargo quedan algunos aspectos por revisar.

El primer aspecto se refiere a la fecha de aprobación de esta norma legal, año 2004, y de entrada en vigor, año 2005, cuando la solicitud de la interesada se realizó en el año 2002. En esta fecha ni estaba vigente la norma de 2004, ni en el caso de estarlo la interesada hubiera cumplido todos los requisitos exigidos para la concesión del certificado mencionado, ya que sólo habían transcurrido escasos 10 meses desde la operación quirúrgica, aunque también hemos mencionado en líneas anteriores que la posible contradicción que existe en la norma podría llevar a incluir los casos en los cuales la operación todavía no se ha realizado pero está en proyecto hacerlo. La duda siguiente es qué pasa cuando la operación se ha realizado pero no han transcurrido los dos años desde la misma que exige la Ley. ¿Sería menos favorable el trato de las personas que habiendo sido operadas, dicha operación no se ha realizado con al menos dos años de antelación, respecto de las que ni siquiera lo han sido?

Al margen de este debate doctrinal e incluso jurisprudencial en el que no podemos detenernos en este momento, lo que nos interesa es la posible vulneración por la norma inglesa del Derecho comunitario, y la posible aplicación retroactiva de la misma.

En relación con el primer aspecto, señala el Tribunal europeo que la Directiva 79/7 no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo, sino que dicha norma debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado, y aunque según esta norma corresponda a los Estados miembros determinar los requisitos para el reconocimiento jurídico tanto de un cambio de sexo como de una pensión de jubilación.

Aunque los Estados miembros pueden, a tenor de esta Directiva, establecer excepciones al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de pensión de jubilación, no pueden considerar como un elemento carente de importancia el caso de los transexuales, ya que esto puede provocar, como ocurre en el presente litigio, que la discriminación no se produzca entre mujeres y hombres, sino entre el propio colectivo de hombres o el propio colectivo de mujeres<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Véase CAMPOS, A. «La transexualidad y el derecho a la identidad sexual». Tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco. <http://www.felgt.or/>

Por todo ello, declara este Tribunal de Justicia que *«una legislación nacional que, al no reconocer a los transexuales su nueva identidad sexual, impide que un transexual reúna uno de los requisitos necesarios para disfrutar de un derecho protegido por el Derecho comunitario debe considerarse, en principio, incompatible con las exigencias de este Derecho»*.

Por tanto, podemos concluir que aunque los Estados miembros pueden fijar edades de jubilación diferentes para los hombres y las mujeres, no pueden vulnerar el derecho a la igualdad de trato de forma no justificada e indiscriminada. Si bien la medida de acción positiva que supone establecer una edad de jubilación inferior para las mujeres está justificada objetivamente, porque lo que el legislador comunitario pretendía era *«autorizar a los Estados miembros a mantener temporalmente, en materia de jubilaciones, las ventajas concedidas a las mujeres, con el fin de permitirles llevar a cabo progresivamente una modificación de los sistemas de pensión en este punto sin perturbar el complejo equilibrio financiero de dichos sistemas, cuya importancia no podía ignorar. Entre estas ventajas figura precisamente la posibilidad, para las trabajadoras, de disfrutar de los derechos a la pensión antes que los trabajadores, como dispone el artículo 7.1 de la misma Directiva»*.

En definitiva, se pretende compensar a las mujeres como decíamos anteriormente por su dificultad para acceder y mantenerse en el mercado de trabajo a través de una medida de acción positiva que el Tribunal recuerda que debe ser temporal.

Por tanto, acudiendo el principio de jerarquía normativa y a la cesión de competencias que los Estados realizan cuando solicitan formar parte de la Unión europea, debemos concluir con la idea de que la norma inglesa es contraria al Derecho comunitaria, debiendo por tanto ser modificada.

Por último nos referiremos a la eficacia retroactiva de una norma legal y finalmente a la limitación en el tiempo de los efectos de una sentencia judicial.

En cuanto a la aplicación retroactiva de la norma del año 2004, aspecto sobre el que no se pronuncia el Tribunal europeo, parece que la misma no es posible, ya que como señalamos anteriormente al comentar el artículo 9.2 de dicha norma *«el certificado de reconocimiento de sexo no surtirá efecto alguno en relación con los actos realizados o los hechos acaecidos con anterioridad a la expedición del mismo»*, y por pura lógica dicha expedición no pudo realizarse con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, en

---

*Webportal/localsol* de 28 de junio de 2006. CAMERO SUÁREZ, V. «Un apunte al Derecho europeo y estadounidense sobre el status jurídico de las parejas del mismo sexo». <http://www.hegoak.com/legislacion/leg-4.html> de 28 de junio de 2006.

el año 2005. Por tanto y en el caso que nos ocupa esto supone que la interesada podría solicitarlo a partir de esta fecha, 4 de abril de 2005, fecha en la cual ya tendría 63 años.

En cuanto a la pregunta que realiza el Tribunal inglés sobre la fecha a partir de la cual debe tener efectos la decisión del Tribunal europeo de considerar contraria al Derecho comunitario la norma inglesa comentada, debemos resaltar que según este Tribunal *«sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición que haya interpretado con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe [...]». Además, según reiterada jurisprudencia, las consecuencias financieras que podrían derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación en el tiempo de los efectos de esa sentencia».*

En esta sentencia se indica como el Tribunal recurre a esta limitación temporal de los efectos de una resolución sólo en circunstancias muy determinadas, *«cuando, por una parte, exista un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y, por otra parte, [cuando] era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión de las Comunidades Europeas».*

En el caso que comentamos parece que ni existe un elevado número de situaciones jurídicas como las que dan lugar al conflicto, ni tampoco existe esa incertidumbre objetiva e importante, por lo que no tiene sentido limitar los efectos de la sentencia<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Un supuesto en el cual existió una gran repercusión económica en una resolución judicial fue la Sentencia Barber de 17 de mayo de 1990. Asunto C-262/88. En este asunto el Sr. Barber se encontraba afiliado a la Caja de Pensiones de Jubilación creada por Guardian, que aplicaba un Plan de pensiones no contributivo, es decir, financiado íntegramente por el empresario. De acuerdo con este Plan de pensiones, la edad normal de jubilación estaba fijada, para la categoría de empleados a la que pertenecía el interesado, en 62 años para los hombres y en 57 para las mujeres. En caso de que se produjera un despido por causas económicas, se preveía que el trabajador afectado recibiría una pensión inmediata, siempre que hubiese alcanzado la edad de 55 años si era hombre o 50 si era mujer. El actor despedido por estas circunstancias a la edad de 52 años no pudo disfrutar de estos beneficios económicos por no cumplir el requisito de la edad. Por ello el Tribunal consideró que *«[...] el artículo 119 del Tratado se*



### 3. VALORACIÓN FINAL

Como conclusión podemos destacar que en el supuesto controvertido el elemento de comparación adecuado era el colectivo de mujeres que puede jubilarse a los 60 años y no el colectivo de hombres que puede hacerlo a los 65 años, ya que la interesada pertenecía al sexo femenino a efectos legales y tras la correspondiente operación quirúrgica. Esto es consecuencia de la imposibilidad de que los Estados miembros, en el uso de las facultades que tienen para desarrollar el Derecho Comunitario, no respeten Derechos Fundamentales como el derecho a la igualdad de trato por razón de sexo<sup>5</sup>. En cualquier caso, en el supuesto concreto de la interesada la solución no se produce a los 60 años sino a los 63 años, aunque gracias a la no limitación de los efectos de esta sentencia situaciones parecidas a las comentadas en este supuesto tendrán una resolución clara en la medida en que sienta un precedente para posteriores conflictos judiciales.

---

*opone a que un hombre despedido por causas económicas sólo pueda tener derecho a una pensión con pago diferido a la edad normal de jubilación, mientras que una mujer que se encuentre en las mismas circunstancias tiene derecho a una pensión de jubilación inmediata, debido a la aplicación de un requisito de edad distinto según el sexo, que corresponde a una diferencia prevista por el régimen legal nacional para la concesión de las pensiones de jubilación. El principio de igualdad de retribución debe garantizarse para cada elemento de la retribución y no sólo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores».* Lo que este pronunciamiento señala es que será a partir del día 17 de mayo de 1990, cuando pueda aplicarse la exigencia de igualdad retributiva para todos y cada uno de los elementos que compongan la retribución del trabajador.

<sup>5</sup> Véase LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J. *La problemática jurídica de la transexualidad*. McGraw Hill. Madrid. 1998. RIVAS PASTOR, A. «La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78». *Temas Laborales*, núm. 59. 2001. págs. 193-220. RIVAS VAÑO, A. & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa». *Temas Laborales*, núm. 52. 1999. págs. 3 y ss.





## EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

### GARANTÍA DE PERMANENCIA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES CON OCASIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS OBJETIVAS

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,  
de 30 de noviembre de 2005*

FERNANDO ELORZA GUERRERO \*

**SUPUESTO DE HECHO:** El desdoblamiento de las obras de una carretera, y la consiguiente ocupación por la Administración de una finca en la que se ubica una Estación de Servicio, provoca que la empresa titular de ésta decida extinguir los contratos de trabajo de aquellos que prestaban servicio en la citada Estación alegando causas objetivas.

Uno de los trabajadores despedidos tiene la condición de representante de personal, excediendo el ámbito de representación la propia estación de servicios afectadas por los despidos —consta en la Sentencia que la empresa contaba con otras dos estaciones de servicio en Badajoz, y otras dos en Mérida y un pueblo próximo, *«todas ellas con suficiente personal y con pérdidas económicas en su explotación»*, según expresa el antecedente Segundo IV—.

Impugnado el despido por, entre otros, este trabajador —representante—, tanto el Juzgado de lo Social, como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura [STSJ Extremadura, de 8 de marzo de 2004(AS 2004/655)], desestimaron los argumentos esgrimidos en contra de la consideración de que el presente fuera un despido procedente.

\* Profesor Titular de Universidad del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**RESUMEN:** Los argumentos del TS<sup>1</sup> para estimar el recurso de casación interpuesto por el representante legal del trabajador-representante, y calificar por tanto el despido del mismo como improcedente son fundamentalmente los siguientes:

- 1) La garantía de permanencia en la empresa, en cuanto preferencia, *«se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía, con independencia de que éste pueda ser más o menos extenso».*
- 2) Si no fuera así, *«las posibilidades de eludir la garantía mediante el ejercicio por parte del empresario de sus facultades en orden a la movilidad supondrían un riesgo muy alto para la efectividad de aquella garantía».*

#### ÍNDICE

1. APUNTES SOBRE LA CONCEPCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA GARANTÍA DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
2. LA APORTACIÓN DE LA STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2005: ANÁLISIS CRÍTICO
3. EL FALLO EMANADO DE LA SENTENCIA

### 1. APUNTES SOBRE LA CONCEPCIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA GARANTÍA DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

El interés de la presente Sentencia radica precisamente en el supuesto de hecho que afronta y que nos sitúa ante la tesitura de tener que valorar la efectividad de la garantía legal consagrada por el art. 68 b) ET (suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas), reiterada por el art. 52 c) párrafo 2.º ET (extinción por causas objetivas previstas en el art. 51.1 ET) —y que también se contiene en otros preceptos estatutarios, caso del art. 51.7 ET (despido colectivo) o 40.5 ET (movilidad geográfica)—, cuando el ámbito en que se produce la decisión empresarial de proceder a la extinción de determinados contratos no coincide con el ámbito de representación de los representantes de los trabajadores. La consideración detenida del caso aconseja no obstante una reflexión preliminar, aunque sea breve, sobre el contenido y alcance de la citada garantía, que nos ponga en mejor situación de valorar críticamente el texto objeto de análisis.

La razón de la protección diferenciada de los representantes legales de los trabajadores (delegados de personal y miembros de los comités de em-

<sup>1</sup> RJ 2006/922.

presa), y de la que se benefician también los delegados sindicales que no formen parte de dichos comités de empresa (art. 10.3 LOLS), los propios delegados de prevención (art. 37 LPRL), o los miembros del comité de empresa europeo (arts. 21 y 28 de la Ley 10/1997), se ha venido considerando de manera mayoritaria que radica en la necesidad de proteger el interés colectivo o sindical, y no tanto el interés individual del propio trabajador. Como años atrás se afirmó «es el hecho objetivo de la presencia y de la actividad sindical en la empresa, a través de los propios representantes, lo que viene protegido»<sup>2</sup>. En definitiva, en el presente caso, y en palabras del TC «la ley no concede un privilegio, sino que se tutela (...) la representación de los trabajadores»<sup>3</sup>.

Ahora bien, esta «ultimidad» —empleando la expresión acuñada en su día por los profesores ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE<sup>4</sup>—, lejos de ser considerada una prioridad absoluta se comprende por la doctrina científica y por la jurisprudencia como de carácter relativo, desde el momento en que sólo operaría respecto de cada categoría profesional o dentro del respectivo grupo profesional y en el caso de que la crisis empresarial sea parcial<sup>5</sup>, no así cuando la misma afecta a los trabajadores de toda la empresa<sup>6</sup>.

Con todo, dista de estar claro el ámbito concreto de efectividad de la mencionada preferencia —cuestión clave por cierto en la Sentencia que analizamos— desde el momento en que el art. 68 b) ET se refiere indistintamente a la «empresa» y al «centro de trabajo», como escenarios donde la permanencia en la empresa podría ser eficaz, en tanto que otras normas como el art. 52 c) ET reconoce a los representantes de los trabajadores la prioridad de permanencia en la «empresa». En algunos casos se ha propugnado la consideración del centro de trabajo como ámbito ordinario de aplicación de la garantía<sup>7</sup>, postura no compartida por quienes entienden que, posiblemente, el asunto deba resolverse atendiendo al ámbito que, a su vez, regis-

<sup>2</sup> DURÁN LÓPEZ, F.: «Despido y sanción de los representantes sindicales», *REDT*, núm. 1, 1980, pág. 59.

<sup>3</sup> STC 191/1996, en relación a la garantía del art. 68 b) ET.

<sup>4</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 22.ª edición, 2003, pág. 204.

<sup>5</sup> STS (Sala 4.ª) de 9 de octubre de 1989 (Ar. 7138).

<sup>6</sup> STS (Sala 4.ª) de 19 de mayo de 1980 (Ar. 1859). En este sentido, por todos, BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Garantías de los representantes del personal», en AA.VV.: *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley - MTAS, Madrid, 2004, pág. 201.

<sup>7</sup> Recientemente, por ejemplo, LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: «Las garantías de los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia», *AL*, núm. 21, 2005, pág. 2525, amparándose en que éste ámbito es «igualmente el que constituye la referencia básica para la articulación de la representación colectiva».

tre la crisis económica que en un momento dado justifique el correspondiente despido<sup>8</sup>, pues la correlación entre representación y centro de trabajo no siempre se produce, razón por la que no siempre puede ser admisible, desde una perspectiva legal, el que planteada una reestructuración empresarial sobre la base de una serie de despidos, antes que afectar a un representante de los trabajadores se pretenda la afectación por la medida empresarial de trabajadores de otros centros de trabajo no afectados por la citada reestructuración<sup>9</sup>.

Pero la polémica también ha alcanzado a otros aspectos del régimen legal de las garantías de los representantes de los trabajadores, como cuando se planteó en sede del TC si la garantía de permanencia era un derecho renunciable *ex post*, expresa o tácitamente —algo que si bien en el presente caso no se dio podría haberse producido perfectamente—. Conocida es a estos efectos la doctrina del TC, expresada en su Sentencia 191/1996<sup>10</sup>, en la que se sostiene que no resulta aceptable «colocar a los titulares del derecho en la situación límite de: o renunciar al mismo [la prioridad de permanencia en la empresa] para beneficiar a otros trabajadores sin representación alguna, o no renunciar, con perjuicio de ellos», pues ello se entiende que constituye una violación de la libertad sindical. Doctrina muy criticada en su momento por sectores del laboralismo español<sup>11</sup> y que cuenta con voto particular de indudable interés en el que se niega precisamente la mayor: la vulneración de la libertad sindical<sup>12</sup>.

## 2. LA APORTACIÓN DE LA STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2005: ANÁLISIS CRÍTICO

La Sentencia objeto de comentario sitúa la puesta en práctica de la garantía de permanencia del representante de los trabajadores en la empresa en el contexto de una extinción del contrato por causas objetivas, y más concretamente por lo que podemos entender como una causa técnica —la empresa alega en su comunicación «las obras de desdoblamiento de la carre-

<sup>8</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Las garantías de los miembros del comité de empresa (En torno al artículo 68)», *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 1327.

<sup>9</sup> ROQUETA BUI, R.: «Capítulo XI. Garantías y Facilidades», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J. (Coords.): *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*, La Ley, Madrid, 2004, pág. 327.

<sup>10</sup> F.J. 5.º, párrafo 9.º.

<sup>11</sup> Por ejemplo, ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, pág. 204, en relación con esta Sentencia afirman que, a su juicio, se trata de un derecho renunciable «sin que esta renuncia (...) ni de lejos afecte a la libertad sindical», resultando por tanto «insostenible» la argumentación en este caso del TC.

<sup>12</sup> Emitido por el Magistrado Cruz Villalón, P.

tera», así como «*la ocupación por la Administración de la finca en que se ubica*» la estación de servicio en la que trabajaba el representante de los trabajadores como causa de la extinción contractual—. La decisión empresarial tiene por destinatarios a cuatro trabajadores de los cuáles uno es representante de los trabajadores, intuyéndose, porque no se explicita, que dicho ámbito de representación era al menos todos los centros (entiéndase estaciones de servicio) con que contaba la empresa en la provincia de Badajoz, cuando no toda la empresa.

La originalidad del caso radica en la coincidencia del ámbito representativo con el de la decisión empresarial, pues mientras queda claro que el representante desarrolla su actividad en un ámbito que abarca a varias estaciones de servicio, cuando no la totalidad de la empresa, ésta plantea la necesidad de proceder a la extinción de todos los contratos de un concreto centro de servicio, aquél en que el representante está desempeñando su trabajo. Una situación que se solventa por el Tribunal reconociendo al representante su derecho a permanecer en la empresa, como consecuencia de la garantía establecida por el art. 68 b) ET, situación que a su vez provoca el que un trabajador de otra estación de servicio que en principio no estaría afectado por la medida empresarial finalmente pierda su puesto de trabajo como consecuencia de la efectividad de la citada garantía legal.

Por principio, la pérdida del puesto de trabajo por parte de un trabajador no representante no resulta algo extraordinario desde el momento en que el juego del art. 68 b) ET implica en sí mismo el sacrificio de un trabajador para que el representante de los trabajadores pueda seguir desempeñando su actividad representativa en la empresa. Es sin duda que la pérdida del puesto de trabajo tenga lugar en otra estación de servicio, y que finalmente resulte despedido quien menos podía esperarlo, lo que puede resultar llamativo sobre todo para los profanos en la materia. Pero como afirma el Tribunal Supremo en la fundamentación jurídica de la Sentencia recordando doctrina ya consolidada, «*la garantía en cuanto preferencia, se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía con independencia de que éste pueda ser más o menos extenso. (...) si no fuera así las posibilidades de eludir la garantía mediante el ejercicio por parte del empresario de sus facultades en orden a la movilidad supondrían un riesgo muy alto para la efectividad de aquella garantía*».

Vaya por delante que el Tribunal asume como punto de partida lo que se ha dado en llamar el «*carácter relacional de la garantía*»<sup>13</sup>, a saber: que

<sup>13</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Alcance de la garantía representativa de permanencia frente a despidos colectivos o plurales. Comentario a la STS de 30 de noviembre de 2005», AS, núm. 16, 2006, pág. 8.

la garantía «no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo, pues entonces no hay una alternativa de selección. Esta alternativa se produce cuando existen varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva»<sup>14</sup>. La cuestión es que en este caso la garantía se pretende que supere el ámbito de la propia causa extintiva. Es tal vez por ello, que el Alto Tribunal recuerda que, en el caso del art 68 b) ET, la «mención alternativa —empresa, centro de trabajo— juega como una referencia a la conexión entre la garantía y el ámbito de la representación del trabajador, de forma que si éste se extiende a la empresa dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo tendrá que limitarse a éste». Por ello, precisamente, no puede considerarse acertada —por demasiado reduccionista— la doctrina de la instancia inferior [STSJ Extremadura, de 8 de marzo de 2004 (AS. 655)] que descartó la aplicación de la mencionada garantía en atención a que «han sido amortizados todos los puestos de trabajo del centro afectado».

No hay duda, de que la mencionada doctrina del Tribunal Supremo contribuye a otorgar una nueva dimensión al carácter relacional de la garantía, doctrina que compartimos. Y ello porque con independencia de la consecuencia más llamativa que supone la extinción del contrato de un trabajador que en principio se podía suponer ajeno a la medida empresarial, el Tribunal vuelve a poner el acento en la necesidad de salvaguardar el interés colectivo que en si mismo atesora la actividad representativa por encima de cualquier otra consideración vinculada a la conservación del empleo de un trabajador concreto, por las consecuencias nefastas que para la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores podría tener la tesis que vinculara la garantía del art. 68 b) ET no al ámbito de representación sino al ámbito estricto de desempeño profesional del trabajador-representante<sup>15</sup>.

Con todo, cualificados miembros de la comunidad científica han apuntado la conveniencia de no sacralizar la doctrina de la presente Sentencia, argumentando que «en algún caso será conveniente atender a los parámetros de la movilidad funcional o geográfica para valorar la eventual prioridad de permanencia del representante y no (o al menos en exclusiva) el tamaño de la referida unidad electoral»<sup>16</sup>. A nuestro juicio, las consideraciones en

<sup>14</sup> F.J. 3.º.

<sup>15</sup> A fin de cuentas, y como señalan PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, 2002, pág. 494, «la actuación ilícita contra la persona del representante (...) no sólo lesiona los derechos individuales del trabajador/representante, sino que, al impedir el desenvolvimiento de la función representativa, priva también a los trabajadores del centro de trabajo del juego ordinario de las instituciones de defensa de sus intereses [lesión potencial de derechos laborales en mas, por ende]».

<sup>16</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Alcance de la garantía representativa...», *op. cit.*, pág. 7.

materia de movilidad funcional o geográfica se deben tener en cuenta en el momento de aplicación efectiva de la garantía, no constituyendo por tanto un factor de suficiente entidad como para cuestionar la presente doctrina judicial.

En el caso de la movilidad funcional, la problemática tiene que ver con la polémica todavía hoy persistente en relación a si conceptos como la categoría profesional o el grupo profesional que tuviera asignado el trabajador representante constituyen un límite infranqueable a la hora de hacer efectiva la prioridad. En este sentido, consideramos de interés los planteamientos que abogan por una consideración flexible de la cuestión y que propugnan el manejo en este caso de conceptos más amplios, como el de función, lo que llevaría a determinar, por ejemplo en el caso de una fábrica, qué trabajadores registran cualificaciones o una idoneidad profesional similares al trabajador-representante<sup>17</sup>, excediendo incluso el límite de la propia sección en que se encuentra encuadrado<sup>18</sup>.

Por lo que respecta a la movilidad geográfica, en algún caso se ha señalado que la preferencia legal del art. 68 b) ET «*queda afectado por el concepto que de la propia movilidad haya introducido el convenio colectivo aplicable o por las prioridades que a favor de ciertas categorías puedan haberse fijado*»<sup>19</sup>. El primer supuesto se retrata fácilmente en el caso enjuiciado por la STSJ Cataluña de 15 de mayo de 1998 (AS. 3056), en el que el convenio colectivo descartaba la consideración como movilidad geográfica de los cambios de destino en un radio inferior a 25 km, planteamiento que fue respaldado por el Tribunal que arguyó que la prioridad de permanencia «*no puede configurarse como un privilegio personal que inmunice al trabajador frente a cualquier decisión de la empresa*». El segundo supuesto por su parte tiene su reflejo en la STSJ Cataluña de 14 de diciembre de 1995 (AS. 4914), que descartó que la prioridad de permanencia pudiera ser efec-

<sup>17</sup> Conviene advertir la reticencia de nuestros Tribunales a una consideración flexible de la cualificación del trabajador en estos casos. Un ejemplo de ello en la STSJ Cataluña de 14 de diciembre de 1995 (AS. 4914) en la que se tienen en cuenta circunstancias distintas a la categoría profesional contenidas en el sistema de clasificación profesional fijado en convenio colectivo para excluir el juego de la preferencia legal. No obstante, ha de citarse la existencia de algunos pronunciamientos favorables al planteamiento aquí expuesto, como es el caso de la STSJ Castilla-León, de 15 de febrero de 1994 (Ar. 484), en la que se admitió que la garantía legal jugara aunque el puesto de trabajo que permaneciese no perteneciera a la categoría profesional de los representantes pues «*estos, con su pretensión, están aceptando la movilidad funcional descendente que podría implicar su desempeño, al cual están legítimamente abocados en virtud de la preferencia legalmente atribuida por su condición de representantes*».

<sup>18</sup> Tal es el caso enjuiciado, y el sentido del fallo, en la STSJ Cataluña de 20 de febrero de 1998 (AS. 1485).

<sup>19</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Las garantías de los miembros...», *op. cit.*, pág. 1328.

tiva entre quien es residente en una localidad y quien no lo es cuando el convenio colectivo ha establecido que los trabajadores residentes en una localidad tienen prioridad para permanecer en dicha localidad.

Nuevamente, hemos de insistir en el interés en juego, el colectivo, el de todos los trabajadores en su conjunto, y en el carácter legal de la garantía, que se además establece en términos generales. Con ello, lo que queremos decir es que no parece razonable, desde la perspectiva de la propia lógica de la institución, que pretenda la salvaguarda de la actividad y acción representativa en la empresa, el que la misma pueda verse afectada por lo dispuesto en convenio colectivo. En ese sentido, no compartimos la opinión de quienes consideran que la garantía «no opera cuando existen trabajadores en idéntica situación con mejor derecho reconocido en convenio colectivo»<sup>20</sup>. Antes al contrario, creemos que la papel de la negociación colectiva en relación con el art. 68 ET, en cuanto mínimo irrenunciable, sólo puede ser de mejora y de concreción del precepto legal<sup>21</sup>, no de amputación de su efectividad.

### III. EL FALLO EMANADO DE LA SENTENCIA

El Fallo de la Sentencia analizada concluye estimando parcialmente la demanda presentada por los cuatro trabajadores despedidos, de tal manera que, como hemos indicado anteriormente, estima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador-representante, condenando a la empresa «a que, a opción del trabajador lo readmita o lo indemnice». Esta opción, consecuencia de lo establecido por el art. 56.4 ET, será ejercitada por el trabajador una vez conocida la Sentencia<sup>22</sup>, si bien conviene advertir que caso de que el representante guarde silencio, la jurisprudencia es favorable a considerar que el trabajador opta por la readmisión<sup>23</sup>.

Puede resultar llamativa en algún caso la calificación del despido como improcedente. Sin embargo, lo cierto es que nuestros Tribunales habitualmente sólo han considerado la nulidad del despido cuando se ha apreciado un desconocimiento de la prioridad de permanencia que implicaba desco-

<sup>20</sup> GARCÍA NINET, J.I. et alrii.: *Derecho del Trabajo*, Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 830.

<sup>21</sup> Tal es la visión defendida entre otros por SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «El tratamiento en la negociación colectiva de las garantías de los representantes de los trabajadores», AS, Tomo V, 1999, pág. 831.

<sup>22</sup> El TS ha cuestionado tanto la validez de una renuncia anticipada, como la relevancia jurídica de una opción anticipada ejercida por ejemplo en la demanda contra el despido (STS (Sala 4.ª) de 26 de julio de 1988 (Ar. 6235)).

<sup>23</sup> STS (Sala 4.ª) de 14 de abril de 1986 (Ar. 1923).

nocimiento del derecho fundamental a la libertad sindical o albergaba algún tipo de discriminación<sup>24</sup>, calificándose como improcedente por el contrario en aquellos casos en que sólo se aprecia mero desconocimiento de la efectividad de la garantía legal mencionada<sup>25</sup>. La línea que separa la distinción de uno y otro supuesto en algún caso puede ser muy tenue.

En el fondo de todo este asunto lo que subyace es una doctrina poca clara por parte del TC en torno a la consideración de la representación unitaria en la empresa como sujeto que actúa en el ámbito de la libertad sindical<sup>26</sup>. Que ha llevado a nuestro Tribunal a predicar de la actividad de promoción y defensa de los intereses económicos de los trabajadores que desarrolla la representación unitaria su carácter de «*función calificable latu sensu como sindical*»<sup>27</sup>, cuando no ha considerar como relativas al contenido de la libertad sindical de las garantías y facilidades concedidas por la ley a los representantes unitarios de los trabajadores<sup>28</sup>. Un oscilación que también se observa por cierto, bien que a un nivel distinto, en el caso de la consideración que esas mismas garantías legales merecen para dicho Tribunal cuando de las representaciones sindicales se trata, de tal manera que si bien inicialmente en la STC 40/1985 afirmó que las mismas «*de algún modo se incorporan al contenido esencial del derecho de libertad sindical*», con posterioridad en relación con los delegados sindicales ha declarado que puesto que su existencia forma parte del contenido adicional del derecho las garantías también deberían circunscribirse a ese ámbito<sup>29</sup>.

Como hace unos años comentaba RODRÍGUEZ-SAÑUDO, al hilo del análisis de la STC 191/1996 —aquella que analizaba la posible renunciabilidad *ex post* a la prioridad de permanencia en la empresa— en el caso de la doctrina constitucional en materia de garantías de los trabajadores «*puede ser discutible que a través de las garantías reconocidas por la ley a los representantes unitarios se esté estableciendo propiamente una protección de la actividad sindical en su sentido estricto, esto es, como actividad del sindi-*

<sup>24</sup> STJS Castilla-León, de 8 de marzo de 196 (AS. 464).

<sup>25</sup> STSJ Castilla-León de 20 de mayo de 197 (AS. 1456); STSJ Extremadura de 27 de octubre de 1998 (AS 4305).

<sup>26</sup> Doctrina que ha merecido una fuerte crítica por parte de ciertos sectores de la doctrina científica. Así, por ejemplo, OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 408-409, ha criticado la escasa nitidez de una doctrina constitucional que si bien considera a la representación unitaria y a la representación sindical órganos diferentes, con régimen distinto por ello, «*declara en algunas de sus sentencias que la actividad del representante es actividad sindical, y que las garantías de la LOLS se aplican a ellos, como a la inversa acepta una extensión limitada de las garantías unitarias a la actuación sindical*».

<sup>27</sup> STC 95/1996, de 29 de mayo (F.J. 3.º).

<sup>28</sup> STC 40/1985 (F.J. 2.º).

<sup>29</sup> STC 61/1989, de 3 de abril; STC 132/2000, de 16 de mayo.



*cato*»<sup>30</sup>. Y es que la existencia en nuestro país de un doble canal representativo, la sindicalización evidente de la representación unitaria en la empresa y la forma en que el TC recurre a discreción al art. 28.1 ET en el caso de las representaciones unitarias ha terminado por generar una doctrina con bastantes claroscuros, que en ocasiones nos hace surgir la duda de cuál es la realidad jurídica, por ejemplo, de las representaciones unitarias no sindicalizadas<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «Prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en despido colectivo por causas económicas: sobre su integración en el derecho de libertad sindical y admisibilidad de su renuncia», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tecnos, Tomo XIV, 1996, pág. 302.

<sup>31</sup> Sobre todo este fenómeno resulta de interés la consulta de LUJÁN ALCARAZ, J.: *La acción sindical en la empresa*, CES, Madrid, 2003, en particular pág. 219 y ss.



4

---

# Reseña de Legislación







## Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO \*

### **DECRETO 109/2006, de 6 de junio, por el que se establecen los indicadores para las áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo**

El artículo 12 del Estatuto de Autonomía para Andalucía proclama como objetivos básicos que los poderes públicos deben procurar, la superación de los desequilibrios económicos, sociales y culturales entre las distintas áreas territoriales de Andalucía, fomentando la recíproca solidaridad, así como la consecución del pleno empleo. Estos objetivos son también un mandato constitucional y se configuran como base sobre la que se asienta el modelo social europeo. La Estrategia de Lisboa aboga por un desarrollo equilibrado de los territorios de la Unión Europea y, con respecto al empleo, propone concentrar el esfuerzo de los poderes públicos en el incremento de las personas activas, especialmente entre la población femenina.

El Gobierno andaluz ha desarrollado actuaciones a lo largo de los últimos años, a través de diversos Programas de Políticas Activas orientados a la creación de más y mejor empleo, con el objetivo de contribuir a la reducción de las tasas de desempleo. La ejecución de estas políticas en la última década ha contribuido a un incremento cercano al 50% en el número de personas ocupadas. Si bien ello supone un importante avance, no es menos cierto que dicho crecimiento se manifiesta de forma dispar en el conjunto del territorio andaluz, al existir zonas geográficas en las que persisten indicadores de empleo claramente insatisfactorios.

Por su parte, la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, aboga por el desarrollo de políticas activas que atiendan a las particularidades de cada territorio, y fija como principios inspiradores de su actuación la solidaridad territorial, así como la integración, complementariedad y coordinación en la gestión de las mismas.

Con el objetivo de garantizar un desarrollo equilibrado de la Comunidad Autónoma, el Gobierno andaluz ha fijado como uno de sus objetivos impulsar la atención a las necesidades y demandas particulares de los territorios, reforzando

\* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide.

do la interlocución con los mismos y permitiendo organizar respuestas adecuadas mediante políticas de empleo, que fortalezcan el desarrollo de las potencialidades endógenas de cada uno de ellos y contribuyan, a través de la creación de empleo, a la vertebración social de Andalucía. Siendo conscientes de que el crecimiento económico andaluz no es territorialmente homogéneo, el Capítulo V del Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido, bajo el título de incentivos en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo, habilita al Servicio Andaluz de Empleo para establecer dichas áreas, reservando al Consejo de Gobierno la determinación de aquellos indicadores que han de ser utilizados para delimitar las zonas en las que aplicar las citadas actuaciones. Los indicadores han de atender fundamentalmente a variables que definan las características de la población y del mercado de trabajo vinculados a los objetivos de la Estrategia de Lisboa, complementados con otros referidos a los aspectos específicos de la actividad económica de cada zona, en relación con la media de Andalucía. Igualmente han de permitir un nivel de desagregación territorial municipal e incluso inferior, al objeto de facilitar un mejor reflejo de la realidad andaluza.

En esta línea, el artículo 1 establecen los indicadores demográficos y de mercado laboral a tener en cuenta en la delimitación de las áreas territoriales preferentes en las que el Servicio Andaluz de Empleo podrá realizar actuaciones integrales de empleo; mientras que el artículo 2 deja en manos de Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo, a propuesta del Consejo de Administración del mismo, la aprobación de cada una de las áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo.

#### **DECRETO 113/2006, de 13 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden social**

El artículo 48.5 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, deja en manos de las CC. AA. la competencia para determinar los órganos y fijar los límites en el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito social. El artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación laboral, siendo una de las materias integradas en la mencionada función ejecutiva la correspondiente a la imposición de sanciones por infracciones en el Orden social. Esta competencia de ejecución fue traspasada a la Comunidad Autónoma de Andalucía por Real Decreto 4043/1982, de 29 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Administración de la Junta de Andalucía en materia de trabajo y por el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación.

Mediante el Decreto 182/1988, de 3 de mayo, se llevó a cabo la distribución de la potestad sancionadora en materia laboral y social entre distintos órganos de la Administración de la Junta de Andalucía. Dicho Decreto fue parcialmente derogado por el Decreto 386/1996, de 2 de agosto, en lo referido a la prevención de riesgos laborales. Con la entrada en vigor del Real Decreto Le-

gislativo 5/2000, de 4 de agosto, antes citado, la creación del Servicio Andaluz de Empleo por Ley 4/2002, de 16 diciembre, y la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y el Servicio Andaluz de Empleo, establecida por el Decreto 203/2004, de 11 de mayo, resulta oportuno revisar aquella inicial distribución y acomodar las competencias para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden social a la de los distintos órganos que actualmente ostentan las distintas competencias en el Orden social.

Conforme establece el artículo 1, el conocimiento y la sanción de las infracciones administrativas en materia de relaciones laborales, de prevención de riesgos laborales y de empleo, contenidas en las Secciones 1, 2 y 3 del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, corresponderá a la Consejería competente en materia de empleo, a la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo y al Consejo de Gobierno, de acuerdo con la distribución competencial establecida en el propio Decreto.

La competencia sancionadora para infracciones en materia de relaciones laborales, en función de la cuantía de éstas, corresponderá: a las personas titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería que ostente las competencias en materia de relaciones laborales para la imposición de sanciones con un importe de hasta 6.010,12 euros; a la persona titular de la Dirección General que ostente las competencias en materia de relaciones laborales para la imposición de sanciones con un importe comprendido entre 6.010,13 euros y 30.050,61 euros; a la persona titular de la Consejería competente en materia de relaciones laborales, para la imposición de sanciones con un importe comprendido entre 30.050,62 euros y 60.101,21 euros; al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía la imposición de sanciones con un importe comprendido entre 60.101,22 euros y 90.151,82 euros.

La competencia sancionadora para infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, en función de la cuantía de éstas, corresponderá: a las personas titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería que ostente las competencias en materia de prevención de riesgos laborales para la imposición de sanciones con un importe de hasta 30.050,61 euros; a la persona titular de la Dirección General que ostente las competencias en materia de prevención de riesgos laborales para la imposición de sanciones con un importe comprendido entre 30.050,62 euros y 90.151,82 euros; a la persona titular de la Consejería que ostente las competencias en materia de prevención de riesgos laborales, para la imposición de sanciones con un importe comprendido entre 90.151,83 euros y 300.506,05 euros; al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para la imposición de sanciones con un importe comprendido entre 300.506,06 euros y 601.012,10 euros. Pero también, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones referidas a la Seguridad y Salud en el trabajo, podrá acordar la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en su caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente.

Por último, la competencia para sancionar las infracciones en materia de empleo corresponderá a la persona titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.e) del Decreto 148/2005, de 14 de junio, por el que se aprueban los Estatutos de dicho organismo autónomo.

El órgano competente para conocer los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones de imposición de las sanciones será el inmedia-

to superior por razón de cuantía de la sanción. Las resoluciones del Consejero de Empleo y del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía agotan la vía administrativa. La competencia para imponer las sanciones accesorias, de conformidad con el artículo 48.8 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, corresponderá al órgano competente para imponer la sanción principal.

**ORDEN de 21 de junio de 2006, por la que se realiza la convocatoria de subvenciones a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) del sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales para el año 2006, con sujeción a las bases reguladoras contenidas en la Orden de 8 de mayo de 2006**

La Consejería de Empleo, en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia laboral, atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre las que se encuentran la seguridad y la salud laboral, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha venido desarrollando una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por su parte, el Parlamento de Andalucía, en el Dictamen de la Comisión de Empleo y Desarrollo Tecnológico 6-01/ DEC 000001, relativo a la siniestralidad laboral, insta a la Junta 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, 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, fruto del acuerdo de los Agentes Económicos y Sociales y del Gobierno Andaluz, aprobado por Decreto 313/2003, de 11 de noviembre (BOJA núm. 22, de 3 de febrero de 2004), presta especial atención al sector de la construcción a través de diversas acciones, entre las que se incluyen, la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, establecidas en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, y de las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, previstas en el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio. Por su parte, el VI Acuerdo de Concertación Social, firmado el 25 de enero de 2005, prevé, entre sus acciones específicas en materia de seguridad y salud laboral, la posibilidad de incentivar el establecimiento y posterior difusión de buenas prácticas preventivas en operaciones y actividades concretas, especialmente en el ámbito de las PYMES.

La Orden de 8 de mayo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) del sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales sirve a estos objetivos, al tiempo que incorpora las modificaciones que se han producido en el régimen jurídico de las subvenciones, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en el capítulo I, del título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre,

de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El presupuesto total destinado a financiar las subvenciones a conceder en la convocatoria comentada es de 1.200.000 euros (Capítulo 7) y 500.000 euros (Capítulo 4), en el ejercicio 2006, y de 400.000 euros (Capítulo 7) y 150.000 euros (Capítulo 4), en el ejercicio 2007. Cada solicitante únicamente podrá obtener subvención por un proyecto en cada modalidad, aunque cada proyecto podrá contemplar una o varias actividades de las especificadas para cada modalidad. No se considera actividades o conceptos 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. Las cuantías máximas de las subvenciones en cada modalidad serán las siguientes:

- a) Modalidad 1: Hasta el 40% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 6.000 euros.
- b) Modalidad 2: Hasta el 45% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros.
- c) Modalidad 3: Hasta el 45% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros.
- d) Modalidad 4: Hasta el 50% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros.

**ORDEN de 21 de junio de 2006, por la que se realiza la convocatoria de subvenciones a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales para el año 2006, con sujeción a las bases reguladoras contenidas en la Orden de 8 de mayo de 2006**

La Consejería de Empleo, en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia laboral, atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre las que se encuentran la seguridad y la salud laboral, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha venido desarrollando una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En cumplimiento de este mandato, el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, fruto del acuerdo de los Agentes Económicos y Sociales y del Gobierno Andaluz, aprobado por Decreto 313/2003, de 11 de noviembre (BOJA núm. 22, de 3 de febrero de 2004), fija como objetivo general la promoción de la salud laboral, la reducción de la siniestralidad laboral y la mejora de las condiciones de trabajo y contempla, entre otras acciones específicas, programas de ayudas a las empresas para facilitar la incorporación de medidas preventivas, especialmente en la micro, pequeña y mediana empresa. Asimismo, el VI Acuerdo de Concertación Social, firmado el 25 de enero de 2005, entre sus acciones específicas en materia de seguridad y salud laboral, propone incentivar la generación y difusión de buenas prácticas preventivas en operaciones y/o actividades concretas, especialmente en las Pymes.

La Orden de 8 de mayo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) del sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales sirve a estos objetivos, al tiempo que incorpora las modificaciones que se han producido en el régimen jurídico de las subvenciones, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en el capítulo I, del título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El presupuesto total estimado, dentro de las disponibilidades presupuestarias, será de

1.000.000 de euros (Capítulo 7) y 500.000 euros (Capítulo 4), en el ejercicio 2006, y de 250.000 euros (Capítulo 7) y 150.000 euros (Capítulo 4), en el ejercicio 2007. Las intensidades y cuantías máximas de las subvenciones a conceder en cada modalidad serán las siguientes:

- a) Modalidad 1: Hasta el 40% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 6.000 euros.
- b) Modalidad 2: Hasta el 50% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros.
- c) Modalidad 3: Hasta el 50% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 12.000 euros.

Las modalidades y actividades susceptibles de subvención deberán estar encuadradas en alguna de las modalidades previstas en el artículo 2 de la Orden de la Consejería de Empleo de 8 de mayo de 2006 (BOJA número 106, de 5 de junio de 2006). Cada solicitante podrá obtener subvenciones para un solo proyecto por modalidad, aunque cada proyecto podrá contemplar una o varias actividades subvencionables de las especificadas para cada modalidad. No se consideran actividades o conceptos 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.

**ORDEN de 5 de septiembre de 2006, por la que se regula el procedimiento de concesión de ayudas económicas por el Instituto Andaluz de la Mujer para mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos y especiales dificultades para obtener un empleo**

El Instituto Andaluz de la Mujer incluye entre sus objetivos el desarrollo de actuaciones para la atención integral a mujeres víctimas de violencia de género y, de una forma particular, a las que carecen de medios económicos, así como el fomento de medidas para prevenir la violencia contra las mujeres y desarrollar programas de atención a las afectadas, habiendo puesto en marcha, mediante la Orden de 7 de julio de 2005, una línea de ayudas económicas para mujeres víctimas de violencia que tiene a su vez como finalidad facilitarles recursos económicos para que puedan establecerse de forma autónoma. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece en su artículo 27 el derecho a percibir una

ayuda económica a las mujeres víctimas de violencia de género respecto de las que se presume que, debido a circunstancias personales y sociales, tendrán especiales dificultades para obtener un empleo. Dichas ayudas han sido reguladas por el Gobierno Central a través del Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La disposición comentada se propone asegurar la correcta aplicación del citado precepto de la Ley Orgánica y garantizar el principio de seguridad jurídica y la igualdad en el acceso al derecho reconocido, dejando a salvo las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas para establecer el procedimiento de concesión de las ayudas, que paralelamente procede a regular, determinando también los órganos administrativos que intervienen en su tramitación y concesión.

La Orden comentada trata de hacer efectivo el derecho subjetivo de la mujer a la ayuda económica mediante la articulación de un procedimiento que pretende garantizar en todas sus fases la máxima celeridad y simplicidad de trámites. 1. Las situaciones de violencia de género se acreditarán con la orden de protección a favor de la mujer. Excepcionalmente, será título de acreditación de la situación de violencia de género el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la denunciante es víctima de este tipo de violencia en tanto se dicta la orden de protección; igualmente podrá acreditarse la condición de víctima de violencia de género mediante la sentencia, definitiva, o definitiva y firme, siempre que sea condenatoria por hechos constitutivos de violencia de género y en la misma se acuerden medidas de protección a favor de la mujer.

Tendrá la consideración de beneficiaria, la mujer víctima de violencia de género que, a la fecha de solicitud de la ayuda, se encuentre domiciliada en un municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, carezca de rentas que, en cómputo mensual, superen el 75% del salario mínimo interprofesional vigente, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias y tenga especiales dificultades para obtener un empleo, a juicio del Servicio Andaluz de Empleo. Sólo podrá ser concedida una ayuda por beneficiaria, con independencia de la obtención por parte de ésta de una nueva orden de protección o sentencia condenatoria. La percepción de esta ayuda económica es incompatible con la percepción de otras subvenciones, ayudas e ingresos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales, a excepción de las establecidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual. Si la solicitante percibiera dichas ayudas deberán computarse como ingresos con el fin de determinar si la mujer cumple el requisito de carencia de rentas.

Las ayudas económicas deberán reintegrar la totalidad de las cantidades percibidas más los correspondientes intereses de demora, desde el momento del pago de las mismas hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

- a) Obtención de la ayuda sin reunir los requisitos exigidos para su concesión, o falseando u ocultando los hechos o datos que hubieran impedido su concesión.
- b) Declaración judicial o administrativa de nulidad o anulación de la resolución de la concesión.

**RESOLUCIÓN de 11 de septiembre de 2006, del Instituto Andaluz de la Mujer, por la que se convoca la concesión de prestaciones económicas a mujeres víctimas de violencia acogidas a programas de formación profesional ocupacional a desarrollar en los ejercicios 2006/2007**

La Orden de 5 de octubre de 2005 (BOJA núm. 214, de 3 de noviembre de 2005), conjunta de las Consejerías de Empleo y para la Igualdad y Bienestar Social por la que se regula el procedimiento para la concesión de prestaciones económicas a mujeres víctimas de violencia acogidas a programas de formación profesional ocupacional, prevé su convocatoria anual. En virtud de lo anterior, se resuelve convocar para los ejercicios 2006/2007 la concesión de prestaciones económicas a mujeres víctimas de violencia acogidas a programas de formación profesional ocupacional aprobados por la Consejería de Empleo, según el procedimiento general regulado en la Orden más arriba citada. Las beneficiarias percibirán la cantidad de 27 euros por día lectivo de asistencia al programa de formación profesional ocupacional.

**DECRETO 109/2006, de 6 de junio, por el que se establecen los indicadores para las áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo**

**BOJA núm. 127, de 4 de julio de 2006**

PREÁMBULO

Solidaridad entre los territorios y pleno empleo son principios rectores de la política social y económica. Concretamente el apartado 3.º del artículo 12 del Estatuto de Autonomía para Andalucía proclama como objetivos básicos en el ejercicio que los poderes públicos tienen atribuidos «la superación de los desequilibrios económicos, sociales y culturales entre las distintas áreas territoriales de Andalucía, fomentando la recíproca solidaridad», así como «la consecución del pleno empleo». Estos objetivos son también un mandato constitucional y se configuran como base sobre la que se asienta el modelo social europeo.

Por su parte también la Estrategia de Lisboa aboga por un desarrollo equilibrado de los territorios de la Unión Europea y, en materia de empleo, reforzando los principios de la Estrategia Europea del Empleo, propone concen-

trar el esfuerzo de los poderes públicos en el incremento de las personas activas, especialmente referido a la población femenina.

Desde ese marco, el Gobierno de la Junta de Andalucía, sobre la base de un modelo de concertación social, ha desarrollado actuaciones a lo largo de los últimos años, a través de diversos Programas de Políticas Activas orientados a la creación de más y mejor empleo, necesarias para contribuir a una mayor eficiencia de nuestra economía e imprescindibles para la puesta en valor de los recursos humanos y el capital social de Andalucía.

La ejecución de estos programas y actuaciones en la última década ha contribuido a un incremento cercano al 50% de personas ocupadas. Si bien ello supone un importante avance y mejora en la creación de empleo, es también una realidad que éste se manifiesta de forma dispar en todo el territorio andaluz, al existir zonas que

mantiene indicadores en relación al empleo y al mercado de trabajo por debajo de la media andaluza.

Por su parte, la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, aboga en su exposición de motivos por el desarrollo de políticas activas que atiendan a las particularidades de cada territorio, y fija como principios inspiradores de su actuación la solidaridad territorial, así como la integración, complementariedad y coordinación en la gestión de las mismas. Igualmente se señala en el artículo 2.º de dicha Ley, la igualdad de oportunidades, garantizando la no discriminación por razón de sexo, o cualquier otra condición.

Por todo ello y en aras a garantizar un desarrollo equilibrado y solidario de la Comunidad Autónoma, el Gobierno Andaluz, desde el ámbito del diálogo social que supone el VI Acuerdo de Concertación, ha fijado como uno de sus objetivos impulsar la atención a las necesidades y demandas particulares de los territorios, reforzando la interlocución con los mismos y permitiendo organizar respuestas adecuadas desde las políticas de empleo, que fortalezcan el desarrollo de las potencialidades endógenas de cada uno de ellos y contribuyan, a través de la creación de empleo, a la vertebración social de Andalucía.

Por otro lado, siendo conscientes que el crecimiento no es homogéneo en todos los territorios de Andalucía, el Servicio Andaluz de Empleo podrá delimitar aquellas áreas territoriales que requieran una intervención preferente, las cuales serán susceptibles de acoger actuaciones integrales de empleo.

Fruto de ello, el Capítulo V del Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido, bajo el título de incentivos en áreas territoriales preferentes para actuaciones

integrales de empleo, habilita al Servicio Andaluz de Empleo para que pueda establecer dichas áreas, reservando al Consejo de Gobierno la determinación de aquellos indicadores que han de ser utilizados para delimitar las zonas en las que aplicar las citadas actuaciones.

Los indicadores han de atender fundamentalmente a variables que definen las características de la población y del mercado de trabajo vinculados a los objetivos de la Estrategia de Lisboa, complementados con otros referidos a los aspectos específicos de la actividad económica de cada zona, en relación con la media de Andalucía. Igualmente han de permitir un nivel de desagregación territorial municipal e incluso inframunicipal, al objeto de facilitar un mejor reflejo de la realidad andaluza.

El contenido del presente Decreto ha sido sometido a consulta en el seno del Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo.

En su virtud, de conformidad con lo establecido en el apartado 2.º del artículo 39 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma, a propuesta del Consejero de Empleo y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su sesión del día 6 de junio de 2006,

DISPONGO

**Artículo 1.º** *Establecimiento de los indicadores para el desarrollo de actuaciones integrales preferentes de empleo.*—De conformidad con lo previsto en el artículo 10 del Decreto 149/2005, de 14 de junio, se establecen como indicadores demográficos y de mercado laboral a tener en cuenta en la delimitación de las áreas territoriales preferentes en las que el Servicio Andaluz de Empleo podrá realizar actuaciones integrales de empleo, los que figuran en el Anexo a este Decreto.

Por otra parte, se tendrán en cuenta para la citada delimitación otros factores de especial incidencia en la evolución del empleo, como los derivados de la reestructuración de sectores económicos predominantes en la zona, la necesidad de anticiparse a cambios en el mercado de trabajo o situaciones de desempleo asociadas a dificultades de integración social.

Asimismo, se tendrán en cuenta la existencia de organizaciones locales de ámbito supramunicipal, así como las demarcaciones definidas para la actuación de los distintos dispositivos territoriales del Servicio Andaluz de Empleo.

**Art. 2.º** *Establecimiento de las áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo.*—La aprobación de cada una de las áreas de actuación corresponderá, mediante Resolución, a la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo, a propuesta del Consejo de Administración del mismo.

Las citadas actuaciones tendrán una duración de tres años, pudiendo prorrogarse en el supuesto de existir las causas que dieron origen a su constitución.

**Disposición final primera.** *Habilitación para desarrollo y aplicación.*—Se faculta al Consejero de Empleo para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución del presente Decreto.

**Disposición final segunda.** *Vigencia.*—El Presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 6 de junio de 2006

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ  
Presidente de la Junta de Andalucía

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

**DECRETO 113/2006, de 13 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden Social**

**BOJA núm. 127, de 4 de julio de 2006**

El apartado 5 del artículo 48 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, dispone que, en las Administraciones de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de ejecución de legislación del orden social, la potestad sancionadora se ejercerá por los órganos y con los límites de distribución que determine cada Comunidad Autónoma.

El artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma la ejecución de

la legislación laboral, siendo una de las materias integradas en la mencionada función ejecutiva la correspondiente a la imposición de sanciones por infracciones en el orden social. Esta competencia de ejecución fue traspasada a la Comunidad Autónoma de Andalucía por Real Decreto 4043/1982, de 29 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Administración de la Junta de Andalucía en materia de trabajo y por el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión

realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación.

Mediante el Decreto 182/1988, de 3 de mayo, se llevó a cabo la distribución de la potestad sancionadora en materia laboral y social entre distintos órganos de la Administración de la Junta de Andalucía. Dicho Decreto fue parcialmente derogado por el Decreto 386/1996, de 2 de agosto, en lo referido a la prevención de riesgos laborales.

Con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, antes citado, la creación del Servicio Andaluz de Empleo por Ley 4/2002, de 16 diciembre, y la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y el Servicio Andaluz de Empleo, establecida por el Decreto 203/2004, de 11 de mayo, resulta oportuno revisar aquella inicial distribución y acomodar las competencias para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social a la de los distintos órganos que actualmente ostentan las distintas competencias en el orden social.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Empleo, previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 13 de junio de 2006,

DISPONGO

**Artículo 1.º** *Competencia sancionadora general.*—El conocimiento y la sanción de las infracciones administrativas en materia de relaciones laborales, de prevención de riesgos laborales y de empleo, contenidas en las Secciones 1.ª, 2.ª y 3.ª del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, corresponderá a la Consejería competente en materia de empleo, a la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo y al Consejo de Gobierno, de acuerdo

con la distribución competencial establecida en el presente Decreto.

**Art. 2.º** *Competencia sancionadora para infracciones en materia de relaciones laborales.*—La competencia para sancionar las infracciones en materia de relaciones laborales, prevista en la Sección 1.ª del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, respectivamente, corresponderá:

a) A las personas titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería que ostente las competencias en materia de relaciones laborales para la imposición de sanciones con un importe de hasta 6.010,12 euros.

b) A la persona titular de la Dirección General que ostente las competencias en materia de relaciones laborales para la imposición de sanciones con un importe comprendido entre 6.010,13 euros y 30.050,61 euros.

c) A la persona titular de la Consejería competente en materia de relaciones laborales, para la imposición de sanciones con un importe comprendido entre 30.050,62 euros y 60.101,21 euros.

d) Al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía la imposición de sanciones con un importe comprendido entre 60.101,22 euros y 90.151,82 euros.

**Art. 3.º** *Competencia sancionadora para infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.*—La competencia para sancionar las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, previstas en la Sección 2.ª del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, corresponderá:

a) A las personas titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería que ostente las competencias en materia de prevención de riesgos la-

borales para la imposición de sanciones con un importe de hasta 30.050,61 euros.

b) A la persona titular de la Dirección General que ostente las competencias en materia de prevención de riesgos laborales para la imposición de sanciones con un importe comprendido entre 30.050,62 euros y 90.151,82 euros.

c) A la persona titular de la Consejería que ostente las competencias en materia de prevención de riesgos laborales, para la imposición de sanciones con un importe comprendido entre 90.151,83 euros y 300.506,05 euros.

d) Al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para la imposición de sanciones con un importe comprendido entre 300.506,06 euros y 601.012,10 euros.

**Art. 4.º Competencia sancionadora para infracciones en materia de empleo.**—La competencia para sancionar las infracciones en materia de empleo previstas en la Sección 3.ª del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, corresponderá a la persona titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.e) del Decreto 148/2005, de 14 de junio, por el que se aprueban los Estatutos de dicho organismo autónomo.

**Art. 5.º Procedimiento.**—La imposición de las sanciones previstas en los artículos anteriores se realizarán con pleno sometimiento a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Las sanciones contempladas en los artículos anteriores se impondrán a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

**Art. 6.º Suspensión o cierre de centros de trabajo.**—De conformidad

con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones referidas a la Seguridad y Salud en el trabajo, podrá acordar la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en su caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente, sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan por la empresa y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía.

**Art. 7.º Competencia en materia de recursos administrativos.**—A los efectos previstos en el artículo 23 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social y el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común, será órgano competente para conocer los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones de imposición de las sanciones a que se refiere el presente Decreto, el inmediato superior por razón de cuantía de la sanción. Las resoluciones del Consejero de Empleo y del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía agotan la vía administrativa.

**Art. 8.º Sanciones accesorias.**—La competencia para imponer las sanciones accesorias, de conformidad con el artículo 48.8 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, corresponderá al órgano competente para imponer la sanción principal.

**Disposición derogatoria única.** *Derogación de normativa anterior.*—Quedan expresamente derogados el Decreto 182/1988, de 3 de mayo, y el Decreto 386/1996, de 2 de agosto, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente disposición.

**Disposición final primera.** *Desarrollo normativo y ejecución.*—Se faculta al Consejero de Empleo a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y la ejecución del presente Decreto.

**Disposición final segunda.** *Entrada en vigor.*—El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

Sevilla, 13 de junio de 2006

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ  
Presidente de la Junta de Andalucía

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

**ORDEN de 21 de junio de 2006, por la que se realiza la convocatoria de subvenciones a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) del sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales para el año 2006, con sujeción a las bases reguladoras contenidas en la Orden de 8 de mayo de 2006**  
**BOJA núm. 129, de 6 de julio de 2006**

#### PREÁMBULO

La Consejería de Empleo, en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia laboral, atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre las que se encuentran la seguridad y la salud laboral, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha venido consolidando una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Por otra parte, el Parlamento de Andalucía, en el Dictamen de la Comisión de Empleo y Desarrollo Tecnológico 6-01/ DEC 000001, 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, 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, fruto del acuerdo de los Agentes Económicos y Sociales y del Gobierno Andaluz, 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. Este objetivo es asumido por el VI Acuerdo de Concertación Social, firmado el 25 de enero de 2005, actualmente vigente, que, entre sus acciones específicas en materia de seguridad y salud laboral, propone incentivar la generación y difusión de buenas prácticas preventivas en operaciones y/o actividades concretas, especialmente en las PYMES.

Con estos objetivos se dictó la Orden de 8 de mayo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) del sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales, en la que se incorpora las modificaciones que se han producido en el régimen jurídico de las subvenciones, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en el capítulo I, del título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En el artículo 7 de la citada Orden de 8 de mayo de 2006, se establece que la convocatoria de subvenciones se efectuará, preferentemente con periodicidad anual, teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestarias, mediante la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de una Orden de la Consejería de Empleo, y en los tabloneros de anuncios de la citada Consejería y sus Delegaciones Provinciales. En cumplimiento de dicho precepto se publica la presente Orden que recoge la normativa que regirá la

convocatoria de subvenciones para el año 2006.

En su virtud, a propuesta de la Directora General de Seguridad y Salud Laboral y de conformidad con lo establecido en el artículo 107 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con el artículo 9.2 y 3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, el artículo 7.4 del Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, el Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, y el Decreto 203/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo

#### DISPONGO

##### Primero. Objeto.

1. De conformidad con el artículo 7 de la Orden de 8 de mayo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) del sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales (BOJA núm. 106, de 5 de junio de 2006), se realiza la convocatoria correspondiente al año 2006.

2. Las solicitudes, requisitos, concesión y disfrute de las subvenciones a empresas previstas en la presente Orden, se regularán mediante la citada Orden de la Consejería de Empleo de 8 de mayo de 2006 y demás normativa general de aplicación.

El modelo de solicitud se encuentra como Anexo I en la Orden anteriormente citada.

Segundo. Créditos presupuestarios.

1. Las subvenciones se concederán con cargo a los créditos presupuestarios del programa de la Consejería de Empleo: 310, Prevención de Riesgos Laborales, en las siguientes aplicaciones presupuestarias:

- a) Ejercicio 2006:
  - 0.1.14.00.01.00.473.00.310.2
  - 0.1.14.00.01.00.771.00.310.7
- b) Ejercicio 2007:
  - 3.1.14.00.01.00.473.00.310.3
  - 3.1.14.00.01.00.771.00.310.4

2. El presupuesto total estimado, dentro de las disponibilidades presupuestarias, destinado a financiar las subvenciones a conceder en la presente convocatoria, será de 1.200.000 euros (Capítulo 7) y 500.000 euros (Capítulo 4), en el ejercicio 2006, y de 400.000 euros (Capítulo 7) y 150.000 euros (Capítulo 4), en el ejercicio 2007.

3. Las intensidades y cuantías máximas de las subvenciones a conceder en cada modalidad serán las siguientes:

- a) Modalidad 1: Hasta el 40% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 6.000 euros.
- b) Modalidad 2: Hasta el 45 % del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros.
- c) Modalidad 3: Hasta el 45 % del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros.
- d) Modalidad 4: Hasta el 50 % del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros.

Tercero. Modalidades y actividades subvencionables.

1. Las modalidades y actividades susceptibles de subvención a través de la presente Orden deberán estar encuadradas en alguna de las previstas en el artículo 2 de la Orden de la

Consejería de Empleo de 8 de mayo de 2006 (BOJA núm. 106, de 5 de junio de 2006).

2. El número máximo de proyectos a subvencionar por solicitante será de un proyecto por cada modalidad. Cada proyecto podrá contemplar una o varias actividades subvencionables de las especificadas para cada modalidad.

3. No se considerarán actividades o conceptos 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.

Cuarto. Requisitos de las actividades o proyectos subvencionables.

1. Las actividades o proyectos susceptibles de subvención deberán reunir, con carácter general, los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Orden de la Consejería de Empleo de 8 de mayo de 2006, anteriormente citada.

2. Se considerarán actividades o proyectos subvencionables, en las modalidades 2 y 3, los iniciados a partir de la fecha de solicitud. Los proyectos de modalidad 1 y 4 podrán estar iniciados a la fecha de solicitud, si bien sólo serán subvencionables las actividades y gastos realizados con posterioridad a la fecha de la solicitud de la subvención.

3. Los plazos máximos de ejecución de los proyectos o actividades son los que a continuación se indican:

- a) Modalidades 1 y 4: 12 meses.
- b) Modalidades 2 y 3: 6 meses.

Quinto. Requisitos de los beneficiarios.

Las microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales, para resultar beneficiarias de las subvenciones objeto de esta Orden de

convocatoria deberán cumplir los requisitos establecidos en el artículo 5 de la citada Orden reguladora de 8 de mayo de 2006, debiendo acreditar cada uno de los extremos allí contemplados en la forma prevista en el artículo 8 de la misma.

Sexto. Plazo y lugar de presentación de solicitudes.

1. El plazo de presentación de solicitudes será de 60 días naturales a partir del día siguiente al de publicación de la presente Orden de convocatoria en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

No serán admitidas a trámite las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido en el párrafo anterior.

2. Las solicitudes se presentarán individualizadas, una por cada proyecto, y por duplicado, en el Registro de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad, así como en los registros auxiliares de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico, sin perjuicio de que también puedan presentarse en los registros de los demás órganos y en las oficinas que correspondan, de conformidad con lo establecido en los artículos 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 51.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Asimismo se podrán presentar en el Registro Telemático Único de la Administración de la Junta de Andalucía, a través del acceso a la dirección [www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/oficinavirtual/oficinavirtual.php](http://www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/oficinavirtual/oficinavirtual.php). Para utilizar este medio de presentación, los interesados deberán disponer del certificado reconocido de usuario X509, clase 2 v3, expedido por la Fábrica Nacional de

Moneda y Timbre, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet).

3. Los interesados podrán acceder y confeccionar la solicitud en la página web de la Consejería de Empleo [www.juntadeandalucia.es/empleo](http://www.juntadeandalucia.es/empleo).

Séptimo. Notificación.

1. Los actos que deban notificarse de forma conjunta a todos los interesados y, en particular, los requerimientos de subsanación y los de resolución del procedimiento se publicarán en los tablones de anuncios de la Consejería de Empleo y sus Delegaciones Provinciales con indicación de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran que presentarse y plazo para interponerlos; sustituyendo dicha publicación a la notificación personal y surtiendo sus mismos efectos.

Asimismo se publicará simultáneamente en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía un extracto del contenido de la resolución o acto, indicando los tablones donde se encuentra expuesto su contenido íntegro y, en su caso, el plazo, que se computará a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la publicación en dicho Boletín Oficial.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos correspondientes al trámite de audiencia a los interesados, que se realizarán mediante la notificación personal. Los efectos del referido trámite se producirán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar esta notificación.

Octavo. Habilitación.

Se faculta a la Directora General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo para llevar a cabo cuantas actuaciones sean necesarias para la ejecución y aplicación de la presente Orden.

Contra la presente Orden, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer, a elección del recurrente y al amparo de lo respectivamente dispuesto en los artículos 107.1, 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 45 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los recursos potestativos de reposición -en el plazo de un mes desde el siguiente día al de su publicación en el Boletín Oficial de la

Junta de Andalucía- que habrá de interponerse ante este órgano y, en todo caso, el contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sevilla, en los dos meses contados desde el siguiente día al de la publicación de esta Orden en el citado Boletín Oficial.

Sevilla, 21 de junio de 2006

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

**ORDEN de 21 de junio de 2006, por la que se realiza la convocatoria de subvenciones a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales para el año 2006, con sujeción a las bases reguladoras contenidas en la Orden de 8 de mayo de 2006  
BOJA núm. 129, de 6 de julio de 2006**

PREÁMBULO

La Consejería de Empleo, en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia laboral, atribuidas por el artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entre las que se encuentran la seguridad y la salud laboral, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha venido consolidando una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, fruto del acuerdo de los Agentes Económicos y Sociales y del Gobierno Andaluz, aprobado por el Decreto 313/2003, de 11 de noviembre (BOJA número 22, de 3 de febrero de 2004), fija como objetivo general la promoción de la salud laboral, la reducción de la

siniestralidad laboral y la mejora de las condiciones de trabajo y contempla, entre otras acciones específicas, programas de ayudas a las empresas para facilitar la incorporación de medidas preventivas, especialmente en la micro, pequeña y mediana empresa. Asimismo, este objetivo es asumido por el VI Acuerdo de Concertación Social, firmado el 25 de enero de 2005, actualmente vigente, que, entre sus acciones específicas en materia de seguridad y salud laboral, se propone incentivar la generación y difusión de buenas prácticas preventivas en operaciones y/o actividades concretas, especialmente en las Pymes.

Con estos objetivos se dictó la Orden de 8 de mayo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (Pyme) que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención

de riesgos laborales, en la que se incorporan las modificaciones que se han producido en el régimen jurídico de las subvenciones, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en el Capítulo I del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En el artículo 7 de la citada Orden de 8 de mayo 2006, se establece que la convocatoria de subvenciones se efectuará, preferentemente con periodicidad anual, teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestarias, mediante la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de una Orden de la Consejería de Empleo, y en los tabloneros de anuncios de la citada Consejería y sus Delegaciones Provinciales. En cumplimiento de dicho precepto se publica la presente Orden que recoge la normativa que regirá la convocatoria de subvenciones para el año 2006.

En su virtud, a propuesta de la Directora General de Seguridad y Salud Laboral y de conformidad con lo establecido en el artículo 107 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con el artículo 9.2 y 3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, el artículo 7.4 del Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, el Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, y el Decreto 203/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo,

#### DISPONGO

##### Primero. Objeto.

1. De conformidad con el artículo 7 de la Orden de 8 de mayo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (Pyme) que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales (BOJA número 106, de 5 de junio de 2006), se realiza la convocatoria correspondiente al año 2006.

2. Las solicitudes, requisitos, concesión y disfrute de las subvenciones a empresas previstas en la presente Orden, se regularán mediante la citada Orden de la Consejería de Empleo de 8 de mayo de 2006 y demás normativa general de aplicación.

El modelo de solicitud se encuentra como Anexo I en la Orden anteriormente citada.

Segundo. Créditos presupuestarios.

1. Las subvenciones se concederán con cargo a los créditos presupuestarios del programa de la Consejería de Empleo: 310, Prevención de Riesgos Laborales, en las siguientes aplicaciones presupuestarias:

##### a) Ejercicio 2006:

0.1.14.00.01.00.473.00.310.2  
0.1.14.00.01.00.771.00.310.7

##### b) Ejercicio 2007:

3.1.14.00.01.00.473.00.310.3  
3.1.14.00.01.00.771.00.310.4

2. El presupuesto total estimado, dentro de las disponibilidades presupuestarias, destinado a financiar las subvenciones a conceder en la presente convocatoria, será de 1.000.000 de euros (Capítulo 7) y 500.000 euros (Capítulo 4), en el ejercicio 2006, y de 250.000 euros (Capítulo 7) y 150.000 euros (Capítulo 4), en el ejercicio 2007.

3. Las intensidades y cuantías máximas de las subvenciones a conceder en cada modalidad serán las siguientes:

a) Modalidad 1: Hasta el 40% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 6.000 euros.

b) Modalidad 2: Hasta el 50% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 18.000 euros.

c) Modalidad 3: Hasta el 50% del presupuesto aceptado, con el límite máximo de 12.000 euros.

Tercero. Modalidades y actividades subvencionables.

1. Las modalidades y actividades susceptibles de subvención a través de la presente Orden deberán estar encuadradas en alguna de las previstas en el artículo 2 de la Orden de la Consejería de Empleo de 8 de mayo de 2006 (BOJA número 106, de 5 de junio de 2006).

2. El número máximo de proyectos a subvencionar por solicitante será de 1 proyecto por cada modalidad. Cada proyecto podrá contemplar una o varias actividades subvencionables de las especificadas para cada modalidad.

3. No se considerarán actividades o conceptos 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.

Cuarto. Requisitos de las actividades o proyectos subvencionables.

1. Las actividades o proyectos susceptibles de subvención deberán reunir, con carácter general, los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Orden de la Consejería de Empleo de 8 de mayo de 2006, anteriormente citada.

2. Se considerarán actividades o proyectos subvencionables en la modalidad 2 los iniciados a partir de la fe-

cha de solicitud. Los proyectos de Modalidad 1 y 3 podrán estar iniciados a la fecha de solicitud, si bien sólo serán subvencionables las actividades y gastos realizados con posterioridad a la fecha de la solicitud de la subvención.

3. Los plazos máximos de ejecución de los proyectos o actividades son los que a continuación se indican:

a) Modalidades 1 y 3: 12 meses.

b) Modalidad 2: 6 meses.

Quinto. Requisitos de los beneficiarios.

Las microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales, para resultar beneficiarias de las subvenciones objeto de esta Orden de convocatoria deberán cumplir los requisitos establecidos en el artículo 5 de la citada Orden reguladora de 8 de mayo de 2006, debiendo acreditar cada uno de los extremos allí contemplados en la forma prevista en el artículo 8 de la misma.

Sexto. Plazo y lugar de presentación de solicitudes.

1. El plazo de presentación de solicitudes será de 60 días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha de publicación de la presente Orden de convocatoria en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

No serán admitidas a trámite las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido en el párrafo anterior.

2. Las solicitudes se presentarán individualizadas, una por cada proyecto, y por duplicado, en el Registro de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo de la provincia en que se vaya a realizar el proyecto o actividad, así como en los registros auxiliares de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico, sin perjuicio de que también puedan presentarse en los registros de los demás órganos y en las oficinas

que correspondan, de conformidad con lo establecido en los artículos 38.4 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 51.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Asimismo se podrán presentar en el Registro Telemático Unico de la Administración de la Junta de Andalucía, a través del acceso a la dirección [www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/oficina\\_virtual/oficina\\_virtual.php](http://www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/oficina_virtual/oficina_virtual.php). Para utilizar este medio de presentación, los interesados deberán disponer del certificado reconocido de usuario X509, clase 2v3, expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet).

3. Los interesados podrán acceder y confeccionar la solicitud en la página web de la Consejería de Empleo [www.juntadeandalucia.es/empleo](http://www.juntadeandalucia.es/empleo).

**Séptimo. Notificación.**

1. Los actos que deban notificarse de forma conjunta a todos los interesados y, en particular, los requerimientos de subsanación y los de resolución del procedimiento se publicarán en los tabloneros de anuncios de la Consejería de Empleo y sus Delegaciones Provinciales con indicación de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran que presentarse y plazo para interponerlos; sustituyendo dicha publicación a la notificación personal y surtiendo sus mismos efectos.

Asimismo se publicará simultáneamente en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía un extracto del contenido de la resolución o acto, indicando los tabloneros donde se encuentra

expuesto su contenido íntegro y, en su caso, el plazo, que se computará a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la publicación en dicho Boletín Oficial.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los actos correspondientes al trámite de audiencia a los interesados, que se realizarán mediante la notificación personal. Los efectos del referido trámite se producirán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar esta notificación.

**Octavo. Habilitación.**

Se faculta a la Directora General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo para llevar a cabo cuantas actuaciones sean necesarias para la ejecución y aplicación de la presente Orden.

Contra la presente Orden, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer, a elección del recurrente y al amparo de lo respectivamente dispuesto en los artículos 107.1, 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 45 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los recursos potestativos de reposición —en el plazo de un mes desde el siguiente día al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía— que habrá de interponerse ante este órgano y, en todo caso, el contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sevilla, en los dos meses contados desde el siguiente día al de la publicación de esta Orden en el citado Boletín Oficial.

Sevilla, 21 de junio de 2006

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

**ORDEN de 5 de septiembre de 2006, por la que se regula el procedimiento de concesión de ayudas económicas por el Instituto Andaluz de la Mujer para mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos y especiales dificultades para obtener un empleo BOJA núm. 184, de 21 de septiembre de 2006**

El Instituto Andaluz de la Mujer tiene entre sus objetivos el desarrollo de actuaciones para la atención integral a mujeres víctimas de violencia de género y, de una forma particular, a las que carecen de medios económicos, así como el fomento de medidas para prevenir la violencia contra las mujeres y desarrollar programas de atención a las afectadas, habiendo puesto en marcha, mediante la Orden de 7 de julio de 2005, una línea de ayudas económicas para mujeres víctimas de violencia que tiene a su vez como finalidad facilitarles recursos económicos para que puedan establecerse de forma autónoma.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece en su artículo 27 el derecho apercibir una ayuda económica a las mujeres víctimas de violencia de género que se sitúen en un nivel de rentas y respecto de las que se presume que, debido a circunstancias personales y sociales, tendrán especiales dificultades para obtener un empleo.

Dichas ayudas han sido reguladas por el Gobierno Central a través del Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta disposición trata de asegurar la correcta aplicación del citado precepto de la Ley Orgánica y garantizar el principio de seguridad jurídica y la igualdad en el acceso al derecho reconocido, dejando a salvo las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas

para establecer el procedimiento de concesión de las ayudas.

La presente Orden regula el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la ayuda económica en la Comunidad Autónoma de Andalucía y determina los órganos administrativos que intervienen en su tramitación y concesión. Con esta regulación se trata de hacer efectivo el derecho subjetivo de la mujer a la ayuda económica articulando un procedimiento que pretende garantizar en todas sus fases la máxima celeridad y simplicidad de trámites.

En su virtud, a propuesta del Instituto Andaluz de la Mujer, y en uso de las facultades que me confiere la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía,

DISPONGO

**Artículo 1.º** *Objeto, finalidad y régimen jurídico.*—1. La presente Orden tiene como objeto regular el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la ayuda económica prevista en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dirigida a mujeres víctimas de violencia de género para las que quede acreditada insuficiencia de recursos y unas especiales dificultades para obtener un empleo, así como para la concesión de la misma.

2. Las ayudas económicas a las que se refiere la presente Orden se regirán por lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y en el Real Decre-

to 1452/2005, de 2 de diciembre, que la desarrolla.

**Art. 2.º** *Requisitos para obtener la condición de beneficiaria.*—Tendrá la consideración de beneficiaria a los efectos de la presente Orden, la mujer víctima de violencia de género que cumpla, a la fecha de solicitud de la ayuda, los siguientes requisitos:

a) Encontrarse domiciliada en un municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

b) Acreditar la situación de violencia de género de la forma legalmente establecida.

c) Carecer de rentas que, en cómputo mensual, superen el 75% del salario mínimo interprofesional vigente, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

d) Tener especiales dificultades para obtener un empleo, que se acreditará a través de un informe del Servicio Andaluz de Empleo.

**Art. 3.º** *Acreditación de la situación de violencia de género.*—1. Las situaciones de violencia de género se acreditarán con la orden de protección a favor de la mujer. Excepcionalmente, será título de acreditación de la situación de violencia de género el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la denunciante es víctima de este tipo de violencia en tanto se dicta la orden de protección.

2. Igualmente podrá acreditarse la condición de víctima de violencia de género mediante la sentencia, definitiva, o definitiva y firme, siempre que sea condenatoria por hechos constitutivos de violencia de género y en la misma se acuerden medidas de protección a favor de la mujer.

3. Sólo podrá ser concedida una ayuda por beneficiaria, con independencia de la obtención por parte de

ésta de una nueva orden de protección o sentencia condenatoria.

**Art. 4.º** *Determinación de las rentas.*—A efectos de determinar el requisito de carencia de rentas, se seguirán las reglas establecidas en el artículo 4 del Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre.

**Art. 5.º** *Informe del Servicio Andaluz de Empleo.*—1. El Servicio Andaluz de Empleo elaborará el informe de empleabilidad al que se refiere el artículo 2.d) de la presente Orden a través de la Dirección Provincial que corresponda al lugar actual de residencia de la solicitante.

2. El informe se emitirá para el momento en que se tramite la concesión de la ayuda y deberá hacer constar que la solicitante, debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, no va a mejorar de forma sustancial su empleabilidad por su participación en los programas de empleo específicos para su inserción profesional.

A tal efecto, se atenderá a los criterios establecidos en el artículo 5 del Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, en la valoración de los factores indicados en el párrafo anterior.

**Art. 6.º** *Financiación.*—La financiación de estas ayudas se efectuará con cargo al Capítulo IV de los créditos presupuestarios del Instituto Andaluz de la Mujer.

**Art. 7.º** *Documentación.*—1. La solicitud de ayuda se realizará mediante instancia dirigida a la Ilma. Sra. Directora del Instituto Andaluz de la Mujer, según el modelo previsto en el Anexo I de la presente Orden, suscrita por la solicitante, y deberá estar acompañada por la documentación siguiente:

a) Copia compulsada del Documento Nacional de Identidad y Número de Identificación Fiscal de la solicitante. En el caso de solicitantes extranjeras éstas deberán aportar copia compulsada del documento acreditativo de su situación legal en España.

b) Certificado de empadronamiento.

c) Copia compulsada de la orden de protección a su favor o, en su caso, de la sentencia, definitiva, o definitiva y firme, condenatoria por hechos constitutivos de violencia de género y en la que se acuerden medidas de protección a favor de la mujer.

Excepcionalmente, copia del informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que es víctima de violencia de género en tanto se dicta la orden de protección.

d) Copia completa de su última declaración del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas o, en caso de no realizarla, declaración responsable de los ingresos obtenidos en el mencionado ejercicio, esta última conforme al modelo que figura como Anexo I.

e) Copia completa de su última declaración del Impuesto sobre el Patrimonio o, en caso de no realizarla, declaración responsable de su patrimonio, con indicación del valor del mismo, a excepción de la vivienda habitualmente ocupada por la solicitante y de los bienes cuyas rentas hayan sido declaradas en el apartado anterior, conforme al modelo que figura como Anexo I.

f) Acreditación de la cuenta corriente o libreta de ahorro de titularidad de la solicitante. En el Anexo II se incluye modelo orientativo.

g) En su caso, copia compulsada de la certificación acreditativa del grado de minusvalía reconocido.

2. Los requisitos y/o datos que resulten exigibles en virtud de la presente Orden, podrán ser constatados

mediante consulta en los archivos y registros administrativos en que obren los datos correspondientes a la persona solicitante. Su cumplimiento quedará acreditado mediante la incorporación al expediente de la oportuna diligencia, relativa a la comprobación de la constancia de dichos datos.

3. No se requerirá la presentación de aquellos documentos que, resultando necesarios a los efectos de la acreditación de datos o requisitos exigidos por la presente Orden, ya obren en poder del Instituto Andaluz de la Mujer, debiendo dejarse constancia en el expediente mediante la oportuna diligencia.

4. La presentación de la solicitud conllevará la autorización al órgano gestor para recabar las certificaciones e informes a emitir, en su caso, por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la Tesorería General de la Seguridad Social, por la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía y por el Servicio Andaluz de Empleo que requieran la presente Orden.

**Art. 8.º Acreditación de las responsabilidades familiares.**—1. En los supuestos en que existan responsabilidades familiares conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, habrá de acompañarse a la solicitud la documentación siguiente:

a) Copia compulsada del Libro de Familia u otro documento que acredite la relación de la solicitante con los familiares a su cargo o menores acogidos.

b) Certificado de empadronamiento de los miembros de la unidad familiar, o copia compulsada del documento extendido a nombre de la víctima en el que figure reconocida a favor de los familiares la condición de beneficiarios de asistencia sanitaria de la

Seguridad Social o, excepcionalmente, cualquier otro documento que acredite la convivencia de la unidad familiar.

c) Copia completa de la última declaración del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas de los miembros de la unidad familiar o, en caso de no realizarla, declaración responsable de los ingresos obtenidos en el mencionado ejercicio.

d) En su caso, copia compulsada de la certificación acreditativa del grado de minusvalía reconocido a los familiares a cargo o menores acogidos.

2. Cuando la convivencia de la solicitante con los familiares a su cargo se interrumpa por motivos derivados de la situación de violencia de género, podrá acreditarse esta circunstancia mediante un informe social del Centro de la Mujer, a efectos de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 7 del citado Real Decreto.

3. La acreditación de la obligación de alimentos de la solicitante cuando no exista convivencia con el familiar a cargo que perciba esos alimentos se realizará mediante copia compulsada del convenio o resolución judicial en la que se establezca.

**Art. 9.º** *Presentación de solicitudes.*—1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las solicitudes se presentarán preferentemente en el registro del Centro de la Mujer de la Dirección Provincial del Instituto Andaluz de la Mujer en la provincia que corresponda al domicilio de la solicitante.

2. La ayuda podrá solicitarse durante la vigencia de la orden de protección, informe del Ministerio Fiscal o, en su caso, de las medidas establecidas en la sentencia condenatoria para la protección de la mujer.

3. Si a la solicitud no se acompañase la documentación exigida o la presentada adoleciera de algún defecto, desde el Centro de la Mujer competente para la tramitación del procedimiento de concesión de la ayuda se requerirá a la interesada para que, en el plazo de diez días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistida de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**Art. 10.** *Procedimiento de concesión.*—El procedimiento de concesión se sustanciará de acuerdo con las normas generales de los procedimientos administrativos iniciados a solicitud de persona interesada, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

a) El procedimiento se entenderá iniciado desde la fecha en que la correspondiente solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, contándose desde dicha fecha el plazo máximo establecido para resolver y notificar la resolución expresa de la solicitud.

b) La ayuda económica solicitada se concederá sin comparación con otras solicitudes, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para su concesión. La resolución que ponga fin al procedimiento se motivará con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.

c) El plazo para resolver y notificar será de tres meses, contando a partir de la entrada de la solicitud en el registro del Centro de la Mujer competente para su tramitación, siendo desestimatorio el sentido del silencio administrativo, en su caso.

**Art. 11. Instrucción y resolución.**—1. Las solicitudes, acompañadas de la documentación preceptiva, serán examinadas en el Centro de la Mujer de la provincia donde se encuentre el domicilio de la solicitante, desde el que se solicitará a la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo que corresponda el informe de empleabilidad al que se refiere el artículo 2.d) de la presente Orden, que será preceptivo y deberá ser evacuado en el plazo de 10 días.

2. Cuando de la documentación obrante en el expediente se pueda deducir que la solicitante, una vez iniciada la situación de violencia de género, había residido en otra Comunidad o Ciudad Autónoma, el Centro de la Mujer que instruye el procedimiento solicitará informe al órgano competente para la tramitación de la misma ayuda económica en esa entidad territorial al objeto de comprobar si la mujer ha solicitado o se le ha concedido la ayuda en una ocasión anterior.

3. Desde el Centro de la Mujer, una vez recibido el informe de empleabilidad y, en su caso, el que se recibe respecto a su residencia anterior, se elevará propuesta de resolución a la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer en la que se acreditará, en su caso, la insuficiencia de recursos y las especiales dificultades para obtener un empleo de la solicitante.

En el supuesto de que el informe de empleabilidad y/o el relativo a su residencia anterior sean desfavorables para la interesada, inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución se le pondrá de manifiesto el procedimiento para que, en el plazo de 10 días, pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

4. A la vista de la documentación obrante en el expediente y de la propuesta de resolución formulada, la Di-

rectora del Instituto Andaluz de la Mujer dictará la correspondiente resolución que, en caso de ser estimatoria, reconocerá el derecho de la mujer a la ayuda económica y acordará su concesión.

Contra dicha resolución, que agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en la forma y plazo previstos por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o potestativamente, recurso de reposición, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

5. Las notificaciones que deban realizarse a las interesadas se practicarán de forma individual de acuerdo con las normas generales del procedimiento administrativo recogidas en los artículos 58 y 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**Art. 12. Cuantía de las ayudas.**—Las ayudas económicas a que se refiere la presente Orden tendrán como cuantía las establecidas en el artículo 6 del Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, para cada uno de los supuestos contemplados en el mismo.

**Art. 13. Incompatibilidad.**—La percepción de la ayuda económica a que se refiere la presente Orden será incompatible con la percepción de otras subvenciones, ayudas e ingresos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales, a excepción de las establecidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Si la solicitante percibiera las ayudas establecidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, éstas deberán com-

putarse como ingresos con el fin de determinar si la mujer cumple el requisito de carencia de rentas al que se refiere el artículo 4 de la presente Orden.

**Art. 14. Pago.**—La ayuda se concederá por una sola vez. Su abono se realizará en un solo pago, una vez acreditados por la beneficiaria los requisitos exigidos en el artículo 2 de esta Orden.

**Art. 15. Reintegro.**—Las personas beneficiarias de estas ayudas económicas deberán reintegrar la totalidad de las cantidades percibidas más los correspondientes intereses de demora, desde el momento del pago de las mismas hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la ayuda sin reunir los requisitos exigidos para su concesión, o falseando u ocultando los he-

chos o datos que hubieran impedido su concesión.

b) La declaración judicial o administrativa de nulidad o anulación de la resolución de la concesión.

**Disposición Final Primera. Habilitación.**—Se faculta a la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer para adoptar las medidas necesarias en desarrollo y ejecución de esta Orden.

**Disposición Final Segunda. Entrada en vigor.**—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 5 de septiembre de 2006

MICAELA NAVARRO GARZÓN  
Consejera para la Igualdad  
y Bienestar Social

**RESOLUCIÓN de 11 de septiembre de 2006, del Instituto Andaluz de la Mujer, por la que se convoca la concesión de prestaciones económicas a mujeres víctimas de violencia acogidas a programas de formación profesional ocupacional a desarrollar en los ejercicios 2006/2007**  
**BOJA núm. 186, de 25 de septiembre de 2006**

La Orden de 5 de octubre de 2005 (BOJA núm. 214, de 3 de noviembre de 2005), conjunta de las Consejerías de Empleo y para la Igualdad y Bienestar Social por la que se regula el procedimiento para la concesión de prestaciones económicas a mujeres víctimas de violencia acogidas a programas de formación profesional ocupacional, prevé la convocatoria anual en su Disposición Final Segunda.

En virtud de lo anterior, de las facultades conferidas en la Orden citada y de conformidad con lo establecido en la Disposición Final Primera de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, el Título VIII de la

Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Capítulo I del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras y en el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre,

RESUELVO

1.º Convocar para los ejercicios 2006/2007 la concesión de prestacio-

nes económicas a mujeres víctimas de violencia acogidas a programas de formación profesional ocupacional aprobados por la Consejería de Empleo, según el procedimiento general regulado en la Orden de 5 de octubre de 2005 (BOJA núm. 214, de 3 de noviembre de 2005) conjunta de las Consejerías de Empleo y para la Igualdad y Bienestar Social, conforme a lo establecido en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en el Reglamento aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, y de acuerdo con lo dispuesto en la presente Resolución.

2.º Duración de los programas de formación ocupacional: Se van a desarrollar entre los meses de noviembre de 2006 a julio de 2007.

3.º Plazo de presentación de solicitudes: El plazo de presentación de solicitudes comenzará el día siguiente al de la publicación de la presente Resolución en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, y finalizará una vez acabada la impartición de las acciones formativas. La presentación de la solicitud implicará la autorización para el tratamiento automatizado de todos los datos contenidos en ella.

4.º Documentación a presentar por las solicitantes. Las solicitudes deberán formularse conforme al modelo

establecido en el Anexo 1 de la Orden reguladora de 5 de octubre de 2005 (BOJA núm. 214, de 3 de noviembre de 2005), acompañadas de la documentación prevista en su art. 4. Dicho modelo se encuentra disponible en la página web del Instituto Andaluz de la Mujer «<http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/convocatorias>».

5.º Las prestaciones económicas tendrán como cuantía por día lectivo de asistencia al programa la cantidad de 27 euros.

6.º La concesión de estas prestaciones económicas estará limitada a las disponibilidades presupuestarias de los ejercicios 2006 y 2007, y sometida a fiscalización previa.

7.º Modo de pago. La ayuda concedida se devengará mensualmente en función de los días lectivos de asistencia al programa. La cantidad mensual a abonar vendrá determinada por el número de días de asistencia multiplicado por el importe por día lectivo fijado en esta Resolución.

La presente Resolución entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 11 de septiembre de 2006.—La Directora, Ana Soledad Ruiz Seguí.

