



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

79

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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



CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

VOCALES

AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR	Viceconsejero de Empleo
FCO. JAVIER AGUADO HINOJAL	Secretario General Técnico
FCO. JAVIER GUERRERO BENÍTEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía
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

© 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 79/2005

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada 11
MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ
- El recurso de suplicación y las pruebas testifical y de interrogatorio de la parte 69
JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE
- El acuerdo contra la siniestralidad laboral en el Ayuntamiento de Sevilla . 101
EDUARDO ROMÁN VACA
- La doctrina jurisprudencial sobre elecciones sindicales en las microempresas 123
THAIS GUERRERO PADRÓN

2. MERCADO DE TRABAJO

- Informe trimestral sobre el Mercado de Trabajo en España y Andalucía (cuarto trimestre) 145
SANTOS M. RUESGA BENITO, JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO y CARLOS RESA NESTARES

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO
Universidad de Almería
Inactividad negociadora y determinación contractual de condiciones de trabajo 181
MARÍA DEL MAR RUIZ CASTILLO

**PODERES EMPRESARIALES**

Universidad de Córdoba

Posición del empresario ante la denegación de renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo del inmigrante trabajador 207

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

Universidad de Granada

Prestaciones por muerte y supervivencia en casos de desaparición del sujeto causante 221

AMPARO M.^a MOLINA MARTÍN**DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO**

Universidad de Huelva

Trabajadores afectados por expediente de regulación de empleo: orden jurisdiccional competente para conocer de la impugnación 231

ASUNCIÓN GARCÍA-NEBLE NEBLE

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

Extinción del contrato de trabajo tras realización de examen médico voluntario 241

FERNANDO ELORZA GUERRERO

4. INFORMES Y DOCUMENTOS

Memoria sobre la actuación y funcionamiento del SERCLA en el año 2004 255

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

DECRETO 66/2005, de 8 de marzo, de ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas
BOJA núm. 51, de 14 de marzo de 2005 325

ORDEN de 29 de diciembre de 2004, por la que se establece para el año 2005, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre
BOJA núm. 4, de 7 de enero de 2005 332

ORDEN de 30 de diciembre de 2004, por la que se modifica la de 15 de marzo de 2004, por la que se desarrollan y convocan las ayudas públicas de Apoyo y Asistencia Técnica al Autoempleo, al Fomento de la Actividad Emprendedora y a la Promoción de la Mujer Trabajadora que



Índice

7

se establecen en el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía BOJA núm. 13, de 20 de enero de 2005 333

ORDEN de 9 de marzo de 2005, por la que se modifica la de 14 de enero de 2004, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas, en el ámbito de la colaboración con entidades sin ánimo de lucro que contraten trabajadores desempleados para la realización de proyectos y servicios de interés general y social BOJA núm. 58, de 23 de marzo de 2005 338

RESOLUCIÓN de 3 de febrero de 2005, de la Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se define la implementación de los itinerarios personalizados de inserción, y se establece el procedimiento de cómputo de la atención directa y de personas beneficiarias en Orientación Profesional relativos a la Orden que se cita BOJA núm. 39, de 24 de febrero de 2005 341

RESOLUCIÓN de 28 de marzo de 2005, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dispone la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo Interprovincial de 4 de marzo de 2005 por el que se instaura un sistema de solución de determinados conflictos individuales en el seno del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, y como consecuencia se produce un cambio de denominación del sistema que pasa a ser la de «Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía». BOJA núm. 68, de 8 de abril de 2005 344

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>), en la sección específica dedicada a la Revista «Temas Laborales».





1

Estudios







PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: LA PROTECCIÓN DE LA MUJER EMBARAZADA

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

EXTRACTO

La aprobación de nuevos instrumentos internacionales de protección de la lactancia y la maternidad en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, fundamentalmente el Convenio 183, sirve de causa para el estudio tanto de su repercusión a nivel interno, como para su contraste con otras normas supranacionales.

De hecho, es la evolución legislativa y jurisprudencial en el ámbito de la Unión Europea de las cuestiones referidas a la protección de la mujer trabajadora y, en especial, de las técnicas de tutela, el primero de los ejes de estudio. Desde esta perspectiva, se analizan pormenorizadamente los supuestos de discriminación, las distintas reglas de solución —tanto de protección de la maternidad como, complementariamente, de no discriminación por razón de sexo— y los términos en que se desarrolla el debate sobre el equilibrio de intereses inmanente en el ámbito de las empresas, del que cabe destacar como la mayor onerosidad de la prestación no va a servir, en ningún caso, como argumento justificativo.

En el terreno interno, la aproximación se realiza a través del repaso de la doctrina del Tribunal Constitucional, en la que pone de manifiesto como son casi siempre supuestos de extinción, como despidos expresos o tácitos, los supuestos enjuiciados. De esta doctrina, destaca la autonomía que ha alcanzado la tutela del embarazo respecto de otros casos de discriminación, en cuanto que rasgo exclusivamente de la mujer, lo que obvia la necesidad del término comparativo, y con independencia, eso sí, de la cuestión más polémica en la actualidad —por la posible contradicción interna del Tribunal—, es decir, la del conocimiento de tal hecho o circunstancia por parte del empresario.

La regulación positiva, tanto de la protección del riesgo durante el embarazo como de la maternidad en sí misma considerada, y ya desde su tratamiento prestacional como desde su repercusiones en el plano contractual, cierran finalmente el análisis.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 92/85
 - 2.1. Desde la perspectiva estricta de higiene y seguridad
 - 2.2. Desde la perspectiva de protección de la mujer embarazada
3. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: ANTECEDENTES Y CONSECUENCIAS
 - 3.1. Antes de la entrada en vigor de la Directiva 92/85
 - 3.2. Comenzada la vigencia de la Directiva 92/85
4. LA PROTECCIÓN DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS Y LA DOCTRINA DEL TC
5. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO
 - 5.1. La protección frente a riesgos laborales en el trabajo y la suspensión por riesgo por embarazo
 - 5.2. El permiso por maternidad
 - 5.2.1. Titularidad
 - 5.2.2. Naturaleza del permiso
 - 5.2.3. Ejercicio y duración del permiso
 - 5.4.4. Permiso y otros derechos derivados del contrato de trabajo
 - 5.3. La reducción de jornada por lactancia
6. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL CORRESPONDIENTE A LAS SITUACIONES DE RIESGO POR EMBARAZO Y MATERNIDAD
 - 6.1. Las prestaciones por riesgo por embarazo
 - 6.1.1. Situación protegida
 - 6.1.2. Beneficiarias
 - 6.1.3. Dinámica de la prestación
 - 6.2. Las prestaciones por maternidad
 - 6.2.1. Situación protegida
 - 6.2.2. Beneficiarios
 - 6.3. Un remate coherente: la nulidad de los despidos fundados en el ejercicio de los derechos de protección de la maternidad y riesgo por embarazo
7. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La tutela de la mujer embarazada ha sido uno de los puntos de fricción por los que se ha introducido primeramente la legislación internacional de tutela del trabajo femenino. El ejemplo del Convenio 3 de la OIT, de 1919¹ es palmario al respecto, aunque su normativa se encuentre ampliamente superada dentro de la propia OIT.

¹ Se trata de una regulación que gira, sobre todo, en torno al permiso por maternidad, a su duración y a los derechos que asisten a la mujer en ese periodo y en los que padezca enfermedades por razón del embarazo: «Artículo 3. En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer: a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto; b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá pro-

En efecto, en el marco de la OIT, los sucesivos avances generados en Declaraciones de derechos de las mujeres, sobre todo a partir de la Conferencia de Beijing en 1995, obligan a revisar los instrumentos sobre estas materias, y en especial los entonces vigentes de 1952, en buena medida superados por la realidad. Y fruto de esta tarea de revisión son el Convenio 183, de 15 de junio de 2000 (aún no ratificado por España) y la Recomendación número 191, de la misma fecha, que por su interés sintetizaremos a continuación.

Ambos instrumentos, pero sobre todo el Convenio abordan el problema del tratamiento laboral de la mujer que va a ser madre como un ámbito polisémico, con significados en varias áreas sustanciales: por supuesto, como un supuesto en que se producen *alteraciones fisiológicas* que, aunque no constitutivas de una enfermedad, pueden llegar a ser incompatibles con el trabajo (art. 3), por lo que han de generar una batería de *suspensiones del contrato* que pongan a la mujer a salvo de la extinción de éste por imposibilidad de cumplimiento (art. 4); también como un periodo en el que pue-

bablemente en un término de seis semanas; c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto; d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia». Por su parte, el art. 4, en referencia a las enfermedades que tengan su origen en el embarazo o el parto, establece lo siguiente: «Artículo 4. Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia». El Convenio 3, de 1919, sería modificado y ampliado sensiblemente por el Convenio 103, de 1952, y recientemente por el Convenio 183 sobre protección de la maternidad, de 15 de junio de 2000. Tomando en cuenta las más recientes declaraciones internacionales de tutela de la mujer, el Convenio trata de abarcar en su integridad la tutela de la mujer embarazada o a punto de dar a luz, trabajadora o no, desde la perspectiva de la salud de la misma, del descanso por maternidad y las prestaciones asociadas a él, de la interdicción de la discriminación por el ejercicio de sus derechos al respecto, y del tratamiento de las enfermedades relacionadas con el embarazo y el parto. Su compleja regulación no puede dejar de ser tenida en cuenta a la hora de interpretar la normativa comunitaria y su aplicación en países que hayan suscrito el Convenio 183 —que no es el caso de España todavía—, en la misma de orientación de la interpretación puede citarse la Recomendación num. 191, igualmente de 2000.

den surgir *enfermedades que tengan en el embarazo o parto su origen* (art. 5); como una situación en la que el cese en el trabajo debe generar una serie de *derechos prestacionales* que cubran las necesidades de la mujer durante los periodos de descanso (art. 6 y 7); como una situación en la que se corre *un peligro especial de pérdida del empleo* por el ejercicio de los derechos reseñados antes (arts. 8 y 9) y el nacimiento del hijo da origen a una serie de derechos conexos de cuidado inmediato de éste (art. 10).

Se trata de una norma de tratamiento integral que, en breve:

- supone la necesidad de que los Estados miembros evalúen los riesgos que puede suponer el trabajo para las embarazadas, y adopten las medidas necesarias para que no sean obligadas a trabajar en esos ambientes (art. 3).
- reconoce a toda mujer que va a ser madre y así lo acredite, un periodo de licencia por maternidad de 14 semanas de duración, de las que al menos 6 semanas deberán ser posteriores al parto, prolongándose en su caso el periodo de descanso prenatal si la fecha del parto se retrasa (art. 4)
- se reconoce el derecho a una licencia adicional por enfermedades que resulten ser consecuencia del parto, con naturaleza y duración que deberán ser fijadas por los Estados (art. 5)
- dejando de lado las prestaciones médicas, las mujeres que hagan uso de sus derechos a las licencias reguladas en los arts. 4 y 5 deberán percibir prestaciones adecuadas que «garantice (n) a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado» (art. 6.2). Ello obliga a señalar indicios de esa «adecuación, que se fijan en la equivalencia como mínimo a los 2/3 de las ganancias profesionales anteriores o de las que se tomen como punto de referencia². El Estado puede establecer condiciones para tener acceso a esas prestaciones, pero dichas condiciones deberán ser establecidas de modo que sean accesibles para la mayoría de las mujeres. Por su parte, para las que no puedan acceder a dichas condiciones, deberían preverse ayudas de asistencia social. En todo caso, se trata de ayudas que han de ser «adecuadas» y deben proporcionarse a través de sistemas de seguro según determinen las normas nacionales pues como regla general y salvo excepciones «un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que empleo sin el acuerdo expreso de ese empleador» (art. 6.8).

² Si el nivel de desarrollo del sistema de Seguridad Social no lo permitiera dichas prestaciones deberán ser, como mínimo, iguales a las previstas para los supuestos de incapacidad para el trabajo por motivos de salud (art. 7).

- la tutela del empleo y frente a la discriminación de la mujer trabajadora es otro de los campos vitales en la arquitectura del Convenio 183. Como regla general, se prohíbe el despido de la mujer embarazada, o durante el descanso por maternidad excepto por motivos no relacionados con el embarazo, que incumbirá probar al empresario (art. 8). En la misma línea, se prohíbe indagar sobre el estado de embarazo de la mujer en el momento de acceder a un empleo, salvo que se trate de acceder a empleos que supongan un peligro para la mujer embarazada o su hijo (art. 9)
- y, finalmente, se reitera el derecho a las interrupciones diarias o a la reducción de jornada asociados a la lactancia (art. 10).

La normativa de la OIT, incluso la más reciente, recoge de este modo el guante que lanzara el Convenio número 3 OIT, y no es arriesgado suponer que contribuye a marcar las pautas estándares de regulación del trabajo de la mujer en relación con la maternidad, incluso en aquellos países que no han ratificado la normativa originaria o la más reciente³.

Es posible detectar esta influencia también en el ámbito de la unión Europea, pero, en este marco, la propia dinámica de las instituciones comunitarias y la historia del desarrollo normativo de la política social han dado al ordenamiento comunitario una coloración especial que en buena medida lo explica y que por ello merece la pena reseñar.

En efecto, de todos es conocido el empuje que en el seno de la UE ha tenido la corriente normativa de tutela del trabajo de la mujer que, a partir

³ Según la página web de la OIT –www.ilo.org, la lista de países que ha ratificado este convenio es la siguiente:

País	Fecha de ratificación	Situación
Albania	24:07:2004	ratificado
Austria	30:04:2004	ratificado
Belarús	10:02:2004	ratificado
Bulgaria	06:12:2001	ratificado
Chipre	12:01:2005	ratificado
Cuba	01:06:2004	ratificado
Eslovaquia	12:12:2000	ratificado
Hungría	04:11:2003	ratificado
Italia	07:02:2001	ratificado
Lituania	29:09:2003	ratificado
Rumania	23:10:2002	ratificado

de la relativamente frágil base del art. 119 del Tratado de Roma, superó los límites iniciales, en una verdadera carrera en la que el Tribunal de Justicia y el legislador comunitario mantuvieron un fructífero diálogo de más de 20 años de duración. Esta orientación antidiscriminatoria sería el paraguas técnico que permitiría los primeros pronunciamientos comunitarios al respecto, que obviamente provendrían del Tribunal de Justicia.

Precisamente porque se articula en un contexto judicial, y más aún, de tutela frente a la discriminación, la protección de los derechos de las trabajadoras en orden a la maternidad es, en buena parte de los casos, una tutela meramente defensiva, de rechazo de los comportamientos privados y públicos que minusvaloraban el trabajo de la mujer por ser mujer, y circunscrita a lo que en terminología actual, denominaríamos discriminación «por razón de sexo». Por tratarse precisamente de una legislación defensiva poseía dos limitaciones importantes:

- a) La primera, que no asignaba contenido alguno a los derechos de los que la mujer disfrutara por ser madre en los países miembros (paradójicamente sólo se menciona la maternidad en unos términos muy vagos en la Directiva de 1986 sobre el trabajo autónomo), que serían puntualizados por la legislación nacional. Así, por ejemplo, en la STJUE de 13 de febrero de 1996, en el caso GILLESPIE (c-342/93), se descartan los argumentos de la recurrente en torno a la integridad y la cuantía de las prestaciones por maternidad, precisamente porque ni el art. 119 del Tratado ni la Directiva 75/117 «imponían la obligación de mantener la retribución íntegra de los trabajadores femeninos durante su permiso de maternidad».
- b) La segunda que, incluso cuando se trataba de examinar estos derechos desde la perspectiva de la discriminación, no sería infrecuente que el control judicial del TJUE se detuviera ante el hecho de que se trataba de prerrogativas concedidas a mujeres, que no tenían parangón en el régimen de trabajo de los trabajadores masculinos, y que por tanto no podían generar supuestos de discriminación —como sucede, por ejemplo, en la Sentencia dictada en el caso BOYLE, (de 27 de octubre de 1998 caso c-400/95), respecto de la valoración de ciertos descansos por maternidad añadidos a los mínimos legales, que, al ser reconocidos sólo a las mujeres, no pueden generar resultados discriminatorios de éstas respecto de los hombres— con lo que la racionalidad protectora de estas medidas quedaba vacía de evaluación.

Una concepción más activa, positiva, dotada de contenidos paralelos a los que se enunciaban en la normativa OIT, e integral —de género— del papel de la maternidad y de las cargas familiares en el trabajo de la mujer no tenía cabida en esas primeras normas, y menos aún se mencionaban los

riesgos laborales específicos de las mujeres trabajadoras en los documentos más tempranos sobre higiene y seguridad ⁴.

La incorporación de derechos de la mujer trabajadora que iba a ser madre tuvo lugar, pues, en el seno de las legislaciones y prácticas de los Estados.

Para dar un paso más allá respecto de la tutela de los derechos asociados a la maternidad de la mujer trabajadora haría falta esperar al Acta Única Europea y los avances que en política social posibilitaría la rebaja de la regla de la unanimidad en relación, entre otros temas, con la seguridad y salud laborales ⁵.

Por esta vía, a partir de la Directiva 89/391 se sucede una multiplicidad de Directivas que se reclaman como ejecutivas de ésta, y que abordan aspectos muy diversos del régimen de la relación de trabajo, desde la pers-

⁴ Por ser expresamente mencionado por el preámbulo de la Directiva 92/85, merece la pena mencionar la Decisión 74/325 del Consejo, que, en la panoplia de compromisos que implanta en orden a que la Comisión realice una serie de acciones en materia de protección de la salud en el ambiente de trabajo, no menciona las particularidades del trabajo femenino:

Artículo 1.—Se crea un Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo, que en lo sucesivo se denominará «Comité».

Artículo 2.—1. El Comité estará encargado de asistir a la Comisión en la preparación y puesta en práctica de las actividades que se realicen en el ámbito de la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo. Esta tarea se refiere al conjunto de economía, con exclusión de las industrias extractivas dependientes de la competencia del órgano permanente para la seguridad y la salubridad en las minas de hulla y con exclusión del ámbito y de la protección sanitaria de los trabajadores contra los peligros resultantes de las radiaciones ionizantes, respecto al cual se aplican normas específicas en virtud del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. 2. El Comité se encargará, en particular: a) de intercambiar basándose en la información que pueda conseguir, puntos de vista y experiencias respecto a reglamentaciones existentes o proyectadas; b) de contribuir a elaborar un método común para resolver los problemas que se planteen en el ámbito de la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo, y a determinar las prioridades comunitarias y decidir las medidas necesarias para su realización; c) de señalar a la Comisión los sectores en los que aparezca necesario adquirir nuevos conocimientos y llevar a cabo acciones apropiadas de formación y de investigación; d) de definir, en el marco de los programas de acción comunitaria y en colaboración con el órgano permanente para la seguridad y la salubridad en las minas de hulla: —los criterios y los objetivos de la lucha contra los riesgos de accidentes de trabajo y los peligros para la salud en la empresa, —los métodos que permitan a las empresas y a su personal evaluar y mejorar el nivel de protección; e) de contribuir a informar a las administraciones nacionales y a las organizaciones sindicales de trabajadores y de empresarios sobre proyectos comunitarios, a fin de facilitar su cooperación y favorecer códigos prácticos de conducta».

⁵ Sobre esta regla y sus efectos, *vid.* PÉREZ DEL RÍO, Teresa, «La dimensión social del mercado único europeo», *Revista Española de Derecho del Trabajo* número 47, 1991, págs. 385 y ss. Una valoración global sobre los avances normativos en materia de trabajo femenino, en CASAS BAAMONDE, ME., «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, I, 1998, págs. 90 y ss.

pectiva de la prevención de riesgos laborales, con lo que se les quitaba la dificultad inicial que impidiera la adopción de Directivas en esa materia al amparo de la regla de la unanimidad. Desde luego, no se trató de una operación sin sobresaltos, y sin recursos ante el Tribunal de Justicia, para que revisara el fundamento de algunas Directivas más alejadas en apariencia de los contenidos típicos de la prevención de riesgos. De todos es conocida la vicisitud judicial que se originó en relación con la Directiva sobre tiempo de trabajo, y cómo el TJUE soslayó las dificultades que se le oponían desde una interpretación estricta de lo que debiera entenderse por prevención de riesgos y su contenido, afirmando la plena licitud de ésta y otras Directivas con aproximación semejante ⁶.

Importa partir de esta característica de la evolución de la normativa comunitaria porque explica el particular contenido de la Directiva 92/85 CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz recientemente o en periodo de lactancia, y la propia aprobación de ésta, ante las dificultades que había atravesado el previo proyecto.

La orientación de prevención de riesgos es, pues, un elemento de justificación de la Directiva en su momento, pero como es obvio, no podía ser el único elemento. Al contrario, como admite el propio preámbulo de la norma, «la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las Directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres». Por ello la Directiva 92/85 es tributaria también de una corriente jurisprudencial del TJUE que, desde la Sentencia dictada en el caso DEKKER, (de 8 de noviembre de 1990, asunto C-177/88) afirmó la estrechísima, directa e inequívoca relación entre la desigualdad de trato basada en el sexo y la basada en el embarazo, el parto o el periodo de lactancia en que se encontrasen las mujeres trabajadoras. Tan es así que es a esta jurisprudencia más que a las cuestiones inherentes a la prevención de riesgos a la que hay que remitir gran parte de las normas contenidas en la Directiva.

Se trata, por tanto, de una Directiva con doble fundamentación: garantizar la salud de la trabajadora embarazada o lactante en el marco del contrato de trabajo, y garantizar que el embarazo, el parto o la lactancia no fuesen motivos de diferenciación discriminatoria perjudicial para las mujeres trabajadoras que se encontrasen en este estado. La prevalencia, en cada caso,

⁶ Especialmente STJUE 12 noviembre 1996, Comisión/Reino Unido (Ref. Ar. 1996/213). Parecidamente, STJUE 26 junio 2001 (Ref. Ar. 2001/179).



de una u otra vertiente dará origen a algunas peculiaridades interpretativas que resultan de sumo interés para valorar la forma en que en nuestro ordenamiento se han interiorizado sus mandatos.

2. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 92/85

Dada la pluralidad de influencias que la directiva registra, en ella es posible hallar una doble estructuración de su contenido: a) desde la perspectiva estricta de higiene y seguridad; b) desde la perspectiva de protección de la mujer embarazada

2.1. Desde la perspectiva estricta de higiene y seguridad

Desde el primero de los ángulos, la Directiva aborda la necesidad de que se evalúen los riesgos que el trabajo en ciertos ambientes o con ciertos medios pueden suponer para la mujer embarazada, para la salud del feto o de hijo nacido (durante el periodo de lactancia) o para ambos. Por ello impone a la Comisión «en concertación con los Estados miembros y asistida por el Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo, establecerá las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras» embarazadas, o que hayan dado a luz recientemente (art. 3), directrices que deberán ser comunicadas a los Estados y por éstos a los empresarios y los trabajadores o sus representantes⁷. El art. 6, en conexión con los Anexos de la Directiva, detalla los ambientes y los elementos a los que no podrá verse expuesta la mujer embarazada o en periodo de lactancia.

Dicha evaluación deberá realizarse por los empresarios, determinando, de acuerdo con la normativa general sobre prevención de riesgos, los que puedan traer aparejados para las mujeres protegidas y las medidas que hayan de tomarse para paliar o neutralizar sus consecuencias (art. 4), entre ellas, una triple obligación alternativa del empresario: adaptar las condiciones de trabajo o de tiempo de trabajo de forma provisional para evitar la exposición al riesgo de la trabajadora; si no resultara «técnica y/u objetivamente posible» la adaptación, «o no puede razonablemente exigirse por motivos

⁷ Comunicación de la Comisión, de 5 de octubre de 2000, sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (COM (2000)466).

debidamente justificados», el empresario deberá garantizar el cambio de puesto de trabajo de la trabajadora afectada; y, si no son posibles ninguna de las alternativas anteriores, «la trabajadora afectada estará dispensada del trabajo» (art. 5)

A la misma óptica de tutela de la salud de la trabajadora embarazada o que haya dado a luz recientemente se refiere el art. 7 de la Directiva, que establece la prohibición de trabajo nocturno «durante el embarazo o durante un periodo consecutivo al parto», que podrá establecerse en cada país, a la vista de un certificado médico que acredite la necesidad de que no se realice ese trabajo por la trabajadora embarazada. En cuyo caso, la solución se articula a través de la enunciación de obligaciones alternativas del empleador en términos ya conocidos: traslado a un trabajo diurno, o dispensa de trabajo de la trabajadora afectada «cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados». Se trata de una medida protectora altamente motivada —no basta con la sola acreditación del embarazo o el parto reciente sino es precisa además la acreditación de que el trabajo nocturno es inconveniente para la trabajadora protegida en cada caso—, lo que en buena medida recoge ecos de las dificultades que estas normas generaban en el empleo de las mujeres y la tendencia a eliminar la legislación protectora que se justifique por sí misma.

En todos estos casos deberán de garantizarse los derechos laborales de las trabajadoras afectadas, y la percepción de una prestación adecuada o el mantenimiento de la remuneración (art. 11.1)

2.2. Desde la perspectiva de protección de la mujer embarazada

Las innovaciones más interesantes incorporadas por la Directiva 92/85 se sitúan precisamente en este ámbito en que no está comprometida la salud de la trabajadora, o no sólo se encuentra comprometida la salud de la trabajadora. Son normas que tratan de ajustar sus compromisos familiares con los requerimientos propios del contrato de trabajo y, en la medida de lo posible, poner entre paréntesis los efectos laborales del embarazo y el parto.

La importancia relativa de estas normas es muy variada. Así, algunas se refieren a derechos puntuales de corta duración, como la garantía del derecho de las trabajadoras embarazadas a disfrutar de permisos remunerados para realizar los exámenes prenatales que procedan si tienen lugar durante el tiempo de trabajo (art. 9). Otras en cambio, abordan el grueso de la tutela de la mujer trabajadora embarazada a través de dos tipos de instituciones que, como hemos visto, ya había abordado con anterioridad la OIT:

- la primera institución protectora es la regulación del descanso por maternidad de 14 semanas ininterrumpidas como mínimo, de las

cuales al menos 2 deberán disfrutarse obligatoriamente después del parto (art. 8). Durante ese periodo deberán garantizarse los derechos laborales de la trabajadora afectada y en especial el «mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada», que lo será cuando garantice la percepción como mínimo de los ingresos «que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud» (art. 11.2). Dichos derechos podrán condicionarse por las legislaciones de los Estados a la observancia de los requisitos previos que procedan, siempre que, en caso de exigirse periodos previos de trabajo, éste no exceda del año anterior a la fecha prevista para el parto».

- la segunda institución está constituida por una norma prohibitiva: la prohibición de despido de las trabajadoras «durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad...salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado» que admita la legislación nacional, debiendo en todo caso el empresario probar la concurrencia de los motivos alegados (art. 10).

Aún tratándose de una norma importante por sus contenidos, la Directiva 92/85 deja sin resolver cuestiones puntuales de indiscutible importancia. Por obra de la jurisprudencia del TJUE se ha puesto de relieve una falla fundamental: la propia noción de despido que se maneja en el art. 10 de la Directiva parece que es restrictiva, técnica, y no comprende otros supuestos de extinción fundados en el embarazo, como pudiera ser la no renovación de un contrato temporal. Como veremos, ésta es la tesis que se abre paso en la Sentencia JIMÉNEZ MELGAR, lo que puede plantear problemas interpretativos múltiples y dejar un amplio campo al descubierto, dentro y fuera de nuestras fronteras⁸. Pero aún hay más: sin ánimo de agotar el tema, deja en cierta medida en la sombra el derecho de reintegro en las mismas condiciones a su puesto de trabajo por parte de la trabajadora que se ha acogido al descanso por maternidad (punto éste que debería resolverse por la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre, que reforma el art. 2.7 de la Directiva 76/207); deja en la sombra una cuestión tan importante como cuál haya de ser la instancia competente para abonar a las trabajadoras con contrato suspendido las prestaciones económicas a las que tienen derecho, si los empresa-

⁸ La contraposición entre la noción de despido prohibido por el art. 10 de la Directiva 92/85, manejada en la jurisprudencia JIMÉNEZ MELGAR y la doctrina constitucional, en la STC 173/94 es adecuadamente puesta de relieve en RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., «La no renovación del contrato por razón de embarazo: discrepancias interpretativas del TC y del TJCE (Comentarios a las SSTCE Tele Danmark y Jiménez Melgar, de 4 de octubre de 2001)», en *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2002, págs. 861 y ss., en especial pág. 867.



rios, o las instituciones de seguro, o la asistencia social. Y deja en la sombra, en fin, la determinación del efecto de estos periodos de descanso sobre otros derechos que puedan devengarse con el mero transcurso del tiempo (¿ha de considerarse tiempo trabajado el de descanso por maternidad?). Temas como éstos siguen siendo frecuentes, como lo ha demostrado la jurisprudencia de aplicación de esta Directiva⁹.

Y eso pone de relieve uno de sus rasgos más característicos: se trata de una Directiva defectiva, que requiere ser interpretada y aplicada teniendo en cuenta el amplio marco general de prohibición de la discriminación por razón de sexo que existe ya en la Unión Europea, a la luz de la cual han de valorarse los actos de ejercicio de los derechos que la Directiva 92/85 concede, y su impacto sobre la dinámica del contrato de trabajo. De ese modo, esas materias que la Directiva deja en el aire —que por hipótesis quedarían abandonadas al criterio del legislador nacional— deben sufrir el control subsidiario de la prohibición de discriminación por razón de sexo, incrementándose el ámbito material de los derechos que reconoce con codas, con añadidos que son fruto de la aplicación paralela de la normativa sobre discriminación.

Finalmente, y como no podía ser menos, dada la génesis de la Directiva, ésta es una Directiva de mínimos, que en absoluto puede ser utilizada para reducir la protección que asegurasen a las trabajadoras unas legislaciones nacionales que habían abordado estas materias con mucha antelación respecto de la norma comunitaria.

3. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: ANTECEDENTES Y CONSECUENCIAS

Por todo lo que se acaba de decir, y sobre todo por la influencia del marco comunitario sobre prohibición de discriminación por razón de sexo, el análisis de la jurisprudencia comunitaria relativa a la tutela de la mujer embarazada o que haya dado a luz no puede considerarse agotado con la sola mención de aquellas Sentencias que se refieren a la Directiva 92/85 exclusiva o preponderantemente, y hallan en ella el fundamento de su resolución. De hecho, estas Sentencias son las menos en el complejo entramado de Sentencias del TJUE en tutela de los derechos de las mujeres embara-

⁹ Y aún en el derecho interno. Como se ha dicho, ésta de la terminación de un contrato temporal y su no renovación «son las situaciones en que más conflictos laborales sobre la estabilidad en el empleo de la mujer se producen», MOLINA GÓMEZ-PUMARIEGA, R., «Embarazo y llegada del término final del contrato de trabajo temporal», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004, pág. 631.



das o que hayan dado a luz. Al contrario, desde fecha temprana se pone de manifiesto que perjudicar de cualquier manera a una mujer embarazada o que ha dado a luz, por esos meros hechos, es una conducta discriminatoria, que cae directamente en el ámbito de prohibición de la Directiva 76/207, por ello esta Directiva resulta esencial¹⁰: como precursora de soluciones que luego hallarán su encaje definitivo en la Directiva 92/85 (cuyo plazo de transposición finalizaba el 19 de octubre de 1994); y como red de seguridad que puntualiza, complementa y precisa el régimen de instituciones que en la Directiva 92/85 no están adecuadamente acabadas. Veamos la forma en que esta labor complementaria de ambas Directivas ha tenido lugar.

3.1. Antes de la entrada en vigor de la Directiva 92/85

Como ya se ha dicho, en el momento en que se aprueba la Directiva 92/85 el TJUE había tenido ocasión de pronunciarse reiteradas veces en torno a la conjunción entre la prohibición de discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo y la maternidad de la trabajadora y su impacto en la disponibilidad de ésta para el trabajo. El punto de partida era inequívoco: en el caso DEKKER, se denunció la negativa de contratación a una mujer embarazada, basada precisamente en el embarazo de ésta, que en opinión del empresario le impedía realizar lo sustancial del trabajo contratado, y además generaba unos gastos excesivos al empresario, que debería contratar a un sustituto/a, y además abonarle retribución a la trabajadora durante el permiso de maternidad, por peculiaridades de la legislación holandesa al respecto. La no contratación se considera contraria a la Directiva 76/207 pues «la negativa de contratación debida al embarazo solamente puede oponerse a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo» (FJ 12), aunque no existieran candidatos masculinos que se hubieran presentado al puesto, y por tanto no existiera término de comparación masculino en el caso.

En consecuencia, tomar en consideración el embarazo real o potencial de la trabajadora para aparejar a él consecuencias negativas en el acceso al empleo, en la conservación del puesto de trabajo o en las condiciones de trabajo constituiría en todos los casos un supuesto de discriminación ‘por razón de sexo’, con todas las consecuencias que tal calificación atrae sobre

¹⁰ En sí y como fuente de Derecho derivado que ha servido de base a numerosas reclamaciones en casos de discriminación asociados al embarazo o la maternidad. Sobre esta función, en general, *vid.* CORDERO SAAVEDRA, L., «Embarazo de trabajadora y extinción de contrato de trabajo temporal. A propósito de la doctrina comunitaria y del Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004, págs. 362 y ss.

los actos u omisiones basados en el hecho diferencial prohibido. Y ello a pesar de que el empresario alegase razones reales de mayor onerosidad económica de la contratación de la mujer embarazada, pues no se consideran relevantes estos argumentos para neutralizar la existencia de la discriminación directa detectada. De la misma fecha, en la Sentencia dictada en el asunto C-179/88 —sentencia HERTZ—, el TJUE sostiene que, desde la perspectiva del principio de igualdad, la Directiva 76/207 «no se en constituye obstáculo para los despidos que son consecuencias de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o parto». El embarazo y el periodo de descanso por maternidad constituyen un lapso de impunidad a efectos de despido, concluido el cual reanudan su efectividad las reglas que permiten un despido por absentismo, aunque la enfermedad que lo genera se relacionase directamente con el embarazo y hubiera comenzado de hecho durante el mismo, sin perjuicio de que esta vinculación pudiera ser establecida por disposiciones nacionales más favorables para las trabajadoras.

Con esta limitación de enfoque —solo la discriminación por razón de sexo es tomada en consideración— otras Sentencias posteriores vinieron a precisar el alcance de la prohibición de despido vinculada al embarazo. Pero enfoque limitado no equivale a debilidad de protección.

Y así, por ejemplo, pueden citarse casos de este periodo en los que es la Directiva 76/207 la que sirve de pauta para la defensa de los derechos de la trabajadora embarazada: así, en el caso HABERMANN-BELTERMANN (sentencia de 5 de mayo de 1994, asunto C-421/92) se planteó ante el TJUE la duda suscitada en el Tribunal nacional por la pretensión de un empresario de impugnar y anular el contrato indefinido suscrito con una trabajadora —ignorando ambos que se encontraba embarazada— para desempeñar trabajo nocturno, siendo así que la legislación nacional prohibía el trabajo nocturno de las trabajadoras embarazadas. El TJUE sostiene que los arts. 2.1 y 5.1 de la Directiva 76/207 se oponen a la pretensión empresarial de anular el contrato celebrado con la trabajadora embarazada «debido a un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato» (FJ 26). Admitir tal cosa «privaría de efecto útil» a la Directiva 76/207 (FJ 24).

Igualmente, en el periodo de transposición de la Directiva 92/85, se dictó Sentencia en el caso WEBB (Sentencia de 14 de julio de 1994, caso C-32/93), para resolver el problema planteado por la contratación por tiempo indefinido de una trabajadora embarazada, que se celebró desconociendo su estado, que en un primer momento debía sustituir a otra trabajadora embarazada que no podía continuar prestando servicios por prohibición legal de trabajar en determinados ambientes a las mujeres embarazadas. Nuevamente se afirma que la pretensión empresarial de despedir a la trabajadora por su imposibilidad de sustituir a la trabajadora embarazada cuyo contrato estaba suspendido es contraria a la Directiva 76/207, pues «el despido de una

trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo» (FJ. 19). Y no puede considerarse de aplicación al caso la previsión normativa estatal que autoriza a despedir a los trabajadores por enfermedad en determinados casos, pues «el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico, ni *a fortiori* a una indisponibilidad de origen no médico, situaciones que sí que pueden motivar el despido de una mujer sin constituir despido discriminatorio por razón del sexo» (FJ 25).

De la misma época es la Sentencia dictada en el caso GILLESPIE (de 13 de febrero 1996, en caso C-342/93), que se plantea abiertamente el plus de protección que añade la Directiva 92/85, aún no aplicable al caso, respecto de la situación normativa anterior. En el caso se trataba de una serie de trabajadoras que habían percibido, durante la baja por maternidad, las prestaciones económicas que su empresario debía abonarles en aplicación del Convenio Colectivo, que eran más beneficiosas que las establecidas en la legislación general, pero que se vieron denegado el derecho a un incremento retributivo con carácter retroactivo, en relación con el periodo de tiempo a que se contrajo el permiso por maternidad. La Sentencia concluye que la integridad y la cuantía de las percepciones económicas durante la prestación de maternidad no son materia garantizada «ni (por) el art. 119 del Tratado CEE ni (por) el art. 1 de la directiva 75/117», que no «imponían la obligación de mantener la retribución íntegra de los trabajadores femeninos durante su permiso de maternidad» (FJ 20).

También en esta época intermedia se sitúa la Sentencia en el caso LARSSON (de 29 de mayo de 1997, caso C-400/95). Se trata de una trabajadora que se ausenta reiteradas veces al trabajo por enfermedad generada por el embarazo y el parto, siendo así que las ausencias se prolongan antes y más allá del periodo de permiso por maternidad. Siguiendo la pauta y completando la doctrina de la Sentencia HERTZ, el TJUE concluye que la Directiva 76/207 no se opone a que se proceda al despido de una trabajadora por ausencias por enfermedad, incluyendo en la noción de enfermedad también a la que ha tenido su origen en el embarazo y el parto, una vez que ha concluido el periodo de suspensión por maternidad. La doctrina tiene, entonces, una doble dirección: la cuestión relevante a efectos del despido por enfermedad es «si una mujer es despedida a causa de ausencias debidas a enfermedad en las mismas condiciones que un hombre», en cuyo caso el despido es lícito aunque la enfermedad tenga su origen en el embarazo y el parto (FJ 18); pero «sería contrario al objetivo de protección que persigue el apartado 3 del art. 2 de la Directiva (76/207), que permite adoptar disposiciones nacionales relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, y privaría de efecto útil a dicha disposición admitir que la ausencia durante este periodo pueda ser tomada en consideración para justificar un despido posterior» (FJ 22). Se trata de una protección más tenue que la que a continuación implantaría la Di-

rectiva 92/85, que excluye que las ausencias durante el periodo protegido puedan ser tomadas en consideración a efectos de un despido posterior, pero esta Directiva no era aplicable en el momento en que los hechos sucedieron (FJ 25).

La misma doctrina se mantiene aparentemente en la Sentencia BROWN (de 30 de junio de 1998, C-394/96), en un supuesto en que la trabajadora, que trabajaba como conductora para una empresa, había suscrito en su contrato de trabajo una cláusula por la que «en caso de baja por enfermedad superior a veintiséis semanas ininterrumpidas, se despediría al trabajador afectado, fuera hombre o mujer». En agosto de 1990 dejó de prestar servicios por diferentes trastornos de salud que tenían su origen en la situación de embarazo; el 9 de noviembre del mismo año los representantes de la empresa advirtieron a la Sra. Brown que debería ser despedida si persistía en sus ausencias más allá del 8 de febrero de 1991 en aplicación de la referida cláusula contractual. Y, no habiéndose reincorporado, fue despedida el 8 de febrero de 1991. Su hijo nació el 22 de marzo de 1991. La Sentencia estima que la protección contra la discriminación por embarazo ex Directiva 76/207 «el despido de la trabajadora producido durante el embarazo y motivado por ausencias debidas a incapacidad laboral derivada del embarazo está relacionado con la aparición de riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, debe considerarse fundado esencialmente en el embarazo: Tal despido sólo puede afectar a las mujeres y, por tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo» (FJ 24). Sólo cuando, terminado el periodo de descanso por maternidad, reaparezcan las patologías, aunque sean iniciadas en el embarazo o el parto, éstas podrán ser tenidas en cuenta a efectos de un despido por enfermedad como se tendrían en cuenta las ausencias de un hombre. Cuando se han computado a efectos del plazo de 26 semanas, las ausencias durante el embarazo, se ha desconocido la doctrina del TJUE sobre el sentido de la Directiva 76/207, y ésta es la infringida por la interpretación que se sus normas ha hecho la empresa en el caso concreto.

La Sentencia dictada en el caso PEDERSEN (de 19 noviembre 1998, C-66/96) tiene un especial interés porque, aunque dictada antes de que finalizase el periodo de transposición de la Directiva 92/85, el texto de la misma es determinante en el fallo de la resolución. Se plantea la cuestión de si una mujer embarazada que, antes de comenzar su permiso por maternidad, es declarada en situación de incapacidad temporal a consecuencia de una patología relacionada con su embarazo, tiene o no derecho a percibir una prestación equivalente a su retribución en cuantía íntegra (como sucedería si se tratase de un cese en el trabajo por motivos de salud) o al contrario, tiene derecho a percibir una prestación pública inferior a su salario (que sería la que correspondería percibir según la legislación nacional en el descanso por maternidad). La Sentencia parte de una rotunda diferenciación entre el embarazo y los procesos patológicos: «el embarazo no puede en absoluto com-



pararse a un estado patológico (sentencia Webb)... (pero) no es menos cierto que el embarazo es un periodo durante el cual es posible que se produzcan trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste. Dichos trastornos y complicaciones, que pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, comparten la especificidad de ese estado» (FJ 33). Por tanto «el hecho de que una mujer se vea privada, antes de que dé comienzo su permiso por maternidad, de la totalidad de su salario, cuando la incapacidad laboral que sufre resulta de un estado patológico relacionado con el embarazo, debe considerarse fundamentalmente basado en el embarazo y, en consecuencia, discriminatorio» (FJ 35). Y, en la medida en que tal percepción puede considerarse retribución a los efectos del art. 119 del Tratado, se opondrá también a éste y a la Directiva 75/117. Distinta es la situación cuando el cese en el trabajo no se deba a un estado patológico derivado del embarazo, sino a la decisión de la trabajadora de no trabajar por trastornos comunes del embarazo sin incapacidad; o cuando la decisión se base en una recomendación médica para proteger al feto, pero no fundada en patologías específicas o en riesgos especiales para el feto. En estos casos, el papel determinante jugado por la voluntad de la mujer en un marco de ausencia de patologías incapacitantes, excluye que la reducción en las prestaciones a percibir pueda ser calificada como discriminatoria (FJ 49 y 50). Finalmente, resulta inadmisibles desde la perspectiva de la Directiva 76/207 tanto como de la Directiva 92/85, una legislación que autoriza a un empresario a abonar a una mujer embarazada una cantidad inferior a su salario cuando considere que no puede dar trabajo a la mujer, aunque ésta no esté incapacitada. Se trata, en efecto, de normas sólo aplicables a las mujeres y perjudiciales para éstas que no tienen parangón en relación con trabajadores de sexo masculino, de ahí su carácter discriminatorio.

3.2. Comenzada la vigencia de la directiva 92/85

La interpretación y la aplicación de la Directiva comienza propiamente con la Sentencia BOYLE (de 27 de octubre de 1998, C-411/96). En el complejo caso que le sirve de base se analiza una serie de normas legales y convencionales de aplicación en Gran Bretaña a las trabajadoras embarazadas. En primer lugar, se trataba de examinar la licitud de una norma nacional que preveía la posibilidad de que se impusiera a la trabajadora la fecha de inicio del descanso por maternidad —«el primer día posterior al inicio de la sexta semana que preceda a la semana en que se prevé que se producirá el parto, en el cual la trabajadora esté total o parcialmente ausente del trabajo a causa de su embarazo»—. No se considera por el TJUE que vulnere la

normativa comunitaria esta posibilidad, establecida en la normativa nacional, de imponer el inicio del disfrute del permiso por maternidad a aquellas trabajadoras que se encontraban en situación de incapacidad temporal para el trabajo durante su embarazo, dada la flexibilidad con que la Directiva 76/207 (art. 2.3) y 92/85 (art. 8) permiten a los países miembros determinar la duración del periodo de descanso por maternidad, siempre que se permita «a las trabajadoras ausentarse durante el periodo en el cual surjan los trastornos inherentes al embarazo y al parto» (FJ 50).

Durante el periodo por maternidad, y al cumplir las condiciones previstas al respecto, la Sra. Boyle y otras demandantes comenzaron a percibir una prestación equivalente a su salario íntegro, que era superior a la legalmente prevista, sin embargo, en las normas aplicables en la Compañía se preveía que, si al concluir el periodo de maternidad no se reincorporaban las trabajadoras a su trabajo, deberían devolver a la empresa el exceso entre las prestaciones percibidas durante el periodo de descanso por maternidad y el mínimo legalmente exigible. Las trabajadoras afectadas impugnan esta obligación de devolver el exceso si no se reincorporan a la empresa al concluir el permiso por maternidad. Y el TJUE descarta que con ello se vulnere la Directiva 92/85, cuyo art. 11 garantiza a las trabajadoras la percepción de «una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada», que se hace equivaler con la que podría corresponderles si se ausentasen del trabajo por motivos de salud, de ahí que, si la prestación que se les reconoce a las trabajadoras del caso era superior al mínimo fijado en la Directiva, la cláusula contractual que les obligaría a devolver el exceso percibido en las condiciones ya examinadas no vulnera el precepto comunitario (FJ 36, 41 y 42).

En respuesta a la tercera cuestión planteada por el órgano judicial británico, y en interpretación del art. 8 de la Directiva 92/85, el TJUE sostiene que no es posible una cláusula contractual que impida a la mujer acogerse a una situación de incapacidad temporal durante el permiso de maternidad, salvo que renuncie a lo que le resta por disfrutar del permiso por maternidad, si ese permiso es el mínimo contemplado en la directiva 92/85, y sin embargo es compatible con ese mismo artículo una cláusula semejante que impida a la mujer pasar a una situación de incapacidad temporal, salvo que renuncie al tiempo que le reste de permiso por maternidad si se trata de ejercerlo en relación con un permiso de maternidad adicional que les reconozca el empresario por encima de los mínimos de la directiva 92/85 (FJ 66).

Finalmente, el TJUE considera también compatible con la Directiva 92/85 que se excluya del periodo de cómputo de las vacaciones anuales el descanso de maternidad adicional que el empresario conceda a sus trabajadoras, siempre que éste sea superior al mínimo establecido en la Directiva 92/85 (FJ 68 a 71), puesto que «el permiso de maternidad adicional no retribuido constituye una ventaja específica que rebasa la protección prevista por

la Directiva 92/85 y que está reservada a las mujeres, de manera que la interrupción del devengo de vacaciones anuales durante dicho permiso no puede suponer un trato discriminatorio para las mujeres» (FJ 79). Al contrario, se deduce la ilicitud desde la perspectiva del art. 11.4 de la Directiva 92/85 de la materia a la que se refiere la última cuestión: la cláusula contractual que excluye del periodo de devengo de Plan de Pensiones de empresa el periodo de descanso adicional por maternidad ya referido.

Acabamos de ver cómo la Directiva 92/85 no es autosuficiente para resolver todas las cuestiones que se plantean en la Sentencia Boyle, y se hace preciso recurrir a la Directiva 76/207; la misma situación se reproduce con la Sentencia THIBAUT (c-136/95, de 30 de abril de 1998), en que la Directiva 76/207 demostró su virtualidad para potenciar la defensa de los derechos de la mujer trabajadora embarazada. De ese modo, en el caso THIBAUT, el Tribunal considera que, en un caso en que a consecuencia de un permiso por maternidad, la trabajadora no había estado en presencia activa en la empresa los 6 meses requeridos por la legislación aplicable para poder ser calificada en el año al que se refirieron las ausencias a efectos de serle aplicado un incremento por antigüedad, la Directiva 76/207, arts. 3.2 y 5.1, se opone a «una normativa nacional que prive a una mujer del derecho a ser calificada y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional, por haber estado ausente de la empresa debido a un permiso por maternidad», pues «el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue estando vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo que se aplican tanto a los trabajadores de sexo femenino como a los de sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral... privar a una trabajadora del derecho a ser objeto de una calificación anual la discriminaría únicamente en su condición de trabajador, puesto que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso de maternidad al que tenía derecho, dicha trabajadora habría sido calificada respecto del año de referencia, y, por consiguiente, habría podido beneficiarse de una promoción profesional» (FJ. 29)

No podía estar ajena esta materia a la jurisprudencia elaborada en el TJUE a partir de la Sentencia Barber en relación con los varones potencialmente discriminados por la normativa protectora de las mujeres, en este caso de las mujeres embarazadas. El ámbito en que se examina desde esta perspectiva la legislación sobre maternidad es el caso OUMAR DABO ABDOLAYE (Sentencia 16 septiembre 1999, C-218/98). Los reclamantes solicitan sea declarada la incompatibilidad con el principio de igualdad de retribución la normativa colectiva francesa que reconoce a las mujeres embarazadas el derecho a percibir una cantidad a tanto alzado de su empresario, en el momento de iniciar el permiso por maternidad. Contrariando la tesis de los demandantes, de que esta prestación se encuentra desvinculada del embarazo

como hecho biológico, y que atañe a un hecho social en que participa toda la familia, el TJUE afirma la licitud de esta prestación convencional en la medida en que viene a compensar las desventajas que para la mujer embarazada se derivan del disfrute del permiso por maternidad: tales desventajas son, según el Tribunal, una menor experiencia; pérdida de incrementos salariales ligados a la productividad; la no participación en cursos de formación y las dificultades de readaptación al volver al trabajo como consecuencia de la evolución de la tecnología.

La Sentencia MAHLBURG (de 3 de febrero de 2000, caso c-207/98) incide, en aplicación de la Directiva 76/207, en una materia que ya se había ido analizando por el TJUE desde el caso Dekker: la negativa de un empresario a contratar a una trabajadora, que había estado vinculada a la empresa por contratos temporales, para acceder a un puesto fijo en la empresa, siendo así que los empleos que se ofrecen no pueden ser desarrollados por trabajadoras embarazadas. Tal negativa a contratar es considerada contraria a la Directiva 76/207, art. 2.1, pues «aunque la disponibilidad del empleado sea necesariamente para el empresario un requisito esencial para la correcta ejecución del contrato de trabajo, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto, no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el periodo correspondiente a su maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en la que está empleada» pues una interpretación contraria privaría a la Directiva de efecto útil, en doctrina ya apuntada en el caso Webb, sin que quepa admitir en descargo del empresario su argumentación acerca de los perjuicios económicos que se le causarían si la contratación se celebrara.

En el caso JIMÉNEZ MELGAR (sentencia de 4 de octubre de 2001, c 438/99) se le plantea al Tribunal un supuesto de no renovación de un contrato temporal a una trabajadora embarazada por parte de un Ayuntamiento español. Dejando de lado las complejidades derivadas del efecto directo de la Directiva en un periodo en que no había sido transpuesta su normativa, interesa destacar cómo, en este caso, la Sentencia admite que la no renovación un contrato temporal no es un despido a efectos de la prohibición de la Directiva 92/85, art. 10 (FJ 47), no obstante lo cual «en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, contraria a los arts. 2.1 y 3 apartado 1 de la Directiva 76/207» (FJ 47)¹¹.

¹¹ En crítica a esta doctrina, *vid.* MOLINA GONZÁLEZ PUMARIEGA, «Embarazo y llegada del término final del contrato de trabajo temporal», *Relaciones Laborales* 2004-I, págs. 637 y ss., que sostiene que ha de prevalecer la solución dada por el TC (de equiparación del supuesto



De la misma fecha —4 de octubre de 2001— es la sentencia dictada en el caso TELE DANMARK (c-109/2000), que tiene como objetivo el análisis de la licitud o no de la no contratación de una trabajadora embarazada que no iba a poder cumplir con las finalidades para las que se la contrataba, a través de un contrato temporal. La conclusión del Tribunal fue coherente con sus antecedentes: la no contratación temporal por estos motivos es contraria a la Directiva 76/207 por discriminatoria (FJ 28), sin que sean admisibles los argumentos del empresario sobre el perjuicio económico que se le puede deparar por esta contratación (FJ 23) en términos ya expresados en resoluciones anteriores. Importa destacar que, en este caso, a diferencia de los antecedentes, la trabajadora no es contratada en un contrato temporal —los precedentes se habían referido a contratos indefinidos, y este carácter del contrato había sido expresamente subrayado en su argumentación por el Tribunal y pretendía la parte demandada que fuera exceptuada la jurisprudencia anterior en relación con los contratos temporales—. No es ésa sin embargo la tesis que se impone en el TJUE, al contrario, «puesto que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, independientemente de la naturaleza y alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo, el hecho de que el contrato de trabajo celebrado sea de duración determinada o por tiempo indefinido sigue careciendo de incidencia sobre el carácter discriminatorio del despido. En ambos casos, la incapacidad de la trabajadora para ejecutar su contrato de trabajo se debe al embarazo» (FJ 31) y no debe, por tanto, ser tomada en consideración.

La misma función de red de seguridad que tantas veces se ha atribuido a la Directiva 76/207 en relación con la 92/85 reaparece en la sentencia BUSCH (de 27 de febrero de 2003, c-320/01). El supuesto de hecho era el de una trabajadora que se encontraba disfrutando de un permiso de cuidado de hijos que, con consentimiento del empresario, decide concluir antes del plazo previsto, reincorporándose a la empresa. Se encontraba embarazada y su objetivo era pasar en su momento a disfrutar de una serie de beneficios asociados al descanso por maternidad, sin comunicar al empresario su embarazo hasta que no se reincorporó a la empresa. La tesis de la Sentencia es simple: «si el empresario toma en cuenta el embarazo de una trabajadora para negarle la reincorporación a su puesto de trabajo antes de finalizar el permiso parental para crianza, se produce una discriminación directa por razón

con el de un despido nulo), por ser más favorable, pág. 638. En el mismo sentido y por parecidas razones RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., «La no renovación del contrato por razón de embarazo», cit., pág. 61.

de sexo» (FJ 39), de modo que «puesto que el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de ésta, la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta (FJ 40). No resultan asumibles los argumentos del empresario sobre el perjuicio económico que le puede originar la recolocación de una trabajadora que no puede realizar todos los trabajos que le corresponderían a causa de su embarazo, y tampoco la intención de la trabajadora de percibir los superiores complementos por maternidad (FJ 44 y 46).

La Sentencia dictada en el caso MERINO GÓMEZ, por último, es otra de las que deben ser enunciadas aquí forzosamente, aunque por su interés deba ser objeto de un comentario más detenido con posterioridad, al que desde ahora se remite.

En fin, por obra de la interpretación jurisprudencial de la Directiva 92/85, en conexión con la 76/207, se han extraído importantes anexos al régimen jurídico de las reglas de protección de la maternidad, que pueden resumirse en uno sólo: la protección de la maternidad, en cuanto constituye un sistema de tutela específico de la mujer, no puede ser tomada en consideración para producirle a la mujer un efecto negativo por acción o por omisión sobre el devenir de su relación de trabajo. Ello supone que los periodos de suspensión del contrato han de ser neutros respecto de su relación de trabajo en el futuro, y no pueden aparejarle reducciones de derechos devengados en función del tiempo de presencia o del tiempo trabajado, sean éstos económicos o de cualquier otra índole. El problema que, como hemos visto, se plantea de forma más aguda es el de la conexión entre el trabajo y las enfermedades derivadas del embarazo y el parto, cuando se prolongan más allá de los periodos acotados por la legislación nacional. Al respecto resulta evidente cierta tendencia a entender deslizable el tratamiento de estas enfermedades bajo la órbita del común de la enfermedad con efectos extintivos una vez agotado el periodo de descanso específico por maternidad, si las ausencias se prolongan, eliminando el carácter específicamente femenino de las enfermedades que tienen su origen en el embarazo o el parto. El embarazo no es una enfermedad, y, aunque puede generar enfermedades, una vez superado el periodo de descanso por maternidad, éstas deberán hallar su régimen en las mismas reglas que se aplican a los hombres.

4. LA PROTECCIÓN DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS Y LA DOCTRINA DEL TC

Aunque en la Constitución española no se enuncien de modo exhaustivo las causas posibles de discriminación, desde un principio el TC admitió

el carácter expansivo del art. 14 CE. Y, concretamente, en relación con el embarazo, se admitió sin titubeos que la discriminación basada en él es una discriminación por razón de sexo, por tanto prohibida, dada la relación inequívoca y directa que el embarazo tiene con la caracterización sexual de una persona¹². Al propio tiempo, se da la paradójica circunstancia que es un estado, vinculado a la maternidad, que exige ser tenido adecuadamente en cuenta para, entre otras razones, tutelar la salud de la trabajadora y del hijo que espera, de ahí que el embarazo y la maternidad guarden hoy un fuerte componente de justificación de la normativa protectora de la mujer que trabaja. Como bien recuerda la STC 229/92, de 14 de diciembre, prácticamente, el embarazo y la maternidad son las únicas circunstancias en que queda justificada la existencia de reglas protectoras del trabajo de la mujer en el seno de un ordenamiento que ha asumido decididamente la orientación igualatoria. Incluso, tal sigue siendo la doctrina de nuestro alto intérprete de la Constitución respecto de las reglas de conciliación de la vida laboral y familiar, de modo que no se suele considerar discriminatoria la reserva de dichas reglas a favor de la mujer y no del hombre: tal ha sido la resolución, por ejemplo, en relación con la reducción de jornada por lactancia antes de las reformas de 1999 reservada a la mujer (STC 109/93, de 25 de marzo, ó 187/93, de 14 de junio).

Ahora bien, cuando se ha enfrentado al tema de la protección de los derechos laborales de la mujer embarazada, el TC ha tenido que resolver, la mayor parte de los casos, en torno a un supuesto de extinción del contrato de la trabajadora, que pretende ejercitar derechos de suspensión del contrato por maternidad, ya se materialice la extinción a través de un despido, de una extinción en periodo de prueba o de una no renovación de un contrato temporal.

La primera Sentencia al respecto es la 94/84, si bien por razones procesales sería desestimada la pretensión. Es en la STC 166/88, de 26 de septiembre donde se admite la tesis de la recurrente y se examina con plenitud la cuestión planteada. En el caso, una trabajadora interina, que sustituía a otra contratada con carácter fijo, con ocasión de su embarazo solicitó ser destinada a una sección distinta de aquella en que prestaba servicios —diálisis— para no someterse a la acción de elementos que podían perjudicar su salud o la de su hijo. Estando suscrito su contrato con un periodo de prueba de 15 días, se declaró extinguido por el INSALUD sin justificación, al no necesitarlo a su entender la extinción por no superar el periodo de prueba. Tras agotar la vía judicial, la trabajadora demandó en amparo ante el TC, que estimó el recurso interpuesto. Entendía el TC que «en el caso... el INSALUD, como

¹² Tempranamente, véase la STC 166/88, de 26 de septiembre; y 173/94, de 7 de junio.

pudo haber hecho, no dio más explicación al despido que la de su voluntad resolutoria. Ante la presencia de un derecho a no ser discriminada, que la actora alegó informando de su embarazo, la empresa debió explicitar que los motivos que la movieron eran ajenos a tal hecho o situación, significativa de un plus o añadido al concreto derecho laboral —condición de mujer digna de protección más fuerte por desigualdad justificada— que la obligaba a su vez —a la empresa— a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria». La condición de embarazada —cuyo estado había comunicado a la empresa— de la despedida generaba, de este modo, un indicio de discriminación que no podía ser soslayado con la mera invocación del carácter no causal de la extinción durante el periodo de prueba, debiendo la empresa alegar y probar las circunstancias no discriminatorias que justificaban la extinción. No habiéndolo hecho así, la calificación de la extinción como discriminatoria era obligada. La llamada «inversión de la carga de la prueba», que se afirmase en casos semejantes en la STC 38/81 —a la que expresamente invoca la ahora citada— opera finalmente con toda su contundencia en casos distintos del despido.

La ruptura de la vinculación laboral sigue siendo el área material en que el TC vuelve a enfrentarse con la posición laboral de la mujer embarazada, en la Sentencia 173/94, de 7 de junio. Ahora se trata de un caso más complejo, pues no se está ante un contrato vigente, sino ante una no renovación del contrato temporal que unía a la trabajadora con la empresa —nuevamente una Administración pública— que no pudo probar la concurrencia de razones objetivas y ajenas a todo propósito discriminatorio en su decisión de no volver a contratar a la trabajadora embarazada. Sostiene el TC que la discriminación puede detectarse también en estadios previos a la concertación del contrato de trabajo, que no puede afirmarse que «sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y, mucho menos, cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer», por ello: «La conducta empresarial, fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo, no puede ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho. La trascendencia del acceso al empleo como vehículo de superación de la situación social peyorativa de los colectivos discriminados no puede ser negada, como lo ratifican los instrumentos internacionales citados. Y por ello mismo, la mera negativa a renovar un contrato o a contratar por parte del empresario, es jurídicamente relevante desde el momento en que a la luz de los hechos declarados probados, ha sido un motivo prohibido por discriminatorio el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de aplicación del art. 14 CE, y deben serle aparejadas las conse-



cuencias lógicas que derivan de esta calificación (FJ 3)¹³. Unas consecuencias lógicas difíciles de aparejar, teniendo en cuenta la peculiar forma en que la discriminación se ha manifestado. De todos modos: «Puesto que la referida conducta prohibida ha tenido como consecuencia el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental [STC 166/1988], o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio. En el presente caso, el efecto anulatorio afectaría a la denegación de la prórroga, y por ello, eliminada esa denegación, habría de entender prorrogada temporalmente o contratada por un nuevo período el primitivo contrato temporal para el fomento del empleo» (FJ 4).

Y el despido, en sentido estricto, reaparece en la queja de la demandante de amparo en la STC 136/96, de 23 de julio, en que se había comunicado la circunstancia de su embarazo a la empresa, pero no la necesidad de guardar reposo con frecuencia, siendo despedida la trabajadora por faltas de asistencia y puntualidad. Nuevamente se reitera la doctrina sobre el agravamiento de la posición probatoria del empresario en estas circunstancias, en que la trabajadora ha puesto de manifiesto la existencia de indicios de discriminación (FJ 6) «Al efecto lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímelmente dado lugar en todo caso al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales; es decir, debe tratarse de una conducta que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales. No se impone, pues, al empresario la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación—, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales». La apreciación era, ciertamente, difícil en un caso en que «las causas disciplinarias alegadas por el empresario e incluso los argumentos en cuya virtud las sentencias impugnadas estiman acreditado el incumplimiento contractual grave y culpa-

¹³ Una extensión de esta solución a otros supuestos de no renovación de contratos temporales, incluso bajo la vigencia de la Ley 39/99 en CABEZA PEREIRÓ, J., «Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Documentación Laboral*, 61, 2000, pág. 37. Comparte esta solución también MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «Embarazo y llegada del término final del contrato temporal», *Relaciones Laborales*, 2004-I, pág. 634.

ble imputado a la trabajadora, difícilmente pueden disociarse del estado de gestación de la recurrente. Ahora bien, la prohibición pretende evitar a la trabajadora embarazada cualquier riesgo de despido por motivos relacionados con su estado y, por lo que aquí interesa, comprende la hipótesis de las ausencias al trabajo debidas a una enfermedad o trastorno fisiológico causados por el embarazo y que impidan desarrollar la prestación laboral convenida, las cuales, por tanto, no pueden justificar un despido» (FJ 6). Para que este efecto se desencadene: «El deber básico del trabajador es realizar con la debida diligencia y colaboración el trabajo convenido (art. 20.1 y 2 ET), la inasistencia frustra el objeto del nexo contractual y el desconocimiento de la causa que la motiva genera en el empleador una incertidumbre sobre la eventual reincorporación del trabajador, con la consiguiente imposibilidad de planificar su sustitución. Obligación, desde luego, igualmente exigible cuando la ausencia deriva del embarazo de la trabajadora», de ahí la necesidad de poner en conocimiento del empresario la circunstancia del embarazo. Dicho lo cual, «el que no acreditara dichas faltas a través de los servicios médicos de la Seguridad Social, ni hubiera comunicado con prontitud su dolencia, no es suficiente para concluir que la extinción del contrato se basó en causas ajenas al estado de gestación» y deba declararse su licitud. Al contrario, no se acreditó por la empresa que cupiera adoptar «otras medidas menos drásticas e igualmente eficaces en orden a la consecución de tal fin (la adecuada satisfacción del interés empresarial), lo que desvela una reacción contractual utilizada de forma desproporcionada» que debe ser declarada nula, en consecuencia.

En esta Sentencia se plantea expresamente por primera vez en nuestra jurisprudencia constitucional la carga que pesa sobre la trabajadora de poner en conocimiento de la empresa su estado, a fin de que sea posible invocar en su favor las medidas preventivas del despido que se han ido articulando en la jurisprudencia constitucional. Más tarde vuelve a plantearse de nuevo, y lo hace generando dos resoluciones contradictorias. En una primera (STC 41/2002, de 25 de febrero) la ausencia de comunicación de su situación de embarazo por parte de la trabajadora a la empresa, y el desconocimiento por ésta de dicha situación sirve de elemento enervante de la consideración como discriminatorio de un despido objetivo de una trabajadora embarazada: «si se afirma que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa demandada, por lo que, constanding expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia» (FJ 4).

Distinta es la solución a la que llega la STC 17/2003, de 30 de enero, que recuerda que «la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones

entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado (FJ 3). En este contexto, la puesta en conocimiento por la trabajadora de su situación de embarazo puede ser un elemento de trascendencia para que se ponga en marcha todo el aparato protector de la mujer embarazada, pero, en el concreto caso, estando en juego una extinción, la comunicación del embarazo puede ser conveniente para establecer el panorama indiciario del que deducir que la discriminación se ha producido, pero —como dijera el TJUE en el caso *Tele Danmark* al que cita expresamente— no es una obligación de la trabajadora cuya inobservancia legitime el despido si puede ser probado por otros medios que probablemente la empresa conocía tal circunstancia. En palabras del FJ 6 de la Sentencia: «En los hechos probados el juzgador no hace constar el conocimiento del embarazo por parte del empleador, limitándose a afirmar que la trabajadora dio cuenta de su estado a sus compañeros de trabajo, sin recoger, explícitamente, que la noticia fuera de público conocimiento ni que existieran otros hechos de los que derivar que aquél hubiera llegado a los rectores de la institución que tomaron el acuerdo de cesarla. El conocimiento del embarazo por parte de quienes adoptaron la decisión extintiva no ha sido, por tanto, declarado probado de forma expresa, a pesar de resultar fuertemente indicativo que admitieran tener noticia de aquél personas con cargos de entidad en el organismo. Sea como fuere, *el silencio de los hechos sobre esa circunstancia no es por sí solo suficiente para rechazar la existencia de un panorama indiciario, pues concurren otros datos que permiten deducir la probabilidad de la lesión, sobre todo cuando el desconocimiento empresarial del embarazo tampoco fue declarado* (a diferencia de lo que sucedía, por ejemplo, en el caso de nuestra STC 41/2002, de 25 de febrero) y cuando no es exigible la comunicación al empresario, al pertenecer al ámbito de la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 CE)».

En la STC 161/2004, de 4 de octubre, se le plantea al TC la cuestión de la modificabilidad del objeto del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada, cuando ésta, segundo piloto de aviación civil, se encuentra temporalmente incapacitada para trabajar a consecuencia de su embarazo (según el dictamen emitido por el Centro de Instrucción de Medicina Aeroespacial, CIMA), y la empresa decide que se suspenda su contrato de trabajo al no existir vacante a la que reconducirla en tierra. El TC elabora una seria doctrina sobre la necesidad de que la empresa hubiera elaborado una adecuada evaluación de riesgos, en cuyo seno hubiera sido más fácil

tomar la decisión de remitirla a otro puesto de trabajo, y determinar cuál podía ser éste. Como no fue realizada, de alguna manera, es el propio TC quien suscribe que la realicen los órganos judiciales, y acoge las conclusiones a que éstos llegaron en la instancia de que sí existían puestos en tierra que ella hubiera podido desempeñar, y declara la existencia de una discriminación prohibida y la validez, en este concreto punto, de la Sentencia del Juzgado de lo Social, que reconociendo esta calificación condenó a la empresa a abonar a la actora una indemnización. Recuerda el TC que «estando en juego la parificación que reclama el art. 14 CE, la protección de la mujer, en este caso embarazada, se extiende a todo el desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionando las facultades de organización y disciplinarias del empresario, de suerte que la veracidad de los fundamentos de la decisión de la entidad empleadora es una exigencia constitucional», y esa veracidad ha quedado en entredicho en el proceso a quo, por eso «los hechos probados, que hemos de respetar —art. 44.1 b) LOTC— conducen a la conclusión de que hubiera podido existir la posibilidad de un puesto de trabajo en tierra, adecuado a la situación de la demandante y viable en su estado de embarazo, pese a la negación que de ello se hacía en la carta por la que se suspendía el contrato» (FJ 6). La tesis de fondo, acerca de la maleabilidad parcial de los poderes empresariales para acoger en ellos la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador no es del todo nueva, pero sí lo es su tajante proclamación en relación con los derechos de la mujer embarazada asociados a la tutela de su salud, cuya inobservancia por el empresario, en el caso de generar perjuicios en el status laboral de la trabajadora (incluso si ese perjuicio no consiste en la extinción del contrato sino que se refiere más bien al derecho de ésta a la ocupación efectiva), quedan cubiertos bajo la prohibición legal de discriminación por razón de sexo. La tutela defensiva que ha prevalecido hasta la fecha pasa, de alguna manera, a ser ofensiva, a generar derechos de acción, y no sólo prohibiciones. De ahí que se dé una relevante trascendencia constitucional a los derechos que al respecto se incorporan en nuestro ordenamiento en la ley 39/99.

Como no podía ser menos, dada la frecuencia con que estos casos se producen, se vuelve a plantear ante el TC el problema de la pervivencia de las relaciones laborales temporales en casos de descanso por maternidad de la mujer trabajadora en la Sentencia 20/2001, de 29 de enero, si bien en este caso la relación que sirve de base a la resolución constitucional es funcional, de funcionaria interina. Que no ha visto renovado su nombramiento, alegando la Administración como causa del cese que aquélla no reunía «los requisitos de idoneidad que permiten seguir sustentando su nombramiento debido a encontrarse la recurrente en situación de baja por maternidad». El TC descarta de entrada los argumentos de la Administración y de los Tribunales ordinarios, que rechazaban que en el caso existiese término de comparación (pues no había constancia de que ningún funcionario

masculino se hallase en la misma situación y hubiera recibido un tratamiento distinto), y rechaza asimismo los argumentos basados en la especial naturaleza del contrato que la vinculaba con la Administración, interino, y a la pretendida urgencia y necesidad de los servicios que la actora prestaba, que en buena medida recuerdan a los argumentos semejantes de utilidad productiva que habían obtenido ante el TJUE un resultado igual de desfavorable. En esa misma línea recuerda el TC que «debe tenerse presente que la protección específica de la maternidad de los períodos pre y postnatales persigue una clara finalidad social, esto es, la protección de la maternidad, a la que se añade la finalidad de promocionar el establecimiento de una relación de carácter familiar, absolutamente necesaria con el que acaba de nacer. La protección extiende, por ello, su campo de actuación, alcanzado tanto al neonato como a la familia en su conjunto. Por ello, como en su día recordó la STC 203/2000, de 24 de agosto (F. 5), «no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14 CE, fundar la denegación de un derecho con trascendencia constitucional (arts. 9.2 y 39.1 CE) exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad». De modo que «esta interpretación de la legalidad, atendiendo a las circunstancias destacadas, resulta, como ya hemos afirmado, en extremo formalista y no aporta una justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE, sin que tal resultado perturbe la facultad de la Administración de proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza conforme a criterios organizativos generales». Por ello, examinando la cuestión desde la sola perspectiva de la legalidad constitucional, concluye el TC que «es patente...el lazo causal que el organismo público estableció entre la situación de la trabajadora y la extinción de su relación funcionarial, con lo que se está reconociendo expresamente que la finalización anticipada de la situación funcionarial tuvo su única causa en la maternidad de la actora y en su consiguiente carencia de idoneidad física para el desempeño de sus funciones. Por todo ello, el cese de una funcionaria en régimen de interinidad por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres, haciéndolas de peor condición que a los varones y, por lo tanto, constituye una discriminación basada en el sexo, sin que, como afirmamos en nuestra STC 240/1999, de 20 de diciembre (F. 6), sea necesario (ni posible) aportar término de comparación» (FJ 3). La afirmación del derecho cuestionado tiene, si cabe, una especial relevancia en el caso, en la medida en que se trataba, una vez más, del cese en un contrato temporal y su no renovación, de ahí que la tesis del TC se extienda a imponer a la Administración la carga de justificar suficientemente los motivos que le inducen a obtener el resultado extintivo, y que éstos no son contrarios a derecho fundamental alguno.

Las SSTC 240/99 y 203/2000, de 24 de julio, continúan, en la línea ya marcada en algunas de sus antecedentes, avanzando en el significado de la

consagración constitucional de la prohibición de discriminación, otorgándole significado positivo y no sólo reactivo, de defensa frente a decisiones extintivas. Ciertamente en ambas el caso era singular: la negativa de la Administración a conceder a sendas funcionarias interinas (durante un largo tiempo en ambos casos) la excedencia por cuidado de hijos a continuación de su baja maternal, atendiendo precisamente a su carácter de trabajadora temporal, lo que a juicio de la Administración, era incompatible con el disfrute de suspensiones laborales de larga duración. Y, en sede constitucional, a la libertad de configuración del régimen legal de los cuerpos de funcionarios, en virtud de la cual se ha podido reconocer el derecho discutido a los fijos, y no a los temporales.

Recordando el TC en la Sentencia 203/2000 su inmediato antecedente (STC 240/99), hace suya literalmente la argumentación al respecto: «la diferencia de trato entre la recurrente y los funcionarios de carrera, en relación con el derecho a la excedencia para el cuidado de hijos, resulta contraria a las exigencias del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE», y ésta es la tesis que en la presente resolución se sigue manteniendo. Como se declaró en la citada STC 240/1999, «esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración». Dicho con otras palabras, proseguíamos, no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional «en tanto no se provea por funcionarios de carrera» (F. 4). Con ello no se trata de afirmar, concluíamos, «que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 CE, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual»(FJ 3).

La Sentencia 203/2000 añade, además, un fundamento complementario de importancia todavía no valorada: la excedencia de cuidado de hijos coopera, entre otros, a hacer efectivo el «mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar el instituto de la familia (art. 39.1 CE)». Y «La trascendencia constitucional del derecho a la excedencia para el cuidado de hijos menores, desde la perspectiva de la garantía del instituto familiar, cobra, además, en la actualidad un especial relieve, que no puede ser ignorado» a la vista de la evolución de la legalidad nacional y comunitaria. Por ello «los órganos judiciales no pueden... ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde», pues «los principios rectores de la política social y económica no son meras normas sin contenido (19/82, F. 6), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad acentúa la falta de justificación y razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994, de 25 de abril». (FJ 4). La necesidad de apoyar la condición laboral de la mujer trabajadora, en la que este tipo de decisiones administrativas inciden con mayor contundencia que en el hombre, cierra el razonamiento en sede constitucional: «conviene recordar que, como ya hemos afirmado en anteriores ocasiones en relación con las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como «la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)» (STC 109/93, F. 6); y que «existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él» (STC 128/87, F. 10) (FJ 6)¹⁴.

¹⁴ Destacando el carácter más convincente de esta argumentación sobre la discriminación indirecta, SANTIAGO REDONDO, KM: «Discriminación en excedencias e indemnizaciones, límites de las facultades de vigilancia empresarial y otras cuestiones», *Relaciones Laborales*, II-2000, págs. 660-661.

5. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO

La normativa española, por motivos muy diversos, abordó desde antiguo la protección de la mujer trabajadora en términos que se aproximaban a las reglas de la OIT de que se habló al principio. Evidentemente, la aprobación de las normas comunitarias que hemos mencionado, y su orientación preventiva y de conciliación de la vida laboral y familiar, requirió una transformación profunda de la normativa española, anclada en parámetros laborales más arcaicos. Una transformación que ha tenido lugar, además, en fechas muy recientes, básicamente a través de la Ley 39/99, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras¹⁵, que introduce relevantes modificaciones en los preceptos que regulaban la tutela de la mujer embarazada en la ley del Estatuto de los Trabajadores, en la Ley General de la Seguridad Social y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, básicamente. Pero, como sucede en el ámbito comunitario, sería incompleto hacer referencia a la tutela de la mujer embarazada sólo aludiendo a las normas que se han elaborado contemplando ese estado sin hacer referencia paralela a la tutela de la mujer que ha ejercitado esos derechos específicos frente a las consecuencias negativas que se puedan producir en el seno de su contrato de trabajo. La tutela antidiscriminatoria es, por tanto, un elemento material imprescindible para entender en su conjunto este complejo entramado normativo.

En efecto, como puede comprobarse, y soslayando el mero dato cronológico, la doctrina del TC en la materia registra una progresiva graduación protectora, que en buena medida adelanta medidas que serán objeto de tratamiento específico en la Ley 39/99, dándoles a las que luego se legalizarían un soporte constitucional que acentúa, si cabe, su vinculabilidad y que proporciona guías imprescindibles en la interpretación de una normativa imperfecta, que deja sueltos muchos flecos. Por esta valencia interpretativa, hay que destacar también la evolución del tratamiento de la discriminación en relación con el embarazo y la maternidad, que abandonan el área restringida de la prohibición de discriminación por razón de sexo para entrar en una formulación de interpretación condicionada en la que se tengan en cuenta, a la hora de evaluar la razonabilidad o la proporcionalidad de las medidas, su coordinación con valores que el constituyente ha elevado a la calidad de principios rectores de la política social y económica.

¹⁵ Que, sin embargo, es un eslabón, aunque importante, en una larga cadena de medidas de tutela de la maternidad que se remonta a principios del siglo XX, *vid.* esta interesante historia en FERNÁNDEZ ORRICO, FJ., «El descanso por maternidad: una conciliación posible entre empresarios y trabajadores», *Relaciones Laborales*, tomo I, 2004, págs. 342 y ss.

Con estos condicionantes pasamos ahora al análisis de la regulación legal de la protección de la maternidad en nuestro ordenamiento.

5.1. La protección frente a riesgos laborales en el trabajo y la suspensión por riesgo por embarazo

El tratamiento al respecto se contiene, en lo sustancial, en el art. 26 LPRL y reproduce los esquemas reguladores de la prevención de riesgos tomando como sujeto a proteger a la mujer embarazada o lactante. De ese modo, el paso previo debiera ser la realización de una evaluación de los puestos de riesgo para ambas categorías de trabajadoras (art. 16 LPRL), que en principio tendrá carácter transversal, y deberá abarcar todo el proceso productivo de la empresa pues, pese al intento comunitario en este sentido, no puede decirse que *a priori* existan sectores productivos totalmente libres de riesgos en este sentido. Como quiera que sea, la Directiva 92/85 contiene un listado de sectores de riesgo, de condiciones de trabajo y de exposición que es ciertamente breve y declaradamente no exhaustivo, y que por supuesto no se ha transpuesto a nivel reglamentario en el ordenamiento español. Se trata de dos Anexos, de redacción compleja en los que se distingue entre factores de riesgo potencial que han de ser evaluados, para apreciar la existencia de riesgos potenciales y determinar las medidas que han de adoptarse —que pueden llevar, pero no conllevar necesariamente, el cese en la prestación o la necesidad de cambios en la misma que no sean preventivos— (anexo I)¹⁶, en cambio, el Anexo II es mucho más tajante, puesto que en las

¹⁶ Anexo I. LISTA NO EXHAUSTIVA DE LOS AGENTES, PROCEDIMIENTOS Y CONDICIONES DE TRABAJO (mencionada en el apartado 1 del art. 4)

A. Agentes

1. Agentes físicos, cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales y/o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular:

a) Choques, vibraciones o movimientos;

b) Manutención manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares;

c) Ruido;

d) Radiaciones ionizantes ();

e) Radiaciones no ionizantes;

f) Frío y calor extremos;

g) Movimientos y posturas, desplazamientos (tanto en el interior como en el exterior del establecimiento), fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora a que se refiere el art. 2.

2. Agentes biológicos

Agentes biológicos de los grupos de riesgo 2, 3 y 4, en el sentido de los números 2, 3 y 4 de la letra d) del art. 2 de la Directiva 90/679/CEE (), en la medida en que se sepa que dichos

condiciones y con los agentes en él enunciados no es posible el trabajo de mujeres embarazadas¹⁷.

Al texto de la Directiva se ha de añadir, además, una Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia, que trata de aportar criterios generales para el cumplimiento de estos deberes em-

agentes o las medidas terapéuticas que necesariamente traen consigo ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido, y siempre que no figuren todavía en el Anexo II.

3. Agentes químicos

Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido y siempre que no figuren todavía en el Anexo II:

3. Agentes químicos

Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido y siempre que no figuren todavía en el Anexo II:

a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46 y R 47 por la Directiva 67/548/CEE (…), en la medida en que no figuren todavía en el Anexo II;

b) Los agentes químicos que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE (…);

c) Mercurio y derivados;

d) Medicamentos antimitóticos;

e) Monóxido de carbono;

f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal.

B. Procedimientos

— Procedimientos industriales que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE.

C. Condiciones de trabajo

— Trabajos de minería subterráneos».

¹⁷ Anexo II: LISTA NO EXHAUSTIVA DE LOS AGENTES Y CONDICIONES DE TRABAJO (mencionada en el artículo 6)

A. Trabajadoras embarazadas a que se refiere la letra a) del artículo 2

1. Agentes

a) Agentes físicos

— Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo en locales a presión, submarinismo.

b) Agentes biológicos

— Toxoplasma.

— Virus de la rubéola, salvo si existen pruebas de que la trabajadora embarazada está suficientemente protegida contra estos agentes por su estado de inmunización.

c) Agentes químicos

— Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

2. Condiciones de trabajo

— Trabajos de minería subterráneos».

presariales. Se trata de una interesante Comunicación cuyo mínimo rango no encubre todas las dificultades que supone su ya mencionado carácter transversal, y el factor de inseguridad que introduce el desconocimiento potencial de la situación de embarazo o lactancia, y la necesidad de «comunicación del estado» de la trabajadora para la plena efectividad de las medidas de protección¹⁸, y efectivamente abarca aspectos tanto transitorios como duraderos, que obligan a una actividad de evaluación permanente.

Esa evaluación se revela fundamental en la actividad planificadora de la prevención: de ella se deducirán los puestos que presentan riesgos y los factores de riesgo en la organización empresarial, así como, en paralelo, los puestos que no presentan ningún riesgo para el embarazo o la lactancia, entre cuyos límites han de moverse las obligaciones empresariales de adaptación de los puestos de trabajo. Pero, como ya hemos tenido ocasión de ver, no se trata de un deber sólo de legalidad ordinaria: los derechos de la trabajadora embarazada o lactante, en cuanto directamente vinculados con la prohibición de discriminación, se ejercen incluso si esta actividad preventiva falla, con lo que el elemento preventivo y planificador puede faltar, pero no su resultado, siendo en última instancia los Jueces los que zanjarán las diferencias habidas.

- Así las cosas, el primer derecho, cronológicamente hablando, a ejercer por la mujer embarazada es la posibilidad de que sean cambiadas sus condiciones de trabajo y de horario, si suponen un riesgo para su salud o la del feto, «incluida la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos» (art. 26.1). Un derecho que sólo puede ser obstaculizado por la imposibilidad de llevarlo a la práctica. La imposibilidad a que la ley se refiere, como en el caso de la norma comunitaria, es una evidencia de la resistencia de estos derechos a las consideraciones económicas habituales en la organización empresarial, que, como repetidas veces hemos visto ya en la jurisprudencia comunitaria, no son objeciones de valor frente a la relevancia de los bienes protegidos. Se trata de un derecho a ejercitar a iniciativa de la trabajadora o del empresario, y no precisado en la norma legal, que requerirá el contrapeso de la norma colectiva y, en su caso, la intervención judicial.
- Si las modificaciones en el puesto o en las condiciones de trabajo no fueran posibles, en la escala graduada de protección¹⁹, el siguiente paso sería el cambio de puesto de trabajo, a otro que no presente

¹⁸ COM/2000/0466 final.

¹⁹ Esta característica, en SÁNCHEZ CASTILLO, M., «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida», *Relaciones Laborales*, 2003-I, pág. 730; RODRÍGUEZ COPÉ, ML., *La suspensión del contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2004, pág. 159. Por lo de-

riesgo²⁰ (que en principio hubiera debido ser determinado en el curso de la evaluación, previa consulta con los representantes de los trabajadores, art. 26.2 LPRL). Esta posibilidad se contempla, de una doble manera: en general, para aquellos puestos en que se ha reconocido a priori su carácter peligroso, en cuyo caso, en principio, el daño potencial a la trabajadora no precisa de ser acreditado; y en particular, para los casos en que permanezcan los elementos de peligro en el caso concreto de una concreta trabajadora, pese a haberse introducido los cambios que, en principio, hubieran debido bastar. En este segundo caso se impone la necesidad de acreditar este perjuicio añadido, a través del certificado del INSS o Mutua²¹, previo informe del médico del SNS que asista a la trabajadora, todo ello en la redacción de la LPRL, aunque cabe apuntar que se trata de una referencia probatoria, y no de elementos constitutivos sin los cuales no pueda producirse el cambio de puesto si fuera necesario, y la trabajadora pudiera probar esa necesidad por otros medios²². Para proceder al cambio —que por lógica ha de producirse a instancias de la trabajadora interesada, pero también puede tener lugar por decisión unilateral del empresario al amparo de la obligación general que le impone el art. 14 LPRL—, las reglas a aplicar serán las «que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional», lo cual esencialmente conduce a una decisión unilateral modificativa del empresario, con respeto de los derechos económicos y profesionales de la trabajadora en los términos del art. 39.1

más, la doctrina judicial coincide en la relación de subsidiariedad de la suspensión respecto de las medidas previas de adaptación. Por todas, STSJ Cataluña, 18 noviembre 2004 (3814); Cataluña 1 junio 2004 (2312); Aragón 18 noviembre 2002 (3351).

²⁰ STSJ Madrid 8 julio 2002 (3761).

²¹ La legitimidad de exigir este certificado (no previsto en la normativa comunitaria) ha generado una polémica singular en nuestra doctrina. Puede verse una síntesis en GORELLI HERNÁNDEZ-IGARTUA MIRÓ, M., *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 110 y ss. También ARENAS VIRUEZ, M., *Riesgo durante el embarazo: causa de suspensión del contrato de trabajo y causa de despido nulo*, Mergablum, Sevilla 2003, págs. 88 y ss, que sostiene su innecesariedad.

²² En contra de esta posibilidad, aunque referida a la lactancia, SÁNCHEZ CASTILLO, M.: «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida» *Relaciones Laborales*, 2003-I, pág. 723. En general, la exigencia de dicho certificado ha dado lugar a alguna polémica doctrinal al no estar previsto expresamente en la normativa comunitaria. Sobre tal polémica, *vid.* SÁNCHEZ CASTILLO, *op. cit.*, pág. 726, cuya solución comparto por lo que hace a las finalidades legítimas del certificado como medio de individualización de la evaluación de riesgos y de incrementar la seguridad jurídica de empresario y trabajadora. Por lo demás, el certificado médico de los Servicios de Salud se erige en requisito ineludible para percibir la prestación de riesgo por embarazo, en STSJ Cataluña, 22 diciembre 2004 (1254).

ET, y por el tiempo imprescindible para el cumplimiento de su función protectora. De existir discrepancia entre trabajadora y empresario, deberá dirimirse por la vía judicial contemplada en el art. 137 ó 138 LPL, en función de la naturaleza del cambio experimentado.

- en principio el cambio de puesto de trabajo ha de ser preferentemente a otro «equivalente», pero incluso así, si «no existiese puesto de trabajo o función compatible» con su estado (art. 26.2. inciso final LPRL), será posible la movilidad descendente a un puesto de categoría inferior, con respeto de los derechos económicos. No está adecuadamente precisado en la ley el alcance de esta modificación, pero parece que, por el contexto de la norma, se está haciendo referencia a un supuesto de *ius variandi* descendente del art. 39.2 ET. En todos estos casos el empresario deberá informar a los representantes de los trabajadores (art. 39.2 ET). Se trata también de una medida que puede producirse a iniciativa de la trabajadora o del empresario, con recurso judicial en casos de discrepancias.
- con valor para todos los casos de cambio de puesto de trabajo, ya se ha reseñado la obligatoriedad para el empresario, de modo que sólo podrá negarse «si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados» (art. 26.3 LPRL). Obsérvese que en este caso la ley presenta algo más de flexibilidad que en el caso de la modificación de las condiciones de trabajo. La única justificación empresarial para no proceder a la adaptación en el caso de la modificación era la imposibilidad. En el caso del cambio de puesto, las razones se conciben de forma más amplia: a) que no resultara técnica u objetivamente posible, o b) que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados²³. Las consideraciones a los argumentos empresariales son pautas más amplias en este caso, y argumentos de conveniencia o necesidades organizativas pasan a ocupar el papel que en el primer caso desarrollaba la simple imposibilidad, a la postre, en este caso, es la medida de la razonabilidad empresarial del cambio de puesto la que determinará la licitud de la negativa empresarial; una razonabilidad que en última instancia valorará el Juez y que en todo caso ha de compararse con un valor reforzado, como lo es la tutela del embarazo, lo que excluye que la justificación empresarial se legitime por sí sola: es precisa la ale-

²³ Una flexibilización terminológica y más que terminológica que no ha escapado a la doctrina, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ-IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, págs. 118-119 y ARENAS VIRUEZ, M., *op. cit.*, pág. 99.

gación y prueba de fundadas razones organizativas o productivas para abonar su negativa al cambio de puesto, que es una negativa —no se olvide— al juego de una institución vinculada con la prohibición de discriminación.

Agotadas todas las posibilidades de mantener en activo a la trabajadora, si el riesgo persiste, queda abierta la posibilidad de que se desencadene un periodo de suspensión del contrato de trabajo «por riesgo durante el embarazo», de duración variable en función del caso y «mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado», de suerte que, como se deduce de lo dispuesto en el art. 26.3 LPRL, la suspensión del contrato es realmente una *ultima ratio* a adoptar, no sólo por lo que hace a sus circunstancias desencadenantes (la preferencia legal expresa se decanta por la conservación del trabajo de la mujer), sino también por lo que hace a su duración, en la medida en que la superación de las dificultades que han impedido la adaptación al puesto de trabajo²⁴, o el parto mismo y el inicio del descanso por maternidad, supondría la terminación del periodo de suspensión²⁵. En este caso la iniciativa para la reanudación del trabajo puede provenir tanto del empresario como de la trabajadora y la resolución de las discrepancias deberá tener lugar en sede judicial.

Poco más dice la norma acerca del régimen de esta suspensión por riesgo para el embarazo, de modo que deberán serle de aplicación las reglas generales que rigen la suspensión en el ámbito del ET, y en especial el art. 48.5 ET, que como puede comprobarse reproduce lo esencial del mandato del art. 26 LPRL. La reserva de puesto de trabajo es, pues, la regla fundamental, que debe acoplarse, como hemos visto que ha reiterado la jurisprudencia comunitaria, con la toma en consideración del periodo de suspensión a todos los efectos (profesionales, de promoción, económicos, asistenciales, etc.), so pena de infringir la prohibición de discriminación, la misma que impide que ese tiempo de suspensión sea considerado a efectos de despido (art. 52 d) ET). La regla suspensiva se acompaña con la previsión de una prestación de la Seguridad Social de la que hablaremos en su momento.

²⁴ Sea que permitan la reincorporación a un puesto equivalente o a un puesto de inferior categoría que reúna las características que hemos visto con anterioridad. Se trata, a mi juicio, de una opción preferente por la situación de activo que no podría ser alterada por la trabajadora, al haber asumido la ley esta estructura gradual no le cabe a éste elegir entre el abanico de soluciones que se ofrecen, que, por así decirlo, se han de aplicar «una tras otra».

²⁵ Y de la correlativa prestación, STSJ Cataluña 18 noviembre 2004 (3814); RODRÍGUEZ COPÉ, ML., «La suspensión del contrato de trabajo» cit., pág. 162.

5.2. El permiso por maternidad

La causa más tradicional de suspensión del contrato²⁶ para algunos; «un derecho que goza de dilatada tradición en nuestro ordenamiento jurídico»²⁷ y en el plano internacional, el permiso por maternidad ha sido objeto de recientes y sustanciales modificaciones, sobre todo en las leyes 3/89 y en la 39/99 de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar. Lo sustancial de su regulación se encuentra, como no podía ser menos, en los arts., 45.1.d) y 48.4 ET, entremezclado con los permisos por adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de 6 años. Es evidente que se trata de instituciones que, aunque compartan muchos rasgos concretos comunes, no poseen la misma base fáctica, y plantean problemas muy diversos abordados por nuestra doctrina²⁸, por ello centraremos nuestra atención principalmente en el permiso por maternidad en sentido estricto, aunque se haga referencia a los permisos asociados a la adopción cuando sea imprescindible. La normativa estatutaria, sin embargo, debe considerarse en buena parte complementada por el RD 1251/2001 que, aunque evidentemente elaborado con un ámbito distinto, proporciona, con el casuismo propio de las normas de Seguridad Social, pautas que pueden servir de solución adaptable a la regulación de la suspensión por maternidad.

En la actualidad, existe acuerdo en la doctrina en que, aunque históricamente pudiera haber estado más vinculado con razones sanitarias, hoy el llamado permiso por maternidad es una figura compleja, en la que concurren finalidades variadas: la primera, la clásica de permitir la reposición de la salud de la madre tras el parto, pues aunque embarazo y parto no son en puridad enfermedades, conciernen de modo muy directo a la salud de la madre; y otra adicional, que podríamos llamar de estructuración de la unidad familiar: de cuidado del hijo recién nacido, de generación de vínculos estrechos entre el niño y sus padres, de ahí la ampliación subjetiva que el permiso ha experimentado, al integrar al padre en si disfrute en los términos que luego veremos y erigirse en uno de los puntales del sistema normativo de conciliación de la vida laboral y familiar²⁹. Todo ello porque, como se

²⁶ VIDA SORIA, J., «La suspensión del contrato de trabajo», en *Comentarios a las Leyes Laborales*, Vol. IX, Madrid, EDERSA 1983, pág. 52.

²⁷ VIQUEIRA PÉREZ, C., *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*; Tiranto lo Blanch, Valencia 2003, pág. 47. Una síntesis de esa evolución en RODRÍGUEZ COPÉ, ML., *La suspensión del contrato de trabajo*, CES, Madrid 2004, págs. 136 y ss.

²⁸ VIQUEIRA PÉREZ, C., «Interrupción y suspensión...» cit., pág. 49, quien sostiene que «aunque pertenecientes a una institución común, son en realidad distintas figuras».

²⁹ Magníficamente expuesta esta multiplicidad causal, en GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, Tiranto lo Blanch, Valencia 1997, pág. 40. Y en RODRÍGUEZ COPÉ, ML., *La suspensión del contrato de trabajo* CES, Madrid, 2004, págs. 132, 133.

ha dicho con acierto, «la maternidad, como concepto amplio o valor general, incluye una serie de subconceptos o valores concretos que son protegidos específicamente: se trata de la protección de la salud de la madre, y del bienestar del hijo, del fomento de las relaciones entre la madre/padre e hijo, de la salvaguardia por tanto de la institución familiar, incluso de intereses que rebasan la esfera privada, tal como la promoción de una determinada política demográfica», y por supuesto la promoción del trabajo femenino³⁰.

Una figura clásica, pues, y pese a su aparente liviandad técnica, insuficientemente regulada, lo que, dada la trascendencia de los valores en juego —además de los citados, el principio de no discriminación— ha generado una jurisprudencia abundante y una multiplicidad de estudios de todo tipo en el ámbito laboral, así como una relativamente abundante regulación en la negociación colectiva. No se trata de analizar aquí las figuras acotadas con un casuismo que ha dado lugar a una producción científica muy abundante; aprovechando el fruto de este trabajo, trataremos aquí de señalar las pautas generales que rigen el descanso por maternidad.

5.2.1. *Titularidad*

El primer elemento a analizar en relación con el permiso de maternidad es el de los sujetos titulares del derecho. Y al respecto es preciso hacer una serie de distinciones, que provocan giros en el régimen jurídico del permiso.

- en el primer supuesto, de maternidad «biológica», la indiscutible titular del derecho al permiso es la mujer, de ahí que sigamos conservando su nombre clásico. Lo es porque sólo cuando ella fallezca podrá disfrutarlo el padre *iure proprio* (art. 48.4, primer inciso ET); en los restantes casos, ella es quien domina el régimen del descanso y, en su caso, opta por ceder al padre parte del mismo. Puede ser una solución censurable desde la perspectiva pura de conciliación de la vida laboral y familiar, pero halla su justificación en una sólida base fisiológica que descarta toda posible imputación de discriminación a favor de la mujer, como puso de relieve el TJUE en el caso OUMAR DAVO ABDOULAYE. Y se encuentra ratificada en la propia normativa comunitaria: en efecto, la Directiva 92/85, art. 8, reserva el permiso por maternidad a la trabajadora, y se abstiene de hacer referencia al carácter «no transferible» de al menos parte del permiso que podría disfrutar el padre, como sin embargo se cuida de hacer la Directiva 96/34, sobre permisos parentales (art. 2.2)

³⁰ RODRÍGUEZ COPÉ, ML., *La suspensión del contrato de trabajo* CES, Madrid, 2004, pág. 133.

- En el caso de maternidad/paternidad por adopción, en cambio, la situación es diversa. Titulares del derecho son los dos progenitores, que se encuentran respecto del hecho causante en situación de igualdad., de ahí que el disfrute compartido deba realizarse por acuerdo de ambos (art. 48.4 cuarto inciso ET). Por esa razón los más importantes hitos del permiso han de acordarse por ambos, sin esa unilateralidad típica de la acción de la madre en el permiso por maternidad biológica.

Esta diversidad en el juego de la titularidad no parece llegar a tener tal intensidad que justifique hablar de dos figuras jurídicas distintas, pero sí que le da a los permisos por maternidad/paternidad de adopción un sesgo particular, que justifica la diferenciación de tratamiento en aspectos concretos de su régimen jurídico.

Pero no basta con el vínculo de filiación para zanjar las cuestiones planteadas por la titularidad del derecho que examinamos. La ley del ET expresamente señala que los derechos se conceden al padre y/o la madre «que trabajen» (art. 48.4 segundo y tercer incisos ET), en terminología que hace suya la ley 30/84 al extender el derecho a los funcionarios comprendidos en su ámbito de aplicación³¹. Y ello plantea una problemática que ha llegado a ser zanjada por el propio Tribunal Supremo. En relación con la titular del derecho, su condición de trabajadora o funcionaria no es dudosa como requisito para su efectivo disfrute³². El problema se plantea en los casos de ejercicio derivativo del derecho (es decir, en los casos de cesión parcial de su ejercicio al padre que se contempla en el caso de la maternidad biológica), puesto que cabe plantearse si es posible que una madre no trabajadora o no funcionaria puede ceder la parte del permiso que la ley le autoriza a ceder al padre trabajador o funcionario, que por sí mismo no tendría derecho al disfrute del permiso por no considerarse esta posibilidad legalmente. En general, la respuesta de nuestros Tribunales a este respecto es negativa: sólo puede ceder parte de su derecho al padre trabajador la madre que efectivamente es titular del mismo, de donde que se rechace la pretensión ejercitada por el padre trabajador en los casos reseñados³³. No parece una so-

³¹ Art. 3.3, en conexión con el art. 20 de la ley 39/99.

³² Y ello con referencia a trabajadores por cuenta ajena del art. 1.1 ET. En relación con los trabajadores autónomos algún sector doctrinal ha considerado la posibilidad de extender el derecho al descanso por maternidad también a estos, con fundamento en su derecho a percibir prestaciones por maternidad incorporado por la DA 11 bis RDLeg. 1/94, LGSS, RODRÍGUEZ COPÉ, ML., «La suspensión del contrato de trabajo» cit., págs. 144-145. A favor de la transmisibilidad GORELLI HERNÁNDEZ-IGARTUA MIRÓ, M., *op. cit.*, págs. 26-27.

³³ Una descripción crítica del estado de nuestra legislación y doctrina en este tema, en CUENCA ALARCÓN, M., «El disfrute paterno de la suspensión del contrato por maternidad: coordinación de los ordenamientos laboral y funcional (comentario a la Sentencia del Tribunal

lución demasiado concorde con la idea de la conciliación de la vida laboral y familiar, pero parece impecable, si se tiene en cuenta la forma en que el legislador ha diseñado la titularidad del derecho; sostener lo contrario requeriría probablemente la implantación entre nosotros del principio de no transferibilidad aplicado al descanso por maternidad, que ya hemos visto que no ha tenido lugar. Y aporta más argumentos, si fueran precisos, para que ese principio se implante.

En los casos en que ambos padres trabajen, el padre puede disfrutar de parte del permiso, a título derivativo, por cesión de parte del mismo a cargo de la madre. La ley otorga a la madre el máximo de libertad a la hora de decidir si cede o no y cuánto tiempo del permiso, con el límite máximo de 10 semanas (lo que prácticamente reserva a la madre en exclusiva solamente las 6 semanas de descanso obligatorio), sólo parece imponer que su decisión al respecto se haga explícita en el momento de inicio del descanso, y no con posterioridad, lo que resulta coherente con razones organizativas inherentes al empresario. Precisamente por ello es por lo que en nuestra doctrina no suele admitirse la posibilidad de alteración posterior en ese esquema, que ha generado expectativas y derechos en el empresario, tercero pero muy directamente afectado por las decisiones a este respecto. La normativa de Seguridad Social, sin embargo, parece descartar esta interpretación restrictiva, desde el momento en que admite la posibilidad de que la madre revoque su decisión y regula sus efectos (art. 8 RD 1251/2001, de 16 de noviembre)³⁴.

En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá disfrutar, a título propio, del derecho al descanso, o de la parte que reste del derecho al descanso no disfrutado por la madre (art. 48.4 primer inciso ET). También disfrutará del permiso a título propio en el caso de que la madre no reúna los requisitos para la prestación por maternidad y el padre sí, en cuyo caso la duración será de 10 semanas en la torturada redacción del art. 4.1 del RD 1251/2001³⁵.

5.2.2. *Naturaleza del permiso*

Razones históricas han conducido a que la expresión permiso por maternidad, actualizada si acaso con la referencia a la paternidad/maternidad,

Supremo de 28 de diciembre de 2000)», *Relaciones Laborales*, 2003-I, págs. 1059 y ss. La autora defiende la comunicabilidad de la protección entre sistemas normativos compatibles, como lo hacen también SEMPERE, AV., «La Ley 3/89 sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora», *Relaciones Laborales* 1989-I, pág. 95; y GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La protección por maternidad», cit., pág. 54.

³⁴ Deducen de esta regla la posibilidad de revocación, entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ, J., IGARTUA MIRÓ, M., *op. cit.*, págs. 28-29.

³⁵ GORELLI HERNÁNDEZ-IGARTUA MIRÓ, *op. cit.*, págs. 29-30.



se siga imponiendo en la doctrina, la jurisprudencia e incluso en la negociación colectiva. Pero es obvio que ésa no es su naturaleza, al menos si tomamos como referente de la voz «permiso» al art. 37 ET. Adecuadamente contemplado en el art. 45.1.d) ET el derecho que estudiamos es un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, con derecho a reserva del puesto de trabajo (art. 48.4 ET). Sobre este punto no hay fisuras doctrinales ni jurisprudenciales. Lo anterior, al menos si contemplamos la versión más clásica del permiso porque, en efecto, una vez introducida la posibilidad de que el permiso se disfrute a tiempo parcial hemos de concluir que se ha de abandonar el terreno de las suspensiones para entrar en el ámbito de las reducciones de jornada³⁶, si bien con la adaptación a estos supuestos del régimen del permiso-suspensión en lo que sea posible (por ejemplo, para calcular su duración, para establecer el grado de vinculabilidad de la decisión de la trabajadora al respecto, etc.).

Importa destacar esto, además, por otra razón adicional al puro interés teórico: la suspensión del contrato proporciona adecuado encaje al juego del principio de toma en consideración del tiempo pasado en esta situación a efectos de derechos de todo tipo posteriores al permiso mismo. Como bien se deduce del art. 45.2 ET, la suspensión exonera de las obligaciones de trabajar y de retribuir; nada más, justificando la pervivencia real del contrato ese efecto de cómputo del tiempo a todos los efectos que, como se ha visto al examinar la jurisprudencia comunitaria, es indisoluble del principio de interdicción de la discriminación.

Finalmente, la suspensión del contrato, por su naturaleza, coexiste en los contratos indefinidos y en los temporales, si bien en este último caso operará en función de la propia pervivencia del contrato: en otras palabras, no será posible que la suspensión se extienda más allá de la duración del contrato. Esta conclusión es obligada en pura teoría del contrato de trabajo. Cuestión distinta es el tratamiento de este supuesto en el ámbito del derecho de la Seguridad Social.

5.2.3. *Ejercicio y duración del permiso*

La duración del permiso es de 16 semanas, como es sabido, periodo que se ha extendido tras una vicisitud legal notable a los casos de adopción y acogimiento. Este plazo es mínimo, pudiendo ampliarse en general por la negociación colectiva³⁷ o por acuerdo de las partes; y específicamente, por

³⁶ RODRÍGUEZ COPÉ, ML., «La suspensión del contrato...», cit., pág. 157.

³⁷ Si bien se ha censurado entre nosotros la pobreza del tratamiento convencional al respecto, puede verse una panorámica de esta cuestión específica en MARTÍNEZ MORENO, C.,

ministerio de la ley, en los casos de parto múltiple (en que se ampliará su duración dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, art. 48.4, primer inciso ET), y en los casos de adopción o acogimiento múltiples simultáneos (en que se ampliará igualmente dos semanas por cada hijo a partir del segundo, art. 48.4 cuarto inciso ET).

Múltiples son los problemas prácticos que plantea la determinación del momento concreto de disfrute del derecho al permiso. En principio, es la decisión de la trabajadora la determinante en relación con el momento y la modalidad de ejercicio del derecho. El punto de referencia para el cálculo podrá ser, bien la fecha del parto mismo (si se opta por el disfrute de todo el permiso con posterioridad a éste), bien la previsible fijada por los Servicios Médicos que atiendan a la trabajadora, cuanto menos para el disfrute, si ésta lo desea, de las 10 semanas anteriores al parto. Si hubiera error en la fecha de previsión del parto parece que sólo será trasladable a la trabajadora, que en principio deberá disfrutar en todo caso de las seis semanas posteriores, en el caso de que hubiera optado por disfrutar antes del parto de menos de esas 10 semanas, en la medida en que quede tiempo remanente.

En los casos en que haya optado por esta solución, el tiempo de disfrute del padre deberá señalarse con posterioridad a la fecha del parto, para ejercerlo de forma ininterrumpida, simultánea o sucesivamente respecto del tiempo disfrutado por la madre, salvo que llegado el momento de su efectivo disfrute por el padre la salud de la madre aún corriese peligro, en cuyo caso este elemento será obstativo del derecho del padre por todo el tiempo de la duración del permiso si fuera preciso (art. 48.4 segundo inciso ET).

Como se ha dicho, aunque no es disponible en modo alguno el derecho mismo al descanso (art., 3.5 ET) la ley impone el disfrute obligado de seis semanas ininterrumpidas con posterioridad al parto. Este periodo de descanso obligatorio es particularmente resistente a la voluntad ordenadora de la trabajadora; desde luego lo es en relación con la prolongación del descanso en caso de parto prematuro u hospitalización del bebé (art. 48.4 inciso tercero ET), y probablemente deba serlo también en relación con el supuesto de disfrute a tiempo parcial del descanso por maternidad, que por razones sistemáticas y teleológicas parece que debiera predicarse de las 10 semanas restantes y no de las seis de descanso obligado e «ininterrumpido».

«Suspensión del contrato de trabajo por maternidad y riesgo durante el embarazo», en ARGÜELLES BLANCO, AR- MARTÍNEZ MORENO, C-MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares* CES Madrid 2004, págs. 215 y ss.

5.4.4. *Permiso y otros derechos derivados del contrato de trabajo*

Un primer problema viene planteado por la posible concurrencia de enfermedades que precedan y se superpongan sobre el tiempo del permiso, circunstancia común que no está expresamente contemplada desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, aunque sí del de la Seguridad Social; en ambos casos se trata de suspensiones del contrato de trabajo y, desde la perspectiva laboral, aparentemente no habría razones para distinguir. No es así, sin embargo, si se tiene en cuenta que puede haber diferencias de régimen en el cómputo del tiempo transcurrido en cada una de estas situaciones, y que el mandato comunitario es, justamente, que el tiempo correspondiente al permiso por maternidad se equipare a tiempo de activo, pero sólo él, sin que se encuentre implicada la prohibición de discriminación en relación con otras ausencias distintas del permiso, aunque tenga la enfermedad su origen en el embarazo o en el parto. En principio, habida cuenta del mandato del art. 48.4 ET, hasta el parto no estaría en cuestión el permiso por maternidad, pudiendo ampliarse el periodo de IT hasta ese momento. Con posterioridad, parece que tendría lógica aplicar la solución prevista para la Seguridad Social y por tanto entender comenzado el disfrute del permiso por maternidad hasta su agotamiento, de modo que, si al finalizar continúa la perturbación de la salud, continúe la situación de IT.

En este ámbito, una aportación proveniente de la jurisprudencia comunitaria en el caso MERINO GÓMEZ³⁸ (STJUE 18 marzo 2004, caso c-342/01) arroja luz adicional sobre la particular resistencia del régimen del permiso a generar perjuicios en las condiciones de trabajo presentes o futuras de la trabajadora. En el conocido caso, una trabajadora embarazada había disfrutado de su baja maternal en el periodo señalado en la empresa como fijo para el disfrute de vacaciones de toda la plantilla, planteando el Tribunal proponente de la cuestión prejudicial la compatibilidad con el Derecho comunitario de la imposición de este régimen a la trabajadora y por tanto de que ésta no disfrutase de vacaciones adicionales, en aplicación de un principio tradicional en nuestra Jurisprudencia que atribuía al trabajador los «riesgos del descanso efectivo» durante el periodo de vacaciones³⁹. El TJUE desechó esta interpretación posible, en interpretación de las Directivas 93/104, 92/85 y 76/207, orientada a proteger las instituciones que cada una de ellas garantiza y, por lo que ahora interesa, la «integridad de los derechos deriva-

³⁸ Sobre esta Sentencia y su alcance laboral, *vid.*, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., «La coincidencia temporal de la baja por maternidad y las vacaciones: adaptación necesaria de la jurisprudencia española al Derecho comunitario», *Relaciones Laborales*, 2004-I, págs. 639 y ss.

³⁹ *Vid.*, sobre la situación anterior, RODRÍGUEZ COPÉ, ML., «La suspensión del contrato...» cit., pág. 165.

dos del contrato» que ya hemos dicho que constituye el eje en torno al cual se ordena el régimen del descanso por maternidad ([art. 11.2.^a) Dir. 92/85]). En consecuencia, la respuesta al Tribunal nacional fue inequívoca:

- 1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), y el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla.
- 2) El artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 ha de interpretarse en el sentido de que se refiere también al derecho de una trabajadora que se encuentre en unas circunstancias como las del asunto principal a unas vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104.

El asunto Merino Gómez ha causado el lógico revuelo, si se tiene en cuenta que se refería a un supuesto de derecho español, y a una doctrina jurisprudencial bastante consolidada en materia de vacaciones. Pero, una vez más, hay que subrayar que quizás el apartado más reseñable de la Sentencia es el que vincula la solución propuesta al principio de conservación de la integridad de los derechos laborales de las trabajadoras durante el descanso por maternidad (art. 11 Dir. 92/85). Este principio, según se deduce de la Sentencia Merino Gómez, afecta a los derechos más inmediatamente conectados al arco temporal en que se disfruta del permiso, pero no hay razón técnica para no considerarlo extensible a cualesquiera otros derechos que se generen con el trabajo efectivo, desde la percepción de complementos retributivos por asiduidad o asistencia al trabajo, a la consideración como tiempo trabajado a efectos de generar otros descansos, hasta la generación de derechos de pensiones o de cualesquiera otras formas de salario diferido. Se trata sin duda de un régimen de suspensión del contrato que es privi-



legiado en nuestro sistema, pero el caso Merino Gómez y los otros que hemos visto que se enfrentan a esta materia no dejan lugar a dudas acerca de la necesidad de considerar relevante a todos los efectos como tiempo trabajado el obligatorio reconocido en la legislación nacional para el descanso por maternidad. Si se ha de seguir la pauta comunitaria, esta cobertura máxima sólo se predicaría del tiempo mínimo obligatorio previsto en la legislación nacional, y no de las mejoras sobre esos mínimos que hayan sido previstas por vía convencional o por acuerdo de empresa.

5.3. La reducción de jornada por lactancia

Sin pretender agotar el tratamiento de una cuestión que excede de la protección de la mujer embarazada, entrando ya en la de protección de la maternidad/paternidad, la cuestión del permiso de lactancia es relevante desde la perspectiva preventiva en la medida en que por la propia dinámica de la lactancia natural se pueden plantear problemas de compatibilidad entre ésta y el trabajo que la madre desempeña, si le obliga a exponerse a elementos o a manejar sustancias que pudieran incidir perjudicialmente en la salud del hijo. Que esta posibilidad existe se afirma en la legislación laboral española, en concreto, en el art. 26 LPRL, que desde su primer párrafo une embarazo y lactancia como supuestos de riesgos específicos que deben evaluarse y evitarse en los términos generales de los arts. 14 y 15 LPRL, y particulares del apartado 4 del mismo artículo, que impone en estos casos la modificación de las condiciones de trabajo, en su caso el cambio de puesto de trabajo en los mismos términos que en el caso de riesgo por embarazo. No se prevé, en cambio, la posibilidad de suspensión asociada a la situación de riesgo para la lactancia. Esta solución ha recibido críticas doctrinales importantes⁴⁰, que consideran que instituye una desprotección para la trabajadora, y parece contravenir el tenor del art. 6.2 de la Directiva 92/85, que excluye que la trabajadora pueda «verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, Sección B, que ponga en peligro la seguridad o la salud»⁴¹.

⁴⁰ De «unánime» califica la crítica doctrinal RODRÍGUEZ COPÉ, M.ª L., «La suspensión del contrato...» pág. 162. Sobre los problemas planteados por la situación de lactancia desde el punto de vista preventivo, vid el ya citado trabajo de SÁNCHEZ CASTILLO, M., «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida», *Relaciones Laborales*, 2003-I, págs. 707 y ss.

⁴¹ Esto es, a la exposición al «plomo y sus derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano», y a los «trabajos de minería

No parece que haya que concluir tan rotundamente, pero sólo en la medida en que se interprete el precepto legal como una norma que impone la salvaguardia de los derechos de la mujer, mediante la obligada acomodación de las circunstancias laborales, porque ésta ha de permanecer en activo. Al no existir la opción por la suspensión, las modificaciones por riesgo, que resultaban de alguna manera eludibles por motivos de racionalidad organizativa de la empresa durante el embarazo, no pueden serlo cuando el riesgo se asocia a la lactancia, debiendo producirse en todo caso. Si, pese a ello, el riesgo persistiese habría que plantearse la posibilidad de aplicar al caso lo dispuesto en el art. 30 ET, generándose un periodo de suspensión de la obligación de trabajar permaneciendo la retribución por causa imputable al empresario. Se trata de una solución gravosa y con indudable efecto boomerang pero, a la luz de la jurisprudencia sobre la irrelevancia de los argumentos económicos del empresario que se empezó a sentar en el caso DEKKER, ineludible desde la perspectiva de la norma comunitaria.

6. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL CORRESPONDIENTE A LAS SITUACIONES DE RIESGO POR EMBARAZO Y MATERNIDAD

Como hemos visto en el momento de examinar la doctrina jurisprudencial comunitaria, no existe norma que imponga que la protección por maternidad deba desembocar en la percepción de prestaciones por parte del sistema nacional de Seguridad Social. De hecho, en la jurisprudencia más antigua se hace especial hincapié en el carácter especialmente reforzado de la prohibición de discriminación cuando se refiere a la maternidad, y a la irrelevancia, frente a las medidas de protección que se hayan de adoptar, de argumentos economicistas esgrimidos por los empresarios obligados a mantener la retribución de trabajadoras con contratos suspendidos, por relevantes o lógicos que pudieran parecer. La situación, sin embargo, tiende naturalmente a generar normas de protección social que, por una parte, cumplan la función que les es propia en relación con la situación de necesidad padecida por las trabajadoras que ven sus contratos suspendidos; y por otra, casi sobre todo, eviten el efecto boomerang que a pesar de todas las cautelas pueda generar una legislación protectora que se limita a desplazar sobre el empresario las cargas económicas de tutela de la maternidad. Esta segunda fun-

subterráneos», pero ha de tenerse en cuenta que la lista no es exhaustiva, y que es posible detectar otros supuestos, quedando la última palabra en manos de los servicios de prevención y médicos que atiendan a la trabajadora.

ción es, como se ha dicho, crucial, y en nuestro ordenamiento ha generado, como se sabe, medidas de «coste cero» asociadas a la sustitución de la trabajadora embarazada; medidas de incentivo de la contratación o reincorporación de las trabajadoras tras las suspensiones por maternidad en cualesquiera de sus clases; y medidas de Seguridad Social, que hacen asumibles las medidas de protección por las propias trabajadoras afectadas. Centraremos ahora nuestra atención en las últimas citadas; las medidas de fomento del empleo y la reincorporación de las trabajadoras, siendo importantes, exceden con mucho del objeto de este trabajo.

La incorporación de estas prestaciones, y sobre todo la inserción de la nueva situación de riesgo por embarazo ha sido objeto de una reciente sistematización y ordenación a escala reglamentaria con el RD 1251/2001, de 16 de noviembre (en adelante, RDPM)⁴², que constituye el desarrollo de las disposiciones de los arts. 133 bis a 135 de la LGSS, en la redacción fijada por la ley 39/99, que definitivamente desliga la prestación por estos motivos del régimen de la incapacidad temporal, insuficiente e inadecuado a la luz de la orientación que estaba tomando la normativa sustantiva de la que resultaban corolario las normas de Seguridad Social. En esta relación de preceptos se contiene la normativa aplicable a estas situaciones.

Las previsiones normativas sobre esta materia indican una tendencia legal a extender y homogeneizar la protección por estos conceptos a todo el sistema de Seguridad Social, por encima de las diferencias entre regímenes, que se hacen explícitas en el texto de su reglamento: según el art. 1 del RDPM su texto será de aplicación a todos los regímenes del sistema, si bien en relación con los Regímenes Especiales de Funcionarios Civiles del Estado, de las FAS y al servicio de la Administración de Justicia sus normas serán supletorias, en lo que no se oponga «a lo preceptuado en la normativa general, reguladora del Régimen correspondiente» (art. 1.3 RDPM). No obstante, las profundas diferencias técnicas entre las prestaciones de servicios de trabajadoras por cuenta ajena y autónomas imponen que, especialmente en relación con la prestación de riesgo por embarazo, el régimen se bifurque en dos subconjuntos de normas aplicables a unas y a otras (arts. 14 y ss y 22 y ss, respectivamente). De esta forma, desde la perspectiva del derecho de la Seguridad Social se plantean una serie de cuestiones en relación con la eventual suspensión de la actividad de las autónomas que en la normativa sustantiva apenas se esbozaban, como ya vimos.

⁴² Sobre la génesis de esta reforma, GORELLI HERNÁNDEZ, J-IGARTUA MIRÓ, M., «Las prestaciones por maternidad...» cit., págs. 9 y ss. En general, sobre la situación normativa anterior, vid. FERNÁNDEZ URRUTIA, A., *Prestaciones económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

6.1. Las prestaciones por riesgo por embarazo

6.1.1. *Situación protegida*

Como ya se ha dicho, las normas sobre estas prestaciones están diseñadas sobre el molde que deja establecido la legislación sustantiva respecto de las suspensiones asociadas a la maternidad. En este caso, es la suspensión por riesgo por embarazo de que hemos hablado con anterioridad la que delimita la situación protegida: suyos son los presupuestos de nacimiento de ésta y los condicionantes de su duración. Y de esa forma, casi por remisión, la describe el art. 134 LGSS. Recuérdese que la protección abarca sólo a la suspensión por riesgo por embarazo, y no a otras eventuales que pudieran generarse durante el embarazo, y aún después, como consecuencia de procesos patológicos, incluso si estos se relacionan directamente con el propio embarazo o el parto, que deberán ser cubiertos por la prestación de Incapacidad Temporal (art. 14.2 RDPM). El mismo principio se asocia a la prestación para las trabajadoras autónomas⁴³ si bien, como es obvio, el cese de éstas en la actividad productiva queda en la sombra (art. 22 RDPM).

6.1.2. *Beneficiarias*

Lo serán, en general, las trabajadoras por cuenta ajena que se hallen afiliadas y en alta al tiempo de la suspensión del contrato, y acrediten un periodo mínimo de cotización de 180 días en los 5 años inmediatamente anteriores a dicha fecha, incluidas las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar cuando presten sus servicios en exclusiva para un hogar (art. 16.1 RDPM). El cómputo del periodo de carencia de las trabajadoras a tiempo parcial se realizará en aplicación de las normas específicas del RD 144/99, de 29 de enero, regulador de la contingencia de Incapacidad Temporal derivada de riesgos comunes.

Las previsiones en relación con las trabajadoras autónomas⁴⁴ se superponen a la misma exigencia (art. 23 RDPM), si bien el momento en que se han de reunir estos requisitos será la «fecha en que se emita el certificado por los servicios médicos de la Entidad gestora» en que se acredite que efectivamente concurren en la trabajadora las circunstancias de riesgo que justi-

⁴³ Sobre el tema, SOBRINO GONZÁLEZ, G., «El acceso de las mujeres trabajadoras autónomas, en situación de baja en el RETA, a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y maternidad», *Relaciones Laborales*, 2003-I, págs. 745 y ss.

⁴⁴ Y con las trabajadoras incluidas en el RE Empleados de Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar.



fican el cese en la prestación laboral. En todos los casos de trabajadoras autónomas se exigirá que se encuentren al corriente en el pago de las cotizaciones, sin perjuicio de que esté operativo el sistema de invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Dto. 2530/1970 para todas ellas, también para las integradas en el servicio doméstico. Siempre, claro está, que reúnan los restantes requisitos para causar derecho a la prestación correspondiente ⁴⁵.

A diferencia de lo que sucede en relación con el subsidio por maternidad, no están previstos supuestos de asimilación al alta, probablemente lógica porque, por la dinámica de la prestación, es difícil concebir un supuesto de asimilación al alta que encaje con ella ⁴⁶.

6.1.3. *Dinámica de la prestación*

La prestación por riesgo por embarazo consiste en una renta periódica equivalente al 75% de la base reguladora (art. 135.1 LGSS), tomando la pauta de la prestación por incapacidad temporal, de tal modo que la base reguladora será la que correspondería por IT «tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo» (art. 17.1 RDPM), con reglas específicas para las situaciones de pluriempleo y pluriactividad (art. 29 RDPM).

El nacimiento de la prestación se produce, obviamente, con el inicio de la suspensión del contrato (en los términos y con la tramitación previsto en el art. 21 RDPM), y cesa con el inicio del descanso por maternidad (luego abarca el parto) o con la desaparición de las circunstancias que justificaron su reconocimiento, en la misma línea en que opera la propia suspensión, de ser una medida de *ultima ratio* frente a las posibilidades de adaptación del puesto de trabajo.

La extinción del contrato de trabajo o el fallecimiento de la beneficiaria constituyen los otros supuestos de extinción (art. 18 RDPM).

6.2. Las prestaciones por maternidad

Por supuesto que la situación de necesidad generada por la maternidad y el descanso correlativo es compleja y requiere para ser paliada de prestaciones de índole diversa, señaladamente sanitarias y económicas, por eso hablar de ellas en plural, sin perjuicio de centrarnos en la prestación económica, en la línea seguida hasta ahora de centrarnos en las novedades más recientemente incorporadas a nuestro ordenamiento.

⁴⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J-IGARTUA MIRÓ, M., «Las prestaciones...» cit., pág. 42.

⁴⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J-IGARTUA MIRÓ, J., *op. cit.*, pág. 136.

6.2.1. *Situación protegida*

En la pauta seguida por el RDPM en general, el seguimiento de la situación sustantiva se convierte en la fórmula para delimitar la situación protegida: «la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten» conforme a la legalidad aplicable, sobre los que ya hemos tenido ocasión de hablar (art. 2 RDPM), pero el art. 2 contiene alguna precisión de interés:

- como premisa, la precisión del complejo punto de la tramitación administrativa en que se considera producida la adopción o el acogimiento, nacional o internacional, o de personas que padezcan alguna discapacidad.
- en segundo lugar, extiende el régimen de esta prestación a todos los trabajadores de todos los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, con la sola excepción del disfrute del permiso a tiempo parcial, que se reserva a los trabajadores por cuenta ajena.

6.2.2. *Beneficiarios*

Lo serán, obviamente, los trabajadores que disfruten de los correspondientes permisos en torno a los que gira esta prestación, «siempre que, reuniendo la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada a ella en algún Régimen del Sistema de SS, acrediten un periodo mínimo de cotización de 180 días, dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción» (art. 4.1 RDPM), con las consabidas precisiones en torno a los complejos fenómenos de la adopción, que autorizan la traslación del hecho causante al momento en que sea preciso el desplazamiento al extranjero, sin que el descanso total exceda de las 16 semanas.

Como se sabe, el descanso puede ser disfrutado en parte por el padre: la prestación también, si bien es preciso, para que pueda disfrutarla, que reúna en sí mismo los requisitos que se acaban de enunciar de afiliación, alta y cotización⁴⁷. Sorprende la solución legal (art. 4.2) si se tiene en cuenta el carácter derivado del derecho del padre al descanso, y los extremos en que resulta dependiente del derecho de la madre, lo que justificaría más el trata-

⁴⁷ Sobre la exigencia de los requisitos del padre, *vid.* STSJ Castilla La Mancha 1 marzo 2004 (84131).

miento de los derechos del padre por reflejo, de la misma manera que operan en otras prestaciones en las que se da también este deslizamiento de la prestación a sujeto distinto del que la percibe⁴⁸. En relación con los autónomos opera la regla de hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones, en los mismos términos que ya hemos visto en relación con el subsidio por riesgo por embarazo (art. 4.3), y parecidamente sucede en relación con los trabajadores afiliados al RE de Servicio Doméstico que trabajen en exclusiva para un solo hogar familiar.

La dualidad de sujetos potencialmente protegidos justifica la movilidad de reglas adicionales, y su casuismo. Y, en concreto con referencia a los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples acoge en buena parte el principio que inspira la legislación sustantiva, asociándola a la prestación, de modo que la beneficiaria de los permisos adicionales serán los padres, pues ambos pueden ser beneficiarios, pero el carácter derivativo del derecho del padre emerge en la decisión de la madre, esencial para determinar quién sea en concreto el beneficiario en el supuesto de parto, en tanto que en los restantes casos la determinación dependerá del acuerdo de los interesados.

a) *Asimilaciones al alta*⁴⁹

Reguladas en el art. 5 del RDPM, se refieren a:

- los perceptores de la prestación de desempleo total del nivel contributivo
- A los cargos públicos que cesen con este objetivo, así como a los que desempeñen cargos sindicales de ámbito provincial o superior, en el mes siguiente al cese en el cargo, durante el que deberá solicitar el ingreso al trabajo para pasar a la situación prevista en el art. 48.4 ET⁵⁰

⁴⁸ En general, el carácter subsidiario del derecho del padre ha demostrado tener una importante virtualidad interpretativa, desestimándose el derecho de éste a percibir prestaciones por maternidad en casos en que la madre carecía de derechos al respecto, por ejemplo, por ser abogada en ejercicio. STSJ País Vasco 13 octubre 2004 (3583); Madrid 26 febrero 2003 (3015) ó Madrid 3 octubre 2003 (23238). Y del TS, Sentencias 28 diciembre 2000 (1882) ó 20 noviembre 2001 (360).

⁴⁹ Sobre la especialidad, en relación con los autónomos, prevista en el art. 29.1 del Dto. 2539/1970, *vid.* STSJ Aragón 4 octubre 2004 (2005/24225); Extremadura 21 diciembre 2004 (2005/14141). Y STS 29 abril 2002.

⁵⁰ Puede plantear dudas la consideración legal de algunos supuestos de suspensión del contrato como periodo de ocupación cotizada: por ejemplo, el primer año en la excedencia por cuidado de hijos. El caso está excluido expresamente por la DA 3.ª del RD 1251/2001. No así el periodo de suspensión con reserva de puesto de trabajo del art. 48.6 ET incorporado por la Ley Integral de Violencia de Género (LO 1/2004 28 diciembre), DA 8.ª, que incorpora un apartado 5 al art. 124 LGSS en el sentido siguiente «5. El período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la

- Al trabajador trasladado por la empresa fuera del territorio nacional
- Para artistas y profesionales taurinos, a los periodos a que se refieran sus cotizaciones, aunque no se correspondan con tiempo de prestación de servicios
- En el régimen especial Agrario, por desplazamiento al extranjero por motivos de trabajo en los términos recogidos en su legislación específica.
- Una cláusula abierta cierra la lista.

b) Cálculo de la prestación

Siendo la base reguladora calculada según las mismas reglas que en el caso de la IT, su cuantía será del 100% de la misma, con lo que la norma de Seguridad Social se aproxima a la regla comunitaria acerca de la cuantía mínima de las prestaciones que las trabajadoras tienen derecho a percibir por este concepto. Y, entre otras reglas particulares, destaca que, en caso de que sea compartido el disfrute del descanso, la base reguladora de la prestación que corresponda percibir al padre se calculará sobre los propios datos de cotización de éste, sin que la cuantía de la prestación también «derive» de la de la madre. Una medida en cierta medida incoherente con el ya descrito carácter derivado de la prestación del padre, pero sin duda eficaz para evitar que la menor retribución a percibir por el padre le haga desistir de hacer uso de este derecho (en un contexto, obviamente, de discriminación salarial).

c) Dinámica de la prestación

Resulta extremadamente complicado el art. 7 del RDPM, en la medida en que sus reglas se dispersan en la contemplación de la multiplicidad de supuestos y combinaciones que pueden darse en relación con el descanso por embarazo, aborto de feto con edad superior a 180 días, parto, parto múltiple, adopción y acogimiento, descanso por el padre, fallecimiento o enfermedad del hijo, fallecimiento de la madre, etc. Se trata de reglas que en su mayor medida transfieren y solucionan en el plano de la Seguridad Social aspectos del régimen del descanso que ni siquiera se plantearon en la legislación sustantiva, motivo por el que el RDPM, a través de esta circunstancia desarrolla un seudopapel del reglamento del art. 48.4 ET de indiscutible

consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo». Riesgo por embarazo queda fuera de la ampliación, y la medida se antoja más que cuestionable. En general, estas cuestiones han sido objeto de un abundante tratamiento jurisprudencial, por todas, *vid.* STS 14 noviembre 2001 (3042); STSJ Valencia 30 noviembre 2004 (3715); Madrid, 12 enero 2004 (666); Aragón 23 julio 2003 (1067) ó Cataluña 16 julio 2004 (2689), con una amplia revisión histórica.

utilidad. Y todo ello tanto en el momento de generar el derecho al subsidio como a la hora de extinguirlo.

Dentro de estas reglas, quizás las más interesantes sean:

- La contenida en el art. 8, dedicada a la «revocabilidad de la opción en favor del padre», que podrá tener lugar en casos justificados tales como «ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras causas análogas», supuestos que, como hemos visto, no se prevén en el ET y que el RDPM incorpora con buen criterio.
- La contenida en el art. 9, dedicada a exponer la coordinación entre la situación de descanso por maternidad en sus diversas vertientes y la situación de Incapacidad Temporal, que por la naturaleza de las cosas tan próxima se encuentra a aquella antes, durante y después de su surgimiento. Se trata de una serie de reglas que tienen en el momento del parto un punto de inflexión de modo que, si la interesada no ha solicitado lo contrario, el descanso por maternidad se iniciará a partir del parto, y no procederá volver a declarar en situación de IT a la trabajadora hasta que finalice el referido descanso. Y ello tanto si es el padre como si es la madre quienes comparten el permiso.
- La regla dedicada a compatibilizar la percepción del subsidio con la extinción del contrato de trabajo, que cubre el apartado 4 del art.9
- La dedicada a regular minuciosamente el disfrute de la prestación a tiempo parcial (Disposición Adicional 1.ª RDPM)
- Y, finalmente, la que perpetúa la obligación de cotizar durante el tiempo de percepción de estos subsidios (Disposición Final 2.ª RDPM), a combinar con las vigentes medidas de «coste cero» de que se ha hablado.

6.3. Un remate coherente: la nulidad de los despidos fundados en el ejercicio de los derechos de protección de la maternidad y riesgo por embarazo

Una de las novedades que incorporaba la Directiva 92/85 —y que demostraban la profunda ambivalencia de la norma, como norma de prevención y como norma antidiscriminatoria— es la contenida en su art. 10, que intima a los Estados miembros a adoptar medidas «para prohibir el despido de las trabajadoras» «durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad», «salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado» admitidos en la legislación nacional. En estos despidos el empresario «deberá dar motivos justificados del despido por escrito». Y finaliza el precepto afirmando que «los Estados miem-

bros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras...contra las consecuencias de un despido que sería ilegal».

La transposición de este precepto en nuestra legislación nacional ha tenido lugar mediante la incorporación del art. 55.5 a y b) ET para el despido disciplinario. Parecida regla consagra el art.53.4 a y b) para el despido objetivo. En relación con el despido colectivo no se produce esta ampliación expresa. En el ET no se mencionan las causas de nulidad del despido colectivo, sino en el art. 124 LPL, que asocia esta nulidad sólo a la ausencia de autorización administrativa y remite a lo dispuesto en el art. 113 LPL, donde nuevamente se habla de los efectos del despido nulo, pero no de las causas que lo motivan. Es posible salvar la laguna mediante una interpretación sistemática de las normas sobre despido, pero sería deseable que no existiera con una adecuada ordenación de los efectos de los despidos en estos casos, y no con la simple intromisión de reglas fraccionadas e incompletas en cada tipo de despidos.

La declaración de nulidad de los despidos en nuestro ordenamiento, con su tutela de readmisión efectiva en el trabajo, parece ser una adecuada transposición de la norma comunitaria (con la necesaria advertencia de los defectos del art. 124 LPL)⁵¹, en cuanto descarta plenamente la posibilidad de terminación del contrato por causas inherentes al estado de las trabajadoras o por el ejercicio de los derechos que a éstas se le conceden en relación con las situaciones de embarazo y de parto

La cuestión que se plantea en nuestra Jurisprudencia hasta ahora ha sido, precisamente, la de la conexión entre despido y embarazo, por alegar la empresa que desconocía la situación de embarazo de la trabajadora. Como hemos visto, al analizar la jurisprudencia constitucional, el TC ha seguido la pauta que le ha marcado el TJUE, terminando por imponerse la pauta de la no necesidad de comunicación por la trabajadora de su estado a la empresa, aplicando una versión objetiva del periodo de embarazo y los descansos a él asociados, como un periodo de impunidad en que la licitud del despido sólo puede haberse producido ante causas de despido muy caracterizadas y plenamente probadas por la empresa. De ese modo, la tutela antidiscriminatoria refuerza la que proviene sólo del régimen del despido en nuestro país, como lo ha demostrado la reiterada jurisprudencia del TC en el sentido de que no basta con probar una causa ajena al embarazo, sino que es preciso, además, un especial esfuerzo de puesta entre paréntesis de la finalidad discriminatoria del despido, que endurece aún más, si cabe, la posición probatoria del empresario.

⁵¹ En el mismo sentido, poniendo de relieve la diferencia estructural entre la prohibición (que opera a priori) y la nulidad del despido, cuyo control opera a posteriori, ARENAS VIRUEZ, M., *Riesgo durante el embarazo...* págs. 257 y ss.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Vista en su conjunto la normativa protectora de la maternidad y el embarazo a escala estatal y a escala comunitaria se evidencia que en pocos casos como en éstos la normativa preventiva ha servido de cauce para hacer que en la empresa se manifiesten intereses y aspiraciones de las trabajadoras en un momento clave como es la maternidad, de modo que la norma preventiva juega un papel central en la tutela de la mujer afectada, y a la postre en la dinámica de la tutela antidiscriminatoria. Del conjunto de reglas que se ha estudiado, la normativa sobre protección del embarazo y la maternidad proporciona un ejemplo típico de supuestos en que circunstancias personales del trabajador se interiorizan en la vida de la empresa, y prevalecen sobre los requerimientos organizativos y económicos de ésta, en atención a la relevancia general del interés del trabajador. No se trata de un fenómeno absolutamente nuevo: ya desde la STC 99/94 el TC apuntó que esa incidencia en los poderes de organización del empresario de los derechos de los trabajadores era ineludible y podía llegar a tener relevancia constitucional, dependiendo de la naturaleza y el rango de los derechos e intereses que se invocasen; en la normativa de conciliación de la vida laboral y familiar se recoge la misma orientación y hasta cierto punto eso ocurre también en la dimensión laboral de la violencia de género, a través de la Ley orgánica 1/2004. Pero habrá que convenir en que la incidencia de posiciones individuales de los trabajadores en la relación de trabajo alcanza su cenit cuando el interés aducido es el de la maternidad. Y en garantía de esa posición prevalente se implanta una serie de derechos de la trabajadora afectada (de adaptación o cambio de puesto de trabajo, de suspensiones o descansos), cuya tutela no se desencadena sólo en el plano de la legalidad ordinaria, sino desde el plano constitucional de la prohibición de discriminación, en una línea que hace tiempo que marcó el TJUE y ha recogido sin dudas el TC. De este modo, negarle la adaptación del puesto sin causa justificada, o despedirla o no contratarla en contemplación de las ausencias al trabajo o las inconveniencias de la mujer madre como trabajadora no son sólo reglas contrarias a la prevención de riesgos laborales, adquieren un relieve especial por tratarse de reglas que son discriminatorias, porque inciden negativamente en una condición laboral vinculada al sexo de la persona que no debe prevalecer como causa de diferenciación. Y esta admisión trae consecuencias sobre el rango institucional de los derechos concernidos, sobre las formas de tutela de los mismos, y hasta sobre la posición de las partes en el seno de los procesos que se incoan para la aplicación de estas normas.

En el ordenamiento español se añade, sin embargo, una aproximación particular: en especial por lo que hace a la tutela frente al despido, se equiparan mujeres y hombres, en cuanto disfruten de los descansos legalmente establecidos. Sin duda se trata de una razonabilísima equiparación, pero ha-



brá que convenir en que la relación con los hombres de la prohibición de despedir está más vinculada a propósitos legales de potenciar la conciliación de la vida laboral y familiar que a luchar en sentido estricto contra la discriminación, de ahí que, en su caso, los despidos a varones por esta causa deban ser considerados como nulos por infracción de la legalidad ordinaria más que nulos por infracción del art. 14 CE; de otro modo estaríamos entrando en una línea de bilateralización de la prohibición de discriminación que puede quitar a ésta parte de su eficacia y mucho de su sentido y que el TJUE descartó que cupiera abrir en el caso Abdoulaye ya citado, en clara discrepancia con sus antecedentes en la Sentencia Barber (caso c-262/88).





EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN Y LAS PRUEBAS TESTIFICAL Y DE INTERROGATORIO DE LA PARTE

JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE

Magistrado especialista del Orden Social
Tribunal Superior de Justicia de Aragón

EXTRACTO

La revisión fáctica suplicacional está centrada en las pruebas documental y pericial, que son las únicas mencionadas en el apartado b) del art. 191 de la LPL. Sin embargo, ello no autoriza para excluir de plano la posibilidad de controlar suplicacionalmente los restantes medios de prueba. La LEC establece, en sus arts. 376 y 316, cómo debe valorarse la prueba testifical y la de interrogatorio de la parte. Estos preceptos son normas jurídicas que obligan a valorar estos medios probatorios conforme a criterios de racionalidad, sin incurrir en arbitrariedad. En caso contrario, se habrán vulnerado aquellas normas jurídicas. Y se podrá denunciar su violación al amparo del art. 191.c) de la LPL, al haberse producido un error *iuris in iudicando*. Ahora bien, no puede pretenderse que el control suplicacional de estos dos medios de prueba se sitúe al mismo nivel que las pruebas documental y pericial porque el art. 191 de la LPL es claro al priorizar éstas sobre aquéllas. Además, el Juez de lo Social goza de una inmediación de la que carece el TSJ, cuyo conocimiento de la práctica de aquellas pruebas es incompleto.

ÍNDICE

1. MEDIOS DE PRUEBA SUJETOS AL SISTEMA DE VALORACIÓN TASADA
2. MEDIOS DE PRUEBA SUJETOS AL SISTEMA DE VALORACIÓN LIBRE
 - 2.1. Prueba pericial
 - 2.2. Prueba testifical
 - 2.2.1. Doctrina jurisprudencial
 - 2.3. Interrogatorio de las partes en cuanto a los extremos ajenos a la apreciación tasada
 - 2.4. Medios audiovisuales y soportes electrónicos
3. REQUISITOS DEL MOTIVO SUPLICACIONAL
4. EL ERROR DE PERCEPCIÓN

Tradicionalmente se ha distinguido entre error de hecho y error de derecho en la apreciación de la prueba, cuyo origen se encuentra en el art. 1692.7.º de la LEC de 1881, en su redacción original¹. Este precepto diferenciaba entre el error casacional derivado de documento o acto auténtico, considerado como error de hecho, y el error de derecho en la apreciación de los restantes medios de prueba. Con base en él se distinguía entre las normas de valoración de la prueba documental, que gravitaban sobre el campo del error de hecho, y las normas de valoración de los restantes medios de prueba tasada, que gravitaban sobre el campo del error de derecho². La finalidad era la de articular la infracción de las normas de valoración de la prueba documental por la vía del error de hecho basado en documentos auténticos, limitando la vía del error de derecho a aquellos supuestos en los que se invocaba la infracción de las normas de valoración de las restantes pruebas tasadas. Con posterioridad a la reforma de la LEC de 1881 llevada a cabo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que suprimió el citado apartado 7.º del art. 1692, la jurisprudencia continuó manteniendo esta distinción, a pesar de la nueva redacción este precepto, que obviaba cualquier mención a la citada diferenciación³. Esta terminología era incorrecta, puesto que cuando

¹ Los antecedentes del error de derecho casacional en la apreciación de la prueba los examina JIMÉNEZ CONDE, F.: «Precedentes del error de derecho en la apreciación de las pruebas como motivo de casación (I)», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, 1977, págs. 787 y ss. y en «Precedentes del error de derecho en la apreciación de las pruebas como motivo de casación (II)», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1978, págs. 45 y ss. Y LASO GAITE, J. F.: «Evolución histórica de la casación civil en España», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1971, pág. 174, utilizaba la expresión «errores lógicos probatorios», comprensiva tanto del error de hecho como del denominado error de derecho en la apreciación de la prueba en casación.

² Vide NÚÑEZ LAGOS, R.: «Documento auténtico en la casación civil», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana y Filipina*, núm. 4, 1959, pág. 529. Este mismo artículo se publicó en la *Revista de Derecho Notarial*, núm. 33-34, julio-diciembre 1961.

³ En este sentido se ha pronunciado GUASCH FERNÁNDEZ, S.: *El hecho y el derecho en la casación civil*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1998, pág. 107.

la LEC regulaba el error casacional basado en prueba documental, en realidad no podía considerarse como un error de hecho, ya que derivaba de las normas jurídicas que regulaban este medio de prueba. Se trataba de un error de derecho ⁴.

Como consecuencia de ello, en ocasiones se utiliza la expresión «error de hecho» como contrapuesto al «error de derecho», con la finalidad de distinguir entre el error dimanante de las pruebas especialmente habilitadas para evidenciarlo (en el recurso de suplicación, la documental y la pericial), que se denomina error de hecho; y el error en la apreciación de los restantes medios probatorios, que se denomina error de derecho ⁵. Este último se produce cuando se infringe alguna norma jurídica que atribuye valor a un medio de prueba (como el art. 376 de la LEC, que establece que la prueba testifical se valorará conforme a las reglas de la sana crítica), en cuyo caso, al no haber un concreto motivo que autorice la revisión con base en ese medio probatorio, es preciso identificar la norma procesal que se considera infringida. Sin embargo, no es correcto referirse a la revisión fáctica suplicacional fundada en prueba documental o pericial como un supuesto de error de hecho, por contraposición al error de derecho en la apreciación de los restantes medios de prueba (que permite la denuncia de la infracción de un precepto legal que regule la apreciación de otro medio de prueba) ya que en ambos casos nos encontramos con preceptos legales que regulan la apreciación de medios probatorios, que han sido infringidos.

La diferencia radica en que el apartado b) del art. 191 de la LPL establece un motivo específico de error en la apreciación de dos únicos medios de prueba, lo que supone que si se invoca prueba documental o pericial bas-

⁴ Han considerado incorrecta la expresión «error de hecho», NÚÑEZ LAGOS, R.: «Documento auténtico...», ob. cit., págs. 516 a 519 y 801; CARRERAS LLANSANA, J.: «Técnica del recurso de casación», en FENECH NAVARRO, M. y CARRERAS LLANSANA, J.: *Estudios de Derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962, pág. 610; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.; MANRIQUE ROMERO, F. y MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, A.: «Comprobación notarial de hechos», en VV.AA.: *Ponencias presentadas por el notariado español a los congresos internacionales del notariado latino*, tomo I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1975, pág. 591; JIMÉNEZ CONDE, F.: *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1978, pág. 184; CABAÑAS GARCÍA, J. C.: *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Trivium, Madrid, 1992, pág. 307; GUZMÁN FLUJA, V. C.: *El recurso de casación civil (control de hecho y de derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 176; y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *El control de los hechos por el Tribunal Supremo* (su aplicación en el recurso de casación civil), Dykinson, Madrid, 1997, págs. 100 y 101.

⁵ ALONSO OLEA, M.: «Derecho procesal del Trabajo (III)», *Revista de Trabajo*, 1968, núm. 23, pág. 18, considera que el error de derecho en la apreciación de las pruebas consiste en no dar a una prueba determinada el valor que la Ley le asigna, vulnerando el correspondiente precepto legal.

tará con formular un motivo suplicacional al amparo de esta norma, sin necesidad de citar ningún precepto legal más. En cambio, si se denuncia la existencia de error en la apreciación de otro medio de prueba (como la testimonial), será necesario formular un motivo al amparo del art. 191.c) de la LPL y citar la norma jurídica que se considera infringida (la que regula el valor de ese medio probatorio).

1. MEDIOS DE PRUEBA SUJETOS AL SISTEMA DE VALORACIÓN TASADA

En los recursos de casación civil⁶ y social⁷ la mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales sostuvieron que el denominado error de derecho en la apreciación de la prueba se refería a los medios probatorios sometidos al sistema de valoración tasada. Respecto de la suplicación, en primer lugar hay que examinar si cabe denunciar el error en la apreciación de prueba tasada distinta de la documental. En contra de esta posibilidad cabría argumentar que la *voluntas legis* de la LPL es la de centrar el control suplicacional de la apreciación probatoria de instancia en las pruebas documental y pericial. En otro caso no tendría sentido la previsión del art. 191.b) de la LPL, que limita la revisión de los hechos probados a estos dos medios de prueba, omitiendo cualquier mención a los restantes⁸.

También podría argumentarse que, de los tres motivos suplicacionales previstos en el art. 191 de la LPL, los cuales constituyen un *numerus clausus*, el del apartado a) se refiere a los errores *in procedendo*, el apartado b) a la prueba documental y pericial, y el apartado c) únicamente menciona la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia. En consecuencia, la infracción de normas procesales como la que regula la apreciación de la prue-

⁶ Con posterioridad a la reforma de la LEC de 1881 llevada a cabo por la Ley 10/1992, que suprimió el error de hecho basado en prueba documental, reiterados pronunciamientos de la Sala Civil del TS (sentencias de 17-4-1997, RJ 2915; 6-3-1998, RJ 1496; 9-7-1998, RJ 6115; y 15-7-1998, RJ 5550 y autos de 13-7-1999, RJ 4360; 11-7-2000, RJ 7136 y 14-11-2000, RJ 9586) sostuvieron que el único medio para revisar la valoración probatoria de instancia era el error de derecho en la apreciación de la prueba, exigiendo la cita de la norma valorativa que contuviese la regla tasada que se considerase infringida.

⁷ Sentencias de la Sala Social del TS de 16-6-1983, RJ 3018; 12-11-1983, 5593; 10-4-1984, RJ 2068; 18-4-1986, RJ 2204; 21-5-1986, RJ 2596 y 19-7-1988, RJ 6194.

⁸ En contra de la posibilidad de que en el recurso de suplicación la denuncia del error en la apreciación de la prueba pueda basarse en medios distintos de la documental y pericial se ha pronunciado recientemente FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B.: «La eficacia revisora de los medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido en el recurso de suplicación», AS núm. 13, 2003, pág. 76.

ba de interrogatorio de las partes, que constituye un error *in iudicando*, ni estaría incluida en el apartado a) del art. 191 de la LPL (relativo a los errores *in procedendo*), ni en el c) (pues no se denuncia la infracción de una norma sustantiva, sino procesal).

Sin embargo, este argumento no puede ser acogido porque obligaría, por la misma razón, a rechazar que pudieran denunciarse en suplicación los restantes vicios *in iudicando* en los que se alega la infracción de normas procesales, sin que su estimación conduzca a la anulación de la sentencia de instancia sino al dictado de una sentencia que resuelva el fondo del asunto, como cuando se denuncia la vulneración del art. 214 de la LEC, relativo a la carga de la prueba. Es cierto que el art. 191.c) de la LPL, al amparo del cual, como explicaremos, tienen que denunciarse estos vicios *in iudicando*, menciona únicamente «*las normas sustantivas o (...) la jurisprudencia*». Pero es que el legislador, por el juego del art. 191.a) en relación con el art. 200 de la LPL, incluye en el primer apartado de aquel precepto únicamente las infracciones procedimentales que dan lugar a la nulidad de las actuaciones de instancia. Y menciona en el apartado c) del art. 191 de la LPL las infracciones sustantivas, olvidando que también hay infracciones procesales *in iudicando* que no dan lugar a la nulidad de las actuaciones de instancia. Pero esta omisión no supone que haya una *voluntas legis* de excluir del control suplicacional todas las infracciones *iuris in iudicando* salvo la prevista en el apartado b) del art. 191 de la LPL. El legislador no pretende excluir de la suplicación la posibilidad de denunciar la vulneración de estas normas (como las reglas de la carga de la prueba), lo que obliga a subsumirlas en el apartado c) del art. 191 de la LPL.

A favor del control suplicacional de estos medios probatorios podría utilizarse un argumento de autoridad consistente en que si el TS admitió a la sazón, respecto de la casación civil (que constituye un recurso mucho más próximo al modelo ideal de recurso extraordinario que la suplicación), además del error de hecho fundado en prueba documental, el denominado error de derecho en la apreciación de la prueba tasada, por ejemplo por infringirse la norma legal que regulaba la apreciación de la prueba de confesión⁹, lo que ampliaba las posibilidades de control de la valoración probatoria de instancia por parte del tribunal de casación, no parece que en el recurso de suplicación, cuyas limitaciones en la *cognitio* del tribunal *ad quem* son mucho menores, deba obviarse el control de la aplicación de las normas que regulan la valoración de la prueba tasada, lo que permite ampliar el

⁹ Sentencias de la Sala Civil del TS de 1-4-1982, RJ 1931; 30-5-1991, RJ 3945; 21-6-1991, RJ 4568; 21-2-1992, RJ 1422; 13-5-1994, RJ 3579; 26-5-1995, RJ 4130; 2-7-1996, RJ 5550; y 5-11-1996, RJ 9276.

control suplicacional de la apreciación de la prueba efectuada por el juzgado de instancia ¹⁰.

Pero el verdadero argumento que obliga a admitir esta posibilidad radica en la sinrazón de excluir del control suplicacional la aplicación por el Juez de lo Social de una auténtica norma jurídica, como es la que atribuye fuerza probatoria tasada a un medio de prueba. Si el juez *a quo* se equivoca al aplicar la norma procesal que atribuye virtualidad a un medio probatorio, no hay motivo para negar el examen suplicacional de si la aplicación de este precepto legal ha sido correcta o no. Es cierto que la suplicación prevé un motivo específico [el apartado b) del art. 191 de la LPL] que se ocupa de los errores en la apreciación de dos únicos medios probatorios (documental y pericial), pero ello no conlleva la imposibilidad de denunciar el error en la aplicación de las normas que regulan otros medios de prueba, que no están excluidas de este recurso. La mención expresa a estos dos medios probatorios no excluye los restantes.

En cuanto a los medios probatorios sujetos al sistema de valoración tasada, no ofrece duda que la pretensión revisora basada en la prueba documental debe articularse por la vía del apartado b) del art. 191 de la LPL, con independencia de que se trate de un documento que goce de fuerza probatoria plena o no. Respecto de la prueba de interrogatorio de la parte, el art. 316.1 de la LEC contiene una regla de valoración que limita la discrecionalidad del juez, estableciendo que debe considerar como ciertos los hechos 1) si la parte los reconoce como tales, 2) intervino en ellos personalmente, 3) su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial, y 4) la prueba no está contradicha por el resultado de los demás medios probatorios. A nuestro juicio, pese a las limitaciones a la eficacia probatoria del interrogatorio de la parte establecidas por la LEC, ello supone que, en caso de que concurren los citados requisitos, existe un mandato legal concreto y determinado que obliga a atribuir a esta prueba un determinado valor, lo que configura un medio de prueba tasado. Y cabe la denuncia suplicacional de la infracción del art. 316.1 de la LEC como un error en la apreciación de la prueba ¹¹. El único límite al control suplicacional de la aplicación de este

¹⁰ A favor del control suplicacional de la aplicación de las normas jurídicas que rigen la valoración tasada de la prueba documental y de interrogatorio de la parte se han pronunciado COLMENERO GUERRA, J. A.: *El recurso de suplicación. (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 350 y 351 y VÁZQUEZ DÍAZ, X.: «Modificación en suplicación de los hechos probados fuera de los estrictos cauces del art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral: en especial, el error de derecho en la valoración de la prueba y las reglas de la sana crítica», *AS* núm. 4, 2002, *passim*.

¹¹ SEGALÉS FIDALGO, J.: *La prueba documental en el proceso de trabajo*, Comares, Granada, 2002, pág. 53, sostiene que cualquier reconocimiento de hechos que se ajuste a lo establecido el art. 316 de la LEC habrá de ser recogido en la sentencia, so pena de nulidad.



precepto puede derivar de la falta de intermediación del TSJ y de las limitaciones derivadas de la parquedad de las actas del juicio oral, en cuanto no recojan adecuadamente el contenido de la prueba de interrogatorio de la parte u otras pruebas personales que puedan contradecirla.

La posibilidad de controlar en suplicación la aplicación de las normas jurídicas que atribuyen un efecto vinculante a medios probatorios distintos de la pericial o documental ha sido admitida por diferentes TSJ ¹².

2. MEDIOS DE PRUEBA SUJETOS AL SISTEMA DE VALORACIÓN LIBRE

La siguiente cuestión que se plantea consiste en determinar si puede ampliarse la noción de error en la apreciación de la prueba, a fin de incluir los supuestos en los que no se infringen normas de prueba tasada, sino las que regulan la prueba sometida al sistema de valoración libre. Como quiera que en todos los casos en que la LEC se refiere a medios probatorios sometidos al sistema de valoración libre de la prueba, utiliza la expresión «reglas de la sana crítica», la cuestión suscitada consiste en determinar si ésta tiene un contenido normativo susceptible de ser invocado en suplicación (o en casación) cuando la sentencia de instancia lo infrinja.

En relación con el recurso de casación civil ha habido tanto pronunciamientos de la doctrina científica favorables ¹³ como contrarios ¹⁴ al control

A nuestro juicio, el error en la apreciación de este medio de prueba no tiene por qué conducir a la anulación de la sentencia de instancia. Deberá dictarse una sentencia de suplicación resolviendo el fondo del asunto de acuerdo con la apreciación de la prueba de interrogatorio de la parte que sea conforme con el citado precepto legal, sin necesidad de acudir a la nulidad de la sentencia impugnada.

¹² Al desarrollar los requisitos genéricos de la revisión fáctica suplicacional, han hecho hincapié en la posibilidad de que si un precepto legal atribuye a algún otro medio de prueba distinto de la documental o pericial un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, pueda alcanzarse la modificación fáctica si se denuncia la infracción de dicha norma, las sentencias del TSJ de Andalucía con sede en Málaga de 9-7-1993, RAS 3312 y 21-6-1996, RAS 1763; del TSJ de Cataluña de 31-10-1996, RJ 4819; 8-3-2001, RAS 2006; del TSJ de Extremadura de 17-10-1994, RAS 3813 y 9-11-1995, RAS 4144; del TSJ de Navarra de 5-3-1999, RAS 1355 y 14-1-2000, RAS 7131 y del TSJ del País Vasco de 14-11-2000, RAS 3087; 9-1-2001, RAS 3065 y 16-1-2001, RAS 2993.

VÁZQUEZ DÍAZ, X.: «Modificación en suplicación...», ob. cit., pág. 75, menciona una pluralidad de sentencias de diversos TSJ en este mismo sentido.

¹³ En este sentido se han pronunciado PRIEGO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L.: *Los hechos en casación*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, pág. 19; ALMAGRO NOSETE, J.: «La casación civil», en GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. (coordinador): *Comentarios sobre la reforma procesal (Ley 10/1992, de 30 de abril)*, Editorial Fórum, Oviedo, 1992, pág. 166, y en «Luces y

casacional de la apreciación de los medios de prueba sujetos al sistema de valoración libre. Y se ha argumentado que el control casacional de la apreciación de la prueba debe hacerse por la vía del art. 24 de la CE, que según el art. 5.4 de la LOPJ es suficiente para fundar un recurso de casación, alegando la infracción de un precepto constitucional, pues el art. 24 de la CE veda toda arbitrariedad en el enjuiciamiento que lesione el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que puede ocurrir cuando se produzca un error en la apreciación de la prueba¹⁵. En cuanto al TS, ha habido pronunciamientos en sentido contrario, excluyendo del denominado error de derecho en la apreciación de la prueba los supuestos de valoración libre, en los que el legislador establece que la prueba se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica, como la pericial o testifical¹⁶. En sentido contrario, una línea jurisprudencial admitió el control casacional civil de la aplicación de las reglas de la sana crítica respecto de la prueba pericial cuando su aplicación era ilógica, irracional, disparatada o extraña, abriendo la puerta al control

sombras del recurso de casación civil reformado», en VV.AA.: *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 143; CABAÑAS GARCÍA, J. C.: *La valoración de las pruebas...*, ob. cit., págs. 198 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La reforma processal urgent», *El recurs de cassació*, Jornades del 28, 29 i 30 d'abril de 1994. S'Agaró (Girona), 1.ª edición, Consejo General del Poder Judicial, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1994, pág. 25 y GUASCH FERNÁNDEZ, S.: *El hecho y el derecho...*, ob. cit., págs. 500 y ss.

Un estudio de las posturas doctrinales favorables al control en la casación civil de la aplicación de las reglas de la sana crítica, tras la reforma de la LEC llevada a cabo por la Ley 10/1992, que suprimió el motivo de casación relativo al error en la apreciación de la prueba, lo llevó a cabo GUASCH FERNÁNDEZ, S.: *El hecho y el derecho...*, ob. cit., págs. 375 a 377.

¹⁴ GORDILLO, M.: «Los errores de hecho en casación», en VV.AA.: *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, págs. 675 y 676, consideraba que el error de derecho en la apreciación de la prueba consistía en la infracción de las normas que atribuían el valor a los medios probatorios regidos por la denominada prueba legal y JIMÉNEZ CONDE, F.: *La apreciación de la prueba...*, ob. cit., págs. 135 y ss., identificaba el error de hecho con el relativo a los medios de prueba de libre apreciación, y en las págs. 203 y ss. negaba que los que llama errores puramente fácticos, acacidos al apreciar esta clase de pruebas, pudieran ser depurados en casación.

¹⁵ XIOL RÍOS, J. A., en FERNÁNDEZ MONTALVO, R. y XIOL RÍOS, J. A.: *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La reforma del proceso civil*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 301 a 304.

¹⁶ Han negado que pueda invocarse en casación la infracción de las normas que regulan la apreciación de la prueba pericial, debido a que se trata de un medio probatorio de apreciación libre, sin que el art. 632 de la LEC de 1881 tuviera el carácter de precepto valorativo de la prueba a efectos de casación para acreditar error de derecho, las sentencias de la Sala Civil del TS de 7-3-1998, RJ 1040; 11-4-1998, RJ 2387; 5-10-1998, RJ 7851; 16-10-1998, RJ 7564; 18-1-1999, RJ 148; 26-2-1999, RJ 1133; 16-3-1999, RJ 1657; 18-5-1999, RJ 4047; 16-11-1999, RJ 8300; y 8-3-2002, RJ 2425.



casacional del error en la apreciación de un medio de prueba sometido al sistema de valoración libre¹⁷.

Durante la vigencia de la LEC de 1855 se sostuvo que las reglas de la sana crítica, conforme a las cuales debía valorarse la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, eran la conciencia del juez, solo su conciencia, negando que pudiera denunciarse casacionalmente la infracción de la ley en la apreciación de la prueba testifical porque tal ley no existe¹⁸. Ello ilustra acerca del *quid* de esta cuestión, que radica en determinar si los preceptos que establecen que las pruebas testifical, de reconocimiento judicial, pericial... se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica, constituyen auténticas normas jurídicas, que vinculan al juez que las aplica al apreciar estos medios de prueba. La respuesta debe ser afirmativa. La LEC impone una apreciación de la prueba racional y razonada, excluyendo la arbitrariedad. Y si el Juez de lo Social vulnera alguna de estas normas, su infracción podrá denunciarse en suplicación. Por ello, si partimos de que el mandato legal de valorar conforme a las reglas de la sana crítica estas pruebas constituye una norma jurídica de apreciación de la prueba obligatoria para el juez, que conlleva que debe valorarlas racionalmente, conforme a las máximas de experiencia, excluyendo toda arbitrariedad, parece claro que cuando la apreciación probatoria las haya infringido, cabrá su denuncia en suplicación.

2.1. Prueba pericial

Admitir que pueda denunciarse en suplicación el error en la apreciación de la prueba pericial por la vía del apartado c) del art. 191 de la LPL supondría una duplicidad innecesaria, puesto que la parte podría:

- Al amparo del art. 191.b) de la LPL interesar la revisión de los hechos probados con base en la prueba pericial.
- Y al amparo del art. 191.c) de la LPL denunciar la infracción de la norma jurídica que impone la valoración de la prueba pericial con-

¹⁷ Sentencias de la Sala Civil del TS de 10-2-1988, RJ 937; 25-11-1991, RJ 8481 y 27-11-1991, RJ 8496, cit. por GUASCH FERNÁNDEZ, S.: *El hecho y el derecho...*, ob. cit., pág. 149.

En el mismo sentido se pronunciaron GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M.: *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 289 y 290, y ESPARZA LEIBAR, I.: *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 155, quien explica que en la medida en que el razonamiento judicial que valora la prueba pericial no sea lógico, apartándose de la sana crítica, cabrá la impugnación de la resolución en casación.

¹⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, P.: «Dictamen emitido para responder a una consulta sobre apreciación de la prueba testifical y su censura en casación», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XIII, 1858, pág. 315.

forme a las reglas de la sana crítica (el art. 348 de la LEC), cuando se haya efectuado de forma ilógica, irracional o arbitraria.

A nuestro juicio, todas las cuestiones atinentes al error en la apreciación de la pericia deben ventilarse al amparo del apartado b) del art. 191 de la LPL.

2.2. Prueba testifical

La prueba testifical plantea importantes problemas en esta materia¹⁹. Con carácter general puede afirmarse que la averiguación de los hechos se lleva a cabo mediante una inferencia inductiva, lo que supone que el quehacer cognoscitivo del juez respecto de los hechos se sitúa en el ámbito de las explicaciones probabilísticas²⁰. Ello implica que existe un margen de incertidumbre y de libertad de elección entre opciones en esta materia, lo que conlleva una forma de poder del juez que nunca será del todo controlable²¹. Y si el proceso de averiguación de los hechos no puede reconducirse a un silogismo deductivo sino que se trata de una inferencia inductiva, la conse-

¹⁹ CALVO CABELLO, J. L.: «La valoración de la prueba en el juicio oral», en DELGADO GARCÍA, J. (director): *La prueba en el proceso penal II*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, IX), Madrid, 1996, pág. 431, afirma que ningún medio probatorio puede causar tantos errores judiciales como la testifical, mencionando varios supuestos de testimonios erróneos, incluido uno de transferencia inconsciente.

²⁰ GORPHE, F.: *Las resoluciones judiciales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, pág. 122, sostiene que, objetivamente hablando, las pruebas no pueden proporcionar sino verosimilitudes, puesto que nunca se está seguro de poseer la verdad: no hay certeza sobre nada, fuera de las nociones matemáticas. Asimismo ha sostenido que el razonamiento inferencial probatorio es generalmente de naturaleza probabilística COLMENERO GUERRA, J. A.: *El recurso de suplicación...*, ob. cit., pág. 338, con cita de TARUFFO, M.: *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992, pág. 210. Como explica IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 143, la verdad judicial es esencialmente probabilística.

²¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en VV.AA.: *La sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial XIII), Madrid, 1992, págs. 141 a 146 (este artículo se publicó asimismo en *Doxa*, núm. 12, 1992) siguiendo a FERRAJOLI, L.: «Magistratura Democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaro», en BARCELLONA, P.: *L'uso alternativo del diritto I*, Laterza, Roma-Bari, 1973, págs. 38 y ss. y 107 y ss.

Por su parte, COLMENERO GUERRA, J. A.: *El recurso de suplicación...*, ob. cit., pág. 332, siguiendo a BESSO MARCHEIS: «Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 4, 1991, pág. 1119, sostiene que un criterio importante de racionalidad judicial en la valoración de la prueba consiste en el empleo de reglas de inferencia entre proposiciones relativas a hechos, afirmando la naturaleza inferencial del paso de una a otra proposición.



cuencia es que nos movemos en el territorio de la mera probabilidad, lo que ilustra acerca de las dificultades del TSJ en esta materia.

El problema del control suplicacional de la apreciación de los medios probatorios sometidos al sistema de valoración libre de la prueba (como la testifical) radica en que en ellos el juez puede optar lícitamente por aplicar una máxima de experiencia probatoria u otra. No hay máximas de experiencia probatorias de las que genéricamente se pueda afirmar que son mejores que otras. Si las hubiera, no nos encontraríamos ante un supuesto de valoración libre de la prueba, sino tasada. Ahora bien, la imposibilidad de afirmar en general la preferencia de una máxima de experiencia probatoria respecto de otras, no impide que en cada caso concreto sí que pueda examinarse si la aplicación de una máxima de experiencia probatoria ha sido racional y no arbitraria. El sistema de valoración libre de la prueba se sustenta en la convicción de que no se pueden fijar *ex ante* cuáles son las máximas de experiencia de valoración de la prueba que deben ser aplicadas. Pero ello no supone que una vez evacuada la prueba en un pleito concreto, no deba seleccionarse una máxima de experiencia probatoria conforme a criterios de racionalidad. Y es que el juez de instancia, al valorar la prueba y fijar los hechos probados, otorga un valor prevalente a alguna o algunas de las máximas de experiencia probatorias y esta aplicación concreta de una máxima de experiencia sí que puede ser examinada críticamente, determinando si es una valoración racional de la prueba o no. Lo contrario supondría que la expresión «reglas de la sana crítica» utilizada por el art. 376 de la LEC estaría vacía de contenido, puesto que si ha habido una valoración de una prueba testifical que es claramente irracional, y de ello no se deriva la consecuencia jurídica de que se ha infringido el citado precepto de la LEC (con relevancia suplicacional o casacional, en su caso) forzoso sería concluir la inanidad de esta norma.

Por ello, la existencia de una valoración probatoria que pugne con las reglas de la sana crítica, entendidas como una valoración racional de la prueba, aunque se refiera a un medio probatorio distinto de los mencionados en el art. 191.b) de la LPL, debe dar lugar al acogimiento del motivo del recurso en el que se denuncie la infracción del correspondiente precepto legal. En definitiva, cuando el art. 376 de la LEC establece que la prueba testifical se valorará conforme a las reglas de la sana crítica (añadiendo tres criterios más: la razón de ciencia del testigo, las circunstancias concurrentes y las tachas formuladas), ello supone que esta norma jurídica impone al juez llevar a cabo la valoración probatoria conforme a unos criterios de racionalidad²². Y si el Juez de lo Social realiza una valoración de la prueba testifi-

²² Así, SILGUERO ESTAGNAN, J.: *El control de los hechos...*, ob. cit., pág. 191, sostiene que la referencia a las reglas de la sana crítica en las normas legales, aun cuando no es una

cal arbitraria o irracional, estará vulnerando la mentada norma jurídica. En esta tesitura no hay razón alguna para que el TSJ no pueda controlar suplicacionalmente si la aplicación del citado art. 376 de la LEC ha sido ajustada a derecho, del mismo modo que puede controlar la aplicación de cualquier otra norma jurídica, sin que una apreciación probatoria arbitraria de la prueba testifical deba quedar fuera del control suplicacional²³.

El problema radica en que dentro del concepto «valoración racional de la prueba» caben apreciaciones muy diversas, sin que en la mayoría de los pleitos pueda afirmarse que hay una sola valoración de la prueba que deba considerarse racional y que las restantes son irracionales. Puede haber distintas apreciaciones probatorias en el mismo supuesto, basadas en diferentes máximas de experiencia, que sean válidas. Únicamente en los casos más graves, de valoración irracional o arbitraria de la prueba, cabría postular con éxito un motivo de suplicación basado en la prueba testifical. Así, se incluiría el caso de error grosero: cuando el Juez de lo Social atribuye a un testigo una afirmación que no ha hecho o contraria a lo sostenido por él²⁴.

Además, la testifical es la prueba en la que la inmediatez judicial resulta más importante, lo que dificulta el control suplicacional de si la apreciación de esta prueba ha sido irracional o arbitraria. La apreciación de la prueba está atribuida al órgano judicial de instancia, no al tribunal de suplicación, y en la apreciación de la prueba testifical juega un papel muy importante la inmediatez judicial, de la que carece el tribunal *ad quem*. Se ha sostenido que las palabras no representan ni siquiera la mitad del mensaje. Existe la comunicación no verbal: la palabra suele ir acompañada de gestos o movimientos corporales que subrayan el significado, lo ilustran o lo contradicen²⁵. Por eso, aun cuando las actas de los juicios orales recogie-

norma jurídica valorativa de la prueba, sí que puede considerarse vulnerada cuando el juez haya llevado a cabo una valoración contraria al *standard* normal o lógico de la regla de inferencia a la que hace referencia la expresión: reglas de la sana crítica.

²³ CABAÑAS GARCÍA, J. C.: *La valoración de las pruebas...*, ob. cit., págs. 167 y ss., se ha referido a la noción de verosimilitud en la valoración de la prueba, definiéndola como aquel tipo de convicción que sustentando una tesis de hecho probada sería compartida por la mayoría de las personas en pleno uso de sus capacidades mentales, pertenecientes al país donde se dicta la decisión. Esta noción de verosimilitud sería el tipo de certeza procesal sometida a los avatares del error empírico en la verificación histórica.

²⁴ SEGALÉS FIDALGO, J.: *La prueba documental...*, ob. cit., págs. 51 y 52, diferencia entre el error omisivo y el error activo. Hay que diferenciar el caso en el que el juez desprecia lo afirmado por un testigo, por no atribuirle credibilidad a su declaración (error omisivo) y cuando le atribuye algo que no ha dicho (error activo). Si el juez basa su sentencia en la declaración de un testigo, atribuyéndole una aseveración que no ha hecho y en el acta del juicio se recoge el verdadero contenido de su deposición, se evidenciará la existencia de una apreciación irracional de esta prueba, denunciada en suplicación.

²⁵ CALVO CABELLO, J. L.: «La valoración de la prueba...», ob. cit., 1996, pág. 437.



sen en su integridad las declaraciones de los testigos, pese a ello el tribunal *ad quem* no tendría un conocimiento cabal del resultado de la prueba testifical. Pero es que las actas del plenario no suelen recoger literalmente las declaraciones de los testigos, sino a lo sumo un resumen incompleto de las mismas. Por tanto, la habitual parvedad de las actas del juicio oral, que solo permiten conocer limitadamente las declaraciones evacuadas en el plenario, supone que las posibilidades de control de la apreciación de la prueba testifical por parte del tribunal de suplicación son muy limitadas. Se trata de un supuesto de información asimétrica, en el que se pide al TSJ que corrija al Juez de lo Social pese a que dispone de una información incompleta, inferior a la de éste. La testifical (como la pericial) constituye un supuesto de revisión asimétrica, lo que lastra sus posibilidades de éxito. Pese a ello, si con los datos de que dispone el tribunal *ad quem* (esencialmente, a la vista del acta del juicio oral) constata que se ha producido una apreciación de la prueba testifical que infringe el mandato normativo relativo a su valoración conforme a las reglas de la sana crítica, por ser arbitraria, deberá estimar el motivo en el que se denuncie la existencia de error en la apreciación de esta prueba.

Ello no implica que pueda construirse una vía de revisión de los hechos probados basada en el error en la apreciación de los restantes medios de prueba no mencionados en el art. 191.b) de la LPL que convierta a la suplicación en una suerte de apelación, equiparando el control suplicacional de la apreciación de la prueba testifical, de interrogatorio de las partes o de reconocimiento judicial, con el de la prueba documental o pericial, porque ello supondría subvertir la regulación legal existente. Si el legislador únicamente ha mencionado en el 191.b) de la LPL la prueba documental y pericial, no es posible elevar al mismo nivel el control suplicacional de los restantes medios probatorios. La LPL ha centrado la revisión fáctica suplicacional en la prueba documental y pericial, priorizando el control de estos dos medios probatorios por razones evidentes. En cuanto a la prueba documental, ello obedece a la importancia de este medio probatorio y a la posibilidad de que el tribunal *ad quem* lo aprecie, en principio, en idénticas condiciones que el juez *a quo*. Y respecto de la prueba pericial, se debe a su trascendencia en los pleitos en materia de Seguridad Social. Frente a estos dos medios de prueba, el control suplicacional de los restantes tiene un carácter accesorio. Es cierto que la existencia de unos preceptos legales que imponen valorarlos conforme a las reglas de la sana crítica permite la intervención del TSJ para depurar los errores más graves²⁶. Pero no es posible, por esta vía, con-

²⁶ En este sentido, PÉREZ DEL VALLE, C.: «Búsqueda de la verdad en el proceso penal y “documento casacional”», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1998, pág. 359, afirma que cuando el tribunal de instancia lleva a cabo una interpretación de una declaración testifical que

vertir la suplicación en una especie de apelación, so pena de vulnerar la *voluntas legis*, que claramente no ha pretendido elevar al mismo nivel revisor a todos los medios de prueba.

Por último, la parte recurrente debe tener en cuenta que el único material del que dispone el TSJ para conocer el resultado de la evacuación de la prueba testifical en la instancia es el acta del juicio oral. Ello supone que la argumentación suplicacional debe girar, en principio, en torno a aquello que consta en el acta, que es el único medio de que dispone el tribunal de suplicación para constatar la existencia de error probatorio en la instancia, sin que las meras afirmaciones de la parte acerca de lo que efectivamente sucedió en el juicio oral, huérfanas de sustento, sirvan a esta finalidad.

2.2.1. *Doctrina jurisdiccional*

La mayoría de los pronunciamientos de la Sala Civil del TS sobre esta materia sostuvieron que la prueba testifical no era apta para ser invocada a efectos del error casacional en la apreciación de la prueba²⁷, argumentando que los preceptos que regulaban su valoración no contenían normas de valoración de la prueba y que las reglas de la sana crítica no podían citarse como infringidas, por no constar en normas establecidas²⁸. En sentido contrario, algunas sentencias de la Sala Civil del TS admitieron que la valoración de la prueba testifical era impugnable en casación en los casos en que hubiera sido arbitraria²⁹.

sea disparatada o claramente opuesta al contenido de las declaraciones del testigo (reflejadas en el acta), parece discutible que pueda considerarse una cuestión reservada a la apreciación de los sentidos del tribunal *a quo*.

²⁷ En relación con esta cuestión LASO GAITE, J. F.: «Evolución histórica...», ob. cit., pág. 163, explicó que en las sesiones de la Comisión General de Codificación celebradas en enero de 1881, que cristalizaron en la LEC de 1881, al discutir acerca de la redacción del art. 1692 se sostuvo que en la apreciación de la prueba testifical las Audiencias podían quebrantar las reglas de la sana crítica, cuya apreciación correspondía al TS.

²⁸ Sentencias de la Sala Civil del TS de 9-12-1981, RJ 5153; 1-12-1982, RJ 7454; 25-10-1984, RJ 4978; 10-5-1985, RJ 2266; 30-1-1986, RJ 342; 14-7-1986, RJ 4509; 8-7-1987, RJ 5187; 14-7-1987, RJ 5491; 25-3-1988, RJ 2472; 26-5-1988, RJ 4339; 16-2-1989, RJ 970; 13-4-1989, RJ 3049; 4-7-1989, RJ 5291; 20-2-1990, RJ 703; 9-7-1990, RJ 5786; 11-7-1990, RJ 5854; 22-1-1991, RJ 305; 5-2-1991, RJ 992; 13-2-1991, RJ 1263; 21-12-1992, RJ 10706; 5-5-1997, RJ 3671; 28-10-1997, RJ 7340; 2-12-1997, RJ 8696.

²⁹ Sentencias de la Sala Civil del TS de 20-7-1989, RJ 5767, que admitió, como excepción a la regla general contraria al control casacional de este medio probatorio, los supuestos en los que la apreciación no responda a un criterio racional o se haya prescindido o se contraríe la razón de ciencia y las circunstancias concurrentes; 3-7-1992, RJ 6047, en caso de que las deducciones de la Sala sean contrarias a toda lógica; 21-9-1992, RJ 7013, cuando la aprecia-



En lo que respecta a la Sala Social del TS, diferentes pronunciamientos negaron que los arts. 659 de la LEC de 1881 y 1248 del CC (que regulaban la fuerza probatoria de la testifical) fueran invocables en los motivos casacionales relativos al denominado error de derecho en la apreciación de la prueba, por su carácter admonitivo³⁰, indicativo u orientador³¹ o argumentando que otorgaban una amplia facultad de apreciación, por lo que difícilmente podía estimarse que contuvieran reglas valorativas de la prueba³². En sentido contrario puede citarse la sentencia de la Sala Social del TS de 20-7-1988³³, que estimó un motivo casacional en el que se denunciaba el error de derecho en la apreciación de las pruebas, invocando los arts. 1232 y 1233 del CC (que regulaban la prueba de confesión). El TS consideró que este error se había producido, revisando un hecho probado con base no solo en la prueba de confesión sino también en la testifical, que el juez de instancia había apreciado erróneamente.

En cuanto a los pronunciamientos de los TSJ, hay un número abrumador de sentencias contrarias a la posibilidad de que pueda denunciarse el error probatorio basado en prueba testifical³⁴. Pero se trataba de supuestos en los que se había pretendido la revisión fáctica *ex art. 191.b)* de la LPL³⁵, lo que pugnaba con el tenor literal de la ley. Cuestión distinta es que se formule un motivo suplicacional al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL en el que se denuncie la infracción de los preceptos que regulan la apre-

ción de los testimonios sea ilógica o disparatada; 26-5-1995, RJ 4130, que aprecia la existencia de error de derecho en la apreciación de prueba testifical (y de confesión), reexaminando la declaración de los testigos y revocando la sentencia de la Audiencia Provincial; 2-12-1997, RJ 8696, en los supuestos especialísimos y excepcionales en que la apreciación de la testifical sea arbitraria; y la de 19-7-1995, RJ 5714, cuando la apreciación probatoria sea ilógica, arbitraria, o contraria a la razón de ciencia de los testigos.

³⁰ Sentencias de la Sala Social del TS de 30-4-1985, RJ 1941; 16-7-1986, RJ 4156 (con cita de las de 20-6-1958, RJ 2676; 16-10-1958, RJ 2948 y 22-12-1958, RJ 3990); 1-10-1987, RJ 6794 y 16-11-1988, RJ 8595.

³¹ Sentencia de la Sala Social del TS de 7-3-1985, RJ 1290, con cita de la de 12-6-1978, RJ 2282.

³² Sentencia de la Sala Social del TS de 13-7-1983, RJ 3780.

³³ RJ 6206.

³⁴ Entre otras muchas sentencias, en contra de la eficacia revisora suplicacional de la prueba testifical se han pronunciado los TSJ de Andalucía con sede en Málaga, en sentencia de 21-1-2000, RAS 144; Andalucía con sede en Sevilla de 19-7-2001, RAS 3298; Aragón de 14-12-1998, RAS 7103; Asturias de 19-10-2001, RAS 3767; Cantabria de 20-6-2001, RAS 3026; Castilla-La Mancha de 26-2-2001, RAS 1432; Castilla y León con sede en Valladolid de 19-3-2001, RAS 2200; Cataluña de 17-7-2001, RAS 3553; Comunidad Valenciana de 10-4-2001, RAS 3672; Galicia de 28-9-2001, RAS 3000; Madrid, Sección 2.ª de 17-7-2001, RAS 3687; Murcia de 4-6-2001, RAS 2457 y País Vasco de 25-9-2001, RAS 3373.

³⁵ O con base en el art. 190.b) de la LPL de 1990.

ciación de este medio probatorio. A favor de la posibilidad de controlar suplicacionalmente la apreciación de la prueba testifical se han pronunciado los TSJ siguientes.

- El TSJ de Andalucía con sede en Málaga, en sentencia de 9-10-1998³⁶ ha afirmado que, pese al carácter extraordinario de la suplicación, que impide a la Sala valorar el conjunto de la prueba, ésta tiene la facultad de decidir si la valoración de la prueba testifical efectuada en la instancia está hecha con arreglo a la sana crítica.
- El TSJ de Baleares, en sentencia de 22-12-1997³⁷ ha sostenido que el tribunal de suplicación tiene la facultad de decidir si la valoración que hizo el juez de instancia de la prueba testifical está hecha con arreglo a la sana crítica, evitando que se haya producido la indefensión prohibida por el art. 24 de la Constitución.
- El TSJ de la Comunidad Valenciana ha admitido esta posibilidad con base en dos líneas argumentales distintas. Algunas sentencias vienen a utilizar un argumento de autoridad, citando sentencias de la Sala Civil o Social del TS que han admitido el control casacional del error en la apreciación de la prueba testifical cuando sea ilógica o arbitraria³⁸. Así, la sentencia de 3-2-1998³⁹, cuyo ponente fue Gonzalo Moliner Tamborero, con impecable técnica jurídica, tras negar en su FJ primero que la prueba testifical sea idónea para la revisión fáctica suplicacional *ex* art. 191.b) de la LPL, en su FJ segundo examina una denuncia de error de derecho por infracción del art. 105 de la LPL, argumentando que el juez puede apoyar su relato fáctico en una prueba testifical, aunque sea de un solo testigo, mientras no sea falso o la interpretación hecha por el juez de lo que

³⁶ RAS 7758.

³⁷ RAS 4678.

³⁸ La sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 11-10-1995, RAS 3865, sostiene que, pese a que la suplicación es un recurso extraordinario que impide a la Sala valorar el conjunto de la prueba, sí que tiene la facultad de decidir si la valoración de la prueba testifical efectuada en la instancia está hecha con arreglo a la sana crítica, citando las sentencias de la Sala Social del TS de 13-10-1986, 22-3-1988 y 27-7-1988 y las de la Sala Civil del TS de 23-12-1980 y 29-3-1980.

Y la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 22-4-1998, RAS 1951, considera que la suplicación es un recurso extraordinario que impide a la Sala valorar el conjunto de la prueba, pero sí que tiene la facultad de decidir si la valoración que el juez de instancia hizo de la prueba testifical está hecha con arreglo a la sana crítica, basándose para ello en la doctrina sentada por la Sala Civil del TS en sentencias de 13-10-1980 y 29-3-1980. Es decir, admite el control suplicacional de la apreciación de la prueba testifical debido a que la Sala Civil del TS lo admitía respecto del recurso de casación.

³⁹ RAS 99.



el testigo dijo se acomode a la versión dada y no sea ilógica, irracional o arbitraria, citando la sentencia de la Sala Civil del TS de 19-7-1995⁴⁰.

Otro grupo de sentencias de este TSJ de la Comunidad Valenciana han admitido la revisión fáctica suplicacional basada en prueba testifical o de confesión en los supuestos extremos en que por haberse realizado una valoración arbitraria y diametralmente opuesta a las reglas de la sana crítica, se haya podido generar una situación de indefensión que, por afectar a un derecho fundamental, puede ser corregida en cualquier instancia⁴¹.

- El TSJ de Galicia, en sentencias de 15-4-2000, 13-7-2000 y 26-6-2001⁴², ha admitido el control suplicacional de la apreciación de la prueba testifical, siempre que los razonamientos que han llevado al Juzgador a su conclusión fáctica carezcan de la exigible lógica, por no haberse ajustado la valoración de la prueba a la sana crítica⁴³.
- El TSJ de Navarra, en sentencias de 28-9-2001 y 28-6-2002⁴⁴ también ha admitido excepcionalmente el control suplicacional del error en la apreciación de la prueba testifical cuando los razonamientos fácticos carezcan de la exigible lógica, por no haberse ajustado la valoración de la prueba a la sana crítica.

2.3. Interrogatorio de las partes en cuanto a los extremos ajenos a la apreciación tasada

El apartado 2.º del art. 316 de la LEC establece que, cuando no concurren los requisitos del apartado 1.º, las declaraciones de las partes se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica. Se trata de prueba valorada conforme al sistema de apreciación libre. Y las mismas razones que permiten la revisión fáctica suplicacional fundada en prueba testifical obligan a admitir la modificación histórica basada en este medio de prueba, el cual se

⁴⁰ RJ 5714.

⁴¹ Sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 25-5-2000, RAS 282137; 25-1-2001, RAS 165187; 15-2-2001, RAS 2661; 22-5-2001, RAS 3857; 28-6-2001, RAS 1861; 10-7-2001, RAS 57300; 20-10-2001, RAS 84066; 12-12-2001, RAS 2002/3281 y de esta misma fecha RAS 2002/267572.

⁴² RAS 1248, RAS 1962 y RAS 1491, respectivamente. Estas resoluciones citan en apoyo de su tesis las sentencias del TS de 13-10-1986, 22-3-1988 y 20-7-1988.

⁴³ En sentido contrario, las sentencias del TSJ de Galicia de 31-8-1998, RAS 5780; 24-9-1999, RAS 3030; 11-10-2000, RAS 3531; 31-5-2001, RAS 218563 y 4-6-2002, RAS 3236, han rechazado la posibilidad de controlar suplicacionalmente la prueba testifical.

⁴⁴ RAS 3882 y RAS 2449, respectivamente.

enfrenta a problemas similares, centrados en la insuficiencia de las actas del juicio oral. Con carácter general, cabe distinguir entre el error omisivo y el error activo. Si el juez basa un hecho probado en una afirmación de una de las partes realizada en la prueba de interrogatorio y el acta del juicio oral acredita que no efectuó esa manifestación sino otra distinta, se tratará de un error probatorio con relevancia suplicacional.

2.4. Medios audiovisuales y soportes electrónicos

A nuestro juicio, los medios audiovisuales y soportes electrónicos se aportan al proceso como prueba documental. Y en el recurso de suplicación el error probatorio basado en ellos debe articularse al amparo del apartado b) del art. 191 de la LPL. Pero aunque se admita la postura contraria, considerándolos como un medio de prueba autónomo, ello no excluiría radicalmente la posibilidad del control suplicacional del acierto en su apreciación, por la vía del error en la apreciación de medios de prueba distintos de la documental o pericial, si bien sería preciso formular un motivo de suplicación al amparo del art. 191.c) de la LPL, invocando la norma de apreciación de estos medios y soportes que hubiera sido infringida, quedando al margen del motivo suplicacional en torno al cual gira el núcleo de las revisiones históricas suplicacionales: el del art. 191.b) de la LPL.

3. REQUISITOS DEL MOTIVO SUPLICACIONAL

En relación con el denominado error de derecho en la apreciación de la prueba, la Sala Social del TS estableció como requisitos esenciales, cuyo incumplimiento determinaba el fracaso del motivo casacional, la cita de la norma jurídica valorativa de la prueba que hubiera sido infringida y la proposición de una modificación de los hechos⁴⁵. Extrapolando estos requisitos al recurso de suplicación, el éxito de un motivo de esta índole requeriría

⁴⁵ Las sentencias de la Sala Social del TS de 2-3-1987, RJ 1305; 26-1-1988, RJ 57; 19-7-1988, RJ 6194 y 22-12-1989, RJ 9261, han desestimado motivos casacionales en los que se denunciaba el error de derecho en la apreciación de la prueba debido a que el recurrente no había citado norma valorativa de la prueba que hubiera podido ser desconocida por el juzgador, ni proponía una rectificación de los hechos probados. Y las sentencias de la Sala Social del TS de 26-6-1982, RJ 4088; 6-12-1982, RJ 7451; 22-11-1984, RJ 5880; 13-10-1986, RJ 5447; 4-12-1986, RJ 7272; 16-6-1987, RJ 4376; 23-11-1987, RJ 8042; 20-6-1988, RJ 5436; y 16-10-1989, RJ 7273, han rechazado motivos casacionales relativos al error de derecho en la apreciación de la prueba debido a la falta de cita de la norma valorativa de la prueba infringida por el juzgador.

1) que se formule un motivo suplicacional en el que se denuncie el error en la apreciación de este medio de prueba. Nos encontramos al margen del apartado b) del art. 191 de la LPL, pues este precepto solo autoriza las revisiones basadas en prueba documental o pericial, lo que suscita el problema de si debe formularse al amparo del apartado a) o del c) del art. 191 de la LPL. 2) Que se cite la norma jurídica reguladora de la apreciación de la prueba que ha resultado infringida⁴⁶. Y 3) que se identifique el hecho probado que se pretende modificar, explicando cuál es la revisión fáctica que se pretende. Los dos últimos requisitos no ofrecen una especial dificultad, ni su exigencia constituye un exceso rigorista. La principal problemática gira en torno a la determinación de cuál es el apartado del art. 191 de la LPL que faculta para la denuncia de la infracción de las normas que regulan la apreciación de los medios de prueba distintos de la documental y pericial. A nuestro juicio, esta cuestión debe resolverse sobre la base de las consideraciones siguientes.

1) Durante la vigencia de la LEC de 1881 hubo tres etapas en cuanto a los motivos de casación:

1.ª) Desde 1881 hasta 1984 (cuando entró en vigor de la Ley 34/1984)

En ella, el art. 1692.1.º de la LEC se refería a la infracción de leyes o doctrinas legales y el art. 1692.7.º desarrollaba un motivo casacional oponible «*cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho*». El error en la apreciación de la prueba debía articularse al amparo del art. 1692.7.º⁴⁷.

⁴⁶ Cabría plantearse la posibilidad de impugnar en suplicación la apreciación probatoria de instancia por la vía de denunciar la infracción del art. 97.2 de la LPL, en cuanto la fijación de los hechos se habría llevado a cabo sin sujeción a lo previsto en la citada norma. Sin embargo, el citado precepto parece referirse más a la necesidad de exteriorizar el razonamiento probatorio que a la corrección intrínseca del mismo.

En el ámbito de la casación penal NIEVA FENOLL, J.: *El hecho y el derecho en la casación penal*, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 161 y 162, ha defendido el control de la aplicación de las máximas de experiencia de la apreciación probatoria al amparo del art. 741 de la LECrim, que establece que «el Tribunal, apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta ley».

⁴⁷ En este sentido se pronunciaron CARRERAS LLANSANA, J.: «Técnica del recurso...», ob. cit., págs. 608, nota 16 y 610; GORDILLO, M.: «La casación civil», *Revista de Derecho Procesal*, 1965-IV, pág. 17; GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., tomo II, 3.ª edición, págs. 830 y 831; GÓMEZ ORBANEJA, E. Y HERCE QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Civil*, volumen 1.º, 8.ª edición, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1976, pág. 492; JIMÉNEZ CONDE, F.: *La apreciación de la prueba...*, ob. cit., págs. 149 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *La casación civil...*, ob. cit., págs. 71 y ss.; y PRIEGO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L.: *Derecho procesal civil*, volumen 1.º, 3.ª edición, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 272 y 273.

2.^a) Desde 1984 hasta 1992 (cuando entró en vigor la Ley 10/1992)

El art. 1692.4.º de la LEC hacía referencia al «*error en la apreciación de la prueba basado en documentos*». Y el art. 1692.5.º mencionaba la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia. Su incidencia en la casación social se debe a que el art. 205 de la LPL es traspunto del art. 1692 de la LEC de 1881, en la redacción conforme a la Ley 34/1984⁴⁸.

En la doctrina científica se sostuvo que el motivo de casación previsto en el apartado 4.º del art. 1692 de la LEC se constreñía al error de hecho, puesto que el error de derecho en la apreciación de la prueba requería que se produjese una infracción de una norma jurídica, sustantiva o procesal, por lo que quedaba incluido dentro del apartado 5.º del art. 1692 de la LEC, debiendo articularse como una infracción de una norma del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia⁴⁹. Por consiguiente, la doctrina científica sostuvo que el denominado error de derecho al apreciar medios de prueba distintos de aquél que tenía un motivo específico (la documental) constituía un error *in iudicando* que debía articularse al amparo del motivo relativo a la infracción de normas jurídicas o de la jurisprudencia.

3.^a) Desde 1992 hasta 2001 (cuando entró en vigor la LEC de 2000)

La Ley 10/1992 suprimió el motivo casacional relativo al error de hecho y en consecuencia el motivo 5.º del art. 1692 pasó a ser el 4.º.

En esta etapa, la doctrina científica⁵⁰ y la Sala Civil del TS⁵¹ consideraron que la infracción de las normas de apreciación de la prueba tenía que

⁴⁸ El apartado V de la exposición de motivos de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral, explica: «La plena integración de los órganos del orden jurisdiccional social en una estructura judicial relativamente uniforme ha de tener, lógicamente, reflejo en la legislación procesal. Desde este punto de vista la Ley ha buscado aproximar la regulación procesal laboral a la civil, allí donde tal aproximación era posible. La ordenación del recurso de casación por error en la apreciación de la prueba (...) son buenos ejemplos de esa tendencia».

⁴⁹ En este sentido se pronunciaron SERRA DOMÍNGUEZ, M. en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (coordinador): *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 846 y 847; y en ALBALADEJO GARCÍA, M. (director): *Comentarios al Código...*, ob. cit., tomo XVI, volumen 2.º, 2.ª edición, págs. 25 y 543 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: «Caracteres principales de la casación civil en la reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista de Derecho Procesal* 1985,1, pág. 226; MORÓN PALOMINO, M.: «El control de los hechos en el recurso de casación civil», en VV.AA.: *Jornadas sobre la reforma del Proceso Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág. 226 y JIMÉNEZ CONDE, F.: «Motivos de casación, con especial referencia a la revisión de los hechos», en VV.AA.: *Jornadas sobre la reforma del Proceso Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág. 259.

⁵⁰ XIOL RÍOS, J. A., en FERNÁNDEZ MONTALVO, R. y XIOL RÍOS, J. A.: *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., tomo I, pág. 302; MUÑOZ SABATÉ, LL.: «La valoración de la prueba y su impug-

alegarse en casación por la vía del apartado 4.º del art. 1692 de la LEC, que mencionaba la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, y no por la vía del apartado 3.º del art. 1692 del citado texto legal, que se ocupaba del quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de los actos y garantías procesales. En el mismo sentido, la Sala Social del TS ha sostenido que el error en la apreciación de medios de prueba distintos de la documental debe denunciarse por la vía del motivo casacional relativo a la infracción del derecho sustantivo: el apartado e) del art. 205 de la LPL⁵² y no el apartado c) de este precepto⁵³.

Por tanto, respecto de la casación, pese a tener un motivo del recurso dirigido expresamente a impugnar la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, el TS ha considerado que el error en la apreciación de estas pruebas debía formularse al amparo del motivo relativo a la infracción de las normas del ordenamiento jurídico. Con mayor razón aún, en suplicación (que carece de un motivo específico de denuncia de las infracciones de la sentencia) esta clase de impugnaciones deberá formularse al amparo del

nación tras la reforma del recurso de casación civil», *La Ley*, 1993-3, pág. 1017; SERRA DOMÍNGUEZ, M., en MONTERO AROCA, J. (coordinador): *La reforma de los procesos civiles*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 260 y ss.; PICÓ I JUNOY, J.: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 138; GUASCH FERNÁNDEZ, S.: *El hecho y el derecho...*, ob. cit., págs. 484 y 485; GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M.: *La peritación como medio...*, ob. cit., págs. 286 y 287; ESPARZA LEIBAR, I.: *El dictamen de peritos...*, ob. cit., págs. 77 y 78; y VÁZQUEZ DÍAZ, X.: «Modificación en suplicación...», ob. cit., pág. 60.

⁵¹ La Sala Civil del TS ha dictado una pluralidad de sentencias examinando motivos de casación en los que, al amparo del art. 1692.4.º de la LEC de 1881, en la redacción conforme a la Ley 10/1992, se alegaba la infracción de normas relativas a la valoración de medios de prueba, sin cuestionar que el motivo se hubiera formulado por un cauce equivocado, o en las que el propio TS estableció que debían articularse por la vía del art. 1692.4.º de la LEC: sentencias de 14-11-1994, RJ 8485; 19-10-1996, RJ 7508; 5-5-1997, RJ 3671; 11-6-1998, RJ 4679; 3-7-1998, RJ 5411; 9-7-1998, RJ 6115; 29-7-1998, RJ 6378; 30-10-1998, RJ 7555; 19-6-1999, RJ 4615; 16-11-1999, RJ 8300 y 25-1-2000, RJ 118.

⁵² O el correlativo art. 204 de la LPL de 1990, durante su vigencia.

⁵³ Sentencias de la Sala Social del TS de 26-12-1990, RJ 9833 y 9-2-1993, RJ 757 y auto de 17-1-1997, RJ 1833, este último cit. por VÁZQUEZ DÍAZ, X.: «Modificación en suplicación...», ob. cit., pág. 73.

En el mismo sentido se pronunció CABAÑAS GARCÍA, J. C.: «Algunas reflexiones en torno a la nueva casación laboral», *Documentación Laboral*, núm. 34, 1991, pág. 185, quien consideraba que el error de hecho fundado en prueba documental, previsto en el art. 204.d) de la LPL de 1990, no era sino un supuesto específico de error de derecho en la apreciación de la prueba, por lo que diferenciaba entre lo que llamaba «error de derecho en la apreciación de la prueba, con carácter general», denunciable *ex art.* 204.e) de la LPL de 1990, y el error de derecho cuando versaba sobre la prueba de documentos, que a su juicio podía denunciarse por los apartados d) y e) de este precepto.

motivo del recurso dirigido a combatir las infracciones de las normas sustantivas y no procedimentales. Y la doctrina procesal-laboral hizo hincapié en la identificación entre el motivo de suplicación previsto en el art. 191.c) de la LPL y el de casación civil recogido en el art. 1692.4.º de la LEC de 1881, en la redacción conforme a la Ley 10/1992, postulando la traslación al recurso de suplicación de buena parte de la configuración doctrinal y jurisprudencial relativa a este motivo casacional civil⁵⁴.

- 2) Respecto de la nueva LEC, la doctrina procesal está dividida. Algunos autores consideran que el error en la apreciación de la prueba será denunciante al amparo del art. 477, del mismo modo que anteriormente se invocaba el art. 1692.4.º de la LEC de 1881⁵⁵. En cambio, otros han defendido el control casacional de la valoración de la prueba pericial por la vía del art. 469 de la LEC, mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, y no *ex* art. 477.1 de la LEC, porque no nos encontramos con la denuncia de la infracción de un precepto sustantivo sino procesal⁵⁶.

A nuestro juicio, la LEC de 2000 ilustra nítidamente acerca de por qué la denuncia del error en la apreciación de los medios de prueba que no tengan un motivo específico debe hacerse al amparo del motivo relativo a la infracción de las normas sustantivas y no de los motivos referentes al quebrantamiento de las formas procesales. En efecto, la nueva LEC prevé que habrá un tribunal *ad quem* diferente (aunque esta previsión todavía no ha entrado en vigor) en función de que se denuncie una infracción procedimental *ex* art. 469 de la LEC, cuya resolución se atribuye al correspondiente TSJ, o bien «*la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones obje-*

⁵⁴ VÁZQUEZ DÍAZ, X.: «Modificación en suplicación...», *ob. cit.*, págs. 56 y 57, contrapone la incertidumbre respecto de una eventual equiparación entre los motivos de casación previstos en los apartados 1.º a 3.º del art. 1692 de la LEC de 1881 y el motivo suplicacional del art. 191.a) de la LPL (aunque concluye que a grandes rasgos sí que estaríamos ante el mismo motivo de denuncia), y la identificación clara entre el art. 1692.4.º de la LEC de 1881, en su postrera redacción, y el art. 191.c) de la LPL.

⁵⁵ El art. 477 de la LEC de 2000 contiene el motivo único del recurso de casación: la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Una cita de una pluralidad de autores que mantienen esta tesis la lleva a cabo VÁZQUEZ DÍAZ, X.: «Modificación en suplicación...», *ob. cit.*, pág. 67. En este sentido se ha pronunciado el auto del TS de 19-2-2002, RJ 3203.

⁵⁶ PLANCHADELL GARGALLO, A.: «Valoración de la prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Tribunales de Justicia*, núm. 7, julio 2000, pág. 785; CUBILLO LÓPEZ, I.: «La prueba de peritos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Tribunales de Justicia*, núm. 4, abril 2002, págs. 40 y 41; BONET NAVARRO, A.: *Los recursos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 182 y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coordinador): *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 261 y ss.

to del proceso», atribuida al TS, salvo cuando el recurso se funde en la violación de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma⁵⁷. Cuando se encomiende a los TSJ la competencia para conocer del recurso por infracción procesal, si la denuncia de la vulneración de las normas de apreciación de la prueba se articulase por la vía del art. 469 de la LEC, se produciría la paradoja de que el TSJ podría apreciar la existencia de este error, pero no podría resolver el fondo del litigio, pues ello incumbe al TS (salvo cuando el recurso verse sobre Derecho civil, foral o especial de la Comunidad Autónoma). Y es que la apreciación de la prueba no es sino un paso más del silogismo judicial mediante el cual se lleva a cabo la actividad enjuiciadora por lo que, atribuido al TS el control casacional de ésta, el error en la apreciación de la prueba también debe encomendarse al TS. Se trata de una infracción de una norma procesal pero que afecta al proceso lógico de enjuiciamiento, que requiere la aplicación tanto de normas sustantivas como de apreciación de la prueba, formando parte estas últimas del silogismo judicial.

- 3) Aunque en la actualidad la mayor parte de la doctrina científica considera que las normas de apreciación de la prueba tienen naturaleza procesal⁵⁸, CALAMANDREI sostenía que la infracción de las normas

⁵⁷ El primero es el recurso extraordinario por infracción procesal. El segundo, el recurso de casación, con un único motivo, relativo a la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

La disposición final decimosexta de la LEC de 2000 establece que el recurso extraordinario por infracción procesal será competencia del TS hasta que se atribuya a los TSJ la competencia para conocerlo, dejando entre tanto sin aplicación los correspondientes preceptos legales.

⁵⁸ GUASP, J.: *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Imprenta La Cruz, Oviedo, 1945, pág. 12, y en *Derecho Procesal Civil*, volumen I, 3.ª edición, Madrid, 1968, pág. 322, consideró que las normas reguladoras de la prueba material pertenecían al Derecho privado y las normas reguladoras de la prueba procesal pertenecían al Derecho procesal; JIMÉNEZ CONDE, F.: *La apreciación de la prueba...*, ob. cit., págs. 91 y ss., sostiene que las normas que regulan el valor de las pruebas son procesales aunque de carácter material; SERRA DOMÍNGUEZ, M., en ALBALADEJO GARCÍA, M. (director): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, volumen 2.º, 2.ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, págs. 4 a 7, se adhiere a la doctrina dominante que considera que las normas probatorias tienen carácter procesal; GUASCH FERNÁNDEZ, S.: *El hecho y el derecho...*, ob. cit., págs. 243 a 245, se ha pronunciado en el mismo sentido y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 5.ª edición, Colex, Madrid, 2003, pág. 228, asimismo les atribuye carácter procesal.

En sentido contrario, NÚÑEZ-LAGOS, R.: «La fe pública especial», *Revista de Derecho Notarial*, núm. XVII-XVIII, julio-diciembre, 1957, pág. 39, sostuvo que las normas probatorias relativas a la prueba legal eran normas materiales. Por su parte, FAIRÉN GUILLÉN, V.: «Reglas de la sana crítica y casación (sobre la STS 1.ª de 7 de febrero de 1990)», *Revista de Dere-*

relativas a la actividad enjuiciadora constituía un error *in iudicando*⁵⁹. En el mismo sentido, en la doctrina científica española se ha distinguido entre el juicio (el planteamiento y resolución del silogismo judicial) y la actividad (el proceder o formalidades seguidas en el proceso instruido hasta llegar al planteamiento y resolución de dicho silogismo)⁶⁰. Los errores *in iudicando* afectarían al primer grupo y los errores *in procedendo* al segundo. Estos últimos se refieren a los defectos en la tramitación, siendo ajenos a la aplicación de las normas al caso y a los hechos objeto del pleito⁶¹. Y en la doctrina procesal se ha sostenido que, junto a la distinción tradicional entre errores *in procedendo* y errores *in iudicando*, hay que distinguir un tercer subgrupo integrado por los denominados errores de actividad lógica. Así, mientras los errores *in procedendo* hacen referencia a los producidos hasta el dictado de la sentencia,

cho Procesal, núm. 1, 1991, pág. 31, afirma que las normas de apreciación de la prueba son normas que no pertenecen propiamente al procedimiento pero que tampoco configuran un error *in iudicando* puro, pues la norma vulnerada no lo ha sido al ser aplicada directamente sobre el fondo. En cuanto a las diversas teorías relativas a la naturaleza procesal o sustantiva de las normas probatorias *vide* DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, 6.º edición, Zavallá Editor, Buenos Aires, 1988, págs. 41 a 54, quien menciona cinco tesis distintas.

⁵⁹ CALAMANDREI, P.: *La casación civil*, (traduc. de N. Alcalá-Zamora), tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, págs. 302 y ss.

⁶⁰ GUASCH FERNÁNDEZ, S.: *El hecho y el derecho...*, ob. cit., págs. 243 a 245, explica que los procesalistas y los civilistas franceses de principios del siglo XIX consideraban que las normas de procedimiento probatorio eran normas procesales, mientras que las normas relativas a la admisibilidad y valoración de los medios probatorios eran normas materiales. Como quiera que la citada doctrina fue autora del *Code Civile* de 1804 y del *Code de Procédure Civile* de 1806, esta distinción se plasmó en los reseñados textos legales y fue seguida, entre otros países, en España, en la que las normas atinentes a las pruebas se encontraban tanto en la LEC de 1881 como en el CC.

Y, como expone MONTERO AROCA, J.: «Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)», en VV.AA.: *La prueba*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (Cuadernos de Derecho Judicial, VII), 2000, pág. 20, la vigente LEC de 2000 no ha resuelto definitivamente esta cuestión, puesto que no ha derogado todas las normas sobre los medios de prueba del CC, subsistiendo la mayor parte de sus preceptos relativos a la prueba documental. Como argumenta este autor en *La prueba en el proceso civil*, 2.ª edición, Civitas Madrid, 1998, pág. 29, si se llevase hasta sus últimas consecuencias la distinción entre las normas sobre práctica de la prueba (atribuyéndoles naturaleza procesal) y las normas sobre eficacia de los medios probatorios (atribuyéndoles naturaleza sustantiva), ello obligaría a aplicar las normas probatorias sustentativas correspondientes al ordenamiento extranjero o histórico que conforme al Derecho internacional fuese aplicable, sujetando a la *lex fori* el procedimiento probatorio.

⁶¹ Cfr. GORDILLO, M.: «Los errores de hecho...», ob. cit., pág. 668. Este autor considera que los errores *in iudicando* pueden ser de hecho o de derecho.



los errores de actividad lógica serían aquéllos producidos en su formación, englobando los errores lógicos de la apreciación de la prueba, los de congruencia y los de motivación⁶². Las normas sobre apreciación de la prueba no se limitan a regular una actividad procesal, sino que se refieren de modo directo a la formación de una de las premisas que integran el fondo de la resolución del asunto litigioso. El juez aplica estas normas al enjuiciar el problema de fondo⁶³.

A nuestro juicio, en el dictado de una sentencia hay que distinguir dos facetas. 1) El contenido sustantivo del discurso lógico de la sentencia, en virtud del cual se fija el sustrato fáctico, aplicando las normas sobre la apreciación de la prueba (y sobre los hechos conformes o notorios) y se fundamenta el fallo, aplicando las normas sustantivas relativas al fondo del litigio. El silogismo judicial exige fijar el *factum* y subsumir estos hechos en el supuesto de hecho normativo, argumentando el correspondiente fallo judicial. 2) Pero este silogismo judicial debe exteriorizarse con unos determinados requisitos, atinentes a la forma de la sentencia (como la exigencia de hechos probados, de una motivación suficiente...). El tribunal *ad quem* debe controlar la suficiencia formal de la sentencia, que hace referencia a la concurrencia de sus requisitos formales, en particular de una motivación suficiente. Pero la existencia de una suficiencia formal no supone que la sentencia sea acertada. Por eso el tribunal *ad quem* puede centrar su examen, no en su suficiencia formal, que nadie discute, sino en la corrección jurídica de su argumentación, incluyendo la aplicación de las normas de apreciación de la prueba.

⁶² La caracterización de este subgrupo la llevó a cabo FAIRÉN GUILLÉN, V.: «Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal», *Estudios de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955 (publicado asimismo en la *Revista de Derecho Privado*, 1949), págs. 337 y ss., siguiendo la idea fundamental de PRIEGO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L.: «Los hechos en casación», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, I, págs. 631 y ss. Este autor, en *Los hechos en casación...*, ob. cit., págs. 16 a 18, se ocupa del control de los errores lógicos probatorios en relación con el error de hecho, que considera la primera consagración legal clara de la facultad de revisar la contextura lógica del fallo judicial. Asimismo se han ocupado de esta cuestión HITTERS, J. C.: *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Librería Editora Platense, La Plata, 1984, págs. 171 y ss.; GUASCH FERNÁNDEZ, S.: *El hecho y el derecho...*, ob. cit., pág. 485, quien utiliza la denominación «errores de actividad lógico-jurídica»; y en relación con la suplicación COLMENERO GUERRA, J. A.: *El recurso de suplicación...*, ob. cit., págs. 264 y ss.

Dentro de este subgrupo se incluirían los errores producidos en la etapa que va desde el examen del proceso ya finalizado hasta la elaboración de la sentencia, incluyendo los que afectan a las operaciones lógicas y valoraciones efectuadas por el juez al redactar la sentencia.

⁶³ En este sentido se ha pronunciado JIMÉNEZ CONDE, F.: *La apreciación de la prueba...*, ob. cit., págs. 87 y ss., quien lleva a cabo un prolijo examen de la naturaleza de las normas que determinan el valor de las pruebas.

En consecuencia, si se constata por el tribunal de suplicación la equivocación del juez de instancia al aplicar una norma de apreciación de la prueba, la consecuencia no puede ser otra que la aplicación correcta de esta norma jurídica, modificando los hechos probados de instancia y revocando, en su caso, la sentencia recurrida, dictando una resolución que resuelva el fondo del asunto. En cambio, si se incumplen las normas procedimentales reguladoras de la sentencia (por ejemplo, por omisión o insuficiencia de la motivación), en tal caso deberán reponerse los autos a fin de que se dicte nueva sentencia por el Juez de lo Social, *ex art.* 200 de la LPL, cumpliendo los requisitos formales. En este caso el tribunal *ad quem* no puede controlar el acierto o error de la sentencia de instancia porque no sabe cuál es su fundamentación, lo que obliga a reponer las actuaciones. Por el contrario, si la sentencia tiene una motivación suficiente el tribunal deberá examinar su corrección jurídica, que incluye la aplicación de las normas de apreciación de la prueba.

Puede ocurrir que un mismo vicio de la sentencia dé lugar a impugnaciones diferentes. Si la sentencia de instancia adolece de insuficiencia fáctica, puesto que omite un hecho esencial para la resolución del recurso, cabe que la parte recurrente formule un motivo al amparo del apartado a) del art. 191 de la LPL, denunciando la infracción de las normas procesales reguladoras de las sentencias, solicitando su anulación. Pero también cabe que formule un motivo del recurso al amparo del apartado b) o del c) del art. 191 de la LPL denunciando el error en la apreciación de un medio de prueba y solicitando que por el TSJ se adicione la afirmación fáctica omitida. Y es que esta sentencia habrá incumplido tanto las normas procesales que obligan a incluir un relato fáctico suficiente [pudiendo denunciarse *ex art.* 191.a) de la LPL] como las normas procesales relativas a la apreciación de ese concreto medio de prueba que acreditan la certeza de la citada afirmación fáctica [que pueden dar lugar a un motivo suplicacional *ex art.* 191.b) o c) de la LPL]. Si existe la posibilidad de subsanar suplicacionalmente la insuficiencia fáctica, debe evitarse la anulación de las actuaciones.

- 4) El motivo de suplicación previsto en el apartado a) del art. 191 de la LPL exige que la infracción de normas procesales haya ocasionado indefensión⁶⁴. Este apartado debe ponerse en relación con lo

⁶⁴ MONTERO AROCA, J.: *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Comares, Granada, 1996, págs. 97 y 97, en relación con el art. 846.bis.c), apartado a) de la LECrim, que prevé como motivo de casación «que en el procedimiento o en la sentencia se haya incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión (...)», ha sostenido que, si se trata de un vicio ocurrido en el momento de dictarse sentencia, por error en la aplicación de una norma de apreciación de la prueba, en tal caso no puede hablarse de indefensión porque el procedimiento ha llegado a un momento en el que las partes han finali-

dispuesto en el art. 200 de la LPL, que prevé que cuando se revoca la resolución de instancia por haber infringido normas o garantías del procedimiento generadoras de indefensión, el TSJ no entrará en el fondo del asunto, mandando reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de producirse la infracción. Si se estima un motivo de suplicación en el que se denuncie el error en la apreciación de la prueba testifical, ello no supone la anulación de las actuaciones de instancia, lo que choca con el citado art. 200 de la LPL. Desde esta perspectiva, las normas de apreciación de la prueba son normas procesales, pero tienen una naturaleza *sui iuris* porque están inescindiblemente unidas al iter lógico de resolución del litigio.

En realidad, al recurso de suplicación no le interesan las meras infracciones procedimentales cometidas en la instancia. Lo que importa a efectos de este recurso es la existencia de indefensión del recurrente: de una infracción procedimental generadora de indefensión. En efecto, existe la posibilidad de que se hayan cometido infracciones procedimentales en la instancia pero que no supongan el éxito del motivo suplicacional formulado al amparo del art. 191.a) de la LPL, pues no ha concurrido indefensión del recurrente⁶⁵, ni afectan a una materia de orden público procesal. Incluso este precepto no se refiere únicamente a la infracción de normas procesales, sino que alternativamente permite que el recurso se funde en la infracción de garantías del procedimiento, refiriéndose a esta última categoría como una entidad distinta de las normas procesales. Ello supone que no es necesario para el éxito de este motivo del recurso que se haya infringido una norma procesal concreta. Basta con que se infrinja una garantía procesal, con tal de que se ocasione indefensión, de lo que se infiere que este motivo de suplicación

zado su intervención, lo que supone que las infracciones de normas procesales no pueden hacer referencia al derecho de defensa ni a la indefensión, ya que el derecho de defensa no tiene sentido respecto de los actos en los que las partes no tienen intervención.

⁶⁵ La propia Sala Social del TS, en sentencia de 28-7-1997, RJ 6570, al examinar pretensiones articuladas por la vía del apartado c) del art. 205 de la LPL, que prevé como motivo de casación el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de los actos o garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión, ha sostenido que la omisión de la conciliación previa en los procesos de conflictos colectivos dirigidos contra las Administraciones públicas no produce en ningún caso indefensión al recurrente, lo que impide acoger el motivo de casación articulado *ex art.* 205.c) de la LPL.

Por tanto, la Sala Social del TS no se pronuncia acerca de si es exigible el trámite de conciliación preprocesal en esta clase de procesos. Se limita a argumentar que la omisión de este trámite en ningún caso causa indefensión al recurrente, lo que obliga a rechazar este motivo del recurso.

no está orientado a la defensa de las normas procesales, sino a la protección del derecho de defensa de las partes⁶⁶.

Y en la estructura del recurso de suplicación, el motivo establecido en el apartado a) del art. 191 de la LPL se refiere a aquellas infracciones procedimentales que dan lugar a la reposición de las actuaciones de instancia al estado en que se encontraban al momento de cometerse la infracción (art. 200 de la LPL). Si se cometieron en la sentencia, se dejaría sin efecto ésta y el Juez de lo Social debería dictar una nueva. En cambio, el motivo previsto en el apartado c) del art. 191 de la LPL se refiere a las infracciones de normas jurídicas o de la jurisprudencia que, en principio, no dan lugar a la reposición de las actuaciones de instancia, sino a un pronunciamiento del TSJ resolviendo la cuestión de fondo. Como quiera que el error en la apreciación de los medios de prueba no da lugar, en principio, a la anulación de la sentencia sino a su revocación, debiendo dictarse por el TSJ una sentencia resolviendo la controversia litigiosa, parece que debería articularse por la vía del apartado c) de este art. 191 de la LPL.

Ello tropieza con el inconveniente del tenor literal del art. 191.c) de la LPL, que se refiere a la infracción de normas sustantivas⁶⁷, puesto que cuando se alega la existencia de error en la apreciación de la prueba, se está denunciando la infracción de una norma procesal. Ahora bien, con independencia del mayor o menor acierto de la redacción del art. 191.c) de la LPL, cuando se denuncia el error en la apreciación de la prueba se trata de una cuestión ajena al error *in procedendo*. Es propia del error *in iudicando*: de la actividad lógica que lleva a cabo el juzgador al dictar la sentencia, afectando al propio silogismo judicial y en concreto a la parte relativa a la fijación de la premisa menor. Por ello, forzoso es subsumirla en el apartado c) del art. 191.

⁶⁶ Si la finalidad esencial de este motivo del recurso es evitar la indefensión de las partes, y la prohibición de indefensión está recogida como un derecho fundamental en el art. 24.1 de la CE, forzoso es concluir la relevancia constitucional de este motivo suplicacional.

⁶⁷ Como explicó Pinilla al defender en las Cortes su dictamen sobre el proyecto de ley que dio lugar a la Ley de 22 de diciembre de 1949 sobre los recursos de suplicación, casación y en interés de la ley, en la redacción originaria de este proyecto de ley se «pretendía formular una definición del recurso de suplicación, diciendo que *tiene por objeto examinar el derecho material* aplicado en las sentencias recurridas (...) A este artículo se presentaron dos enmiendas, suscritas en primer término por los señores Reyes Morales y Rodríguez Jurado. Coincían ambas en apreciar que la adjetivación de material referida al derecho aplicado en las sentencias recurridas era un modernismo jurídico no consagrado aún en la terminología jurídica, que nada aclara y solo confusiones introduce» (el subrayado es nuestro) *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* núm. 319, de 21 de diciembre de 1949, págs. 5805 y 5806, razón por la cual en la redacción definitiva se suprimió la referencia al derecho «material». Pero lo cierto es que el legislador, en este primer motivo de suplicación se estaba refiriendo a las infracciones del derecho material.



El problema no es distinto del que se plantea cuando se alega la infracción de normas procesales que no conducen a la nulidad de las actuaciones de instancia, sino a que se dicte una sentencia en suplicación aplicando recatemente la norma procesal infringida y revocando la sentencia de instancia. Pues bien, la sentencia de la Sala Social del TS de 24-1-2002⁶⁸ afirmó que la denuncia de la infracción del derogado art. 1252 del CC en relación con el efecto positivo de la cosa juzgada, atañe a la cuestión de fondo y no al procedimiento, incluidas las normas procedimentales reguladoras de la sentencia, pero no a las que no tienen tal carácter y no dan lugar a la nulidad de la sentencia y a la reposición de las actuaciones al momento anterior a dictarla. Por ello, el TS negó que la denuncia de la infracción del mentado precepto procesal debiera formularse al amparo del art. 191.a) de la LPL. Conforme a este criterio, el error en la apreciación de la prueba distinta de la documental y pericial debería subsumirse en el apartado c) y no en el a) del art.191 de la LPL.

La trascendencia de esta cuestión deriva de la vinculación entre los arts. 191.a) y 189.1.d) de la LPL⁶⁹. El primero de los citados regula un motivo suplicacional relativo a la infracción de «*normas o garantías de procedimiento que hayan producido indefensión*». El segundo otorga recurso de suplicación contra las sentencias «*en todo caso*» cuando se pretenda «*subsanan una falta esencial del procedimiento*» siempre que concurra protesta e indefensión. Si interpretamos en un sentido amplio el art. 191.a) de la LPL (incluyendo en él los errores en la apreciación de las pruebas distintas de la documental o pericial) forzoso sería interpretar en el mismo sentido el art. 189.1.d) de la LPL, pues esta norma menciona también las infracciones procedimentales generadoras de indefensión. Ello supondría que los errores de actividad lógica-jurídica cometidos en la redacción de la sentencia, incluidos los relativos a la apreciación de los medios de prueba ajenos a la documental y pericial, darían lugar al recurso en todo caso, lo que sería absurdo porque supondría que si se denunciase el error en la apreciación de la prueba documental o pericial, *ex art. 191.b)* de la LPL, no cabría recurso cuando se tratase, por ejemplo, de una reclamación de cantidad inferior a 1803 euros, pese a tratarse de las dos pruebas basales del recurso de suplicación. En cambio, de seguirse esta postura doctrinal, si se denunciase el error en la apreciación de la prueba testifical sí que cabría recurso incluso cuando no se alcanzase la citada cantidad, por la vía del art. 189.1.d) de la LPL. La finalidad de este precepto es depurar las infracciones del proce-

⁶⁸ RJ 2696.

⁶⁹ La citada sentencia de la Sala Social del TS de 24-1-2002, RJ 2696, examina la interrelación entre estos preceptos.

dimiento que produzcan indefensión, exigiendo que se haya formulado protesta, no controlar la actividad *in iudicando*. Por ello, el art. 189.1.d) de la LPL, al mencionar las faltas esenciales de procedimiento, no se refiere a las infracciones que se puedan cometer al aplicar las normas de apreciación probatoria. Y por la misma razón, tampoco se pueden incluir en el apartado a) sino en el c) del art. 191 de la LPL.

La doctrina científica está dividida acerca de esta cuestión. Hay autores favorables a subsumir la denuncia del error en la apreciación de las pruebas distintas de la documental o pericial tanto en el apartado c)⁷⁰ como en

⁷⁰ Ya antes de la aprobación de la LPL de 1990, MONTERO AROCA, J.: *El proceso laboral*, tomo II, Librería Bosch, Barcelona, 1981, pág. 87, argumentó que, habida cuenta de la generalidad del motivo suplicacional relativo al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida, debía convertirse en cauce para denunciar los errores producidos en la aplicación de la norma procesal durante la operación lógica efectuada por el magistrado al dictar la resolución: la cosa juzgada, la incongruencia, las contradicciones en el fallo y el error de derecho en la apreciación de la prueba. Y MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Técnica del recurso de suplicación. Incidencia de la doctrina del Tribunal Constitucional y la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/1984», *Poder Judicial*, núm. especial XIV, pág. 142 y ORDEIG FOS, J. M.: «El recurso de suplicación, hoy», *AL* 1990-1, pág. 89, sostuvieron que el error de derecho en la apreciación de la prueba debía denunciarse por la vía del apartado 1.º del art. 152 de la LPL, relativo al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida. Asimismo, ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1971, pág. 506, sostuvo que la suplicación por error de derecho en la apreciación de la prueba podía formularse al amparo del apartado de la LPL a la sazón en vigor relativo al error de hecho o a los errores *in iudicando*.

A favor de que la denuncia de la infracción de las reglas sobre valoración de la prueba se articule al amparo del motivo c) del art. 191 de la LPL de 1995 (o del art. 190 de la LPL de 1990) se han pronunciado CAMPOS ALONSO, M. A. en CAMPOS ALONSO, M. A.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.; SALA FRANCO, T.; SALINAS MOLINA, F. y VALDÉS DAL-RE, F.: *Ley de Procedimiento Laboral. Análisis y comentarios al Real Decreto Legislativo 521/1990 de 27 de abril*, Ediciones Deusto, Bilbao, 1990, págs. 409 y 410; MONTERO AROCA, J.: «Los medios de impugnación ordinarios» en VV.AA.: *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, págs. 339 y 340; en «Comentarios a los artículos 183 a 233», en MONTERO AROCA, J.; IGLESIAS CABERO, M.; MARÍN CORREA, J. Y SAMPEDRO CORRAL, M.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, tomo II, Civitas SA, Madrid, 1993, pág. 1087 y en *Introducción al proceso laboral*, 5.ª edición, Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pág. 308; DESDENTADO BONETE, A.: «Recurso de suplicación», en BARREIRO GONZÁLEZ, G., CACHÓN VILLAR, P. M., CAVAS MARTÍNEZ, F., DESDENTADO BONETE, A. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Diccionario Procesal social*, Civitas SA, Madrid, 1996, pág. 710; SAMPEDRO CORRAL, M.: «La revisión de hechos probados en los recursos de suplicación y casación. Normas comunes sobre aportación de documentos en los recursos de suplicación y casación», en AGUSTÍ JULIÁ, J. (director): *La prueba en el proceso laboral*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, XXIII), Madrid, 1998, pág. 309 (este artículo se publicó también en *Documentación Laboral*, núm. 57, 1998); ESPINOSA CASARES, I.: *Técnica del recurso de suplicación*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 130 y MONTERO AROCA, J.; CARRATALÁ TERUEL, J. L. y MEDIAVILLA CRUZ, M. L.: *Práctica procesal laboral. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 785.

el a)⁷¹ del art. 191 de la LPL. En cuanto a los pronunciamientos de los tribunales de suplicación sobre esta materia, el TCT sostenía que el motivo relativo a «*examinar el derecho aplicado en la sentencia recurrida*» (introducido por la Ley de 22 de diciembre de 1949 y que se mantuvo en los sucesivos textos legales hasta la LPL de 1990) se refería a los preceptos legales de índole sustantiva y no procesal, remitiendo la alegación relativa a la infracción de las normas procesales al tercer motivo de suplicación, en el que se preveía la reposición de los autos al estado en que se encontrasen al haberse cometido una falta esencial del procedimiento⁷². Respecto de los TSJ, hay criterios contrapuestos. Han entrado a conocer de motivos suplicacionales formulados al amparo del art. 191.c) de la LPL en los que se denunciaba el error en la apreciación de la prueba testifical, sin cuestionar la vía de recurso utilizada, la sentencia del TSJ de Andalucía con sede en Málaga de 9-10-1998⁷³ y la sentencia del TSJ de Galicia de 13-7-2000⁷⁴. En sentido contrario, la sentencia del TSJ de Andalucía, con sede en Málaga, de 25-11-1993⁷⁵ sostiene que la denuncia de preceptos de valoración legal de la prueba debía hacerse por la vía del apartado a) del art. 191 de la LPL y no del c).

Por último debe indicarse que, como quiera que los motivos suplicacionales formulados al amparo del art. 191.c) de la LPL en los que se denuncie

⁷¹ A favor de que la denuncia de la infracción de las normas sobre valoración de la prueba se ampare en el apartado a) del art. 191 de la LPL de 1995 (o del art. 190 de la LPL de 1990) se han pronunciado BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 430, quienes sostienen que por la vía del art. 191.c) de la LPL solo se puede denunciar la infracción de normas sustantivas; SEMPERE NAVARRO, A. V. en MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A. V.; RÍOS SALMERÓN, B.; CAVAS MARTÍNEZ, F.; LUJÁN ALCARAZ, J. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 565 y ARETA MARTÍNEZ, M.: *La presunción normativa en el sistema de Seguridad Social*, Memoria de Tesis Doctoral, Universidad de Navarra, Pamplona, 2003, pág. 201.

Por su parte, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar o conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 103 y ss. considera que el cauce legal idóneo para la denuncia de las infracciones de las normas de valoración legal relativas a los documentos es el motivo del recurso en el que se establezca la denuncia de una infracción procesal, habida cuenta de que la valoración de la prueba es una cuestión eminentemente procesal. Y GARCÍA LÓPEZ, R.: «Recurso de suplicación: objeto y motivos», *AL*, 1991-1, págs. 17 y 18, afirmó que la infracción de las normas reguladoras de la sentencia debe denunciarse por la vía del apartado a) del art. 190 de la LPL de 1990.

⁷² Sentencias del TCT de 10-2-1976, RTCT 695 y de 31-3-1977, RTCT 1960, cit. por MONTERO AROCA, J.: *El proceso...*, ob. cit., tomo II, pág. 87.

⁷³ RAS 7758.

⁷⁴ RAS 1962. Cit. por VÁZQUEZ DÍAZ, X.: «Modificación en suplicación...», ob. cit., págs. 70 y 71.

⁷⁵ RAS 4975. Cit. por VÁZQUEZ DÍAZ, X.: «Modificación en suplicación...», ob. cit., pág. 72. Este autor critica la mentada sentencia.



el error en la apreciación de un medio de prueba distinto de la documental y pericial pueden conducir a la modificación del relato histórico de instancia, parece conveniente que se formulen antes de los motivos que, pese a interponerse asimismo *ex art. 191.c)* de la LPL, denuncien la infracción de normas jurídicas o doctrina jurisprudencial relativas a la aplicación del derecho al sustrato fáctico, puesto que su estimación puede depender del éxito del motivo anterior dirigido a combatir la apreciación probatoria de instancia.

4. EL ERROR DE PERCEPCIÓN

Se ha sostenido por la doctrina científica⁷⁶ y por algún pronunciamiento jurisprudencial⁷⁷ la posibilidad de modificar en casación los hechos de instancia en caso de evidente error *ad percipiendi*: de clamoroso error en la valoración de la prueba, lo que haría escandaloso obviar dicho error, postulando que se articule por la vía de la denuncia del principio de congruencia, considerando que existe incongruencia por violarse el principio de fallar *secundum probata*. Esta tesis guarda relación con la doctrina constitucional relativa al error patente en la determinación del material de hecho, que infringe el art. 24 de la CE⁷⁸.

A nuestro juicio, sin negar su aplicabilidad a la suplicación, la circunstancia de que algún tribunal de casación o el TC, que no tienen la posibilidad de revisar los errores en la apreciación de la prueba que permite el recurso de suplicación, con la finalidad de evitar los errores torpes en la apreciación probatoria, hayan desarrollado la teoría del error de percepción o la del error patente, no significa que su aplicación a la suplicación pueda resultar útil, debido a que este recurso tiene mecanismos de control de los errores probatorios que permiten depurar estos errores flagrantes.

⁷⁶ MUÑOZ SABATÉ, LI.: «La valoración de la prueba...», ob. cit., págs. 1017 y 1018 y VÁZQUEZ DÍAZ, X.: «Modificación en suplicación...», ob. cit., pág. 65.

⁷⁷ Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Galicia de 3-10-2000, RJ 4325, cit. por VÁZQUEZ DÍAZ, X.: «Modificación en suplicación...», ob. cit., pág. 65.

⁷⁸ Sentencias del TC 180/1998, de 17-9; 112/1998, de 1-6 y 219/1993, de 30-6, cit. por VÁZQUEZ DÍAZ, X.: «Modificación en suplicación...», ob. cit., pág. 65.



EL ACUERDO CONTRA LA SINIESTRALIDAD LABORAL EN EL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA. UN PEQUEÑO PASO DE GIGANTE EN MATERIA DE SALUD LABORAL

EDUARDO ROMÁN VACA

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

EXTRACTO

El Acuerdo contra la Siniestralidad Laboral, firmado en el marco de una Administración local, con las organizaciones sindicales representativas, establece para las obras de titularidad municipal controles y obligaciones adicionales a los previstos en la normativa laboral de prevención de riesgos laborales.

En este estudio se analiza también con detalle el dictamen emitido por el Consejo Consultivo de Andalucía, que confirma la legalidad sustancial del acuerdo, a la vista de que desde diversos ámbitos se había puesto en cuestión la corrección legal del mismo.

En las páginas que siguen se dan a conocer el contenido del Acuerdo y las principales razones que, a juicio del órgano consultivo andaluz, sostienen su adecuación a la legalidad.

ÍNDICE

1. LA SINIESTRALIDAD LABORAL EN CIFRAS
2. EL ACUERDO CONTRA LA SINIESTRALIDAD LABORAL. CONTENIDO
 - 2.1. Génesis y ámbito de aplicación
 - 2.2. Obligaciones de las empresas adjudicatarias de obras y subcontratistas
 - 2.2.1. Obligaciones de la empresa principal
 - 2.2.2. Obligaciones de la empresa subcontratista
 - 2.2.3. Obligaciones de ambas empresas
 - 2.2.4. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones anteriores
 - 2.3. El control del cumplimiento del Acuerdo: los representantes sindicales acreditados
 - 2.4. Seguimiento del Acuerdo y otras actuaciones
3. DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA
 - 3.1. Participación empresarial
 - 3.2. Exigencia de justificación suficiente de la necesidad de la subcontratación
 - 3.3. Potestad resolutoria
 - 3.4. La intervención de los representantes sindicales acreditados
4. VALORACIÓN FINAL
5. ANEXO. PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS GENERALES CONTRA LA SINIESTRALIDAD LABORAL

1. LA SINIESTRALIDAD LABORAL EN CIFRAS

Las estadísticas sobre siniestralidad laboral son desde luego, para cualquier mentalidad medianamente sensible, espeluznantes. Lo serían aunque sólo reflejasen una víctima, pero son muchas más.

Según los datos del Ministerio de Trabajo referidos a los primeros once meses del año pasado ¹, y computando sólo accidentes de trabajo producidos durante la jornada laboral, éstos ascendieron a 1.479.055, de los que 810.106 ocasionaron la baja del trabajador. Estos últimos, atendiendo a las consecuencias del accidente, se clasificaron de la siguiente forma:

— Leves	799.488
— Graves	9.733
— Mortales	885

Estos datos arrojan una media mensual de más de 73.000 accidentes, y un número de víctimas mortales superior a 80.

Por ramas de actividad, como es fácil suponer es la construcción la que presenta las cifras más elevadas: 107.033 accidentes con baja, muy por encima de la siguiente (comercio minorista y reparaciones domésticas: 50.407 accidentes).

¹ Utilizamos el Boletín de Estadísticas Laborales correspondiente a febrero de 2005.

Si nos centramos en nuestra Comunidad Autónoma, en la misma, durante el período referido, se produjeron 138.926 accidentes con baja, esto es, el 17% del total ².

Además de estos datos sobre accidentes, disponemos de una valoración aproximada de los costes de la siniestralidad, que según CCOO ascendieron en 2003 a 13.085 millones de euros ³. El desglose es como sigue ⁴:

Coste económico de sustitución de las jornadas perdidas por baja del trabajador	1.716 millones
Cotizaciones por AT y EP, destinadas a sufragar las prestaciones económicas y sanitarias a trabajadores y familiares	5.478 millones
Gasto sanitario y en prestaciones económicas de incapacidades temporales que, aunque tratadas como de origen no profesional, traen causa laboral	2.832 millones
Coste de accidentes y enfermedades sufridos por colectivos que no figuran en las estadísticas laborales de siniestralidad (autónomos, funcionarios, economía sumergida)	2.948 millones
Sanciones impuestas por la autoridad laboral	111 millones

La mera existencia de trabajadores accidentados hace necesario extremar las medidas de seguridad, pero es que además, y sea mayor o menor la desviación de las cantidades económicas que acabamos de relacionar, éstas

² La distribución por provincias queda como sigue. Almería: 12.038; Cádiz: 20.027; Córdoba: 12.635; Granada: 11.692; Huelva: 10.112; Jaén: 9.137; Málaga: 29.670; Sevilla: 33.615.

³ Secretaría Confederal de Medio Ambiente y Salud Laboral, *Aproximación a los costes cuantificables de la siniestralidad laboral en España*, febrero de 2005. Puede consultarse en www.ccoo.es y en www.istas.net.

⁴ Además de las cifras que vamos a recoger, el informe hace expresa mención de otros costes que, existiendo, «no [están] directamente cuantificados en el estudio ...»:

— Jubilaciones anticipadas y coeficientes reductores en sectores de actividad especialmente penosos.

— Desempleo como consecuencia de daños en la capacidad laboral que, si no califican para generar el derecho a una prestación económica, sí disminuyen considerablemente la posibilidad de conseguir un nuevo empleo.

— Coste oportunidad del cuidado familiar del trabajador lesionado y pérdida de jornadas laborales para la dedicación a tal cuidado.

— Empobrecimiento de los hogares como resultado de la pérdida de ingresos compensada parcialmente (y no en todos los casos) por las prestaciones del Sistema».

(*Aproximación a los costes cuantificables ...*, cit., pág. 9).

son tan elevadas que «la prevención de accidentes y enfermedades profesionales tiene un componente indiscutible de ahorro de recursos tanto al empresario como a la sociedad»⁵. En ambos sentidos, cualquier medida tendente a mejorar las condiciones de salud laboral merece ser estudiada; aquí nos vamos a ocupar de una iniciativa que partió del Ayuntamiento de Sevilla, el Acuerdo contra la Siniestralidad Laboral, cuya novedad e importancia aconsejan darlo a conocer.

2. EL ACUERDO CONTRA LA SINIESTRALIDAD LABORAL. CONTENIDO

2.1. Génesis y ámbito de aplicación

Dados los resultados producidos en las elecciones municipales de 2003, PSOE e IU suscriben el denominado Pacto de Progreso por Sevilla. Dicho Pacto, que recoge los compromisos de gobierno de ambas organizaciones políticas (la segunda de las cuales se halla al frente de la Delegación de Empleo), constata el desarrollo económico y social que está experimentando la ciudad, pero declarando «imprescindible que todo ese desarrollo se distribuya al máximo y llegue a todos los ciudadanos y ciudadanas, en forma de empleo estable y con derechos, y de bienestar social»⁶, lo que llega a convertir en objetivo esencial, al tratarse del «problema número uno para los ciudadanos»⁷.

Punto final, en el desarrollo de la política derivada de lo anterior, será la conclusión global del llamado Pacto Local por la Calidad del Empleo, cuyo primer paso lo constituyó, en fecha tan temprana como diciembre de 2003, el Acuerdo Contra la Siniestralidad Laboral en las Empresas Municipi-

⁵ *Aproximación a los costes cuantificales ...*, cit., pág. 4.

⁶ Pacto de Progreso por Sevilla, Apartado I. Motivos del Acuerdo: «Sevilla está conociendo una etapa de desarrollo social y económico que se fundamenta en el aprovechamiento de las infraestructuras e inversiones de la Exposición Universal de 1992, en inversiones públicas por parte de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Sevilla, que van desde obras en barrios hasta el Metro; y en una apuesta de empresarios locales y corporaciones internacionales por Sevilla para importantes proyectos industriales, o el aumento de la oferta hotelera.

Pero es imprescindible que todo ese desarrollo se distribuya al máximo y llegue a todos los ciudadanos y ciudadanas, en forma de empleo estable y con derechos, y de bienestar social. Que se distribuya equitativamente por todos los barrios de Sevilla, que corrija las desigualdades existentes, y que sea la ciudad en su integridad la que aproveche y dinamice estas tendencias positivas en beneficio del bien común».

⁷ Pacto de Progreso por Sevilla, Apartado III.1. Objetivos. Una Sevilla productiva, con empleo estable y con derechos.



pales y Organismos Autónomos Dependientes del Excelentísimo Ayuntamiento de Sevilla (ACSL en adelante) ⁸.

El Acuerdo, que para el concejal Delegado de Empleo equivale la materialización de «lo que no hace mucho tiempo era sólo un sueño» ⁹, se convierte a juicio de los propios socios del gobierno municipal en «referente a escala nacional en un tema de gran trascendencia y relevancia social como es la seguridad y salud de los trabajadores y trabajadoras» ¹⁰, suponiendo «una apuesta decidida del Gobierno de progreso por adoptar un papel activo en una materia de especial trascendencia social» ¹¹.

Efectivamente el Acuerdo, suscrito por el Delegado de Empleo y los secretarios generales de las uniones provinciales de CCOO y UGT, parte de que, por su condición de empleador directo e indirecto, el Ayuntamiento «está especialmente sensibilizado e interesado en intervenir activamente en la aportación de soluciones y alternativas que hagan frente a la siniestralidad laboral, sus causas y sus consecuencias»; las organizaciones sindicales, por su parte, se declaran como es lógico comprometidas en la defensa de la calidad y condiciones del empleo, «constituyendo un pilar fundamental de dicha calidad la prevención de riesgos laborales, como instrumento a favor de la seguridad y salud laboral de los trabajadores y trabajadoras».

Esa doble línea de inspiración guía el contenido del Acuerdo, dirigido a las obras de adjudicación municipal, entendiendo el calificativo en sentido amplio, esto es, a todas aquellas obras cuyo desarrollo —en tanto que adjudicante— compete a alguna de las siguientes instituciones (cláusula primera):

- a) El Ayuntamiento propiamente dicho, a través de sus diferentes delegaciones
- b) Empresas municipales
- c) Empresas cuyo capital social mayoritariamente corresponda a la corporación
- d) Organismos autónomos municipales

⁸ El Acuerdo, así como el dictamen que, en relación con el pliego de cláusulas administrativas elaborado en desarrollo de aquél, emitió la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, pueden consultarse en www.iusevillaciudad.org.

⁹ *El Correo de Andalucía*, 18 de junio de 2004.

¹⁰ Documento «Pacto de Progreso por Sevilla. Balance del primer año de gobierno», págs. 16-17: «Se ha firmado el Acuerdo contra la Siniestralidad Laboral en las empresas municipales y organismos autónomos dependientes del ayuntamiento de Sevilla, primer paso del Pacto Local por la Calidad del Empleo. De esta manera se garantiza el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, en todas aquellas actividades desarrolladas en los sectores productivos con mayor accidentalidad y promovidas desde el ámbito municipal. Ha sido fundamental para su suscripción la participación de las organizaciones sindicales más representativas en el diseño y ejecución de las medidas a desarrollar ... Esta iniciativa sitúa al Ayuntamiento de Sevilla como referente a escala nacional ...».

¹¹ «Pacto de Progreso por Sevilla. Balance ...», cit., pág. 37.

El ACSL contiene una serie de obligaciones para las empresas adjudicatarias de las obras, así como para las, en su caso, subcontratistas que puedan intervenir, obligaciones que se reflejan en un clausulado tipo a incorporar en los pliegos de condiciones de la adjudicación; de todo ello nos ocupamos en el subapartado 2.2. Regula también atribuciones a representantes designados por las organizaciones firmantes, los cuales habrán de velar por el cumplimiento del acuerdo (subapartado 2.3). Al mecanismo de seguimiento del ACSL y a otras actuaciones previstas en materia de salud laboral dedicamos el subapartado 2.4.

Tanto el Acuerdo, como el clausulado tipo originario (aprobado por la Junta de Gobierno municipal el 7 de abril de 2004), fueron objeto de críticas por parte empresarial, planteándose algunos problemas de legalidad. La propia corporación municipal sometió el clausulado tipo al Consejo Consultivo de Andalucía, que emitió un extenso dictamen al respecto con fecha 13 de mayo de 2004, en el que formulaba algunas recomendaciones. De éstas se hizo finalmente eco el Ayuntamiento, elaborando el definitivo Pliego de Cláusulas Administrativas Generales contra la Siniestralidad Laboral, que es el actualmente empleado¹². Al dictamen del órgano consultivo andaluz y su recepción por las instancias municipales dedicaremos el apartado 3.

2.2. **Obligaciones de las empresas adjudicatarias de obras y subcontratistas**

El ACSL contiene obligaciones de dos tipos de sujetos, las empresas adjudicatarias de obras municipales y las, en su caso, empresas subcontratadas por las anteriores, previéndose igualmente unas a modo de sanciones en caso de incumplimiento. Digamos que, previamente, el Ayuntamiento habrá debido informar a las organizaciones sindicales firmantes, CCOO y UGT, de las adjudicaciones producidas (cláusula cuarta).

2.2.1. *Obligaciones de la empresa principal*

El clausulado tipo que, en cumplimiento del Acuerdo, habrá de insertarse en el pliego de condiciones de la adjudicación, dispone que con carác-

¹² Salvo que digamos otra cosa, las referencias que hagamos a las cláusulas administrativas lo serán al documento final que como anexo acompaña a este artículo. En ocasiones nos referiremos expresamente a la redacción originaria, para establecer el oportuno punto de comparación con la redacción definitiva. Digamos también que el pliego de cláusulas se encuentra en la actualidad impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa por las representaciones empresariales, no conformes con las valoraciones del órgano consultivo andaluz y su recepción en el clausulado definitivo.



ter general las obras habrán de ser ejecutadas por el adjudicatario. No obstante, se permite la subcontratación siempre que se cumplan determinados requisitos, imponiéndose en tal caso a la empresa adjudicataria (ahora principal) obligaciones en relación tanto con los sindicatos signatarios del ACSL, como con las empresas subcontratistas.

En punto a lo primero, el Acuerdo dispone que «la empresa principal informará, con carácter previo, a las organizaciones sindicales firmantes de las contrataciones y subcontrataciones mercantiles de obras o servicios que, en su caso, se vea obligada a realizar»; pero —y esto resulta de suma trascendencia— no basta con una simple información, sino que deberá además «justificar suficientemente» la necesidad de las subcontrataciones (cláusula quinta). A efectos de lo aquí previsto, el pliego de cláusulas administrativas [art. 1.2.a)] señala que la empresa adjudicataria deberá informar al organismo contratante, con cinco días de antelación, de la subcontratación que pretenda efectuar, «expresando los motivos que la hagan necesaria o conveniente»; el organismo remitirá la información recibida a la Delegación de Empleo del Ayuntamiento.

En cuanto a las obligaciones de la empresa adjudicataria que tienen como horizonte la empresa subcontratista, el Acuerdo (cláusula quinta) indica que, en los correspondientes contratos de arrendamiento o ejecución de obra o servicio, se hará expresa referencia a los contenidos del propio ACSL, «al objeto de fijar claramente en dichos contratos la vinculación de todas las empresas participantes en las obras a lo estipulado en el presente Acuerdo». Se establece también que «la empresa principal obligará contractualmente a la subcontratista a disponer del personal técnico y de mandos intermedios necesarios para la ejecución de la obra o prestación del servicio contratado»; de esto nos ocupamos inmediatamente.

2.2.2. *Obligaciones de la empresa subcontratista*

Acabamos de hacer referencia a una de las principales obligaciones asumidas: disponer de personal suficiente (obligación que ha de ser exigida por la empresa principal). A tal fin, el art. 1.2.b) del clausulado tipo señala que la subcontratista informará a la adjudicataria, además de sobre la forma jurídica que revista, de los siguientes extremos (que las cláusulas administrativas gráfica y certeramente hacen corresponder con las siguientes cuestiones: qué hace la empresa, dónde lo hace, cómo lo hace y quién lo hace):

- Actividad a la que se dedica
- Centros de actividad de que dispone
- Tareas, actividades y procesos que utiliza, así como los recursos que para ello emplea



- Identificación de las personas que integran los niveles operativos y de gestión¹³

En segundo lugar, se establece para la empresa subcontratista el deber de designar, en el caso de que destaque a más de seis trabajadores en la obra, un responsable «independientemente del personal técnico o medio descrito con anterioridad» (cláusula sexta del ACSL). Dicho responsable de prevención «facilitará la coordinación preventiva con la principal» [art. 1.2.d) del clausulado tipo].

2.2.3. *Obligaciones de ambas empresas*

Se trata de obligaciones ya impuestas legalmente, no pues añadidos que establezca el Acuerdo, pero que, dada su importancia, las partes firmantes consideran de necesaria mención expresa. Son las siguientes:

En primer lugar, se recuerda la prohibición legal de cesión de trabajadores (art. 43.1 ET):

«Queda expresamente prohibido a la empresa principal y a las empresas contratistas o subcontratistas la contratación de trabajadores con el propósito inicial o posterior de prestarlos o cederlos temporalmente a otro empresario. Las consecuencias laborales, civiles, penales, administrativas o de cualquier otra índole, recaerán sobre el empresario infractor, sin perjuicio de las medidas de resolución contractual a ejercer por la instancia titular de las obras».

En segundo lugar se insiste en la coordinación en materia preventiva:

«Tanto el contratista principal como los subcontratistas vendrán obligados a integrar la prevención en toda la cadena de mando y cumplir las obligaciones que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ... recoge para los empresarios en materia de seguridad y salud, con especial atención a la coordinación preventiva, que partirá de la empresa principal» [art. 2.1 del clausulado tipo].

Finalmente, se hace expresa alusión al obligado cumplimiento de la normativa relativa a representación colectiva y derechos sindicales, así como del convenio colectivo aplicable.

2.2.4. *Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones anteriores*

Si hasta aquí hemos hablado de obligaciones, llegamos ahora a uno de los puntos culminantes de la regulación del Acuerdo: las consecuencias de

¹³ Nótese el parecido, aunque aquí el contenido es más extenso y específico, de lo regulado en el clausulado con la información que, según el art. 42.4 ET, debe ofrecer la empresa principal a los representantes de los trabajadores.



su incumplimiento, y ello por la novedad que supone y, como veremos más adelante, por los problemas de legalidad que algunos han querido ver en ellas. La novedad estriba en la posible resolución tanto de la subcontrata como, en su caso, del contrato principal. Señala lo siguiente el ACSL:

«Cualquier incumplimiento de lo establecido en las cláusulas anteriores será causa bastante para desautorizar la necesidad técnica de la subcontratación, exigiéndose la inmediata rescisión de los contratos suscritos al efecto, revirtiendo la ejecución de los trabajos a la empresa principal adjudicataria de los mismos, que habrá de llevarla a cabo en sus propios términos» (cláusula séptima).

Tan importante se considera este aspecto, que el art. 1.2.e) del clausulado tipo dispone lo siguiente:

«En todos los contratos que el adjudicatario de las obras o los sucesivos subcontratistas suscriban para la ejecución de obras o servicios que fuesen objeto de cada uno de los contratos suscritos en virtud del presente pliego de cláusulas generales deberá incluirse, expresamente, que en el supuesto de incumplimiento por parte del subcontratista de las obligaciones dimanantes del presente artículo, podrá llevarse a cabo la resolución del subcontrato por parte de la empresa principal. De no ser así el organismo contratante podrá resolver el contrato con la principal una vez constatado el incumplimiento».

En definitiva pues —continúa el clausulado tipo— el incumplimiento de «cualquiera de las condiciones establecidas en el presente artículo faculta al organismo contratante a la resolución del contrato principal».

2.3. El control del cumplimiento del Acuerdo: los representantes sindicales acreditados

El ACSL pretende ir más allá de una mera declaración de intenciones, algo en lo que, por desgracia, se convierte en ocasiones la normativa —legal, reglamentaria o convencional— en materia de salud laboral. De ahí que se ocupe —y esto, como más adelante veremos, no dejará de suscitar críticas y problemas de legalidad— del tema del control de lo acordado o, en general, de la normativa de prevención de riesgos laborales.

A tal efecto, esto es, «para velar por cumplimiento de lo estipulado en el presente Acuerdo», se prevé la designación por CCOO y UGT de representantes «con capacitación técnica suficiente en materia de prevención de riesgos laborales» (cláusula octava). Tales representantes, que obtendrán la correspondiente credencial a través de la Delegación de Empleo (cláusula novena), «habrán de justificar hallarse en posesión del título oficial de Téc-

nico Superior o Técnico de nivel intermedio en Prevención de Riesgos Laborales» (añadido que figura en el art. 3.1 del pliego de cláusulas administrativas actual y que no aparecía en el originario).

Estos representantes habrán de articular «sus relaciones con los Comités de Seguridad y Salud de las empresas municipales y organismos autónomos, y con los delegados de prevención elegidos por los trabajadores y trabajadoras en cada ámbito representativo» (cláusula octava del ACSL).

Para el cometido de sus funciones los representantes sindicales, según dispone el Acuerdo en la referida cláusula octava, «ostentarán las competencias y facultades reconocidas legal y reglamentariamente a los delegados de prevención» (literalidad que repetía el art. 3.1 del clausulado tipo inicial, modificado después como veremos a fin de dar cabida a las recomendaciones del Consejo Consultivo de Andalucía).

Entre los derechos que el Acuerdo reconoce a estos representantes se encuentra el de libre acceso a los centros y lugares de trabajo, «sin necesidad de previo aviso». Como atribución de enorme calado se les reconoce también «la facultad de inmediata paralización de las obras en casos de flagrante incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, siempre que concurren inminentes riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores» (cláusula octava).

2.4. Seguimiento del Acuerdo y otras actuaciones

En este apartado nos vamos a ocupar de previsiones adicionales a lo que constituye la sustancia del Acuerdo, que es lo visto en los apartados precedentes, bien que no por ello dejan de revestir importancia.

Así, en primer lugar se crea una Comisión de Seguimiento del ACSL, compuesta por dos miembros designados por cada parte firmante; la Comisión se reunirá trimestralmente o cuando lo solicite cualquiera de aquéllas; es importante reseñar que los acuerdos se adoptarán por consenso (cláusula tercera). Con carácter previo a las reuniones ordinarias, las organizaciones sindicales elaborarán informes «en relación con el cumplimiento» del ACSL (cláusula decimoquinta).

En segundo lugar, se articula una dotación presupuestaria, administrada por los sindicatos firmantes, «al objeto de coadyuvar al cumplimiento de los fines contenidos en el presente Acuerdo» (cláusula décima)¹⁴.

¹⁴ Muy importante al respecto es la cláusula decimocuarta del Acuerdo, con la que los firmantes quieren dejar claro que no se producirán desviaciones económicas: «Las organizaciones sindicales firmantes, al margen de la información trimestral, vendrán obligadas a justificar a la finalización del período inicial de vigencia o de cualquiera de sus prórrogas, lo siguiente:



Se dispone también la concesión, en las empresas y organismos autónomos municipales, de un crédito horario adicional de cincuenta horas mensuales, a distribuir por las organizaciones sindicales signatarias, «para el efectivo cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos» (cláusula décima).

Finalmente, se prevén campañas de difusión del Acuerdo y de concienciación sobre la necesidad de luchar contra la siniestralidad laboral, así como la ubicación en diferentes dependencias de dieciséis buzones, denominados de «Sugerencias y denuncias sobre siniestralidad laboral en empresas municipales y organismos autónomos», cuyo contenido habrá de gestionar la Delegación de Empleo garantizando la confidencialidad y reserva oportunas (cláusulas undécima y duodécima).

3. DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

El Acuerdo contra la Siniestralidad, por su propia novedad, planteaba cuando menos interrogantes acerca de su engarce en nuestro ordenamiento. La corporación municipal optó por someter el Pliego de Cláusulas Generales contra la Siniestralidad Laboral al Consejo Consultivo de Andalucía, cuya Comisión Permanente emitió un extenso dictamen de fecha 13 de mayo de 2004.

Recibida la petición de informe por el Consejo, formularon alegaciones, el 6 de mayo y previa solicitud de audiencia, la Confederación Empresarial Sevillana y la Asociación Empresarial Sevillana de Constructores y Promotores de Obras. De las diferentes alegaciones nos interesan aquí cuatro puntos fundamentales (el primero de forma y los tres restantes de fondo):

- a) Falta de participación del mundo empresarial en la elaboración del Acuerdo

— Memoria explicativa de las actividades realizadas, explicitando los objetivos logrados.

— Resumen económico explicativo de los gastos realizados, imputables a la cantidad recibida, adjuntando a tal fin las facturas originales de los mismos.

— Certificado de la persona facultada por la entidad beneficiaria en el que se haga constar que la cantidad recibida ha sido destinada en su integridad a la actividad objeto del convenio.

Con anterioridad al libramiento de las cantidades por parte del Excmo. Ayuntamiento, las organizaciones sindicales habrán de presentar:

— Acreditación de estar al corriente de sus obligaciones fiscales y con la Seguridad Social.

— Acreditación de no tener pendiente de justificar ninguna subvención con el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla».

- b) Exigencia de justificación suficiente de la necesidad de la subcontratación
- c) Potestad resolutoria del contrato de adjudicación
- d) Intervención de los representantes sindicales acreditados

A continuación exponemos la posición mantenida por el Consejo Consultivo con relación a estos cuatro aspectos.

3.1. Participación empresarial

El primer motivo de ataque empresarial era, ya lo hemos dicho, su no participación, tratándose el ACSL de un acuerdo entre la Administración y los sindicatos. La posición del Consejo, en «línea de principio», es clara: aun no exigiéndose, para la elaboración de un pliego de condiciones administrativas, ningún trámite tendente a consensuar su contenido, la entrada de los sindicatos, y su equiparación constitucional con las asociaciones empresariales, debían conducir a tener en cuenta la opinión de estas últimas:

«Es claro que la posición institucional de las asociaciones empresariales, reconocidas junto con los sindicatos en el artículo 7 de la Constitución Española como entidades para la defensa y promoción de los intereses sociales que le son propios, debería de haber conducido a negociar la propuesta de pliego con todos los agentes económicos que han de protagonizar la concertación social en este campo. Así debe ser por línea de principio, al margen de que la vigencia del pliego derive finalmente de un acto unilateral del Ayuntamiento consultante»¹⁵.

Sienta pues el Consejo la «procedencia del reproche», si bien la falta de participación empresarial «no puede llegar a viciar de invalidez el acuerdo que se adopte, debiendo subrayarse que ... [las asociaciones empresariales] han conocido la existencia del procedimiento y, aunque por iniciativa propia ..., han podido conocer el contenido del expediente y formular las alegaciones que han estimado oportunas»¹⁶.

3.2. Exigencia de justificación suficiente de la necesidad de la subcontratación

Como vimos (supra, 2.2.1), pesaba sobre la empresa principal la obligación de justificar suficientemente la necesidad de las subcontrataciones

¹⁵ Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, adoptado en sesión celebrada el día 13 de mayo de 2004, fundamento jurídico II, pág. 43.

¹⁶ Dictamen cit., f.j. II, pag. 45.



que pretendiera realizar, lo que ha merecido el rechazo de los empresarios, con base en tratarse de una exigencia no contemplada en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Pues bien, punto de partida general del Consejo Consultivo, lo que nos servirá de marco de enfoque tanto en este como en los restantes aspectos de fondo, es que la inclusión de cláusulas sociales en los pliegos de condiciones —las cuales «no podrán contradecir normas imperativas ... [ni] introducir obligaciones y consecuencias jurídicas desproporcionadas o arbitrarias»— resulta un fenómeno no sólo frecuente, sino incluso exigido por el propio texto constitucional:

«Hay que subrayar que es cada vez más frecuente la inserción de cláusulas sociales en la contratación pública, como no podía ser de otro modo en un Estado que se denomina social y democrático de Derecho. Y en lo que más directamente atañe al objeto de este dictamen, es de recordar que la Constitución impone a los poderes públicos, entre los que se encuentran las Entidades Locales, la obligación de velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2)»¹⁷.

Siendo éste el punto de partida del órgano consultivo andaluz, su respuesta a la cuestión planteada parecía obvia: el condicionante establecido, en tanto no resulta contrario a la ley ni abusivo, encuentra perfecto encaje en el ordenamiento, siendo muy importante su afirmación de que la subcontratación no puede entenderse, como algunos defienden amparándose en la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución, como un derecho absoluto de las empresas:

«La subcontratación no es, como parecen entender las asociaciones empresariales alegantes, un derecho del contratista sobre el que no pueden establecerse ningunos condicionantes ... El propio apartado 1 del artículo 115 [del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas] es bien indicativo al respecto, al disponer que la concertación con terceros de la realización parcial del contrato es una posibilidad que puede actuarse «salvo que el contrato disponga lo contrario» o que «por su naturaleza y condiciones se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario»; entre estos dos extremos es donde precisamente pueden operar los pliegos con toda su virtualidad, aunque ... no se pueden introducir en ellos condiciones desproporcionadas o extremas que no vengán exigidas por la finalidad a conseguir ... En

¹⁷ Dictamen cit., f.j. III, pág. 49, que continúa acudiendo a normas internacionales: «En este mismo campo España ha suscrito el Convenio número 155 de la OIT, relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, de 22 de junio de 1981, ... y el Convenio número 62 de la OIT, de 23 de junio de 1937, sobre las prescripciones de seguridad en la industria de la edificación».

suma ... el condicionante de la justificación suficiente, aunque éste no esté expresamente previsto en [la ley no es sino el complemento que los pliegos representan con respecto a la regulación legal]»¹⁸.

3.3. Potestad resolutoria

Como también vimos con anterioridad (supra, 2.2.4), el incumplimiento de las obligaciones impuestas al subcontratista facultaba según el Acuerdo no sólo al empresario principal a resolver la subcontrata, sino en su caso, ante la inactividad de éste, a la Administración a resolver la adjudicación.

En su origen, el proyecto de clausulado tipo facultaba directamente a la Administración a resolver la subcontrata, «potestad de resolución del subcontrato por el órgano de contratación [que] debe ser vista como una intervención extraña y de difícil justificación»¹⁹. Ésta era precisamente una de las alegaciones de los empresarios. No obstante, el proyecto fue modificado en este aspecto como hemos visto, de suerte que la Administración, a lo sumo, podrá resolver el contrato con la empresa principal, lo que entiendo razonable y sujeto al marco legal el Consejo Consultivo:

«Esta nueva formulación resulta más acorde con el régimen jurídico de la subcontratación, puesto que lo que en definitiva resulta es que el incumplimiento de las condiciones y requisitos de la subcontratación podrá dar lugar a la resolución del contrato principal, configurándose así la infracción de los requisitos que en este caso se han establecido con la mira puesta en la prevención de riesgos laborales como obligación contractual esencial asumida por el contratista. En suma, tal previsión debe estimarse conforme con las previsiones de la normativa de los contratos de las Administraciones Públicas en materia de resolución y con las obligaciones que derivan para los poderes públicos de la protección de la seguridad en el trabajo»²⁰.

3.4. La intervención de los representantes sindicales acreditados

Llegamos aquí a uno de los puntos más conflictivos del Acuerdo y sobre los que sí ha formulado recomendaciones de modificación el Consejo Consultivo de Andalucía, la intervención de los representantes sindicales acreditados ante la Delegación de Empleo, rechazada por los empresarios

¹⁸ Dictamen cit., f.j. III, pág. 55.

¹⁹ Dictamen cit., f.j. III, pág. 58.

²⁰ Dictamen cit., f.j. III, pág. 59.



en sus tres aspectos de acceso a las obras, vigilancia en materia de prevención y facultades de paralización de los trabajos.

Los pronunciamientos del órgano consultivo andaluz al respecto los podemos estructurar en tres grandes apartados. Sienta primero una regla general; se ocupa seguidamente de la formación requerida por los representantes sindicales; por último analiza sus competencias.

El párrafo que nos sirve de punto de partida es el siguiente:

«Aunque pueda admitirse que por vía contractual es posible añadir nuevos instrumentos de control, como los que incorporaría el pliego, y se acepte que los representantes sindicales pueden ser habilitados a tal efecto por la Delegación de Empleo, ello no debería ser posible sin la previa constatación de la formación específica, que no se exige expresamente en la cláusula examinada, resultando ciertamente difícil de asumir que por la vía de los pliegos en curso de aprobación tales representantes puedan tener las competencias y facultades reconocidas legalmente a los delegados de prevención de riesgos laborales, lo que podría originar disfunciones y problemas de coordinación»²¹.

Desmenuzando el párrafo transcrito, lo primero como decimos es el asentamiento de una regla general, de gran importancia en cuanto legitima la figura de los representantes sindicales, ya que, en definitiva, el órgano consultivo viene a refrendar la licitud de que, por vía contractual —como sucede con la firma del contrato entre la Administración y la empresa adjudicataria— se establezcan controles adicionales a los previstos en la normativa legal o reglamentaria.

Se centra a continuación el Consejo Consultivo en la formación exigible a estos representantes, algo que no figuraba en el clausulado originario y ya aparece recogido en el definitivo: como señalamos (supra, 2.3), en el art. 3.1 actual se añade que los representantes «habrán de justificar hallarse en posesión del título oficial de Técnico Superior o Técnico de nivel intermedio en Prevención de Riesgos Laborales»²².

Se ocupa finalmente el Consejo de las funciones de estos representantes, que, como queda dicho, no pueden ser las ya «reconocidas legalmente a

²¹ Dictamen cit., f.j. III, pág. 62.

²² Algo que ya había dispuesto la Comisión de Seguimiento del ACSL: «Esta Comisión de Seguimiento ya había establecido, y se había plasmado por escrito en el documento aprobado en su sesión de fecha 13 de febrero de 2004 ..., que dichos representantes habrían de ostentar al menos la titulación oficial de técnico de grado medio en prevención de riesgos laborales. Ciertamente es que dicha decisión no se había plasmado literalmente en el pliego sometido a dictamen, lo que se subsana de acuerdo con lo establecido por el Consejo Consultivo» (Documento «Valoración de la Comisión de Seguimiento respecto al Dictamen del Consejo Consultivo sobre el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales contra la Siniestralidad Laboral», de 2 de junio de 2004, apartado 10).

los delegados de prevención», siendo «preciso cohonestar las previsiones del pliego que se pretende aprobar con el papel que asigna la ley a los delegados de prevención, los cuales son elegidos por y entre los representantes del personal ... para el ejercicio de las funciones especializadas en materia de prevención de riesgos en el trabajo (art. 35 de la citada Ley [31/1995] y a los que corresponde ejercer la labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, estando facultados para realizar visitas a los lugares de trabajo a fin de vigilar y controlar el estado de las condiciones de trabajo [art. 36.1.d) y e)]»²³

Como consecuencia de lo anterior, la recomendación del Consejo es la reelaboración del art. 3 del pliego de condiciones administrativas:

«Sería preciso proceder a la reelaboración de dicha cláusula, acomodando el régimen de habilitación de los representantes sindicales y las facultades a ejercer por ellos a las específicas previsiones de la Ley 31/1995 y del Real Decreto 1627/1997, de manera que el pliego pueda ser concebido en este concreto aspecto como un complemento de la regulación legal y reglamentaria, salvando cualquier disfunción o conflicto que pudiera surgir con el añadido de nuevos representantes para la vigilancia y control de las medidas de seguridad, además de los que ya tienen específicamente establecidos los trabajadores, las Administraciones Públicas y el propio empresario»²⁴.

La orientación básica es, pues, no sustituir la labor de los delegados de prevención (o duplicarla pero referida a otros sujetos), sino complementarla. Así lo pretende el texto definitivo que figura como anexo.

Efectivamente, si el clausulado inicial decía que los representantes acreditados «ostentarán las competencias y facultades reconocidas legal y reglamentariamente a los delegados de prevención» (art. 3.1), y que articularán «la prevención de riesgos de las subcontratas con los Delegados de Prevención y Comités de Seguridad y Salud» (art. 3.2), ahora sus funciones, análogas —que no idénticas— a las de los órganos legales, son de complemento y asesoramiento:

«Los representantes sindicales acreditados por la Delegación de Empleo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla complementarán la actuación de los delegados de prevención de riesgos laborales, ostentando para ello competencias y facultades análogas a las reconocidas legal y reglamentariamente a los mismos. Sus funciones serán las de seguimiento y control del proceso preventivo en el caso de contratas y subcontratas, convirtiéndose en facilitadores de la coordi-

²³ Dictamen cit., f.j. III, pág. 63.

²⁴ Dictamen cit., f.j. III, pág. 65.



nación interempresarial, articulando la prevención de riesgos de las subcontratas con los Comités de Seguridad y Salud y con los Delegados de Prevención, y asesorando técnicamente a éstos en el ejercicio de sus funciones» (nuevo art. 3.2).

Con esta nueva redacción —afirma la Comisión de Seguimiento del ACSL— «se clarifica el carácter de complementariedad de los representantes sindicales acreditados por la Delegación de Empleo respecto a la labor de los delegados de prevención elegidos por los trabajadores, y se especifica en el apartado relativo a las funciones de éstos, que asesorarán técnicamente a los delegados y delegadas de prevención»²⁵.

En cuanto a la facultad más incisiva, la nueva redacción del art. 3.3 deja claro, en primer lugar y como es obvio, que la paralización de las obras se trata de un supuesto «absolutamente excepcional», y que la labor de los representantes sindicales acreditados «será complementaria de la labor de los delegados de prevención», pudiéndose adoptar la decisión extrema de paralización «ante la inexistencia, ausencia o inactividad de éstos». Se incorporan así añadidos (las expresiones remarcadas) que no figuraban en el clausulado originario, y que pretenden ir justamente en el sentido apuntado por el Consejo Consultivo de Andalucía, afirmando que la actuación de los representantes sindicales complementará, pero no sustituirá con carácter general, la de los delegados de prevención, de suerte que sólo cuando no sea viable la actuación de aquéllos —por inexistencia o ausencia—, o cuando pese a todo no cumplan con su cometido —inactividad—, podrán los representantes sindicales paralizar las obras; en otras palabras, y como sostiene la Comisión de Seguimiento, sólo actuarán «agotadas las posibilidades paliativas de la situación del art. 21.1 y 21.2 de la meritada ley [de Prevención de Riesgos Laborales]»²⁶.

4. VALORACIÓN FINAL

Tras haber expuesto el contenido del Acuerdo contra la Siniestralidad Laboral, su reflejo en el Pliego de Cláusulas Administrativas, y su examen por el Consejo Consultivo de Andalucía, la valoración que a nuestro juicio merece aquél, aun necesitado de los retoques que recomienda el órgano consultivo, no puede ser sino positiva. Diferentes razones pueden argumentarse a su favor; éstas y algunas otras consideraciones exponemos a continuación.

²⁵ Documento «Valoración de la Comisión de Seguimiento ...», cit., apartado 10.

²⁶ *Ibidem*.

1. Se trata de un caso emblemático en que, al menos Administración y sindicatos, desean avanzar más allá de lo estrictamente dispuesto en la ley. Las saludables consecuencias —nunca mejor utilizado el calificativo— que pueden derivar de este tipo de acuerdos bien valían la pena.
2. El órgano consultivo andaluz ha avalado la inserción, entre las condiciones de contratación fijadas por la Administración Pública, de cláusulas «sociales». No ya el Estatuto de los Trabajadores o la Ley de Prevención de Riesgos Laborales lo permiten: la Constitución que define nuestro país como un Estado social es la que le da cobijo.
3. En el sentido anterior, cabe que por vía contractual se establezcan controles adicionales a los previstos en la normativa legal o reglamentaria.
4. Uno de esos controles consiste en la actuación de los representantes sindicales acreditados. Bien es cierto que según el Consejo Consultivo no deben suplantar a los órganos legales o reglamentarios, pero su labor de complemento no cabe duda de que coadyuvará a poner orden en materia tan necesitada de ello.
5. Se obtiene una regulación de cuestión tan compleja como la de las subcontratas. Aun cuando se admitiera que esta práctica mercantil se encuentra avalada por la libertad de empresa que proclama el art. 38 de la Constitución, los arts. 1 y 9 del mismo texto —por no citar muchos otros— permiten establecer frenos a posibles abusos. En otras palabras, la subcontratación no es un derecho absoluto, al punto de que no puedan disponerse límites o controles de ningún tipo.
6. Como afirma el Consejo Consultivo de Andalucía, la prevención de riesgos laborales se eleva a «obligación contractual esencial asumida contractualmente». De ahí que la resolución de la adjudicación, ante el incumplimiento de aquélla, se adecue a las normas sobre contratación administrativa.
7. La salud laboral también interesa, y mucho, a los empresarios. Debe por supuesto contarse con ellos para la adopción de este tipo de regulaciones adicionales; pero en cualquier caso no puede ser su actitud de rechazo.
8. Por último, y para no cansar más al lector, la importancia del Acuerdo no se encuentra sólo en su propio contenido, sino, además, en las perspectivas de futuro que permite vislumbrar. Buen ejemplo de ello es el reciente compromiso a nivel andaluz entre CC.OO. e IU, en cuya virtud los ayuntamientos en que gobierna esta organización política primarán, en las contrataciones públicas, a las empresas que respeten la normativa de prevención de riesgos y pre-



senten los menores índices de siniestralidad²⁷, compromiso coincidente con una de las propuestas que, en materia de salud laboral, figura en el Libro Blanco sobre la Calidad en el Empleo, recientemente entregado al Gobierno autonómico²⁸.

En definitiva, todo lo dicho nos sirve para ratificarnos en el título que elegimos para este trabajo. El Acuerdo contra la Siniestralidad Laboral puede ser, por su ámbito territorial y funcional, un pequeño paso; mas de gigante por el avance que supone y las expectativas que abre.

Permítasenos, finalmente, acabar con una cita, digno colofón de cualquier estudio en esta materia:

«Los accidentes y enfermedades derivados del trabajo son una fuente continua de sufrimiento humano para los trabajadores y trabajadoras que pierden su salud en el trabajo, para sus familiares y personas de su entorno; sufrimiento que no puede ser cuantificable y que ninguna compensación económica es capaz de reparar»²⁹.

5. ANEXO. PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS GENERALES CONTRA LA SINIESTRALIDAD LABORAL

Medidas contra la siniestralidad laboral y garantías de la subcontratación

Artículo 1.º *Condiciones de la subcontratación.*—1.1. Las obras deberán ser ejecutadas directamente por los adjudicatarios de los contratos, no obstante éstos podrán concertar con terceros la realización parcial de los mismos siempre y cuando se cumplan los requisitos del presente artículo.

1.2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) La empresa adjudicataria del contrato informará al organismo contratante, con cinco días de antelación de las subcontrataciones mercantiles de obras o servicios que, en su caso, pretenda realizar, expresando los motivos que la hagan necesaria o conveniente.

De igual manera la empresa adjudicataria estará obligada a remitir copia de la documentación que acredite el cumplimiento de las condiciones que deben cumplir las empresas subcontratistas que se recogen en este artículo al organismo

²⁷ Vid. *El Correo de Andalucía* de 5 de febrero de 2005, pág. 23.

²⁸ Vid. *Diario de Sevilla* de 3 de marzo de 2005, pág. 30.

²⁹ *Aproximación a los costes cuantificables de la siniestralidad laboral en España*, cit., pág. 2.

contratante, así como poner a disposición del organismo contratante copia de los subcontratos firmados en el momento en que sean requeridos por éste.

El organismo contratante canalizará las informaciones expuestas en el párrafo anterior a la Delegación de Empleo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla.

b) La empresa subcontratista deberá disponer del personal técnico y de mandos intermedios necesarios para la ejecución de la obra o prestación del servicio contratado, por lo que la empresa subcontratista dará a conocer a la empresa principal la forma jurídica o de propiedad de la empresa, junto a las siguientes cuestiones:

- Qué hace la empresa: actividad específica a la que se dedica.
- Dónde lo hace: referencia a los centros de actividad
- Cómo lo hace: descripción de las tareas, actividades y procesos de la empresa en el ámbito operativo, y recursos técnicos de que dispone.
- Quién lo hace: identificación de las personas que integran el nivel operativo y el de gestión.

c) Queda expresamente prohibido a la empresa principal y a las empresas contratistas o subcontratistas la contratación de trabajadores con el propósito inicial o posterior de prestarlos o cederlos temporalmente a otro empresario. Las consecuencias laborales, civiles, penales, administrativas o de cualquier otra índole recaerán sobre el empresario infractor, sin perjuicio de las medidas de resolución contractual a ejercer a instancia del titular de las obras o servicios.

d) Cuando la empresa subcontratista destaque en las obras objeto de cada uno de los contratos suscritos en virtud del presente pliego de cláusulas generales a más de seis trabajadores, deberá designar obligatoriamente un responsable de prevención que facilitará la coordinación preventiva con la principal. Si la empresa subcontratista no designara representante se entenderá por tal el que así figure en los contratos realizados con la empresa principal.

e) En todos los contratos que el adjudicatario de las obras o los sucesivos subcontratistas suscriban para la ejecución de obras o servicios que fuesen objeto de cada uno de los contratos suscritos en virtud del presente pliego de cláusulas generales deberá incluirse, expresamente, que en el supuesto de incumplimiento por parte del subcontratista de las obligaciones dimanantes del presente artículo, podrá llevarse a cabo la resolución del subcontrato por parte de la empresa principal. De no ser así el organismo contratante podrá resolver el contrato con la principal una vez constado el incumplimiento.

El contratista estará obligado a incluir como condición de obligado cumplimiento en los contratos con las empresas subcontratistas, los contenidos del presente artículo de forma literal y rubricado como «Condiciones de la subcontratación».

Caso de que el contratista omitiese incluir tal condición en los subcontratos celebrados, el organismo contratante podrá optar entre resolver el contrato principal u otorgar un plazo de cinco días para la subsanación de dicho requisito

El incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en el presente artículo faculta al organismo contratante a la resolución del contrato principal.

Art. 2.º *Obligaciones y responsabilidad de los adjudicatarios y subcontratistas.*—2.1. Tanto el contratista principal como los subcontratistas vendrán obligados a integrar la prevención en toda la cadena de mando y cumplir las obligaciones que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995 de 8 de noviembre, el R/D 1627/1997 de 24 de octubre, y la Ley 54/2003, de 12 de diciembre) recoge para los empresarios en materia de seguridad y salud, con especial atención a la coordinación preventiva, que partirá de la empresa principal.

2.2. De igual manera vendrán obligados al cumplimiento de la normativa en materia de representación colectiva, derechos sindicales y convenio colectivo de aplicación.

2.3. En el supuesto de admisión de nuevo personal tanto por parte de la empresa principal como subcontratista deberán acreditar ante el organismo contratante que dichos trabajadores han sido informados y formados respecto a los riesgos generales y específicos del puesto de trabajo, así como que su estado de salud es apto para el desempeño de la actividad.

2.4. En el caso del no cumplimiento del deber de prevención y previsión tanto por parte de la empresa principal como subcontratada derivarán responsabilidades administrativas y responsabilidad de Seguridad Social. Además la empresa principal será responsable solidaria en materia de Seguridad Social paralelamente a la empresa incumplidora subcontratada, cuando los trabajos se realicen en el lugar de trabajo de la principal sea de la propia actividad o no.

Art. 3.º *De la intervención de los Representantes Sindicales acreditados por la Delegación de Empleo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla.*—3.1. Los representantes designados por las organizaciones sindicales en virtud del «Acuerdo contra la Siniestralidad Laboral en las Empresas Municipales y Organismos Autónomos dependientes del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla» de fecha 29 de diciembre de 2.003, para ser acreditados por la Delegación de Empleo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla habrán de justificar hallarse en posesión del título oficial de Técnico Superior o Técnico de nivel intermedio en Prevención de Riesgos Laborales.

3.2. Los representantes sindicales acreditados por la Delegación de Empleo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla complementarán la actuación de los delegados de prevención de riesgos laborales, ostentando para ello competencias y facultades análogas a las reconocidas legal y reglamentariamente a los mismos. Sus funciones serán las de seguimiento y control del proceso preventivo en el caso de contratadas y subcontratadas, convirtiéndose en facilitadores de la coordinación interempresarial, articulando la prevención de riesgos de las subcontratadas con los Comités de Seguridad y Salud y con los Delegados de Prevención, y asesorando técnicamente a éstos en el ejercicio de sus funciones.

Para ello, tendrán libre acceso a los centros y lugares de trabajo donde se desarrollen tareas que sean objeto del presente contrato, sin necesidad de aviso previo.

Las empresas adjudicatarias de cada uno de los contratos suscritos en virtud del presente pliego de cláusulas generales así como las empresas subcontratistas deberán facilitar la labor de dichos representantes sindicales no pudiendo negarles en ningún caso el acceso a la obra, a cuyo efecto deberán facilitarles los medios necesarios para que puedan acceder a la misma.

3.3. En el supuesto absolutamente excepcional regulado en el art. 21.3 de la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales, de que en la ejecución de la obra se estén llevando a cabo tareas de tal forma que supongan casos de flagrante incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales o contravengan lo establecido en los Planes de Seguridad y Salud, y siempre que concurren riesgos graves e inminentes para la seguridad y salud de los trabajadores, los representantes Sindicales acreditados por la Delegación de Empleo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla podrán proceder a la paralización de la actividad o tarea que se encuentre afectada por el riesgo grave e inminente, comunicándose de forma inmediata esta decisión a la autoridad laboral competente y a la dirección de la empresa. En todo caso, la actuación de los representantes sindicales acreditados por la Delegación de Empleo será complementaria de la labor de los delegados de prevención, pudiendo adoptar tal decisión extrema ante la concurrencia de las excepcionales circunstancias a las que se refiere este apartado ante la inexistencia, ausencia o inactividad de éstos.

Los Representantes Sindicales acreditados por la Delegación de Empleo procederán a realizar la anotación de dicha circunstancia en el libro de Incidencias que a tales efectos deberá encontrarse en la obra de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Real Decreto 1627/1997 de 24 de diciembre.

Tal circunstancia será comunicada inmediatamente a la empresa y a la autoridad laboral (Inspección de trabajo y Seguridad Social de Sevilla), la cual en el plazo de veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada, según recoge el artículo 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales punto 3, y el artículo 13.4 del Real Decreto 1627/1997 de 24 de diciembre, no obstante lo cual, dicha circunstancia deberá ser comunicada también por los Representantes Sindicales acreditados por la Delegación de Empleo tanto al organismo contratante de la obra como a la propia Delegación de Empleo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla.

Este supuesto de paralización, se entenderá, en todo caso, sin perjuicio del pago del salario por parte del empresario.

4. Aceptación de las obligaciones dimanantes del presente pliego

La presentación de oferta al presente procedimiento de contratación supone la aceptación íntegra de todas las cláusulas que regulan el mismo y en concreto las relativas al presente epígrafe «Medidas contra la siniestralidad laboral y garantías de la subcontratación» cuyo cumplimiento será obligatorio para el adjudicatario y que se incorporarán como parte inescindible a todos los documentos contractuales que como consecuencia de la ejecución de las obras objeto de cada uno de los contratos suscritos en virtud del presente pliego de cláusulas generales se suscriban, tanto con el organismo contratante como con terceros.



LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE ELECCIONES SINDICALES EN LAS MICROEMPRESAS *

THAIS GUERRERO PADRÓN

*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

EXTRACTO

El tejido empresarial español está integrado por un considerable porcentaje de empresas inscritas en la Seguridad Social cuya plantilla es inferior a seis trabajadores, sin desechar el número de aquellas que cuentan entre seis y diez. Esas cifras son referentes en la legislación vigente para excluir la elección del representante de personal o bien para introducir matizaciones en el procedimiento a seguir para llevar a cabo tal elección, con importantes implicaciones en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

El Tribunal Constitucional, a través de reiteradas sentencias, ha sentado doctrina en orden a la legitimación de los sindicatos más representativos para promover elecciones sindicales, tema que suscita una indudable atracción y al mismo tiempo derivadas consideraciones y efectos, básicamente en torno al grado o índice de legitimación en el marco del proceso electoral en paralelo o en concurrencias con la facultad estatutaria de la decisión mayoritaria de los trabajadores de celebrar elecciones cuando el censo laboral oscila entre seis y diez trabajadores.

Este análisis invita a otras reflexiones adicionales. De un lado, respecto de la eventual posibilidad de que centros de trabajo o empresas con menos de seis trabajadores puedan elegir un representante de personal cuando media amparo convencional; y de otro lado, las alternativas que plantea la reducción de plantilla por debajo del umbral de seis trabajadores sobre la vigencia del mandato del delegado de personal electo así como sobre sus posibles facultades, prerrogativas y garantías en cuanto representante unitario.

* Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Las relaciones laborales en las microempresas (BJU 2002-04794)».

ÍNDICE

1. EL PROCESO ELECTORAL EN CENTROS DE TRABAJO ENTRE SEIS Y DIEZ TRABAJADORES
2. CENTROS DE TRABAJO CON MENOS DE SEIS TRABAJADORES: REPRESENTANTE PREVISTO EN CONVENIO COLECTIVO
3. REDUCCIÓN DE PLANTILLA HASTA SITUARSE POR DEBAJO DEL UMBRAL DE SEIS TRABAJADORES

1. EL PROCESO ELECTORAL EN CENTROS DE TRABAJO ENTRE SEIS Y DIEZ TRABAJADORES

El artículo 62.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) atribuye a los delegados de personal la representación de los trabajadores en empresas o centros de trabajo que cuentan con una plantilla entre once («más de diez») y cuarenta y nueve («menos de cincuenta») trabajadores. En la empresa o centro de trabajo con un número entre seis y diez trabajadores, el precepto asigna la representación de los trabajadores a un delegado de personal, precisando la norma que podrá haberlo «... si así lo decidieran éstos por mayoría», pero sin pronunciarse sobre aspectos tales como la forma, contenido o momento de adopción de tal decisión. La finalidad del artículo 62.1 ET, señala el Tribunal Constitucional ¹, es la de habilitar la existencia de un representante en esos centros de trabajo contando con la voluntad de los trabajadores o no imponer a éstos, en principio, dicha figura en contra de su voluntad.

Así parece claro que la elección de delegados de personal en centros de trabajo con más de diez trabajadores es una rigurosa previsión legal a diferencia de la elección del representante en empresas o centros de trabajo entre seis y diez trabajadores que es facultativa para éstos de acuerdo con la dicción legal («podrá haber»)².

La elección de representantes de personal se sustancia a través de un proceso electoral que necesariamente requiere su promoción a instancia de algún sujeto con la debida legitimación. La promoción es el elemento que sirve para impulsar el proceso electoral, lo cual requiere que los sujetos promotores deban comunicar a la empresa y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral su propósito de celebrar elecciones mediante un escrito —preaviso electoral— en el que, entre otros datos, debe mencionarse la fecha prevista de inicio del proceso, que será la de constitución de la mesa electoral (artículo 67.1 segundo párrafo ET).

¹ Sentencia 36/2004, de 8 marzo, f.j. 4.º.

² El carácter facultativo es un aspecto unánime en la doctrina, por todos, A. MONTAYA MELGAR, J. GALIANA MORENO, A. SEMPÈRE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 3.ª ed., Navarra, 2000, pág. 408.



El artículo 67.1 ET menciona como posibles promotores de elecciones a representantes de los trabajadores a «las organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo de un 10 por 100 de representantes en la empresa o los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario» sin añadir otras precisiones o condicionamientos a la actividad promotora de tales sujetos en función del tamaño de la empresa o centro de trabajo. Tratándose de sindicatos más representativos la legitimación para promover elecciones a representantes de los trabajadores en cualquier centro de trabajo donde sea posible su celebración deriva, igualmente, del artículo 6.3. e) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

El carácter de derecho fundamental de la libertad sindical ex artículo 28.1 CE, el reconocimiento constitucional de los sindicatos (artículo 7 CE) así como la legitimación de los sindicatos más representativos para promover elecciones a delegados de personal reconocida en los mencionados artículos 6.3.e LOLS y 67 ET sin ninguna cortapisa ni salvedad relativa al tamaño de la empresa o centro de trabajo («gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionariales para... promover elecciones a delegados de personal...»), han favorecido la construcción de una doctrina constitucional que, en definitiva, incardina aquella legitimación promocional en la órbita de la libertad sindical. El TC entiende que la libertad sindical tiene un núcleo mínimo e indisponible —en cualquier caso esencial— que abarca los derechos de huelga, negociación colectiva y promoción de conflictos, y un contenido adicional que comprende otros derechos o facultades atribuidos por normas legales o convenios colectivos a aquellos sindicatos entre los que figura la promoción de elecciones sindicales; cualquier acto contrario, impedimento u obstaculización al sindicato para ejercitar este derecho adicional que es la promoción del proceso electoral puede ser constitutivo de una violación del artículo 28.1 de la Constitución³, si bien entendido que no todas las normas electorales en su conjunto y actos conexos al proceso electoral quedan incluidos en el ámbito de la libertad sindical.

Por tanto, de un lado las normas reconocen que los sindicatos más representativos tienen «legitimación para promover» elecciones a delegado de personal en cualquier empresa o centro de trabajo donde sea posible su celebración (artículos 67.1 ET y 6.3 e LOLS), con el aval de la doctrina constitucional, y de otro lado, la «elección» de un delegado de personal en centros de trabajo reducidos (de seis a diez trabajadores) queda condicionada por la norma («podrá haber... si...») a la decisión favorable de la mayoría de los trabajadores (artículo 62.1 ET). De la redacción de tales preceptos no

³ Sentencias 104/1987 de 17 de junio, 9/1988 de 25 de enero, 51/1988 de 22 marzo y 76/2001 de 26 de marzo.

se infiere que haya necesariamente una relación entre la «legitimación promotora» del sindicato más representativo y la «decisión mayoritaria de los trabajadores para elegir su representante» cuando la unidad electoral es un centro de trabajo de esas características.

Pero en la práctica judicial se han suscitado problemas de interpretación de las normas precitadas cuando se trata de elecciones sindicales en centros de trabajo entre seis y diez trabajadores en las que actúa como promotor un sindicato más representativo. Algunas resoluciones judiciales han tenido la ocasión de pronunciarse sobre la existencia de una posible vinculación o relación entre la promoción electoral del sindicato y la decisión mayoritaria de los trabajadores para elegir al representante, o acerca de si dicha decisión mayoritaria puede limitar, condicionar o, al menos, afectar a la celebración del proceso electoral, salvaguardada la legitimación del sindicato más representativo a la hora de promover elecciones sindicales en aquellos centros de trabajo. Ciertamente, desde los Juzgados de lo Social, alguna sentencia, admitiendo la legitimación promotora del sindicato más representativo con carácter general, ha precisado que «en empresas entre seis a diez trabajadores quedará supeditada dicha legitimidad a que se produzca el acuerdo positivo de la mayoría de los trabajadores para que haya elecciones», ó que «la validez de dicha promoción tiene su límite en la posibilidad de que dichas elecciones puedan celebrarse»⁴. Otra sentencia afirma que la existencia del requisito de la mayoría de los trabajadores para elegir un delegado de personal puede condicionar «la validez de la promoción efectuada por el sindicato y por tanto la validez de la elección»⁵. Del mismo modo se ha matizado que el distinto tratamiento que hacen las normas para la elección de un representante cuando la empresa tiene entre seis y diez trabajadores, «que incluso parece poner en cuestión la facultad para promover elecciones por los sindicatos..., se traduce en que para que puedan realizarse las elecciones en este caso es necesario un pronunciamiento mayoritario previo de los trabajadores...»⁶. De tales pronunciamientos en instancia se podría colegir que, en efecto, el sindicato más representativo tiene capacidad para promover elecciones en centros de trabajo reducidos, pero cuando no concurre la decisión mayoritaria de los trabajadores optando por un representante esa facultad puede verse comprometida tanto como la propia celebración de las elecciones, matiz no carente de interés.

⁴ Sentencia de 6 de junio de 2002 del Juzgado de lo Social núm. 6 de Alicante, f.j. 3.º (AS 2002\2584).

⁵ Sentencia de 29 de enero de 2002 del Juzgado de lo Social núm.1 de Castellón, f.j. 5.º (AS 2002\410).

⁶ Sentencia de 11 de septiembre de 2001 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Granada, f.j. único (AS 2001\4572).



La doctrina ha señalado que «la voluntad de los trabajadores, no la de los convocantes, (es) lo decisivo» en este tipo de elecciones⁷ y se ha planteado si la promoción resulta imposible en este tipo de centros de trabajo sin la previa decisión mayoritaria de los trabajadores apoyando la celebración de elecciones⁸; el punto de referencia que considera es precisamente una unidad productiva de reducidas dimensiones en la que las relaciones empresario-trabajadores son muy directas quedando el ámbito de las relaciones colectivas sustancialmente limitado a pocas materias y en momentos muy puntuales. Posiblemente la intención del legislador ha sido «poner en manos de los propios trabajadores de este tipo de empresas las posibilidades de actividad sindical a través de la representación unitaria de los sindicatos, que queda condicionada a su acuerdo mayoritario. En definitiva, tal decisión tiene un contenido sustantivo propio, no es un requisito de carácter puramente formal, lo que exige se convierta en el primer trámite a cumplir para promover el proceso electoral; una vez realizado, este puede valorarse como el acuerdo también de promoción directa de las elecciones por los propios trabajadores, que hace inútil en tal caso la convocatoria posterior por un sindicato de los facultados legalmente para ello».

El Tribunal Supremo ha conocido en proceso de conflicto colectivo esta materia⁹, habiéndose sometido a su consideración cuestiones referidas a si los sindicatos mayoritarios carecen de legitimación para decidir la celebración de elecciones de delegado de personal en empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, o si la decisión mayoritaria de los trabajadores es soberana para promover la celebración de elecciones de delegado de personal en ese tipo de centros de trabajo. La postura que ha adoptado el TS racionaliza el impulso y el desarrollo del proceso electoral para así establecer una neta diferencia entre (de un lado) el acto de promoción electoral y (de otro) la celebración de las elecciones sindicales, situando en este segundo momento el requisito relativo al acuerdo mayoritario de los trabajadores cuando se trata de centros de trabajo de las características expuestas, lo que puede condicionar la validez del proceso.

Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, promover significa «iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro», expresión de claro contenido finalista. Reconducido al ámbito electoral sindical, el TS indica que «promover supone simplemente adelantar o iniciar el impulso de un proceso, llevando a cabo las diligencias necesarias

⁷ De este modo S. DEL REY GUANTER, *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 79.

⁸ J. CRUZ VILLALÓN, «El desarrollo del proceso electoral sindical a través de las resoluciones judiciales», *Temas Laborales*, núms. 10-11, 1987, págs. 32-33.

⁹ Sentencia de 10 de marzo de 2004, recurso 2/2003.

conducentes a la consecución de un fin, y esta facultad se atribuye a ciertos sindicatos ¹⁰ y, sin perjuicio de ello, también a los trabajadores de los centros que nos ocupan», doctrina claramente subsumible en el artículo 67.1 párrafo primero ET y no absolutamente predicable en los centros de trabajo comentados en los que la ley refiere la mera existencia de un delegado de personal si así se decide por mayoría (artículo 62.1 ET).

Puede entenderse que, con carácter general, la promoción electoral expresa la *intención de incitar o provocar* que los trabajadores celebren el proceso conducente a la elección del representante de personal, intención que necesariamente se debe plasmar en un preaviso electoral dirigido a la empresa y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral, haciendo constar, entre otros datos, la fecha de inicio del proceso electoral que será coincidente con la de constitución de la mesa electoral (artículo 67.1, 2.º párrafo ET). Esta fase inicial únicamente legitima aquella acción promocional de los sindicatos más representativos; sin embargo, su puesta en marcha incorpora dos elementos claves propios del proceso electoral (fecha de inicio y constitución de la mesa electoral) sin contar aún con la decisión pertinente de los trabajadores afectados, aspecto de grave trascendencia en la evolución del proceso electoral. Este punto de inflexión exige, como señala el TS en la sentencia citada, posibilitar una interpretación armónica entre los artículos 62.1 y 67.1 ET. En tal sentido, el TS advertía que «la prosecución del proceso con la consiguiente constitución de la mesa electoral constituye ya el paso siguiente y, en las empresas de las que aquí tratamos, la decisión posterior y última acerca de si en ámbitos tan reducidos se van a celebrar o no elecciones corresponde en exclusiva a los propios trabajadores, conforme revela la expresión *si así lo deciden éstos por mayoría* empleada por el artículo 62.1».

Por tanto, una cosa es «poner en marcha» el proceso electoral a través de la presentación de un preaviso electoral para lo cual debe contarse con la necesaria legitimación, y otra diferente es la efectiva celebración de los comicios que, en el caso de centros de trabajo tan reducidos, se va a condicionar a la voluntad positiva de los trabajadores expresando su intención de elegir delegado de personal. Desde este planteamiento, la legitimación promotora del sindicato más representativo y el acuerdo mayoritario de los trabajadores de celebrar elecciones sindicales son derechos perfectamente compatibles y necesariamente conciliables que no interfieren entre sí y, como expresa el TS, tienen diferente fundamento jurídico ¹¹. Parece deducirse de

¹⁰ En el f.j. 5.º de la sentencia de 10 de marzo de 2004 citada, el TS reitera la doctrina constitucional que reconoce la legitimación para promover elecciones como un derecho de los sindicatos más representativos que opera con carácter general.

¹¹ El derecho de promoción sindical forma parte del derecho de libertad sindical en los términos ya mencionados y el derecho de los trabajadores a decidir por mayoría la celebración



la postura del TS, incluso, que no existe una conexión entre el acto de promoción y la decisión de los trabajadores de celebrar las elecciones; en el caso de no ser los propios trabajadores los promotores, el ejercicio por un sindicato más representativo de su derecho a promoverlas en ese centro de trabajo no menoscabará la facultad de los trabajadores de decidir por mayoría si se consuma o no el proceso electoral, antes al contrario, resulta preceptiva.

El Tribunal Constitucional ¹² se ha pronunciado vía recurso de amparo sobre la interpretación del artículo 62.1 en relación con el 67.1 ET. A primera vista parece establecer un nexo entre ambos artículos de tal forma que la «armonización de los preceptos (...) ha de desarrollarse entendiendo que la promoción de las elecciones por parte de los sindicatos más representativos exigirá siempre la decisión de los trabajadores (que) opera como condición de eficacia y no como presupuesto de admisibilidad». Si se reconoce que la promoción, a pesar de ser un acto externo y previo al comienzo del proceso electoral, está expresando la intencionalidad última de elegir representantes de personal y de alguna manera es condición para el posterior inicio del proceso electoral ¹³, la expresión «como condición de eficacia» que utiliza el TC referida a la decisión mayoritaria de los trabajadores puede entenderse, en una interpretación finalista, en el sentido que para consumir el objetivo que perseguía la promoción (es decir, la elección del representante) es necesario contar *a posteriori* con la decisión mayoritaria de los trabajadores de elegir un representante; de ahí que el TC considere que esa decisión mayoritaria no sea «presupuesto de admisibilidad» para la promoción, es decir, que carezca de virtualidad para afectar en sí a la legitimación promotora de elecciones.

Queda la interrogante —no despejada en una interpretación global— de cómo se produce el fenómeno electoral, distinguiendo entre la legitimidad del sindicato más representativo para promover elecciones y la autonomía colectiva de los trabajadores afectados para proceder o no a su efectiva celebración.

En principio, como señaló el TS en la sentencia comentada, aun respondiendo a dos ámbitos de competencias compatibles, sin embargo, el núcleo conflictivo radica en discernir si cabría entender que aquella legitima-

de elecciones tiene su fundamento en el artículo 129.2 de la Constitución que ordena a los poderes públicos promover eficazmente las diversas formas de participación. Sentencia citada, f.j. 5.º.

¹² Sentencia 36/2004, de 8 de marzo.

¹³ No en vano el artículo 67.2 ET determina que «el incumplimiento de cualquiera de los requisitos establecidos en este artículo para la promoción de elecciones determinará la falta de validez del correspondiente proceso electoral».

ción es una forma de incitar a los trabajadores a celebrar elecciones sindicales, agotándose con esta acción aquella legitimidad. Luego, serán los propios trabajadores los que en reunión *ad hoc* se pronunciarán a favor o en contra de la celebración de elecciones y, de obtener un resultado positivo, sería admisible de nuevo la personación (legitimación prorrogada) de aquel sindicato más representativo.

En este orden de cosas directamente vinculado con el tema, otro aspecto clave y particularmente interesante consistirá en determinar el tiempo y la forma de manifestarse la decisión mayoritaria de los trabajadores cuando el artículo 62.1 ET no precisa nada al respecto y tampoco lo hace la norma reglamentaria (RD 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa), si bien que debe resultar previo a su efectiva celebración.

Cuando la promoción de elecciones es instada por los propios trabajadores del centro de trabajo la norma estatutaria exige su *acuerdo mayoritario* (artículo 67.1 ET), especificando la norma reglamentaria los aspectos formales que debe reunir tal acuerdo: «se acreditará mediante acta de la reunión celebrada al efecto, en la que conste la plantilla del centro de trabajo, número de convocados, número de asistentes y el resultado de la votación, que se adjuntará a la comunicación de promoción de elecciones... las reuniones se celebrarán observándose los requisitos establecidos en el capítulo II del título II del Estatuto de los Trabajadores» (artículo 2.2 RD 1844/1994). El contenido de esta norma, a través del planteamiento constitucional, en principio *sic* no parece viable extrapolarlo a la decisión mayoritaria de los trabajadores que contempla el artículo 62.1 pese la laguna legal existente, no obstante su proximidad temática.

La falta de precisión normativa en orden a las posibles formalidades de la decisión mayoritaria de los trabajadores que menciona el artículo 62.1 ET ha abierto el camino a distintas interpretaciones judiciales que ofrecen un panorama, cuando menos, variado. Acerca de la forma, alguna sentencia señala que «no basta un acuerdo tácito, no basta con la no oposición o indiferencia, es necesario que la mayoría de los trabajadores del centro de trabajo decidan y acuerden la elección del delegado»¹⁴; otros Juzgados de lo Social, en cambio, admiten que puedan constatar «su existencia por cualquier medio de prueba y, en última instancia, por la interpretación de la voluntad de los propios trabajadores para evitar que resulte burlada dicha exigencia... Ante la inexistencia de otro tipo de prueba, habrá que acudir a los actos de los trabajadores posteriores a la convocatoria de las elecciones... debiendo concluir que vista la participación de la práctica totalidad de la

¹⁴ Sentencia de 29 de enero de 2002 del Juzgado de lo social núm. 1 de Castellón, cit.



plantilla en la elección celebrada, resulta indiscutida la voluntad mayoritaria de los mismos»¹⁵. Sobre el momento, se indica que el acuerdo de los trabajadores debe tener carácter previo al inicio de las elecciones, requisito del que «no se puede prescindir ni suplir a posteriori»¹⁶, o bien que debe acompañarse al preaviso electoral y, en caso de no hacerse, «nada impide que dicho requisito sea subsanado en un momento posterior pero siempre antes del inicio del proceso electoral»¹⁷, de lo que cabría inferir la necesidad de su forma escrita. A todo esto cabe preguntar a quién correspondería la vigilancia, el control y, en su caso, la depuración del procedimiento electoral.

La relevancia de la cuestión exige, aunque ello parezca superfluo, detenerse en el enfoque legal de los supuestos examinados. El artículo 62.1 ET contempla la posibilidad de la existencia de un delegado de personal si así lo decidieren por mayoría los trabajadores. El artículo 67.1 ET, a los efectos de que la promoción a elecciones sindicales se accione por los propios trabajadores, previene que será por acuerdo mayoritario, pormenorizando y detallando la norma reglamentaria que éste se acredite mediante acta de la reunión celebrada al efecto, en la que conste la plantilla del centro de trabajo, número de convocados, número de asistentes y el resultado de la votación, que se adjuntará a la comunicación de promoción de elecciones (artículo 2.2 RD 1844/1994). En cualquier caso, el artículo 77 del texto estatutario general, configurando el derecho asambleario de los trabajadores, posibilita que por esta vía y reflejándolo así específicamente en el orden del día, se convoque a los trabajadores a este fin levantando acta de la decisión acordada, como con rigor y de forma categórica previene el artículo 80 ET.

Un análisis taxonómico de las reglas citadas induce a considerar, en líneas generales, que por razones de seguridad jurídica todo acuerdo de los trabajadores, en este marco de la representación, se documente como garantía *erga omnes*. Sentada esta premisa y siempre partiendo del lógico mimetismo o contagio instrumental en el mundo sindical, ninguna razón se opone a aplicar las reglas que estructuran el acuerdo mayoritario del artículo 67.1 ET a la decisión mayoritaria del artículo 62.1 del mismo texto legal, o en otro caso, como se indicaba anteriormente, a través del artículo 77 ET (asamblea de trabajadores).

Desde tal visión normativa habría que analizar este tipo de elecciones respetando —como no puede ser de otra manera— la doctrina constitucio-

¹⁵ Sentencia de 6 de junio de 2002 del Juzgado de lo social núm. 6 de Alicante, cit.

¹⁶ Sentencia de 11 de septiembre de 2001 del Juzgado de lo social núm. 4 de Granada, cit.

¹⁷ Sentencia de 29 de enero de 2002 del Juzgado de lo social núm. 1 de Castellón, cit.

nal¹⁸ que entiende que la decisión mayoritaria de los trabajadores prevista en el artículo 62.1 ET «en el aspecto temporal, puede ser anterior o posterior a la promoción de las elecciones y, en el terreno formal, puede ser expresa o tácita»; en particular, si en un centro de trabajo o empresa con siete trabajadores participan seis en la votación y cinco votan al candidato presentado, el TC admite que «se produjo la decisión mayoritaria tácita de contar con un delegado de personal». Es decir, según el TC aquella decisión tiene una doble virtualidad: al tiempo que se produce la votación se subsana la preceptiva decisión mayoritaria previa. No se puede pasar por alto un importante matiz implícito en este criterio interpretativo uniforme en varias sentencias del Tribunal Constitucional: los procesos electorales cuestionados presentan como denominador común su promoción a instancia de un sindicato más representativo, se trata de centros de trabajo con una plantilla entre seis y diez trabajadores, la celebración de los comicios se efectúa sin que los trabajadores previamente hayan adoptado un acuerdo para tener dicho delegado y en la votación la mayoría de los trabajadores del centro se pronuncian a favor del candidato presentado, en cualquier caso, en número suficiente para formalizar aquella decisión mayoritaria. Ante supuestos de las características expuestas es evidente, como interpreta el Tribunal Constitucional, que se podría presumir a la vista del resultado de la votación que era la voluntad originaria de los trabajadores secundar la promoción y celebrar elecciones para designar un delegado de personal¹⁹.

De esta doctrina constitucional lo que parece deducirse es la convalidación de un proceso electoral que, adoleciendo en principio de la previa decisión mayoritaria de los trabajadores, promovido el proceso electoral, celebrado y practicada la votación con una intervención mayoritaria, este hecho viene a revalidar tácitamente aquella condición que contempla el artículo 62.1 ET. Es decir, cuando se produzca el fenómeno precedente (promoción-celebración-votación mayoritaria) se está admitiendo por vía constitucional un concreto o determinado proceso electoral *sui generis* de indudable coherencia.

¹⁸ Sentencias 36/2004, de 8 de marzo; 62/2004 y 64/2004, ambas de 19 de abril; 103/2004, de 2 de junio —con voto particular— y 175/2004, de 18 octubre.

¹⁹ No obstante esta doctrina constitucional, es razonable y compartida la postura sostenida por J. CRUZ VILLALÓN en «El desarrollo del proceso electoral...», pág. 33, cit., al manifestar que «en ningún caso cabe identificar la votación de una determinada candidatura con el presente apoyo a la celebración de elecciones ... pues el trabajador en tal momento se puede encontrar ante un hecho consumado de un proceso electoral en marcha y decidirse a depositar su voto, no tanto porque sea partidario de una sindicalización o colectivización de las relaciones laborales en el seno de su empresa, sino porque dado que las elecciones se van a celebrar cuando menos ocupe el cargo representativo una persona de su confianza».

Todo lo expuesto, y ello con independencia de la presumible conexión causal entre el sindicato promovente y la afiliación (o simpatía) de alguno de los trabajadores del centro o empresa de referencia, permite reflexionar:

- Primero. Sobre la identificación de un proceso electoral *sui generis*, pero coherente, de origen doctrinal constitucional.
- Segundo. La distinción entre «promover» (elecciones), como accionar o instar la puesta en marcha de una idea, objetivo o proyecto, y la expresión «celebrar» (el propio proceso electoral) en el sentido de su material y formal ejecución. Legalmente corresponde aquella facultad a los trabajadores mediando una decisión mayoritaria y, siguiendo al TC, corresponderá igualmente a los sindicatos más representativos que, a través del propio proceso electoral, podrán contar —aunque siempre resulte positivo en la versión constitucional— simultánea o posteriormente con aquella decisión mayoritaria. Paradójicamente, cuando el proceso electoral se insta por los propios trabajadores, el acuerdo mayoritario, acreditado mediante acta de la reunión celebrada al efecto, se adjuntará a la comunicación de promoción de elecciones, so pena de nulidad. Pero entendida así esta especial legitimación, la misma sólo será potencial ya que su conformación y admisibilidad queda condicionada a la expresión del voto mayoritario de los trabajadores, lo que evidencia no se trata de una legitimación *ab initio* sino sobrevenida, sólo en caso positivo.
- Tercero. Esta simultaneidad —fácilmente entendible en los supuestos de análisis constitucional— puede pugnar con la dinámica ordinaria del propio proceso electoral. En primer lugar, la empresa, partiendo de aquel efecto legitimatorio ulterior e incierto *a priori* puede adoptar una actitud reticente al tiempo de «tener» que facilitar el censo laboral, cuando los propios trabajadores afectados nada han instado ni expresan o manifiestan entusiasmo o intención alguna al respecto. Inclusive el propio sindicato promovente puede ignorar la naturaleza laboral y duración de los vínculos existentes entre los trabajadores y la empleadora y el número de aquéllos, por cuanto que los datos obtenibles de las «Administraciones Públicas» (artículo 3 RD 1844/1994) sólo refiere a la empresa (o centros de trabajo) y al «número de trabajadores de la misma», lo que puede dificultar la designación de electores y elegibles y el número de representantes en función del número de trabajadores fijos, fijos-discontinuos y eventuales.
- Y cuarto. Puede inclusive darse la concurrencia de promoventes (sindicatos y trabajadores). La Ley (artículo 67.2 párrafo tercero ET) otorga prioridad en estos supuestos a la «primera convocatoria registrada», sin embargo ésta, de resultar de origen sindical, «no cum-

ple los requisitos establecidos» referente al acuerdo mayoritario de los trabajadores lo que debería comportar su automática nulidad. O bien, los propios trabajadores afectados, ante aquella comunicación, propiciar una reunión específica y urgente votando sobre el provocado proceso electoral con las consecuencias derivadas de la propia votación. Y todo al margen de los procesos menores o parciales referidos a la modificación de la plantilla y demás supuestos de renovación, sustituciones, dimisiones o extinciones.

2. CENTROS DE TRABAJO CON MENOS DE SEIS TRABAJADORES: REPRESENTANTE PREVISTO EN CONVENIO COLECTIVO

El artículo 61 ET reconoce el derecho de participación de los trabajadores en la empresa a través de los órganos de representación regulados en el Título II del ET —delegados de personal y comités de empresa— que serán designados en el seno del centro de trabajo a partir de cierto número de trabajadores y de entre estos, siguiendo las pautas de un proceso electoral (artículos 69 y siguientes ET y RD 1844/1994) cuyo resultado, como efecto destacable, servirá para medir la representatividad de los sindicatos (artículo 75.7 ET en consonancia con los artículos 6 y 7 LOLS). Estos representantes unitarios tienen reconocido un marco competencial general avalado por un cuadro de garantías legales (artículos 64 y 68 ET, respectivamente) que adquiere particular relevancia en ámbitos como el de la prevención de riesgos laborales, donde el delegado de prevención será seleccionado por y entre los representantes de los trabajadores, asumiendo otras tantas funciones y competencias relacionadas con su específica representación.

A la vez que anuncia un modelo de sistema representativo ajustado a determinadas reglas «estatutarias», el artículo 61 ET admite «otras formas de participación» en la empresa lo que puede entenderse como la apertura a órganos de representación de los trabajadores no coincidentes con los previstos en el ET, ya sea en lo estrictamente nominal, en lo competencial y funcional, incluso en el proceso electoral a seguir para su designación, entre otros aspectos.

La regulación legal (artículo 62.1 ET) permite que haya delegados de personal en empresas o centros de trabajo que cuenten como mínimo con seis trabajadores²⁰ elegidos a través del pertinente proceso electoral tam-

²⁰ Se ha tratado de justificar este límite numérico legal con la presunción de que las relaciones entre trabajadores y empresario en centros de trabajo tan reducidos resultan lo sufi-



bién previsto legalmente (ET y RD 1844/1994) el cual, en lo sindical, permitirá medir la mayor representatividad de los sindicatos a diferentes niveles (artículos 6 y siguientes de la LOLS). Los delegados de personal, en cuanto representantes de los trabajadores, tienen una serie de competencias (artículo 64) y garantías para el ejercicio de sus funciones representativas (artículo 68 ET) previsiblemente ampliadas en materia de prevención de riesgos laborales en cuanto que el delegado de personal puede asumir la representación especializada adquiriendo la condición de delegado de prevención con la finalidad de defender los intereses de los trabajadores en el ámbito de la seguridad y salud laboral, a cuyo efecto la ley le reconoce una marco de facultades, competencias y garantías paralelas a las de la representación genuina aunque con las pertinentes matizaciones derivadas de la especialización de su condición ²¹.

En España, el porcentaje de empresas que tiene entre tres y cinco trabajadores no es nada desdeñable. Según el Boletín de Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ²² en 2004 había un total de 1.272.595 empresas inscritas en la Seguridad Social en el Régimen General y el Régimen Especial de la Minería del Carbón, de las cuales el 22 por 100 tenían entre tres y cinco trabajadores, el 53'5 por 100 entre uno y dos trabajadores, el 9'8 por 100 entre seis y nueve trabajadores y el 9'5 por 100 entre diez y veinticinco trabajadores. Estos datos revelan que un importante colectivo de trabajadores por cuenta ajena, en principio, de acuerdo con las previsiones legales, podría verse privado de la representación unitaria y, por tanto, despojado de un instrumento clave para reivindicar y defender sus derechos en el marco de la empresa, sin perjuicio de los efectos generales derivados de la pactación colectiva de aplicación.

La cuestión que planteamos es la siguiente: ¿puede la negociación colectiva contemplar la existencia de un delegado de personal en centros de

cientemente fluidas como para prescindir de órganos unitarios de representación; por todos, I. ALBIOL MONTESINOS, *Comités de empresa y delegados de personal*, Deusto, Bilbao, 1992, pág. 23. Del mismo tenor, la sentencia del TS de 19 de marzo de 2001 (RJ 2001\3385) tratando un supuesto de empresa con diversos centros de trabajo cuyas plantillas mayoritariamente eran inferiores a seis trabajadores, señala que posiblemente «los problemas que puedan surgir en los centros de pequeñas dimensiones pueden resolverse por los propios interesados y no llegan a alcanzar una problemática tan amplia y general que requiera el soporte de una representación de intereses generales».

²¹ El artículo 36 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 establece el cuadro de competencias y facultades propias de estos representantes especializados, y el artículo 37 las garantías y sigilo profesional de los delegados de prevención.

²² *Boletín Mensual*, febrero/2005 (página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

trabajo con plantilla inferior a seis trabajadores y atribuirle expresa o tácitamente *todos* los efectos que las leyes prevén para esta figura representativa?²³ La realidad muestra que hay convenios colectivos que regulan esa posibilidad. Sirvan de ejemplo el Convenio Estatal de Estaciones de Servicio 2003-2005 (BOE 3 agosto 2004) y el Convenio Colectivo de ámbito Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil (BOE 22 agosto 2003). El primero señala que «Los trabajadores *tendrán derecho* a elegir, cuando menos, un representante por Estación de Servicio, siempre que la plantilla de ésta sea superior a cuatro trabajadores, con los derechos reconocidos a los Delegados de Personal en la legislación vigente» (artículo 43). Por su parte, el segundo convenio establece que «En los centros con menos de seis trabajadores *se podrán* celebrar elecciones sindicales siguiendo el procedimiento establecido en la legislación vigente para empresas entre seis y diez trabajadores» (artículo 72) y que los delegados de personal tendrán todas las competencias, derechos y garantías que establecen las disposiciones legales aplicables (artículo 67). Repárese en ambos casos en las expresiones utilizadas: el primero refiere «tendrán derecho» y el segundo «se podrán», una y otra con diferente intensidad o contundencia en su manifestación y, posiblemente, efectos.

El contenido de los convenios colectivos abarca temas de diversa índole (artículo 85.1 ET), entre ellos aspectos atinentes a la representación unitaria de los trabajadores. Con independencia de la crítica que merezca tal referencia, al tratarse de una materia regulada por Ley Orgánica, lo cierto es que la Ley de Libertad Sindical no establece limitación alguna y es indudable que la autonomía colectiva libremente ha decidido trasladar la esencia de la representación y participación unitaria a núcleos laborales más reducidos que los contemplados en el artículo 62.1 ET, correspondiendo a la autoridad laboral valorar la conformidad a Derecho de esa cláusula convencional de acuerdo con la finalidad que persigue el artículo 90.5 ET, es decir, declarar la nulidad de cláusulas viciadas de ilegalidad o determinantes de la lesión²⁴.

El límite legal de seis trabajadores que señala el artículo 62.1 ET puede entenderse en el sentido que siguiendo las reglas de la norma estatutaria sólo por encima de esa cifra sea posible la elección del delegado de personal y que por debajo de ese número se excluya la facultad de los trabajadores de elegir su representante. Es cierto que el precepto no alude en ningún momento a la posibilidad de que esta materia pueda ser objeto de regula-

²³ Véase el tratamiento que al respecto hacen M.^a J. RODRÍGUEZ RAMOS y G. PÉREZ BORREGO, *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 40-43.

²⁴ En este sentido, M. ALONSO GARCÍA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1987, pág. 261.



ción por convenio colectivo pero tampoco la excluye²⁵, lo que no impide «dentro del respeto a las leyes», como preceptúa el artículo 85.1 ET, que a través de la negociación colectiva sea posible mejorar el sistema previsto en el artículo 62 en lo que al mínimo de trabajadores del centro de trabajo se refiere. Lo que sí parece necesario garantizar, con mayor razón y por las mismas motivaciones, es que la elección de ese delegado de personal se haga con el aval de la decisión mayoritaria consensuada de los trabajadores del centro; carecería de sentido omitir este condicionamiento en un supuesto esencialmente idéntico —excepto en el umbral mínimo de trabajadores— que el previsto excepcionalmente en el artículo 62.1 ET para centros con plantilla entre seis y diez trabajadores.

La terminología utilizada en aquellos convenios colectivos para designar la figura representativa en centros de trabajo con menos de seis trabajadores, puede alentar la postura de los detractores de una identidad de tratamiento de aquella con las normas legales cuando se habla de «representante» (así el convenio colectivo estatal de estaciones de servicio mencionado) y no específicamente de «delegado de personal». A esta observación se podría aducir que, tratándose de un convenio colectivo que ordena las condiciones de trabajo y la cualificación y competencias del sujeto elegido a tales efectos, en justa hermenéutica de los artículos 82 y 85 ET la voz «representante» necesariamente deberá referirse, por su forma electiva, a la representación unitaria, cuestión que deberá quedar debidamente despejada por las partes negociadoras del convenio colectivo a fin de precisar el alcance, contenido y significación del término empleado. Incluso las propias normas legales utilizan indistintamente las expresiones sinónimas «representante» y «delegado de personal», por ejemplo y entre otros, el artículo 68 ET al manifestar «los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores...».

Acerca del camino a seguir para la elección del delegado de personal o representante en el centro de trabajo con menos de seis empleados, el convenio colectivo puede hacer remisión expresa al procedimiento electoral establecido en la legislación vigente para empresas entre seis y diez trabaja-

²⁵ En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 14 de julio de 1994 señalaba que del tenor literal del artículo 62 ET no se desprende una prohibición legal para acordar mediante la negociación colectiva laboral la elección de un delegado de personal incluso en empresas o centros de trabajo con menos de seis trabajadores; más bien, al contrario, supone una mejora de las condiciones en que los trabajadores pueden ejercer el derecho de participación en la empresa respecto de las fijadas en la norma estatutaria. Algún sector doctrinal defiende esta posibilidad, entre otros, M.^a J. RODRÍGUEZ RAMOS y G. PÉREZ BORREGO, *Procedimiento de elecciones a representantes de los trabajadores y funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 85 y ss.

dores (por ejemplo, el convenio de Centros de Asistencia y Educación Infantil), o puede explicitar unas reglas de procedimiento electoral propias y diferenciadas en todo o en parte de las legales siempre que se respete el Derecho necesario, o bien puede omitir cualquier referencia mencionando el término «elegir» sin más aditivos (convenio de Estaciones de Servicio); en cualquier caso, deberán observarse reglas y principios de democracia orgánica.

Los dos primeros supuestos (remisión expresa al procedimiento legal o reglas propias) no parecen plantear mayores problemas, bastaría sólo con seguir las pautas del respectivo proceso electoral y, en su caso, las atribuciones específicas que se confieran al candidato electo. La indeterminación del último supuesto (omisión de toda referencia al proceso electoral), en cambio, puede albergar dudas sobre el tipo de procedimiento a seguir para la designación del representante, sea el general o el específico para elecciones sindicales. Tratándose de representantes de los trabajadores, la falta de concreción de tales extremos y ausentes otras precisiones, observaciones o condicionamientos, debería entenderse por razones de garantía y eficacia funcional que la evolución del proceso electoral en todas sus fases y consecuencias tiene que respetar la normativa en vigor establecida al respecto (ET y RD 1844/1994), desde el requisito de la previa decisión consensuada de los trabajadores interesados de elegir un representante hasta el registro del acta electoral, sin que alteren esta consideración razones de otra naturaleza, principalmente relativas al efecto que unas elecciones de tales características genera en la determinación del grado de representatividad institucional sindical como consecuencia del registro del acta electoral en la oficina pública correspondiente.

Insistiendo en que no se trata de una figura representativa distinta del delegado de personal previsto legalmente para centros de trabajo de seis a diez trabajadores, las normas convencionales extienden a este delegado de personal elegido en centros con cinco o menos trabajadores un cuadro de facultades, competencias y garantías con mimetismo de las normas legales (de este modo el convenio de Estaciones de Servicio, por ejemplo, explícita «con los derechos reconocidos a los delegados de personal en la legislación vigente»). En todo caso, desde una perspectiva lógica.

3. REDUCCIÓN DE PLANTILLA HASTA SITUARSE POR DEBAJO DEL UMBRAL DE SEIS TRABAJADORES

El supuesto ahora planteado podría constituir una situación intermedia entre las previamente tratadas. En la empresa o centro de trabajo con una plantilla entre seis y diez trabajadores se ha promovido el proceso electoral

conducente a la designación de un delegado de personal. Si durante su mandato²⁶ disminuye el número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo situándose por debajo de seis y el convenio colectivo de aplicación omite toda referencia a la figura representativa para casos de plantillas inferiores a esa cifra, ¿en qué situación queda el delegado de personal?

El tema resulta de especial interés por el estatus singular que frente al resto de los trabajadores el ordenamiento jurídico ha otorgado al representante unitario en cuanto titular de competencias, garantías y prerrogativas para el ejercicio de las funciones genéricas de representación que le son propias (artículos 64, 65 y 68 ET principalmente), y en su caso, aquellas otras funciones especializadas en materia de seguridad y salud laboral en tanto asuma la condición de delegado de prevención, considerando que en este campo el número de trabajadores encuentra especial significación²⁷.

La pervivencia o no de la representación unitaria cuyo mandato —en principio— estaría plenamente vigente cuando opera una disminución de la plantilla hasta situarla en una cifra inferior a seis trabajadores, es un caso perfectamente factible en la realidad que no tiene regulación jurídica específica. El problema puede afectar igualmente al delegado de personal que ha concluido su mandato representativo y durante la prórroga en el mismo que admite el artículo 67.3 del ET, opera la disminución de plantilla en el centro de trabajo en los términos expuestos.

Probablemente la única mención que las normas electorales hacen a la reducción de plantilla se halla en el último párrafo del artículo 67.1 ET y en el artículo 13.2 del RD 1844/1994. El artículo 67.1, último párrafo, establece que «los convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar

²⁶ Según el artículo 67.3 primer párrafo ET «la duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa será de cuatro años, entendiéndose que se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones».

²⁷ Tratándose de empresas de menos de seis trabajadores la Ley de Prevención de Riesgos Laborales contempla la facultad del empresario de asumir personalmente funciones protectoras y preventivas (artículo 30.5 LPRL); igualmente, la consulta que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe hacer a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas antes de elaborar sus planes de actuación en materia de PRL debe hacerse especialmente cuando se refiera a programas específicos para empresas de menos de 6 trabajadores (artículo 40.4 LPRL). Si la empresa rebasa los seis trabajadores el delegado de personal será el delegado de prevención («en empresas de hasta treinta trabajadores» artículo 35 LPRL), teniendo derecho los trabajadores a ser consultados y a participar a través de sus representantes y de la representación especializada en cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales, correspondiéndoles la defensa de los intereses de los trabajadores en esa materia (artículos 33.2 y 34.1 LPRL). A tales efectos véase el estudio realizado por S. DE SOTO RIOJA, «La prevención de riesgos laborales en las pequeñas empresas», *Temas Laborales, Monográfico sobre la Prevención de riesgos laborales*, num. 50, 1999, págs. 89 y ss.

la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores». Por su parte, el artículo 13.2 RD 1844/1994 señala que «en caso de disminución de plantilla se estará a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 67.1 ET» (paradójica remisión a la norma que este decreto, como tal, debe desarrollar) «debiéndose guardar la debida proporcionalidad por colegios electorales y por candidaturas y candidatos electos», reglas, todas, que no contemplan el escalón representativo que estamos tratando.

Qué deba entenderse por disminución «significativa» de plantilla es una dato que no puede pasar desapercibido. Probablemente refiere el efecto que causa la reducción de personal en la composición orgánica o numérica de la representación; gráficamente pasar de ser comité de empresa a delegado(s) de personal, o dentro del mismo órgano reducir su composición cuantitativa (por ejemplo, de nueve a cinco miembros en el comité de empresa, ó de tres a un delegado de personal).

La norma estatutaria que habla de «acomodar la representación a las disminuciones significativas de plantilla» no aborda el problema de la pervivencia de la representación cuando ha desaparecido el presupuesto fáctico legal (mínimo seis trabajadores) que, actuando como *conditio sine que non*, le dio vida, con la salvedad de la previsión en convenio colectivo de la figura del representante cuando la plantilla es inferior al mínimo legal, supuesto en el que habrá de estar al límite numérico que, en su caso, establezca la norma convencional. En la misma línea cabe situar al precepto reglamentario al establecer una regla que, sin explicitarlo, parece referida a variaciones de plantilla en las que sigue habiendo número suficiente de trabajadores en la unidad electoral de referencia para contar con representante(s), de ahí que mencione la necesidad de guardar proporcionalidad en elementos esenciales como colegios electorales y candidaturas-candidatos.

Difícil soporte tiene mantener incólume la figura del delegado de personal con las atribuciones —facultades, garantías y prerrogativas— que tributan a su favor cuando el número de trabajadores es inferior al umbral mínimo legal y la norma convencional no contempla tal posibilidad. Una alternativa podría ser mantener la figura del delegado de personal pero con la suspensión coyuntural de las competencias, prerrogativas y garantías que como representante unitario ostenta, lo cual multiplicaría los problemas ante la incertidumbre del posible incremento posterior de la plantilla y, llegado el caso, la posibilidad de que los trabajadores, a su propia voluntad, variasen el signo de la representación o incluso, rechazasen su existencia. Tampoco parece admisible suspenderle en las funciones representativas, pero mantener en su persona el conjunto de garantías y prerrogativas que es propio de los representantes legales de los trabajadores.



Dado que es determinante en la composición de los órganos de representación el tamaño de la plantilla de la empresa o del centro de trabajo fijando la norma a modo de excepción el umbral de seis trabajadores como mínimo para que los mismos decidan tener un delegado de personal (artículo 62.1 del ET), en el caso de desaparecer este presupuesto fáctico el efecto inmediato debería ser, salvo pacto con el empresario, la extinción del mandato representativo en toda su extensión y con todas sus consecuencias²⁸. En esta línea argumental, una vez que acaece la extinción, que no suspensión, del mandato del delegado de personal porque ha disminuido la plantilla hasta los límites mencionados; si posteriormente en el tiempo aumentara hasta alcanzar o rebasar el mínimo legal de seis trabajadores, no procedería sin más reintegrar al que fue delegado de personal en su cargo representativo entendiéndose que simplemente lo justifica el incremento de plantilla o que le corresponde agotar lo que queda de su mandato que fue prematuramente extinguido debido a la reducción del número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo. Lo más lógico y garantista para los propios trabajadores afectados sería poner en marcha un nuevo proceso electoral para la designación del correspondiente órgano de representación de acuerdo con las nuevas ideologías y las normas electorales previstas al efecto.

²⁸ En un supuesto análogo en que finaliza el mandato del delegado de personal al tiempo que tiene lugar el descenso del número de trabajadores del centro de trabajo a una cantidad inferior a seis, el TSJ de Galicia, en sentencia de 13 de marzo de 2000 (ref. AS 2000\235), entiende que es conforme a derecho y no lesiva de la libertad sindical la actuación del empresario que insta al trabajador a abandonar el cargo representativo porque la condición esencial para —en este caso— prorrogar el mandato representativo y celebrar nuevas elecciones ha desaparecido, deviniendo en consecuencia imposible mantener la figura del delegado de personal.





2

Mercado de Trabajo







INFORME TRIMESTRAL SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (Cuarto Trimestre) *

SANTOS M. RUESGA BENITO

Catedrático de Economía Aplicada

Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

Catedrático E.U. de Economía Aplicada

Universidad de Sevilla

CARLOS RESA NESTARES

Profesor de Economía Política

Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

La economía española cerró 2004 con un crecimiento del 2,7 por ciento. Esta cifra se corresponde con el ritmo alcista tanto del cuarto trimestre como del conjunto del año. En conjunto las estadísticas vienen a ratificar la tendencia de suave aceleración del clima económico. La demanda interna, basada en unas inmoderadas expectativas, continúa siendo el motor del crecimiento económico. El gasto en consumo final de los hogares se mantuvo estable en torno a una tasa de crecimiento interanual del 3,5 por ciento. La inversión en bienes de equipo mostró una desaceleración de cuatro décimas en su tasa de crecimiento interanual, pero se mantiene en niveles de intenso crecimiento con un crecimiento del 9,4 por ciento. Más destacado es esta cota de aumento cercano a los dos dígitos cuando se viene de tasas negativas tan sólo dos años atrás.

Por su parte, y frente a este panorama moderadamente optimista, sobre el crecimiento económico también se vierten algunos focos rojos, sobre todo procedentes del sector exterior, cuyo tamaño se encrespa por momentos. Pese a una ligera mejora en el último trimestre que refleja la Contabilidad Nacional, el déficit comercial con el exterior en 2004 se elevó en un treinta y siete por ciento hasta los 51.885 millones de euros. En comparación, en ese mismo año, el conjunto de la zona euro registró un superávit comercial casi de la misma cuantía, de setenta y tres mil millones de euros.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles en abril de 2005.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. CUARTO TRIMESTRE 2004

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)
Tasa de actividad	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 04	55,98	+0,5	+1,2	53,75	+0,7	+1,4
Hombres	67,97	+0,6	+0,3	68,00	+0,7	+1,4
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	4.º Trim. 04	19.330,40	0,30	1,80	3.273,80	0,79	2,07
Tasa de actividad	Porcentaje	..	56,07	0,16	1,24	54,09	0,63	1,43
Hombres	67,72	-0,37	0,25	67,86	-0,21	1,16
Mujeres	45,09	0,96	2,71	41,06	1,99	1,86
16-19 años	24,76	-9,96	2,49	28,09	-7,51	3,54
20-24 años	63,07	-3,12	0,82	62,66	-3,30	1,75
25-54 años	81,51	2,44	1,93	75,46	1,47	1,22
Más de 55 años	18,46	-19,28	4,19	16,09	1,19	0,63
Ocupados	Miles	..	17.323,30	0,48	2,74	2.750,30	2,37	5,17
Agricultura	909,9	1,62	-4,41	244,6	16,42	-10,73
Industria	3.124,00	0,63	1,58	306,5	6,20	2,99
Construcción	2.094,10	1,06	5,13	402,8	0,32	9,04
Servicios	11.195,20	0,24	3,25	1.796,50	0,57	7,30
Asalariados del sector público	2.878,40	1,22	4,77
Asalariados temporales	4.373,20	-24,33	3,66
Parados encuestados	2.007,10	-1,19	-5,64	544,4	-3,06	-8,07
Hombres	856,1	-4,25	-7,17	242,6	-6,01	-9,44
Mujeres	1.150,90	1,20	-4,48	301,9	-0,53	-6,91
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	..	10,38	-1,52	-7,34	16,07	-7,06	-12,95
Hombres	7,55	-4,07	-7,93	11,74	-9,13	-13,99
Mujeres	14,39	0,07	-7,52	22,84	-5,97	-12,32
16-19 años	28,7	0,84	-7,10	31,96	-3,68	-12,92
20-24 años	19,35	-0,51	-7,49	23,82	-9,22	-17,55
25-54 años	9,1	-0,27	-9,84	14,95	-5,26	-10,91
Más de 55 años	4,01	-41,63	-37,72	10,22	-19,53	-23,96
Parados de larga duración	Porcentaje	..	749,1	6,71	-5,02	176,5	0,00	-16,63
Parados registrados	Miles	..	1.667.333,3	4,17	-1,49	344,7	-1,5	-1,3
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	..	73,6	0,44	2,63
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	4.º Trim. 04	460,5	0,00	2,06	490,8	6,6	8,8
Coste laboral por trabajador	€/mes	..	2.177,50	9,39	2,73	1.850,95	-0,4	3,4
Industria	2.503,57	8,81	3,40	2.096,58	3,1	2,3
Construcción	2.140,80	9,68	4,01	2.005,74	-0,2	10,3
Servicios	2.081,75	9,48	2,44	1.755,39	8	0,6
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	..	136,3	5,33	-2,99	133	-5,7	0,6
Accidentes mortales de trabajo	Total	..	256	9,40	1,99
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	4.º Trim. 04	862	-16,47	-26,58	160	92,77	70,21
Trabajadores	16.778	25,35	-27,91	1150	136,14
-38,11								
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	4.º Trim. 04	62	-37,37	-74,80
Participantes	Miles	..	128990	907,42	150,79	0,2	100	-88,2
Jornadas no trabajadas	713264	2547,90	505,30	0,3	+200,0	-98,4
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	4.º Trim. 04	147586	0,61	2,41
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	..	-3334500	-11,69	45,73
Inflación	Porcentaje	..	111,66667	1,42	3,43	111,31	1,37	3,28
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	..	-3492,9333	0,00	150,43
Tipo de interés (Euribor 12 meses)	Porcentaje	..	2,56	9,09	8,26

(*) 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. CONDICIONES DE TRABAJO
6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA

La economía española cerró 2004 con un crecimiento del 2,7 por ciento. Esta cifra se corresponde con el ritmo alcista tanto del cuarto trimestre como del conjunto del año. En conjunto las estadísticas vienen a ratificar la tendencia de suave aceleración del clima económico. La demanda interna, basada en unas inmoderadas expectativas, continúa siendo el motor del crecimiento económico. El gasto en consumo final de los hogares se mantuvo estable en torno a una tasa de crecimiento interanual del 3,5 por ciento. La inversión en bienes de equipo mostró una desaceleración de cuatro décimas en su tasa de crecimiento interanual, pero se mantiene en niveles de intenso crecimiento con un crecimiento del 9,4 por ciento. Más destacado es esta cota de aumento cercano a los dos dígitos cuando se viene de tasas negativas tan sólo dos años atrás.

El crecimiento económico en España estuvo ligeramente por encima del de la Unión Europea: 2,7 por ciento frente al 1,9 por ciento en la Unión Europea y el 1,6 por ciento en la zona euro. De los antiguos miembros de la Unión Europea sólo Grecia, Finlandia y el Reino Unido presentan tasas de crecimiento por encima de la española. Por el contrario, todos los países de la ampliación registran cotas de crecimiento por encima de la española, mostrando la existencia y el mantenimiento de un notable diferencial de crecimiento entre la zona central de la Unión Europea y la periferia.

Por el lado de la oferta, las ramas industriales mantienen un comportamiento moderado y que refleja cierta irregularidad. El Índice de Producción Industrial que mostraba una tendencia de fondo ascendente desde mediados de 2004, reflejó la desaceleración de las actividades industriales en el mes de diciembre de 2004, cuando registró una tasa de variación interanual de -1,5 por ciento. Así, durante el cuarto trimestre del 2004, el crecimiento del sector industrial reflejado en las Cuentas Nacionales se redujo en dos décimas respecto al trimestre anterior, hasta el 2,3 por ciento.

Frente a este panorama moderadamente optimista sobre el crecimiento económico se vierten algunos focos rojos, sobre todo procedentes del sector exterior, cuyo tamaño se encrespa por momentos. Pese a una ligera mejora en el último trimestre que refleja la Contabilidad Nacional, el déficit comercial con el exterior en 2004 se elevó en un treinta y siete por ciento

hasta los 51.885 millones de euros. En comparación, en ese mismo año, el conjunto de la zona euro registró un superávit comercial casi de la misma cuantía, de setenta y tres mil millones de euros.

Las exportaciones crecieron a lo largo del año en un 5,1 por ciento, mientras que las importaciones, alimentadas por la fuerte presión de la demanda interna, se fueron a una tasa de crecimiento del 11,9 por ciento. En la actualidad, la tasa de cobertura de las exportaciones españolas, es decir, su capacidad para hacer frente a las importaciones de mercancías, se encuentra en niveles mínimo del setenta y cuatro por ciento. El déficit comercial, mientras tanto, alcanza el 6,5 por ciento del Producto Interior Bruto, un nivel insostenible y prácticamente desconocido en el mundo con la excepción de Estados Unidos. En 2004 fue la intensa entrada de capitales para las inversiones en cartera, por lo general en el mercado de valores, fue el epígrafe que sufragó el déficit comercial. En un contexto muy específico de extraordinarios beneficios, un dólar en caída libre y un entorno euro muy estancado, más de cien mil millones de euros

En paralelo, la inversión directa extranjera se encuentra en niveles históricamente bajos. En 2004 la inversión neta fue de 6.829 millones de euros, un 15% menor que el año anterior. Ninguno de las ramas de actividad que aparece en los primeros puestos de la inversión directa extranjera, con excepción de la energía eléctrica, se considera entre los motores de crecimiento económico de la industria manufacturera. La industria cementera y el comercio fue las ramas de actividad que consiguieron entre ambas alcanzar el diecinueve por ciento de la inversión directa bruta. Mientras tanto, la desinversión directa, es decir, la liquidación o venta de activos por parte de extranjeros en España, se duplicó durante el último año hasta los 10.547 millones de euros.

El segundo problema de la economía española, que tiende a trasladarse al sector exterior, es el del diferencial de inflación con la zona euro. El deflactor del Producto Interior Bruto, que suma a la inflación la variación de los precios de los bienes de capital, se situó en 2004 por encima del cuatro por ciento por cuarto año consecutivo. La inflación en España a lo largo de 2004 fue del 3,3 por ciento en tasas armonizadas al sistema europeo de cuentas nacionales. Sólo Luxemburgo dentro de la zona euro registra cotas superiores de oscilación positiva de los precios, para una inflación media en los antiguos miembros de la Unión Europea del 1,6 por ciento. Pese a que la senda alcista de los precios del petróleo tuvieron una repercusión muy negativa en este ámbito, generando fuertes tensiones sobre los costes de las empresas de sectores clave, los datos de la inflación y del resto de indicadores básicos sobre la evolución de precios muestran que la excelsa elevación de los precios se debe básicamente a factores que poseen un carácter estructural y que van más allá de las puntuales tensiones generadas por la evolución de los precios del crudo.

INFLACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA-15, DICIEMBRE 2004

	Inflación
Luxemburgo	3,5
España	3,3
Grecia	3,1
Portugal	2,6
Austria	2,5
Irlanda	2,4
Italia	2,4
Francia	2,3
Alemania	2,2
Bélgica	1,9
Reino Unido	1,6
Países Bajos	1,2
Dinamarca	1,0
Suecia	0,9
Finlandia	0,1

Fuente: Elaboración propia con base en datos de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas.

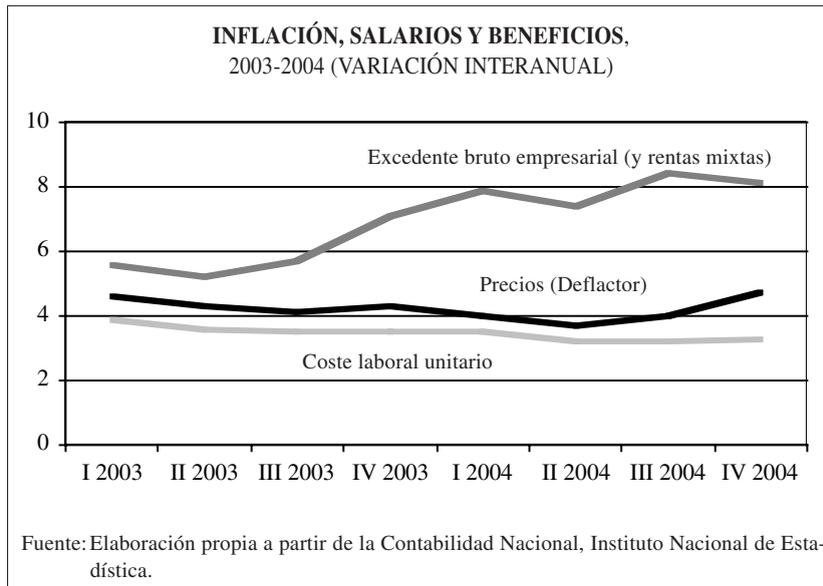
El tercer problema de la economía española, que también tiende a reflejarse en el comportamiento de la productividad, es la productividad laboral. España continúa manteniendo un crecimiento de la productividad muy pobre, del 0,6 por ciento en 2004 continuando cinco años de aumentos por debajo del uno por ciento, y con permanentes desequilibrios sectoriales en su composición. Durante el último año los sectores de actividad que registran ganancias de productividad, y en el caso de la industria manufacturera y de la energía superan el tres por ciento en términos interanuales, lo hacen con destrucción de empleo, y las que crean empleo lo hacen con pérdida de productividad.

PRODUCTIVIDAD POR SECTORES DE ACTIVIDAD, 2004

	Primario	Industria	Energía	Construcción	Servicios	TOTAL
Producción	-0,6	+2,2	+1,7	+3,7	+2,8	+2,7
Empleo	-2,1	-0,8	-1,5	+3,9	+3,0	+2,1
Productividad	+1,6	+3,0	+3,3	-0,3	-0,3	+0,6

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Contabilidad Nacional, Instituto Nacional de Empleo.

Esta deficiente evolución de la productividad laboral no tiene per se que relacionarse de modo positivo con un empeoramiento de los costes laborales unitarios. De hecho, la situación es más bien la contraria. El bajo crecimiento de la productividad laboral ha ido acompañado de tasas negativas de crecimiento real de los costes laborales. En el último trimestre de 2004, el coste laboral unitario creció a un ritmo del 3,3 por ciento, 1,4 puntos porcentuales por debajo del deflactor. Al mismo tiempo, los beneficios empresariales se han disparado a lo largo de los dos últimos años. A finales de 2004, el crecimiento de los beneficios empresariales fue del 8,1 por ciento, en datos de la Contabilidad Nacional. La encuesta de grandes empresas del Banco de España reflejó un margen de explotación superior al veintiún por ciento en 2004.



Los marginales crecimientos de la productividad serían menores de aplicar las magnitudes que refleja la Encuesta de Población Activa, que en marzo del presente año se reformó por sexta vez en la última década. Una parte del cambio trata de capturar algunas variables hasta ahora no contempladas para homogeneizar los datos con los existentes en la Oficina Estadística de la Comisión Europea. Este cambio no tiene ningún efecto sobre las grandes magnitudes, ni anteriores ni las que se publicarán después. La segunda transformación, por el contrario, sí cambia las estadísticas del mercado de trabajo y ha obligado a una revisión de la serie histórica hasta 1998. El motivo

de esta actualización es tratar de asimilar las cifras de actividad y ocupación, que son una extrapolación a partir de la muestra sobre el supuesto de población total, a la revisión de las cifras de población derivadas del Censo de 2001 y sus respectivas proyecciones intercensales.

En este sentido, las proyecciones de población derivadas del Censo de 1991 que se utilizaron para la Encuesta de Población Activa en 2002 infravaloraron de manera fehaciente el flujo migratorio y se sustituyen por la evidencia del Censo de 2001. A partir de ese año, a tenor de lo vislumbrado a partir de las estadísticas proporcionadas por los ayuntamientos, se han establecido en España más de seiscientos mil inmigrantes cada año, cifra superior en más del triple a la prevista en la proyección. Así, la proyección de la población en viviendas familiares utilizada para extrapolar los datos de la encuesta se ha elevado en 1.643.4000 personas con respecto a lo que se había venido utilizado. Conforme a este crecimiento demográfico, se elevó en casi un millón de personas la población potencialmente activa, es decir, mayores de dieciséis años. La ocupación se eleva de esta manera en ochocientos cincuenta mil personas y afloran ciento cuarenta mil nuevos parados. La tasa de paro se reduce en dos décimas hasta el 10,8 por ciento como resultado de una distribución más sesgada de los inmigrantes con respecto a la actividad y el desempleo.

CAMBIO DE ESTIMACIONES DE LA ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA, 2004

	Nueva estimación	Vieja estimación	Diferencia
Población de más de 16 años	35.810.800	34.405.300	+1.405.500
Ocupados	17.970.900	17.116.600	+854.300
Parados	2.213.600	2.073.800	+139.800
Tasa de actividad	56,4	55,8	+0,6
Tasa de paro	11,0	10,8	+0,2

Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

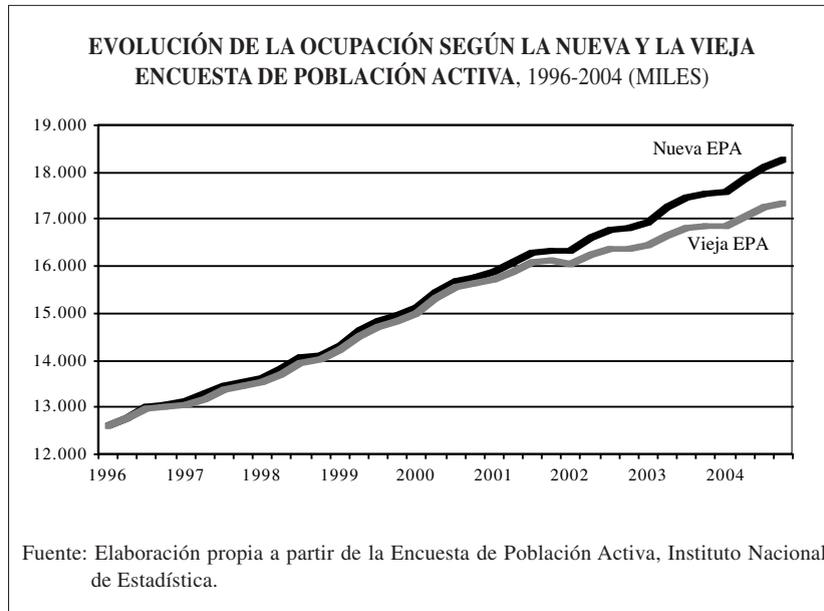
El cambio afecta de manera muy desigual según las comunidades autónomas. Mientras en Baleares se elevó en un doce por ciento el número de ocupados, en Extremadura las nuevas estimaciones ofrecen un panorama más desolador con un tres por ciento menos de ocupados. Baleares, junto a Murcia y Madrid, son las únicas que superan el diez por ciento de creación de empleo conforme a los nuevos patrones de extrapolación. Galicia y Extremadura, por el contrario, escasamente afectadas por el influjo migratorio, disminuyen su nivel de ocupación global.

**CAMBIO DE ESTIMACIONES DE OCUPACIÓN EN LA ENCUESTA
DE POBLACIÓN ACTIVA POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS, 2004**

	Nueva estimación	Vieja estimación	Diferencia (%)
Baleares	448.800	399.100	+12,5
Murcia	542.500	488.000	+11,2
Madrid	2.705.500	2.441.600	+10,8
La Rioja	128.400	118.100	+8,7
Aragón	540.800	500.700	+8,0
Cataluña	3.106.500	2.899.100	+7,2
Castilla-La Mancha	717.400	674.800	+6,3
Comunidad Valenciana	1.951.700	1.846.200	+5,7
Navarra	260.800	247.300	+5,5
Cantabria	224.900	218.500	+2,9
Andalucía	2.763.200	2.687.700	+2,8
Canarias	806.300	786.000	+2,6
País Vasco	922.000	908.300	+1,5
Asturias	390.400	388.500	+0,5
Castilla y León	959.500	957.600	+0,2
Galicia	1.083.700	1.120.300	-3,3
Extremadura	371.000	384.100	-3,4
Ceuta y Melilla	47.600	50.800	-6,3

Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

La mayor parte del cambio de tendencia según los nuevos datos se produce a lo largo de los últimos años, de modo que el ritmo de creación de empleo se acelera de manera sustancial hasta superar los dieciocho millones de trabajadores, un umbral que con los datos anteriores faltaban setecientos empleos para alcanzar. El crecimiento de la ocupación del 2,5 por ciento en 2004 pasa a ser, con los cambios de proyecciones, del 3,9 por ciento. El año anterior, la cifra de aumento del empleo pasa del 2,3 por ciento al 3,6 por ciento. En 2002, la nueva estimación de crecimiento de la ocupación del 3,2 por ciento supera en nueve décimas porcentuales a la anterior. Y así sucesivamente en tramos cada vez de menor cuantía.



Al contrario, la evolución de la curva de desempleados muestra unos patrones muy similares, ya sea con las proyecciones antiguas o con las nuevas. En total han aflorado ciento cincuenta mil desempleados, el setenta y cinco por ciento de los cuales han aparecido en los dos últimos años. Así, la disminución del 2,5 por ciento en el total de parados que registraba la anterior medición de la Encuesta de Población Activa pasa a ser de tan sólo el 1,2 por ciento. Del mismo modo, el aumento del total de parados que se constató en 2003 fue, con los nuevos datos, del cuatro por ciento, casi dos puntos porcentuales por encima de lo que se había consignado a partir de la estimación previa. Para años anteriores a 2003 la cifras de evolución del desempleo apenas varían sobre los datos asignados con la anterior extrapolación de datos. Lo que no consiguen las nuevas proyecciones, y tampoco lo pretenden, es acabar con el salto negativo de quinientos mil desempleados que, gracias a los cambios en la definición de parado, se registró de forma artificial en 2001.



2. LA OFERTA DE TRABAJO

El número de individuos en el mercado de trabajo español se elevó en un 3,2 por ciento durante el último año. La incorporación de nuevos individuos al mercado de trabajo ha ido reduciéndose de manera paulatina desde 2002, cuando la llegada de inmigrantes alcanzó sus cotas máximas. La disminución de los nuevos entrantes al mercado de trabajo se ha producido por igual para hombres y para mujeres. No obstante, la gran mayoría de los nuevos activos proceden de las filas femeninas. En 2001, existía un reparto casi a partes iguales entre hombres y mujeres entre las nuevas incorporaciones al mercado de trabajo. Esta tendencia se ha abriendo hasta el punto de que casi dos tercios de los nuevos entrantes fueron mujeres durante el último trimestre. El crecimiento interanual de la actividad fue del 2,3 por ciento entre los hombres y del 4,6 por ciento entre las mujeres.

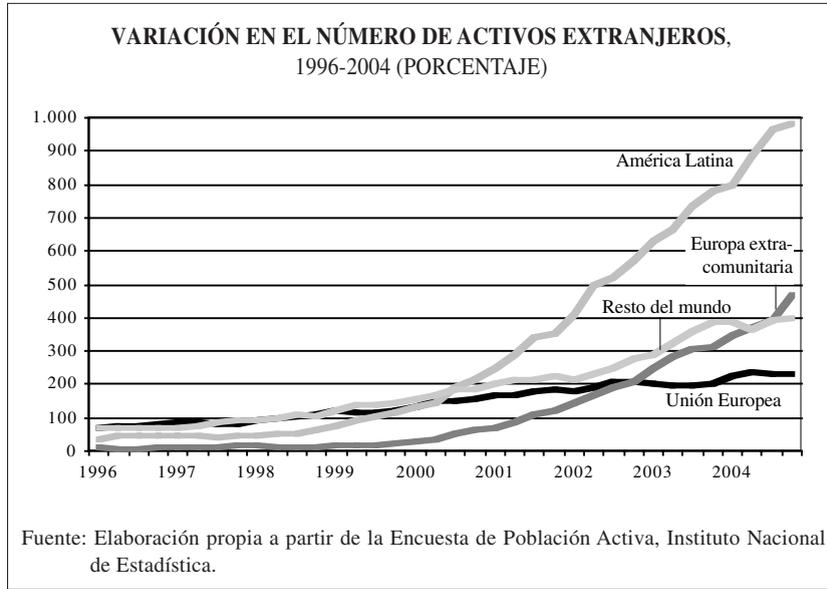
La tasa de actividad, es decir, el porcentaje de población mayor de dieciséis años que se encuentra trabajando o busca empleo, se situó en el cuarto trimestre de 2004 en el 56,74 por ciento, la tasa más alta de la historia de España, después de un aumento de casi dos décimas en el último trimestre y de casi nueve con respecto al mismo trimestre del año anterior. Pese a que la distancia en participación en el mercado de trabajo entre hombres y mujeres continúa siendo alta, el diferencial de crecimiento de los últimos años ha favorecido un paulatino acercamiento. Si en 1998 la distancia en tasa de actividad entre hombres y mujeres era de veintisiete puntos, en la actuali-

dad el margen se ha reducido a veintidós puntos: 45,79 por ciento para las mujeres y 68,19 por ciento para los hombres.

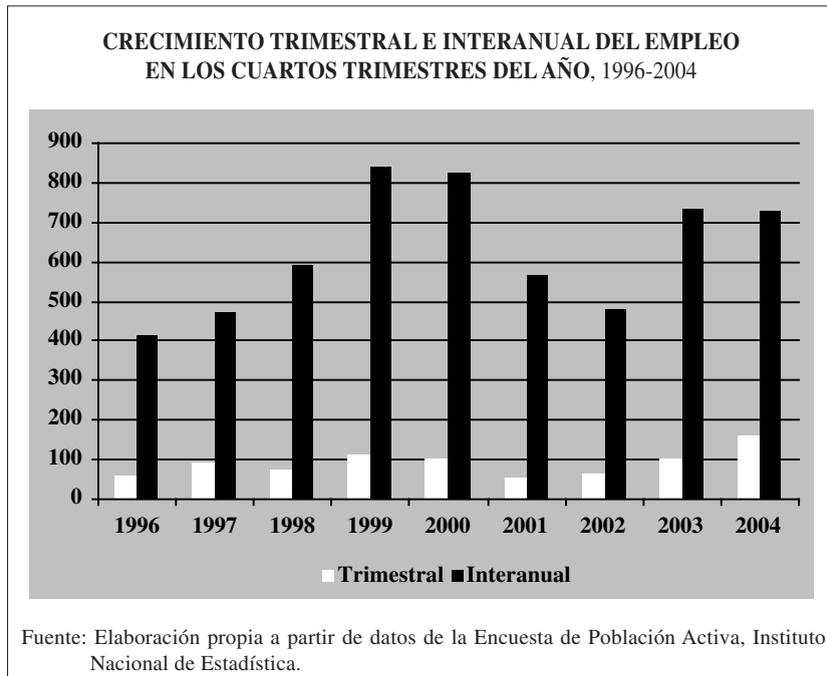
De los nuevos activos durante el último año, tan sólo el treinta y cinco por ciento eran españoles. El resto, hasta el crecimiento total de la actividad de seiscientos treinta y cinco mil individuos, eran extranjeros. Pero la distribución espacial del origen de los inmigrantes está muy sesgada. Doscientos mil personas se incorporaron al mercado de trabajo español procedentes de América Latina y ciento cincuenta mil más tenían su origen en países europeos exteriores a la Unión Europea. El resto de las regiones del mundo apenas contribuyen con un nueve por ciento del crecimiento adicional en el número de extranjeros en el mercado de trabajo español.



En este contexto, el panorama de los trabajadores extranjeros en España se ha alterado de manera significativa a lo largo de la última década. A principios del periodo eran los migrantes africanos y, sobre todo, los procedentes de la Unión Europea los mayoritarios dentro del mercado de trabajo español. En la actualidad, son los trabajadores latinoamericanos el grupo más numeroso en España hasta constituir la mitad del total de activos en el mercado de trabajo español. Por su parte, los activos procedentes de fuera de la Unión Europea pero dentro de los límites del continente europeo han pasado de hacer una aportación marginal al mercado de trabajo español a tener casi medio millón de representantes y ser el segundo grupo regional más numeroso, bastante por encima de los africanos.

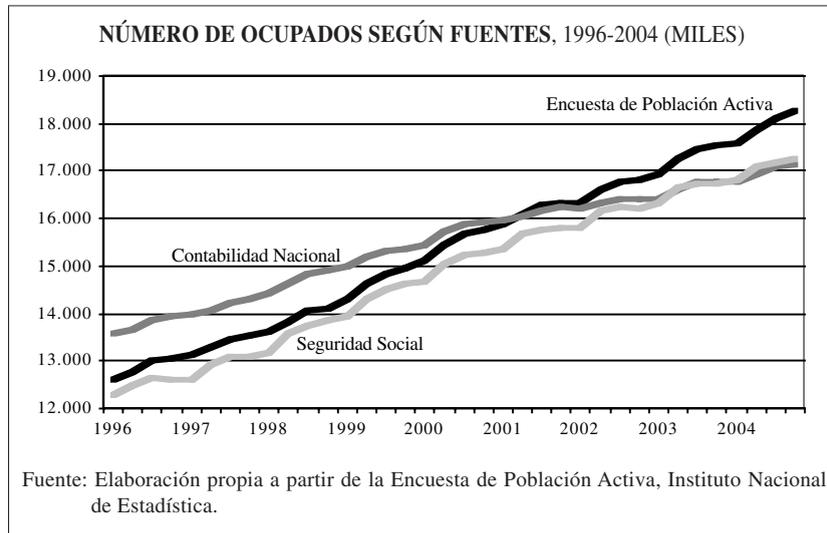


3. LA DEMANDA DE TRABAJO



Hasta el cuarto trimestre de 2004 la ocupación creció en términos interanuales en un 4,1 por ciento hasta superar holgadamente los dieciocho millones de personas. Más de setecientos mil empleos netos se crearon a lo largo del último año. La experiencia del último trimestre viene a suponer una recuperación en la senda del crecimiento del empleo después de casi un año en el que se observaron signos de decaimiento en los niveles de creación de empleo. Ha sido el último periodo el mejor cuatro trimestre de la década en cuanto a la creación de empleo con más de ciento cincuenta mil empleos netos generados.

Los cambios en la estructura de la Encuesta de Población Activa, no obstante, hacen que cada vez se alejen más las distintas cifras de ocupación cuando se comparan éstas con las de la Contabilidad Nacional y las de la afiliación al sistema de la Seguridad Social. Aunque todas reflejan un crecimiento del número de ocupación, cada una muestra una tasa de crecimiento distinta. Y en los dos últimos años, la afiliación a la Seguridad Social y las estimaciones de la Contabilidad Nacional han registrado un crecimiento del empleo sensiblemente inferior a las cifras registradas en la Encuesta de Población Activa.



En 1996, las cifras de la Contabilidad Nacional registraban casi un millón de ocupados más que la Encuesta de Población Activa y que la afiliación a la Seguridad Social. En 2004, la Contabilidad Nacional y la afiliación a la Seguridad Social estaban en los mismos márgenes, ambas con un millón de ocupados por debajo de las cifras que consignaba la Encuesta de Población Activa. La distancia entre esta última y la afiliación a la Seguri-

dad Social se ha abierto en los dos últimos años mientras que la evolución positiva de la Contabilidad Nacional ha sido inferior a la de la Encuesta de Población Activa.

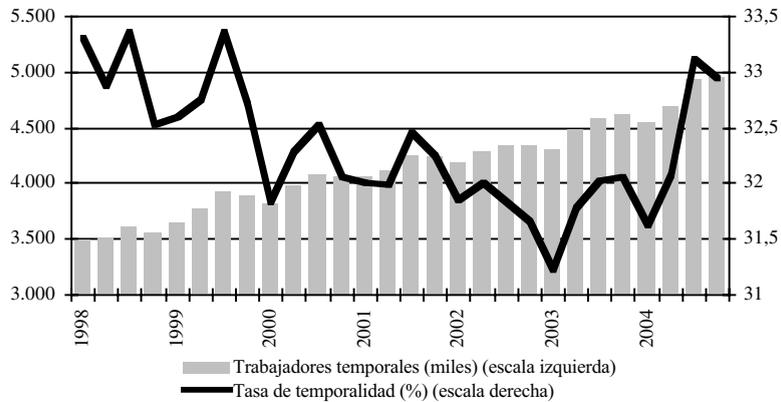
Aunque se registran crecimientos para ambos sexos, la cifra de crecimiento del empleo en la Encuesta de Población Activa para las mujeres casi duplica la de los hombres, elevándose hasta el 5,9 por ciento interanual. Cuatrocientos mil empleos netos se crearon para las mujeres a lo largo del último año por trescientos treinta mil entre los hombres. El crecimiento de la ocupación se concentra entre los adultos mayores de 25 años. A los jóvenes sólo les correspondió uno de cada sesenta y seis empleos creados, una cifra notablemente inferior, por ejemplo, al crecimiento del empleo entre los mayores de cincuenta y cinco años.

Por sectores de actividad, el mayor crecimiento en el empleo se da en la construcción, que no afloja su ritmo. Su tasa de creación de empleo alcanza el 9,8 por ciento. Pero, en términos absolutos, es el sector servicios el que acumula las dos tercios del aumento del empleo hasta un crecimiento interanual del 4,2 por ciento. Por el contrario, la agricultura, en su senda habitual registra un descenso de treinta y dos mil empleos en términos interanuales. Más esperanzador es el caso de la industria, donde se crearon a lo largo de 2004 treinta y dos mil empleos netos a pesar del efecto de la bien publicitada deslocalización industrial. Después de siete trimestres de tasas negativas de variación interanual en la industria, se recupera la creación de empleo en el sector.

Frente al avance en la cantidad de empleo, la calidad del mismo sufre un retroceso. Durante el último trimestre el número de asalariados con contrato temporal se elevó hasta bordear peligrosamente el umbral de los cinco millones de trabajadores. La tasa de temporalidad se elevó hasta el 32,94 por ciento, casi un punto porcentual por encima de lo que se registró en el cuarto trimestre de 2004. Si se compara con el mismo periodo de 2003, cuando se alcanzaron las cifras más bajas de temporalidad de la última década, el crecimiento es de 1,8 puntos porcentuales. La incorporación masiva de inmigrantes a la Encuesta de Población Activa, más sujetos a la temporalidad que los nativos, explica este salto en las tasas de temporalidad. De hecho, con los nuevos datos se esclarece que en los últimos siete años, desde 1998, un año después de firmarse el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, la tasa de temporalidad se ha reducido muy levemente, tan sólo 0,6 puntos porcentuales. Ha pasado del treinta y tres por ciento en 1998 al 32,4 por ciento en 2004. No obstante, esta mínima reducción no ha sido constante a lo largo del tiempo. De hecho, se ha ido deteriorando la relación reductora con el tiempo. En 2004, la tasa de temporalidad media se elevó hasta el 32,4 por ciento a partir del 31,8 por ciento anterior.

**NÚMERO DE TRABAJADORES TEMPORALES Y TASA DE TEMPORALIDAD,
1998-2004 (MEDIAS ANUALES)**

	Trabajadores temporales		Tasa de temporalidad	
	Valor absoluto (miles)	Variación anual (%)	Valor absoluto (%)	Variación anual (puntos)
1998	3.541	..	33,02	..
1999	3.799	+7,3	32,86	-0,16
2000	3.983	+4,8	32,18	-0,68
2001	4.167	+4,6	32,17	-0,01
2002	4.289	+2,9	31,84	-0,34
2003	4.490	+4,7	31,77	-0,06
2004	4.777	+6,4	32,45	+0,67
<i>Variación Total</i>	+1.237	+34,9	-0,58	
<i>Variación Media</i>	+177	+4,3	-0,08	



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Esa ligera reducción desde 1998 de la tasa de temporalidad es el resultado del crecimiento conjunto del empleo, de los indefinidos y de los temporales, puesto que el número de trabajadores con contrato temporal no ha dejado de crecer. Entre 1998 y 2004 el número de trabajadores temporales se ha elevado en un treinta y cinco por cien. Pasó de los tres millones y medio de asalariados con contrato temporal hasta los casi cinco millones. El crecimiento medio anual del número de trabajadores temporales fue de ciento setenta y siete mil ocupados.

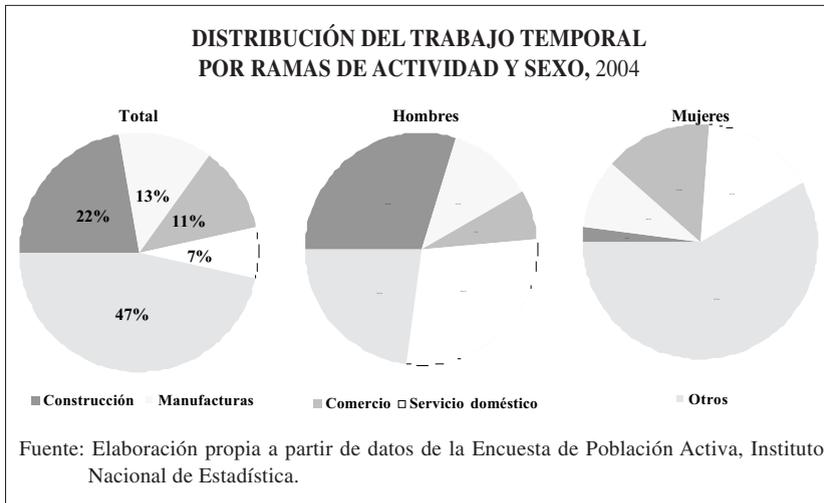
En total, tres ramas de actividad, como son la construcción, la industria manufacturera y el comercio, agrupan al cuarenta por ciento de los tra-

bajadores temporales en España. Este subconjunto es muy heterogéneo y comprende actividades con los más altos niveles de productividad, como la industria química, y otros del sector comercial con cotas de productividad laboral sensiblemente por debajo de la media. La construcción por sí sola proporciona empleo a un millón de trabajadores temporales o, lo que es lo mismo, al 18,6 por ciento del total de asalariados con contrato temporal. Tras ellos, un conjunto de sectores que agrupa tareas de baja productividad, aporta cada uno entre el cinco y el seis por ciento del total de los trabajadores temporales. Son la hostelería y los servicios empresariales, domésticos y sociales, además de la agricultura y la ganadería.

La distribución por géneros de la temporalidad es completamente dicotómica. En los hombres, tan sólo la construcción y la industria manufacturera acumulan el cincuenta y cuatro por ciento de los trabajadores temporales. En cambio, entre las mujeres ambos sectores no llegan a ocupar ni al doce por ciento del empleo temporal. Las asalariadas con contrato temporal se concentran en el servicio doméstico, el comercio, los servicios sociales y empresariales, además de la hostelería. En estas cuatro ramas de actividad se colocan hasta el sesenta por ciento de las mujeres en condiciones de temporalidad.

**NÚMERO DE TRABAJADORES TEMPORALES Y TASA DE ACTIVIDAD
POR SEXO Y RAMA DE ACTIVIDAD, 1998-2004 (MEDIAS ANUALES)**

	Trabajadores temporales								
	Total	% total	Total	% sector	% total	Total	% sector	% total	
Construcción	1.057	22,1	1.018	96,3	38,3	39	3,7	1,8	
Manufacturas	620	13,0	417	67,3	15,7	202	32,7	9,5	
Comercio	548	11,5	233	42,5	8,8	315	57,5	14,9	
Hostelería	342	7,2	128	37,5	4,8	214	62,5	10,1	
Servicio doméstico	342	7,2	12	3,3	0,4	330	96,7	15,6	
Servicios empresariales	338	7,1	139	41,2	5,2	199	58,8	9,4	
Sanidad y servicios sociales	300	6,3	54	18,2	2,0	246	81,8	11,6	
Agricultura y ganadería	292	6,1	206	70,8	7,8	85	29,2	4,0	
Educación	246	5,1	76	31,1	2,9	170	68,9	8,0	
Administración pública	215	4,5	100	46,7	3,8	114	53,3	5,4	
Transporte y comunicación	197	4,1	128	65,2	4,8	69	34,8	3,2	
Servicios personales	195	4,1	90	46,0	3,4	105	54,0	5,0	
Intermediación financiera	47	1,0	22	46,6	0,8	25	53,4	1,2	
Energía	18	0,4	13	73,2	0,5	5	26,8	0,2	
Minería	13	0,3	12	88,8	0,4	2	11,2	0,1	
Pesca	8	0,2	8	92,8	0,3	1	7,2	0,0	
Total	4.777	100	2.657	55,6	100	2.120	44,4	100	



La tasa de temporalidad en España es alta en todas las comunidades autónomas. En todas ellas, la temporalidad es superior a la que registra la media de los países de la Unión Europea, del 12,8 por ciento, duplicándola en más de la mitad de ellas. Y en todas ellas la tasa de temporalidad del sector privado es superior a la del sector público. En un caso, como es Andalucía, la mitad de los asalariados tienen un contrato temporal.

TASAS DE TEMPORALIDAD POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS, 2004

	Total	Sector público	Sector privado
Andalucía	44,5	26,7	49,9
Extremadura	41,8	35,6	44,8
Murcia	39,6	22,0	43,6
Canarias	39,4	33,8	41,1
Ceuta y Melilla	38,9	32,9	48,3
Castilla-La Mancha	35,5	30,5	37,2
Valencia	34,6	23,3	36,7
Galicia	34,1	24,8	36,7
Castilla y León	28,9	21,4	31,4
Baleares	28,4	23,2	29,5
País Vasco	27,1	22,0	28,1
Cantabria	26,2	18,2	28,0
Navarra	26,2	28,2	25,8

(Continuación Tasas de temporalidad por Comunidades Autónomas, 2004)

Aragón	25,6	23,1	26,3
Asturias	23,5	19,9	24,6
Rioja	22,6	13,1	24,6
Madrid	22,0	13,5	24,3
Cataluña	21,3	17,7	22,0

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

La tasa de temporalidad está íntimamente relacionada, no con la estacionalidad de su estructura productiva, como pudiera ser el caso, sino con la renta per capita. Son las comunidades autónomas más pobres las que registran mayores niveles de temporalidad. En todo el sur peninsular, desde Castilla-La Mancha a las Islas Canarias pasando por Ceuta y Melilla, la tasa de temporalidad está por encima del treinta y cinco por ciento. Y ello a pesar de que son las regiones donde el empleo público, menos proclive en principio a la temporalidad, tiene mayor presencia relativa.

En el extremo contrario de bajos niveles de temporalidad se sitúa el Valle del Ebro y Madrid. Si bien en el primero de los casos la mayor presencia del sector industrial, con menores niveles de temporalidad, podría explicar estas posiciones de privilegio, la excepción al comportamiento es Madrid, con una estructura del empleo completamente terciarizada. Ni tan siquiera el recurso a Madrid como cuna del empleo público, cosa incierta, por otro lado, proporciona una explicación. Bien al contrario, Madrid es la segunda comunidad autónoma con menores niveles de temporalidad también en el sector privado.

Con tales niveles de temporalidad, en España trabajan el veintiséis por ciento de los asalariados temporales de la zona euro, el veintitrés por ciento de la Unión Europea a quince y el diecinueve por ciento de la Unión Europea después de la ampliación hacia el este. Frente a ese veintiséis por ciento de trabajadores temporales, España sólo aporta el siete por ciento de la ocupación total a la zona euro. Es decir, su cuota de asalariados con contrato de duración de determinada casi cuadruplica lo esperado con una distribución normal de la temporalidad. Ningún país en toda la Unión Europea tiene más número de trabajadores temporales que España. Los más de cuatro millones de asalariados con contrato temporal en España superan por amplio margen a los 3,87 millones de Alemania para un mercado de trabajo con casi el triple de ocupados y duplican los niveles de temporalidad de Polonia e Italia. Además, la cuota de temporales de España dentro de la Unión



Europea no ha hecho sino aumentar a lo largo de tiempo. Mientras que en 1998 el veintiún por ciento de los trabajadores temporales de la Unión Europea a quince prestaban sus servicios en España, el mismo porcentaje aumentó en 2004 al veintitrés por ciento.

La tasa de temporalidad en España casi triplica la media de la Unión Europea. El país que más cercano está en el uso relativo de este instrumento de contratación en la Unión Europea es Polonia, que con un veintidós por ciento de tasa de temporalidad se encuentra a once puntos porcentuales de España. Entre los países con tasas de temporalidad superiores a la media se encuentran Portugal, con el que España comparte ciertas características de estructura del empleo, algunos países nórdicos como Finlandia y Suecia, además de los Países Bajos.

A lo largo del tiempo, apenas ha variado la amplísima diferencia en tasa de temporalidad entre España y los países de la Unión Europea. Mientras la media de los estados miembros ha oscilado entre el once y el quince por ciento desde 1991 en España nunca se ha reducido la tasa de temporalidad por debajo del treinta y dos por ciento, es decir, más del doble. Pero la divergencia en la composición del mercado de trabajo se extiende a su evolución en el tiempo. Al tiempo que en España se mantenía estable la tasa de temporalidad, la Unión Europea ha conseguido aminorar la utilización relativa de los contratos temporales. En los últimos años la tasa de temporalidad en la Unión Europea disminuyó del 13,6 por ciento al 12,8 por ciento. Al tiempo, en España la misma variable se elevaba del 32,2 por ciento al 32,4 por ciento.

En todos los países de la Unión Europea la tasa de temporalidad entre los menores de 25 años es sustancialmente más alta que la media. A medida que se avanza en la carrera laboral las probabilidades de los asalariados de estar trabajando subordinados a un contrato temporal disminuyen. Es decir, el trabajo temporal es para una mayoría de trabajadores con contrato de duración determinada un paso previo a un trabajo de naturaleza indefinida. Pero lo característico de España, aparte de la amplia diferencia para todos los tramos de edad en la tasa de temporalidad, es que el trabajo temporal se prolonga más allá de la juventud con mayor frecuencia que en todos los estados miembros de la Unión Europea antes de la ampliación hacia el Este con la excepción de Grecia. En España, los mayores de 25 años constituyen el 76% del total de trabajadores temporales. En la media de la Unión Europea apenas llegan al 64%. Casos particulares son los de Alemania, Suiza, Austria o Irlanda, donde los menores de 25 años son la mayoría de entre los trabajadores que trabajan bajo un contrato temporal.

TASA DE TEMPORALIDAD POR EDADES EN LA UNIÓN EUROPEA, 2004

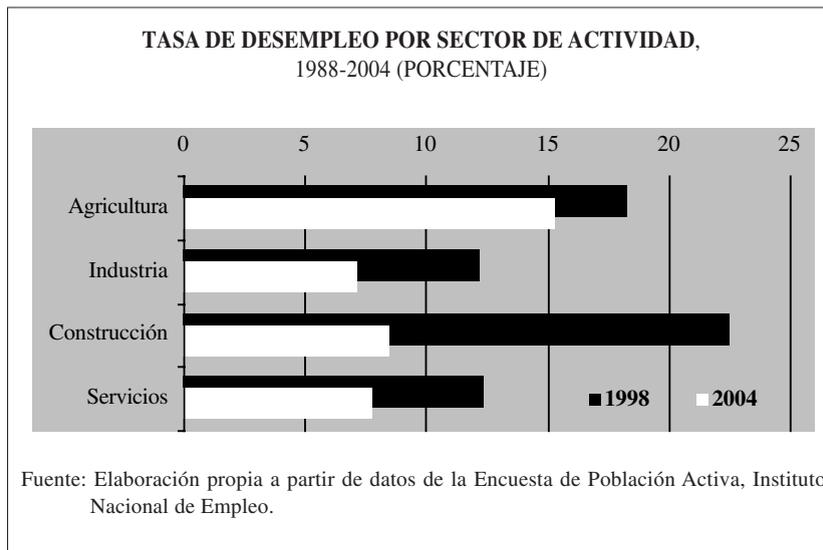
	Tasa de temporalidad			Porcentaje de temporales			
	Total	Menores de 25 años	25-49 años	Mayores de 50 años	Menores de 25 años	25-49 años	Mayores de 50 años
España	32,5	65,7	31,0	14,2	23,8	68,8	7,4
Polonia	21,9	58,5	18,9	12,6	27,2	63,2	9,6
Portugal	19,9	46,5	17,9	9,8	28,2	62,7	9,1
Eslovenia	17,8	64,9	13,2	8,5	37,9	54,2	7,9
Finlandia	16,0	43,8	14,6	6,8	32,1	56,2	11,7
Suecia	15,2	51,9	12,7	7,2	36,6	49,2	14,3
Países Bajos	14,6	38,1	10,8	6,8	44,6	46,2	9,2
Unión Europea-25	12,8	37,0	10,5	6,3	34,6	55,1	10,2
Unión Europea-15	12,8	37,6	10,4	5,9	36,0	54,4	9,6
Francia	12,9	47,9	10,0	5,1	38,1	53,5	8,4
Luxemburgo	12,8	54,4	10,4
Alemania	12,2	53,0	7,4	4,0	53,0	39,5	7,5
Suiza	12,2	46,9	6,4	4,5	59,4	31,9	8,7
Grecia	11,8	26,3	11,3	6,1	21,4	70,1	8,6
Italia	11,8	34,6	10,6	5,9	25,6	65,0	9,4
Noruega	9,8	30,2	8,2	3,5	40,5	50,2	9,4
Letonia	9,7	16,7	9,0	8,2	19,6	59,5	20,9
Dinamarca	9,5	25,7	7,6	4,6	39,4	47,9	12,7
República Checa	9,3	17,7	7,0	12,0	17,4	48,4	34,1
Austria	9,0	33,6	4,6	3,4	58,6	35,6	5,8
Bélgica	8,8	31,6	7,0	3,7	34,5	57,9	7,7
Hungría	7,1	15,8	6,7	4,7	20,0	65,6	14,4
Chipre	6,6	8,6	7,2	3,1
Lituania	6,4	14,3	5,9	5,2	18,1	64,3	17,6
Reino Unido	6,0	12,8	4,5	5,4	33,2	45,2	21,6
Eslovaquia	5,4	10,9	4,2	6,8	23,4	53,7	22,9
Irlanda	4,4	14,0	2,1	2,2	62,0	29,5	8,5
Malta	3,3	8,3	2,0	1,9
Estonia	2,5	13,8	2,4

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Oficina Estadística de la Comisión Europea.

4. DESEMPLEO

El descenso en veintidós mil personas del desempleo durante el cuarto trimestre de 2004 lleva la cifra de disminución del paro a lo largo del año hasta los noventa y tres mil individuos. Si las mujeres eran mayoría entre los nuevos ocupantes de empleos, son minoría entre quienes han abandonado la condición de desempleado, lo cual sugiere una mayor movilidad entre la actividad y la inactividad de parte de las mujeres. Sólo un tercio de la disminución interanual del desempleo se debe a la reducción del paro entre las mujeres, lo cual ahonda aún más la feminización del desempleo.

Por sectores de actividad, la mayor disminución del desempleo se produce entre quienes buscan su primer empleo. El número de parados en estas circunstancias se ha reducido en un once por ciento a lo largo del último año hasta una cifra global de trescientas once mil personas. Sólo en el último trimestre fueron treinta y siete mil los individuos, en su mayoría extranjeros, que encontraron su primer empleo. Como complemento, se vislumbra una fuerte disminución del desempleo entre quienes llevan más de tres años en situación de parados. Por su parte, el sector de los servicios, en concordancia con su importancia económica y con su continuada expansión, sufrió una variación positiva del número de desempleados en el tercer trimestre. Con ello, los desempleados con experiencia previa en el sector servicios constituyen el sesenta por ciento del total de desempleados que, por diversas circunstancias, han salido del mercado de trabajo después de haber participado en el mismo.





La tasa de desempleo se reduce, en conjunto, hasta el 10,56 por ciento desde el 11,37 por ciento del mismo trimestre de 2003. La reducción de la tasa de paro es más intensa entre los hombres, que pasan en un año del 8,46 al 7,76 por ciento frente al 14,55 por ciento de las mujeres, y entre aquellos que no son cabezas de familia en el hogar. De esta circunstancia se deduce que el crecimiento del empleo y su pertinente plasmación entre el colectivo de desempleados tiende a afectar con mayor intensidad a lo que se denomina como el mercado secundario o el colectivo de reserva. Aunque, en todo caso, la evolución de la tasa de desempleo a lo largo de los cuatro últimos años en términos de relaciones intra-familiares muestra un patrón de atonía, con una repetición ilimitada de las tasas de desempleo.

5. CONDICIONES DE TRABAJO

El salario medio bruto mensual alcanzó los 1.641 euros durante el cuarto trimestre de 2004. Esta media incluye la parte alícuota de las pagas extraordinarias y otros pagos no contemplados en el contrato, tales como las horas extraordinarias. En conjunto, la cifra supone un crecimiento del 2,6 por ciento con respecto al mismo periodo del año anterior. La cifra se sitúa por encima del crecimiento del 2,2 por ciento registrado en el trimestre anterior, pero bastante por encima de la inflación del 3,2 por ciento con que concluyó el año. Es decir, el poder adquisitivo de los asalariados continúa reduciéndose aunque a ritmos menores de lo que lo venía haciendo. Los salarios, en suma, responden con retraso a las tensiones inflacionarias.

Una parte importante de este bajo crecimiento de los salarios se explica por la reducción de jornada que seguido en paralelo. El salario medio por hora trabajada en el cuarto trimestre de 2004 fue de 12,04 euros, lo cual supone un incremento del 5,7 por ciento con respecto al mismo periodo del año anterior. En todos los capítulos, ya sea en términos globales o por hora trabajada, los asalariados de la industria han recibido mejores aumentos retributivos que sus colegas en otros sectores de actividad.

El salario medio se elevó en España durante el último semestre de 2004 en dos ocasiones hasta cuatrocientos sesenta euros hasta los quinientos trece, un movimiento que recupera parte del poder adquisitivo perdido en el quinquenio anterior por efecto del mal cálculo de la inflación en los presupuestos y la inaplicación de cláusulas de revisión. En todo caso sus efectos serán limitados. España es, de todos los países de la Unión Europea antes de la ampliación, aquel que cuenta con menor número de trabajadores que cobren el salario mínimo. Tan sólo el 0,86 por ciento de los asalariados españoles a tiempo completo recibían emolumentos en el salario mínimo. En el extremo contrario, en Francia y Luxemburgo Y su número se redujo son

más del diez por ciento de la población asalariada los trabajadores que están sometidos a los vaivenes del salario mínimo. Además, la propia depreciación del salario mínimo había provocado que el número de preceptores de este indicador se hubiese reducido en más de la mitad entre 1999 y 2003.

**PORCENTAJE DE ASALARIADOS A TIEMPO COMPLETO
QUE GANAN EL SALARIO MÍNIMO**

	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Luxemburgo	16,80	16,20	15,50	15,10	16,90	18,00
Francia	12,80	13,60	13,90	14,00	13,40	:
Portugal	7,50	6,20	4,00	4,00	5,69	:
Irlanda	13,70	:	2,20	2,10	3,10	3,10
Países Bajos	2,20	2,10	2,20	2,28	2,24	:
Reino Unido	2,50	1,40	1,00	1,80	1,20	1,40
España	2,60	1,40	0,85	0,78	0,86	:

Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat.

En términos agregados, sólo el salario mínimo de Portugal, de entre los antiguos miembros de la Unión Europea, se sitúa por debajo del de España. El salario mínimo en Luxemburgo es el triple que en España y en la totalidad de los países de Europa Central donde existe el mecanismo supera los mil euros mensuales. En Estados Unidos, pese a que el salario mínimo no se revisó durante más de una década hasta los últimos años del gobierno de William Clinton, el salario mínimo mensual es un cincuenta por ciento superior al existente en España. Por el contrario, el salario mínimo en todos los países de la ampliación de la Unión Europea con la excepción de Estonia y Malta está por debajo de los niveles de España. En Polonia, el país más grande de los recién incorporados, apenas llega al veinticinco por ciento del salario mínimo español. Y en algunos casos, como en Bulgaria o Rumania, ni siquiera llega a los cien euros mensuales.

SALARIO MÍNIMO MENSUAL, 2004 (EN EUROS)

Luxemburgo	1.403
Países Bajos	1.265
Francia	1.197
Bélgica	1.186
Irlanda	1.183

(Continuación Salario mínimo mensual, 2004 (en euros))

Reino Unido	1.146
Estados Unidos	735
Grecia	605
Estonia	573
Malta	549
España	513
Eslovenia	466
Portugal	426
Turquía	245
República Checa	212
Hungría	209
Polonia	180
Estonia	159
Eslovaquia	152
Lituania	145
Letonia	122
Rumanía	69
Bulgaria	61

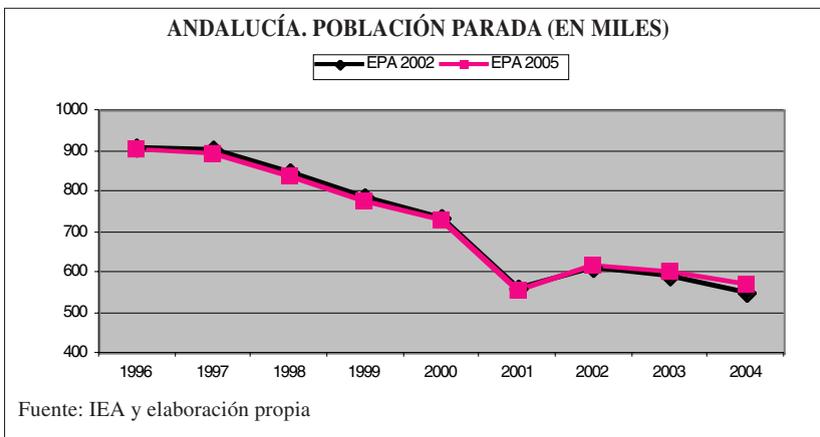
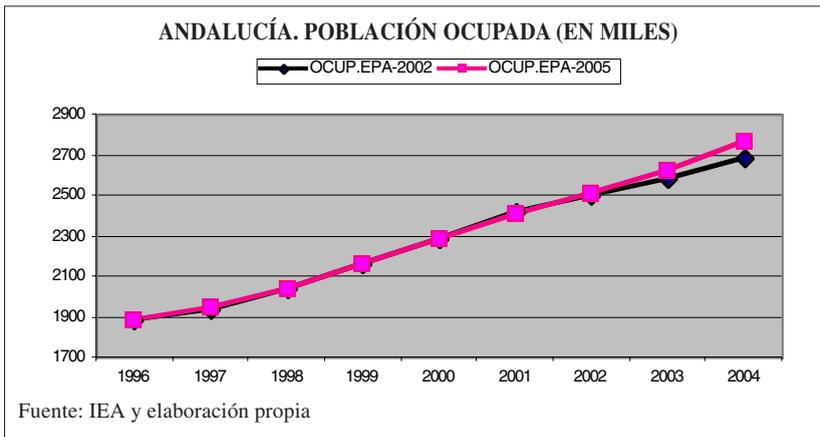
Fuente: Eurostat.

6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

El desarrollo de la economía española ha servido de contexto de la evolución de las variables laborales en Andalucía en el último trimesre de 2004 que se puede calificar como de bastante positiva, en un entorno de crecimiento económico de la economía española a la que nos hemos referido anteriormente.

El principal instrumento de análisis de lo ocurrido en el mercado de trabajo andaluz se ha visto alterado, como ya se ha comentado anteriormente, por el cambio en la EPA realizada en marzo de 2005. El cambio más significativo ha sido el de introducir, con carácter retrospectivo las nuevas cifras de población residente en España que se ha visto aumentadas por el importante flujo migratorio que han llegado en los últimos años. Además, se han producido otros cambios metodológicos como la incorporación de una nueva normativa de Eurostat que introduce nuevas preguntas en el cuestionario y la modernización del sistema de recogida de información.

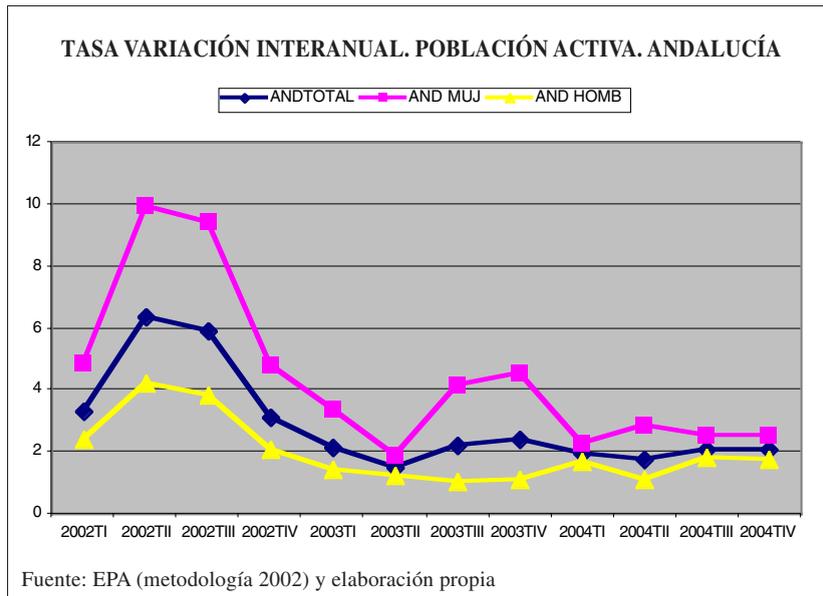
La aplicación retrospectiva de los nuevos cálculos de población en España y Andalucía modifican al alza los datos de población ocupada y parada. Como se observa en los gráficos. La revisión de los cálculos debida a la subestimación de la población extranjera que realizaba la EPA con la metodología de 2002, tiene diferente incidencia en las distintas Comunidades Autónomas dependiendo el peso de ésta población sobre el total. En términos absolutos, Andalucía es la cuarta Comunidad Autónoma en incremento de población de más de 16 años en el cuarto trimestre de 2004, (según el cálculo nuevo con metodología EPA 2005) con algo más de 200.000 personas, sin embargo, en términos relativos la variación es del 3,33%, inferior a la media española 4,54%. Estos cambios, como se observa en los gráficos, sólo afectan de forma importante a los datos de los últimos años del periodo considerado (2002-2004).



Las modificaciones de los datos disponibles implican importantes cambios en el análisis de lo ocurrido en el mercado de trabajo español y andaluz. La EPA es nuestra más importante fuente de información sobre ello y es la base del análisis trimestral que se recoge en este epígrafe. Por ello, los resultados que vamos a comentar sobre la evolución de la oferta y demanda de trabajo están referidos a los datos andaluces antes de su modificación por la incorporación de los extranjeros a los que hemos hecho referencia. Esto nos permite poder realizar comparaciones con lo ocurrido en trimestres anteriores, pero hay que advertir que debido a su reponderación, no son los más actuales de los que se dispone y que en el análisis del primer trimestre de 2005 habrá que reconsiderar algunas comparaciones que se quieran hacer entre variables laborales andaluzas y españolas.

Oferta de trabajo

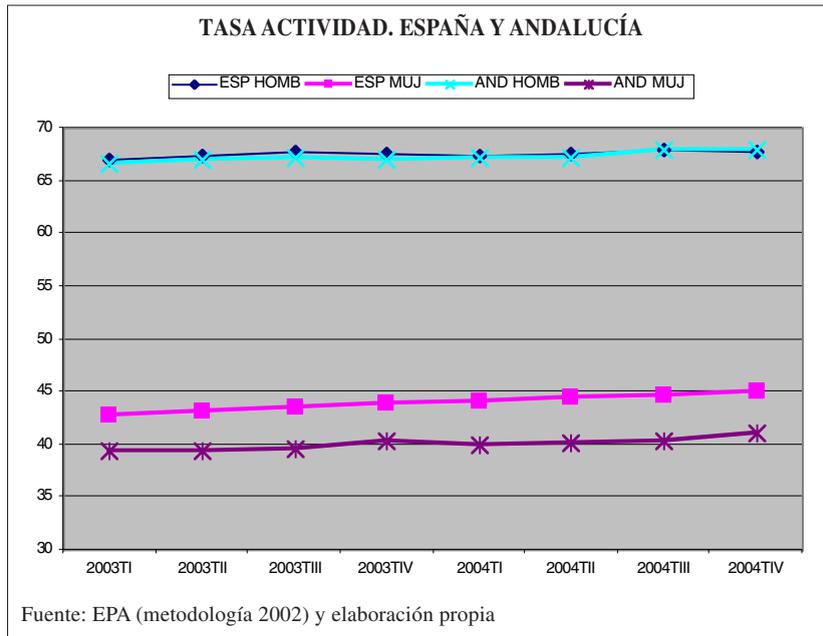
Según los datos publicados por la EPA manteniendo la metodología 2002, las personas activas aumentaron en el cuarto trimestre de 2004 en Andalucía en 25.600 y 66.500 más respecto al mismo trimestre de 2003. Esta evolución sitúa el número total de activos en Andalucía en 3.273.800. La evolución positiva de la actividad está infravalorada por la incorporación de los emigrantes. Como hemos visto, el aumento de la actividad ha sido algo mayor entre los hombres (34.900) que entre las mujeres (31.500). Vis-



to en una perspectiva más amplia, el aumento de la oferta de trabajo en Andalucía en los últimos años ha sido muy significativo pues desde 2001 el incremento de personas activas laboralmente se ha situado en casi 300.000 personas, según la metodología EPA antes de su adaptación reciente. Como se observa en el gráfico, la tasa de variación interanual de la ocupación ha sido mayor entre las mujeres, lo que pone de manifiesto el continuo proceso de feminización del mercado de trabajo en Andalucía, reflejo de lo que ocurre en el resto de España.

La evolución de la población activa en Andalucía en los últimos trimestres muestra un cambio muy significativo entre hombres y mujeres. Ante La tasa interanual de variación de la oferta de trabajo masculina es menor a lo largo de los últimos doce trimestres que la evolución de la tasa de actividad femenina en este mismo periodo de tiempo. Sin embargo se aprecia una cierta tendencia a la convergencia entre ambos colectivos en la última parte del periodo.

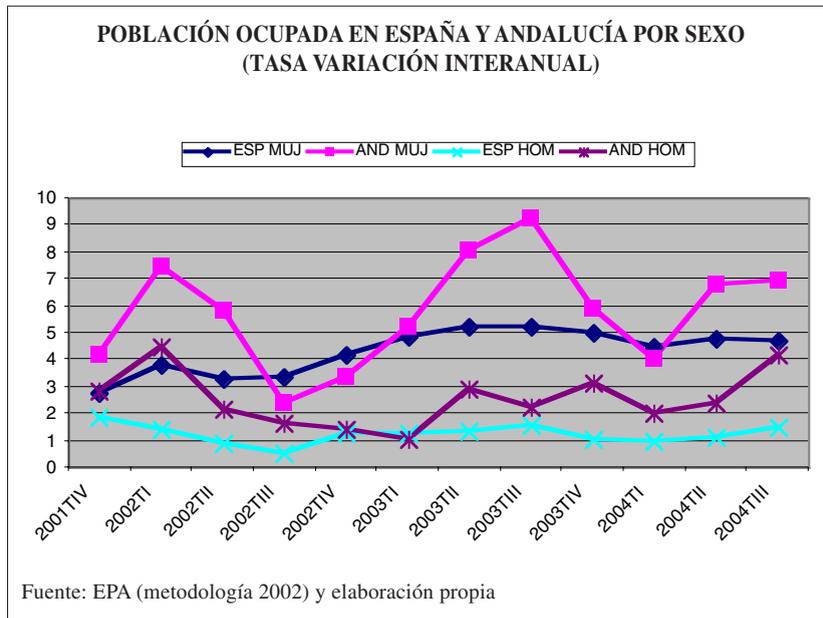
Con respecto a la evolución de las tasas de actividad andaluzas es significativa la coincidencia mostrada entre los comportamientos de los hombres en España y Andalucía. Por el contrario, hay una significativa diferencia entre las tasas de actividad femenina en el ámbito regional y nacional. Como consecuencia de ello, la tasa media de actividad en Andalucía se situó en 54,09%, reduciéndose la diferencia con la media nacional situándose en 1,98 puntos.



Demanda de trabajo

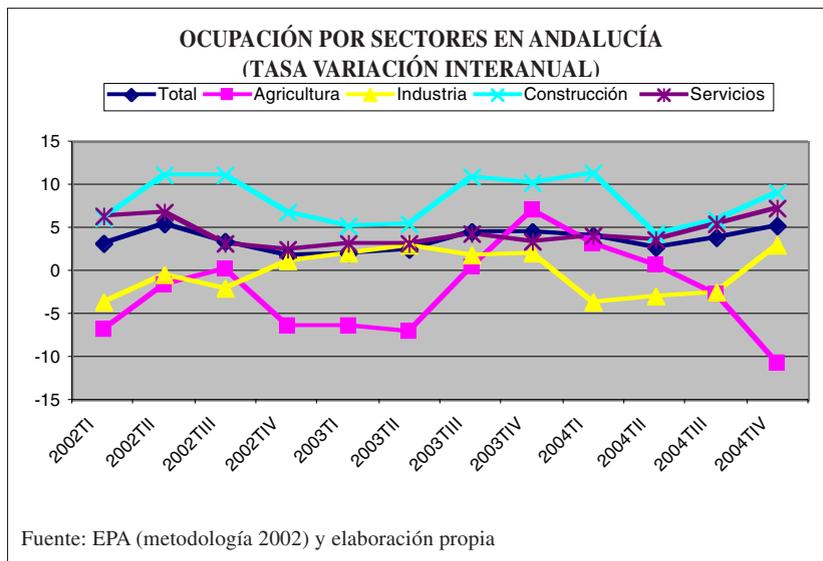
Como hemos señalado, la ocupación en España ha crecido sustancialmente en los últimos años. En Andalucía la cifra de ocupados se situó en 2.750.300 personas según el cálculo establecido por la metodología EPA 2002, si bien, como ya hemos señalado, el aumento del empleo ha sido efectivamente superior si se aplica la reponderación de la población emigrante.

El crecimiento del empleo en Andalucía ha sido sostenido en el último trimestre de 2004, alcanzando un 5,17% respecto al mismo trimestre del año anterior, mientras que la tasa nacional del mismo periodo se ha situado en una cifra menor del 2,74%. La variación de la ocupación ha sido diferente si atendemos a las variables regionales comparándolas con las nacionales así como el comportamiento de mujeres y hombres ocupados. Como se observa en el gráfico, la tasa de variación interanual es positiva en todos los casos, Mayor para las mujeres que para los hombres y también mayor para la ocupación andaluza que la nacional. Sí es de destacar el amplio efecto de la estacionalidad en el caso de las mujeres ocupadas andaluzas.



El empleo durante este periodo ha crecido mayoritariamente entre los hombres (71.200) más que entre las mujeres (64.000), aunque en términos de tasa interanual, el crecimiento de la ocupación femenina es muy superior (6.96% con respecto a 4,20%).

Si atendemos a la evolución de los sectores productivos, la mayoría de la ocupación se centra en el sector servicios que en el cuarto trimestre empleaba al 65,32% de los trabajadores ocupados andaluces (64,62% en España). El segundo sector en ocupación es el de la construcción (14,64%, en Andalucía y 12,08% en España). La evolución de la ocupación por sectores presenta una diferencia significativa entre ellos. Por ejemplo, el sector de la construcción presenta tasas de crecimiento muy por encima de los demás en el periodo considerado. Por el contrario, la ocupación en el sector de la agricultura presenta una tendencia decreciente desde el tercer trimestre de 2003. La evolución del sector de la construcción tiene importantes implicaciones desde el punto de vista de la evolución de la burbuja inmobiliaria de los últimos años, sobre la que se ha alertado muy intensamente por diversas instituciones nacionales e internacionales. En el caso de un freno de le crecimiento del sector de la construcción, el crecimiento del empleo en Andalucía y en el conjunto nacional se podría ver afectado.



En cuanto a la situación profesional de los ocupados, el empleo en este trimestre crece en el grupo de asalariados que alcanza la cifra de 2.236.700 personas lo que significa un incremento del 3,81% respecto al año anterior. Un grupo reducido, pero de vital importancia como es el de los empresarios y miembros de cooperativas se sitúa en Andalucía en una cifra de 454.700, experimentando un aumento del 13,21% respecto al mismo trimestre del año anterior.

El efecto de la inmigración sobre la ocupación es muy variado según sea el ámbito de aplicación y en Andalucía en las distintas provincias, dependiendo del sector económico. Una aproximación a esta diferencia se puede observar en la siguiente tabla que muestra para el conjunto de la economía andaluza y sus distintas provincias la diferencia estimada por el IEA según la metodología de la EPA 2002 y la corregida de 2005. Los datos de ocupación se ven modificados según esta segunda metodología especialmente en Almería que presenta un aumento significativo de casi el 19% respecto a lo que recoge la metodología anterior. La siguiente provincia donde la ocupación debe corregirse al alza es Granada, mientras que en Jaén el empleo estimado es menor.

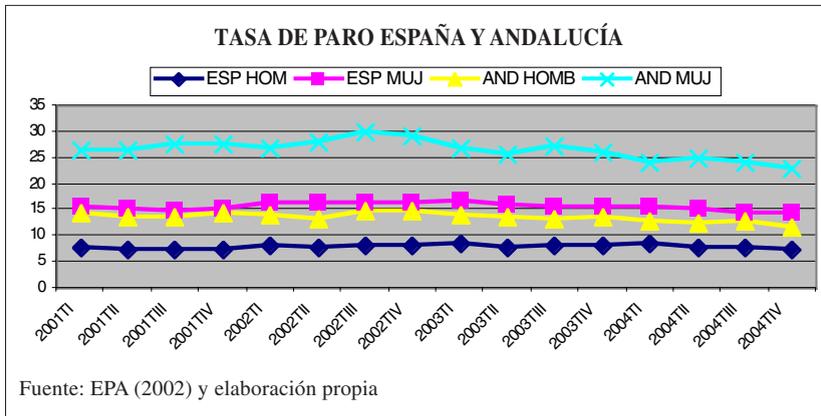
**POBLACION OCUPADA EN ANDALUCIA
CUARTO TRIMESRE 2004 (EN MILES)**

	EPA-2002	EPA 2005	DIFERENCIA	En %
Almería	235,9	280,1	44,2	18,74
Cádiz	387,8	394,7	6,9	1,78
Córdoba	277	280,2	3,2	1,16
Granada	297,9	310,4	12,5	4,20
Huelva	153,4	156,9	3,5	2,28
Jaén	218,4	217,8	-0,6	-0,27
Málaga	528,5	530,8	2,3	0,44
Sevilla	651,4	673,7	22,3	3,42
Andalucía	2750,3	2844,6	94,3	3,43

Fuente: Instituto de Estadística de Andalucía y elaboración propia

Desempleo

La buena evolución del empleo y de la actividad han sido los pilares sobre los que se ha construido la reducción de la tasa de desempleo en España y en Andalucía en los últimos años, hasta acercarse a niveles más próximos a los de la media europea que los que se presentaban hace algunos años. Según los datos de la EPA (2002) referidos a Andalucía, el número de desempleados se situó en Andalucía en el cuarto trimestre de 2004 en 523.500 personas lo que supone una reducción de 38.100 personas en este trimestre, si bien respecto al mismo trimestre de 2003 el desempleo se ha reducido en 68.700 personas, (un -11.61%). La reducción del desempleo afecta a hombres y mujeres de forma significativa.



Según los datos que estamos utilizando referidos a la EPA con metodología 2002) la tasa de paro en Andalucía se situó en el último trimestre de 2004 en el 15,99%, 1,30 puntos menos que en el trimestre anterior y 2,47 puntos menos que el mismo trimestre de 2003. La tasa de paro masculina se situó en el 11,60%, mientras que la tasa de paro femenina andaluza alcanzó el 22,86%. La diferencia con respecto a las mismas tasas nacionales se sitúan en 4,15 puntos para la masculina y algo más de 8 puntos para la femenina. Este es el principal punto de dificultad para la convergencia de las variables laborales andaluzas respecto a la nacional. Sin embargo, estos datos se han visto corregidos por el INE al revisar los datos con el método que ya hemos señalado. Según este nuevo cálculo, la tasa de paro nacional se situó en el 10,56% (dos décimas por encima de lo publicado inicialmente) y la andaluza en el 16,06% (siendo la publicada el 15,99%).

POBLACION PARADA EN ANDALUCIA CUARTO TRIMESTRE 2004 (EN MILES)

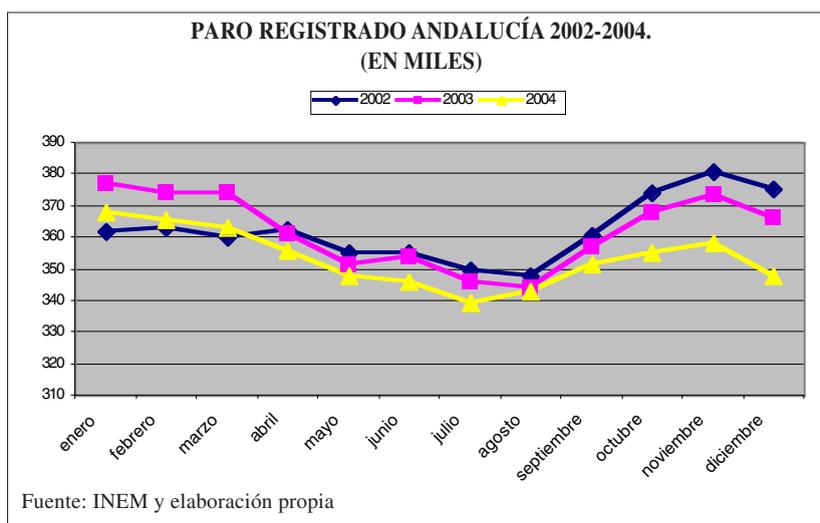
	EPA-2002	EPA 2005	DIFERENCIA	En %
Almería	23,7	30,9	7,2	30,38
Cádiz	105,1	109,1	4	3,81
Córdoba	72,9	73,4	0,5	0,69
Granada	31,7	32,5	0,8	2,52
Huelva	32,5	34,6	2,1	6,46
Jaén	49,3	49,1	-0,2	-0,41
Málaga	80,2	81,4	1,2	1,50
Sevilla	128,1	133,5	5,4	4,22
Andalucía	523,5	544,5	21	4,01

Fuente: Instituto de Estadística de Andalucía y elaboración propia

Un análisis del desempleo por provincias andaluzas pone de nuevo de manifiesto las diferencias entre los datos publicados según la metodología EPA 2002 y el preponderado cálculo de 2005.

La diferencia fundamental en términos relativos se encuentra otra vez en la provincia de Almería, seguida a bastante distancia por lo ocurrido en Granada y Sevilla.

Los datos de la Encuesta de Población Activa se pueden contrastar con los datos que proporciona el Instituto Nacional de Estadística. Se observa una evolución semejante a la que se ha puesto de manifiesto en los años anteriores, aunque los datos muestran una reducción del paro registrado en 2004. Es una evolución paralela a la puesta de manifiesto en los años 2002 y 2003, aunque a unos niveles más bajos que entonces. La diferencia se ha acentuado en los últimos meses de 2004, situando el número de parados registrados por el INEM en 347800 personas, la menor de las cifras correspondientes al mes de diciembre.



Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este epígrafe, la incidencia de la inmigración en el mercado de trabajo andaluz ha motivado cambios en la EPA, principal fuente de información estadística, que hemos pretendido recoger. Estos cambios, modifican los resultados y hacen que las tendencias de análisis futura también se vean modificadas.

Desde el punto de vista de la teoría económica, los efectos finales del impacto de la inmigración en el mercado de trabajo son muy variados y afecta de forma muy diferente a los colectivos nacionales, según estén más o menos expuestos a la creciente competencia que significan los nuevos entran-



tes en el mercado laboral. No obstante, la mayoría de los análisis distinguen efectos a corto de los de largo plazo. Por ello una valoración general del fenómeno y de su impacto en la producción, el empleo o el desempleo es difícil y exige un análisis más detenido que excede los límites de este artículo.







3

Comentarios de Jurisprudencia







NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

INACTIVIDAD NEGOCIADORA Y DETERMINACIÓN CONTRACTUAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

STS de 7 de octubre de 2004

MARÍA DEL MAR RUIZ CASTILLO *

SUPESTO DE HECHO: La cuestión principal debatida en el supuesto que sirve de base a la STS de 7 de octubre de 2004¹ es la de si constituye atentado a la libertad sindical, por considerarse comportamiento antisindical, la suscripción de diversos contratos de trabajo, sin sometimiento a las retribuciones y condiciones establecidas en la normativa convencional aplicable, con la particularidad de no existir convenio vigente en el momento de celebración de los mismos.

Del relato de hechos probados se desprenden las siguientes consideraciones fácticas. La entidad Helicsa S.A., con centros de trabajo en distintas Comunidades Autónomas, suscribió un convenio colectivo de franja, «Convenio Colectivo de Pilotos de Helicsa», con los delegados sindicales del SEPLA (Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas), que actuaban en representación del colectivo de trabajadores afectados. Dicho convenio, firmado a principios de 1995, y publicado en BOE, fue denunciado en octubre de ese mismo año. Desde entonces no se ha conseguido la firma de un segundo convenio colectivo, aunque las partes firmantes han suscrito puntuales acuerdos sobre actualización de retribuciones y en diversas ocasiones han manifestado su interés en la negociación de un segundo convenio franja.

Queda acreditado que a lo largo de 2001 la patronal contrató, bajo la modalidad de contrato para obra o servicio determinado y como trabajo en prácticas, a una pluralidad de pilotos con condiciones retributivas distintas a las previstas en el convenio y acuerdos referenciados. Según consta, el número de pilotos contratados en estas condiciones, mediante las

* Profesora T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ RJ 2004\6553.

modalidades de contratación temporal mencionadas o reconvertidos con posterioridad en indefinidos, se eleva a 32². Al menos 8 de estos pilotos presentaron demanda por esta causa, desestimada finalmente por el TSJ de Madrid, en sentencia de 2 de julio de 2002³.

Queda igualmente acreditado que al sindicato SEPLA están afiliados unos 40 pilotos de los 79 de la compañía y que dicho sindicato no ha obtenido representación electoral, por no concurrir a las elecciones a representaciones unitarias, aunque dos de sus afiliados han adquirido la condición de representantes como candidatos en las listas de CC.OO.

En la demanda de conflicto colectivo el SEPLA solicita: que se declare el derecho a la libertad sindical de este sindicato, y de su sección sindical en la empresa Helicsa, en todo aquello que afecte a los pilotos de dicha compañía; que se condene a la compañía aérea por conducta antisindical, consistente en la contratación individual masiva de pilotos, como supuestos de contratación fuera de convenio y con condiciones retributivas inferiores a las convencionales, y se declaren los efectos que ello lleva aparejados. Habiéndose producido un atentado a la libertad sindical y, como manifestación de ésta, una violación del derecho a la negociación colectiva del sindicato SEPLA. Y, por último, se solicita una indemnización por los perjuicios causados cifrada en 61.000 € por el propio sindicato.

RESUMEN: La STS de 7 de octubre de 2004, que resuelve este recurso de casación en unificación de doctrina, simplifica el fundamento del litigio en el sentido de entender que lo pretendido por el sindicato impugnante a través del procedimiento de conflicto colectivo se orienta claramente a la tutela del derecho fundamental de libertad sindical, en su manifestación de derecho a la negociación colectiva, pretendiendo que se obligue a la empresa «a que negocie con el mismo, a través de su sección sindical en la citada empresa, cuanto afecte al colectivo de pilotos que presten sus servicios en ésta última»⁴; aunque termina concluyendo que lo solicitado por el SEPLA es «que se le permita llevar a cabo la negociación de un convenio colectivo franja que afecte al colectivo de pilotos que prestan los servicios en la

² F.D. Quinto.

³ JUR 2002\252196. De forma muy escueta, el TSJ de Madrid no considera probado que exista incumplimiento del convenio colectivo aplicable, que identifica con el convenio de 1995 denunciado y las tablas de actualizaciones de salarios pertinentes. Entiende el Tribunal que, «en conjunto y de forma global anual, compartimos el criterio de la Inspección de Trabajo y del Juzgador *a quo* en el sentido de que no perciben cantidades inferiores a las que les corresponden en función de su cometido y categoría profesional». F.D. Tercero.

⁴ F.D. Cuarto.

empresa demandada»⁵. Pretensiones asimiladas por el TS y que, sin embargo, no son idénticas.

El TS no estima que exista error en la apreciación de la prueba al no hacer constar en el relato de hechos probados que son 32 los pilotos contratados al margen del convenio y de los pactos vigentes en la empresa, incluidos algunos que han visto transformados sus contratos temporales en indefinidos, de un total de 79 pilotos de la empresa. Ya hay hecho probado que remite a prueba documental de la que se deduce lo pretendido por el sindicato demandante y esta adición fáctica se revela totalmente innecesaria a los fines del enjuiciamiento.

Rechaza igualmente el TS, por inoperante, la intención del sindicato de que quede acreditada su legitimación para negociar un convenio colectivo franja a través de las distintas comunicaciones remitidas por los pilotos, en el sentido de reconocer la legitimación de este sindicato para negociar el convenio colectivo correspondiente a dicho sector profesional. Por el contrario, el TS afirma que la legitimación negocial escapa a la voluntad de las partes interesadas, y que deben permanecer diferenciados los conceptos de legitimación negociadora e implantación sindical en un ámbito determinado. Una cosa es que de los 79 pilotos de la compañía 40 se encuentren afiliados al SEPLA y de forma individualizada una gran mayoría de pilotos haya manifestado y comunicado a la empresa, sospechosamente, su voluntad de que negocie dicho sindicato en representación del colectivo, y otra muy distinta es que se haya acreditado la legitimación que requiere el art. 87 ET, en concordancia con lo dispuesto en el art. 80 del mismo texto legal. En consecuencia, aún siendo más que notoria la implantación del sindicato en el sector de trabajadores para el que pretende aplicarse el convenio franja, no se acredita la legitimación según las reglas y procedimientos que dispone el Estatuto para esta modalidad convencional⁶. Aunque la legitimación en los convenios franja, aun después de la reforma legal de 1994, sigue

⁵ F.D. Cuarto.

⁶ F.D. Noveno. Evidentemente nos situamos en el terreno de la negociación estatutaria, porque si de un convenio o pacto extraestatutario se tratara, ni las reglas de la legitimación ni las de la notoria implantación servirían para determinar la competencia negociadora, ya que el TC ha venido a afirmar que en estos casos el empresario es libre para decidir el interlocutor con quien habrá de negociar. Para el supuesto de la STC 121/2001, de 4 de junio, el empresario tiene competencia para elegir la sección sindical con quien negocia, sin que, por otra parte, el ejercicio de esa libertad unilateral implique lesión alguna para el contenido esencial del derecho de libertad sindical. De esta doctrina se ha hecho eco la jurisprudencia ordinaria. «La singularidad más relevante del modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la amplia libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor». STSJ de Murcia de 23 de diciembre de 2004 (JUR 2004\317815).

planteando algunos interrogantes⁷, no duda el TS en convalidar la legitimación del SEPLA para negociar el convenio franja de 1995, pese a no haber obtenido audiencia electoral, cuando es sabido que el criterio de la implantación se ha vinculado a dicha audiencia⁸, requiriendo, además, el posterior acuerdo mayoritario de los trabajadores que vayan verse afectados por el convenio. Para el TS, el único aspecto relevante de la legitimación se circunscribe a la falta de acuerdo formal de los trabajadores, según el procedimiento del art. 80 ET, sin poner en cuestión que el nuevo convenio franja que se intenta en sustitución del anterior pueda llevarse a cabo por una sección sindical sin audiencia electoral⁹.

En relación con este mismo tema, el TS descarta el argumento del sindicato de que la empresa se niega a reconocerle legitimación para negociar un convenio franja de pilotos, a través de su correspondiente sección sindical. Entiende el órgano judicial que sucede justo lo contrario: se la reconoció para firmar un convenio en 1995, y desde 1996 ha intentado negociar con este mismo sindicato un convenio que sustituyera al anterior¹⁰.

En cuanto al tema de fondo, la violación del derecho de libertad sindical en una de sus manifestaciones fundamentales, la del derecho a la negociación colectiva, no estima el TS que se haya producido violación alguna, desde el momento en que queda acreditado que el sindicato demandante y la empresa demandada ya suscribieron en 1995 un convenio franja de pilotos, y de igual modo consta que, al menos desde 1996, existe un intento continuado de suscribir nuevo convenio de este tipo. Por consiguiente, no puede entenderse lesionado el derecho a la negociación colectiva de este sindicato por parte de la empresa. Y ello no queda contradicho por la circunstancia de que la empresa haya recurrido en numerosas ocasiones a la contratación laboral

⁷ Sobre la legitimación sindical en los convenios franja, *vid.* ALFONSO MELLADO y FABREGAT MONFORT, «La legitimación negocial en el ámbito de la empresa». *REDT*, 2003, núm. 115, págs. 86 y ss.; ROMÁN DE LA TORRE, *La composición de la representación social en la negociación colectiva estatutaria*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1999, págs. 90 y ss.; NOGUEIRA GUSTAVINO, *Sindicato y negociación colectiva franja*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2001, págs. 239 y ss. y espec. págs. 296 y ss.; AGUT GARCÍA, *El sindicato en la empresa. (Secciones y delegados sindicales)*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1997, págs. 427 y ss.

⁸ Como exigencia impuesta por la LOLS. Es un concepto de implantación, referido a la legitimación negocial, que no se identifica con el más amplio y vinculado a la afiliación que se requiere para otras actuaciones válidas del sindicato, no referidas a la negociación estatutaria. *Vid.* AGUT GARCÍA, «El sindicato en la empresa...», cit., págs. 229 y ss. y 430 y ss.

⁹ Como mantiene un importante sector de nuestra doctrina. *Vid.*, sobre ésta, AGUT GARCÍA, «El sindicato en la empresa...», cit., pág. 130, nota 66; la misma posición, LÓPEZ TERRADA y NORES TORRES, «Convenio colectivos franja. Legitimación para negociar. SAN 16 de abril de 1999», en *Actualidad Laboral*. Base de Datos de Jurisprudencia, 413/2000, www.laley.net, págs. 4 y ss.

¹⁰ F.D. Noveno.



individualizada de pilotos durante este período, precisamente porque durante este período el proceso de negociación colectiva abierto no ha dado fruto alguno. «No se puede imputar, por tanto, a la empresa un uso ilegal o torticero de dicha contratación para eludir la negociación colectiva»¹¹.

Para el TS debe quedar resaltada la circunstancia de que esta contratación individualizada excede los límites de cognición propios del proceso judicial planteado, que no es otro que el de violación de derecho fundamental, de libertad sindical, aunque reconducido a través del procedimiento de conflicto colectivo. Pese a ello, no se resiste a pronunciarse sobre la legitimidad y licitud de la actuación empresarial al contratar «individualmente servicios de pilotos que se ajusten a unas condiciones laborales y económicas que no han sido reprobadas ni por la jurisdicción del Orden Social¹² ni, tampoco, por la Autoridad Laboral», «ante la ausencia de convenio colectivo, cuya existencia, como es obvio, no depende de una sola de las partes negociadoras»¹³. Pero a lo que no se refiere el TS es a que el TSJ de Madrid no pone en cuestión la existencia de convenio colectivo vigente con actualizaciones salariales periódicas, aplicables por igual a todos los pilotos con independencia de la fecha de ingreso en la empresa¹⁴.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA DESCONEXIÓN ENTRE EL OBJETO DEL LITIGIO Y LOS PLANTEAMIENTOS ARGUMENTALES
2. ULTRAactividad DE CONVENIO O AUSENCIA CONVENCIONAL: NATURALEZA DEL CONVENIO DENUNCIADO Y DE LOS PACTOS DE ACTUALIZACIÓN RETRIBUTIVA
3. LA CONTRATACIÓN INDIVIDUAL EN MASA: ¿SUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD?
4. LA SINGULARIDAD ARGUMENTAL DEL TS RESPECTO DE LA DOCTRINA DEL TC
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: LA DESCONEXIÓN ENTRE EL OBJETO DEL LITIGIO Y LOS PLANTEAMIENTOS ARGUMENTALES

Del relato de hechos probados se desprende una correcta identificación del objeto del litigio por parte del sindicato demandante y por parte del propio

¹¹ F.D. Octavo.

¹² Según consta en el F.D. Cuarto, al menos 8 de los pilotos contratados de forma individualizada presentaron demanda judicial por menor retribución que la correspondiente según convenio y que fue rechazada primero por el Juzgado de lo social núm. 36 de Madrid, en sentencia de 6 de octubre de 2001 y posteriormente confirmada por STSJ de Madrid, de 2 de julio de 2002, JUR 2002\252181.

¹³ F.D. Octavo.

¹⁴ *Vid.*, sobre la argumentación de esta sentencia, nota 4.

TS, que ya había quedado determinado en los mismos términos en la SAN de 7 de octubre de 2003 ¹⁵, que da origen al presente recurso de casación en unificación de doctrina que aquí analizamos. El litigio versa sobre un posible atentado a la libertad sindical, por violación de su contenido esencial en la vertiente de negociación colectiva ¹⁶, que se concreta en una hipotética conducta antisindical de la empresa al proceder masivamente a la contratación de pilotos mediante regulación contractual individualizada de condiciones de trabajo, y específicamente con retribuciones inferiores o distintas a las estipuladas en convenio colectivo y pactos puntuales de empresa.

A mi juicio, tanto la pretensión del sindicato reclamante, el SEPLA, como el fallo del TS debían haberse dedicado a resolver esta única cuestión, para lo que resulta irrelevante incluso si las contrataciones individualizadas en sus estipulaciones mejoran o empeoran el régimen colectivo o convencional previsto en la empresa. Se trata de resolver, únicamente, si la contratación individual en masa constituye un atentado a la libertad sindical, en su manifestación de derecho a la negociación colectiva presente o futura. De manera que, a lo sumo, nos encontraríamos con que, de existir convenio colectivo vigente, incluido su período de ultraactividad, ese comportamiento antisindical, además, se concretaría en una violación de normas imperativas que daría lugar a la nulidad parcial de cláusulas contractuales *in peius*. De encontrarnos ante cláusulas contractuales *in melius*, si la contratación individual es masiva, no variaría el planteamiento inicial, seguiríamos teniéndonos que interrogar sobre si esta actuación empresarial es calificable de conducta antisindical por violación, mediante limitación, del derecho a la negociación colectiva, como manifestación de la libertad sindical.

No debiera ser relevante para resolver la cuestión apuntada si el sindicato ostenta o no la legitimación necesaria, según las reglas del art. 87 y

¹⁵ JUR 2004\74996, F.D. Segundo. En esta sentencia, tras repasar la jurisprudencia constitucional más reciente sobre las relaciones válidas entre autonomía individual y colectiva, el órgano juzgador estima que no existe restricción ilícita del derecho de libertad sindical, en su vertiente negociadora, por varios motivos. Primero, porque la negociación en curso demuestra que la contratación individual no pretende imponerse como una regulación alternativa al convenio. Segundo, porque la contratación de pilotos con carácter temporal tiene una incidencia marginal, no afectando a un colectivo estructurado. Y tercero, porque la contratación individualizada no ha sido asumida por los contratantes ni por el sindicato como una negociación alternativa, dado que ambos en otros litigios han reclamado la aplicación del convenio. En conclusión, estamos ante un simple conflicto de interpretación de un convenio vigente.

¹⁶ Es jurisprudencia absolutamente consolidada del TC que el derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical. Entre otras, STC 184/1991, de 30 de septiembre y STC 105/1992, de 1 de julio. SOLANS LASTRE la califica de jurisprudencia contundente, *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria. Partes negociadoras y procedimiento negociador*. Ed. CES. Madrid, 2003, pág. 33.

80 ET, para negociar un convenio franja estatutario, puesto que el atentado a la libertad sindical, en su manifestación de derecho a la negociación colectiva, es autónomo y más amplio que el derecho concreto a negociar y firmar un convenio colectivo estatutario, como reiteradamente ha puesto de manifiesto el TC al afirmar que el derecho de negociación colectiva previsto en el art. 37.1 CE no puede quedar limitado en su contenido esencial por el desarrollo estatutario que ha hecho el legislador ordinario para una modalidad muy específica de convenio colectivo de eficacia general¹⁷. Con independencia de que esta circunstancia pueda incidir en el modelo de convenio a negociar por el SEPLA en una situación de futuro, resulta necesario para el litigio planteado decidir si la contratación individual en masa, de cara a la actuación sindical presente y futura, está afectando al genérico derecho a la negociación colectiva que la CE incluye como contenido esencial de la libertad sindical.

Esta circunstancia, aunque quedara resuelta en el sentido positivo de apreciar la existencia de comportamiento antisindical, está muy lejos de amparar las pretensiones del sindicato impugnante de obligar a la empresa a que negocie para el futuro un convenio franja, porque puede variar la unidad negocial¹⁸, entre otras circunstancias y, sobre todo, porque el derecho

¹⁷ La jurisprudencia desde los primeros momentos admitió distintas manifestaciones de la autonomía colectiva. Sobre la misma: GARCÍA MURCIA «Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y eficacia de los pactos colectivos atípicos. I y II». *AL*, 1992, núms. 23 y 24, págs. 403 y ss. y núm. 24, págs. 413 y ss.

Y expresamente tiene declarado el Tribunal Constitucional que la «legítima opción legislativa en favor de un convenio dotado de eficacia personal general no agota la virtualidad del precepto constitucional» (STC 73/1984, de 27 de junio). Ese reconocimiento de un doble régimen convencional, el que se refiere al mandato al legislador para que desarrolle un sistema de negociación colectiva en el que se reconozca la fuerza vinculante del convenio y el que se refiere al abandono del derecho al terreno de la simple libertad, otorgando las posibilidades de conformación y regulación a la propia autonomía colectiva, ha recibido reiterado refrendo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Entre otras, SSTC 58/1985, de 30 de abril, 98/1985, de 29 de julio, 108/1989, de 8 de junio.

¹⁸ Es sabido que la norma legal no impide la variación de la unidad negocial una vez que el convenio ha sido denunciado, y que la ultraactividad del mismo no puede constituirse en un impedimento que fosilice las unidades negociales; sin embargo, también es cierto que nuestra jurisprudencia ha intentado preservar las unidades de negociación inferiores respecto de las superiores, lo que ha llevado a interpretar con cierta libertad, respecto al dato legal, que el cambio de unidad negocial, aun durante la prórroga de vigencia del convenio a través de la ultraactividad, exige la voluntad de las partes de abandonar la negociación en el ámbito inferior. *Vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «La apertura del comercio los sábados por la tarde en Cantabria: el contrato de trabajo y el convenio colectivo de empresa contra el convenio colectivo sectorial». *RL*, 1994, T I, págs. 1539 y ss.

En términos jurisprudenciales, las partes legitimadas para negociar no pueden blindar la unidad de negociación para el futuro, impidiendo la concurrencia de convenios de diferente

de negociación colectiva, diluido en su contenido esencial a la configuración de una mera «garantía institucional»¹⁹, no formula un verdadero derecho, sino una simple libertad²⁰, ni incluye la garantía de obtención de un acuerdo²¹.

Tampoco puede pretender dicho sindicato que se le reconozca la legitimación exclusiva para negociar un convenio estatutario de este tipo, porque la legitimación podrían ostentarla igualmente las representaciones unitarias²² o serle atribuida a otro sindicato con implantación en el sector.

Ni puede pretenderse que la empresa venga obligada a negociar con este sindicato profesional cualquier aspecto relativo a las condiciones laborales de los pilotos. El margen de actuación de la autonomía individual

ámbito, porque supondría la ilegítima restricción de la libertad de negociación de otros sujetos titulares del derecho en igualdad de condiciones. Ello determinaría la nulidad de la cláusula convencional que así lo establezca por atentatoria a la libertad de negociación que deriva del contenido esencial del art. 37.1 CE. (STS de 6 de noviembre de 1998, RJ 9822), F.D. Cuarto). Desde esta doctrina, la pretensión del SEPLA resulta del todo inconveniente. Aunque en algún fallo el TS mantiene la tesis contraria, sin sustento legal alguno, para el caso del acuerdo-marco. (STS de 18 de febrero de 1999, RJ 2600).

¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional». *RL*, 1992, T. I. *Vid.* STC 208/1993, de 28 de junio.

²⁰ Para poder ser interpretado como derecho se haría precisa la enunciación del correspondiente deber, cosa que no sucede, como acredita la formulación legal e interpretación jurisprudencial del deber de negociar de buena fe, que sólo alcanza a la negociación estatutaria (aunque el contenido esencial del derecho a la negociación traspase claramente las fronteras del Estatuto). Tal como la conocemos, la obligación de negociar puede considerarse instrumental de la interpretación que inscribe el de negociación entre los derechos de libertad. *Vid.* SOLANS LASTRE, «Garantías legales de la negociación...», cit., págs. 29 y ss.

En cuanto a la buena fe parece difícil asignarle un significado concreto tras la STS de 21 de marzo de 2002, que declaró lícita la congelación salarial de los funcionarios para el año 1997. *Vid.* RUIZ CASTILLO, «Los acuerdos sobre retribución de los funcionarios públicos». *T.L.*, 2002, núm. 64, págs. 152 y ss. El TC, en sentencia 107/2000, de 5 de mayo, plantea una interpretación más rigorista del deber de negociar y, sobre todo, descarta que la inexistencia de acuerdo permita la intervención reguladora unilateral del empresario en lo relativo a condiciones de trabajo, sin cuya regulación colectiva quedaría vacío el papel que el propio art. 7 CE atribuye al sindicato.

²¹ El deber de negociar de buena fe del art. 89.1 ET no impone a las partes negociadoras la obligación de llegar o concluir acuerdos, de alcanzar un consenso de voluntades, en definitiva (STS de 9 de marzo de 1998, RJ 2372). Dicha obligación no alcanza a la renegociación o reanudación de negociaciones, salvo que el promotor aporte algún tipo de propuesta novedosa en el objeto de la negociación o de carácter temporal (STS de 30 de septiembre de 1999, RJ 8395; STS de 17 de noviembre de 1998, RJ 9750).

²² Sobre las distintas interpretaciones doctrinales, en contra y a favor de esta legitimación dual, LÓPEZ TERRADA Y NORES TORRES, «Convenio colectivos franja...», cit., págs. 3 y 4. En el sentido de la alternancia, SSTS de 4 de mayo de 1998 (Ar 2246) y 28 de marzo de 1994 (Ar 2644).

en el ámbito laboral es lo suficientemente amplio como para poder afirmar que la competencia reguladora la ostentan compartidamente autonomía colectiva e individual; del mismo modo que tienen cabida otras manifestaciones de la autonomía colectiva que tengan otros protagonistas distintos al sindicato profesional²³. Al SEPLA no puede negársele la implantación mayoritaria en el sector profesional de pilotos, 40 de los 79 de la empresa están afiliados al mismo, pero desgraciadamente, a mi juicio, nuestro ordenamiento jurídico valora en términos muy restrictivos el concepto de implantación a la hora de atribuir ámbitos de actuación y competencias, frente al notorio protagonismo que ostenta el criterio de la representatividad. Y si nos referimos en concreto a la legitimación negocial estatutaria el criterio de la representatividad (real o atribuida ex lege) es exclusivo²⁴, salvo en el convenio franja, para el que se precisa de una implantación convalidada mediante el acuerdo mayoritario de los trabajadores afectados, que no requiere ni siquiera que se ajuste a la mayor implantación medida en términos de afiliación, que será lo lógico que suceda, pero que no es requisito legal necesario (art. 87 y 80 ET).

No es ésta la línea argumental que haya considerado necesario utilizar el TS, ya que la desestimación de todas las pretensiones referidas están basadas en la indisponibilidad para las partes de las reglas legales sobre legitimación negocial, que no implican ni mucho menos una coincidencia necesaria entre implantación y legitimación²⁵, para lo que resulta irrelevante el que numerosos pilotos hayan manifestado su voluntad de que negocie el SEPLA. No hay acreditación de la misma según los mecanismos impuestos legalmente (arts. 87 y 80 ET), estima el TS, que se muestra absolutamente

²³ Expresamente en este sentido, STS de 17 de mayo de 2004 (JUR 2004\4969). F.D. Tercero.

²⁴ Las reglas de legitimación del ET se desvinculan de la representatividad real o implantación del sujeto con derecho a negociar en el sector de que se trate. Y esto es así por imposición del legislador, aunque la presencia o representatividad sea irrisoria. «En efecto, precisamente el sindicato actor es un sindicato que goza de la consideración de más representativo a nivel estatal, por lo que ya es idóneo para negociar a dicho nivel un convenio para la actividad de que se trata. Y los hechos probados, aunque con expresión restrictiva (no supera el 1%), le atribuyen presencia o representatividad en el sector. De donde, cumple (ante la inexistencia de otros) el requisito de tener la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, contemplados en el art. 88.1 párrafo segundo, del propio Estatuto para conferir la legitimidad negociadora, en cuanto miembro de la Comisión. Es cierto que, como ha señalado la doctrina científica, la decisión legal de establecer la capacidad negociadora mediante el aludido grado de representatividad sindical, puede conferir la capacidad a un sindicato que casi carezca de presencia en el sector concreto de que se trate, pero tal ha sido la decisión del legislador, y esta decisión, como se ha razonado, asume, además, la naturaleza del Derecho necesario». F.D. Undécimo, STS 4 de junio de 1999 (RJ 5068).

²⁵ STC 73/1984, de 11 de julio.

formalista al exigir la adopción del acuerdo por lo trabajadores según lo previsto en el art. 80 ET²⁶.

Entiendo que no debiera haber afectado a la solución del litigio, y es absolutamente relevante para el TS²⁷, el que las contrataciones individuales en masa fuera de convenio hayan sido consideradas válidas tanto por la Administración Laboral como por la Jurisdicción Social, como bien señala la SAN de 7 de octubre de 2003, «no se insta pronunciamiento particularizado alguno respecto a la contratación efectuada por la empresa»²⁸. Es más, el argumento de la plena validez de estos contratos, como consta en el relato de hechos probados, se refiere sólo a 8 pilotos reclamantes, con modalidad de contrato temporal, que podrían ser de los excluidos de convenio, aunque es una circunstancia que no aclara la SAN ni la STS²⁹, cuando del relato de hechos se desprende que son 32, del total de 79 pilotos de la compañía, los que permanecen con contratación individualizada, aun cuando para algunos de ellos ya se ha producido la transformación en contratos indefinidos. No puede pues negarse la existencia de contratación individual en masa, que desplegará efectos diferentes dependiendo de la existencia de convenio o la posibilidad futura del mismo, pero que, en todo caso, incide sobre el derecho a la negociación colectiva del sindicato reclamante.

2. ULTRAACTIVIDAD DE CONVENIO O AUSENCIA CONVENCIONAL: NATURALEZA DEL CONVENIO DENUNCIADO Y DE LOS PACTOS DE ACTUALIZACIÓN RETRIBUTIVA

Una circunstancia que pasa completamente desapercibida en la argumentación de esta sentencia es la existencia de un convenio colectivo franja, sobre el que aparece indiscutida su naturaleza de convenio estatutario³⁰. No habiéndose renovado la negociación o sustituido el convenio por otro, debemos considerar que aquel convenio franja de pilotos de 1995 permanece en período de ultraactividad, por consiguiente

²⁶ Debe recordarse que la referencia al art. 80 ET se refiere sólo a la forma en que los trabajadores afectados por el futuro convenio franja habrán de designar a los negociadores y no a todo el bloque regulador del derecho asambleario. LÓPEZ TERRADA y NORES TORRES, «Convenios colectivos franja...», cit., pág. 6.

²⁷ F.D. Octavo.

²⁸ F.D. Segundo.

²⁹ Si lo hace la STSJ de Madrid de 2 de julio de 2002, en el sentido de serles aplicable la regulación convencional. *Vid.* nota 4.

³⁰ Que no ha sido impugnado y sobre el que debe presumirse su naturaleza estatutaria tras su publicación oficial, como sostiene la precedente SAN de 7 de octubre de 2003.



desplegando su vigencia en lo que a la parte normativa del texto convencional se refiere³¹. Así parece confirmarlo el relato de hechos probados al permitir que el régimen laboral de los pilotos de la compañía se siga rigiendo por lo estipulado en el convenio del 95, lo que viene a ser avalado también por las negociaciones y acuerdos parciales que se han producido desde que perdiera vigencia el convenio y destinados todos ellos a actualizar las condiciones retributivas de los pilotos³². Salvo que el TS haya entendido aplicable al caso su propia doctrina sobre los límites temporales de la ultraactividad, entendiendo que, en todo caso, la ultraactividad del art. 86.3 ET no surte efectos, o despliega su eficacia, *sine die*. Deja de operar cuando se ha producido un abandono de las negociaciones³³, que evidentemente no es lo que el TS afirma que sucede. No se produce el abandono de la negociación. Circunstancia ésta, precisamente, en la que el TS quiere justificar la ausencia de comportamiento antisindical a la hora de proceder a contrataciones individuales. De cualquier modo, la solución del TS deja sin resolver por qué aquel convenio se aplica a unos pilotos sí y a otros no; por qué la ultraactividad sólo tutela a los antiguos pilotos.

Poco o nada se especifica en las sentencias de la AN y del TS sobre la naturaleza de estos pactos de actualización retributiva, que podrían interpretarse, bien como una renegociación parcial del convenio en período de ultraactividad, por consiguiente de carácter estatutario y eficacia general; bien como pactos extraestatutarios, dado que nada se sabe sobre si se han

³¹ Aunque no es fácil decidir a priori en qué consiste la ultraactividad y cuáles son sus efectos, y sobre todo cuáles son las cláusulas convencionales que se mantienen vigentes y cuáles decaen durante esta situación de prórroga *sui generis* del convenio. *Vid.* CUENCA ALARCÓN, «La ultraactividad de las cláusulas normativas del convenio», *RL*, 2004, T I, págs. 573 y ss. Es lo cierto que para el supuesto que comentamos las partes han considerado vigente el convenio denunciado a todos los efectos respecto de los pilotos vinculados a la empresa en el momento de su firma. Libertad sobre vigencia del contenido convencional prorrogado, en caso de ultraactividad, que no niega, sino todo lo contrario, que permite el art. 86.3 ET.

³² Así se desprende de la SAN de 7 de octubre de 2003 contra la que se plantea el recurso de casación.

³³ STS de 6 de noviembre de 1998 (RJ 9822), F.D. Tercero: «Con la denuncia del Convenio de Empresa, su vigencia finaliza el 31 de diciembre de 1992, si bien mantiene la ultraactividad de sus cláusulas normativas en los términos del artículo 86.3 ET, en tanto no exista otro convenio aplicable, pues la prórroga de estas cláusulas, no impone las consecuencias de la conservación *sine die*, sino que busca salvar vacíos normativos aunque sean temporales. En este supuesto, ante el abandono de las negociaciones del nuevo Convenio Colectivo, que resulta de los inalterados hechos probados de la sentencia de instancia y, que no se debe a maniobras torticeras para evitar el acuerdo —sobre las que ningún indicio de prueba existe—, deviene aplicable el Convenio de ámbito general, con la pérdida de eficacia del contenido normativo del Convenio de Empresa desde la entrada en vigor de aquél». *Vid.*, en el mismo sentido: STS de 17 de mayo de 2004 (JUR 2004/4969), F.D. Primero.

cumplido los requisitos procedimentales y de legitimación, incluido el apoderamiento expreso, aunque exista coincidencia de los sujetos firmantes, los mismos que en su momento firmaron el convenio franja del que no se discute en ningún momento su naturaleza estatutaria. De no poder ser calificados dichos pactos como una manifestación de la negociación estatutaria, de inmediato nos encontraríamos ante una aplicación restringida a los pilotos afiliados al sindicato firmante y no a los restantes, salvo adhesión anterior o posterior.

Del caso, sin embargo, se desprende la solución contraria: los incrementos retributivos con origen en tales pactos puntuales se han aplicado sucesivamente a todos los pilotos de la empresa incluidos en el ámbito del originario convenio franja, pero no a los de contratación posterior. Esta circunstancia plantea interrogantes de interés³⁴, que no se tratan en los sucesivos litigios y que a mi juicio son irrelevantes para resolver la cuestión central, la de si ha existido o no violación del derecho fundamental de libertad sindical, que no depende de si en las contrataciones individuales se han mejorado o empeorado las condiciones laborales de que disfrutaban los distintos pilotos de la compañía, como ya señalé con anterioridad. Dado que el incumplimiento de convenio no afecta, por sí mismo, al campo de tutela que despliega la libertad sindical³⁵.

³⁴ En especial, el recurrente debate de nuestra doctrina sobre la naturaleza jurídica de los productos de la negociación extraestatutaria. Las propuestas siguen siendo antagónicas en lo que se refiere a la atribución de naturaleza puramente obligacional o reconocerles una fuerza vinculante que emana directamente del Texto Constitucional (art. 37.1 CE). El conflicto entre autonomía individual y autonomía colectiva vendrá decisivamente marcado por dicha opción. *Vid.*, recientemente, VALDÉS DAL-RE, «La eficacia jurídica del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico-sistemática y comparada». I y II. *RL*, 2004, núms. 21 y 22, págs. 3 y ss. y págs. 1 y ss.

³⁵ En este aspecto el TC se pronunció con bastante claridad en la STC 184/1991, de 30 de septiembre. Consideró que el derecho a la negociación, a los efectos de la protección constitucional, ha de ponerse necesariamente en conexión con la legitimación para negociar reconocida legalmente al sindicato y, por ello, referirse fundamentalmente a la contratación colectiva de condiciones de trabajo. La tutela sindical de la negociación se ciñe a los límites de su vertiente inicial o negociadora; o sea, al derecho a participar en la negociación en cuanto manifestación de aquel derecho a la actividad sindical. No obstante, al señalar dicha sentencia que dicha protección se refiere fundamentalmente a la negociación de las condiciones de trabajo, dejó en el aire la posibilidad de que la tutela no quedara limitada a tal actividad negociadora. De hecho el propio Tribunal ha extendido el ámbito de protección de ese derecho fundamental a supuestos que trascendían la actividad negociadora en sentido estricto. Ha considerado integrante, como atentado al derecho de libertad sindical, el desconocimiento frontal y abierto por parte de la empresa de lo dispuesto en un Convenio Colectivo en cuanto ello suponga la desvirtuación total o completa del resultado de aquella negociación. Y esto se pondrá de manifiesto cuando por medio de ofertas de pacto individual la empresa intente dejar sin efecto las previsiones de un Convenio Colectivo estatutario —Sentencias 105/1992, de 1 julio o 208/



A juicio del TS, nada hay que objetar al hecho de que a los pilotos contratados por la empresa en el momento de la firma del convenio franja se les siga aplicando esta regulación convencional y las sucesivas revisiones salariales, aunque desde el momento de denuncia del convenio haya pasado un largo período de tiempo, desde finales de 1995. Que esto suceda tampoco lo impide la regulación subsidiaria de la prórroga legal del convenio (art. 86 ET), y ello viene a ser corroborado por la actuación negociadora de las partes durante este período de ausencia convencional al proceder, primero, a negociaciones y acuerdos parciales circunscritos al aspecto retributivo; y, segundo, al seguir siéndole aplicable a los pilotos incorporados a la empresa en el momento de la firma de aquel convenio esta regulación convencional.

Durante este período no se ha producido una sustitución de la unidad negocial, de manera que no ha habido convenio de distinto ámbito que incida en la regulación colectiva de los citados pilotos, cosa que hubiera podido suceder sin impedimento legal para ello. A todos los efectos, pues, nos encontramos ante un convenio que prorroga su vigencia en lo que a contenido normativo se refiere y con sucesivas revisiones parciales del mismo.

Ahora bien, esta tesis, que cuenta con un importante apoyo jurisprudencial, no es la que ha decidido aplicar el TS a los pilotos incorporados a la empresa con posterioridad a la pérdida de vigencia del convenio franja. El período de inactividad convencional, la imposibilidad de las partes de llegar a un nuevo convenio pese a los intentos de negociación que se producen durante este período, y que además todos los indicios indican que se presenta como renovación del anterior convenio franja, se interpreta por el TS como un vacío de convenio. En estas circunstancias la actuación empresarial de proceder a la contratación individualizada de los pilotos de nuevo ingreso, con condiciones de trabajo y salariales diferentes a los pilotos

1993, de 28 junio, de dicho Tribunal—. Por lo tanto ha llevado la protección constitucional más allá de la mera actividad negociadora trasladándola a la propia fase de aplicación de lo convenido, pero sólo en supuestos en los que en la ejecución de lo acordado se ha demostrado una manifiesta actitud empresarial dirigida a dejar sin contenido los acuerdos alcanzados en la previa negociación.

Por su parte el TS ha mantenido, de forma clara y reiterada, en los supuestos en que ha tenido ocasión de pronunciarse en esta concreta materia, que no afecta al derecho a la libertad sindical el hecho de que la empresa no cumpla lo pactado en un convenio. Esta cuestión extralimita aquel derecho y pasa a integrar otro derecho distinto, el derecho infraconstitucional a que los pactos sean respetados por quienes los suscriben, con el correspondiente derecho a ejercitar las acciones legales oportunas en caso de incumplimiento. Tal criterio puede apreciarse en sentencias como las de 11 marzo 1994 (RJ 5346), 14 julio 1995 (RJ 6254), 26 julio 1995 (RJ 6342) o 26 abril 1996 (RJ 3615), en las que se han contemplado incumplimientos de convenio derivados de una diferente interpretación de lo que en el mismo se decía. STS de 26 de junio de 1996 (RJ 5536), F.D. Quinto.

acogidos al convenio franja, se entiende plenamente ajustada a derecho³⁶. No viola la libertad sindical del sujeto reclamante ya que no se produce un atentado ilícito a su derecho a la negociación colectiva. La existencia de un convenio previo y las tomas de contacto entre los sujetos negociadores para una nueva negociación franja, son los argumentos que llevan al TS a decidir que no existe comportamiento antisindical de la empresa en el sentido de obstaculizar la negociación colectiva. En los términos del TS, no se puede imputar a la empresa «uso ilegal o torticero de esta contratación (individual) para eludir la negociación colectiva».

En situación incierta quedan los sucesivos pactos de actualización retributiva que firman la patronal y la misma sección sindical del SEPLA. Ninguna de las sentencias recaídas en este litigio se refieren a ellos. Independientemente de su naturaleza, cuestión no debatida, no hay argumento alguno en estos fallos que pueda llevar a justificar su aplicación generalizada a los antiguos pilotos y la inaplicación a este colectivo si su contratación es posterior a la pérdida de vigencia del convenio franja.

Es mayoritaria la jurisprudencia que incluye la negociación extraestatutaria, si éste fuera el caso, entre los productos protegidos por el art. 37.1 CE y, por consiguiente, aunque casi pacíficamente se le reconozca naturaleza obligacional, sus efectos se identifican con los propios de la naturaleza normativa para imponerse a la regulación contractual, con la única excepción de negarles eficacia *erga omnes*. En el caso de autos ni siquiera parece ponerse en discusión esta eficacia general, puesto que se aplica a todos los pilotos contratados con anterioridad y durante la vigencia del convenio franja.

Entiendo que el comportamiento antisindical concurriría en cualquier caso en el supuesto descrito de contratación individual con condiciones retributivas distintas e inferiores a las vigentes con carácter colectivo en la empresa. La razón, a mi juicio, es que la modalidad de negociación no incide en la configuración constitucional de este derecho. La contratación individual masiva estaría igualmente injustificada por vaciar de contenido el genérico derecho o libertad de negociación, que es lo que integra el contenido esencial del art. 37.1 CE. Sin que encuentre otro instituto jurídico-laboral que permita inaplicar los pactos sobre retribución para un sector del colectivo de pilotos,

³⁶ El resultado es la diversificación de tratamiento salarial para los pilotos. Son varios los instrumentos que propician las dobles escalas salariales (convenio, contrato o decisión unilateral del empresario) y diversa la actuación del principio de igualdad y no discriminación como límite, en función del instrumento de diversificación utilizado; pero, en todo caso, la jurisprudencia del TC mantiene el criterio de tolerancia de la autonomía individual siempre que se respeten los mínimos legales y convencionales. MOLERO MARAÑÓN, «La admisión condicionada de los pactos de doble escala salarial». *RL*, 2004, núm. 24, págs. 8 y 18 y ss.



o para los afiliados o representados por la sección sindical del SEPLA si de negociación extraestatutaria hablamos. Los convenios o pactos devienen aplicables a unos u otros trabajadores según su naturaleza y con independencia del momento de incorporación de los trabajadores a la empresa. Salvo que nos hallemos ante exclusiones del ámbito subjetivo que pudieran ser admisibles (por ejemplo, en relación con los pilotos contratados temporalmente). Circunstancia que no se da en este caso, puesto que el criterio utilizado para la aplicación es el momento de la contratación.

3. LA CONTRACCIÓN INDIVIDUAL EN MASA: ¿SUPUESTOS DE ADMINISTRABILIDAD?

Cuando nos referimos a la posibilidad de fijación individual de condiciones de trabajo hemos de superar la tendencia a una resolución fácil de la cuestión, basándonos en ese axioma histórico del Derecho del Trabajo que permite la actuación reguladora de los contratantes sólo, y siempre, en el supuesto de que con ello el trabajador obtenga una mejor condición que la propuesta por la fuente normativa de referencia³⁷. Este postulado básico que ha guiado el criterio de ordenación de las fuentes de nuestra disciplina, marcado los márgenes de la regulación contractual y que ha permitido un engranaje armónico de los distintos principios laborales reconocidos como específicos: principio de norma mínima, condición más beneficiosa o principio de irrenunciabilidad de derechos, hace tiempo que dejó de entenderse como parámetro exclusivo de determinación de las fronteras de la autonomía individual en la relación de trabajo³⁸.

En el momento presente, por el contrario, podemos concluir, con una base consensual amplia, que la autonomía individual en la fijación de condiciones de trabajo ha adquirido más protagonismo³⁹. Y, además, ese protagonismo en ascenso no es producto de una única tendencia. Se ha propuesto básicamente como factor de flexibilización de la regulación convencional, pero también, en menos casos, como instrumento de resis-

³⁷ El conocido principio de norma mínima debería permitirnos interpretar el espacio que debe quedar garantizado y reservado en todo caso para la actuación de la autonomía individual de los contratantes. Al contrato siempre, según este principio específico de nuestro sistema de fuentes que vendría a corregir la aplicación estricta del de jerarquía normativa, debería reconocérsele la posibilidad de mejorar lo establecido en convenio y posibilitaría la resistencia de lo negociado individualmente frente a los avatares de la negociación colectiva y las sucesiones convencionales.

³⁸ Sobre el nuevo panorama: ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del Trabajo*. Editorial CES. Madrid, 2000.

³⁹ OJEDA AVILÉS, «Autonomía colectiva y autonomía individual». RL, 1990 T II, pág. 312.

tencia⁴⁰, algunos han querido presentarla como emancipación, de la posición individual del trabajador frente a una negociación colectiva concesiva o cada día más proclive a la gestión del interés empresarial⁴¹.

Y, por otra parte, tampoco se puede seguir manteniendo la indemnidad de la autonomía contractual como instrumento de mejora individual de las condiciones de trabajo. No existe en la Constitución reserva alguna de regulación a favor de la autonomía individual. No se ha descrito todavía, si es que puede hacerse, en sede doctrinal o jurisprudencial, un límite general que en todas las ocasiones permita descifrar cuándo la negociación colectiva vacía de contenido la autonomía individual, que es lo único prohibido para el TC⁴². No se ha encontrado sustituto al principio general garantista de intervención de la autonomía contractual como instrumento de mejora de las condiciones laborales.

Es más, la interpretación legal que se ha hecho de la fuerza vinculante del convenio, en el sentido de atribuirle naturaleza normativa, hace encajar perfectamente (imposibilitando una solución contraria) la opción estatutaria de incluir el convenio entre las fuentes del Derecho. Por consiguiente, el convenio es ley para el contrato, independientemente de la regulación de mínimos, de máximos o de derecho absoluto que se establezca en el mismo⁴³. La autonomía individual no tiene más márgenes de actuación como fuente de regulación que los que le quiera reconocer el convenio⁴⁴. El Estatuto refuerza esta solución con lo dispuesto en el art. 3.1 c) y 3.5. Esta imposición, tan clara, ha sido notablemente flexibilizada al hilo de la tendencia a la

⁴⁰ Vid. ampliamente: RUIZ CASTILLO, «El pacto individual y las fuentes del derecho del Trabajo», en CRUZ VILLALÓN (coor), *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*. Editorial CES. Madrid, 1995, págs. 327 y ss.

⁴¹ Consúltese la propuesta de DEL REY GUANTER, basada en una visión «postindustrialista» de la negociación colectiva, apegada al ámbito empresarial, de gestión, en la que aparece debilitada la concepción clásica sobre el valor normativo del convenio. («Transformación del sistema de negociación colectiva y “refundación” de la teoría jurídica de los convenios colectivos», en ALARCÓN CARACUEL y DEL REY GUANTER, *La reforma de la negociación colectiva*. Editorial M. Pons. Madrid, 1995, págs. 11 y ss.).

⁴² FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Condición más beneficiosa: absorción y compensación», en FERNÁNDEZ LÓPEZ (coor), *IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Editorial Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 1992, págs. 90-91.

⁴³ Por todas, STS de 28 de abril de 1994 (Ar 3465).

Por lo demás, han sido numerosas las críticas que se vertieron sobre la STC 105/1992, de 1 de julio, por lo que se interpretó como una fuerte rigidificación del convenio frente a la autonomía individual. CASAS BAAMONDE, «El convenio colectivo desde su configuración constitucional». Curso, *El papel del convenio colectivo en la regulación de las nuevas relaciones laborales*. Córdoba, 20 y 21 de septiembre de 2001.

⁴⁴ Vid. ampliamente: RUIZ CASTILLO, «El pacto individual y las fuentes del derecho...», cit., págs. 318 y ss.



individualización del Derecho del Trabajo, antes referida, entendida como poder de disposición del contrato peyorativo del convenio. Proceso éste que no se traduce únicamente en el protagonismo del contrato frente a la autonomía colectiva, sino de la autonomía individual del empresario frente al contrato ⁴⁵ y el convenio ⁴⁶.

Ante este nuevo panorama de incertidumbre fáctica (porque no ha variado el dato legal) del instituto contractual, la jurisprudencia juega un papel decisivo a la hora de arbitrar el conflicto permanente entre autonomía individual y colectiva. Para fijar las relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva, en la actualidad, es preciso circunscribirse al supuesto concreto y a una jurisprudencia que podrá decidir en base a unas tendencias, cuando menos, inciertas. Más allá de haberse asumido generalizadamente que la autonomía de los contratantes gana un espacio siempre negado, el de la posibilidad de diversificar condiciones de trabajo frente al convenio o en ausencia del mismo, lo que hay que decidir para cada caso es si esa intervención contractual entra o no en conflicto con la libertad sindical y su contenido esencial de derecho a la negociación colectiva.

Así se resume lo que habrá de decidir el TS en el caso que aquí comentamos. Si es lícito que el empresario acuda al contrato individual, en masa, como instrumento de regulación de condiciones de trabajo. Y para decidir sobre esta cuestión ni siquiera es preciso tomar en consideración, a mi juicio, la existencia o inexistencia de convenio, la vulneración o no de éste y de sus renegociaciones parciales o acuerdos de empresa.

Si nos atenemos a la jurisprudencia constitucional, como regla general, el contrato no es instrumento hábil para la estipulación de condiciones de trabajo distintas o peyorativas de las establecidas en convenio ⁴⁷. En la STC

⁴⁵ Vid. RUIZ CASTILLO, «El pacto individual...», cit., págs. 329 y ss.

⁴⁶ Con independencia del fallo que no es favorable a la empresa, expresamente en este sentido la argumentación de la STC 107/2000, de 5 de mayo. F.D. 4 y 7. El TC, tras reconocer las facultades directivas unilaterales del empresario, consustanciales a la libertad de empresa del art. 38 CE, y su incidencia en la función negociadora del sindicato, concluye que la actuación unilateral del empresario «no puede vaciar sustancialmente de contenido la libertad sindical». (F.D. 7). En el supuesto que sirve de base, una mejora retributiva unilateral del empresario, sustituye la negociación del régimen salarial e inaplica los procedimientos de revisión del convenio legalmente prorrogado.

Más clara aún la STC 121/2001, de 4 de junio, sobre la competencia individual del empresario para formular un plan de viabilidad como propietario del capital social, aunque las repercusiones sean estrictamente laborales y desplieguen sus efectos sobre los contratos individuales. Vid. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Libertad sindical y negociación de plan de viabilidad empresarial». *T.L.*, 2001, núm. 62, págs. 201 y ss.

⁴⁷ SSTC 118/1983, de 13 de diciembre, 92/1992, 74/1996, de 30 de abril; STS de 18 de abril de 1994 (Ar. 3254). Línea que se vio alterada por la flexibilización que introdujo la STC 208/1993, de 28 de junio.

225/2001, de 26 de noviembre, existe pronunciamiento expreso sobre la inviabilidad de la «autonomía individual en masa (porque) desconoce su fuerza vinculante (la del convenio) garantizada por la Constitución»⁴⁸.

El TS, por el contrario, se muestra más proclive a aceptar el ofrecimiento y negociación de condiciones de trabajo distintas, y en masa, a los trabajadores, añadiendo el argumento del poder de dirección empresarial⁴⁹. En sentencias posteriores el TS considera que sólo son indisponibles para el contrato los derechos que se hayan reconocido como tales en la norma convencional o, en todo caso, el convenio es derecho necesario para el contrato cuando así venga establecido en el mismo o cuando la disposición convencional desarrolle mínimos de derecho necesario configurados en la norma legal⁵⁰.

4. LA SINGULARIDAD ARGUMENTAL DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia del TC en lo que concierne a las relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva, como no podía ser de otro modo, está imbuida de ese relativismo legislativo que ha terminado por

⁴⁸ Según el supuesto de hecho la empresa elabora un sistema de gestión global de mandos intermedios que modifica de hecho condiciones de trabajo fundamentales para este colectivo de trabajadores, declarando irrelevante, para resolver el atentado a la libertad sindical, la aceptación de los trabajadores.

⁴⁹ STS de 21 de junio de 1994 (Ar. 6315). Sentencia en la que expresamente se consideran las matizaciones posteriores introducidas en la doctrina aportada por la STC 105/1992, de 1 de julio, básicamente en la STC 208/1993, de 28 de junio.

El Tribunal Supremo también acepta la posibilidad de que la empresa introduzca un complemento salarial nuevo y distinto a los establecidos en el convenio colectivo. STS de 30 de abril de 1994 (Ar. 3475).

⁵⁰ En unificación de doctrina, la STS de 28 de octubre de 1999, RJ 9105, F.D. Segundo: «...la prohibición de renuncia se circunscribe a los derechos reconocidos como indisponibles. La cuestión, pues, queda trasladada a la determinación de cuáles sean los derechos que gozan de esta condición. Esta Sala al tratar de esta cuestión en la Sentencia de 27 de abril de 1999 (RJ 4538) en un supuesto semejante al hoy enjuiciado, analizó las diversas corrientes doctrinales y concluyó: son indisponibles los derechos derivados del Convenio Colectivo a los que éste confiere tal calificación, siempre que el establecimiento de esta restricción a la autonomía de la voluntad individual, pueda incluirse en el ámbito de competencias de las comisiones negociadoras. Pero también han de ostentar tal consideración aquellos mandatos convencionales que supongan desarrollo de normas de derecho necesario, o de carácter mínimo. Los mandatos convencionales de desarrollo de tales preceptos mínimos adquieren el mismo rango de indisponibilidad que tiene la norma desarrollada... Si la disposición se realiza por un acto de renuncia, es opinión doctrinal mayoritaria que tales actos serán nulos. Pero en los supuestos



afectar a instituciones básicas de nuestra disciplina. Me refiero en concreto a la definición del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva como límite infranqueable para la determinación individual de condiciones de trabajo. Bien es verdad, que no todas las aristas del espinoso tema de las interferencias mutuas entre autonomía individual y colectiva presenta relieve constitucional, pero es igualmente cierto que la autonomía de los contratantes y la negociación colectiva como manifestación del fundamental derecho de libertad sindical, tienen un núcleo esencial que debe ser preservado por imperativo del propio Texto Constitucional. Así lo ha reconocido el TC y desde luego su inevitable tarea es la definir esas esferas respectivas de intangibilidad. Nuestro TC lo ha considerado una tarea imposible, no cabe la reconstrucción teórica general sino la solución al hilo del caso concreto⁵¹. Por consiguiente, con esta limitación de partida, los principios generales de ordenación de las respectivas fuentes de regulación de la relación laboral deben ser extraídos de los distintos pronunciamientos para casos concretos del TC que no siempre parecen mostrar la misma tesis fundamental y, lógicamente, una doctrina así ha propiciado una utilización «multiusos» por la jurisprudencia ordinaria que desemboca en soluciones verdaderamente contradictorias.

Un breve repaso, y circunscrito a los aspectos que interesan de la sentencia del TS que comentamos, a lo que podríamos considerar como principios generales deducibles de la jurisprudencia particularizada del TC, nos muestra los siguientes postulados⁵².

No es lícito, desde el punto de vista constitucional, que la negociación colectiva absorba, anule o desconozca completamente un margen de actuación de los contratantes en el ámbito del Derecho del Trabajo⁵³. La verdad es que así, genéricamente formulado, es un principio inoperante, no añade ni quita, respecto al entendimiento tradicional del contrato de trabajo como contrato normado y la función de la autonomía de los contratantes en

de actos de disposición condicionada, el juicio de favorabilidad es variable en función de factores individuales en cuya valoración ha de prevalecer la autonomía individual frente a colectiva». En el mismo sentido: SSTS de 27 de abril de 1999 (RJ 4538); de 6 de febrero de 2000 (RJ 1606).

⁵¹ En la STC 58/1985, de 30 de abril, ya se anuncia que el margen que la autonomía colectiva deba conceder a la autonomía individual, y el necesario respeto a la eficacia inmediata del convenio sobre las relaciones individuales de trabajo, no es un tema que pueda resolverse con carácter general, sino caso por caso.

⁵² Un resumen de la jurisprudencia constitucional en NICOLÁS FRANCO, «Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y Libertad sindical». AS, 2003, II, págs. 2888 y ss.

⁵³ STC 58/1985, de 30 de abril.

su papel de mejora de lo establecido en la ley y el convenio⁵⁴. Desde esta perspectiva tradicional, la virtualidad de la autonomía bilateral debiera ser la de establecer límites a la intervención peyorativa de esa fuente del Derecho y para impedir la decisión unilateral del empresario como mecanismo de fijación o modificación de las condiciones de trabajo. En ninguno de los aspectos señalados ha prosperado la garantía constitucional de autorregulación de los contratantes, como garantía de libertad personal, por utilizar los términos del propio TC⁵⁵. Es más, la esfera de intangibilidad que debe ser preservada para la libre decisión de los contratantes no impide la actuación limitativa o peyorativa de la fuente convencional⁵⁶. El rango superior del convenio como fuente del derecho con respecto al contrato garantiza esta limitación. Y en el supuesto de hecho que nos plantea la sentencia del TS ha sucedido justo lo contrario: la autonomía individual peyorativa se impone a la regulación convencional vigente en la empresa, si entendemos, como se deduce del relato de hechos, que existe convenio en período de ultraactividad y pactos colectivos que actualizan la retribución de los pilotos.

Un segundo criterio a tomar en consideración, se refiere al margen de la autonomía individual ante la inexistencia de regulación convencional. En este punto, la jurisprudencia constitucional se debate entre la libre actuación de la regulación contractual como plenamente aceptable, aunque limitada⁵⁷ y la posible afectación, en el sentido de restricción, del derecho a la negociación colectiva, bien porque se entienda como un impedimento para la negociación colectiva futura, bien porque la regulación contractual afecte a condiciones fundamentales de la relación laboral que quedan reservados a la autonomía colectiva⁵⁸. En definitiva, porque el ejercicio de la autonomía

⁵⁴ Así pareció fijarse en la jurisprudencia constitucional desde la STC 34/1984, de 9 de marzo.

⁵⁵ STC 58/1985, de 30 de abril.

⁵⁶ Ejemplar la STS de 7 de diciembre de 1999 (RJ 9691).

⁵⁷ STC 208/1993, de 28 de junio: «no se produjo modificación, alteración o desconocimiento de lo pactado en el convenio colectivo aplicable sin acudir a las posibles vías de modificación o denuncia del mismo (las medidas propuestas por la empresa y aceptadas a través de pactos individuales por los trabajadores operaban en un espacio no regulado ni por la ley ni por el convenio colectivo y no eran contrarias a éste), sin que tampoco las medidas tuvieran importantes trascendencia colectiva, al afectar a pocos trabajadores (220 trabajadores de un total de 50.000), en un tema no central de las condiciones de trabajo». En el resumen de la argumentación que hace GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «La apertura del comercio los sábados...», cit., pág. 1535. Aunque ha dado cabida a otras interpretaciones jurisprudenciales más amplias y flexibles.

⁵⁸ STC 105/1992, de 1 de julio, que ya tenía un precedente en la STC 58/1985, de 30 de abril. El TC admite la efectividad de la autonomía individual siempre que no atente al principio general de que la negociación equilibrada de condiciones de trabajo se efectúa a través de la

individual (bilateral o del empresario) pueda afectar al sistema de negociación colectiva; «por excluir la posibilidad de actuación de la negociación colectiva a través del correspondiente convenio»⁵⁹.

Como se afirmó con anterioridad, en uno y otro caso, la casuística permite relativizar tremendamente la solución del caso concreto. Existen, por lo demás, algunos temas conexos que inciden en esa diversificación. Entre otros, el ámbito que despliega la autonomía contractual respecto de las relaciones excluidas de convenio, aspecto que podría estar presente en el caso que comentamos si es que se hubiera admitido la inaplicación del convenio sólo para los pilotos contratados temporalmente⁶⁰.

autonomía colectiva, plasmada constitucionalmente y reconocida legalmente en el Título III ET. *Vid.* otras sentencias citadas en 48.

Esta doctrina sería inmediatamente matizada en la STC 208/1993, de 28 de junio, (ratificada en la STC 76/1994, de 30 de abril), al admitirse que cabe la fijación o regulación individual de condiciones de trabajo en el caso de ausencia de negociación (aunque se trate de materias susceptibles de ser abordadas por ésta, y de las posibles soluciones distintas a que pudiera llegarse si en el futuro las materias objeto de regulación individual lo fueran vía convenio) y aspectos de contenido concreto, singular o particular, o que gocen de las notas de accesoria y complementariedad con respecto a lo pactado colectivamente con carácter general, que no supongan vulneración o alteración de lo previsto en el convenio colectivo aplicable. Viniendo a ratificarse la legitimación originaria y compartida (con la negociación colectiva) de la autonomía individual para la regulación de casi todas las materias. Éste es el sentido del pronunciamiento del que se hizo eco inmediato la jurisprudencia ordinaria. *Vid.* notas 50 y 51.

En los últimos tiempos podemos apreciar un cierto giro en la doctrina del TC. Ya me he referido a la STC 225/2001, de 26 de noviembre. Más clara aún, en atención al sentido del fallo, la STC 107/2000, de 5 de mayo, que descarta la intervención de la decisión individual del empresario en ausencia de convenio.

⁵⁹ STC 107/2000, de 5 de mayo.

⁶⁰ Que es uno de los argumentos utilizados en la SAN de 7 de octubre de 2003, contra la que se plantea este recurso. *Vid.* nota 16.

Chocamos de frente con el espinoso tema de las exclusiones de convenio, las prácticas tendentes a limitar la eficacia personal del convenio. En este caso, la jurisprudencia tampoco da una respuesta unánime, probablemente como consecuencia de la elección del principio de igualdad y no discriminación para revisar la validez de dichas exclusiones, cuando a mi juicio es la naturaleza de la disposición la que debiera presidir la decisión sobre el ámbito personal. *Vid.* ESCRIBANO GUTIÉRREZ, «Autonomía individual y colectiva...», cit., págs. 207 y ss; GARCÍA MURCIA, «Diferenciación de trato, igualdad de oportunidades y negociación colectiva», en AA.VV., *La nueva función de la negociación colectiva y los acuerdos interconfederales sobre empleo. X Jornadas de estudio sobre negociación colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Editorial MTSS. Madrid, 1997, págs. 40 y ss.

En la línea más radical, la STS de 26 de diciembre de 2002 (AL, 2003, núm. 23, págs. 1993-1994), se afirma sin más que es legítima la exclusión de convenio para los contratos temporales porque viene amparada por una cláusula convencional, que permite la excepción de su ámbito de cobertura del «personal cuya relación se haya formalizado o formalice expresamente fuera de convenio», «sin condicionamiento expreso alguno». En realidad, ni siquiera el pacto

Otro de los temas que se nos presenta como íntimamente vinculado a la licitud de la regulación contractual es el de la esfera de competencias que despliega el poder empresarial para la fijación de condiciones de trabajo ante la ausencia de convenio. Si el propio TC reconoce que la decisión empresarial es suficiente para fijar el contenido de las condiciones de trabajo cuando no existe convenio⁶¹, la regulación formalmente contractual será instrumento más que suficiente para cubrir esos vacíos de cobertura. Bien es verdad que el TC no ha llegado tan lejos como el TS en este asunto. En la doctrina del TC esa posibilidad no aparece como un principio general, sino justo lo contrario, como una excepción al principio general, el de la subordinación de la autonomía individual a la colectiva en lo relativo a la fijación de condiciones de trabajo. El TC ha admitido, ya me he referido a ello, la regulación individual en situaciones de vacío convencional para materias no fundamentales, de inalterabilidad del convenio vigente o en materias que el Tribunal considera manifestación de un intocable poder organizativo del empresario como propietario de su empresa, que es para mí la decisión más discutible.

Lo inaceptable del planteamiento del TS en este fallo es su elevación a principio general. Produce un marcado debilitamiento del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, y con ello del de libertad sindical, frente a la esfera de actuación individual del empresario. De manera que la negociación colectiva se presenta sólo como una alternativa posible a la regulación de condiciones de trabajo, pero no obligatoria. Es decir, el derecho de libertad sindical, en su vertiente negociadora, desplegaría efectos de respeto a su contenido esencial frente a los poderes públicos, como garantía

convencional es el que propicia la exclusión, porque lo que se establece es una remisión directa a la voluntad de la entidad contratante para que decida en las distintas contrataciones si estarán o no amparadas por el convenio.

La jurisprudencia constitucional sobre el art. 14 CE se va haciendo más restrictiva. En los últimos tiempos el TC nos recuerda, en relación con una subida salarial acordada unilateralmente por el empresario con criterios de discriminación objetivo, que ya desde la STC 34/1984, de 9 de marzo (Fund. Jur. 2), es «incontestable que el art. 14 CE no impone una solución igual para supuestos no idénticos, amén de que es doctrina de este Tribunal que en materia de relaciones laborales no es exigible <una igualdad de trato en el sentido absoluto> al existir margen, siquiera sea limitado, para el juego de la autonomía de la voluntad e incluso para la determinación unilateral del empresario (STC 45/1984, de 9 de marzo, 105/1992, de 1 de julio y 208/1993, de 28 de junio)». STC 107/2000, de 5 de mayo, Fund. Jur. 4. En la misma línea, SSTC 80/2000, de 27 de marzo, Fund. Jur. 3; 250/2000, de 30 de octubre.

⁶¹ El Tribunal Constitucional alude a ello en la Sentencia 208/1993, de 28 de junio, cuando afirma que el vacío convencional que pudiera ser cubierto en el futuro por la autonomía colectiva no constituye un impedimento presente para la regulación individual o «las decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión».



de no interferencia, pero no así frente al poder regulador del empresario, que sólo se verá limitado en la medida en que de hecho exista convenio aplicable. En esta interpretación encaja el fallo del TS para el supuesto que debatimos: de no existir convenio, la ley y el contrato son los instrumentos de regulación de la relación laboral de los pilotos.

Pero aún manteniéndonos en los márgenes de esta incorrecta interpretación, dos incongruencias saltan a la vista en la STS. Primera, no todos los pilotos quedan sometidos a las mismas pautas de regulación, de manera que a unos se les aplica el convenio y los pactos de actualización retributiva, y si es así no puede ser sino porque el TS entiende que el convenio denunciado sigue siendo aplicable por la regulación legal subsidiaria de la ultraactividad; y, segunda, si existe regulación convencional aplicable, podría discutirse su aplicación para los pilotos contratados temporalmente, si es que el convenio la excluía —lo que puede considerarse una discriminación inaceptable⁶²—, pero no para el resto de los pilotos, con independencia del momento en que fueron contratados, antes o después de la denuncia del convenio. Existe pues convenio aplicable, contratación individual en masa y peyorativa, o en todo caso distinta, respecto del convenio de referencia. El TS ha debido dar un paso más para llegar a la conclusión de que no existe comportamiento antisindical: el largo período de inactividad negociadora. Y que sepamos, es éste un argumento en extremo novedoso para resolver las relaciones de compatibilidad entre autonomía colectiva y autonomía individual. Que la prueba en contrario del comportamiento antisindical la identifique el TS con la existencia de un convenio franja anterior y con los pactos de actualización de retribuciones o con los contactos fracasados para el inicio de nueva negociación de este tipo, resulta aún más singular. Y la creo incorrecta en la medida en que se identifica el derecho concreto a la negociación, en términos de acreditación de legitimación para la negociación de un convenio estatutario, con el más amplio contenido esencial del derecho de libertad sindical en su vertiente negocial, que, como de sobra sabemos, abarca una realidad tutelable más amplia que el desarrollo legislativo del singular convenio estatutario. No mide tampoco el TS que el alcance de esa vulneración de la libertad sindical no exige que sea un atentado presente sino de futuro y potencial al sistema de negociación colectiva⁶³.

Ignora el TS que, según la jurisprudencia constitucional, la intencionalidad empresarial, decisiva para no apreciar antisindicalidad en este su-

⁶² Resulta interesante la consulta de la reciente STC 104/2004, de 28 de junio, que limita la posibilidad de que convencionalmente se establezcan diferencias de trato respecto a un plan de pensiones en atención exclusivamente a la naturaleza del vínculo contractual en un momento concreto.

⁶³ En los términos planteados por el TC en la STC 107/2000, de 5 de mayo.



puesto⁶⁴, es irrelevante a la hora de apreciar la concurrencia de comportamiento antisindical, que puede consistir en una simple vulneración objetiva⁶⁵.

Según los distintos pronunciamientos del TC que hemos venido comentando, existe margen de actuación para la autonomía unilateral del empresario o bilateral, mediante regulación contractual, tanto en el supuesto de vacío convencional, como en el caso de establecimiento de condiciones distintas de las establecidas en la fuente convencional de referencia. Pero olvida el TS los condicionantes que impone el TC. En el primer caso, esa autonomía individual no puede hacer inviable el sistema de negociación colectiva afectando a la regulación de condiciones de trabajo. En el segundo caso, las estipulaciones no pueden ser contrarias al convenio, ni tampoco ser de tal «trascendencia, importancia y significado» que evidencien un intento de evitar la intervención sindical⁶⁶.

5. CONCLUSIONES

Entre los aspectos más reseñables de la STS de 7 de octubre de 2004 yo destacaría algunos relativos al aspecto fáctico del caso. En primer lugar, que el TS haya descartado la vía abierta por la SAN de 7 de octubre de 2003, en el sentido de dar por cierto que existe convenio y actualizaciones retributivas del mismo de plena aplicación en la empresa para el colectivo de pilotos por tratarse de un convenio franja. En consecuencia, la SAN decide sobre la existencia o no de comportamiento antisindical tomando como parámetros de análisis, por una parte, si ha existido ignorancia total y absoluta del convenio vigente a la hora de proceder a la contratación de nuevos pilotos y, por otra parte, si esta actuación empresarial estaba impidiendo la futura negociación. La AN descarta ambos comportamientos empresariales para resolver en el sentido de que no ha existido comportamiento antisindical. El TS, por su parte, parece que estuviera decidiendo sobre un supuesto distinto. No descarta la existencia de un convenio aplicable en fase de ultraactividad, pero justifica la actuación empresarial en la inactividad negociadora que es un argumento plenamente novedoso para admitir la contratación individual en masa.

En segundo lugar, no puede menos que sorprender el que en este caso, para el TS, la negociación colectiva exista y no exista al mismo tiempo.

⁶⁴ «No se puede imputar, por tanto, a la empresa un uso ilegal o torticero de dicha contratación (individual) para eludir la negociación colectiva». F.D. Octavo.

⁶⁵ STC 225/2001, de 26 de noviembre.

⁶⁶ En sentido positivo, STC 208/1993, de 28 de junio; en sentido negativo, SSTC 107/2000, de 5 de mayo y 221/2001, de 26 de noviembre.



Existe para eximir a la empresa de comportamiento antisindical (se alega el convenio franja denunciado y los conatos de nueva negociación para su sustitución) y no existe para permitir la contratación individual masiva.

Y, por último, ese convenio colectivo franja denunciado y no sustituido por otro del mismo o distinto ámbito, en la STS, parece dormir en el limbo de los justos. El Tribunal no se refiere en ningún momento a la existencia de un vacío convencional. Se reconoce que se sigue aplicando el convenio franja al colectivo de pilotos contratados con anterioridad a su denuncia. La justificación de la contratación individual viene fundamentada única y expresamente en la inactividad negociadora. A partir de aquí, resulta difícil fundamentar la solución del TS.

A mi me parece que, en cualquiera de los supuestos planteados a lo largo de este comentario, que exista o no convenio aplicable, que los pactos de actualización retributiva sean negociación estatutaria o al margen del Estatuto, la respuesta debiera haber sido positiva: existe comportamiento antisindical concretado en una restricción del derecho de libertad sindical del sindicato impugnante. Que creo es la doctrina aplicable al caso resuelto por el TS en la sentencia que comentamos, si damos por cierta la existencia de convenio colectivo aplicable o que el principio general de garantía de la negociación colectiva para la fijación equilibrada de condiciones de trabajo, impediría que los contratos individuales cumplan y sustituyan la función reguladora del convenio colectivo o más ampliamente de la autonomía colectiva.





PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL

Universidad de Córdoba

POSICIÓN DEL EMPRESARIO ANTE LA DENEGACIÓN DE RENOVACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y TRABAJO DEL INMIGRANTE TRABAJADOR

STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2005

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ *

SUPUESTO DE HECHO: El demandante, inmigrante no comunitario, que presta sus servicios para la empresa CONSTRUCCIONES GINSPA, SL. desde el día 4 de marzo de 2002, con la categoría de peón especialista, es despedido el 28 de noviembre de 2003. La empresa comunica al interesado que el motivo del despido es el escrito recibido de la Subdelegación del Gobierno de Girona en el que se pone en conocimiento del empresario la denegación de la solicitud del permiso¹ de trabajo solicitado, lo que, según la empresa, de acuerdo con la actual legislación laboral, hace imposible la continuación de la relación laboral. Se procede, de tal modo, a dar de baja al trabajador y a liquidar el mes en curso así como el finiquito correspondiente. Intentada la conciliación, sin efecto, el afectado reclama contra el despido ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de Girona. La sentencia estima la demanda, declarando el despido improcedente y condenando a la empresa a que opte entre readmitir al trabajador o a proceder al pago de la indemnización que pudiera corresponderle, en ambos casos con abono de salarios de tramitación. Contra esta sentencia, CONSTRUCCIONES GINSPA, SL. interpone recurso de suplicación.

RESUMEN: El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 11 de enero de 2005, desestima el recurso interpuesto por CONSTRUC-

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Se utiliza la terminología vigente en el momento del pronunciamiento del fallo. A partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, el término *permiso* queda sustituido por el de *autorización*.(Disposición Adicional Única).

IONES GINSPA, SL. contra el trabajador extranjero, confirmando la sentencia de instancia. Argumenta el justiciable que el motivo que legitimaría al empresario para despedir no es el que éste ha alegado (denegación de solicitud de permiso de residencia y trabajo), sino la causa del artículo 52 a) ET, esto es, la ineptitud del trabajador sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR
2. ANÁLISIS DE LA STSJ DE CATALUÑA DE 11 DE ENERO DE 2005
 - 2.1. Efectos del despido improcedente del trabajador inmigrante irregular
 - 2.2. ¿Es la pérdida de la autorización administrativa para trabajar *justa causa* para despedir?
3. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

Los numerosos estudios que se han dedicado a analizar cuestiones referentes a la validez y los efectos del contrato de trabajo del extranjero no autorizado administrativamente para trabajar —materia que plantea muchas dudas, en parte aún sin resolver— no han prestado atención, o lo han hecho de soslayo, a la situación de aquél que estando inicialmente legitimado para celebrar un contrato de trabajo, esto es, aquél que se encuentra en una situación administrativa regular en el momento de la contratación, pierde, durante el transcurso de la relación laboral, este *status* por no obtener la renovación de las autorizaciones pertinentes.

En primer lugar, nos preguntamos, si en esta situación, el empresario estaría legitimado para poner fin a la relación laboral entablada. Y en caso de que así fuera, dudamos de cuál sería la justa causa de despido a la que podría aferrarse el empleador. El TSJ de Cataluña, en la sentencia de 11 de enero de 2005, que ahora comentamos, parece tener clara la respuesta al invocar la ineptitud del trabajador, sobrevenida con posterioridad a la celebración del contrato, como causa que va a permitir al empresario despedir objetivamente. La posición del Tribunal a este respecto merece, bajo nuestro punto de vista, un comentario que contenga reflexiones sobre el alcance de esta decisión.

De la misma manera, aunque ha sido una cuestión tratada por algunos, también nos parece oportuno recapacitar sobre la efectiva aplicación al trabajador «sin papeles» de las consecuencias derivadas de un despido improcedente, que es como el juzgador califica la extinción contractual decidida unilateralmente por la empresa CONSTRUCCIONES GINSPA, SL. Si, como ahora veremos, los cambios normativos, y la paralela evolución doctrinal en la interpretación de los mismos, han querido garantizar al trabajador irre-



gular el disfrute de sus derechos laborales y de Seguridad Social en las condiciones más próximas a un trabajador en situación administrativa regular, será congruente con esta filosofía reconocerles el derecho a ser indemnizados o readmitidos en caso de ser víctimas de un despido improcedente.

Recordemos que en el largo camino recorrido desde que, durante la vigencia de la Ley 7/1985, los tribunales mantuvieron que el contrato suscrito sin el permiso de trabajo merecía la calificación de nulidad² hasta nuestros días, en los que la intención de lucha contundente contra la economía sumergida y contra la perpetuación de las relaciones laborales irregulares ya existentes, da lugar al reconocimiento de derechos laborales y sociales a los que, *de hecho* aunque no *de derecho*, son prestatarios de servicios, debemos destacar el papel esencial que ha desempeñado la, ya casi histórica, STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002³.

La sentencia reconoció que la redacción del artículo 36.3 LOE establecía la plena validez contractual del contrato realizado con el trabajador extranjero, de tal forma que el alcance de todos los derechos derivados del contrato de trabajo se mantenía al mismo nivel que para el resto de trabajadores en España. Según el propio tribunal, el espíritu que subyace en el legislador es el de proteger a un trabajador extranjero perjudicado por la continua utilización de contrataciones irregulares que aprovechaban la coyuntura para evadir los deberes inherentes al contrato.

También significativa en la materia que nos ocupa, por ser muy concluyente —en cuanto que da plena validez al contrato del *sin papeles*— es la sentencia de ese mismo tribunal de 30 de mayo de 2002 (núm. 4188/2002), que consideró nulo el despido de una extranjera embarazada sin permiso de trabajo ni residencia que prestaba sus servicios en una empresa del ramo de la hostelería. La declaración de nulidad obligó a la empresa a readmitir a la trabajadora, pese a carecer de los correspondientes permisos, que ya habían sido solicitados, aspecto éste especialmente considerado por el tribunal.

² La conclusión a la que, de modo unánime, llegaron los tribunales no derivaba de la LO vigente, que nada establecía al respecto. Los jueces tomaban como referencia para su interpretación un antiguo antecedente normativo: el artículo 7 del Decreto de extranjería de 1968, que establecía que la validez del contrato quedaba *afectada* si no se concedía previamente el correspondiente permiso. La norma dejó de estar en vigor y fue sustituida por otras en las que nada se decía expresamente acerca de la validez o nulidad del contrato en tales casos; sin embargo, la jurisprudencia siguió aplicando los mismos criterios interpretativos.

³ El supuesto analizado por la sentencia es el de un extranjero que trabaja para una empresa de construcción, sin permiso de trabajo ni residencia y con un contrato que no ha sido formalizado por escrito. Es despedido verbalmente y decide interponer la demanda por despido. El Juzgado de lo social lo califica de improcedente y la empresa recurre en suplicación alegando, con amparo en la doctrina judicial, que el contrato suscrito con un extranjero que carece de permiso de trabajo es nulo.



No conocemos, sin embargo, sentencias *ejemplares* que se hayan pronunciado sobre los derechos del contratado en situación de regularidad que pierde la habilitación administrativa requerida para ejercer la actividad laboral en nuestro país. Quizás resulte trivial afirmar que si el inmigrante irregular mantiene los derechos derivados de un contrato de trabajo que se reputa válido y eficaz, también los mantendrá el que accedió a la condición de trabajador desde la regularidad administrativa, o sea, estando en posesión de las pertinentes autorizaciones para residir y trabajar.

El estudio del supuesto contemplado en la STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2005 nos va a permitir inquirir en aspectos sobre los que la normativa vigente no se pronuncia expresamente.

2. ANÁLISIS DE LA STSJ DE CATALUÑA DE 11 DE ENERO DE 2005

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia que comentamos, hace referencia a la doctrina del TS (STS de 29 de septiembre de 2003) así como a otras sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia en los que se analizan supuestos de trabajadores contratados por empresas sin las autorizaciones administrativas necesarias a los que la empresa decide rescindir el contrato. En todos los casos se reconocen a los trabajadores afectados los derechos derivados de una relación laboral válida. Sin embargo, el tribunal deja constancia de que la doctrina mayoritaria no puede aplicarse al caso enjuiciado porque el supuesto de hecho es sustancialmente diferente, ya que el contrato suscrito entra la empresa y el inmigrante era perfectamente legítimo en el instante en que se formalizó; será después, por circunstancias ajenas a la voluntad empresarial, cuando, ante la denegación de la solicitud de renovación del permiso de residencia y, por ende, del de trabajo, el trabajador deja de cumplir los requisitos que le permiten estar en situación de regularidad administrativa.

Esta circunstancia esencial lleva al Superior de Justicia a declarar improcedente el despido efectuado por la empresa, bajo la argumentación de que el no estar en posesión de la correspondiente autorización para trabajar no es causa tasada de despido y, por lo tanto, no es motivo *per se* de extinción de la relación laboral. Sin embargo, reconoce que el despido del trabajador inmigrante hubiera sido procedente si el empresario hubiese alegado como fundamento la ineptitud del trabajador, o sea, la causa de despido objetivo del apartado a) del artículo 52 del texto estatutario. De la posición del Tribunal nos surgen dudas que serían conveniente analizar en un doble plano.

En primer lugar, y partiendo del hecho de que el despido ha sido declarado improcedente, sería interesante indagar en los efectos que la decisión tiene para el afectado, dadas sus especiales circunstancias.



En segundo lugar, nos preguntamos si la ineptitud conocida o sobrevenida con posterioridad a la colocación en la empresa sería justa causa para poner fin a la relación laboral de los que no obtienen la renovación de las autorizaciones administrativas exigidas desde la normativa de extranjería.

Veamos la problemática que cada una de las cuestiones suscita.

2.1. Efectos del despido improcedente del trabajador inmigrante irregular

Partiendo de que el despido efectuado por la empresa es declarado improcedente por no ajustarse a ninguna de las causas legalmente establecidas, sobre el trabajador afectado deberían recaer los efectos propios de un despido calificado de tal modo, puesto que la relación laboral rota se reputa válida y eficaz; esto es, bien el derecho a ser indemnizado en la cantidad que pudiera corresponderle, atendiendo al tiempo de servicios en la empresa (suma a la que se le añadiría los salarios de tramitación), bien el derecho a ser readmitido, opción que correspondería al trabajador, en caso de ser representante de los trabajadores, o al propio empresario, si no se dan estas últimas circunstancias.

Si bien esta posibilidad de opción se ve reducida en el caso de que el trabajador no ostente ningún cargo representativo, en el supuesto del trabajador inmigrante en situación de irregularidad administrativa sobrevenida, aún si se dan estas circunstancias las probabilidades de ser readmitido son inexistentes. La laguna legal que al respecto existe coloca al empresario en una difícil situación, pues, paradójicamente, a pesar de estar obligado a la readmisión por sentencia judicial, cometería una irregularidad administrativa si readmite al afectado⁴. Esta realidad hace que nos preguntemos si la interpretación que se hace de los contenidos vigentes de la normativa de extranjería está evitando la aplicación de reglas diferenciadas para trabajadores no comunitarios en su entrada al mercado de trabajo o en la salida del mismo o, por el contrario, el silencio legal fomenta indirectamente este tipo de prácticas.

Es cierto que un razonamiento coherente con la tesis de la validez del contrato de aquellos que han carecido *ab initio* de las correspondientes au-

⁴ Los efectos de la calificación del despido han sido objeto de comentarios por parte de la doctrina. *Vid.*, como ejemplo, las argumentaciones de BALLESTER PASTOR, «Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: STSJ 14 y 30 de mayo de 2002», en Base de datos de *Actualidad Laboral*, Referencia XXVI, 2003 y LOUSADA AROCHENA/CABEZA PEREIRO, «Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares» *Aranzadi Social*, 7-8/2004, págs. 48 y ss.

torizaciones administrativas, nos acerca a una posible solución en estos supuestos específicos; solución que, aunque debe aplicarse con precaución, se haría eco del espíritu *integrador* que ha movido al legislador en la última reforma. Esta medida a la que nos referimos estribaría en posibilitar la regularización del extranjero cuando mediase una sentencia judicial que llevase a la readmisión. Por razones éticas no debe ser el trabajador contratado irregularmente el que deba soportar las responsabilidades y consecuencias derivadas del incumplimiento de las normas sobre contratación. Además, la progresiva transformación normativa y, como resultado, la ya aludida evolución de las líneas judiciales y doctrinales, nos ha hecho plantearnos la posibilidad de que estemos asistiendo a la creación de una vía de regularización de inmigrantes indirecta, de hecho, —no prevista por la ley ni por el reglamento—, que encuentra su base en el tenor del artículo 36.3 LOE. No obstante, ante el silencio legal, las dudas sobre el futuro de los trabajadores afectados, sobre la probabilidad de obtener las autorizaciones pertinentes y, por ende, la regularización de su situación, nos han impedido ver con claridad esta vocación de integración o voluntad regularizadora ⁵.

También quizás, atendiendo a esa voluntad integradora a la que nos hemos referido, habría que evitar que el inmigrante que ha visto denegada su solicitud de renovación tuviera que soportar los efectos perversos derivados de un paradójico reconocimiento de derechos laborales y de seguridad social y la paralela obligación de salir del mercado de trabajo, so pena de cometer una conducta infractora.

Sin embargo, hay que hacer una importante salvedad cuando nos referimos a estos casos concretos. No estamos hablando de inmigrantes contratados a pesar de carecer de las autorizaciones exigidas, sino de trabajadores en situación de regularidad administrativa que dejan de reunir los requisitos legalmente exigidos para mantener su derecho a residir y a trabajar en nuestro país ⁶. Y este hecho debe tenerse muy en cuenta pues, si bien habrá que ac-

⁵ De todas formas, conviene huir de los efectos perversos que una interpretación excesivamente amplia del precepto provocarían, y para ello nada mejor que tener presente cuál ha sido el ánimo, la intención última que ha movido la reforma de la normativa de extranjería: articular respuestas permanentes y efectivas al problema de la inmigración irregular. Y ello mediante una doble misión: de prevención, evitando el incremento de irregulares a través de mecanismos diversos y de lucha contra la economía sumergida, tratando de poner fin a la perpetuación de las relaciones laborales irregulares ya existentes, reconociendo derechos laborales y sociales a los que, de hecho aunque no de derecho, son prestatarios de servicios.

⁶ Recordemos que el artículo 35 de nuestra Carta Magna sólo reconoce el derecho al trabajo a los españoles. Es el artículo 10.1 LO 4/2000 el que, de manera explícita, establece que el derecho a ejercer una actividad remunerada se reconoce a los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en ella misma y en las disposiciones que la desarrollen; esto es, el derecho al trabajo sólo se otorga a los extranjeros que reúnan las condiciones de legalidad.

tivar mecanismos que permitan o faciliten la *integración formal o de derecho* de aquél que ya lo está de hecho (del que trabaja sin papeles) habrá que cuidarse muy mucho de dar segundas oportunidades a aquellos que no las supieron aprovechar.

Decimos esto porque atendiendo al tenor literal del nuevo reglamento de extranjería (RD 2393/2004, de 30 de diciembre) las autorizaciones de residencia y trabajo se renovararán en el supuesto de que se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende⁷, o cuando el inmigrante sea beneficiario de una prestación contributiva por desempleo o de una prestación económica asistencial destinada a lograr su inserción social. (Art. 38.3 LO 4/2000).

Desde esta perspectiva, parece que la voluntad del legislador es la de mantener la regularidad de aquél que ya lo ha conseguido. En consecuencia, y bajo este prisma, los efectos negativos derivados de la no conservación de la situación deberían recaer sobre el trabajador inmigrante, por ser el responsable de su estado⁸. Esta afirmación no permite la duda, cuando el trabajador deja caducar la autorización, no cursando la solicitud en plazo⁹, pero la postura no debe ser tan concluyente en los supuestos de denegación. Y decimos esto porque el tratamiento que la normativa de extranjería hace de la denegación de la renovación no está suficientemente concretado ni en su redacción ni en su contenido¹⁰. La denegación de la renovación conlleva un aspecto *sancionador*, de castigo, por lo que hubiera sido deseable una enumeración de los supuestos denegatorios evitando, de este modo, la cierta discrecionalidad de la que ahora adolece el tratamiento de la materia¹¹.

⁷ En estos términos aparece redactado el artículo 54 del RD 2392/2004, de 30 de diciembre, dónde además se hace referencia a circunstancias concretas del trabajador como, por ejemplo, que haya trabajado durante seis meses en el año o incluso sólo durante tres meses. Además se hace especial mención a los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social, que no impedirán la renovación siempre que se acredite la realización habitual de la actividad.

⁸ Para TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *Reforma y contrareforma de la Ley de Extranjería*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002, pág. 274, interpretando *a contrario sensu* el contenido del artículo 36.3 LOE, el contrato de trabajo, en caso de que caduque el permiso que le sirve de base o se deniegue su renovación, adolecería de nulidad sobrevenida, pues de la solicitud de renovación es responsable el trabajador.

⁹ Recordemos que, de acuerdo con el artículo 62 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, el extranjero que desee renovar su autorización de residencia y trabajo por cuenta propia deberá solicitarlo ante el órgano competente para su tramitación, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. También puede hacerlo dentro de los tres meses posteriores al vencimiento, si bien en este caso se puede incoar expediente sancionador por comisión de infracción.

¹⁰ *Vid.*, en este sentido, el comentario de ALONSO BURÓN en la obra de AA.VV. *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*. Ediciones Laborum. Murcia, 2004, págs. 47 y 48.

¹¹ Muestra de ello es la redacción *in fine* del artículo 54.9 del reglamento, al afirmar que en función de las circunstancias de cada supuesto, se valorará la posibilidad de renovar la

El legislador incluye como causa de denegación de las solicitudes de renovación el incumplimiento de alguno de los requisitos previstos en el artículo 54 del reglamento de extranjería, ya citados *ut supra*, que exige, en primer lugar, la continuidad en la relación laboral o, en su defecto, haber trabajado durante un mínimo de tiempo durante un año (6 ó 3 meses) y contar con contrato de trabajo u oferta de empleo en el momento de la solicitud, aspectos que dependen en gran medida de los ofertantes de empleo y no del inmigrante. Asimismo se rechazará la renovación cuando concurren algunos de los supuestos previstos para la denegación de la autorización inicial para residir y trabajar, excepto el referente al análisis de la situación nacional de empleo. De manera que cuando las condiciones fijadas en el contrato de trabajo u oferta de empleo fueran inferiores a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad, cuando el empresario no garantice al trabajador la actividad continuada durante la vigencia de la autorización, o cuando en los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que pretende cubrir por despido improcedente o nulo, no procederá la renovación solicitada. Tampoco tendrá lugar cuando el empresario haya sido sancionado mediante resolución firme por infracciones muy graves o condenado por delito contra los derechos de los trabajadores o contra ciudadanos extranjeros.

Junto a estas exigencias, referidas al comportamiento o actitud del empresario, el legislador nos advierte que tampoco procederá la renovación si constasen antecedentes penales del trabajador inmigrante o éste careciese de la titulación exigida para el puesto de trabajo que pretende desempeñar, únicos requisitos que dependen del trabajador.

Bajo este panorama normativo, excepto cuando el motivo de denegación se refiere a las circunstancias personales o profesionales del inmigrante, en el resto de los casos la responsabilidad recae sobre el empresario, o sobre éste y las circunstancias laborales de un momento dado y, sin embargo, los efectos o secuelas incidirán exclusivamente en el trabajador inmigrante que, por circunstancias ajenas a su voluntad, perderá el *status* que adquirió, con todas las consecuencias anejas a esta nueva circunstancia, que se concreta en la imposibilidad de residir y trabajar en nuestro país desde la regularidad.

La no renovación de las autorizaciones coloca al inmigrante en la misma situación administrativa que el *sin papeles*, pero las consecuencias en su relación laboral pueden ser significativamente diferentes. Si bien en el

autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y que hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.



caso del no autorizado inicialmente para trabajar, el despido llevado a cabo por el empresario se reputará improcedente o, incluso nulo, en el supuesto que nos ocupa, el empresario, según argumenta la sentencia que comentamos, quedaría legitimado para despedir. Por ende, la posición del que inició su relación laboral sin estar autorizado adquiere la condición de *privilegiada* con respecto a la del que estando autorizado inicialmente no pudo conservar la regularidad.

La postura parece favorecer una práctica (intolerable) que beneficia a los incumplidores frente a los cumplidores, pues el que comenzó su relación laboral sin estar autorizado tendrá derecho a ser indemnizado e incluso, en su caso —conforme a la redacción del 36.3 y ulteriores interpretaciones— a ser readmitido, mientras que el que inició su trabajo con la autorización pertinente puede ver finalizada *justamente* su relación laboral si no consigue conservarla.

Es lo que fácilmente se puede deducir del pronunciamiento del TSJ de Cataluña en la sentencia que analizamos, al afirmar que el Estatuto de los Trabajadores contempla una serie de causas que se fundamentan en razones objetivas, por las cuales el empresario puede rescindir el contrato de trabajo, con las consecuencias legales inherentes a esa extinción; y, continúa diciendo, la pérdida de la habilitación administrativa para el ejercicio de la actividad laboral en nuestro país se incardinaría en la causa a) del artículo 52 ET.

La visión del Superior de Justicia merece una reflexión.

2.2. ¿Es la pérdida de la autorización administrativa para trabajar *justa causa* para despedir?

Las consecuencias contractuales derivadas de la denegación de la renovación de la autorización que habilita para trabajar ha sido objeto de tratamientos por parte de la doctrina judicial y científica desde hace años. Si bien las posturas han sido coincidentes en los supuestos de falta inicial de la autorización, cuando se trata de la caducidad o de la denegación no hay posiciones unánimes, aunque se pueden apreciar dos líneas de tendencia; por un lado la que abogó por la nulidad sobrevenida del contrato, y por otro la que propugnó que la falta de renovación constituía una causa de extinción del mismo, bien como causa *ope legis*, sin más, o bien tratándose de circunscribir a alguna de las previstas en el ET. Tales serían la expiración del tiempo convenido (Art. 49.1c) ET), las causas consignadas válidamente en el contrato (Art. 49.1b) ET), o incluso la fuerza mayor, para los supuestos de denegación de la renovación¹². No obstante, hay que dejar constan-

¹² Jurisprudencia y doctrina judicial se manifestaron en contra de considerar la denegación de la renovación como causa de fuerza mayor. *Vid.*, las citas de TARABINI-CASTELLANI,

cia que, ante la falta de convicción, un importante sector doctrinal¹³ abogó por la creación de una causa autónoma de extinción referida a la caducidad o a la denegación de la renovación de las autorizaciones exigidas. Para otros¹⁴, es fundamental distinguir entre la caducidad del permiso y la denegación de la renovación, ya que la primera circunstancia deviene de un acto omisivo del trabajador que legitimaría al empresario para despedir disciplinariamente al que ha vulnerado la buena fe contractual, mientras que en los casos de denegación, la causa extintiva se adaptaría a la situación prevista en el artículo 52 a) ET, la ineptitud sobrevinida de éste, posición no compartida por algunos¹⁵.

En el caso a analizar, la postura del tribunal es rotunda. Considera que, si bien el despido efectuado por la empresa es improcedente, pues el empresario basa su decisión extintiva en una causa inexistente (denegación de la autorización —antes permiso— para residir y trabajar), merecería la calificación de procedente si hubiera alegado la ineptitud del trabajador sobrevinida con posterioridad a su colocación en la empresa.

De la redacción literal del artículo 52 a) ET podemos afirmar que la ineptitud implica la ausencia en el trabajador de las condiciones necesarias para desempeñar el trabajo que le corresponde. Atendiendo a la Jurisprudencia¹⁶, la ineptitud se define como una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo (rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc...).

op. cit., pág. 278, que afirma que considerar que *la denegación de la renovación constituye el expediente resolutorio de la autoridad laboral desnaturaliza de tal forma dicho expediente que supondría una creación de Derecho.*

¹³ *Vid.*, como ejemplo, MOYA ESCUDERO, TRINIDAD GARCÍA, CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España. Una lectura a través de nuestra jurisprudencia*. Comares, Granada, 1993, págs. 97 y 98; y también, MOYA ESCUDERO, «Autorización para la realización de actividades lucrativas», en la obra de AA.VV. *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. Comares. Granada, 2001.

¹⁴ *Vid.*, de nuevo TARABINI-CASTELLANI, *Reforma y contrarreforma...* cit., págs. 279-280.

¹⁵ Así, por ejemplo, FITA ORTEGA, *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, pág. 75, que considera que la falta de permiso (entiéndase autorización) no puede equipararse a una falta de capacidad, en el sentido que el legislador reconduce la ineptitud sobrevinida como causa de despido objetivo. BRIONES GONZÁLEZ, «La eficacia del contrato de trabajo celebrado con un extranjero no autorizado para trabajar por cuenta ajena. Un estudio del artículo 52 del ET». MTSS. *Colección informes y estudios*, núm. 13. Madrid, 1995, pág. 121 con cita de la escasa jurisprudencia en este sentido.

¹⁶ *Vid.*, por todas, STS de 2 de febrero de 1990 (Ar. 3937) y STS de 2 de mayo del mismo año que la define como «una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación, suficiencia o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo».



Según doctrina reconocida¹⁷, la ineptitud puede derivar de diversos factores, ya sean de tipo formal, como puede ser la falta de titulación, o material, esto es, ausencia de habilidades, conocimientos o capacidad física o intelectual. Normalmente se trata de factores de contenido profesional que tienen como resultado la imposibilidad de realizar las tareas asignadas, con la consiguiente disminución del rendimiento.

¿Se dan estas circunstancias en el caso del inmigrante desautorizado para trabajar? ¿La denegación de la renovación disminuye su capacidad física o intelectual o su habilidad para desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo? Evidentemente, en estos casos, no se podría alegar una ineptitud basada en factores materiales, dado que la falta de autorización no va a mermar sus facultades profesionales. No obstante, es frecuente entre los supuestos de ineptitud los derivados de la privación durante la vigencia del contrato de un título, permiso o autorización; así lo ha dejado sentado la jurisprudencia¹⁸. Quizás, atendiendo a esta línea, quedaría justificada la decisión del Tribunal. Sin embargo, la afirmación nos crea importantes dudas.

Analizando las posiciones de los tribunales, nos percatamos de que, en los casos analizados, la privación del título, o de la autorización implica la imposibilidad *de hecho* de realizar la prestación (caso del conductor que pierde el permiso de conducir) o la disminución evidente del rendimiento (supuesto del comercial que debe realizar desplazamientos en vehículo para desarrollar un aspecto imprescindible de su relación laboral, como es la visita de clientes, y se ve privado del permiso de conducir). También puede justificarse el despido, por falta de aptitud, de aquél que carece de la titulación que la norma exigió una vez iniciada la relación laboral; y ello porque para desempeñar las tareas encomendadas se necesita poseer una serie de conocimientos que se adquieren mediante la formación que ofrece la titulación.

Todos estos razonamientos difícilmente pueden aplicarse cuando hablamos de la denegación de la autorización para residir y trabajar del inmigrante. Máxime si, como ya dijimos, los motivos de denegación, en la ma-

¹⁷ Vid., como ejemplo, MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ SAÑUDO/GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid, 2004, págs. 711 y ss.

¹⁸ La Jurisprudencia ha dejado sentado que es procedente el despido de un trabajador por causa de ineptitud al haber sido privado del permiso de conducir, cuando su puesto de trabajo era el de conductor (STS de 27 de octubre de 1983 —Ar. 5158—) o aún cuando, sin serlo, le era necesario para el desempeño de su actividad laboral (STSJ de Cataluña de 26 de enero de 1999 —Ar. 875—). También se consideró procedente el despido por ineptitud de un trabajador que carecía de la titulación exigida por la norma legal con posterioridad al inicio de la prestación laboral (STSJ de Madrid de 6 de octubre de 1998 —Ar. 3869—).

yoría de los casos ¹⁹, no se deben a una previa actitud o comportamiento del trabajador afectado. En los casos en los que así fuera, ya sea por dejar caducar la autorización sin formular la solicitud, ya sea por incurrir en alguna de las razones de denegación imputables al mismo (antecedentes penales o carencia de la titulación exigida), podría quedar justificada la extinción de la relación laboral, pero no en base a la causa del artículo 52 a) ET.

Compartiendo ideas ya expresadas por la doctrina, el quebranto de la buena fe que debe presidir la relación laboral, fundamentaría el despido disciplinario de aquél que, por desidia o despreocupación, no solicita en tiempo la renovación de la autorización. La medida quedaría justificada si pensamos que la solicitud de renovación corresponde al trabajador y la caducidad coloca al empresario en una situación delicada, pues puede ser sancionado por contratar a trabajadores sin las correspondientes autorizaciones (Art. 54.1 d) LOE). En los otros supuestos, si la denegación tiene como base los antecedentes penales o la falta de titulación adecuada del trabajador, quizás podríamos referirnos a la falta de aptitud para desempeñar un puesto de trabajo que demanda las habilidades propias de la titulación que se exige y que el trabajador no posee, o a la ausencia de la integridad moral que el trabajo requiere; en definitiva, estamos hablando de una ineptitud para desempeñar las tareas inherentes al puesto de trabajo de que se trata, si entendemos esta *ineptitud* en un sentido amplio ²⁰, y esta interpretación nos permitiría convertir la causa de extinción del 52 a) ET en un *cajón de sastre* ²¹. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, para los supuestos de caducidad o denegación de la renovación, y dado que ninguna de las causas extintivas vigentes parece poder aplicarse, sin vacilaciones, a estos supuestos, el legislador debería haber previsto una causa autónoma de extinción, o mejor, debería haber previsto una solución que lograra conciliar los intereses de los afectados sin llegar a medidas tan drásticas. Cuáles serían estas pautas a seguir resulta ser la cuestión pendiente.

¹⁹ Se exceptúa el caso de constatación de antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español o carencia de la titulación específica exigida para el ejercicio de la concreta profesión o de la homologación o de la colegiación, cuando éstas sean necesarias.

²⁰ Para FITA ORTEGA, *op. cit.*, pág. 15, es difícil dotar de un contenido homogéneo y de una definición legal al concepto de ineptitud.

²¹ En este sentido se pronunciaba QUESADA SEGURA, «Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido», en *Temas Laborales*, 16/1989, pág. 48. También, de nuevo, FITA ORTEGA, *op. cit.*, pág. 90, que considera que el empleo que se ha venido haciendo del 52.a) ET supone una quiebra de la estricta interpretación del precepto. Considera que esta causa extintiva debe dejar de tener el carácter residual, de cajón de sastre, que la ha caracterizado y convertido en un motivo de extinción de los contratos sin causa definida.



No obstante, y dado que, hasta la fecha, buena parte de la doctrina judicial y científica abogan por el artículo 52 a), como motivo que justifica la terminación de la relación laboral en estos casos, sí convendría a la hora de su aplicación tener en cuenta una serie de apreciaciones; y ello por las consecuencias que pueden recaer en el trabajador inmigrante.

3. CONCLUSIONES

Siguiendo el espíritu que ha venido caracterizando la evolución legislativa, doctrinal y científica en el tratamiento de las consecuencias que la ausencia de las autorizaciones para trabajar provoca en la relación laboral del inmigrante, convendría reflexionar sobre la posibilidad de otorgar un tratamiento diferenciado a cada uno de los supuestos que darían lugar a una ausencia sobrevenida de las autorizaciones exigidas para residir y trabajar en nuestro país en una situación de regularidad administrativa. La caducidad de la autorización y la denegación de la renovación de la misma no deberían provocar los mismos efectos en el contrato de trabajo, ya que las causas que las provocan no son las mismas.

Mientras que la no solicitud de renovación demuestra una actitud negligente por parte del trabajador, merecedora de una sanción, que no tiene por que soportar su empleador, la denegación de la renovación, en la mayoría de las ocasiones, no sólo no obedece a una actitud poco diligente por parte del inmigrante, sino que ni siquiera depende de un comportamiento previo imputable al mismo. Cuando la no renovación tenga su causa en una conducta o en una situación dependiente del empresario, no resultaría ajustado a derecho hacer recaer el peso de esa negativa en el inmigrante.

Al igual que el legislador afirma que se valorará, *en función de las circunstancias de cada supuesto*, la posibilidad de renovar las autorizaciones de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena impuesta, habría que proponer soluciones intermedias que, por ejemplo, permitiesen al trabajador retrasar su solicitud de renovación en el supuesto de que se atisbe la posibilidad de no renovación por causa a él no imputable. De igual modo, se podría barajar también la posibilidad de dar segundas oportunidades a los que no han conseguido mantener su *status* de regularidad por denegación de la renovación por alguno de los supuestos del artículo 53.1 de la LOE, en concreto de los apartados c), d), e) f) y k).

Sólo una postura flexible puede ser congruente tanto con las tendencias de la doctrina en la interpretación de las previsiones normativas reguladoras de los efectos que la ausencia de autorización para trabajar produce en la relación laboral, como con el espíritu que inspira el desarrollo



reglamentario de la LOE y que se concreta en la intención de integrar a la población inmigrante a través del empleo²², tendencia que, por otra parte, sigue la política migratoria europea y que cuenta con un amplio consenso social. Idea que nosotros matizamos, defendiendo lo que sería deseable: integración social mediante la integración laboral, para evitar, de este modo, una idea equivocada, pero quizás arraigada, que considera que la inmigración en nuestro país es sólo de trabajadores de ida y vuelta, ignorando que los trabajadores inmigrantes son *personas trabajadoras* que, en muchos casos, desean instalarse en España con sus familias y que tienen necesidades sociales y limitaciones (trabajo precario, sobreexplotación, desempleo...) como cualquier ciudadano español.

²² La consecución de tal finalidad se articula mediante dos vías: las regularizaciones estructurales o extraordinarias (proceso de normalización) y permanentes (arraigo laboral y arraigo social), por una parte y, por otra, el reconocimiento de derechos laborales y de seguridad social a los que trabajan *ab initio* sin las autorizaciones exigidas lo que, según alguna parte de la doctrina, (*Vid.*, los comentarios de CAMÓS VICTORIA, «Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar», *Relaciones Laborales*, 12/2004, págs. 60 y 61), que compartimos plenamente, tendría que derivar en el reconocimiento de un cierto *status* que permita al trabajador inmigrante continuar con su relación laboral, si así lo desea.



PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA EN CASOS DE DESAPARICIÓN DEL SUJETO CAUSANTE

STS (Sala de lo Social) de 15 de diciembre de 2004

AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN *

SUPUESTO DE HECHO: El Sr. Don P. C. M. desapareció tras ser secuestrado por la banda terrorista GRAPO el 27 de julio de 1995. En orden a percibir la pensión de viudedad, su esposa —Doña Pilar— solicitó el reconocimiento de su derecho ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), tanto del Régimen General (RGSS) como del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), a contar desde el mismo momento del hecho causante. Dicha solicitud, no obstante, data de 19 de noviembre de 2001, pasados más de siete años de la desaparición del esposo, aunque desde el día del secuestro no se volvieron a tener noticias suyas.

Una vez agotada la vía administrativa sin éxito alguno para la solicitante, la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) de Zaragoza (núm. 3) de 2 de julio de 2002 resolvió igualmente a favor de la Entidad Gestora al desestimar la demanda de Doña Pilar, denegando el derecho a la percepción de pensión de viudedad.

Sin embargo, el recurso de suplicación interpuesto contra esta resolución fue estimado parcialmente por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Aragón (Sala de lo Social) de 3 de marzo de 2003¹. Esta resolución sólo reconoció las prestaciones de viudedad del RGSS y del RETA con efectos de 19 de agosto de 2001², es decir, tres meses antes de la fecha

* Becaria de Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación y Ciencia en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.

¹ Ref. Ar. AS 2003\1282.

² Para un comentario monográfico de esa resolución, véase CABALLERO TRÍAS, M. P. «Solicitud de pensión de viudedad en el caso de trabajadores desaparecidos y fecha de inicio de sus efectos económicos», *Aranzadi Social*, núms. 7-8, 2003, págs. 38-42.

de la solicitud —*ex art. 178*³ de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)⁴— y no desde el mismo día del secuestro, como pretendía la actora —*ex art. 7.1.3.*⁵ de la Orden Ministerial (OM) de 31 de julio de 1972, sobre normas de aplicación y desarrollo del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de Seguridad Social⁶—.

Contra esta resolución, la representación procesal del INSS interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como contradictoria la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 24 de diciembre de 1993⁷.

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Supremo (STSud) (Sala de lo Social) de 15 de diciembre de 2004 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1858/2003)⁸ respalda el fallo recaído en suplicación a favor de la actora y contra el INSS. Al calificar de *ultra vires* el requisito de previa declaración de fallecimiento en el supuesto litigioso exigido por el punto segundo del art. 7⁹ OM 31 julio 1972, confirma el derecho de la demandante a la percepción de la pensión de viudedad del RGSS y del RETA,

³ Art. 178 LGSS: «El derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, será imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud».

⁴ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 de junio de 1994, núm. 154).

⁵ Art. 7.1.3.ª OM 31 julio 1972: «Los efectos económicos de las prestaciones de muerte y supervivencia que se reconozcan conforme al procedimiento señalado en las normas anteriores se retrotraerá a la fecha del accidente».

⁶ BOE de 11 de agosto de 1972 (núm. 192) (Ref. Ar. RCL 1972\1537).

⁷ Ref. Ar. AS 1993\5570.

⁸ Ref. Ar. RJ 2005\125.

⁹ Art. 7 OM 31 julio 1972: «1. Los trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se haya tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente, podrán causar las prestaciones por muerte y supervivencia, excepción hecha del auxilio por defunción, de acuerdo con las siguientes normas: (...) 2.ª. El reconocimiento del derecho a las prestaciones mediante el procedimiento regulado en el presente artículo deberá solicitarse dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración del plazo de noventa días, señalado en el párrafo primero de este número. 3.ª. Los efectos económicos de las prestaciones de muerte y supervivencia que se reconozcan conforme al procedimiento señalado en las normas anteriores se retrotraerá a la fecha del accidente. (...). 2. Una vez transcurrido el plazo de ciento ochenta días a que se refiere la norma segunda del número anterior, será necesario, a efectos del reconocimiento de prestaciones por muerte y supervivencia, la previa declaración del fallecimiento del trabajador, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil».



aunque —de nuevo— solamente a partir de los tres meses anteriores a la fecha de su solicitud y no desde el día de la desaparición.

En consecuencia, para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad y de su devengo temporal en estos casos, ha de estarse a lo dispuesto por el art. 172.3¹⁰ LGSS y por su desarrollo reglamentario en el art. 7 OM 31 julio 1972 dentro de los límites de la norma legal, es decir, sin la intervención de requisito adicional alguno y sin entrar en contradicción con la norma delegante.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA EN CASOS DE DESAPARICIÓN DEL SUJETO CAUSANTE
3. REQUISITOS PARA LA PERCEPCIÓN: ASPECTOS FORMALES Y EFECTOS ECONÓMICOS
4. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de las prestaciones por muerte y supervivencia ha recibido una menor atención por parte de la doctrina en comparación con otras prestaciones reconocidas por nuestro Sistema de Seguridad Social. A pesar de ello, existen trabajos científicos de interés, tanto por el seguimiento hecho a esta institución, como por la profundidad de sus reflexiones¹¹. Además, parece haber una tendencia gradual a preocuparse por esta materia, gracias a los nuevos horizontes abiertos por las modificaciones operadas sobre estas prestaciones, sobre todo merced a los cambios sociales que han redefinido la concepción tradicional de la familia y a la cobertura de necesidades y reivindicaciones¹². Sus manifestaciones principales se encuentran en las

¹⁰ Art. 172.3 LGSS: «Los trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se hayan tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente, podrán causar las prestaciones por muerte y supervivencia, excepción hecha del auxilio por defunción. Los efectos económicos de las prestaciones se retrotraerán a la fecha del accidente, en las condiciones que reglamentariamente se determinen».

¹¹ Aparte de su tratamiento en obras generales, son de destacar RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VIÑA, J. *Las prestaciones de supervivencia en el sistema de la Seguridad Social*, Cedecs, Barcelona, 1996; y GALA VALLEJO, C. *Las pensiones de invalidez permanente, jubilación y muerte y supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social española*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

¹² Véanse, entre otros, SASTRE IBARRECHE, R. «Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma», *Temas Laborales*, núm. 39, 1996,

orientaciones propuestas en el Pacto de Toledo y en sucesivas normas, destacando la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social¹³ y las sucesivas «leyes de acompañamiento» a las de Presupuestos Generales del Estado desde 1997¹⁴.

La dificultad a la que nos acabamos de referir se acentúa en el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de la desaparición del sujeto causante, ya que no sólo escasean los trabajos monográficos sobre el particular¹⁵, sino que los propios estudios globales de tales prestaciones no siempre lo consideran¹⁶.

Por otra parte, esta misma circunstancia se reproduce en la jurisprudencia, toda vez que son escasas las resoluciones recaídas en la materia y, en nuestra opinión, no con excesivo acierto¹⁷. De ahí que sea especialmente interesante acercarse a esta STSud, desde el momento en que es la primera ocasión en la que nuestro Alto Tribunal se pronuncia sobre las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de muerte presunta.

No obstante —como advertimos más adelante— la Sala de lo Social del TS se ha limitado a resolver estrictamente las cuestiones sometidas a debate en el recurso planteado, dando como resultado la declaración de *ul-*

págs. 3-55; RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VIÑA, J. «Las prestaciones por muerte y supervivencia. La necesidad de una reforma estructural», en AA.VV. *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Parte I), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999; RIVAS VALLEJO, P. «Prestaciones por muerte y supervivencia: últimas tendencias jurisprudenciales (Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los años 1996—2000)», *Aranzadi Social*, vol. II, 2000, págs. 855-885; MARTÍNEZ LUCAS, J. A. «La modificación parcial de las prestaciones de muerte y supervivencia», *Actualidad Laboral*, vol. 2, 2002, págs. 491-507.

¹³ BOE de 16 de julio de 1997, núm. 169.

¹⁴ Puede consultarse un catálogo completo y exhaustivo de éstas y otras normas en DÍAZ AZNARTE, M. T. *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003, págs. 48 y ss.; o DÍAZ AZNARTE, M. T. «Configuración general de la protección para situaciones derivadas de muerte. Protección por muerte y supervivencia», en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. L. y GARCÍA NINET, J. L.) *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, págs. 669-670.

¹⁵ Cabe recordar a CABALLERO TRÍAS, M. P. «Solicitud de pensión de viudedad en el caso de trabajadores desaparecidos y fecha de inicio de sus efectos económicos», *op. cit.*

¹⁶ Sí se tiene en cuenta, por el contrario, en CRUZ VILLALÓN, J. y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L. «Art. 172», en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. L.) *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, vol. II, Comares, Granada, 1999, págs. 1578-1585; DÍAZ AZNARTE, M. T. *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003, págs. 48 y ss.; o DÍAZ AZNARTE, M. T. «Configuración general de la protección para situaciones derivadas de muerte. Protección por muerte y supervivencia», *op. cit.*, págs. 685 y ss.

¹⁷ Aparte de las ya citadas, véanse las SSTSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 7 de marzo de 1995 (AS 1995\1116), de 17 de noviembre de 2000 (JUR 2001\30853) y de 15 de octubre de 2002 (JUR 2002\284272).



tra vires del art. 7.2 OM 31 julio 1972, evitando entrar en otros asuntos controvertidos de esta misma norma a pesar de su relación directa con la cuestión litigiosa, como es el caso de la retroactividad en el reconocimiento de las prestaciones.

2. LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA EN CASOS DE DESAPARICIÓN DEL SUJETO CAUSANTE

El Capítulo VIII, Título II, LGSS se ocupa de la regulación básica de las prestaciones por muerte y supervivencia «cualquiera que fuese su causa»¹⁸. Principalmente, la disyuntiva se reduce a dos acontecimientos: el fallecimiento o la desaparición del sujeto causante. Por lo que se refiere a la desaparición —dejando a un lado los casos de óbito, que no son tratados en la resolución comentada—, se marca una distinción entre aquéllas derivadas de accidente laboral o común y las no derivadas de accidente¹⁹.

En el supuesto de muertes presuntas derivadas de secuestros —como los operados por mafias, bandas terroristas o delincuentes comunes— doctrina, jueces y tribunales acuden automáticamente las reglas aplicables a las desapariciones derivadas de accidente laboral o común. Así pues, el fallo dictado en la presente STSud adquiere una especial relevancia por las importantes consecuencias prácticas que tiene, toda vez que unifica la doctrina aplicable al cómputo temporal de los efectos económicos de las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de la desaparición de trabajadores —considerada como accidente, sea o no de trabajo—.

Como se ha anticipado, la desaparición del sujeto causante con motivo de su secuestro se considera accidente a los efectos de las prestaciones por muerte y supervivencia. A la vista de las reflexiones hechas por doctrina y jurisprudencia, ésta resulta ser la opción más idónea frente a la de desaparición no derivada de accidente, al interpretarse como «acontecimiento violento y extraño al afectado que merezca la condición de accidente»²⁰.

Por otra parte, debe recordarse que el reconocimiento de prestaciones por muerte y supervivencia para el caso particular de trabajadores desaparecidos con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, tiene un alcance limitado, toda vez que los beneficiarios sólo podrán causar pensión vitalicia de viudedad, pensión de orfandad, o pensión vitalicia o, en su caso, subsi-

¹⁸ Art. 171 LGSS.

¹⁹ Para un estudio paralelo de ambas situaciones, véase DÍAZ AZNARTE, M. T. *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, *op cit.*

²⁰ Sentencia del Tribunal Central de Trabajo (STCT) de 28 de junio de 1985.

dio temporal a favor de familiares. Queda excluido, *ex art.* 172.3 LGSS, el auxilio por defunción que figura en el elenco de prestaciones por muerte y supervivencia enumeradas en el art. 171.1. LGSS. Asimismo, no se tendrá derecho a la indemnización a tanto alzado que concede el art. 171.2 LGSS, ya que este privilegio sólo procede «en caso de *muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional*»²¹.

3. REQUISITOS PARA LA PERCEPCIÓN: ASPECTOS FORMALES Y EFECTOS ECONÓMICOS

El régimen jurídico aplicable a las prestaciones por muerte y supervivencia por desaparición derivadas de accidente laboral o común se integra, principalmente, por lo dispuesto en los arts. 172.3 LGSS y 7 OM 31 julio 1972, amén de las normas generales aplicables a estas prestaciones del sistema. En el presente comentario, nos centraremos en los aspectos tratados por la STSud en torno a los requisitos de solicitud de las prestaciones, sin extendernos en todo el régimen jurídico de la institución que puede ser consultado en las obras recomendadas.

En primer lugar, analizaremos el hecho de la desaparición y sus características para operar en nuestro ámbito, sobre todo en lo relativo a la fecha del suceso; seguidamente, estudiaremos las distintas prescripciones temporales y sus repercusiones en los efectos económicos de las prestaciones, prestando especial atención a las condiciones impuestas por la normativa reglamentaria y sus consecuencias; por último, introduciremos en el debate —ya que no lo hace la STSud— el tema de la retroactividad del reconocimiento del derecho.

El núcleo del debate general se sitúa en torno a los requisitos de solicitud de las prestaciones por muerte y supervivencia en los casos de desaparición del sujeto causante. La primera regla que hay que considerar, a tenor de la normativa aplicable, es la relativa a la fecha del accidente. Este momento es el que verdaderamente cuenta a la hora de empezar a computar los plazos marcados al efecto, toda vez que es el motivo objetivo más fundado para presumir la muerte del desaparecido. No obstante, a ello hay que añadir una doble condición: que concurren circunstancias que hagan presumible la muerte del sujeto causante y que no se tengan noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes a la fecha del accidente.

Este primer requisito, sin embargo, presenta algunas zonas de conflicto. En efecto, no se dice nada para el caso de que se den circunstancias para

²¹ Las cursivas es propia.

dudar sobre la presunta muerte del causante, o de que se reciban noticias de su estado o situación dentro de ese lapso de tiempo. Ante esta falta de previsión de nuestro legislador, consideramos que la solución ha de ser la de empezar a computar el plazo a partir del momento en que hay constancia de vida del sujeto, sin que sea suficiente la apreciación de meros indicios. A nuestro juicio, el espíritu de la norma —tanto en la LGSS como en la OM 31 julio 1972— debe ser el de proteger la situación del beneficiario, facilitándole el acceso a la prestación, para lo cual tienen que estar suficientemente fundadas las razones por las que no se le reconozca su derecho²².

Una vez cumplida esta primera condición, el momento que ahora tiene que tomarse como referencia es el que resulta de aplicar la regla anterior de los noventa días naturales. A partir de entonces, empieza a computar un nuevo plazo —esta vez de ciento ochenta días naturales— para solicitar el reconocimiento del derecho a la prestación de que se trate.

El problema principal se plantea con ocasión del incumplimiento de esta prescripción temporal. Recordemos que el art. 172.3 LGSS, *in fine*, dispone que «los efectos económicos de las prestaciones se retrotraerán a la fecha del accidente, en las condiciones que reglamentariamente se determinen», a cuyos efectos el art. 7.1.3.ª OM 31 julio 1972 concede ese beneficio a quien —como se ha dicho— curse su solicitud dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración del plazo de noventa días naturales.

El caso es que, una vez superado ese lapso temporal sin mediar solicitud del interesado, el art. 7.2 OM 31 julio 1972 añade el requisito de la previa declaración de fallecimiento del trabajador —de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil²³— a efectos de reconocer las prestaciones por muerte y supervivencia. Ello implicaría, en esencia, esperar «diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición»²⁴ o «cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años»²⁵.

La aplicación de estas reglas del Derecho Civil, además de producir la cesación de la simple desaparición o de la situación de ausencia legal,

²² Con este propósito, consideramos que la labor de investigación de los organismos y sujetos competentes —léase cuerpos y fuerzas de seguridad, entre otros— ha de coadyuvar a la calificación del accidente y a la definición del estado en que se encuentre en cada momento. En este mismo sentido, nos apoyamos en lo dispuesto por el art. 1249 del Código Civil (CC): «Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado».

²³ Véanse los arts. 193 a 197 CC.

²⁴ Art. 193.1.º CC.

²⁵ Art. 193.2.º CC.

implica efectos tanto de carácter patrimonial como de carácter familiar. El resultado principal es la apertura de la sucesión del declarado fallecido, y a ello se suma la extinción de sus relaciones jurídicas en vida, la adquisición de los derechos que dependían de la muerte —v.g. seguro de vida—, el fin de la patria potestad y el reconocimiento del estado civil de viudedad.

Puede apreciarse, a la vista de lo anterior, que las reglas aplicables a la desaparición del sujeto causante en la legislación civil no encierran el mismo espíritu que las dispuestas por la normativa de Seguridad Social. Mientras que las primeras despliegan efectos generales —patrimoniales y familiares— en todo el entorno del declarado fallecido, las segundas se dirigen a atender situaciones específicas de desprotección de los potenciales beneficiarios de las prestaciones del sistema. De ahí que se comprenda la negativa a aceptar la previa declaración civil de fallecimiento para el reconocimiento del derecho a tales prestaciones cuando se han superado los plazos de solicitud señalados.

Efectivamente, la delegación normativa que se hace en la LGSS sólo permite establecer las condiciones en las que los efectos económicos de las prestaciones se pueden retrotraer a la fecha del accidente, pero no está habilitando para que se añadan requisitos adicionales —declaración de fallecimiento— a los que dicha Ley impone a los solicitantes de las mismas. Se trata, efectivamente, de una disposición *ultra vires*.

En consecuencia, para que los efectos económicos de las prestaciones por muerte y supervivencia se retrotraigan a la fecha del accidente, el interesado deberá solicitar su reconocimiento durante los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración del plazo de noventa días naturales tras el accidente sin que hayan mediado circunstancias o noticias que hagan dudar sobre la muerte del desaparecido. Por el contrario, si se sobrepasa esa limitación temporal, el reconocimiento del derecho a la prestación se hará a partir de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, sin que haya que añadir requisito formal o material alguno a la misma, especialmente por lo que se refiere a la declaración civil de fallecimiento.

A todo lo dicho se ha de añadir, por último, la regla general de imprescriptibilidad que establece el art. 178 LGSS. En virtud de este precepto, por un lado, el derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia es imprescriptible, excepto el supuesto de auxilio por defunción. Por otro lado, una vez producido dicho reconocimiento, sus efectos se producirán —recordemos— «a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud». Este último dato —de gran importancia para nuestro estudio— permite a los solicitantes de las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de la desaparición del sujeto causante que hayan superado los tiempos establecidos por el art. 7



OM 31 julio 1972, disfrutar los efectos del reconocimiento no sólo a partir de la fecha de la solicitud, sino tres meses antes²⁶.

4. REFLEXIÓN FINAL

El acontecimiento de la desaparición de una persona en circunstancias relacionadas con accidentes no resulta poco habitual en nuestro país. De un lado, por lo que se refiere a los accidentes de trabajo, es conocido que las cifras de la siniestralidad laboral en España se sitúan en niveles alarmantes y, sobre todo en el sector marítimo-pesquero, una de sus consecuencias es la desaparición de trabajadores. De otro lado, en cuanto a los accidentes comunes, los casos de desaparición también son significativos, ya traigan su causa en sucesos naturales —como la desaparición de una persona mientras practica submarinismo²⁷ o en una excursión campestre²⁸—, ya sean consecuencia de un secuestro operado por delincuentes comunes, mafias o bandas terroristas —como en la resolución que venimos comentando—.

En casos como éstos, el ordenamiento jurídico se activa, incluido el Derecho de la Seguridad Social a través del reconocimiento del derecho a prestaciones por muerte y supervivencia. Sin embargo, la normativa aplicable —arts. 172.3 LGSS y 7 OM 31 julio 1972— a las situaciones de desaparición del sujeto causante está configurada de tal manera que reduce de manera sensible los plazos para la solicitud por parte de los diferentes beneficiarios, y ello no supone un privilegio absoluto.

Si bien es cierto que la legislación vigente permite atender de una manera más ágil situaciones delicadas de desprotección, la misma parece «penalizar» a los beneficiarios que no sean diligentes en el cumplimiento de los requisitos temporales. La necesaria aportación de declaración civil de fallecimiento *ex art. 7 OM 31 julio 1972* —que, recordemos, puede demorarse hasta en diez años—, impone a los solicitantes una exigencia no sólo desmesurada, sino opuesta al espíritu de la institución y, lo más importante, contraria al ordenamiento jurídico por tratarse de una disposición *ultra vires*.

²⁶ En el caso que venimos comentando, el TSJ de Aragón —y el TS al confirmar el fallo de esta instancia— concede la pensión de viudedad a partir del 19 de agosto de 2001 cuando la solicitud data del 19 de noviembre de 2001. Sin embargo, la actora había solicitado su devengo desde el 27 de junio de 1995, fecha de desaparición por secuestro del causante.

²⁷ Supuesto resuelto por la citada STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 24 de diciembre de 1993.

²⁸ Véase la también citada STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 7 de marzo de 1995.

Pero, por primera vez, el TS ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, unificando la doctrina aplicable a los efectos económicos de las prestaciones por muerte y supervivencia en casos de desaparición del sujeto causante.

No obstante, aún quedaría por discutir un tema —no tratado aún por la jurisprudencia— relacionado con lo anterior: el relativo a las distintas reglas de retroactividad que se aplican una vez reconocidas las prestaciones pertinentes. Mientras que el art. 178 LGSS dispone que los efectos «se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la solicitud», el punto 3.º del art. 7.1 OM 31 julio 1972 permite que se retrotraigan «a la fecha del accidente». Es decir, los solicitantes que cumplan las prescripciones temporales de noventa y ciento ochenta días naturales, perciben la prestación desde el mismo día de la desaparición, a pesar de que entre ese momento y el de la solicitud pueden mediar hasta doscientos setenta días —nueve meses—. Por el contrario, aquellos beneficiarios que incumplan los plazos antedichos sólo perciben la prestación desde noventa días —tres meses— antes de la fecha de solicitud.

Consideramos que, también en este punto, la norma contenida en el art. 7 OM 31 julio 1972 —esta vez en su apartado 1.3.º— es *ultra vires* dado que rompe lo prescrito con carácter general para las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, en el art. 178 LGSS, y sin que medie habilitación o delegación alguna por su parte.

A la vista de lo dicho, proponemos, bien que nuestros jueces y tribunales aprovechen las ocasiones en las que se les presentan litigios en esta materia para crear una sólida jurisprudencia de desautorización del contenido del art. 7 OM 31 julio 1972, bien que se modifique o —mejor— se elimine esta normativa preconstitucional y se sustituya por una regulación más adecuada al escenario social actual.



DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

TRABAJADORES AFECTADOS POR EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO: ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LA IMPUGNACIÓN

STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 12 de febrero de 2003

ASUNCIÓN GARCÍA-NEBLE NEBLE *

SUPUESTO DE HECHO: La Sentencia del Tribunal Supremo, resolviendo el recurso de casación núm. 9510/1997 interpuesto por tres trabajadores contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 25 de julio de 1997, procede a estimar el referido recurso, casando y anulando, en consecuencia, la sentencia de instancia, que, a su vez, había sido desestimatoria del recurso deducido contra la Resolución del Ministro de Trabajo y Seguridad Social de 26 de abril de 1994, por la que se desestimaba el recurso de alzada contra la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 15 de junio de 1993 homologatoria de un acuerdo sobre regulación de empleo.

RESUMEN: En el supuesto contenido en los autos, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de julio de 1997 (recurso núm. 1151/1994) dicta sentencia desestimatoria del recurso planteado por tres trabajadores, afectados por la extinción de sus contratos, contra la Resolución del Ministro de Trabajo y Seguridad Social de 26 de abril de 1994 confirmatoria de la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 15 de junio de 1993 por la que se aprobaba el acuerdo de regulación de empleo suscrito entre la empresa y los representantes de los trabajadores, ratificando, en consecuencia, la extinción de *hasta 435* contratos de trabajo, tal y como se reflejaba en el referido acuerdo.

* Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En la demanda presentada ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña los actores, reproduciendo las pretensiones contenidas en el recurso de alzada ante el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, solicitan que se declare la incompetencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para el conocimiento del asunto con inhibición a favor del social y, subsidiariamente, el reconocimiento del derecho de los mismos a permanecer en sus puestos de trabajo.

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia, desestimando las pretensiones contenidas en el recurso, asume la competencia sobre el asunto planteado y resuelve, en consecuencia, sobre las peticiones de fondo de los actores en orden a su desafectación del expediente de regulación de empleo que, subsidiariamente, se articulan, aunque las mismas son rechazadas.

Planteado recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, el Tribunal Supremo, finalmente, estima el recurso, declarando la incompetencia del orden contencioso-administrativo para conocer del asunto y *dejando a salvo el derecho de los interesados para ejercitar sus pretensiones* ante el orden jurisdiccional social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. POTESTAD DEL EMPRESARIO DE SELECCIONAR A LOS TRABAJADORES AFECTADOS
3. LÍMITES AL PODER ORGANIZATIVO DEL EMPRESARIO
4. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La resolución de la autoridad administrativa laboral, origen del procedimiento, se limitaba a aprobar el acuerdo suscrito entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, siendo esta última, en base a los criterios generales contenidos en el referido pacto, la que individualizó y concretó los trabajadores afectados por el despido, entre los que se encontraban los recurrentes, resolviendo, en consecuencia, las relaciones contractuales que mantenía con los mismos.

Es, pues, la empresa la que, una vez homologado el acuerdo por la Dirección General de Trabajo, elaboró la lista definitiva de trabajadores afectados por las extinciones, cuya indebida inclusión se postula por los actores.

Se parte de la base, en consecuencia, de una decisión empresarial en virtud de la cual se procede a seleccionar los concretos trabajadores afectados por el procedimiento, siendo aquella decisión selectiva el punto de referencia para determinar el orden jurisdiccional competente, como se analiza *infra*.

2. POTESTAD DEL EMPRESARIO DE SELECCIONAR A LOS TRABAJADORES AFECTADOS

No cabe duda que, dejando a salvo la prioridad de permanencia en la empresa de los representantes legales de los trabajadores¹ y la posible regulación de las preferencias en la empresa a través de la negociación colectiva², supuestos no existentes en los autos comentados, *la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario*³, opinión mantenida, asimismo, por la doctrina científica⁴ y que es coherente con lo

¹ Contenida tanto en los arts. 51.7 y 68 b) TRLET como en el art. 10.3, párrafo primero LOLS. No obstante, y obviamente, el derecho a la prioridad de permanencia existe sólo en el supuesto de reducción de plantilla o *crisis parcial* [expresión de ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 9.ª edición revisada, Madrid (Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho), 1985, pág. 341], ya que, como ha indicado APARICIO TOVAR, J.: «Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato», AA.VV.: *Estudios sobre el despido*. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo, Madrid (Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones), 1996, pág. 286, a través de la mencionada garantía, *se trata de proteger que los representantes elegidos puedan seguir desarrollando sus funciones representativas en el caso de que en la empresa continúe habiendo actividad, para lo cual al representante se le otorga por ley una mayor estabilidad en el puesto de trabajo*. Sobre un supuesto de afectación de representantes legales de los trabajadores por expediente de regulación de empleo, permaneciendo en la empresa operarios no representativos, aun habiendo mediado al respecto autorización administrativa —recaída en alzada—, se pronuncia la STCo 191/1996, de 26 de noviembre (AS 191), asimismo citada por la STS (CA) de 6 de mayo de 2003 [RJ 2003/3744 (*Internet*: <http://www.westlaw.es>)], declarando nulos los despidos efectuados por violación del derecho fundamental a la libertad sindical reconocido *ex art.* 28.1 de la Constitución [hay que aclarar que la mencionada sentencia viene referida a los arts. 51.9 y 68 b) LET'80, siendo su doctrina de aplicación a los arts. 51.7 y 68 b) TRLET, dada la similitud de sus contenidos].

² STS (Social), u.d., de 19 de enero de 1998 (IL J-69) que, aunque referida a las preferencias de los representantes *ex art.* 52 c), puede ser de aplicación a la materia analizada.

³ En este sentido, STS (Social), u.d., de 19 de enero de 1998 (IL J-69), aunque debiéndose aclarar que, si en el periodo de consultas se ha alcanzado acuerdo y éste concreta los trabajadores afectados, el empresario sólo estaría facultado para despedir a los señalados como afectados en el pacto alcanzado [*vid.* DEL REY GUANTER, S.: «Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)», AA.VV.: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Coordinadores: VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.), Madrid (*La Ley*, Monografías), 1.994, pág. 205 y AGUILAR GONZÁLEZ, M.C. y PÉREZ DEL RÍO, T.: «El periodo de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales», AA.VV.: *Los despidos por causas económicas y empresariales* (Coordinador: JESÚS CRUZ VILLALÓN), Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz), Madrid (Tecnos), 1996, pág. 144].

⁴ GOERLICH PESET, J.M.: «Los despidos colectivos», AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales* (Director: EFRÉN BORRAJO DACRUZ), *La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II, Madrid (Edersa), 1994, pág. 174. En el mismo sentido, MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «Competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de la im-

señalado en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio⁵, cuyo inciso v) del artículo 2.3,b)⁶ alude⁷ a la posibilidad de que las legislaciones nacionales confieran al empresario competencias *para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos*⁸. Precisamente por ello el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero⁹, cuando alude¹⁰ al contenido mínimo de la *solicitud de iniciación* del procedimiento, hace referencia, entre otros extremos, a la consignación por el empresario de los *criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser afectados*¹¹.

3. LÍMITES AL PODER ORGANIZATIVO DEL EMPRESARIO

Con independencia de las afirmaciones anteriores, la decisión del empresario, en la materia analizada, y como indica la doctrina legal, *será revisable* por el órgano judicial en los supuestos en los que *resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando aquélla se realice por móviles discriminatorios*¹², vulnerando los artículos 14 de la Constitución y 17 del

pugnación de acuerdo por el que se aprueba convenio de regulación de empleo cuando se proyecta sobre trabajadores determinados», *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 67, Sevilla (Junta de Andalucía, Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico), 2002, pág. 270 y SAIZ DE MARCO, I.: «La impugnación de la inclusión de trabajadores en el despido colectivo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 632, Pamplona (Editorial Aranzadi, S.A.), 2004 [BIB 2004/763, pág. 6 (*Internet*: <http://www.westlaw.es>)].

⁵ *Relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos* (DOCE, 12 de agosto).

⁶ Apartado referido al contenido de la comunicación que el empresario debe dirigir a los representantes de los trabajadores *durante el transcurso de las consultas* (art. 2.3, párrafo primero *ab initio*) y a la *autoridad pública competente* (art. 2.3, párrafo último).

⁷ Se puede opinar, indirectamente.

⁸ Textualmente el mencionado inciso v) hace referencia a «los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido».

⁹ Por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

¹⁰ *Ex art. 6.1.*

¹¹ Apartado b).

¹² Principio de no discriminación al que, asimismo, alude la doctrina científica (*vid. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.*: «La selección de los trabajadores afectados en los despidos colectivos por reducción de personal», AA.VV.: *La Reforma del Mercado de Trabajo* (Director: EFRÉN BORRAJO DACRUZ), Madrid (Actualidad Editorial, S.A.), 1993, pág. 807 (citando a RODRÍGUEZ-PIÑERO) y GOERLICH PESET, J.M.: «Los despidos colectivos», *op. cit.*, pág. 175 (con cita de los dos autores anteriores y de ALBIOL en nota 193).

TRLET¹³, preceptos¹⁴ que prohíben las diferencias de trato basadas en ciertas circunstancias o razones específicas¹⁵.

De otro lado, como ha indicado la doctrina científica, *el acto extintivo empresarial discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales de los trabajadores es nulo cualquiera que sea el tipo de despido, por lo que el despido colectivo, aunque exista autorización administrativa, será nulo si está movido por un propósito discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental o si, con independencia de ese propósito, produce tales resultados*¹⁶. En consecuencia, no es necesario que exista una voluntad deliberadamente torticera que busque la discriminación o violación de derechos fundamentales sino que basta su aparición como hecho objetivo¹⁷.

¹³ STS (Social), u.d., de 19 de enero de 1998 (IL J-69), citada *supra*. No obstante, hay que tener en cuenta que en la configuración del concepto de discriminación se debe poner el acento tanto en las causas o razones de diferenciación como en el resultado de ésta, que supondría colocar en una situación efectiva de desfavor a los discriminados (RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación y crisis económica», AA.VV.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, I Jornadas de la Facultad de Derecho, Madrid, 1984, pág. 70), añadiendo el autor que la tutela antidiscriminatoria se dirige no tanto al propio empleador sino a los trabajadores no discriminados favorecidos por esa discriminación, de forma que si, ante una demanda por discriminación, el empresario es condenado, esa condena habrá de afectar al trabajador en cuyo favor se haya dado la discriminación, es decir al trabajador que fue mantenido en el puesto de trabajo, dado que no se puede exigir al empresario que mantenga a los dos trabajadores en sus puestos, lo que plantea (...) dificultades de puesta en práctica que no se solucionan meramente con la declaración de ineficacia de la medida (op. cit. *supra*, pág. 76).

¹⁴ Sobre la aplicación de los mencionados preceptos en el supuesto de que exista acuerdo en el periodo consultivo, *vid.* AGUILAR GONZÁLEZ, M.C. y PÉREZ DEL RÍO, T.: «El período de consultas...», op. cit., pág. 146.

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación y crisis económica», op. cit., pág. 69, añadiendo el autor que una prohibición de discriminación «a causa de» consiste en impedir tener en cuenta una determinada circunstancia, es decir, el preceptivo «poner entre paréntesis» a aquella (op. et loc. cit. *supra*).

¹⁶ CASAS BAAMONDE, M.E.: «Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario», *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 24 (diciembre), Madrid (La Ley), 1994, pág. 6, opinión que reitera la autora, con idéntica dicción literal, en «La nulidad del despido y sus efectos», AA.VV.: *Reforma de la Legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García* (Coordinador: LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL), Madrid (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.), 1995, págs. 438-439. Asimismo, alude, a idénticos efectos, a la discriminación y vulneración de derechos fundamentales, aunque en referencia concreta al despido colectivo, MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «Competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa...», op. cit., pág. 271, citando a RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER en nota 63 de la misma página.

¹⁷ ALONSO OLEA (citado por CASAS BAAMONDE en «Irregularidad formal, fraude de ley...», op. cit., pág. 7) y ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE (citados por CASAS BAAMONDE, M.E.: «La nulidad del despido...», op. cit., pág. 439 y nota 27 de la misma página y por APARICIO TOVAR, J.: «Despidos de representante legal...», op. cit., pág. 300 y nota 78 de la misma página).

En conclusión, en el supuesto de que los trabajadores seleccionados por el empresario no ostentaran la cualidad de representantes legales, ni estuvieran establecidas otras preferencias a través de la negociación colectiva, la selección de los afectados por el despido¹⁸ no puede entrañar fraude de ley¹⁹ ni abuso de derecho.

Asimismo, la selección efectuada no puede ser discriminatoria²⁰, *entendiéndose que existe discriminación*²¹ cuando las diferencias de trato no tienen una justificación objetiva y razonable²², correspondiendo, en caso contrario, al empresario *probar lo bien fundado y razonable de su decisión, es decir, el carácter no discriminatorio de ésta*²³.

4. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

La decisión selectiva empresarial, aun habiendo mediado la preceptiva autorización administrativa en el procedimiento, puede ser objeto de revisión por los órganos judiciales, en este caso, los del orden contencioso-administrativo²⁴, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal de Conflictos de

¹⁸ Siendo nula la designación *si hubiere estado guiada por un móvil discriminatorio o se hubiere producido con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del afectado* [STSJ de Baleares de 11 de mayo de 1995 (AS 1783), referida a un supuesto de extinción *ex art. 52 c) TRLET* pero de aplicación a la materia analizada por su alusión a derechos constitucionalmente reconocidos y a pesar de que el art. 51 TRLET, a diferencia del art. 53.4 del mismo texto legal, guarda silencio al respecto].

¹⁹ Dado que *pueden existir decisiones extintivas empresariales fraudulentas (...) es imposible negar la aplicación de la regulación civil o común sobre el fraude de ley* (CASAS BAAMONDE, M.E.: «Irregularidad formal, fraude de ley...», *op. cit.*, pág. 10 y misma autora en «La nulidad del despido...», *op. cit.*, pág. 445). Un ejemplo de la existencia de fraude de ley pudiera ser el intento empresarial de sustituir *empleo fijo por empleo temporal* [supuesto analizado en la STS (Social), u.d., de 19 de enero de 1998 (IL J-69)].

²⁰ Respecto a la prohibición de discriminación, *vid.* ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, pág. 341 y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación y crisis económica», *op. cit.*, pág. 75.

²¹ Término acuñado por la práctica internacional para referirse a cierto tipo de desigualdades existentes en la sociedad, que se deseaban eliminar de forma radical, y que es utilizado por los arts. 14 CE y 17 LET en el sentido específico de prohibición de diferenciaciones basadas en determinadas circunstancias (RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación y crisis económica», *op. cit.*, págs. 69-70).

²² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «No discriminación y contrato de trabajo», Comentario al artículo 17 de la LET, en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, dirigidos por E. BORRAJO, Madrid, 1982, pág. 328, citada por el autor en «Discriminación y crisis económica», *op. cit.*, pág. 69, nota 1.

²³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación y crisis económica», *op. cit.*, pág. 77.

²⁴ En cambio, si la decisión empresarial no ha ido precedida de la correspondiente autorización administrativa (art. 124 TRLPL), la competencia estaría atribuida al orden social de la jurisdicción [STSJ del País Vasco de 4 de febrero de 1998 (IL J-465)].



Jurisdicción en sentencias de fechas 10 de noviembre de 1986, 26 de diciembre de 1988 y 25 de junio de 1996.

En este sentido se pronunció la STSJ del País Vasco de 4 de febrero de 1998²⁵ que señala la competencia de dicho orden para el supuesto de que hubiera existido autorización administrativa. De esta forma, la Sala, transcribiendo lo *acordado* por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en sentencia de 25 de junio de 1996²⁶, señala que sería competencia del orden contencioso-administrativo *el planteamiento* de los que *han de ser incluidos o no en la relación* de trabajadores afectados, no sólo por repercutir en *los intereses del resto de los trabajadores, sino* porque *además puede implicar una reexamen de las causas económicas o tecnológicas que hayan dado lugar a autorizar la regulación, internándose así o rozando el motivo sustancial de la intervención administrativa establecida en la Ley*²⁷.

Atribución al orden contencioso de la jurisdicción que, de otro lado, fue admitida por la doctrina científica en base a la mencionada sentencia de 26 de diciembre de 1988²⁸ (a la que también cita la comentada Sentencia de 12 de febrero de 2003, aunque sin compartir sus argumentos), pero matizada por otro sector en el sentido de que correspondería la competencia al referido orden jurisdiccional siempre que en el expediente constase la relación nominativa de los trabajadores afectados, ya que, en caso contrario²⁹ (y dado que la resolución autorizatoria del despido colectivo no tiene que incorporar necesariamente, como indica la Sentencia comentada de 12 de febrero de 2003, *una relación nominativa de los trabajadores afectados por la extinción, sino sólo los criterios aprobados para su determinación* por el empresario³⁰), el trabajador accionaría frente al empresario por la *incorec-*

²⁵ IL J-465.

²⁶ Y citando, igualmente, las sentencias del mismo Tribunal de fechas 26 de diciembre de 1988 y de 10 de noviembre de 1986.

²⁷ Doctrina que, asimismo, se contenía, con idéntico tenor literal, en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de enero de 1998 (IL J-273), con remisión a la sentencia citada de 26 de diciembre de 1988 y mencionando, además, la también citada sentencia de 10 de noviembre de 1986.

²⁸ GOERLICH PESET, J.M.: «Los despidos colectivos», *op. cit.*, pág. 172, aunque indicando que la referida sentencia ha sido criticada por la doctrina y partiendo de la base de que, *en cualquier caso, la resolución* de la autoridad laboral *debe ir acompañada de un listado expresivo de los trabajadores afectados*.

²⁹ Pues *nada impide que en el trámite de ejecución de la resolución administrativa se determine la relación (...) de aquellos trabajadores que se verán afectados por el expediente* [STSJ (CA) de Madrid de 1 de junio de 2004 (JUR 2005/37294; Internet: <http://www.westlaw.es>)].

³⁰ F.J. 3.º. En el mismo sentido, STS (CA) de 30 de septiembre de 2003 [RJ 2003/8221 (Internet: <http://www.westlaw.es>)].

ta individualización de los criterios de selección, siendo, en consecuencia, competente el orden social³¹.

Matización ésta que, asimismo, realiza la comentada Sentencia de 12 de febrero de 2003, en relación a la existencia de acuerdo en período consultivo, ratificado por la autoridad administrativa, indicando, en consecuencia, que si ésta *se limita a homologar el acuerdo extintivo pactado y sus criterios de afectación individual*, sin contener la resolución *la determinación de las personas que deban ser incluidas en la extinción de la relación laboral, sólo cabrá impugnar la resolución autorizatoria por la vía contencioso-administrativa (...) alegando la vulneración de requisitos formales (...) o la falta de legitimación negociadora de las partes firmantes del acuerdo*, correspondiendo, en cambio, al orden social la impugnación de la *incorrecta aplicación* por parte del empresario de los criterios de selección contenidos en la resolución administrativa³². En consecuencia, a los efectos de la atribución competencial, se separa *la intervención administrativa, limitada a conferir una autorización, de la subsiguiente actuación de las partes encaminada a hacer uso de la autorización*³³.

5. CONCLUSIONES

La comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2003 mantiene la doctrina contenida en pronunciamientos anteriores del mismo Tribunal, aunque puntualizando que aquella jurisprudencia no ha sido constante en el tiempo sino que, por el contrario, ha sufrido variación, estando la sentencia, objeto del presente comentario, en la línea argumental de los últimos años.

De esta forma, en materia de impugnación de la selección de trabajadores afectados por el procedimiento de regulación de empleo, la atribución de competencia al orden contencioso-administrativo o al social estará en función, respectivamente, de que aquella selección se contenga en la resolución administrativa autorizatoria o en el acuerdo alcanzado, y aprobado por el organismo administrativo, en el período consultivo o, en cambio, en és-

³¹ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La selección de los trabajadores afectados...», pág. 808, con mención, asimismo, de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 26 de diciembre de 1988 (autor igualmente citado por GOERLICH PESET, J.M.: «Los despidos colectivos», *op. cit.*, pág. 172, nota 183 *in fine*), manteniendo idéntica doctrina MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa...», *op. cit.*, pág. 271.

³² F.J. 3.º.

³³ Como indica la Sentencia de la Audiencia Nacional (CA) de 5 de mayo de 2004 [RJCA 2004/463 (*Internet*: <http://www.westlaw.es>)].



tos sólo se fijen los criterios individuales de afectación para una ulterior concreción por parte del empresario.

Para finalizar hay que puntualizar que, si bien es cierto que la Sentencia comentada no supone ningún giro doctrinal del Alto Tribunal, que ya que se produjo con anterioridad a la misma, se ha considerado de interés realizar el presente comentario dado que la citada Sentencia:

- Hace referencia a los argumentos esgrimidos para la atribución, en cualquier caso, de la competencia en la materia al orden contencioso-administrativo ³⁴.
- Se hace eco de la evolución producida a través de pronunciamientos recientes del mismo Tribunal ³⁵.
- A la doctrina contenida en la misma se remiten expresamente otros pronunciamientos judiciales ³⁶ y
- Dicha doctrina ha sido continuada en pronunciamientos posteriores a la Sentencia comentada ³⁷.

³⁴ Citando, al efecto, la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 26 de diciembre de 1988.

³⁵ Citando, entre otras, al efecto, la STS (CA) de 4 de febrero de 2002 que indica que, si la individualización de los puestos de trabajo afectados es propuesta por el empresario en el procedimiento y aceptada por la autoridad laboral en su resolución autorizatoria del mismo, sería competente el orden contencioso-administrativo; en cambio, si el empresario no individualizó *a priori* los puestos de trabajo, la *concreta determinación de los trabajadores* afectados por el despido se resolvería, en caso de discrepancia, ante el orden social de la jurisdicción [tomada de *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Legislación y Jurisprudencia), Madrid (Centro de Estudios Financieros, S.A.), núm. 229 (abril/2002), pág. 178], competencia que reiteran las SSTS (CA) de 26 de abril de 2002 y de 22 de mayo de 2002 [RJ 2002/6504 y RJ 2002/9427, respectivamente (*Internet*: <http://www.westlaw.es>)], asimismo mencionadas por la comentada Sentencia.

³⁶ Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional (CA) de 5 de mayo de 2004 y la STSJ (CA) de Madrid de 1 de junio de 2004 [RJCA 2004/463 y JUR 2005/37294, respectivamente (tomadas de *Internet*: <http://www.westlaw.es>)].

³⁷ Por ejemplo, STSJ (CA) de Cataluña de 20 de noviembre de 2003 [JUR 2004/108975 (*Internet*: <http://www.westlaw.es>)].





EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO TRAS REALIZACIÓN DE EXAMEN MÉDICO VOLUNTARIO

STC 196/2004, de 15 de noviembre

FERNANDO ELORZA GUERRERO *

SUPUESTO DE HECHO: Trabajadora con contrato de trabajo eventual a tiempo parcial, vinculada a la empresa con una sucesión de contratos temporales celebrados a lo largo de tres años, ve extinguida la relación laboral de forma anticipada, alegando la empresa como motivo el no haber superado el período de prueba. La trabajadora ostentaba la condición de agente administrativo en el empresa, dedicándose ésta a la aviación civil.

La decisión se adoptó por la empresa una vez que los servicios médicos calificaron el examen médico realizado a dicha trabajadora como «no apto». Consultados dichos servicios por la interesada se le comunicó por estos que la calificación obedecía a la apreciación en las pruebas de análisis de orina de un coeficiente de cannabis muy superior al contemplado por el protocolo elaborado por la empresa, y que se preveía como máximo permitido para la contratación de un trabajador de su categoría profesional. Se declaró probado que no se comunicó a la empleada que en los exámenes médicos se examinaría el posible consumo de estupefacientes.

El Juzgado de lo Social calificó en su momento el despido como nulo por entender que la resolución del contrato vulneraba el derecho a la intimidad de la trabajadora (art. 18.1 de la Constitución Española (CE)). La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, sin embargo, consideró que no hubo lesión del art. 18.1 CE, pues «*se siguió el procedimiento general y común de revisión médica de todos los empleados de Iberia sin que conste ningún indicio de actitud discriminatoria respecto a la demandante*», y se trataron confidencialmente los datos, no haciéndose un uso notorio de los mismos.

* Profesor Titular de Universidad del Área del Trabajo y de la Seguridad Social.

Contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ), la demandante interpuso recurso de amparo al considerar que la realización de pruebas médicas, sin su conocimiento y sin su consentimiento, para la averiguación de concretos aspectos de su vida privada, —como es si era consumidora de ciertas drogas—, vulnera el art. 18.1 CE sin que el interés de la empresa por conocer su estado psicofísico sea argumento suficiente para restringir su derecho constitucional.

RESUMEN: El Tribunal Constitucional (TC) otorga el amparo solicitado por la trabajadora, apreciando violación del art. 18 CE, empleando entre otros argumentos reseñables los siguientes:

- 1) Aunque la intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, determinada por el criterio del recato corporal, por lo que no pueden considerarse como intromisiones forzadas en la intimidad las actuaciones que por la partes del cuerpo sobre las que operan o los instrumentos que se emplean, no constituyen violación del recato de la persona, según sano criterio.
La realización de un examen de orina no entra dentro del ámbito protegido del derecho a la intimidad corporal. Sin embargo sí puede lesionar un derecho más amplio, el de la intimidad de la persona, que en cuanto derivación de la dignidad de la persona integra un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás. Esto último es lo que ha ocurrido cuando al practicar un análisis de orina se concluye que el trabajador ha consumido drogas.
- 2) Con todo, constatada la afectación del derecho fundamental a la intimidad personal se debe determinar si la actuación de la empresa y sus servicios médicos contaba con amparo legal —caso del art. 22.1 párrafo 2.º LPRL que regula los reconocimientos médicos obligatorios— o consentimiento del recurrente, lo que constituiría una justificación desde el punto de vista constitucional.
- 3) Sin embargo, no se ha de olvidar que el reconocimiento médico en la relación laboral no es un instrumento del empresario mediante el que controlar dispositivamente la salud del trabajador o su aptitud psicofísica. Antes al contrario, su eje descansa sobre el derecho del trabajador a la vigilancia de su salud, por lo que, salvado los supuestos de obligatoriedad previstos por la ley —que por otro lado deben obedecer a una necesidad social imperiosa y ser adecuados y proporcionados para el logro de su propósito—, la regla general



en este caso consiste exigir la «conformidad libre, voluntaria e informada del trabajador para la vigilancia y protección de su salud frente a los riesgos del trabajo».

- 4) En el presente caso no se comunicó por la empresa ni por los servicios médicos cuál era la información buscada por los análisis médicos. La naturaleza de los datos obtenidos obligaba a dicha información previa y expresa a la trabajadora para que decidiera libremente si deseaba que fueran conocidos los mencionados datos. Al no haber consentimiento eficaz de la titular del derecho, ni habilitación legal que amparara la práctica del análisis de orina, se constata la vulneración del art. 18.1 CE al actuar sin autorización sobre ámbitos que exigían, además del consentimiento, una información expresa y previa a la misma.

ÍNDICE

1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR VERSUS VIGILANCIA DE LA SALUD EN LA EMPRESA
2. REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR EN LOS EXAMENES MÉDICOS QUE PUEDEN DAR LUGAR A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: BREVE CONSIDERACIÓN DEL ART. 22 LPRL

1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR VERSUS VIGILANCIA DE LA SALUD EN LA EMPRESA

Cuando se afronta el análisis de una Sentencia como la que nos ocupa uno no puede por menos que rememorar aquellas palabras de nuestro TC, tantas veces invocadas en el sentido de que «*la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano*», «*ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquella por cuenta ajena y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)*»¹.

¹ STC 88/1985, de 19 de julio (F.J. 2.º).

Pues bien, la presente Sentencia constituye una nueva oportunidad para calibrar, a juicio del TC, como resolver la disparidad de intereses que en ocasiones concita el ejercicio por parte de los trabajadores de sus derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución. En este caso, el derecho en disputa —pues tal es el objeto central de la demanda de amparo presentada por una trabajadora—, lo constituye el derecho a la intimidad personal *ex art. 18.1 CE*. Derecho cuya eficacia horizontal depende, vista la parquedad del texto constitucional, de la labor que desempeñe tanto el TC, como del alcance que posea la intervención legislativa en relación con el mismo².

Del reconocimiento constitucional que se hace en el art. 18.1 CE del derecho a la intimidad —salvada su condición de derecho autónomo respecto de otros como el derecho al honor o el derecho a la propia imagen—, nos interesa destacar en estos momentos su condición de derecho de la personalidad, en cuanto derivación de la dignidad humana (art. 10.1 CE), del que nuestro TC ha resaltado desde antiguo su condición de derecho que «*implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana y referido preferentemente a la esfera estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo*»³, y que «*no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada*»⁴.

Estricta es sin duda el calificativo que merece la consideración jurisprudencial del derecho a la intimidad al menos en los primeros años de

² En ese sentido, y como apuntara en su momento SERRANO OLIVARES, R.: «El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral», *REDT*, núm. 103, 2001, pág. 99, en relación con este derecho, asumiendo los planteamientos de JIMÉNEZ CAMPO, J., «*en tanto que la definición normativa del derecho es tarea que realiza prioritariamente la Constitución, la delimitación del derecho, en cuanto determinación del ámbito concreto en que aquél ha de desenvolverse, está llamada a efectuarse por el legislador*», siempre por supuesto, añadimos nosotros, sin perder de vista éste último el respeto de lo que se considera como contenido esencial del derecho fundamental, cuestión ésta en la que resulta clave la función interpretativa de nuestro TC.

³ STC 207/1996, de 16 de diciembre (F.J. 3.º), con cita de jurisprudencia anterior como STC 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994, o 143/1994, y que precisamente versa sobre la prueba pericial practicada a un Guardia Civil para determinar si era consumidor de cocaína, consistente en la extracción ordenada por el Juez de Instrucción de cabellos del propio agente.

⁴ STC 142/1993 (F.J. 7.º).

actividad de nuestro Tribunal⁵. Estricta, por reducida. A fin de cuentas, uno de los primeros aspectos que resalta el TC es que el derecho que nos ocupa es un derecho que garantiza un espacio de reserva de los aspectos que se consideran más íntimamente personales, los que tienen que ver con la «*vida privada*» o lo «*íntimo*»⁶. Manejando con ello una configuración jurídica de menor amplitud —insistimos por tanto, reducida— que la que maneja por ejemplo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en su art. 8.1, que reconoce en términos generales a «*toda persona*» el «*derecho al respeto de su vida privada y familiar*», puesto de manifiesto cuando se advertía que, en principio, no se ven afectadas por este derecho las relaciones sociales y profesionales que pudieran darse con ocasión del desempeño de la actividad laboral —aunque esto hoy día sabemos que no es exactamente así si consultamos la jurisprudencia constitucional sobre el uso de medios audiovisuales para el control de los trabajadores y las circunstancias que deben concurrir para que las medidas empresariales no vulneren precisamente el art. 18 CE —⁷.

De igual manera, defensivo sería también el calificativo a emplear en este caso a la hora de calificar el carácter del derecho que concita nuestro interés⁸. No en vano, si atendemos a lo que nos dice el TC en relación con el derecho a la intimidad, lo que se viene a preservar con este derecho es un determinado ámbito frente a posibles acciones de intromisión y de difusión de aspectos que puedan conocerse de esa intimidad. En este sentido cabe hablar perfectamente de una dimensión negativa del derecho, en cuanto «*exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona*», y de una dimensión positiva en la que «*se confiere a su titular el control de los datos e información relativos a la propia persona*»⁹.

Con todo, no podemos obviar que sobre todo a partir de la década de los noventa el TC comienza a manejar un concepto más amplio de lo que es

⁵ En este mismo sentido, SERRANO OLIVARES, R.: «El derecho a la intimidad...», *op. cit.*, pág. 106.

⁶ Términos por otro lado oscuros, y cuya utilización posiblemente tengan su origen en la configuración originaria de este derecho de construcción claramente anglosajona —*right to privacy*—. Sobre la relatividad del concepto de intimidad puede consultarse DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998, pág. 69 y ss.

⁷ Véase por todos a este respecto, de nuevo, DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador...*, *op. cit.*, págs. 295 y ss.

⁸ SERRANO OLIVARES, R.: «El derecho a la intimidad...», *op. cit.*, pág. 105, califica a la intimidad como «*derecho de defensa o exclusión*».

⁹ En este sentido, DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador...*, *op. cit.*, pág. 73. insiste en el «*aspecto negativo*» y el «*aspecto positivo*» de este derecho, sobre el que existe cierta coincidencia doctrinal.

el derecho a la intimidad,¹⁰ en línea con lo que es el reconocimiento que se hace en el art. 8.1 CEDH y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH,¹¹ planteando que la «*intimidad (...) es también protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo*» (STC 142/1993),¹² o que «*la protección de la vida privada como protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo*» (STC 202/1999)¹³ constituye un elemento teleológico que este derecho incorpora. En definitiva, se insiste más en la faceta del derecho a la intimidad como derecho de libertad o autonomía del individuo.

Precisamente, y con ello retomamos el comentario de la STC 196/2004, en el presente caso podríamos plantearnos que está en juego esa doble concepción: el derecho a la intimidad como derecho defensivo frente al conocimiento de los demás, y también como derecho de autonomía. Y sin embargo, la argumentación del Tribunal se centra en esta ocasión en subrayar especialmente el valor del derecho a la intimidad como derecho defensivo.

En efecto, dos son los aspectos que considera como fundamentales en la resolución del recurso de amparo que nos ocupa —donde a fin de cuentas lo que está en juego es hasta qué punto un análisis de orina entregado libremente por una trabajadora puede emplearse para extraer información no autorizada por dicha persona—, a saber:

- a) Si las actuaciones médicas inciden o no en el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE). Situación que descarta al entender que si bien la «*intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal*» —recordándonos una argumentación ya conocida en el sentido de que «*el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural*»—, no pueden considerarse «*como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona*» (F.J. 5.º).
- b) Si la actuación llevada a cabo por la empresa y sus servicios médicos contaba con amparo legal, o en su caso fue consentida por

¹⁰ Véase STC 151/1997, de 29 de septiembre; 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio. Un comentario a las mismas, precisamente en el sentido aquí expresado, en SERRANO OLIVARES, R.: «El derecho a la intimidad...», *op. cit.*, págs. 120 y ss.

¹¹ *Vid.* entre otras la STEDH Caso X e Y de 26 de marzo de 1985.

¹² (F.J. 8.º).

¹³ (F.J. 2.º).

la recurrente. Y en ese sentido el TC argumenta fundamentalmente que:

- 1.º Que pese a que el art. 18.1 CE no prevea la posibilidad de un sacrificio legítimo de este derecho el «*interés público es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos*», si bien «*las posibles limitaciones deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora*» (F.J. 6.º). Subrayando con ello la importancia del papel legislativo en la eficacia horizontal del derecho, como señalamos al comienzo de nuestro análisis, y el carácter de derecho no absoluto del derecho a la intimidad, como no podía ser de otra manera, dada la confluencia de intereses que se producen en la sociedad, y en el presente caso en los centros de trabajo.
- 2.º Que «*nos encontramos en el marco ordinario de vigilancia de la salud, voluntaria y consentida, sin ningún componente adicional que obligue a otro tipo de ponderación*». Con lo que el Tribunal resalta que no se ha evidenciado la concurrencia de circunstancias, que por razón del riesgo inherente al trabajo, justifique la necesidad de practicar la analítica, y convierta por tanto una prueba médica en principio voluntaria —tal es precisamente la regla de oro en la materia con origen en el mencionado art. 18.1 CE—, en obligatoria ¹⁴.
- 3.º Que la intervención sobre la intimidad personal, para que sea eficaz, requiere que el trabajador sea informado expresamente de las pruebas médicas «*especialmente invasoras de su intimidad*» —insiste por tanto en la figura ya consagrada por la jurisprudencia constitucional del llamado «consentimiento informado»—, información que además también se ha de proporcionar en todos aquellos casos en que las pruebas a practicar sean ajenas a la finalidad normativa de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo, resultando exigible «*particularmente en aquello que no sea previsible*» (F.J. 9.º).

¹⁴ Recuérdese que el art. 22.1 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), consagra como excepciones a la voluntariedad de la vigilancia de la salud «*los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en un disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad*».

La consideración en el presente caso del derecho a la intimidad como derecho defensivo, no debe hacernos perder de vista, en una valoración de conjunto del fenómeno, la importancia que en ocasiones cobra la antes mencionada calificación del derecho como derecho de autonomía. Algunas alusiones, aunque de forma muy somera, encontramos en el texto de la Sentencia, rememorando por cierto el planteamiento que se hizo en su día en la STC 207/1996 —aquella en que se apreció la vulneración del derecho a la intimidad de un Guardia Civil al que un Juez pretendía someter a la extracción de cabellos para determinar, previo análisis, si en algún momento había sido consumidor de sustancias estupefacientes—. Así, por ejemplo, en el F.J. 5.º se argumenta en un momento determinado que *«una prueba médica realizada en términos objetivos semejantes supone una afectación en la esfera de la vida privada de la persona, a la que pertenece, sin duda, el hecho de que de haber consumido algún género de drogas»*. Por su parte, en el F.J. 9.º se menciona como parte de la construcción jurisprudencial en torno al art. 18.1 CE que el derecho a la intimidad personal abarca también los *«datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad»*.

Que duda cabe que no todas las informaciones sobre la vida privada que pueden conocerse por la empresa tienen el mismo impacto social, precisamente por el desvalor social que pueden implicar. No es lo mismo que se conozca que el trabajador sólo posee por nacimiento un único riñón, que el que se evidencie que es consumidor de drogas o portador del VIH. Desde esa perspectiva, existen unas conductas más dañinas que otras, por el contenido de la información, y que por tanto merecerían un mayor reproche, aunque la vulneración del derecho pueda considerarse que es la misma —el derecho se vulnera o no, otra cosa es la intensidad del daño que esa vulneración pueda producir—. En ese sentido, cabría hablar de vulneraciones especialmente cualificadas.

Con todo, en la Sentencia comentada hay un elemento que se menciona por la empresa en su descargo que merece alguna consideración desde esta perspectiva. En el número 7 de los antecedentes de hecho, observamos que la empresa alega en su defensa que fue la propia recurrente la que decidió revelar cuál había sido el resultado del análisis y la razón de su calificación como no apta, no desarrollándose por parte de la empresa o de su servicio médico actividad alguna que diera pie a revelar o dar publicidad de los resultados obtenidos de tales pruebas médicas, pues la empresa sólo conoció la calificación de «no apto» de la trabajadora. Si nos atenemos al texto de la Sentencia en ningún sitio se dice que esto no fuera así, por tanto se trata de un hecho que podemos considerar como cierto.

¿Qué virtualidad puede tener esta argumentación? De cara a lo que es la defensa de la posición de la empresa bastante relativa. Si acaso poner de manifiesto que el desvalor social, de producirse, ha tenido su origen en el



propio comportamiento de la trabajadora, que para reforzar su argumentación sobre la vulneración del derecho a la intimidad revela que el motivo de la calificación como «no apto» es el elevado índice de sustancias estupefacientes (*cannabis* concretamente) que la trabajadora mostraba en su organismo. Tal vez por ello, el TC no insiste en esa consideración del derecho a la intimidad como derecho de autonomía. A fin de cuentas, la mayor repercusión social tiene su origen en el propio comportamiento de la trabajadora al ejercitar su defensa jurídica.

Decíamos hace un instante que la virtualidad de la argumentación antes mencionada era relativa. Y lo es porque pese a ser la empresa escrupulosa aparentemente con las exigencias legales que se derivan de la LPRL — a la empresa los servicios médicos sólo le remiten la calificación que le merece la trabajadora desde el punto de vista médico (apto / no apto), en ningún caso le revelan la patología—, la vulneración del derecho a la intimidad existe al no haberse producido el consentimiento informado de la trabajadora que, como hemos comentado ya, no fue advertida del uso exacto que se iba a dar a la orina suministrada.

En su descargo —antecedente núm. 7— la empresa alega el conocimiento por parte de la recurrente de las prácticas médicas habituales de la empresa y el fin de las mismas. Prácticas que encontrarían su acomodo en el propio convenio colectivo aplicable —donde se contemplaba la posibilidad de realizar pruebas médicas para determinar la aptitud del trabajador— y en el art. 22 LPRL. A mayor abundamiento, argumenta que en una actividad como la que realizaba la recurrente en Iberia, «dedicada al servicio público» —recordemos que su categoría era la de «agente administrativo»—, resulta «absolutamente lícito que la empresa establezca (como fijaban sus protocolos médicos) que el consumo de estupefacientes determina la «no aptitud del trabajador» para la prestación de servicios».

No pretendemos entrar en estos momentos en una consideración de la legislación sobre vigilancia de la salud en los centros de trabajo, entre otras cosas porque el segundo epígrafe de este análisis tiene esa finalidad. Pero sí señalar la problemática constitucional que frecuentemente encierran los reconocimientos médicos que con carácter general suelen preverse en la negociación colectiva, como una técnica más para determinar la aptitud del trabajador contratado, que es precisamente lo que ocurre en el caso de la empresa enjuiciada. Y es que como en algún caso se ha señalado ya, la negociación colectiva «se revela absolutamente inidónea para disciplinar los reconocimientos médicos obligatorios»¹⁵ —por la vulneración que supone

¹⁵ GOÑI SEIN, J.L.: «Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales», *RDS*, núm. 5, 1999, págs.

ello del derecho a la intimidad—, pudiendo a lo más asumir una función complementaria respecto de los reconocimientos médicos obligatorios previstos por la ley, que en ningún caso podrá llegar al extremo de prever supuestos nuevos de obligatoriedad.

Con todo, tampoco olvidemos que la empresa demandada alega la existencia de unos protocolos en poder de sus servicios médicos en los que se establece qué elementos determinan la aptitud, o en su caso la ineptitud, de un trabajador. Pero de poco sirven esos protocolos si en conocimiento del trabajador no se pone que la orina va a ser manipulada en el laboratorio para determinar la existencia de sustancias estupefacientes en el organismo del trabajador. La mera mención en el convenio colectivo de que la empresa podrá practicar reconocimientos médicos para determinar la aptitud del trabajador —ya descalificada en el párrafo anterior—, o la existencia de unos protocolos médicos, difícilmente validarán desde una perspectiva constitucional la calificación médica realizada si el trabajador no es objeto, como exige el TC y entendemos que así debe ser, de un «*acto expreso de información*» (F.J. 9.º), que le permita tomar una decisión en el caso concreto sobre su sometimiento o no al examen médico.

2. REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR EN LOS EXAMENES MÉDICOS QUE PUEDEN DAR LUGAR A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: BREVE CONSIDERACIÓN DEL ART. 22 LPRL

Hemos visto hasta el momento cómo el TC aprecia la vulneración del derecho a la intimidad en todos aquellos casos en que el trabajador habiendo dado su consentimiento no ha sido informado previamente de los objetivos que pretendía el examen médico. Y cómo esa vulneración se aprecia pese a que el convenio colectivo contemple tal medida como una de las técnicas a emplear por la empresa para determinar la aptitud de un trabajador para asumir a plena satisfacción un puesto de trabajo determinado. Lógico es pensar que el consentimiento del trabajador no se producirá en todos aquellos casos en que el mismo intuya que los análisis pueden revelar alguna carencia que, para los servicios médicos de la empresa, determinen su calificación como no apto, con el consiguiente riesgo cierto de que el empresario decida la extinción del contrato de trabajo, o su despido.

65-66. En el mismo sentido, más recientemente, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos», *RMTAS*, núm. 53, 2005, pág. 190.



Por tanto, si nos situamos en la posición del empresario, la pregunta sería en qué casos la empresa podría exigir un examen médico a sus trabajadores, para calibrar, por ejemplo, precisamente esa aptitud del trabajador que hemos mencionado. No pretendemos extendernos en exceso, por no ser el objeto central del análisis, pero si creemos oportuno avanzar algunos elementos que consideramos fundamentales en relación con este asunto.

Indudablemente, para valorar esta situación la norma a considerar principalmente es el art. 22 LPRL, que se configura como una de esas normas que, como comentamos al principio de estas páginas, contribuyen entre otras cosas a delimitar el ámbito de ejercicio de derechos fundamentales, como el de intimidad, al establecer cuándo este derecho constitucional debe ceder ante otros intereses concurrentes. Dicho precepto comienza resaltando cómo la vigilancia periódica de la salud de los trabajadores constituye una obligación de la empresa que atiende a la finalidad de detectar o apreciar elementos que indiquen la materialización de los «*riesgos inherentes al trabajo*»¹⁶, si bien esa vigilancia sólo puede llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento —por supuesto en los términos que determina la jurisprudencia constitucional: «consentimiento informado»—.

No obstante, en su párrafo 2.º, el art. 22.1 LPRL, establece que «*previo informe de los representantes de los trabajadores*», la voluntariedad de esta vigilancia periódica, y por tanto de posibles exámenes médicos, se exceptúa en los siguientes casos¹⁷:

- a) Cuando «*la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores*».
- b) Cuando dichos reconocimientos sean imprescindibles para «*verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa*».
- c) Cuando «*así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad*».

¹⁶ La obligación empresarial es de tal calibre que, con la normativa en la mano (art. 196 LGSS; art. 16 LPRL; normativa comunitaria en desarrollo de la Directiva Marco), prácticamente se puede concluir que el empresario está obligado a practicar un primer reconocimiento médico del trabajador, otra cosa es que éste consienta. En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J.: *Comentario a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 150-151.

¹⁷ Para una consideración detenida de estos supuestos, puede consultarse MARTÍNEZ FONS, D.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, particularmente págs. 35 y ss.

Por tanto, en los supuestos arriba consignados los exámenes médicos serían obligatorios.

Claro, la pregunta en nuestro caso sería si la situación descrita en la STC 196/2004 —trabajadora contratada recientemente respecto de la que se desea determinar su aptitud para el puesto de agente administrativo en empresa de aviación civil— encajaría en alguno de los supuestos descritos. Es claro que el TC ha descartado esta posibilidad. Sin embargo, un alegato en este sentido se produjo por la empresa que invocó el art. 22.1 LPRL, y acto seguido afirmó que en una actividad «*dedicada al servicio público*» el consumo de estupefacientes determina la no aptitud del trabajador para prestar servicios «*máxime si se tiene en cuenta que el propio Estatuto de los Trabajadores establece como causa de despido procedente la toxicomanía habitual*».

¿Resultaría posible por tanto encajar de alguna manera la situación descrita en alguno de los supuestos en que se exceptúa la voluntariedad del control médico?

El primer caso (letra a)) parece descartable *a priori*. No terminamos de ver de qué manera han podido influir las condiciones en que se realizaba el trabajo en el consumo de sustancias estupefacientes por la trabajadora. Por tanto un examen que pretendiera detectar sustancias de este tipo no estaría justificado desde la perspectiva de su obligatoriedad.

En cuanto al segundo caso (letra b)), podría pensarse que el alegato de la empresa va en la línea de sugerir que la trabajadora podía constituir un peligro para la clientela y demás compañeros. Si estuviéramos ante un piloto, sería planteable, pero no es éste el caso. Parece difícil, salvo que el trastorno de sus facultades fuera significativo. Desde luego, lo que no se puede presumir es, como sugiere efectivamente la empresa, que la toxicomanía sea habitual porque se alcancen unos niveles de concentración de sustancia estupefaciente en un momento determinado.

Finalmente, en cuanto al supuesto de la letra c), constatar simplemente que la empresa en ningún momento argumentó que existiera normativa específica en ese sentido, por lo que en principio no parece que la obligatoriedad se pueda plantear por esa vía.



4

Informes y Documentos







MEMORIA SOBRE LA ACTUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL SERCLA EN EL AÑO 2004

ÍNDICE

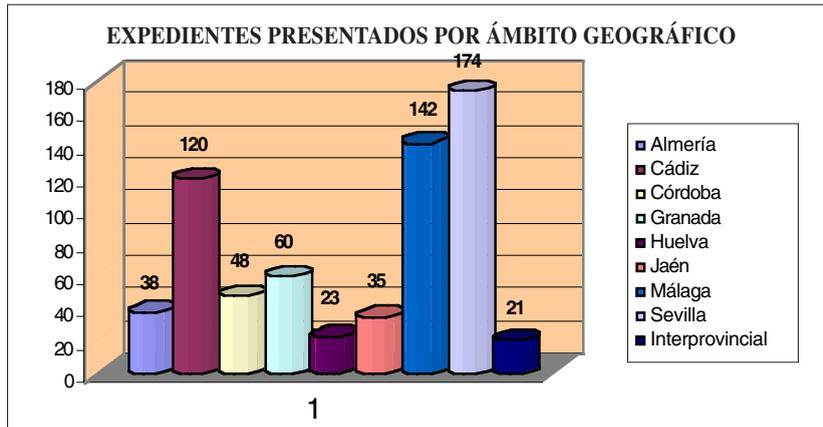
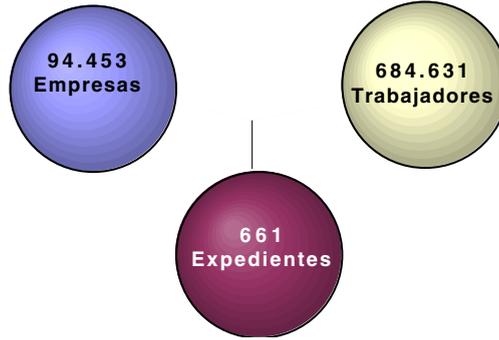
1. EXPEDIENTES PRESENTADOS
 - A. Ámbito territorial
 - B. Ámbito funcional
 - C. Ámbito temporal
 - D. Ámbito procedimental
 - E. Ámbito en función de actividades productivas
 - F. Promoción
 - G. Motivación
 - H. Ámbito privado/público
2. TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES
3. RESULTADOS OBTENIDOS
 - A. Resultados por ámbito geográfico
 - B. Resultados por ámbito funcional
 - C. Resultados por sectores de actividad
 - D. Resultados por promotores
 - E. Resultados por motivaciones
 - F. Resultados por ámbito privado/público
 - G. Resultados por modalidades procedimentales
 - G.1) Resultados en conflictos jurídicos
 - G.2) Resultados en conflictos de negociación o intereses
 - G.3) Resultados en conflictos previos a huelga

1. EXPEDIENTES PRESENTADOS

En 2004 se presentaron ante el SERCLA un total de 661 conflictos colectivos¹, cuya afectación personal alcanzó a 684.631 trabajadores, lo que supone el 48,37% de los trabajadores incluidos en la negociación colectiva andaluza y el 31,55% de la población asalariada en Andalucía. Estos con-

¹ En el presente informe no se tienen en cuenta los 8 procedimientos de conflicto colectivo promovidos ante el SERCLA, cuyo ámbito personal se refiere al personal estatutario del S.A.S., sometidos al trámite preprocesal conciliatorio ante este Sistema, conforme a Sentencia de Sala Social de Sevilla del TSJA núm. 4106/99 de 6 de noviembre, los cuales no tuvieron tramitación efectiva debido a la ausencia de nombramiento de mediadores por parte del Servicio Andaluz de Salud.

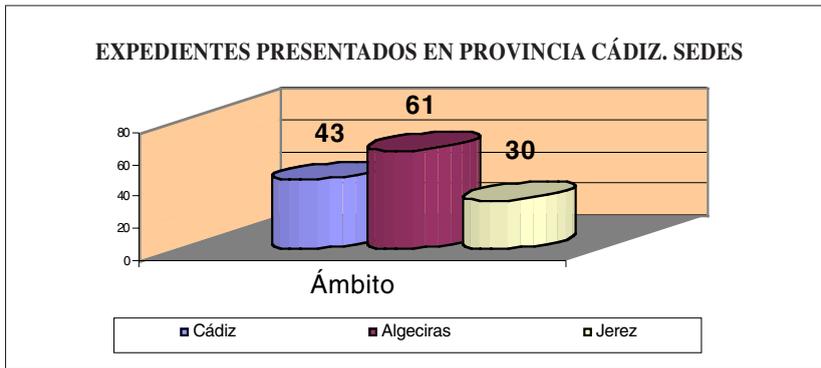
flictos afectaron a 94.453 empresas, es decir, el 40,82% de las incluidas en el campo de aplicación de los convenios colectivos de ámbito andaluz.



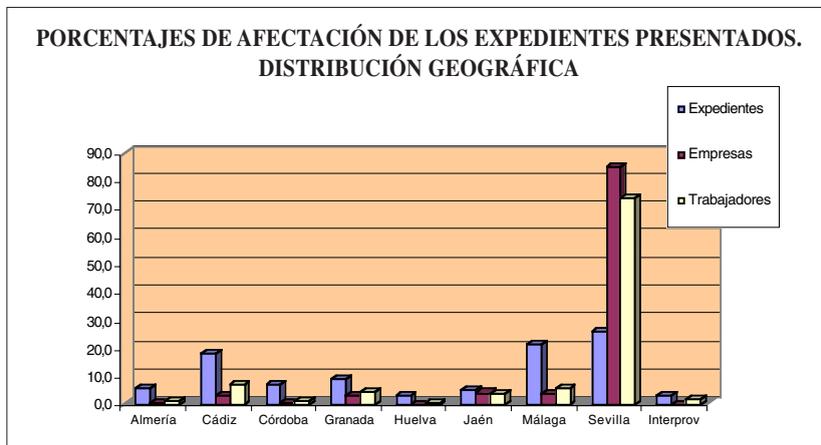
Al abordar un análisis de los conflictos iniciados en el año 2004 desde una perspectiva geográfica, se aprecia que la distribución territorial de los 661 expedientes promovidos pone de manifiesto que las mayores cifras corresponden a las provincias de Sevilla, Málaga, y Cádiz, representando la suma de estas tres provincias las dos terceras partes del total de los expedientes presentados. En este sentido, puede establecerse un paralelismo entre población ocupada y número de conflictos promovidos, dado que dichas provincias son las que tienen mayor número de población ocupada en el conjunto de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por otro lado, las menores datos en cuanto a conflictos promovidos corresponden tanto a la provincia de Huelva como al ámbito interprovincial.

En la interposición de conflictos ante el SERCLA es imprescindible mencionar la singularidad de la provincia de Cádiz, única en la que el Sistema cuenta con tres centros de actuación. De los 120 conflictos iniciados en esta provincia, la mitad se presentaron en Algeciras. De este modo, la

sede de la comarca del Campo de Gibraltar, como ya ocurriera en anualidades anteriores, registró un volumen de expedientes presentados superior al de la mayoría de las provincias de la Comunidad Autónoma.

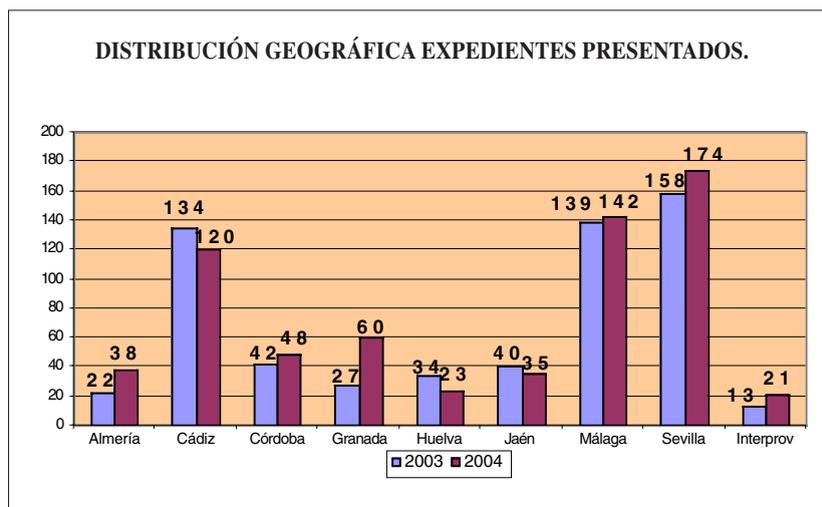


En lo que se refiere a las empresas afectadas por los expedientes iniciados en el año 2004 ante este Sistema, sobresalen los datos correspondientes a Sevilla, provincia a la que pertenecen un alto porcentaje de las empresas interesadas en los conflictos promovidos ante el SERCLA en esta anualidad, dato éste en el que resulta decisiva la presentación de cuatro conflictos sectoriales pertenecientes al sector agropecuario. Asimismo, cabe destacar el descenso que ha sufrido el número de empresas interesadas en los conflictos iniciados en el ámbito interprovincial, teniendo en cuenta que en el año anterior este ámbito acaparó el 40% del total de las empresas concernidas por los expedientes presentados, bien es verdad que dicha circunstancia se debió a la sustanciación de conflictos del sector de la construcción en Andalucía.

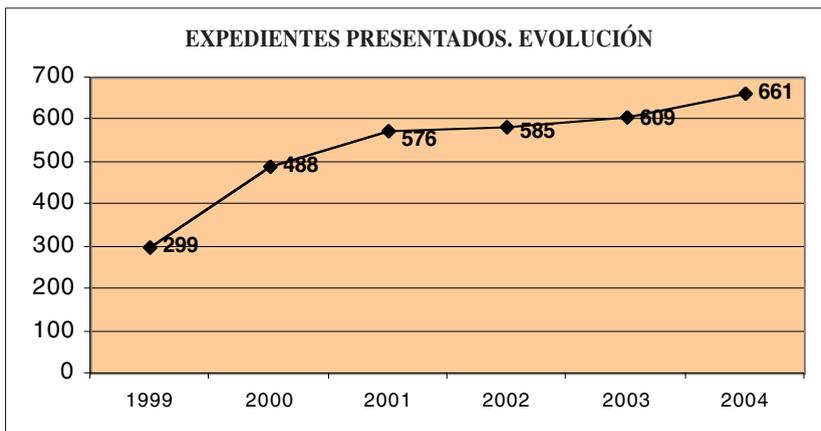
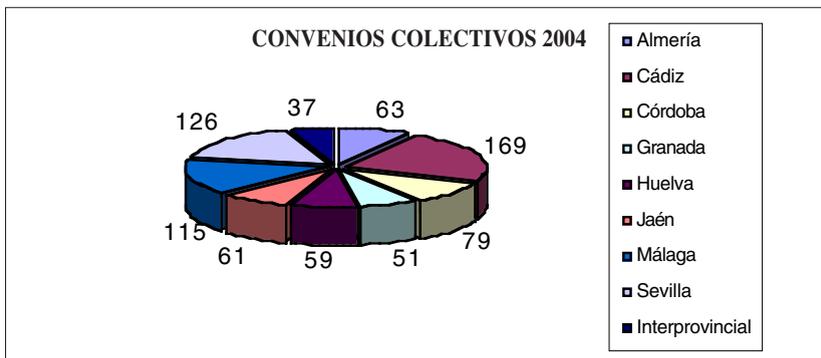


En lo que se refiere a la distribución provincial de los trabajadores afectados por los conflictos presentados, se aprecia que la cifra más reducida corresponde a Huelva. En el extremo opuesto se sitúa Sevilla, provincia que ostenta casi las tres cuartas partes del total de los trabajadores incluidos en los conflictos promovidos ante el SERCLA en 2004. En segundo lugar se sitúa Cádiz, sin duda por el peso de dos expedientes del sector Viticultura.

El número global de conflictos presentados en 2004 supone un incremento de un 8,53% respecto a los registrados la anualidad anterior. Al efectuar un análisis comparativo de los expedientes presentados por provincias, se aprecia que en esta última anualidad, los crecimientos porcentuales más acusados tuvieron lugar en Granada y Almería. Dato especialmente llamativo resulta ser el de la provincia granadina, ya que en 2004 duplicó el número de solicitudes de intervención del Sistema registradas el año precedente.



Teniendo en cuenta que en torno al 80% de los conflictos presentados ante el SERCLA se refiere a controversias derivadas de la negociación colectiva, resulta plenamente justificado que los ámbitos geográficos con menor número de convenios vigentes sean los que registran menor número de solicitudes de iniciación de procedimientos. Asimismo coinciden las provincias con mayor número de convenios colectivos vigentes con aquellas en las que se promueven más procedimientos de conflicto colectivo ante el Sistema. No obstante, porcentualmente hablando, y tomando como base el total andaluz, podemos afirmar que mientras Cádiz tiene en el conjunto de la Comunidad Autónoma mayor cuota de convenios que de conflictos, en los casos de Sevilla y Málaga ocurre lo contrario.

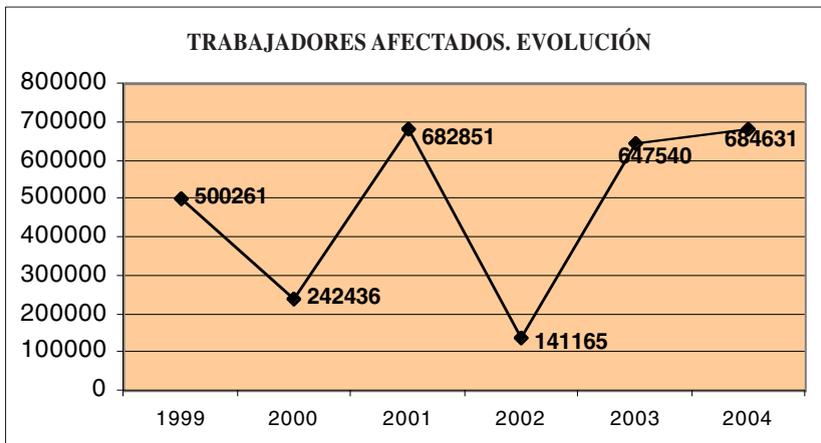
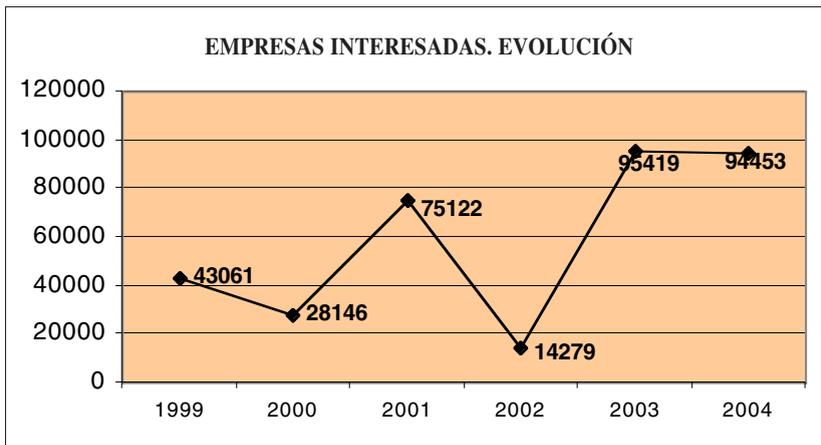


La creciente trayectoria del número de expedientes presentados ante este Sistema no debe ser interpretado como que ello se deba a un aumento de la conflictividad en la Comunidad Autónoma andaluza, sino más bien a que el

SERCLA ha sido asumido por los protagonistas de las relaciones laborales como un elemento dinamizador de la vida laboral del que se carecía con anterioridad.

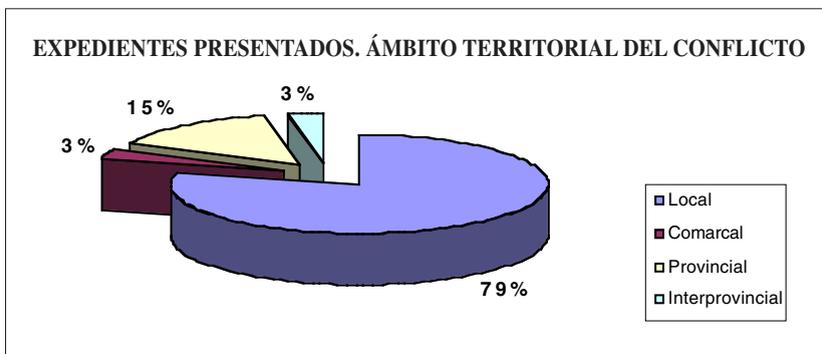
Nos encontramos ante un Sistema que pone a disposición de empresas y trabajadores un medio rápido y eficaz para la resolución de los conflictos. De este modo, podemos afirmar que el SERCLA se ha consolidado, erigiéndose en gestor de la práctica totalidad de las controversias laborales de Andalucía.

En los seis años transcurridos desde que el SERCLA comenzó sus actuaciones, se ha solicitado la intervención del mismo en 3.879 conflictos laborales, los cuales han tenido 444.933 empresas interesadas y 3.583.515 trabajadores afectados.



A. **Ámbito territorial**

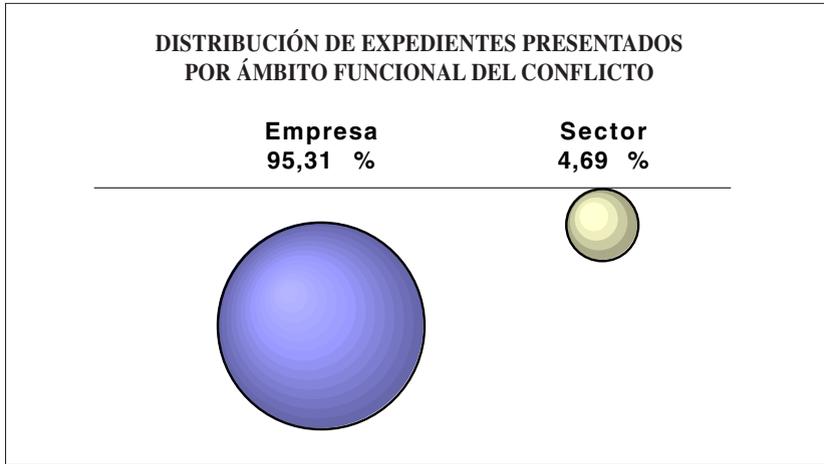
Los conflictos promovidos ante el SERCLA en 2004 tienen mayoritariamente un ámbito territorial local. Al mismo se adscriben 522 de los 661 presentados. A continuación se sitúan los conflictos de ámbito provincial (96). La incidencia tanto de los conflictos de ámbito comarcal (22) como interprovincial (21) resulta minoritaria.



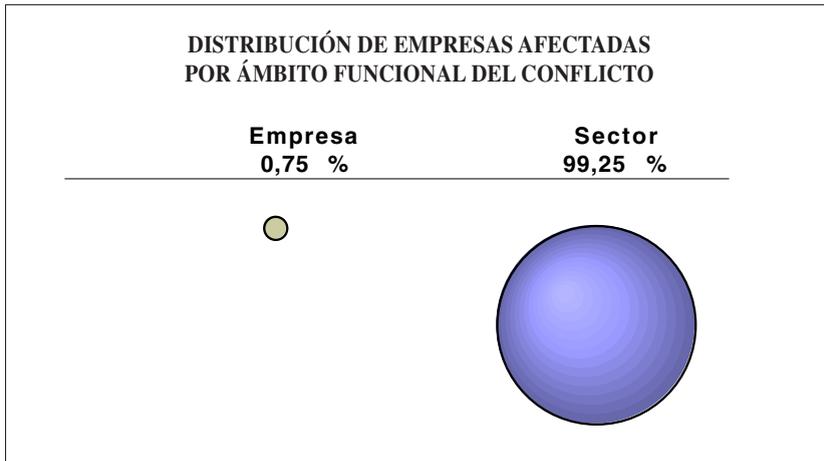
Si estos datos se comparan con los del año anterior, se observa que en 2004 ha crecido en dos puntos porcentuales la relevancia de los conflictos de ámbito local. Por el contrario, son los conflictos provinciales los que experimentan un leve retroceso.

B. **Ámbito funcional**

Como ya ocurriera en anteriores anualidades, la inmensa mayoría de los expedientes presentados ante el SERCLA en 2004 corresponde a conflictos de empresa (630). Los procedimientos de conflicto de sector ascienden a 31. Aquí se aprecia una cierta coherencia con lo que sucede en la negociación colectiva andaluza, en la cual los convenios de empresa suponen el 78,29% del total de los vigentes en la Comunidad Autónoma, siendo el 21,71% restante de carácter sectorial.

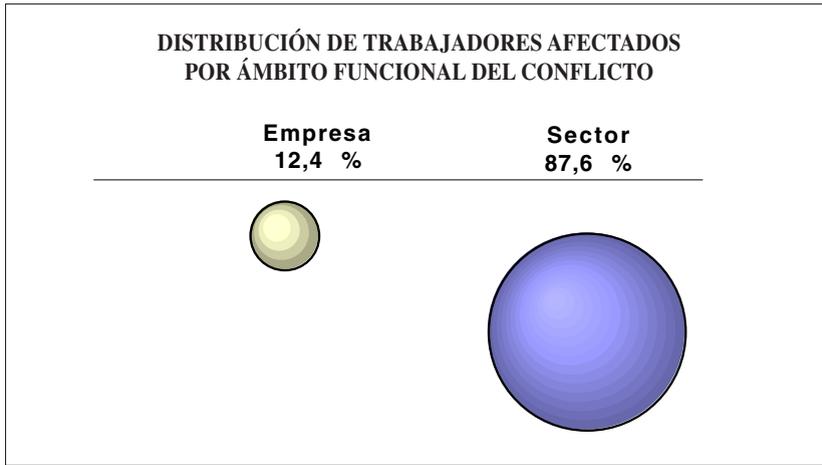


La mayoría de las empresas afectadas por los expedientes presentados en 2004 ante el SERCLA se incardina en el ámbito de los conflictos de sector (93.750), siendo muchas menos las encuadradas en los conflictos de empresa (703). Aquí apreciamos el paralelismo con lo que sucede en la negociación colectiva andaluza, en la cual al 99,74% de las empresas les son aplicables convenios de sector, teniendo convenios colectivos de empresa el 0,26% restante.

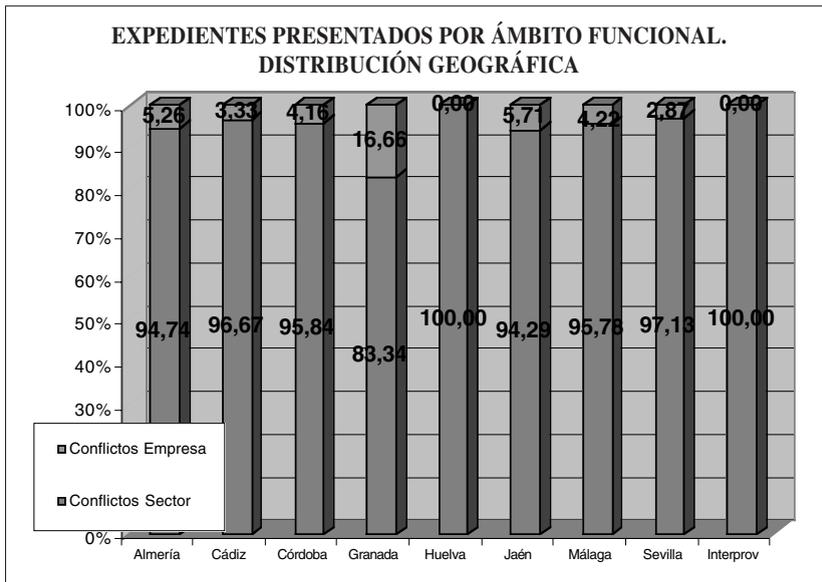


En cuanto al campo de afectación de los trabajadores, cabe destacar que mientras 84.900 son los incluidos en el ámbito de aplicación de los conflictos de empresa planteados, los trabajadores afectados por conflictos de sector interpuestos ante el Sistema en 2004 ascienden a 599.731. Aquí también

resulta oportuno recordar que en Andalucía, el 92,7% de los trabajadores concernidos por la negociación colectiva andaluza están afectados por convenios de sector, siendo aplicables los convenios de empresa al 7,3% restante.



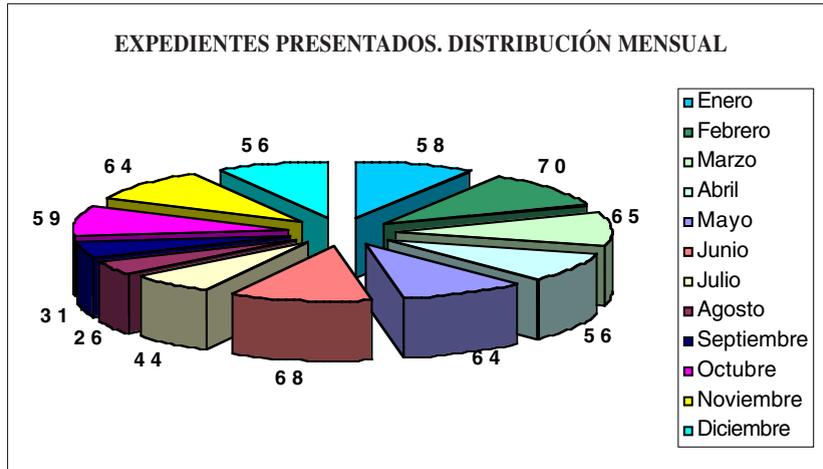
Al descender al análisis provincial, lo más llamativo resulta ser la elevada proporción de conflictos sectoriales en la provincia de Granada a lo largo de 2004. En esta provincia se registraron 10 conflictos sectoriales, ello supone un 32,25% con respecto a la totalidad de los expedientes de sector



presentados ante el Sistema en el conjunto de la Comunidad (31). Se trata de la provincia con mayor presencia relativa de tales conflictos, ya que los mismos acaparan casi el 17% del total de los presentados en el año, superando en más de diez puntos porcentuales la media andaluza.

C. **Ámbito temporal**

La media mensual de expedientes presentados durante el año 2004 alcanzó la cifra de 55 expedientes presentados, siendo el mes de febrero el que registró la mayor cifra en el número de conflictos promovidos. Los de menor actividad fueron agosto y septiembre.

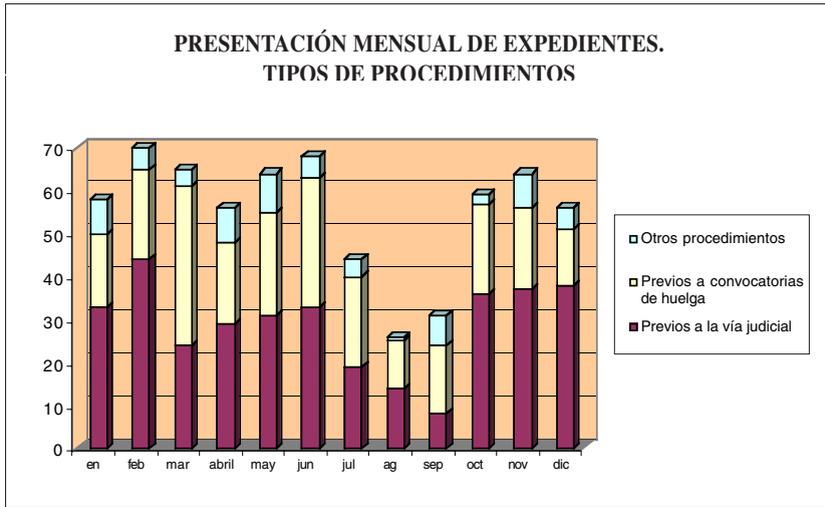


Si al analizar la fecha de presentación de los expedientes nos fijamos en el tipo de conflicto, se observa que el procedimiento previo a la vía judicial alcanza su cifra más elevada en febrero (44), siendo el mes de diciembre aquel en el que este tipo de procedimiento supone un mayor porcentaje respecto al total de procedimientos iniciados en el Sistema (67,85%). Por el contrario, septiembre es la mensualidad en que esta modalidad procedimental tiene menor relevancia en el global de los presentados ante el Sistema (25,80%).

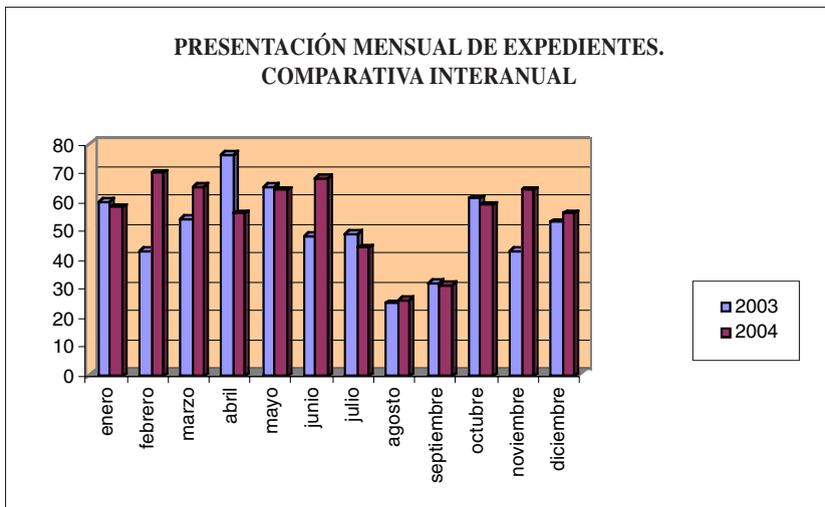
Marzo fue la mensualidad en la que más procedimientos previos a convocatoria de huelga se promovieron ante el SERCLA en el año 2004 (37), concurriendo también en dicho mes el mayor peso relativo de esta modalidad procedimental en el global de los conflictos interpuestos (56,92%).

Por último, otros procedimientos distintos al previo a vía judicial y al previo a huelga, fueron promovidos en mayor número en el mes de mayo

(9), si bien en el mes de septiembre alcanzaron una mayor cuota sobre el conjunto de los promovidos (22,58%).

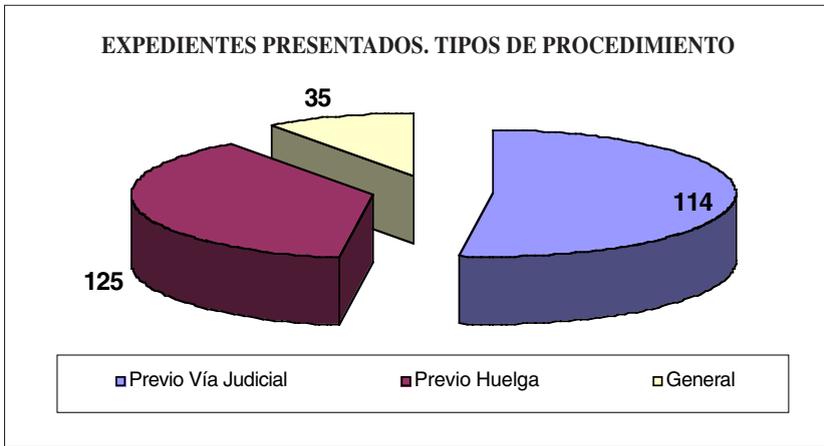


Al efectuar una comparativa con el año precedente, se aprecia que el incremento en la cifra global de expedientes presentados en 2004 se debe a las cifras registradas en febrero, junio y noviembre, meses que significaron un notable salto cuantitativo respecto a las correspondientes de 2003. Abril fue el único mes de 2004 en que el SERCLA recepcionó un número sensiblemente inferior a su equivalente del año anterior.

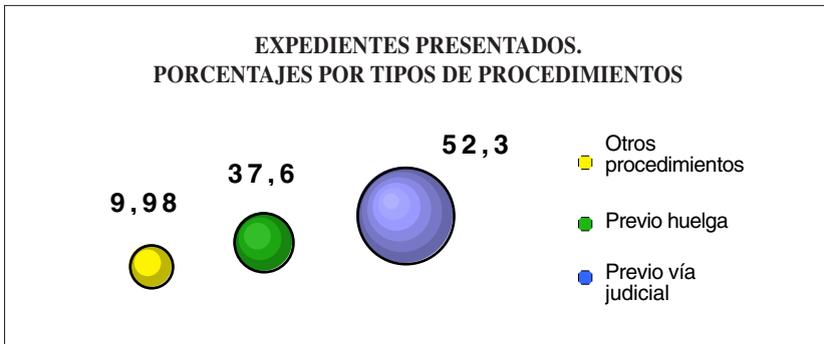


D. Ámbito procedimental

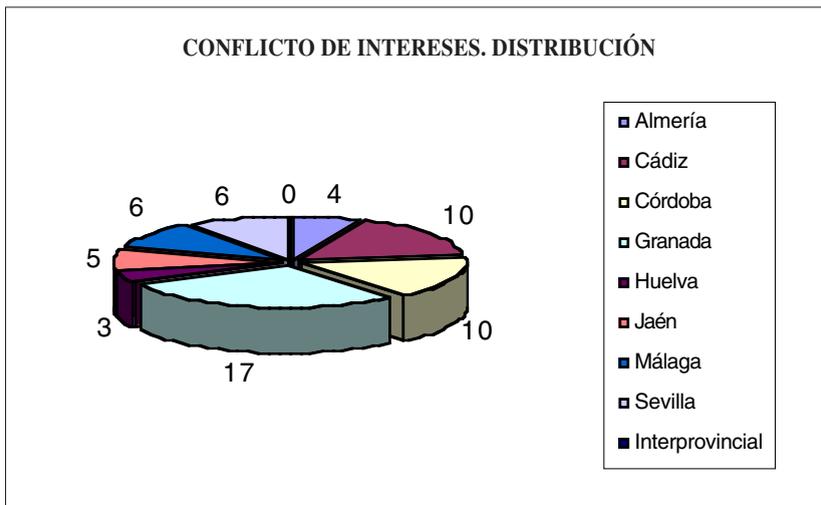
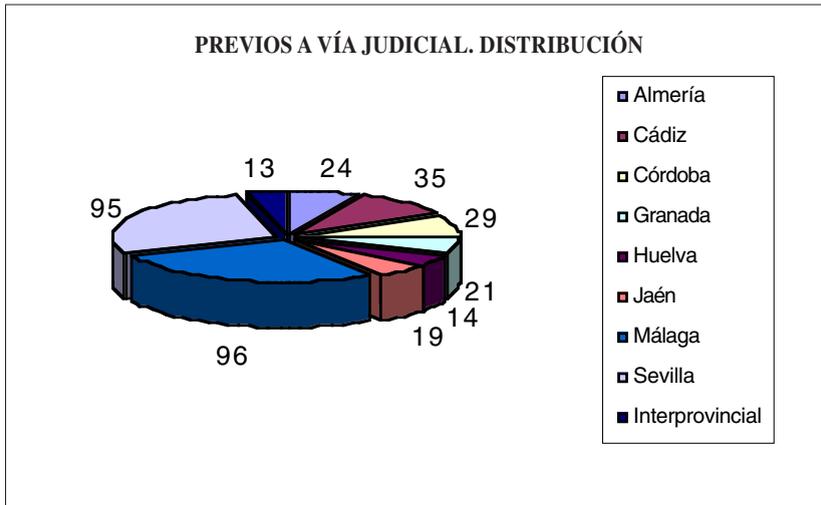
En 2004, en línea con lo sucedido en años anteriores, el procedimiento más utilizado fue el previo a la vía judicial, perteneciendo a esta modalidad 346 de los 661 presentados ante el SERCLA en dicho período. A continuación se situó el previo a la convocatoria de huelga, que abarcó 249 expedientes. Los 66 procedimientos restantes se distribuyeron del siguiente modo: 61 general, 4 arbitraje, y 1 de determinación de servicios de seguridad y mantenimiento.

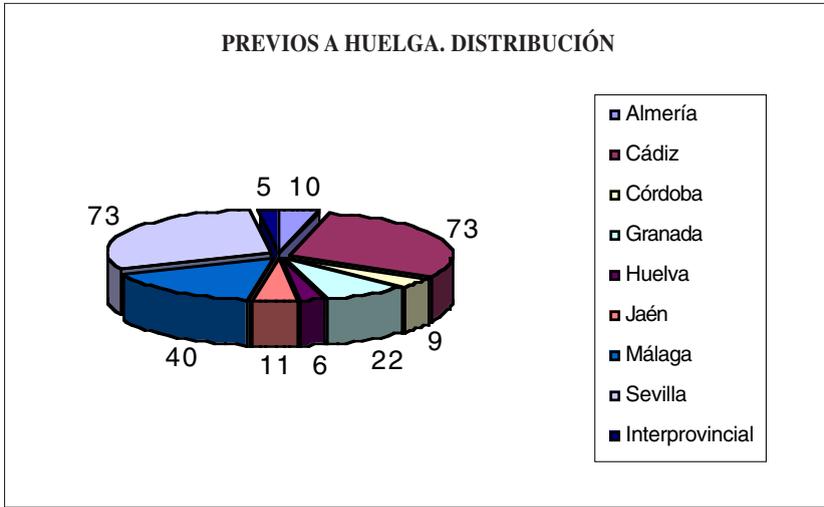


Los 4 arbitrajes solicitados a lo largo de 2004 suponen el 0,60% del total de expedientes presentados en el año ante el Sistema. Los 61 conflictos de intereses, presentados bajo el tipo de procedimiento general significan el 9,23% del global de los conflictos interpuestos. Por último, el único procedimiento de determinación de servicios de seguridad y mantenimiento equivale al 0,15% del total.

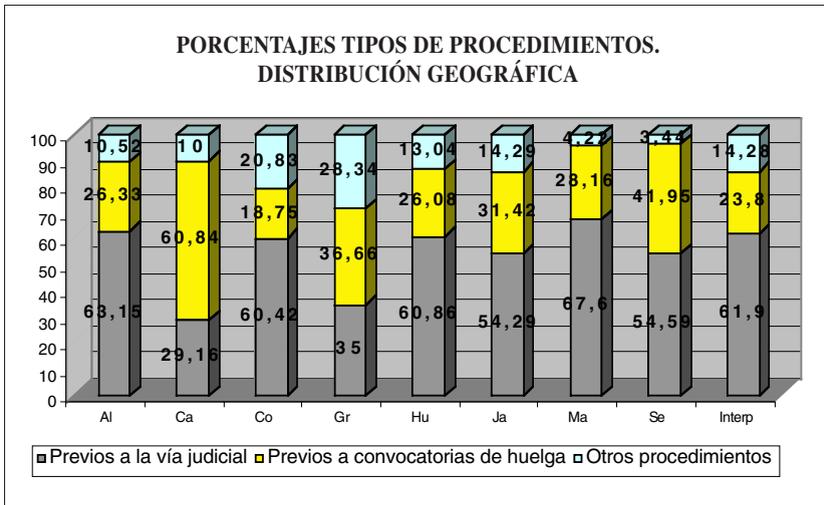


Estos datos suponen que, respecto al año anterior, disminuye la relevancia del procedimiento previo a la vía judicial en 4 puntos porcentuales y se observa un incremento en procedimientos previos a la convocatoria de huelga en el conjunto del Sistema en 4 puntos porcentuales.





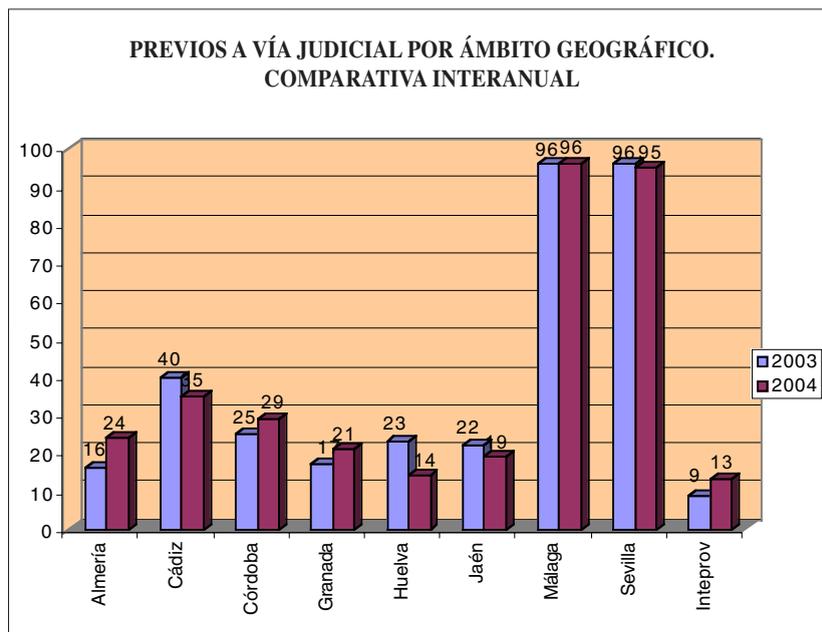
Las provincias de Málaga y Sevilla fueron las que registraron el inicio de más procedimientos previos a vía judicial (96 y 95 respectivamente), concurriendo en la sede malagueña la circunstancia de que esta modalidad procedimental alcanzó el mayor porcentaje respecto al total de expedientes iniciados en la provincia (67,60%). Por lo que se refiere a este tipo de procedimiento, el porcentaje más reducido correspondió a Cádiz (29,16%), siendo junto con Granada, las únicas provincias en las que se ve superado por el previo a huelga.



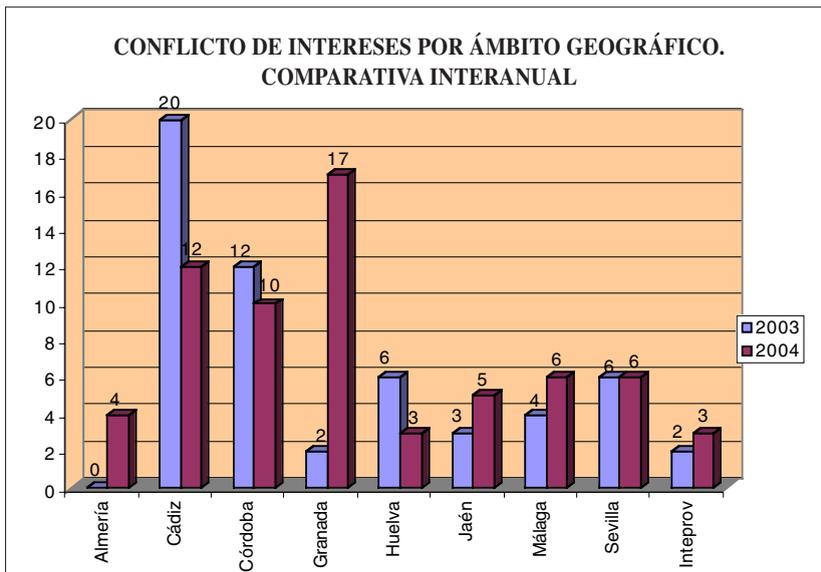
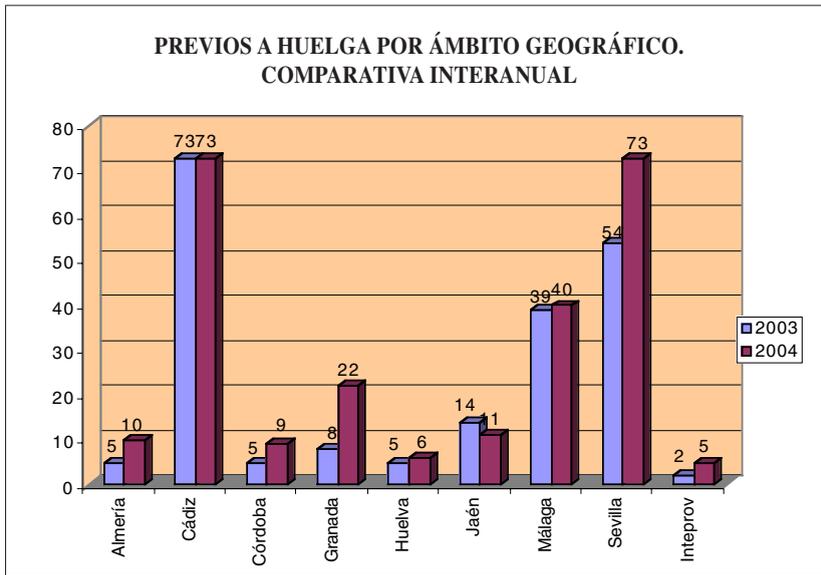
Córdoba fue la provincia en la que el procedimiento previo a convocatoria de huelga tuvo menor relevancia, abarcando solo 9 de los 48 expedientes presentados (18,75%). Por el contrario, y como ya ocurriera en anteriores anualidades, este tipo de procedimiento tuvo en 2004 en la provincia de Cádiz su mayor grado de utilización: El previo a huelga fue promovido en 73 ocasiones, lo que supone el 60,84% del total de expedientes iniciados en dicha demarcación, significando el 29,31% del conjunto de procedimientos previos a huelga promovidos en el SERCLA en el año 2004.

Si se desagregan los datos de la provincia de Cádiz, atendiendo a los tres centros de actuación con que cuenta el Sistema, se aprecia que el mayor recurso a este procedimiento se pone de manifiesto en los conflictos presentados en las sedes de las ciudades de Cádiz y Algeciras, observándose como en la primera el previo a huelga abarca 21 de los 33 promovidos (63,63%), mientras en la segunda comprende 37 de los 60 expedientes presentados (61,66%).

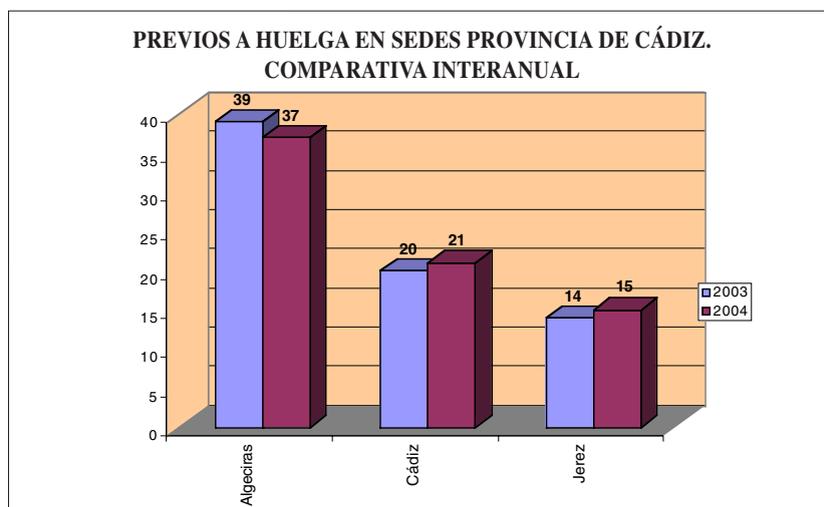
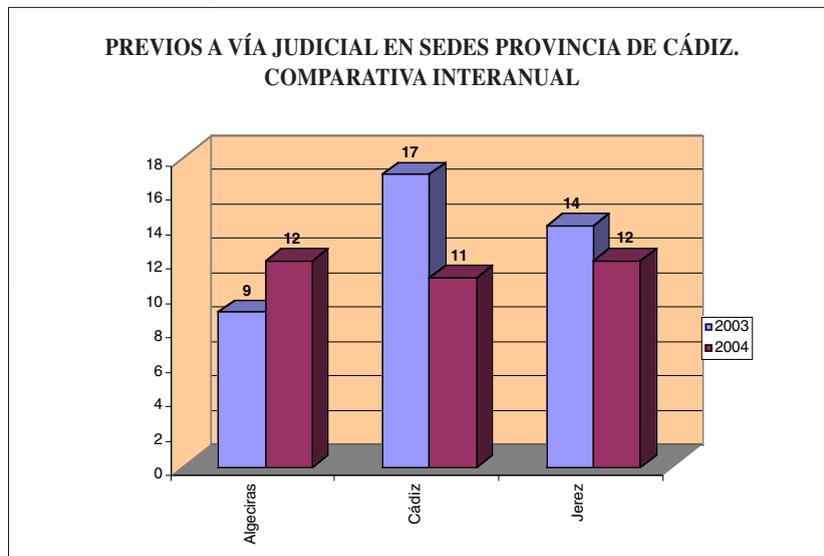
Respecto a los incluidos en la categoría de «otros procedimientos», lo más destacable es que alcanzaron su cifra más alta en Granada (17 conflictos de intereses), logrando en dicha provincia su mayor porcentaje sobre el conjunto de los presentados (28,34%). En sentido opuesto, Sevilla sólo registró 6 expedientes de este tipo, no superando el 3,44% del global de conflictos interpuestos.



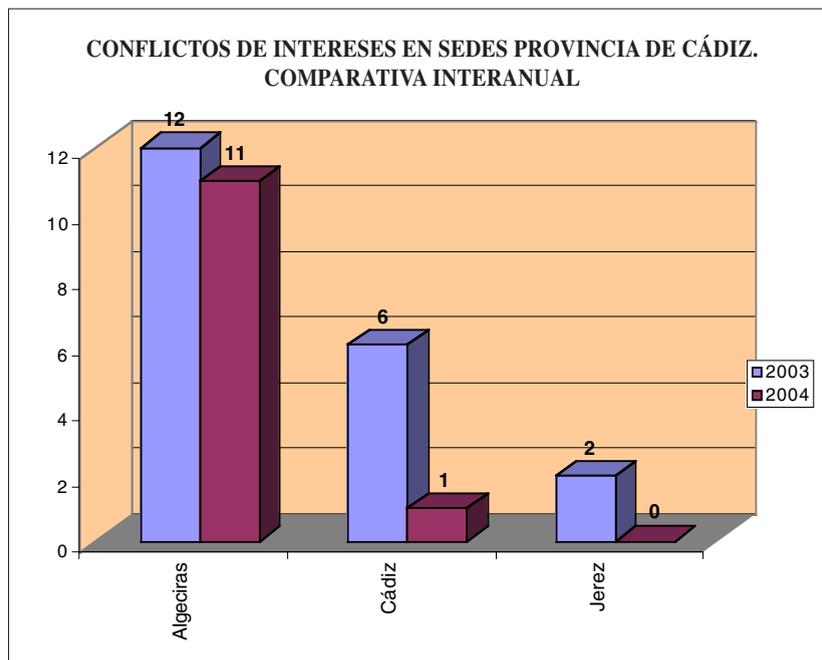
Si se realiza una comparativa interanual por provincias y modalidades procedimentales, se concluye un notable incremento del número de procedimientos previos a la vía judicial en Almería (+50%). Estos datos contrastan con los de Huelva, provincia en la que se detecta una caída de este tipo procedimental (-39,14%).



Respecto a los procedimientos previos a convocatoria de huelga, la comparativa interanual pone de manifiesto el aumento del número de expedientes presentados en casi todas las sedes con respecto a la anualidad anterior, con especial incidencia en Granada y Sevilla. La única excepción la constituye Jaén. Por otro lado, la comparativa interanual en cuanto a los conflictos de intereses evidencia una gran caída en el número de expedientes presentados en Cádiz y Huelva, circunstancia que contrasta con el enorme crecimiento en la promoción de estos procedimientos en Granada.



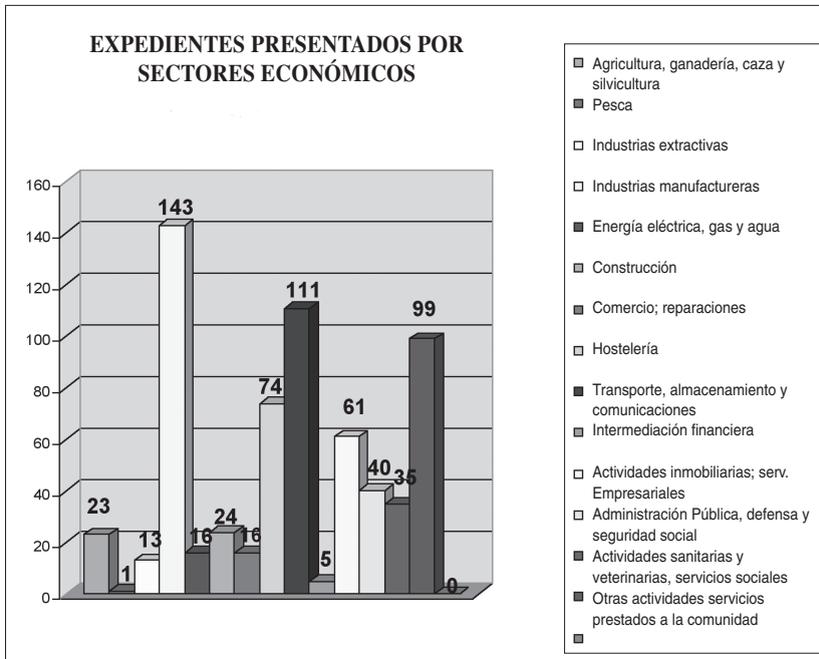
De la comparativa interanual relativa a las sedes ubicadas en la provincia de Cádiz, lo más llamativo es el retroceso observado en la sede de la capital respecto a la promoción tanto de los previos a vía judicial como de conflictos de intereses.



E. Ámbito en función de actividades productivas

Las actuaciones del SERCLA en el año 2004 por actividades productivas, se centraron en mayor proporción en el sector de Industrias Manufactureras, que abarcó el 21,63% del total de expedientes presentados. Ahondando en el desglose de este sector, se observa que casi la mitad de los expedientes encuadrados en el mismo, pertenecen a Metalurgia (68), situándose a continuación las Industrias de Productos Alimenticios y Bebidas (20), y la Industria Química (16).

Otros sectores afectados de forma significativa fueron los de Transportes Almacenamiento y Comunicaciones (16,79%) y Otras actividades servicios prestados a la comunidad (14,98%). Este último acoge a todos aquellos conflictos encuadrados en las actividades de saneamiento público. Los conflictos pertenecientes a Hostelería suponen el 11,20% del total. Por el contrario, la menor incidencia se registró en el sector de Pesca (0,15%).



En cuanto a las empresas afectadas, el mayor porcentaje corresponde al sector de Agricultura, ganadería, caza y silvicultura (87,90%), y ello debido a la presentación de varios conflictos sectoriales encuadrados en dicha actividad. A gran distancia le siguen las empresas encuadradas en Industrias manufactureras (8,66%).

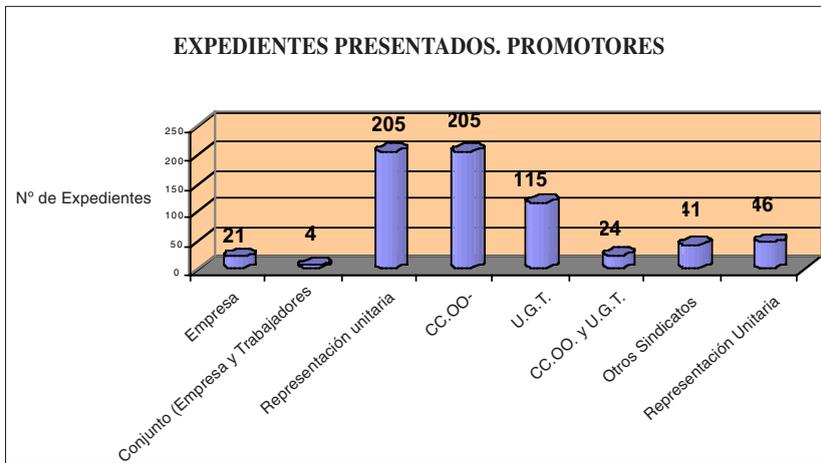
En cuanto a los trabajadores, la cifra más alta de los afectados por los procedimientos iniciados ante el SERCLA en el año 2004 pertenece también al sector de la Agricultura, ganadería, caza y silvicultura (76,21%), seguida del 9,41% de trabajadores afectados de Industrias manufactureras. En tercer lugar se sitúa el sector de Hostelería con el 3,11% de trabajadores afectados.

F. Promoción

El 31,01% de los 661 expedientes presentados en el año 2004 ante el SERCLA fue promovido por representantes unitarios de los trabajadores en la empresa. El 58,24% de los procedimientos fue de promoción sindical, siendo destacable el hecho de que a las Organizaciones Sindicales firmantes del Acuerdo por el que se constituyó el SERCLA les correspondió la promoción del 52,04% del total. También es perceptible la actividad de convoca-

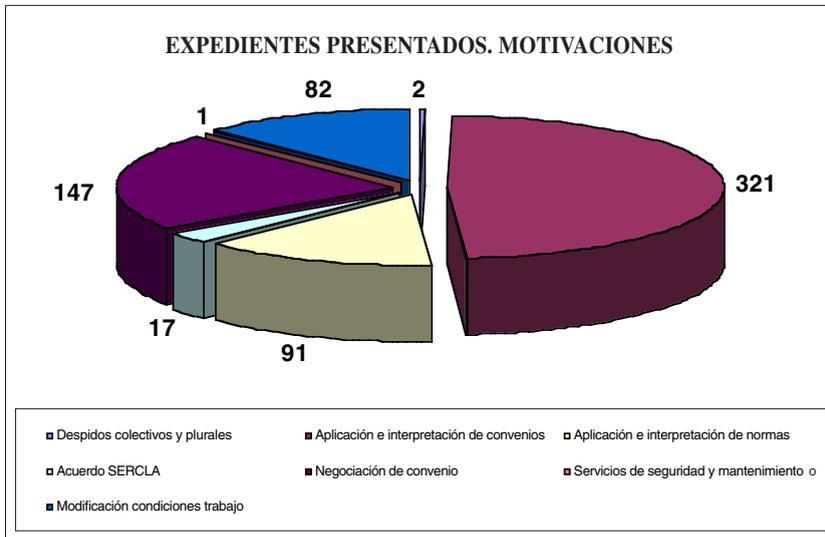
toria, aunque en menor medida, respecto a sindicatos distintos de los firmantes del Acuerdo, habiendo promovido éstos el 6,20% del total.

Los promovidos conjuntamente por representantes de los trabajadores y sindicatos alcanzaron el 6,95%. Los planteados conjuntamente por empresarios y trabajadores supusieron el 0,6%. Las empresas promovieron el 3,17% de los procedimientos.



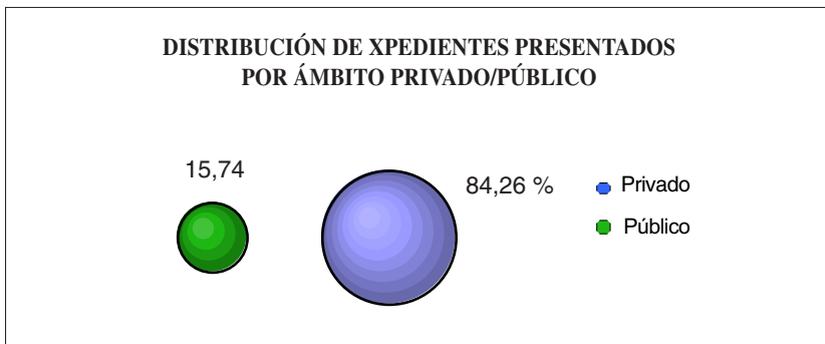
G. Motivación

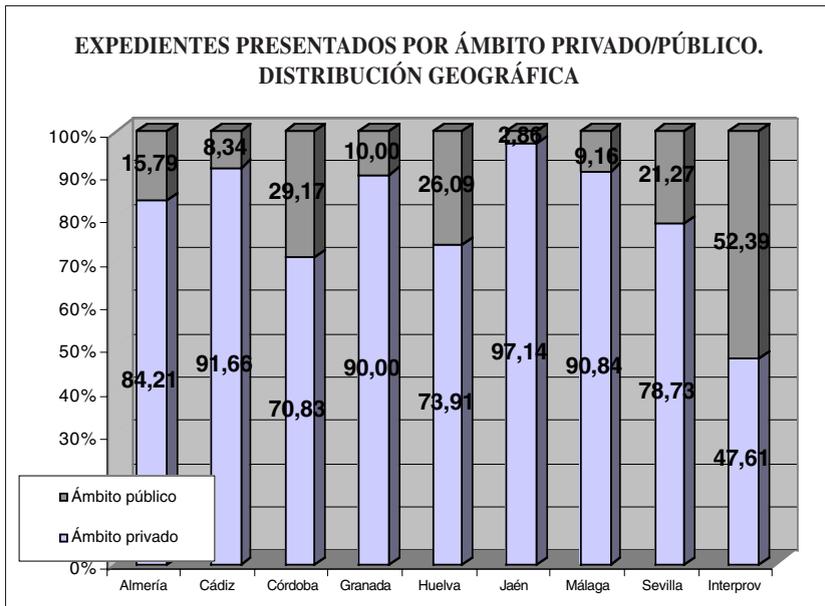
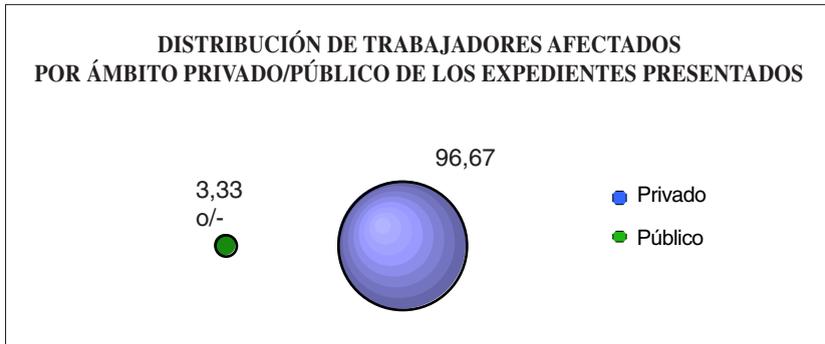
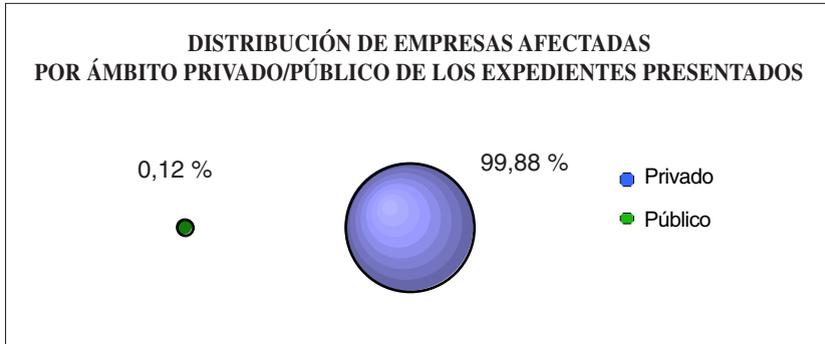
Los procedimientos que tienen su motivación en la aplicación e interpretación de los convenios colectivos suponen en el año 2004 el 48,56% del total. Los expedientes presentados cuyo objeto se refiere a la negociación de convenio abarcan el 22,24% del global. Resulta claramente inferior el porcentaje de conflictos (13,77%) que se derivan de la interpretación y aplicación de normas, lo cual es consecuencia de la prevalencia en la ordenación de las condiciones de trabajo de la norma convencional o pactada frente a la heterónoma. Como consecuencia de modificaciones de condiciones de trabajo pactadas, se ha planteado el 12,41%. La práctica totalidad de los mismos han alegado como motivo específico supuestos incumplimientos de requisitos de orden procedimental. El cumplimiento de anteriores acuerdos alcanzados en sede SERCLA motiva el 2,57% de los conflictos interpuestos. Por último, tanto los despidos colectivos y plurales (0,30%) como la determinación de servicios de seguridad y mantenimiento (0,15%), tienen muy escasa presencia.



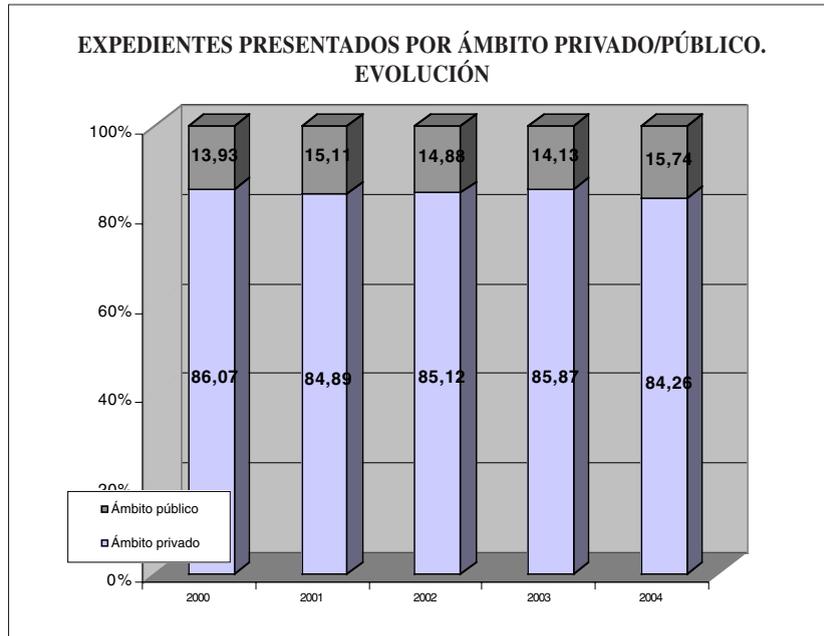
H. Ámbito privado/público

Al analizar la distribución de los 661 expedientes presentados en el año 2004 ante el SERCLA en función de su pertenencia al ámbito público o privado, se puede apreciar el predominio del sector privado, que comprende 557 conflictos suscitados en el Sistema en dicho período, correspondiendo al sector público los 107 restantes.





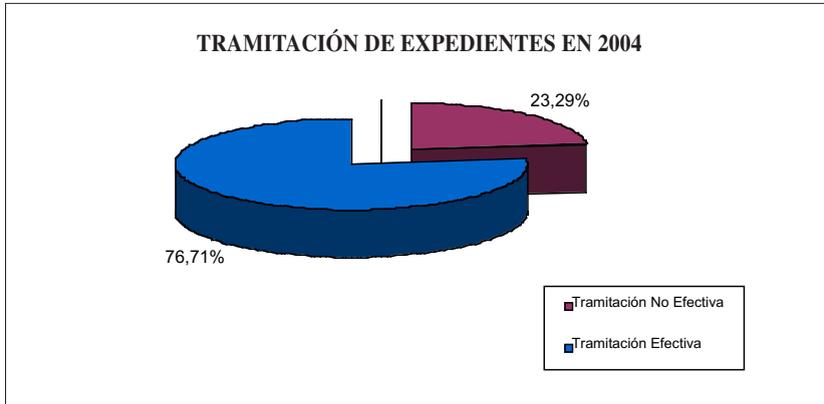
El ámbito interprovincial resulta ser el único en el que son mayoría los conflictos de sector público frente a los del privado. Al analizar los datos de las ocho provincias andaluzas, se observa que los conflictos encuadrados en el ámbito público registran los porcentajes de presencia más altos en Córdoba y Huelva.



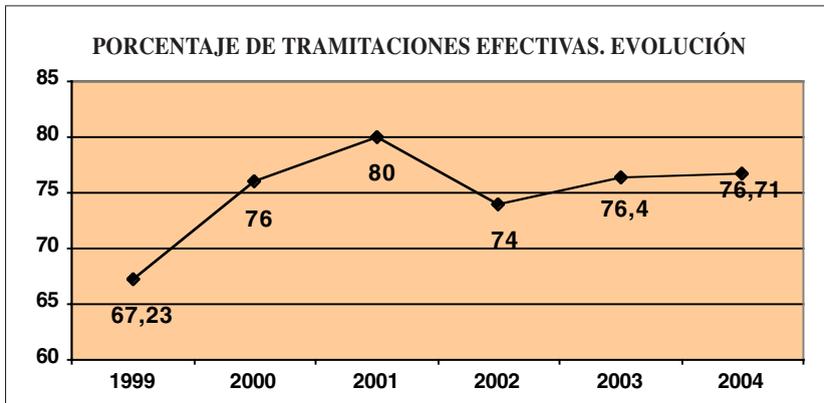
2. TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES

El año 2004 puede ser considerado como un período en el que se ha consolidado la línea ascendente en cuanto a la proporción que suponen los procedimientos que alcanzan la tramitación efectiva (507) en el conjunto de los promovidos ante este Sistema extrajudicial (661). En términos globales, la terminación anticipada sucedió en el 23,29% del total de los procedimientos iniciados (154), siendo tramitado efectivamente el 76,71% de los expedientes presentados.

Así, de los 657 procedimientos de Conciliación– Mediación presentados, una proporción muy elevada (505) concluyó su tramitación normal, permitiendo la intervención efectiva de la Comisión en el 76,86% de los expedientes. En el resto de los casos (152) el procedimiento concluyó anticipadamente por alguna de las causas previstas en el Reglamento de Funcionamiento y Procedimiento del Sistema (23,14%).

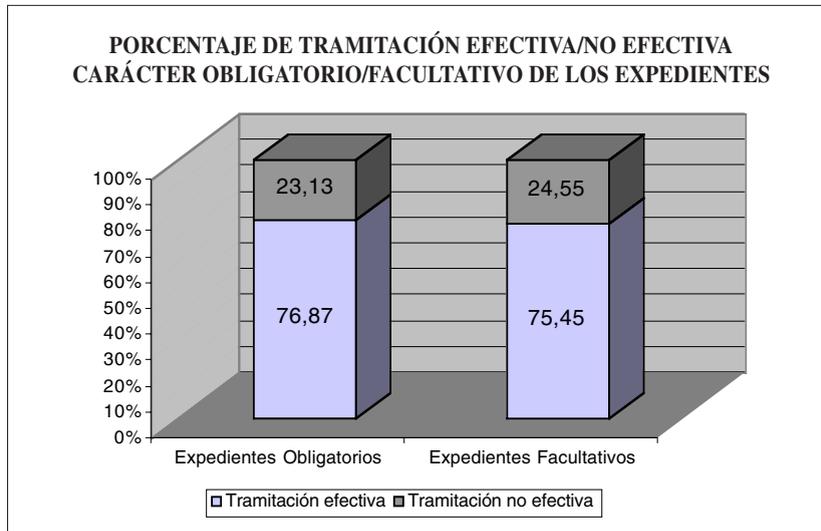


En lo que concierne a la tramitación de los 4 procedimientos de arbitraje solicitados, señalar que en 2 de los casos concluyó su tramitación efectiva con intervención del árbitro designado al efecto, dictándose los correspondientes laudos arbitrales. Los 2 restantes finalizaron mediante una resolución de archivo de actuaciones por falta de subsanación.



Al analizar los datos relativos a la tramitación de expedientes por el SERCLA debe atenderse también al carácter obligatorio o facultativo de su sustanciación ante este Sistema. En este sentido, conviene recordar que dicha obligatoriedad afecta tanto a los conflictos previos a la vía judicial como a los previos a huelga cuyo convocante sea alguna o las dos Organizaciones firmantes del Acuerdo constitutivo de este Sistema (UGT y CCOO).

Pues bien, en los expedientes presentados con carácter obligatorio, el porcentaje de tramitación efectiva se sitúa en el 76,87%, es decir, dieciséis centésimas superior a la media, abarcando a 339 de los 441 procedimientos obligatorios.



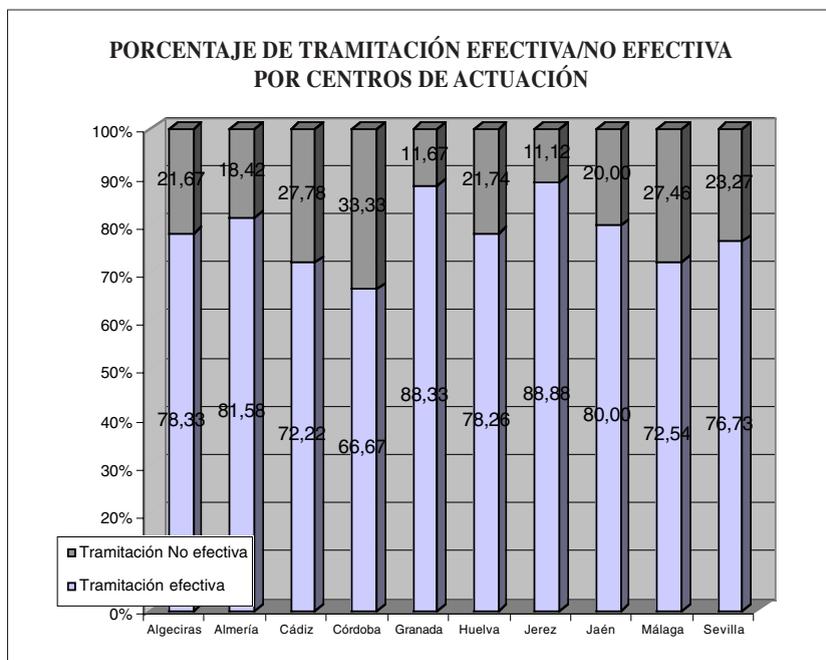
En el conjunto de los 220 expedientes presentados en 2004 ante el SERCLA con carácter facultativo, la tramitación efectiva se extiende a 166, lo que supone el 75,45% de los mismos, es decir, algo más de un punto porcentual inferior a la media del Sistema.

En la evolución en los seis años de funcionamiento del Sistema de la ratio de procedimientos efectivamente tramitados sobre el total de los presentados, se aprecia que el dato de 2004, además de ser el segundo mejor de los registrados desde el comienzo de actuaciones del SERCLA, viene a mejorar el del año precedente, consolidando la tendencia creciente iniciada entonces.

Tramitaciones efectivas realizadas por ámbito geográfico: Afectación						
Ámbito	Expedientes	%	Empresas	%	Trabajadores	%
Almería	31	6,1	584	0,6	7.262	1,1
Cádiz	94	18,5	2.858	3,1	44.929	7,1
Córdoba	32	6,3	371	0,4	6.147	1,0
Granada	53	10,5	2.914	3,2	29.444	4,7
Huelva	18	3,6	18	0,0	1.741	0,3
Jaén	28	5,5	2.527	2,8	10.679	1,7
Málaga	103	20,3	1.815	2,0	26.865	4,3
Sevilla	133	26,2	80.148	87,8	495.937	78,5
Interprovincial	15	3,0	18	0,0	8.828	1,4
Total	507	100,0	91.253	100,0	631.832	100,0

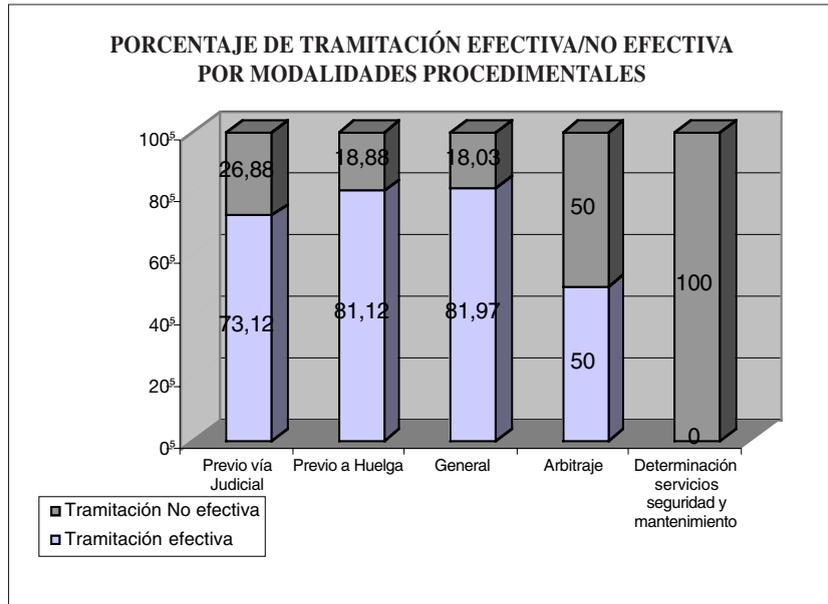
Tramitaciones efectivas realizadas por sedes en provincia de Cádiz: Afectación						
Sede	Expedientes	%	Empresas	%	Trabajadores	%
Cádiz	23	24,5	156	5,5	6.189	13,8
Algeciras	47	50,0	80	2,8	6.670	14,8
Jerez	24	25,5	2.622	91,8	32.070	71,4
Total	94	100,0	2.858	100,0	44.929	100,0

Los 507 procedimientos que alcanzan la tramitación efectiva afectan a 91.253 empresas y 631.832 trabajadores, los cuales representan el 96,61% de empresas y el 92,29% de trabajadores del campo de afectación de total de expedientes presentados. Al considerar la distribución geográfica de los mismos se observa que la provincia de Sevilla acapara unos elevados porcentajes de afectación tanto d trabajadores como de empresas. Ello se debe a la circunstancia de haber tramitado un total de 4 procedimientos relativos al sector agrario de la provincia.

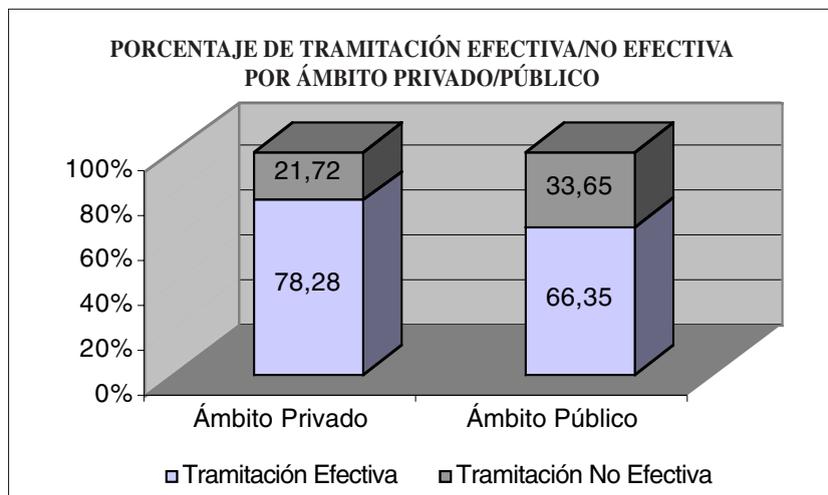


Al analizar los datos relativos a la tramitación de procedimientos considerando los diferentes centros de actuación del Sistema, se ponen de manifiesto importantes diferencias en los porcentajes de tramitación efectiva

alcanzados. Los más elevados corresponden a las sedes de Jerez y Granada, en las cuales se registran índices superiores en más de 10 puntos porcentuales a la media del conjunto. En el extremo opuesto se sitúa Córdoba.

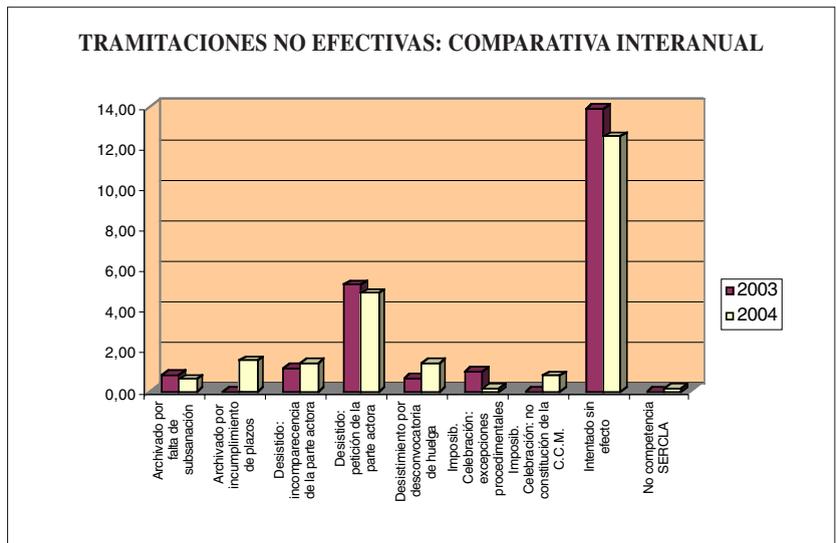
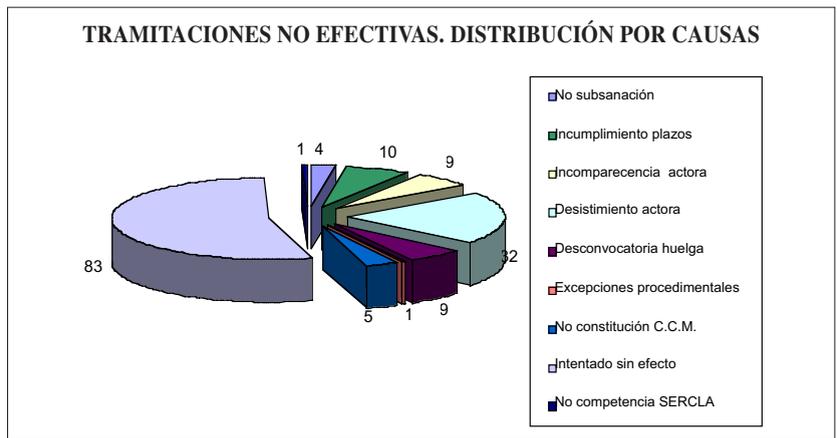


Los procedimientos generales (conflictos de intereses) y los previos a huelga son los que registran los índices de tramitación efectiva más elevados en el conjunto del Sistema. En 2004 se presentaron ante el SERCLA un



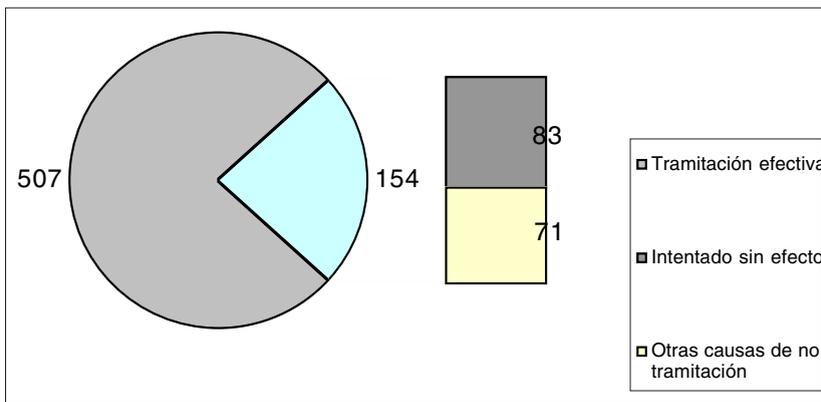
total de 61 conflictos de intereses, de los cuales 50 se tramitaron efectivamente. En cuanto a los conflictos previos a huelga, de los 249 interpuestos, 202 obtuvieron efectiva tramitación. En menor medida, 253 de los 346 conflictos previos a la vía judicial registrados alcanzaron efectividad en su tramitación. Lo mismo cabe decir de 2 de los 4 arbitrajes solicitados. El único procedimiento de determinación de servicios de seguridad y mantenimiento que se presentó en 2004 finalizó por desistimiento de la parte actora.

Los conflictos encuadrados en el ámbito privado logran la efectiva tramitación en mayor medida que aquellos pertenecientes al sector público. De los 104 pertenecientes a este último, 69 fueron tramitados efectivamente. Esta circunstancia afectó a 436 de los 557 incardinados en el ámbito privado.

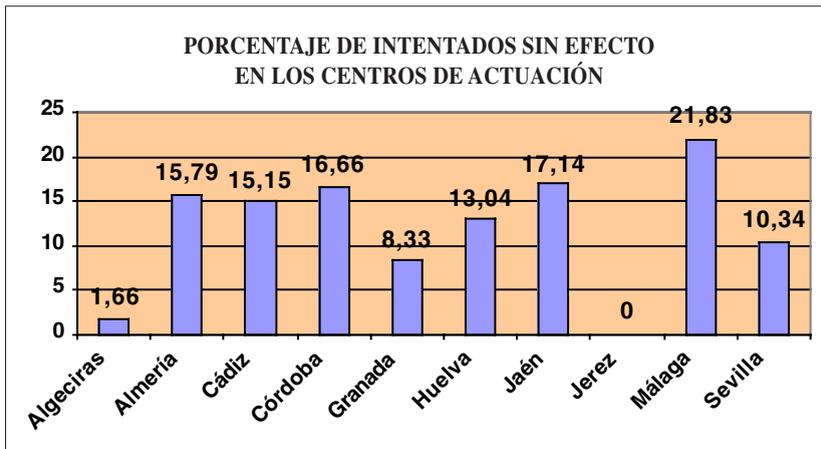
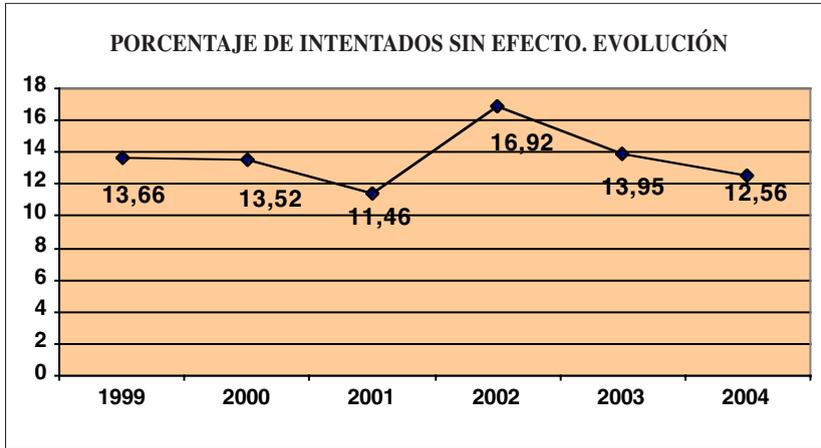


La causa de terminación anticipada que afecta a mayor número de expedientes resulta ser la incomparecencia de la parte frente a la que se inicia el conflicto, finalizando en consecuencia como «intentado sin efecto». De este modo finalizaron 83 de los 661 presentados en 2004, lo que supone el 12,56% del total.

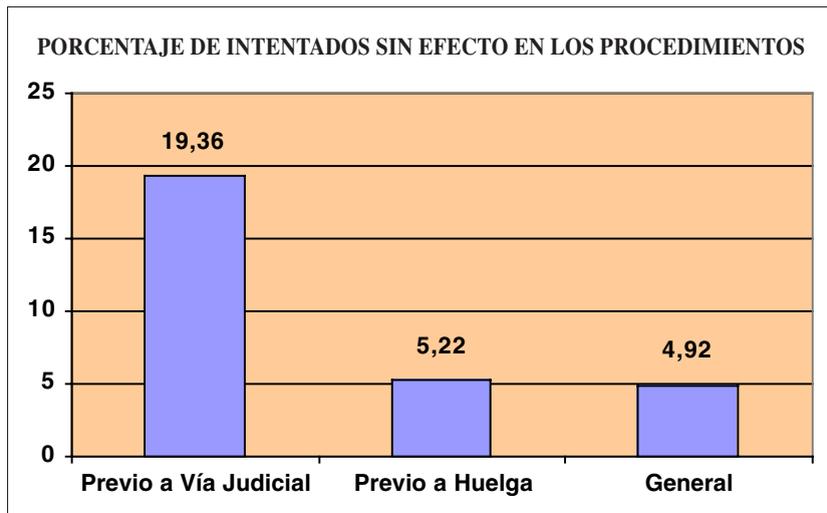
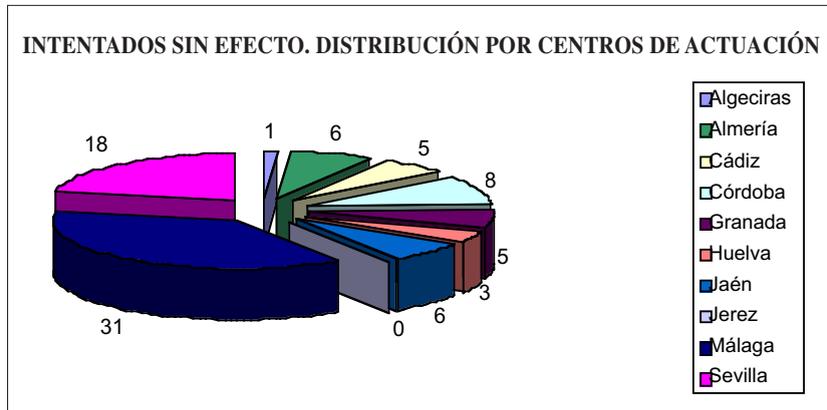
Cuando analizamos las diversas causas de terminación anticipada y su evolución en relación con el año anterior, se aprecia que en 2004 la incomparecencia de la parte demandada ve reducida su relevancia en casi 1,5 puntos porcentuales. Por otra parte, desciende ligeramente el desistimiento a petición de la parte actora. Sin embargo, se incrementan los supuestos de terminación anticipada por incumplimiento de plazos, por desistimiento por desconvocatoria de huelga, así como por imposibilidad de celebración debido a la no constitución de la correspondiente Comisión de Conciliación-Mediación.



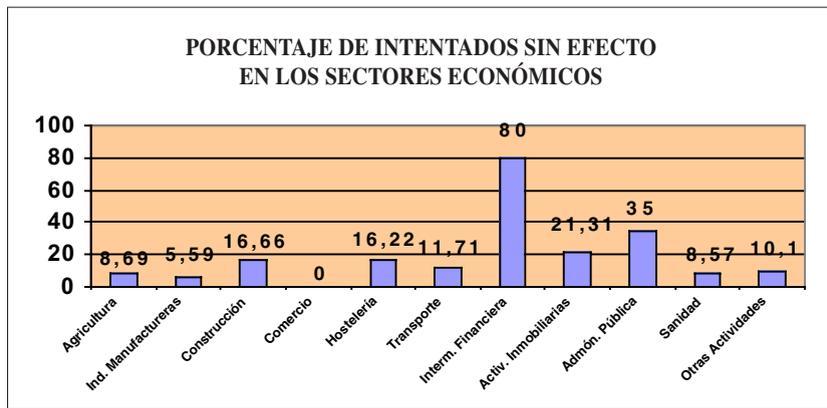
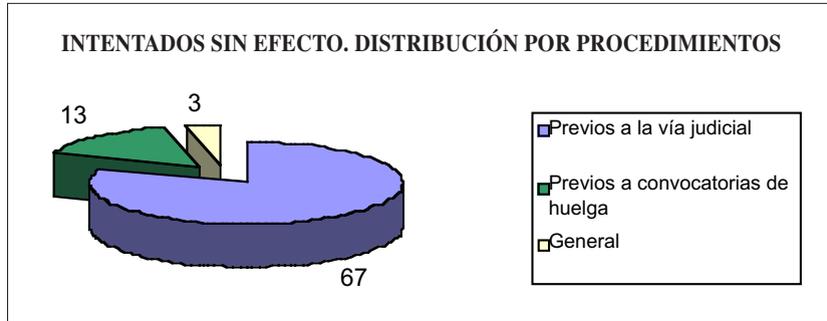
Al examinar la evolución de la ratio de procedimientos finalizados como intentados sin efecto a lo largo de los seis años de funcionamiento del SERCLA, resulta evidente que el dato de 2004 acentúa la tendencia a la baja iniciada en el año precedente, resultando ser una clara muestra de la creciente confianza en el Sistema por parte de las empresas andaluzas, dado que son estas las que aparecen como la parte frente a la que se inicia la inmensa mayoría de los procedimientos.



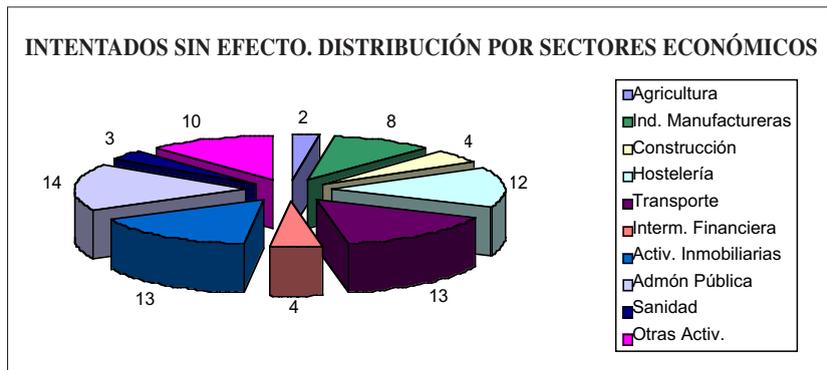
Si la ratio de procedimientos cuyo resultado es intentado sin efecto se analiza según cual sea la sede de presentación ante el SERCLA, destaca la circunstancia de que la terminación anticipada por incomparecencia de la parte demandada alcanza sus porcentajes más reducidos en las sedes de Algeciras y Jerez, centros de actuación donde el resultado de intentado sin efecto queda reducido a su mínima expresión. Por el contrario, Málaga registra un porcentaje de incomparecencias de empresas (21,83%) superior en más de 9 puntos a la media del Sistema (12,56%). En la sede malagueña se produjeron 31 de los 83 intentados sin efecto registrados en toda Andalucía, es decir, el 37% del total, circunstancia llamativa si tenemos en cuenta que esta provincia abarca el 26% de los expedientes presentados en la Comunidad Autónoma.

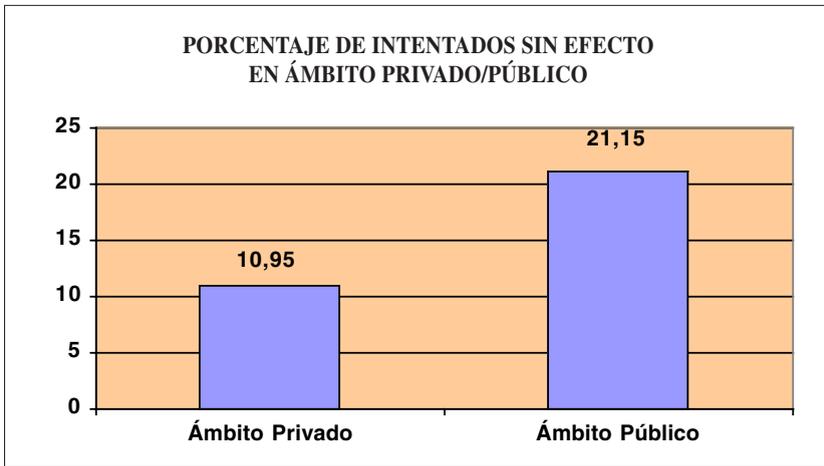


Los intentados sin efecto se producen con mayor frecuencia en los procedimientos previos a la vía judicial, afectando esta causa de terminación anticipada a 67 de los 346 instados bajo esta modalidad (19,36%), suponiendo los mismos el 80% del total de expedientes finalizados como intentados sin efecto en 2004. Por el contrario, la incidencia de esta causa es menor en el procedimiento general, de forma que solo abarca 3 de los 61 presentados (4,92%), significando el 4% del total de intentados sin efecto. En el procedimiento previo a convocatoria de huelga, la incomparecencia de la parte frente a la que se inicia el conflicto se produjo en 13 de los 249 presentados (5,22%), equivaliendo al 16% del global de los intentados sin efecto.



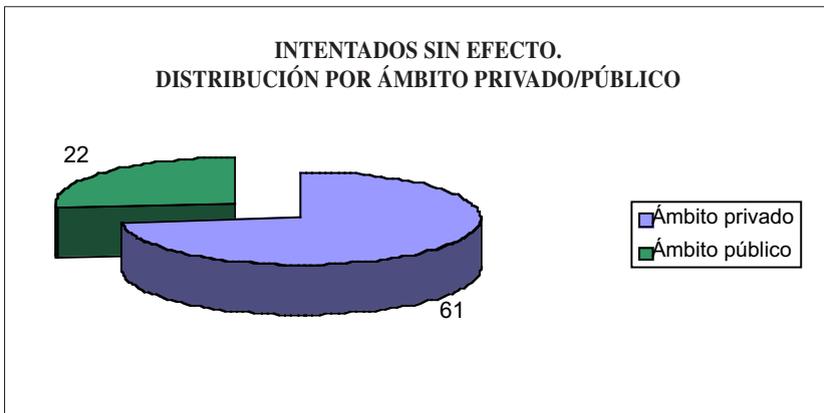
Por sectores económicos, los procedimientos intentados sin efecto aparecen con mayor frecuencia en los conflictos encuadrados en la Intermediación Financiera (4 de los 5 presentados), Administración Pública (14 de los 40 interpuestos) y Actividades Inmobiliarias-Servicios Empresariales (13 de los 61 promovidos). En el extremo opuesto, ningún conflicto encuadrado en la actividad de Comercio se saldó con la incomparecencia de la parte demandada.





Si fijamos la atención en el ámbito público o privado de los sectores o empresas afectadas por los procedimientos intentados sin efecto, vemos como el mayor número de los mismos corresponden al sector privado (61), significando el 73%, del total de los expedientes finalizados de este modo. No obstante, proporcionalmente su importancia relativa disminuye al implicar solamente el 10,95% del conjunto de los expedientes presentados pertenecientes al ámbito privado.

Por el contrario, en el sector público la incidencia relativa de esta forma de terminación es mayor, ya que representa el 21,15% (22) del total de expedientes presentados dentro del ámbito público, significando el 27% del total de expedientes concluidos por incomparecencia de la parte demandada.



TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES EN 2004. DATOS TÉCNICOS	
Duración media por expediente	16 días naturales
Número de sesiones	687
Horas empleadas en sesiones	1087
Sesiones por expediente	1,04
Duración media por sesión	1 hora y 35 minutos
Mediadores actuantes	175
Secretarios actuantes	16
Horas empleadas en gestión administrativa	8.900

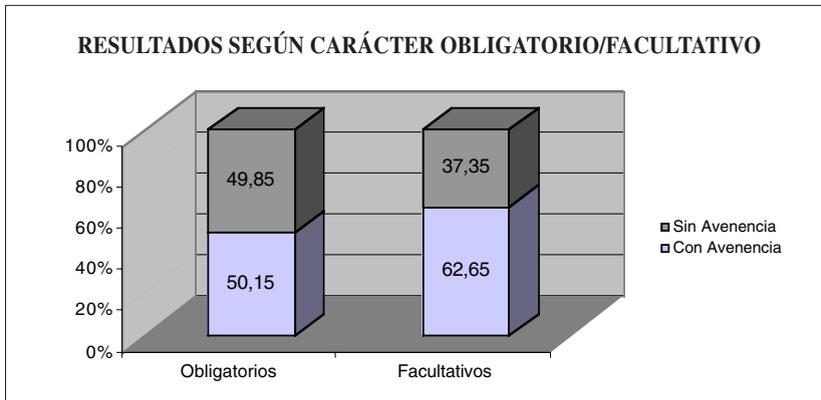
3. RESULTADOS OBTENIDOS

En el año 2004, sexto de funcionamiento de este Sistema extrajudicial, el índice global de acuerdos se situó en el 54,26% de los conflictos tramitados, finalizando con avenencia un total 274 expedientes, los cuales extienden su ámbito de aplicación a algo más de 23.300 empresas y a 178.000 trabajadores andaluces.

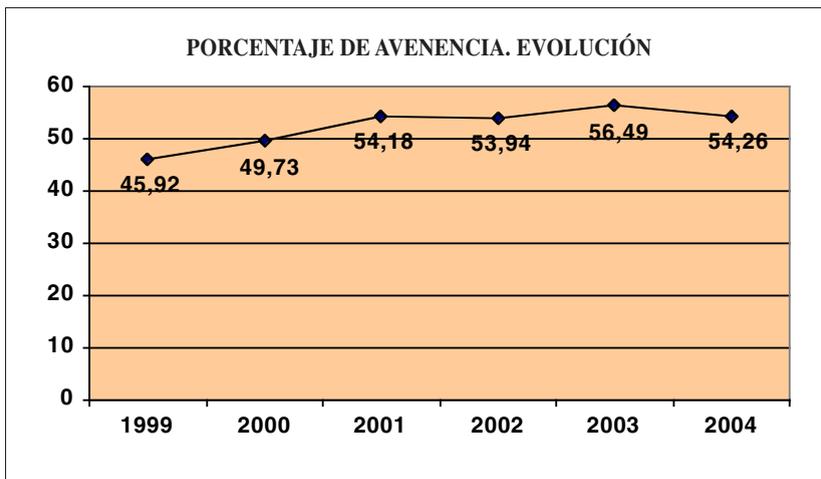


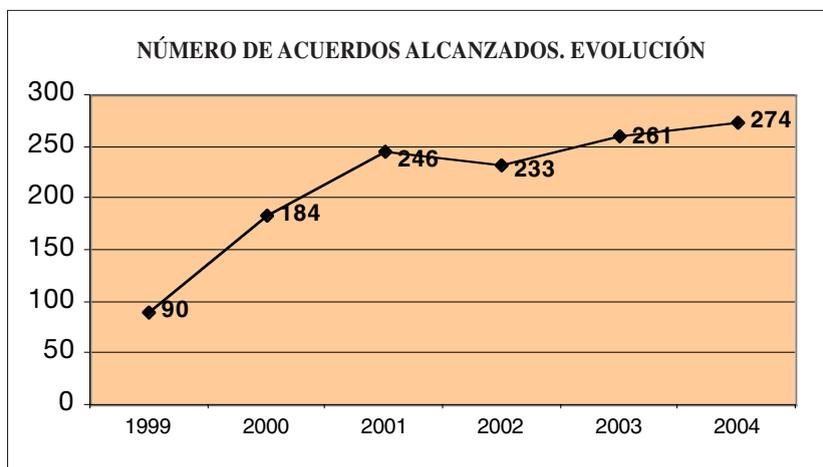
Si efectuamos una distinción entre los resultados registrados en la resolución de los procedimientos cuya tramitación corresponde obligatoriamente al SERCLA (previos a la vía judicial y las huelgas convocadas por UGT y/o CCOO) y aquellos cuya presentación ante este Sistema tiene carácter voluntario, vemos como el porcentaje de acuerdos alcanzados presenta significativas variaciones.

La ratio de avenencias en las tramitaciones facultativas (62,65%) es notablemente superior a la obtenida en los tramitados con carácter obligatorio (50,15%). Así, de las 339 tramitaciones efectivas obligatorias, 170 finalizaron con avenencia. En las facultativas, los acuerdos ascendieron a 104 en un total de 166 procedimientos.



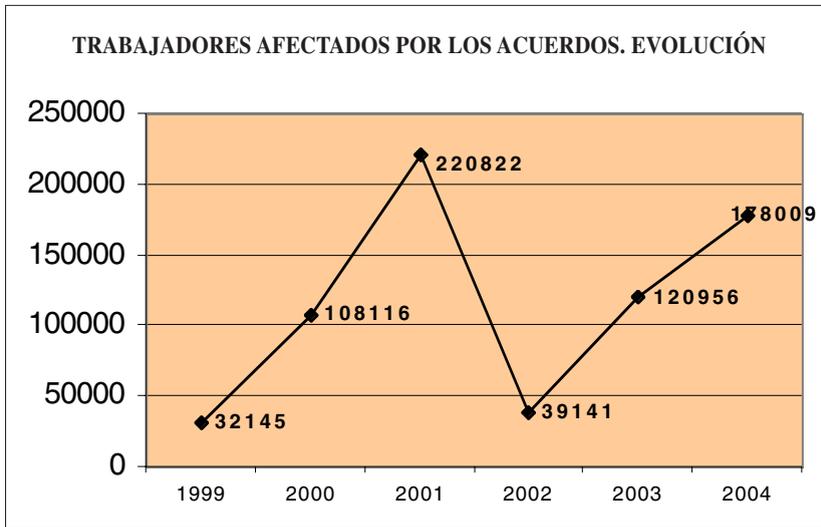
El porcentaje global de avenencias de la anualidad 2004 viene a consolidar los resultados de años precedentes. La creciente confianza de los agentes económicos y sociales en el Sistema creado por ellos, genera cada vez más beneficios para la fluidez de las relaciones laborales y la economía andaluza en general. La evolución del índice de acuerdos suscritos en el SERCLA en sus seis años de actuaciones muestra una clara línea ascendente, asentándose así un Sistema cuyos resultados pueden ser calificados como muy dignos.





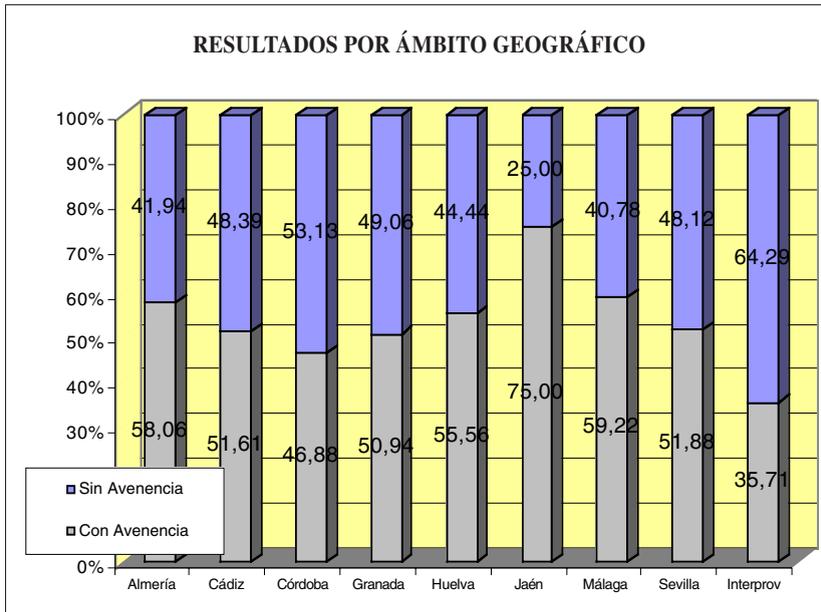
El SERCLA registra en 2004 la cifra más alta de acuerdos desde el inicio de sus actuaciones. En los primeros seis años de funcionamiento de ese Sistema, se han suscrito un total de 1.288 acuerdos, los cuales han extendido sus efectos a 81.311 empresas y a 699.189 trabajadores andaluces.





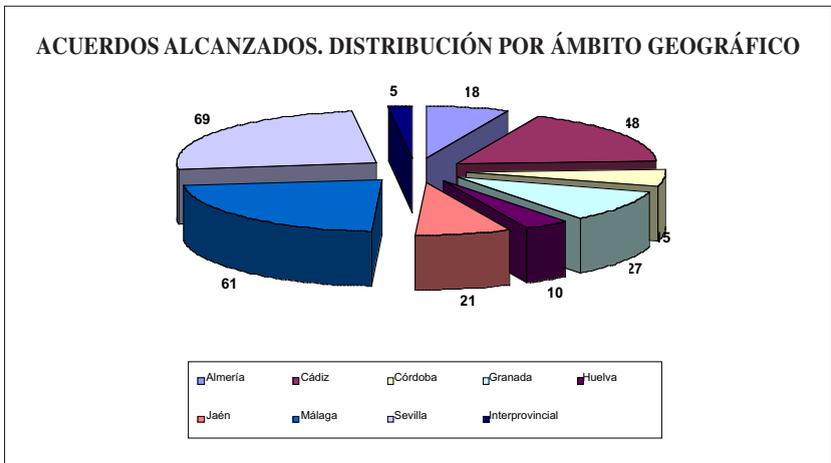
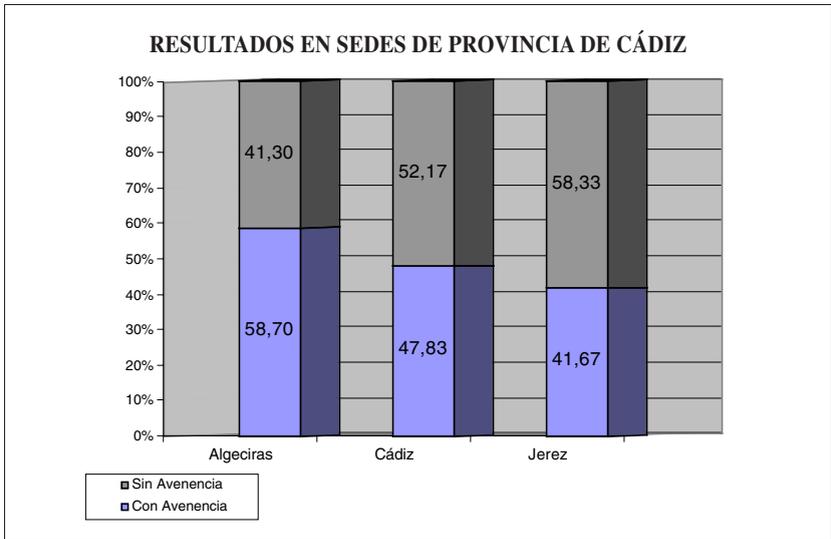
A. Resultados por ámbito geográfico

Si el porcentaje global de avenencias se desglosa por provincias, se aprecian diferentes magnitudes en cada una de ellas.

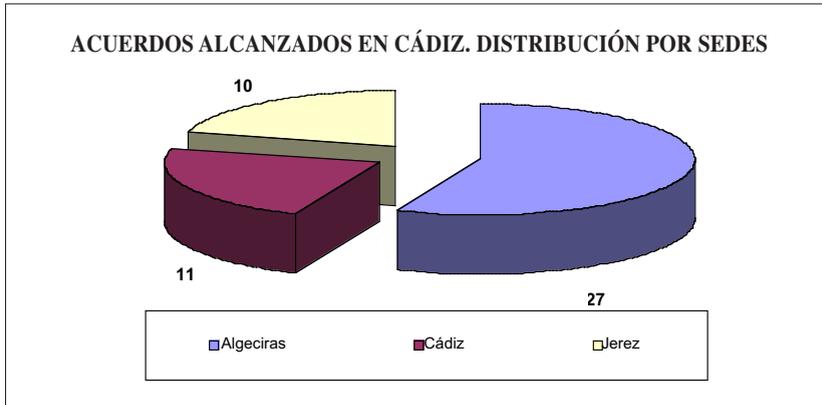


La provincia de Jaén destaca como aquella en la que se registra el porcentaje más alto de acuerdos en 2004, situándose muy por encima de la media. En el extremo opuesto se sitúan los datos correspondientes al ámbito interprovincial. No obstante, con la excepción de Jaén, en general no se aprecian grandes oscilaciones de resultados entre unas provincias y otras.

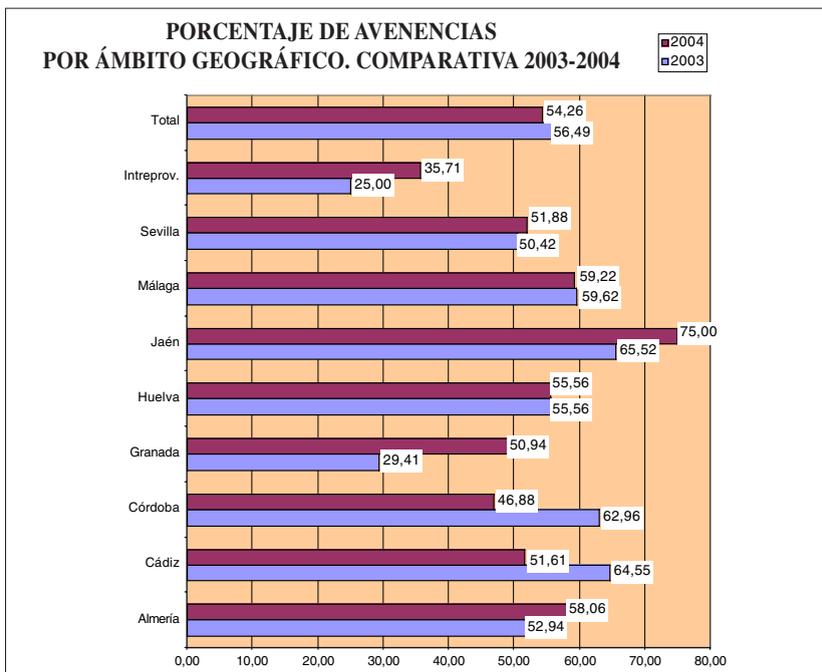
Al desagregar los datos correspondientes a la provincia de Cádiz, atendiendo a los conflictos tramitados en las sedes con que cuenta el SERCLA en la misma, sí se aprecian diferencias significativas entre los resultados alcanzados en cada una de ellas. Como ya suele ser habitual, en Algeciras se registra un porcentaje de acuerdos superior a la media del Sistema.



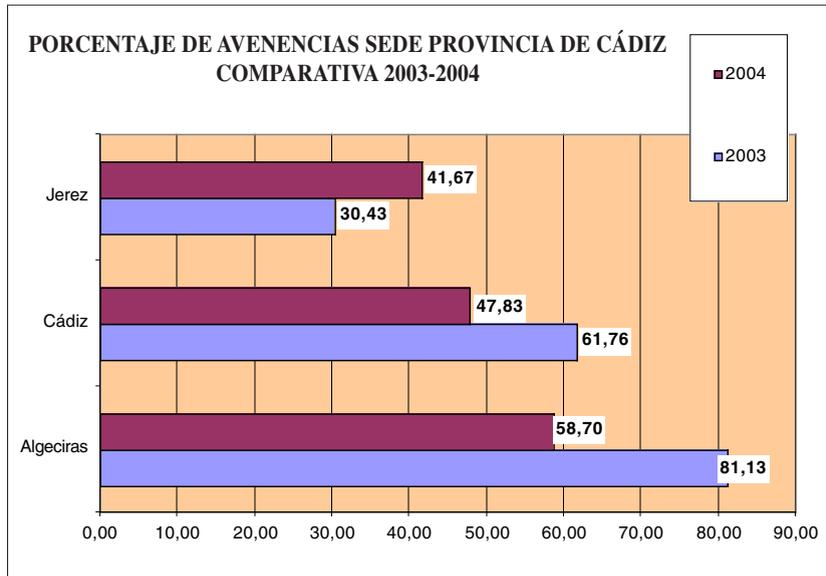
Al analizar la distribución provincial del número absoluto de acuerdos rubricados en sede SERCLA a lo largo de 2004, resulta evidente que las provincias de Sevilla y Málaga casi acaparan el 50% del total andaluz, siendo el ámbito interprovincial aquel al que menos acuerdos pertenecen.



A la sede de Algeciras corresponden 27 de los 48 acuerdos firmados en la provincia de Cádiz en 2004, quedando en cifras considerablemente inferiores los rubricados en Cádiz y Jerez.

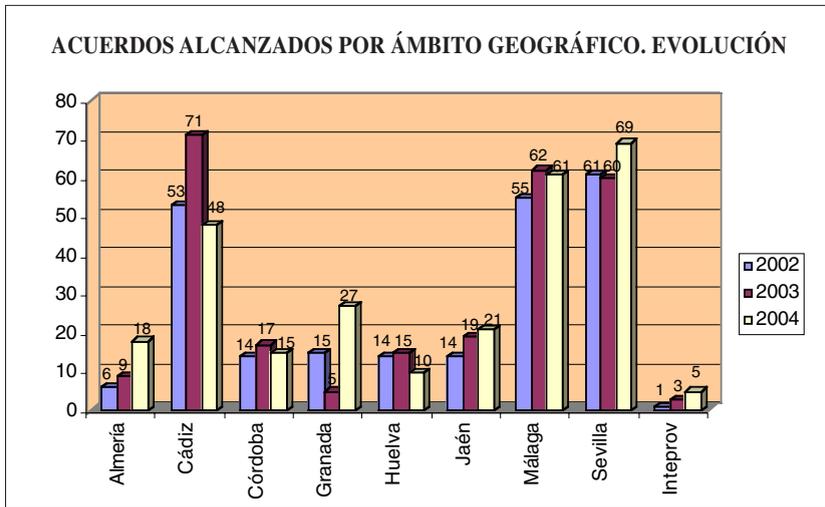


Al comparar los porcentajes de acuerdos registrados en 2004 en cada provincia con los del año anterior, vemos como se aprecia un significativo crecimiento porcentual de acuerdos en las provincias de Granada, Jaén y Almería. Por el contrario, se observan retrocesos en las de Cádiz y Córdoba. El índice de acuerdos del resto de las provincias no experimenta variación significativa.



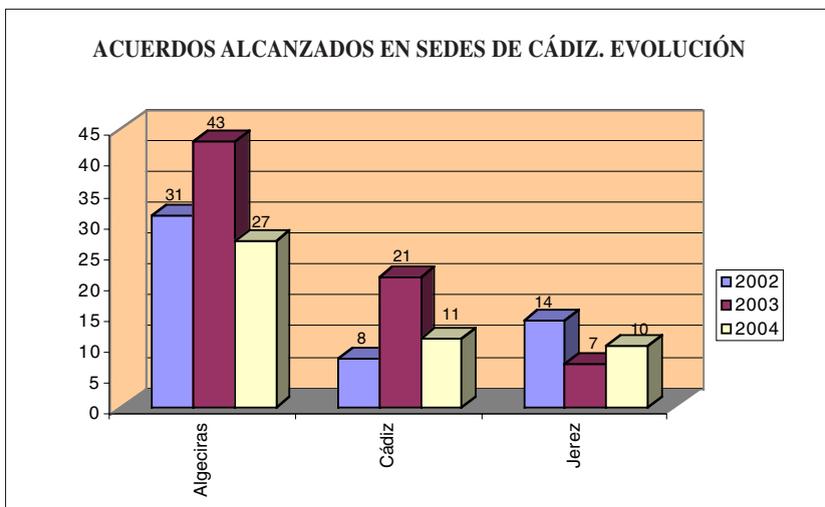
Al efectuar la comparación de los resultados obtenidos en 2004 en las sedes de la provincia gaditana con los registrados el año anterior, vemos como el extraordinario dato de Algeciras se ha visto reducido considerablemente, si bien sigue siendo una sede con un porcentaje de acuerdos muy notable. La sede de Cádiz también experimenta un retroceso en la ratio de avenencias, situándose en 2004 por debajo de la media del Sistema. Por último, la de Jerez mejora sus resultados, apuntando una tendencia a aproximarse al promedio andaluz.

Al observar la evolución del número de acuerdos alcanzados en cada provincia en los tres últimos años, resulta evidente la progresión constante de las cifras de Jaén y Almería. Otra circunstancia digna de mención es el sobresaliente dato de Granada en 2004, alcanzando una cifra de acuerdos que multiplica por cinco la del año anterior. Este último año también ha significado tanto un estimable crecimiento en el número de avenencias de Se-



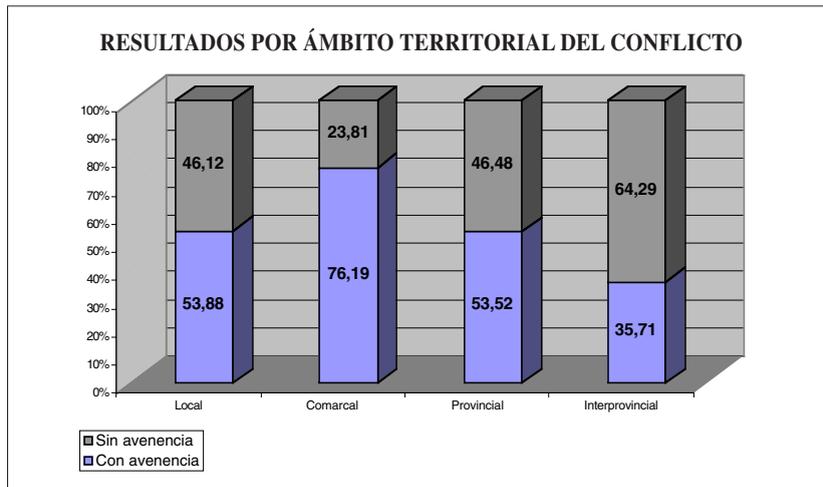
villa, como un descenso apreciable en las alcanzadas en Cádiz. En esta última provincia, el número de acuerdos firmados en Algeciras y Cádiz en 2004 resulta notablemente inferior al registrado al año precedente.

Por otro lado, si efectuamos un análisis de los resultados atendiendo al ámbito territorial de los conflictos, se aprecia que, como ocurriera en pasadas anualidades, el porcentaje más elevado de acuerdos corresponde a los conflictos comarcales, si bien debemos tener presente que este nivel territorial es el menos representativo respecto del conjunto de los promovidos ante el Sistema. En 2004, se alcanzaron 16 acuerdos en los 21 conflictos comarcales tramitados.



A continuación aparece el índice de acuerdos logrado en conflictos de carácter local, ámbito en el que se inscribe la inmensa mayoría de los conflictos tramitados por el SERCLA, siendo por tanto un dato muy influyente en el porcentaje global de avenencias. En 2004, se rubricaron 215 acuerdos en los 399 conflictos locales tramitados.

En los conflictos provinciales el acuerdo se logró en un porcentaje muy próximo al de los locales. Se alcanzó avenencia en 38 de los 71 tramitados en 2004. El ámbito territorial del conflicto menos propicio para el acuerdo resulta ser el interprovincial, si bien debe tenerse en cuenta que mejora en casi once puntos porcentuales los datos del año anterior. En 2004, se registraron 5 acuerdos en los 14 tramitados.



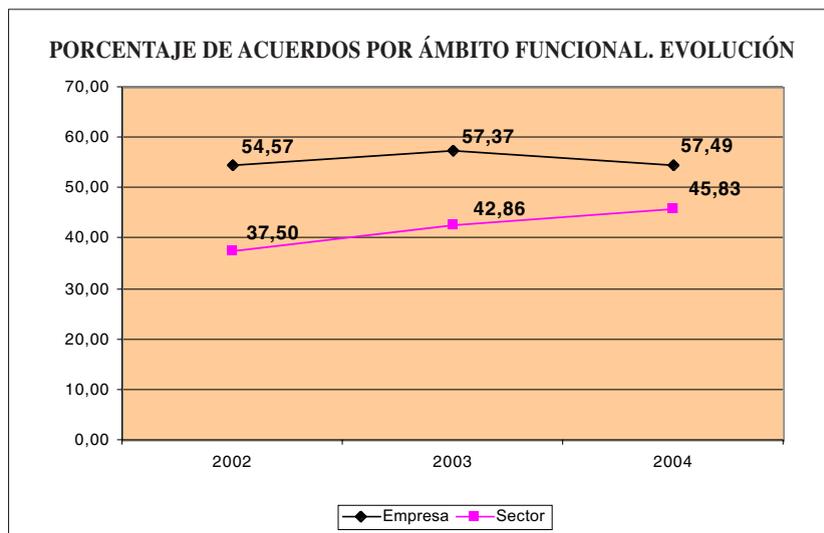
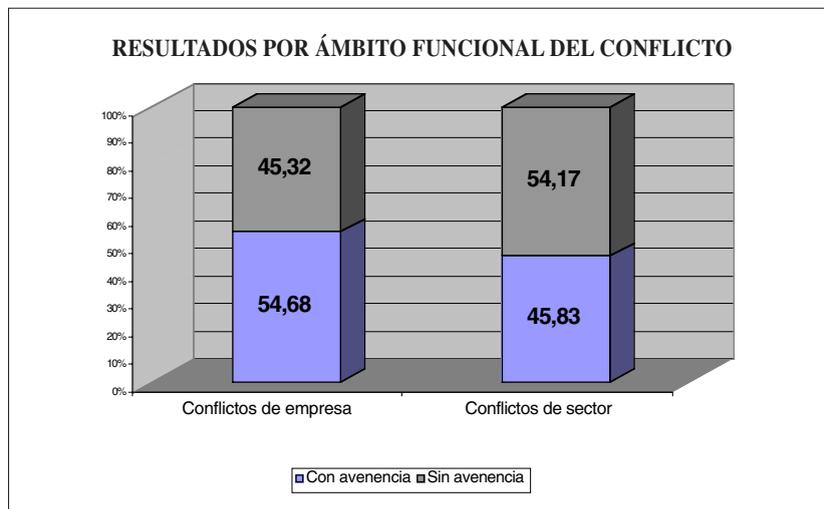
B. Resultados por ámbito funcional

Al analizar los resultados desde el prisma del ámbito funcional del conflicto, y como ya ocurriera en anualidades anteriores, resulta evidente que en la resolución de los conflictos de empresa se registra un porcentaje de acuerdos más elevado que en la de los sectoriales, dato importante a la vista de la mayor importancia cuantitativa de los conflictos de empresa respecto a los de sector en el conjunto de los tramitados.

En 2004, se alcanzaron en el SERCLA 263 acuerdos en el conjunto de los 481 conflictos de empresa tramitados. En este mismo período, se lograron 11 avenencias en un global de 24 conflictos de sector tramitados. De entre los conflictos de sector en los que se rubricó acuerdo en sede SERCLA en 2004 cabe destacar, debido a la elevada afectación personal de los mismos, los relativos a los sectores de la Industria Siderometalúrgica de Almería

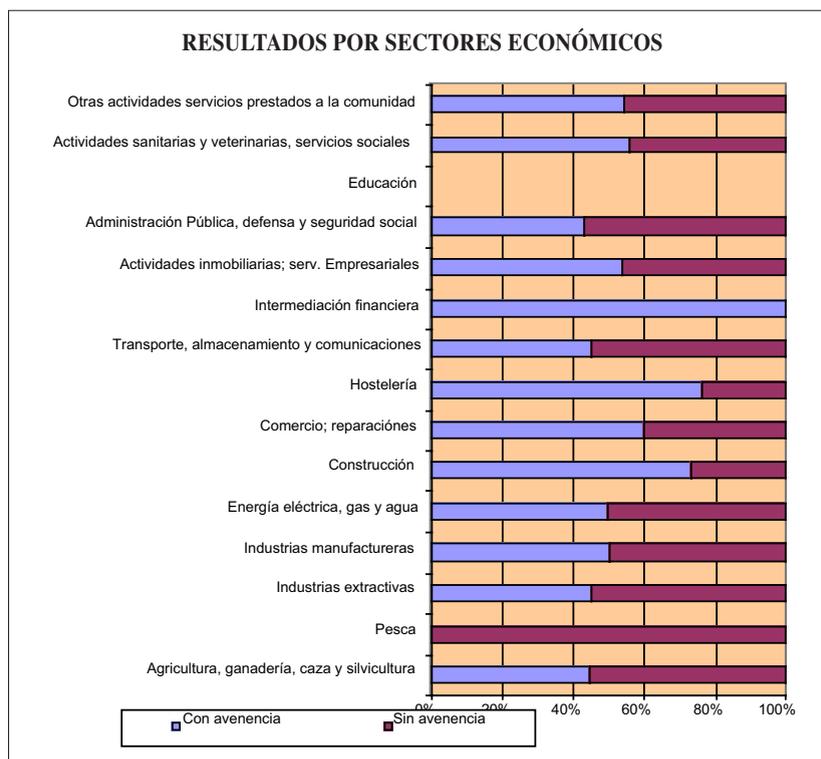
y de Granada, Yeso y Escayola de Málaga, Clínicas y Hospitales Privados de Cádiz, Oficinas y Despachos de Granada, Actividades Agropecuarias de Sevilla, Manipulado de Espárragos, Frutas y Hortalizas de Granada, y Campo de la comarca de Bujalance (Córdoba).

No obstante la diferencia aún existente, la anualidad 2004 ha venido a aproximar el índice de avenencia logrado en la tramitación de ambos tipos de conflicto.

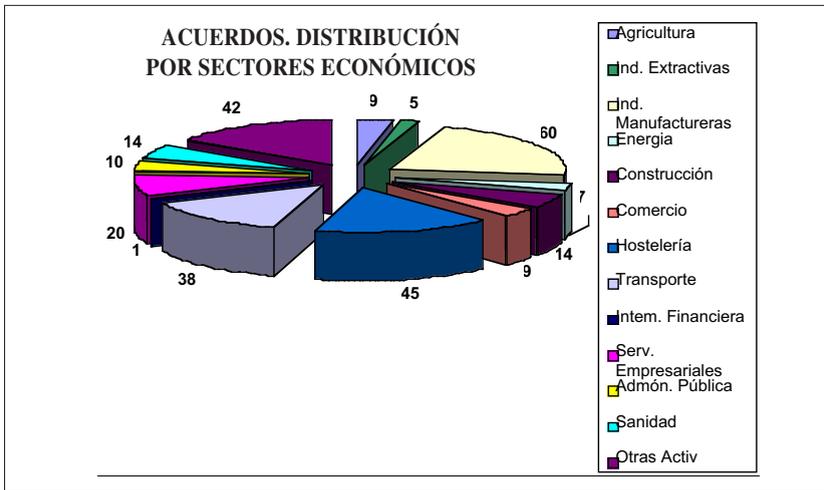


C. Resultados por sectores de actividad

Los porcentajes de avenencia más altos se registran en los conflictos encuadrados en los sectores de Intermediación Financiera (acuerdo en el único conflicto tramitado), Hostelería (45 acuerdos en los 59 conflictos tramitados), Construcción (14 acuerdos en los 19 conflictos tramitados) y Comercio (9 acuerdos en los 15 conflictos tramitados). En sentido opuesto, los porcentajes de acuerdo más bajos corresponden a conflictos incluidos en sectores tales como Pesca (sin avenencia en el único conflicto tramitado), Administración Pública (10 acuerdos en los 23 conflictos tramitados), Agricultura (9 acuerdos en los 20 conflictos tramitados) y Transporte (38 acuerdos en los 84 conflictos tramitados).

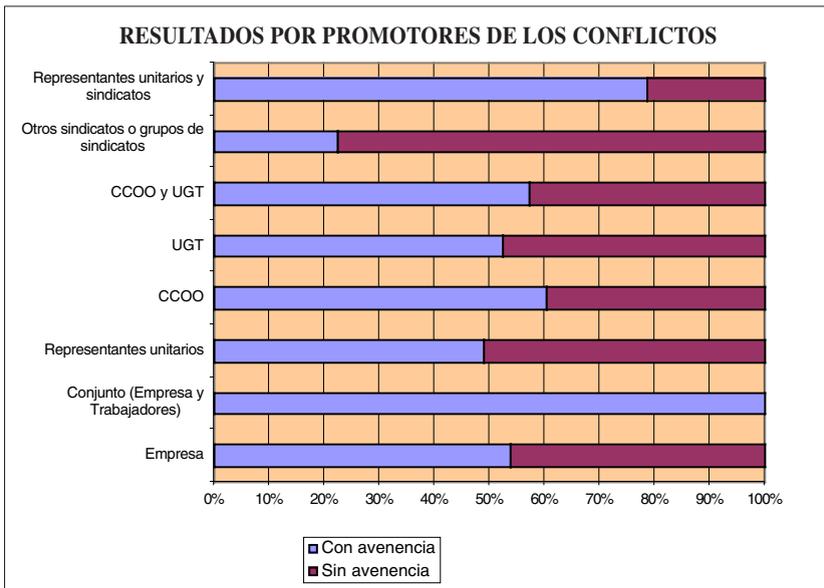


No obstante, si al analizar los acuerdos alcanzados en sede SERCLA en 2004 tenemos en cuenta el sector de actividad económica al que pertenece cada conflicto, resalta la circunstancia de que Industrias Manufactureras, Hostelería, Transporte y Otras Actividades Servicios Prestados a la Comunidad (acoge fundamentalmente a los conflictos de la actividad de limpieza) son sectores que acaparan gran número de conflictos y alto número de acuerdos.



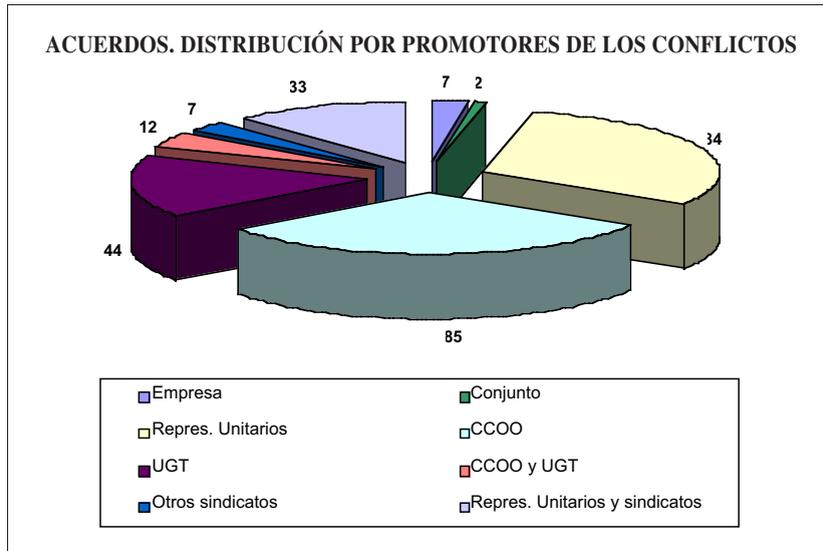
D. Resultados por promotores

Si consideramos los diferentes promotores de los conflictos al desglosar los resultados registrados en 2004, resulta evidente que los porcentajes de avenencia más elevados corresponden a los conflictos promovidos conjuntamente por empresa y trabajadores (los 2 conflictos tramitados finalizaron con acuerdo), así como a los promovidos conjuntamente por representantes unitarios y sindicatos (33 acuerdos en los 42 conflictos tramitados).



Los porcentajes de acuerdo más reducidos se observan en la resolución de los conflictos promovidos por Organizaciones sindicales distintas de las firmantes del Acuerdo constitutivo del SERCLA (7 acuerdos en los 31 conflictos tramitados).

Si tenemos en cuenta los diferentes tipos de promotores de los procedimientos al analizar los acuerdos alcanzados en los conflictos tramitados por el SERCLA en 2004, resulta fácil concluir que en cuanto a número de avenencias, alcanzan las cifras más elevadas los promovidos por Comisiones Obreras, así como los presentados por representantes unitarios. El número de acuerdos más reducido corresponde tanto a los conflictos promovidos por empresas como los interpuestos por sindicatos distintos a los firmantes del Acuerdo constitutivo de este Sistema.

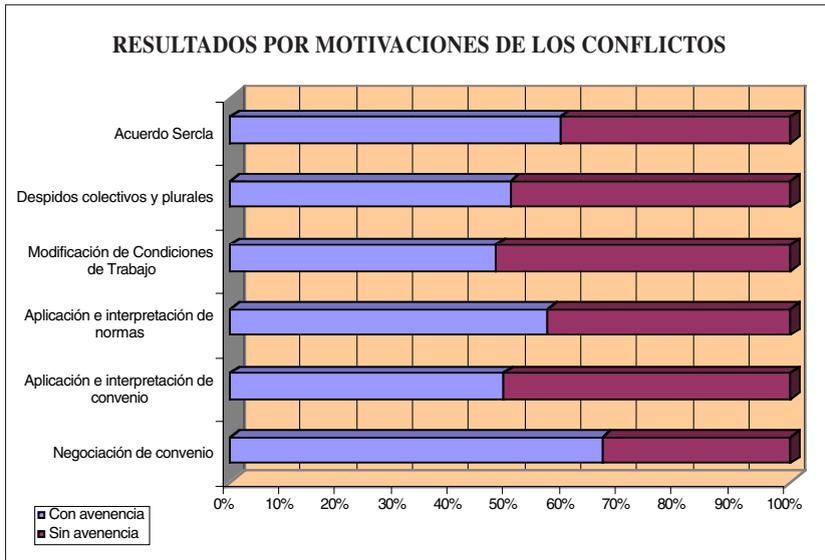


E. Resultados por motivaciones

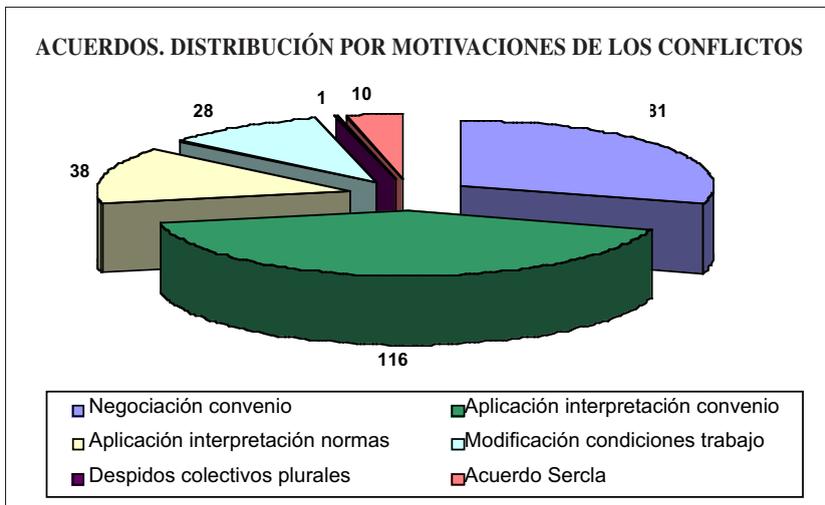
Al estudiar los resultados registrados considerándolos en atención a las diferentes motivaciones a que puede deberse la interposición de un conflicto, se aprecian diferencias en los índices de avenencia alcanzados. El porcentaje más alto corresponde a los conflictos cuyo motivo se refiere a la negociación de convenio (81 acuerdos en los 142 conflictos tramitados). Los derivados de un acuerdo previo alcanzado en el SERCLA también registran un índice de avenencias superior a la media (10 acuerdos en los 17 conflictos tramitados).

Los conflictos debidos a la modificación de condiciones de trabajo (28 acuerdos en los 59 conflictos tramitados) y a la aplicación e interpretación

de convenios (116 acuerdos en los 238 conflictos tramitados) son los que alcanzan una menor proporción de acuerdos.

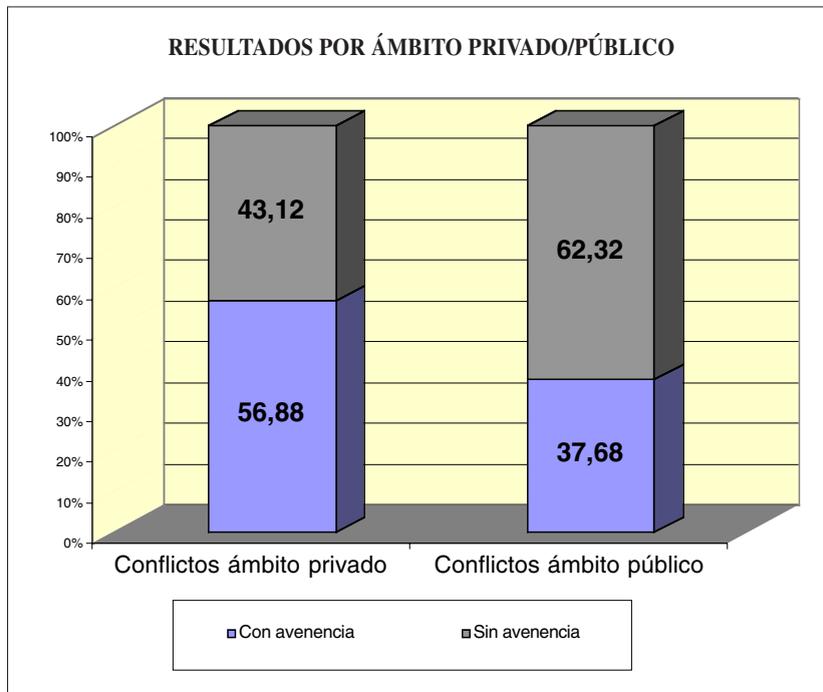


En 2004 el mayor número de acuerdos alcanzados corresponde a los conflictos motivados por la aplicación e interpretación de convenios, seguidos de aquellos que obedecen a la negociación de convenios. La cifra más reducida corresponde a los motivados por despidos colectivos y plurales.



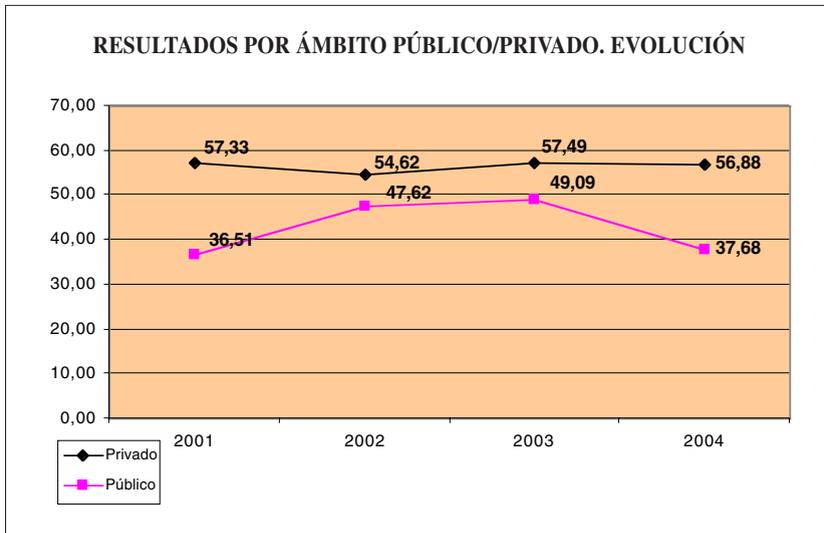
F. Resultados por ámbito privado/público

Al observar los resultados registrados en la resolución de los conflictos tramitados por el SERCLA en 2004 según estén encuadrados en el ámbito público o en el privado, se aprecia que se obtienen mejores ratios de acuerdos en el ámbito privado, en el cual se insertan 248 avenencias en el conjunto de los 436 conflictos tramitados. En el ámbito público, se han logrado 26 acuerdos en un global de 69 conflictos tramitados.



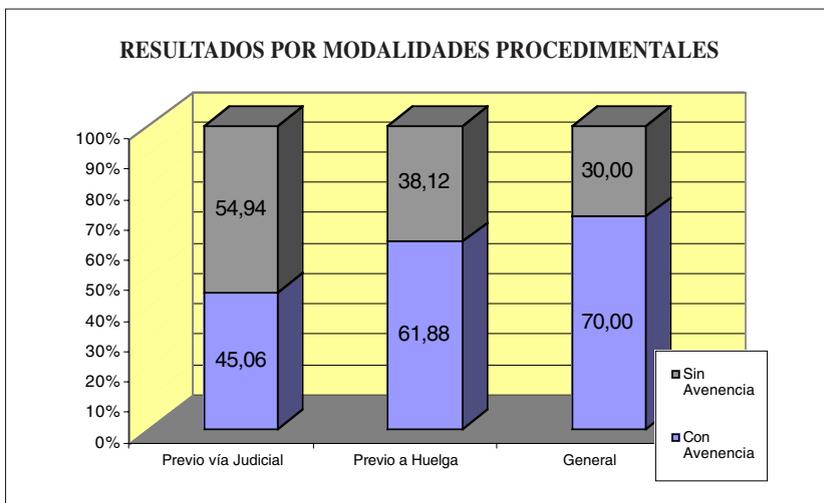
Si los datos de 2004 se comparan con los de años precedentes, se puede apreciar que, debido al retroceso que experimentan los acuerdos en el ámbito público, ha resurgido la enorme diferencia respecto a los resultados derivados de la resolución de conflictos pertenecientes al sector privado, rompiéndose así la tendencia a la aproximación de las dos últimas anualidades.

Entre los acuerdos suscritos en SERCLA en 2004 poniendo fin a conflictos pertenecientes al sector público, cabe citar, a modo de ejemplo, a los que afectaron a la Diputación Provincial de Almería, Empresa Pública de Puertos de Andalucía, Mancomunidad para la Gestión de R.S.U. Guadalquivir, Autoridad Portuaria Bahía de Algeciras y Mercasevilla.

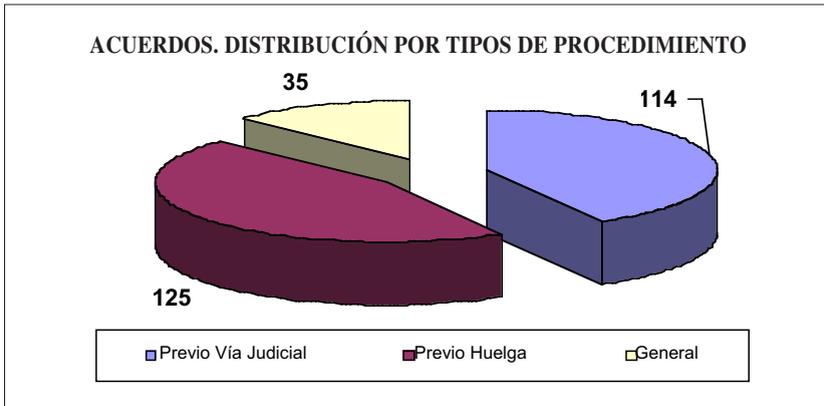


G. Resultados por modalidades procedimentales

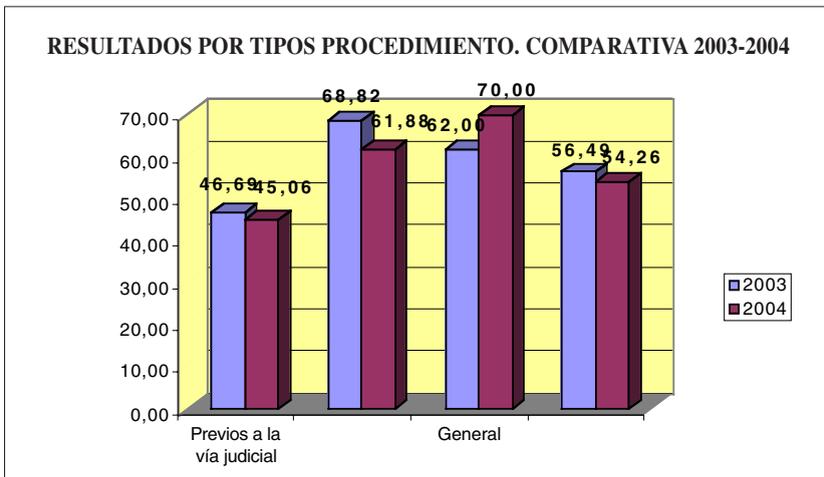
Los resultados de 2004 ofrecen diferencias sustanciales en función del tipo de procedimiento de que se trate, apreciándose que, como ocurriera en pasadas anualidades, resulta superior el porcentaje de acuerdos logrado en aquellos procedimientos que no constituyen una instancia previa al proceso judicial, tales como los conflictos previos a huelga y, sobre todo, los conflictos de intereses.



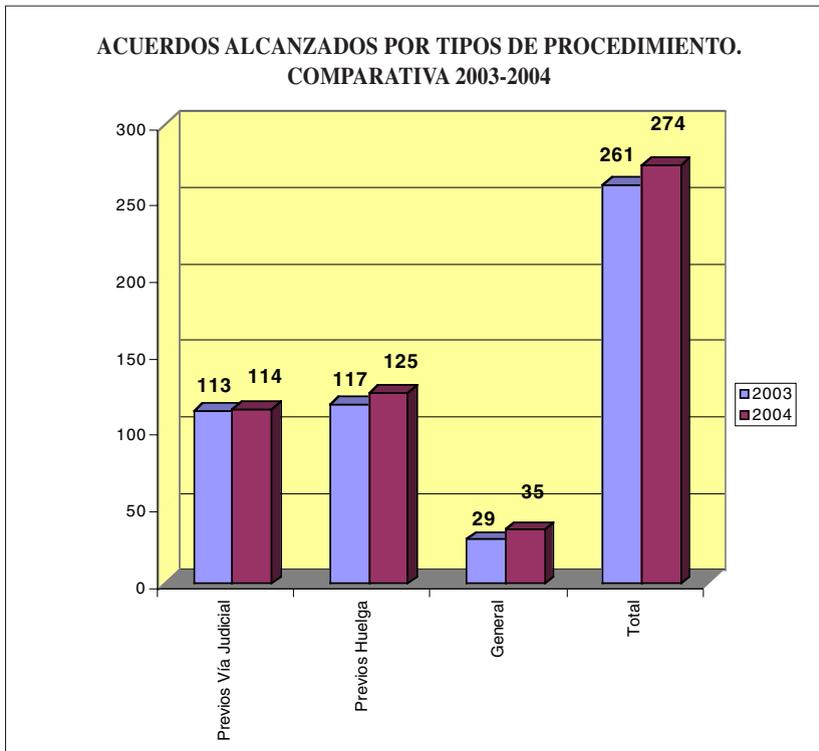
En esta anualidad, se firmaron 114 acuerdos en los 253 conflictos previos a la vía judicial tramitados. Un total de 125 conflictos previos a huelga concluyeron con avenencia en el global de los 202 tramitados. Por último, de los 50 conflictos de intereses (procedimiento general) que tuvieron tramitación efectiva, 35 finalizaron con acuerdo.



Si comparamos los índices de acuerdos logrados en 2004 en cada uno de los tipos de procedimiento con los del año anterior, vemos como lo más destacado resulta ser el importante crecimiento porcentual de avenencias alcanzadas en la resolución de conflictos de intereses, superior al retroceso experimentado en la de los previos a huelga, si bien éste último tiene mayor influencia en el porcentaje global debido a el mayor peso cuantitativo de estos procedimientos.



No obstante, si comparamos el número de acuerdos logrados en cada una de las modalidades procedimentales tramitadas en sede SERCLA a lo largo de 2004 con las avenencias firmadas en la anualidad precedente, es fácil concluir que el sexto año de funcionamiento de este Sistema extrajudicial viene marcado por el crecimiento cuantitativo en los acuerdos rubricados en la resolución de todos los tipos de procedimiento sustanciados ante el mismo.

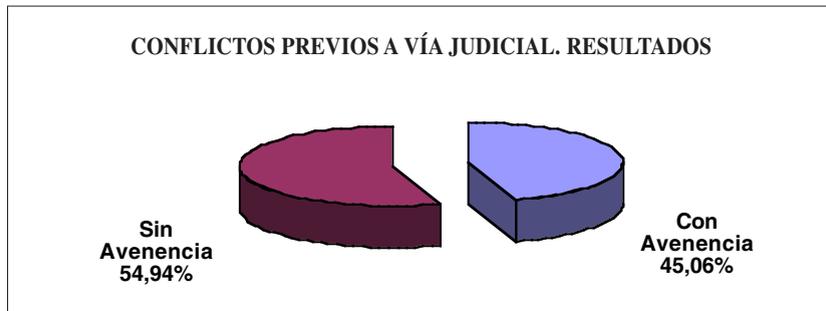


G.1) Resultados en conflictos jurídicos

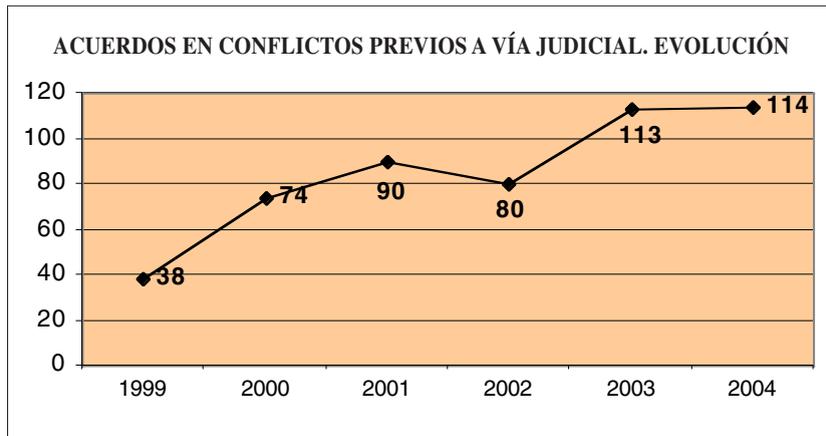
Conviene tener presente al considerar los resultados derivados de la resolución de este tipo de conflictos que la sustanciación de los mismos por el SERCLA se debe a que, en virtud del Acuerdo Interprofesional constitutivo, este Sistema Extrajudicial actúa con carácter preceptivo, al haber asumido la función del trámite preprocesal obligatorio previsto en el artículo 154 de la Ley de Procedimiento Laboral. Con anterioridad, este intento de conciliación era objeto de tramitación en el servicio administrativo corres-

pondiente. En concreto, en Andalucía correspondía a los Centros de Mediación, Arbitraje y Conciliación (CMAC), unidades administrativas incardinadas en la actualidad en la estructura orgánica de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía.

En el año 2004, el porcentaje de acuerdos alcanzado en sede SERCLA en la resolución de procedimientos previos a vía judicial alcanza el 45,06% de los conflictos tramitados, finalizando con acuerdo un total 114 expedientes, los cuales extienden su ámbito de aplicación a 210 empresas y 13.730 trabajadores andaluces.



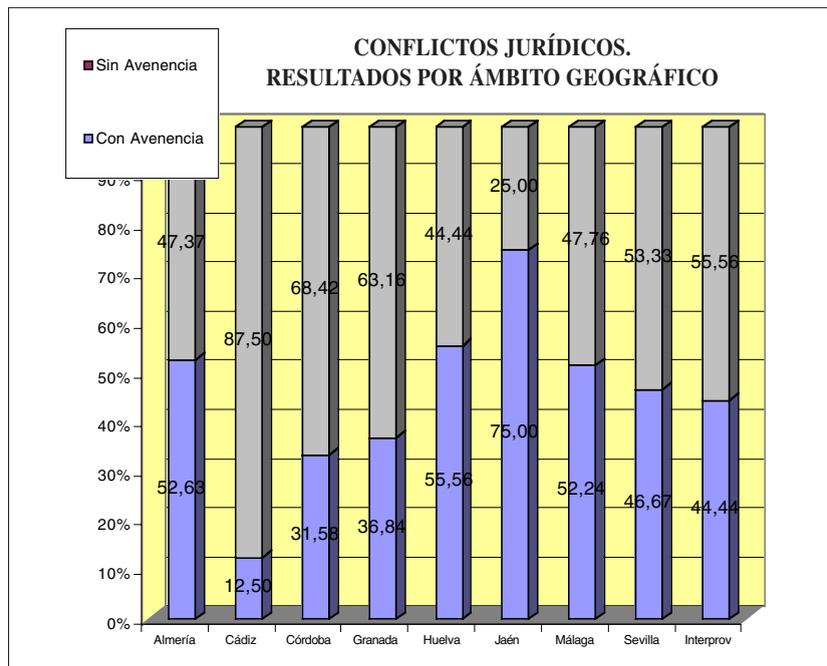
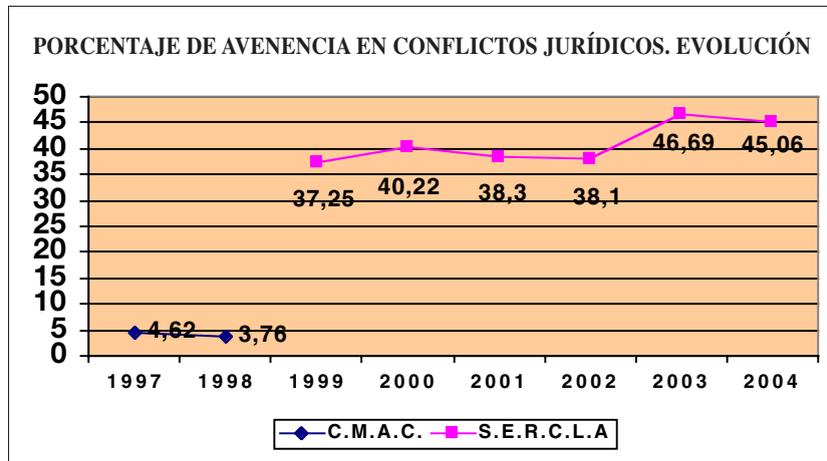
Los resultados obtenidos en 2004 en la resolución de los conflictos jurídicos deben valorarse teniendo en cuenta que el número de acuerdos suscritos alcanza una cifra superior a la del año precedente, el cual significó un crecimiento muy considerable.



La ratio de avenencias alcanzadas en 2004 en la resolución de este tipo de procedimientos supone consolidar las altas cotas registradas el año anterior por el SERCLA, quedando a enorme distancia los porcentajes de acuer-

dos del anterior sistema conciliatorio administrativo gestionado por los Centros de Mediación Arbitraje y Conciliación.

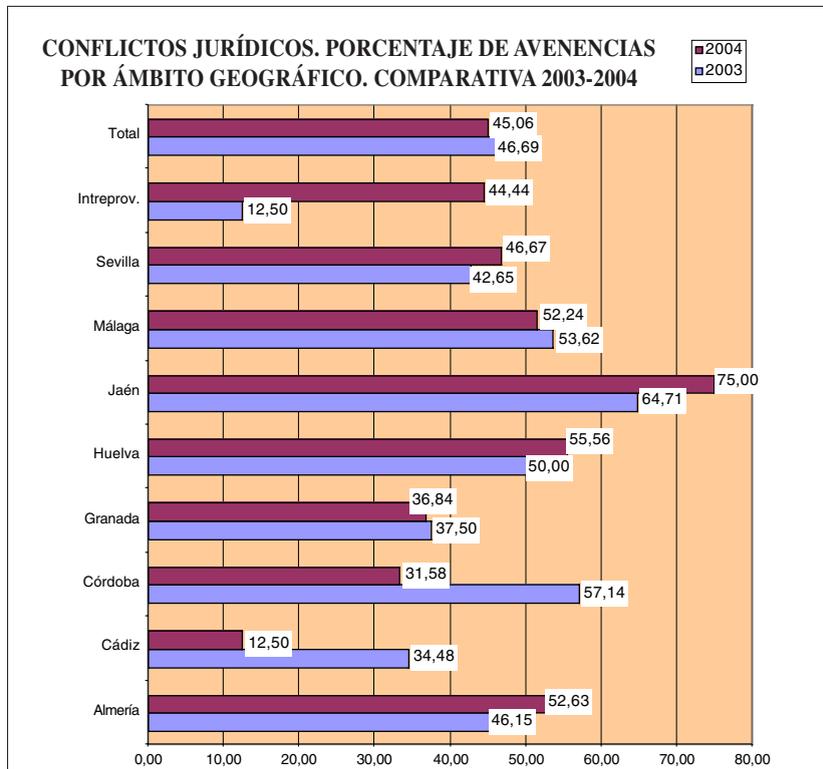
En este sentido, no podemos perder de vista la repercusión de los resultados obtenidos en el SERCLA a través de esta modalidad procedimental, ya que consecuencia lógica de de los acuerdos previos sustanciados en este Sistema debe ser la disminución de la conflictividad colectiva laboral en sede judicial.



Entre los conflictos previos a vía judicial en los que se alcanzó acuerdo en 2004 cabe citar, a modo de ejemplo debido a su importante afectación personal, los que se refirieron al sector Manipulado de Espárragos, Frutas y Hortaliza de Granada, Ayuntamiento de Málaga, Rendelsur y Transportes Urbanos de Sevilla, S.A.M.

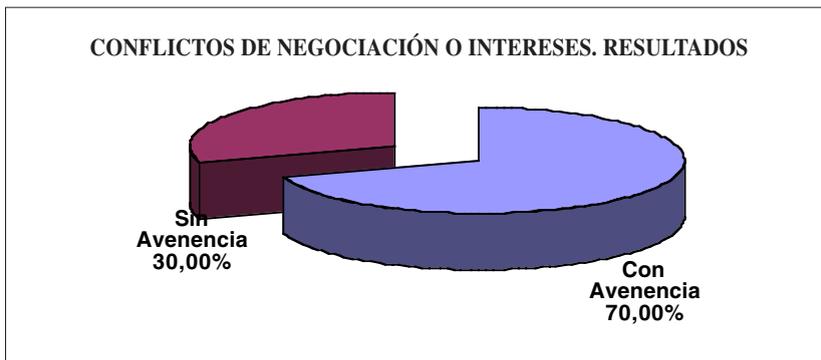
Al desglosar por provincias los resultados obtenidos en 2004 en la resolución de conflictos jurídicos, resalta el elevadísimo porcentaje de avenencias registrado en Jaén. También se sitúan por encima de la media las ratios de Huelva, Almería y Málaga. Por el contrario, en Cadiz se observa un índice de acuerdos muy reducido.

Si por lo que se refiere a los procedimientos previos a la vía judicial se procede a la comparación de los resultados obtenidos en 2004 en cada una de las provincias y respecto a los correspondientes a la anualidad anterior, se observan varias circunstancias dignas de ser destacadas. Lo más significativo son los incrementos experimentados en el porcentaje de acuerdos en el ámbito interprovincial así como en las provincias de Jaén y Almería. En sentido opuesto, son llamativos los descensos registrados en los índices de Cádiz y Córdoba.

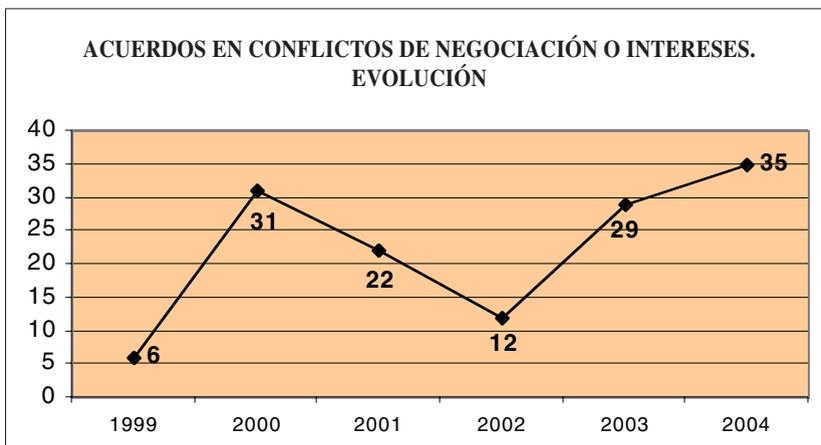


G.2) Resultados en conflictos de negociación o intereses

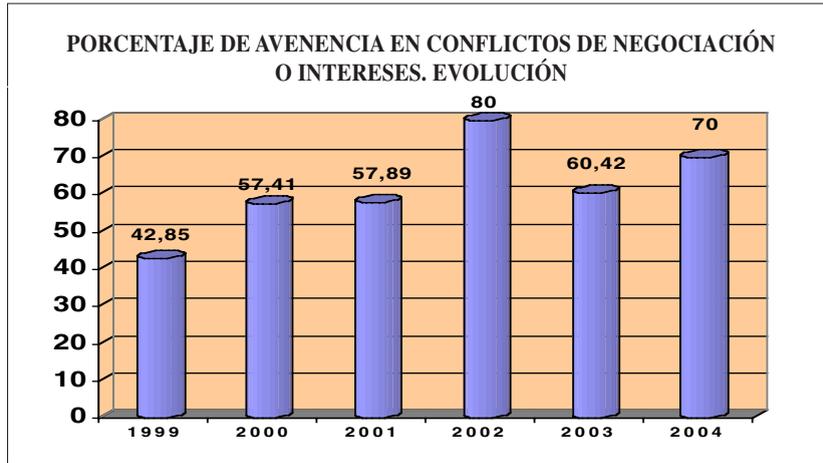
En la resolución de conflictos de intereses el porcentaje de acuerdos alcanzados en sede SERCLA en el año 2004 se sitúa en el 70,00% de los tramitados, finalizando con acuerdo un total 35 expedientes, los cuales extienden su ámbito de aplicación a 1.378 empresas y 18.948 trabajadores andaluces. Como es sabido, ante supuestos de conflictos de intereses, es decir, aquellos surgidos como consecuencia de procesos de negociación colectiva, los sujetos legitimados pueden acudir facultativamente al SERCLA, que desempeña el role de instancia en la que se logra la superación de situaciones de impasse u obstrucción del proceso negociador.



El número de acuerdos logrados en la resolución de este tipo de conflictos ha alcanzado en 2004 su cota máxima desde el inicio de actuaciones de este Sistema, consolidándose así una tendencia claramente ascendente ya iniciada el año anterior.



Al observar el porcentaje de avenencia alcanzado en estos seis años en la resolución de bloqueos de negociación colectiva, se aprecia que estamos ante un tipo de conflicto en el que el SERCLA resulta ser un instrumento muy útil.

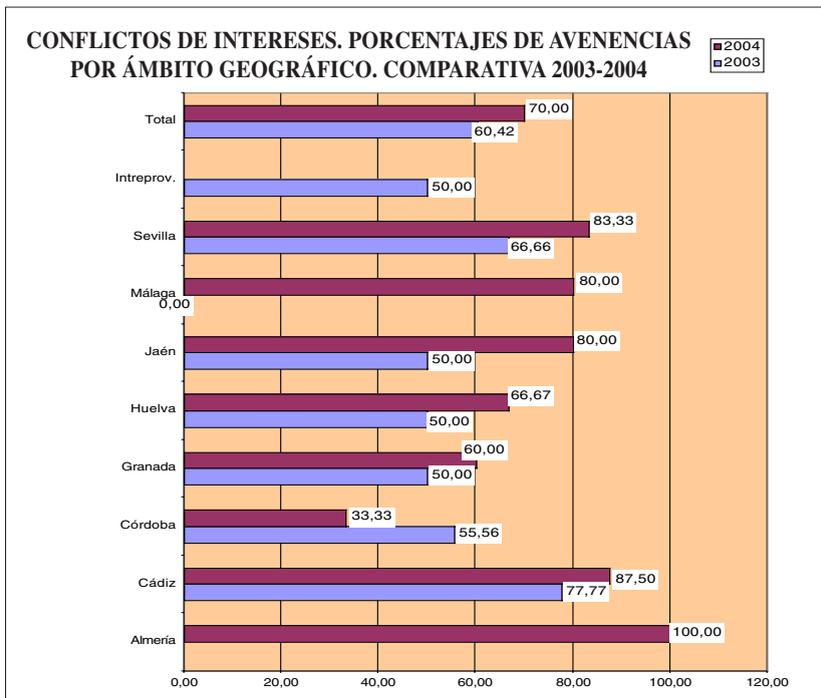
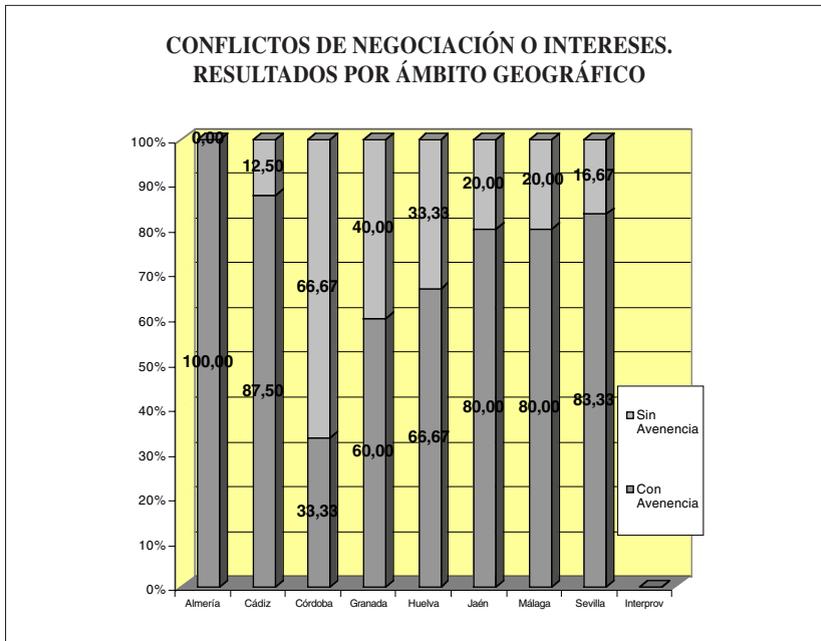


La intervención de este Sistema Extrajudicial en 2004, sirvió para que se logaran acuerdos superadores de situaciones de impasse en procesos negociadores que afectaron, por ejemplo, a empresas tales como Mavisa (Cádiz), Transportes Rober (Granada), Compañía Andaluza de Cervezas (Córdoba), Aguas y Servicios de la Costa Tropical (Granada), Clece-Universidad (Málaga) y Pae Government Services (Sevilla).

También a través de esta modalidad procedimental, la mediación del SERCLA ha propiciado la firma de convenios sectoriales tales como los de Industrias Siderometalúrgicas de Almería y Granada, Clínicas y Hospitales Privados de Cádiz, y Yeso y Escayola de Málaga.

Al comparar los resultados obtenidos en 2004 en cada provincia en la resolución de conflictos de intereses, sobresale el extraordinario porcentaje de acuerdos registrado en Almería. La mayoría de las provincias alcanzan elevados ratios de avenencias. Córdoba es la única que aparece muy por debajo de la media.

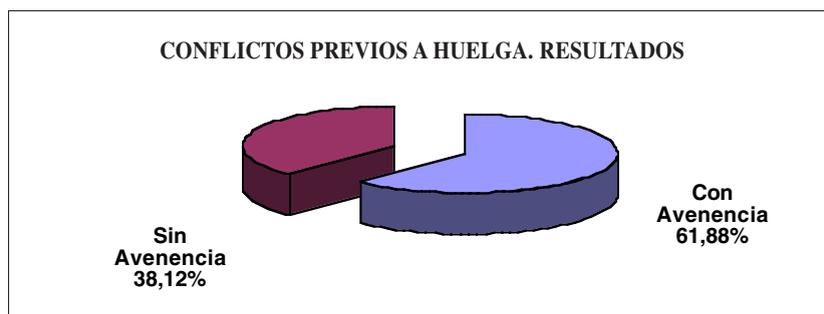
Si, dentro de esta modalidad procedimental, se procede a confrontar los resultados obtenidos en 2004 en cada una de las provincias con los correspondientes a la anualidad anterior, se observan varias circunstancias dignas de ser destacadas. Llama la atención el ascenso generalizado de los porcentajes de avenencias, con la única excepción de Córdoba. Los ascensos más espectaculares radican en Almería y Málaga. También merece destacarse el crecimiento porcentual de acuerdos de Cádiz, provincia que registró el mejor dato el año anterior.



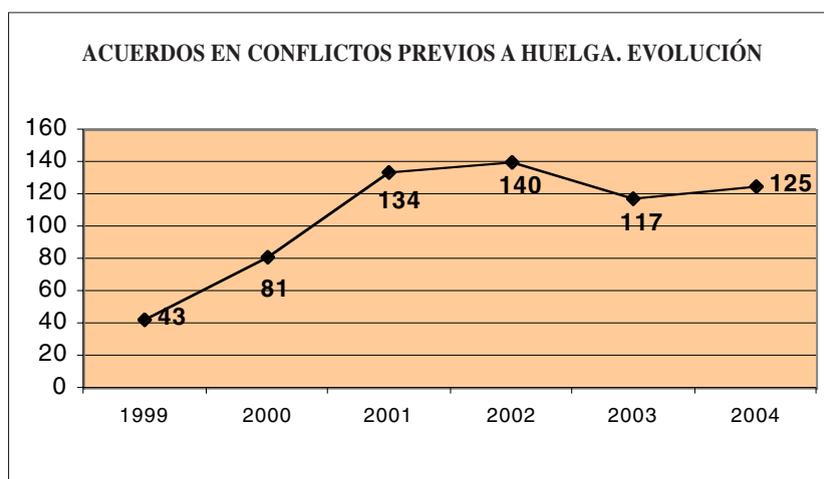
G.3) Resultados en conflictos previos a huelga

En primer lugar, conviene recordar que estamos ante un procedimiento cuyo objeto es constituir un cauce de diálogo previo al inicio de una huelga que en caso de culminar en acuerdo permite evitar la misma y las consecuencias que para todos conlleva. Este procedimiento es obligatorio con carácter previo a la convocatoria de huelga para los firmantes del Acuerdo Interprofesional constitutivo del SERCLA, siempre que ellos sean los sujetos convocantes.

En la resolución de los conflictos previos a huelga, el porcentaje de acuerdos alcanzado en SERCLA en el año 2004 se sitúa en el 61,88% de los tramitados, finalizando con acuerdo un total de 125 expedientes.



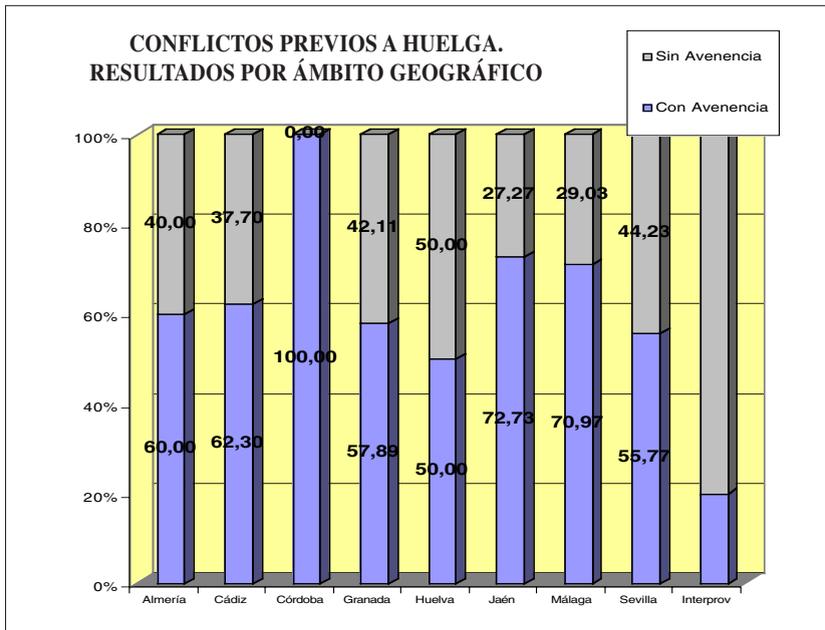
Al considerar los resultados obtenidos en 2004 en la resolución de los conflictos previos a huelga debe tenerse en cuenta que el número de acuerdos firmados supera la cifra alcanzada el año precedente.





La ratio de acuerdos alcanzados en 2004 en la resolución de estos conflictos mantiene un muy elevado nivel de solución consensuada de los mismos en el SERCLA, fruto del diálogo y el acercamiento de sus protagonistas, determinando la correspondiente desconvocatoria de huelga, lo que contribuye al fomento de la paz social.

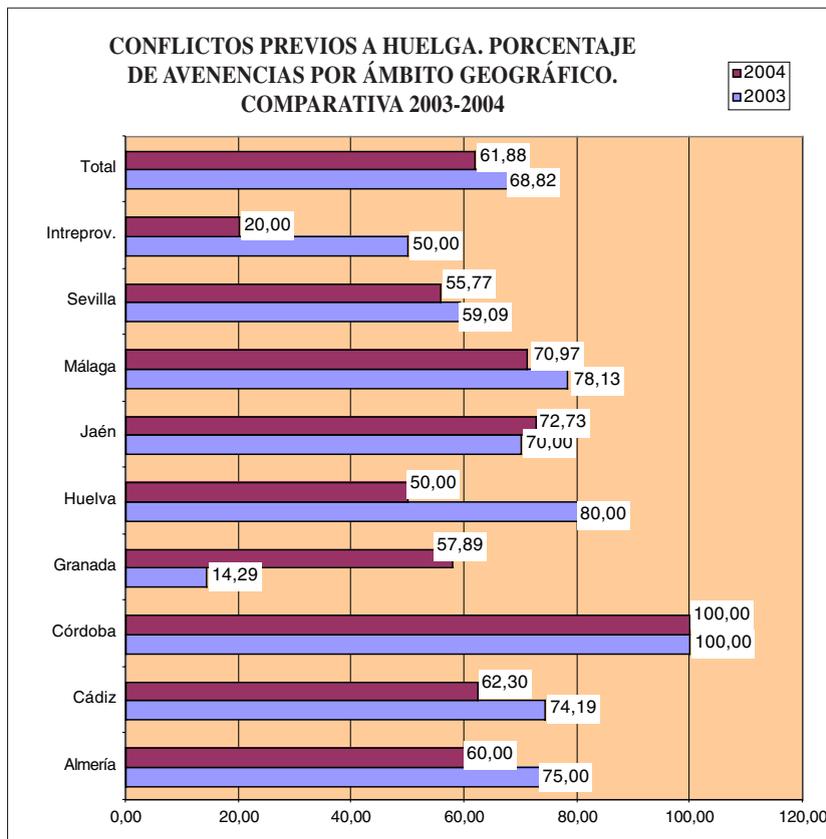
La intervención de este Sistema Extrajudicial en 2004, sirvió para que se logaran acuerdos entre los que cabe citar, a la vista de su elevada afecta-



ción personal, aquellos que conllevaron la desconvocatoria de huelga en empresas tales como Dsm Deretil (Almería), Dragados Off Shore (Cádiz), Aena Aeropuerto de Granada, Aguas Jaén, Transportes Portillo (Málaga) y Europea de Construcciones Metálicas (Sevilla).

Asimismo, conviene destacar que las avenencias alcanzadas en varios conflictos sectoriales a lo largo de la anualidad 2003, han conllevado tanto la evitación de las correspondientes huelgas como el desbloqueo de la negociación colectiva. Nos estamos refiriendo a los procedimientos relativos a los sectores de Yeso y Escayola de Córdoba, Granada y Málaga; Industrias Siderometalúrgicas de Granada y Actividades Agropecuarias de Sevilla.

Al profundizar en el análisis de los datos de cada una de las provincias, vemos como en Córdoba, Jaén y Málaga, los porcentajes de avenencia en la resolución de conflictos previos a huelga son notablemente superiores a la media del Sistema. Muy por debajo de la misma se sitúa la ratio de acuerdos alcanzados en los conflictos interprovinciales.



Si, dentro de esta modalidad procedimental, se procede a confrontar los resultados obtenidos en 2004 en cada una de las provincias con los correspondientes a la anualidad anterior, se concluye que Córdoba mantiene el magnífico porcentaje de avenencias del año precedente. Jaén y, sobre todo, Granada resultan ser las únicas provincias en las que se produce un incremento en la ratio de acuerdos. En el resto se observan retrocesos respecto a los porcentajes de 2003.

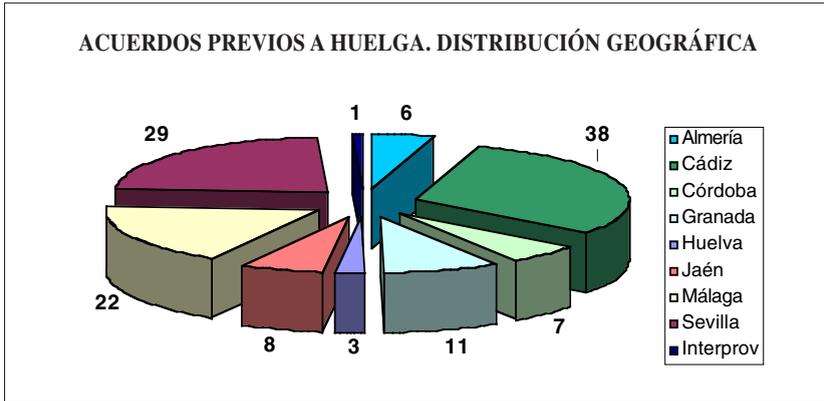
Los 125 expedientes previos a huelga concluidos con avenencia en 2004 extienden su ámbito de aplicación a 21.746 empresas y a 147.440 trabajadores andaluces, evitando en su conjunto la pérdida por huelgas de 4.092.992 horas de trabajo, con el consiguiente coste económico tanto para empresarios como para trabajadores.

EXPEDIENTES PREVIOS A HUELGA CONCLUIDOS CON AVENENCIA				
Ámbito	N.º	Empresas	Trabajadores	Horas de trabajo recuperadas
Almería	6	7	579	8.952
Cádiz	38	41	3.509	172.584
Córdoba	7	346	4.721	143.112
Granada	11	1.034	7.563	543.672
Huelva	3	3	220	46.384
Jaén	8	8	377	9.504
Málaga	22	272	7.656	226.008
Sevilla	29	20.034	122.740	2.941.576
Interprovincial	1	1	75	1.200
Total	125	21.746	147.440	4.092.992

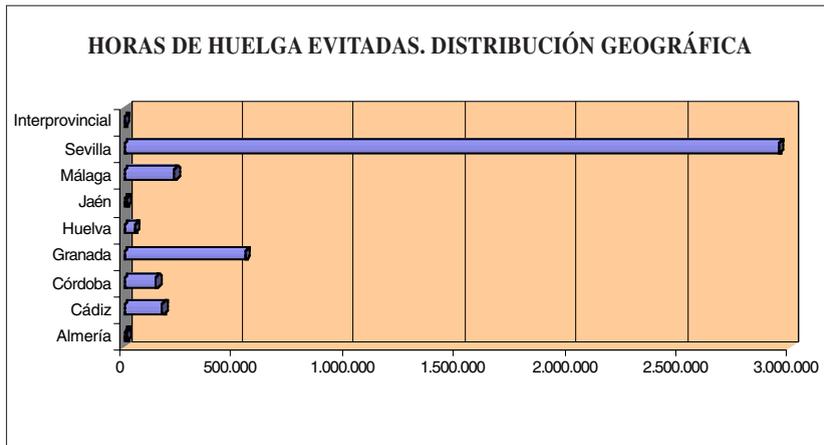
EXPEDIENTES PREVIOS A HUELGA CONCLUIDOS CON AVENENCIA SEDES PROVINCIA DE CÁDIZ				
Ámbito	N.º	Empresas	Trabajadores	Horas de trabajo recuperadas
Algeciras	20	23	1.357	127.624
Cádiz	10	10	1.710	26.320
Jerez	8	8	442	18.640

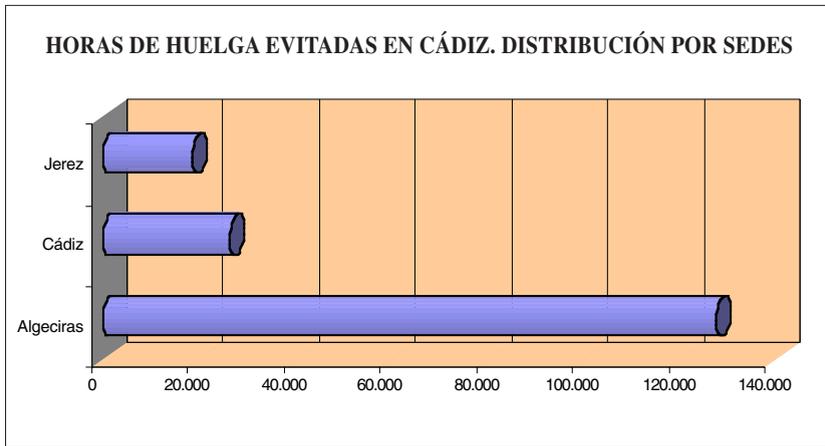
El número más elevado de acuerdos firmados en procedimientos previos a huelga se observa en la provincia de Cádiz, cuyas actuaciones implicaron la evitación de 38 huelgas, de las cuales más de la mitad correspon-

den a conflictos tramitados en la sede de Algeciras. A continuación se sitúan Sevilla y Málaga, provincias en las que, gracias a la mediación de este Sistema, no se llevaron a efecto 29 y 22 huelgas, respectivamente.

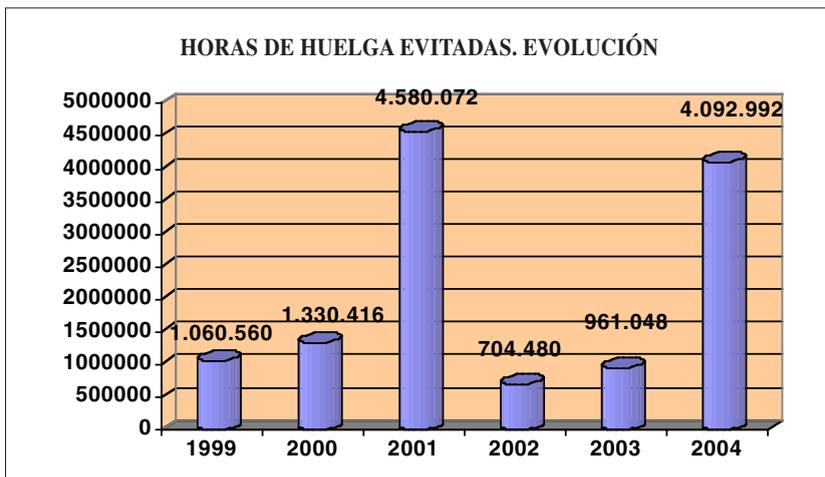


La distribución territorial de las horas de huelga evitadas gracias a los acuerdos alcanzados, pone de relieve importantes diferencias, sobresaliendo la cifra correspondiente a Sevilla, debido principalmente al acuerdo suscrito en el conflicto sectorial del Campo.





El montante de horas de trabajo cuya pérdida por huelgas han evitado los acuerdos alcanzados en SERCLA en 2004 se configura como la segunda cifra más alta desde el inicio de actuaciones de este Sistema, significando un incremento de un 325,88% respecto a la cifra de la anualidad anterior.



Los 640 acuerdos alcanzados en sede SERCLA bajo esta modalidad procedimental en sus seis años de funcionamiento han permitido evitar la pérdida de 12.729.568 horas de trabajo



Los afectados por estos acuerdos firmados en los seis años de actuaciones del Sistema ascienden a un total de 484.722 trabajadores.



5

Reseña de Legislación







Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO *

DECRETO 66/2005, de 8 de marzo, de ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas

El Decreto 137/2002, de 8 de marzo, de ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas estableció un amplio catálogo de iniciativas dirigidas a satisfacer las necesidades de las familias andaluzas desde una perspectiva integral. Con posterioridad, los Decretos 18/2003, de 4 de febrero, y 7/2004, de 20 de enero, han venido a ampliar las medidas inicialmente incluidas en la precitada norma. En cumplimiento de la previsión revisora contenida en la disposición adicional tercera del Decreto 137/2002, se estima conveniente adaptar y ampliar las medidas recogidas en dicha norma, entre las que podemos destacar algunos aspectos.

Se pretende establecer progresivamente la gratuidad de los libros de texto para el alumnado de la enseñanza obligatoria que curse sus estudios en centros docentes sostenidos con fondos públicos (art. 19); facilitar el acceso a los servicios de aula matinal, comedor y a las actividades extraescolares al alumnado de educación especial (art. 17); ampliar el ámbito de las ayudas a la adecuación funcional básica de las viviendas que constituyan residencia habitual y permanente para las personas con discapacidad y movilidad reducida (art. 14); extensión del programa de respiro familiar a personas con discapacidad menores de dieciséis años (art. 15); potenciar nuevas medidas de incorporación al uso de las nuevas tecnologías para las familias ubicadas en los municipios más pequeños (art. 12); promover la contratación de personas para cuidados de un familiar con minusvalía (art. 2) y fomentar, en el ámbito sanitario, medidas de apoyo a las familias para la Atención Temprana en los supuestos de nacimiento de niños/as que presentan alteraciones en su desarrollo (art. 28 bis).

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

ORDEN de 29 de diciembre de 2004, por la que se establece para el año 2005, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre

La prestación asistencial dental para la población infantil andaluza fue instituida el año 2001 para los residentes en la Comunidad Autónoma con edades comprendidas entre los 6 y 15 años, sin embargo, la extensión de la cobertura sanitaria dental, en los términos establecidos en dicha norma, a la totalidad de la población incluida en los anteriores umbrales se continúa estableciendo de manera progresiva, mediante Orden de la Consejería de Salud, que anualmente determina los grupos de edad que se incorporan a la prestación de referencia. En virtud de la habilitación contenida en el párrafo 2 de la Disposición final primera del Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, la Orden comentada reconoce el derecho a la asistencia dental básica y a los tratamientos especiales establecidos en el propio Decreto, desde el 1 de enero de 2005, a los nacidos entre los años 1994 y 1999, ambos inclusive; es decir, a los residentes en Andalucía con edades comprendidas entre seis y once años de edad.

ORDEN de 30 de diciembre de 2004, por la que se modifica la de 15 de marzo de 2004, por la que se desarrollan y convocan las ayudas públicas de Apoyo y Asistencia Técnica al Autoempleo, al Fomento de la Actividad Emprendedora y a la Promoción de la Mujer Trabajadora que se establecen en el Decreto 85/2003, 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía

La Orden de 15 de marzo de 2004 publicada en el BOJA núm. 67, de 6 de abril, desarrolla los Programas de Asesoramiento y Asistencia Técnica al Autoempleo y Promoción de la Mujer trabajadora establecidos en el Decreto 85/2003, de 1 de abril. La puesta en marcha de dichas medidas ha puesto de manifiesto algunas dificultades de gestión y problemas de eficacia que aconsejan la introducción de determinadas modificaciones normativas en orden a posibilitar un mejor desarrollo de las acciones derivadas de los Programas de Inserción Laboral.

En primer lugar, se modifican los artículos 6, 7, 10, 15, 17 y 24 y se añade un nuevo artículo 17.bis en la Orden de 15 de marzo de 2004. De una parte, se limita la duración de las acciones de promoción y sensibilización de la cultura emprendedora a través de acciones de información y motivación de la cultura emprendedora a través de acciones de información y motivación para el autoempleo (INMA), que como máximo podrán desarrollarse durante seis meses. Se limita la cuantía de los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, soportados con cargo a la ayuda económica concedida, incluyendo los correspondientes a las pagas extraordinarias y a las cotizaciones de Seguridad Social, cantidades que en todo caso no podrán superar el 70% del coste total del proyecto. Por último, en la valoración de las solicitudes presentadas se tendrán en cuenta, con carácter general y contemplando en todos los casos el previo cumplimiento de los requisitos establecidos para cada uno de lo Programas recogidos en la Orden, los criterios previstos en el artículo 17 bis.

ORDEN de 9 de marzo de 2005, por la que se modifica la de 14 de enero de 2004, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas, en el ámbito de la colaboración con entidades sin ánimo de lucro que contraten trabajadores desempleados para la realización de proyectos y servicios de interés general y social

La modificación de las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas por el Servicio Andaluz de Empleo en el ámbito de la colaboración con entidades sin ánimo de lucro que contraten trabajadores desempleados para la realización de proyectos y servicios de interés general y social resultaba obligado, tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, y de la Orden TAS/2435/2004, de 20 de julio, por la que se excepcionan determinados programas públicos de mejora de la ocupabilidad en relación con la utilización del contrato de inserción y se modifica la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 19 de diciembre de 1997, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito de la colaboración con órganos de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, Comunidades Autónomas, Universidades e instituciones sin ánimo de lucro, que contraten trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social. En concreto, la Orden comentada modifica la de 14 de enero de 2004 (BOJA núm. 19, de 29 de enero), en sus artículos 4, 5, 6, 7 y 10.

La nueva redacción del art. 4 permite la financiación de los costes salariales de los trabajadores contratados para la ejecución de obras y servicios de interés general y social. Las ayudas no podrán superar el resultado de multiplicar el número de trabajadores contratados por el número de meses de duración del contrato y por el importe del módulo que le corresponda en función del grupo de cotización a la Seguridad Social, cuantía que se reducirá proporcionalmente en función de la jornada realizada por los trabajadores contratados a tiempo parcial. Los módulos correspondientes a cada grupo de cotización se relacionan en el apartado 3 de dicho artículo, agrupados en tres grupos (A, B y C). No se consideran gastos salariales a dichos efectos las cantidades correspondientes a incentivos, dietas, gastos de locomoción, vacaciones no disfrutadas, horas extras, indemnizaciones o complementos por gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral.

La modificación del artículo 5 tiene por objeto la limitación de la duración de los proyectos a nueve meses, a contabilizar desde la fecha de inicio de los mismos. El inicio de los proyectos se deberá efectuar dentro del ejercicio en que se aprueben, debiendo quedar finalizados no más tarde de los seis primeros meses del ejercicio siguiente. El nuevo artículo 6 amplía las posibilidades de contratación de los trabajadores afectados por la Orden, que anteriormente únicamente podían ser contratados mediante el contrato de inserción. El nuevo apartado 3 del artículo 7 relaciona la documentación que debe acompañar a la solicitud, mientras que las modificaciones del artículo 10 permiten a las entidades beneficiarias presentar oferta nominativa de empleo en supuestos excepcionales, previa autorización del Órgano concedente. La contratación de los trabajadores seleccionados deberá realizarse mediante la modalidad contractual más adecuada a las necesidades del proyecto y al perfil del trabajador. La Disposición Adicio-

nal Única autoriza a la Dirección General de Fomento del Empleo a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la ejecución de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

RESOLUCION de 28 de marzo de 2005, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dispone la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo Interprovincial de 4 de marzo de 2005 por el que se instaura un sistema de solución de determinados conflictos individuales en el seno del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, y como consecuencia se produce un cambio de denominación del sistema que pasa a ser la de «Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía»

Con fecha 3 de abril de 1996, las Organizaciones Confederación de Empresarios de Andalucía, Unión General de Trabajadores de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía suscribieron el Acuerdo Interprofesional para la constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, actuando la Junta de Andalucía como testigo y garante de lo acordado. Como quedaba indicado en su denominación, el sistema extrajudicial había sido diseñado para la resolución exclusiva de conflictos de naturaleza colectiva, sin perjuicio de lo cual la disposición adicional 2.^a de dicho Acuerdo preveía ya la posibilidad de ampliar en el futuro su ámbito de actuación a los conflictos de naturaleza individual, una vez evaluados los resultados del Sistema. Recientemente, el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, de 25 de enero de 2005, había valorado de forma positiva los resultados obtenidos por el SERCLA, en la mejora sustancial del sistema andaluz de relaciones laborales, contribuyendo al consenso y al diálogo entre los interlocutores sociales y promocionando la paz social. En la misma línea, se inscriben las estipulaciones del apartado 3.3 del Eje III «Cultura de la calidad en el empleo», denominado «Afianzamiento y perfeccionamiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos», entre las que se reitera la necesidad de ampliar el actual sistema a los conflictos individuales, una vez cumplidas las previsiones contenidas en la citada Disposición Adicional 2.^a. Todo lo anterior, ha impulsado a las Organizaciones firmantes y al gobierno autonómico para iniciar el proceso de ampliación del SERCLA, extendiendo el ámbito de actuación del mismo también a la solución de las controversias de carácter individual surgidas en el ámbito laboral, facilitando a los empresarios y trabajadores medios propios y autónomos, considerados por las organizaciones firmantes como los instrumentos más idóneos para alcanzar soluciones pacíficas y armonizadas en supuestos de conflictos de carácter individual, como en su día fue puesto de manifiesto por el Acuerdo constitutivo del SERCLA, en los supuestos de conflictos de carácter colectivo.

El nuevo acuerdo posee similar naturaleza jurídica que su precedente, es decir, ha sido alcanzado en virtud de las previsiones contenidas en el apartado tercero del art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Por más que la estipulación segunda del acuerdo disponga «la ampliación del Sistema a la resolución de determinados conflictos individuales con toda rotundidad» y, como consecuencia de lo establecido en ella, la estipulación cuarta establezca

el cambio de denominación del Sistema, que a partir de ahora pasa a ser reconocido como «Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía», la posibilidad de acceder al mismo para la resolución de conflictos individuales resulta de momento inviable en espera de que, en aplicación de la estipulación tercera, la Comisión de Seguimiento del SERCLA determine las modalidades de conflictos individuales «que podrán someterse a estos procedimientos». Con todo, el sistema de resolución de conflictos individuales no empezará a funcionar hasta que sea aprobado el reglamento de desarrollo previsto en la disposición transitoria única, sin perjuicio de lo cual queda anunciada la voluntad de proceder a su implantación, a modo de experiencia piloto, en dos fases: en la primera, «la Comisión de Seguimiento determinará el ámbito territorial y funcional en que se implantará el nuevo modelo; concluida dicha fase, se procederá durante el segundo año de vigencia de este Acuerdo, a analizar los resultados obtenidos a efectos de su posible extensión». (Estipulación adicional primera).

Las cautelas manifestadas por las organizaciones firmantes no deben sorprender si se tiene en cuenta las escasas experiencias previas en la materia y, particularmente, las dificultades de introducción de procedimientos privados de resolución de conflictos individuales por la vía de la autonomía colectiva. De un lado, debe señalarse que las genéricas desconfianzas mostradas por la jurisprudencia ante toda limitación del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida constitucionalmente por el artículo 24 CE, se incrementan notablemente cuando se tales limitaciones tienen por objeto conflictos de naturaleza individual, en el temor de que los procedimientos privados pudieran legitimar renuncias a la tutela judicial impuestas unilateralmente por la parte contractualmente más fuerte. Adicionalmente, conviene tener presente que mientras que la introducción de los procedimientos colectivos encuentra su fundamento en el artículo 37 CE, no existe precepto similar de referencia que avale la resolución privada de conflictos individuales. En todo caso, las dudas y dificultades relacionadas no deben interpretarse como negación de la viabilidad de todo procedimiento privado de resolución de conflictos individuales configurado vía convenio colectivo, pues compartimos con las organizaciones firmantes el interés por el ensayo de fórmulas convencionales de resolución de conflictos individuales suficientemente respetuosas con el derecho al acceso a la acción judicial garantizado por el artículo 24 CE. A la espera del desarrollo del acuerdo alcanzado, no caben mayores comentarios en este espacio.

**DECRETO 66/2005, de 8 de marzo, de ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas
BOJA núm. 51, de 14 de marzo de 2005**

El Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas estableció un amplio catálogo de iniciativas dirigidas a satisfacer las necesidades de las familias andaluzas desde una perspectiva integral.

Posteriormente, los Decretos 18/2003, de 4 de febrero, y 7/2004, de 20

de enero, han venido a ampliar las medidas inicialmente incluidas en la precitada norma.

La Disposición Adicional Tercera del Decreto 137/2002, establece que «al objeto de revisar de forma continua el presente Decreto y adaptarlo permanentemente a la realidad cambian-

te de las familias andaluzas, las medidas que se establecen tendrán una vigencia de cuatro años y deberán ser revisadas y adaptadas anualmente, en su caso, a las nuevas situaciones que se produzcan».

En el marco de esta previsión, se estima conveniente adaptar y ampliar las medidas recogidas en el Decreto 137/2002, de apoyo a las familias andaluzas, destacando los siguientes aspectos:

Establecer, de forma progresiva, la gratuidad de los libros de texto para el alumnado de la enseñanza obligatoria; facilitar el acceso a los servicios de aula matinal, comedor ya las actividades extraescolares al alumnado de educación especial; ampliar el ámbito de las ayudas a la adecuación funcional básica de las viviendas para las personas con discapacidad y movilidad reducida; extensión del programa de respiro familiar a personas con discapacidad menores de dieciséis años; potenciar nuevas medidas de incorporación al uso de las nuevas tecnologías para las familias ubicadas en los municipios más pequeños, y la aplicación de las mismas en centros para mayores y personas con discapacidad; promover la contratación de personas para cuidados de un familiar con minusvalía y fomentar, en el ámbito sanitario, medidas de apoyo a las familias para la Atención Temprana en los supuestos de nacimientos de niños/as que presentan alteraciones en su desarrollo.

En su virtud, a propuesta del Consejero de la Presidencia, de conformidad con el art. 39. 2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 8 de marzo de 2005

DISPONGO

Artículo 1.º *Modificación del artículo 3 del Decreto 137/2002, de 30 de*

abril.—Se modifica el último párrafo del apartado 2 del artículo 3 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«La relación de parentesco se computará a partir de la persona o personas para quienes se soliciten las ayudas».

Art. 2.º *Inclusión de artículo 7 bis en el Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se incluye un artículo 7 bis, en el Decreto 137/2002, de 30 de abril, con la siguiente redacción:

«Artículo 7. bis. Ayuda por contratación de persona para cuidado de familiar.

1. Se establece una ayuda para aquellas familias que contraten un/a trabajador/a para la atención y el cuidado de un familiar en primer grado de consanguinidad o afinidad que tenga reconocido al menos un 75% de grado de minusvalía o padezca enfermedad crónica que requiera una atención continuada.

2. Será requisito para la obtención de la ayuda:

a) Que los cónyuges, o en su caso, miembros de la pareja de hecho, trabajen. No obstante, no será exigible este requisito en los supuestos siguientes:

— Para el caso de familias unipersonales, monoparentales o numerosas.

— Cuando uno de los cónyuges o de los miembros de la pareja de hecho tenga reconocido al menos un 75% de grado de minusvalía o padezca enfermedad crónica que requiera una atención continuada.

b) Que los ingresos de la unidad familiar no superen los establecidos en la Disposición Adicional Primera.

3. La cuantía de la ayuda será de 1.000 euros al año, y hasta un máximo de tres años.

4. Estas ayudas estarán sometidas al régimen de concurrencia com-

petitiva y tendrán preferencia para su concesión:

a) Las contrataciones que se efectúen respecto de personas pertenecientes a los colectivos de atención prioritaria en las políticas de fomento de empleo que se establezca en la normativa de desarrollo del presente Decreto.

b) Las unidades familiares en los que uno de sus miembros sea titular de la Tarjeta Andalucía-Junta Sesenta y Cinco, modalidad Oro.

5. La concesión de estas ayudas estará sometida a la disponibilidad presupuestaria existente en el ejercicio correspondiente y su procedimiento se regulará mediante Orden de la Consejería de Empleo».

Art. 3.º *Modificación del artículo 9 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifican el tercer y cuarto inciso de la letra c) del apartado 1 del artículo 9 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que quedan con la siguiente redacción:

— «Cuando algún miembro de la familia, incluido el padre o la madre del niño o de la niña para quien se solicite la plaza, se encuentre afectado por una enfermedad que por su duración, riesgo para la vida del enfermo/a o limitación de la capacidad que ocasione, requiera el cuidado de una persona y éste sea asumido directamente por el padre o la madre que no desarrolle actividad laboral.

— Cuando algún miembro de la familia, incluido el padre o la madre del niño o de la niña para quien se solicite la plaza, tenga reconocido al menos un 33% de grado de minusvalía y su cuidado sea asumido directamente por el padre o la madre que no desarrolle actividad laboral».

Art. 4.º *Modificación del artículo 10 del Decreto 137/2002, de 30 de*

abril.—Se modifica el apartado 2 del artículo 10 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«Se establecerá una bonificación sobre el precio de la plaza que se facilite. En los supuestos recogidos en el apartado 2 y en la letra a) del apartado 3 del artículo anterior, la bonificación será del 100%. En los restantes casos se establecerá una modulación según tramos de ingresos de la unidad familiar, en los que la bonificación podrá llegar hasta el 75%».

Art. 5.º *Modificación del artículo 11 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifica el artículo 11 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 11. Horario de los centros de atención socio educativa».

«El horario de los centros de atención socio-educativa financiados total o parcialmente por la Administración de la Junta de Andalucía así como los dependientes de la misma, será de 7, 30 a 20 horas, ininterrumpidamente, de lunes a viernes todos los días no festivos, durante once meses al año. A partir de las 17 horas se ofertará un servicio complementario de "ludoteca infantil" hasta las 20 horas».

Art. 6.º *Modificación del artículo 12 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifica el artículo 12 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 12. Ludotecas infantiles.

1. En los Centros de atención socio-educativa dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía se ofertará, a partir de las 17 horas, como servicio complementario, actividades pedagógicas de entretenimiento y juego para los/as niños/as atendidos/as en los mismos. El establecimiento de este servicio estará supeditado a una

demanda mínima de diez usuarios/as por centro.

2. Las familias participarán en la financiación de este servicio mediante el abono del precio que se determine en desarrollo del presente Decreto, que tendrá la consideración de precio público, a efectos de lo dispuesto en la Ley 4/1988, de 5 de julio, de tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El precio de acceso a este servicio se establecerá de forma diferenciada del fijado para el servicio de atención socio-educativa. Podrán establecerse asimismo bonificaciones, sin que sean de aplicación los requisitos fijados en los subapartados b) y c) del artículo 9.1».

Art. 7.º *Modificación del artículo 13 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifica el apartado 2 del artículo 13 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«2. Las instalaciones deportivas y recreativas de dichos centros docentes públicos, así como otras que lo permitan, permanecerán abiertas para su uso público, fuera del horario anterior, hasta las 20 horas en los días lectivos, y de 8 hasta las 20 horas durante todos los días no lectivos del año a excepción del mes de agosto. Para su efectividad se requerirá un proyecto elaborado por el centro docente o, en su caso, por el Ayuntamiento de la localidad».

Art. 8.º *Modificación del artículo 17 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifica el artículo 17 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 17. Participación en el coste.

1. La contribución de las familias al coste de los servicios de aula matinal y actividades extraescolares se es-

tablecerá como precio público, de conformidad con la Ley 4/1988, de 5 de julio, de tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. El precio del servicio de comedor será el fijado por el Decreto 192/1997, de 29 de julio, por el que se regula el servicio de comedor en los Centros Públicos dependientes de la Consejería de Educación y de las Disposiciones que lo desarrollan.

3. La prestación de los servicios de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares será gratuita para el alumnado que, por motivos familiares, se encuentre en situación de dificultad social extrema o riesgo de exclusión, quedando incluidos en este supuesto los/as hijos/as de mujeres atendidas en los Centros de Acogida para mujeres maltratadas.

4. Asimismo, la prestación del servicio de comedor será gratuita para el alumnado escolarizado en enseñanzas de carácter obligatorio, cuando estén obligados a desplazarse fuera de su localidad de residencia por inexistencia del nivel educativo correspondiente, tengan jornada de mañana y tarde y no disponga del servicio de transporte al mediodía.

5. Para el alumnado no incluido en el apartado 3 anterior, se establecen las siguientes bonificaciones en el precio de los servicios:

— Familias cuyos ingresos no superen el 50% de los límites establecidos en la Disposición Adicional Primera del Decreto 137/2002, de 30 de abril: Bonificación del 50%.

— Familias cuyos ingresos superen el porcentaje anterior dentro de los límites de la citada Disposición Adicional: Bonificación del 25%.

6. En aquellos supuestos no incluidos en los apartados 3, 4 y 5 anteriores, los/as usuarios/as satisfarán íntegramente el precio fijado, sin que les sean de aplicación las exenciones o

bonificaciones previstas en el presente Decreto.

7. La determinación de los centros docentes que serán financiados por la Administración educativa de la Junta de Andalucía para el establecimiento de estos servicios será realizada por la misma de acuerdo con su planificación.

8. La gestión económica de estos servicios se realizará por los Centros docentes públicos en el marco de la autonomía reconocida legislativamente».

Art. 9.º *Modificación del artículo 18 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifica el artículo 18 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 18. Demanda mínima para el establecimiento de los servicios.

El establecimiento de los servicios recogidos en los artículos 14, 15 y 16 del presente Decreto estará supeditado a la existencia de una demanda mínima de diez alumnos/as por centro, sin perjuicio del libre acceso a los mismos una vez establecidos».

Art. 10. *Modificación del artículo 19 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifica el artículo 19 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 19. Gratuidad de los libros de texto.

1. El alumnado que curse la enseñanza obligatoria en los centros docentes sostenidos con fondos públicos dispondrá gratuitamente de los correspondientes libros de texto.

2. Los libros de texto serán propiedad de la Administración Educativa y permanecerán, una vez concluido el curso escolar, en el centro docente donde el/la alumno/a haya cursado las enseñanzas, de forma que puedan ser utilizados por otros/as alumnos/as en años académicos sucesivos. Todos los

libros de texto serán renovados cada cuatro cursos escolares, sin perjuicio de la reposición del material deteriorado o inservible».

Art. 11. *Modificación del artículo 21 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifica el artículo 21 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 21. Ayudas para estudios universitarios.

1. Podrán establecerse ayudas para cubrir los gastos de matrícula en cualquiera de las Universidades públicas de Andalucía de aquel alumnado que venga realizando actividades de prestaciones sociales de naturaleza similar a las previstas en el presente Decreto, en Organizaciones No Gubernamentales, durante, al menos, los dos años anteriores a la fecha de solicitud.

2. A tales efectos, la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa podrá formalizar convenios con las Universidades andaluzas en los que se recogerá la fórmula de financiación de estas ayudas y el procedimiento de concesión de las mismas.

3. Será requisito para acceder a estas ayudas que los ingresos de la familia a que pertenece el/la alumno/a no superen, en función del número de sus miembros, los límites establecidos en la Disposición Adicional Primera del presente Decreto».

Art. 12. *Modificación del artículo 22 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.*—Se modifica el artículo 22 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 22. Hogar Digital.

1. Se establecerán ayudas para la conexión a Internet de forma que se facilite el acceso a los contenidos y servicios de la red a las familias andaluzas ubicadas en municipios menores de 10.000 habitantes.

2. La cuantía de la ayuda económica será del 75% del coste de la tarifa de conexión a Internet que a tal efecto se determine, con un importe máximo de 375 euros, y por un período de tiempo no superior a 12 meses. Se establecerá como forma de pago el sistema de cheque-internet para su descuento en el momento de la adquisición del servicio, que se regulará por la Orden correspondiente.

3. La concesión de estas ayudas se realizará en régimen de concurrencia competitiva, estando sujetas a las disponibilidades presupuestarias existentes en el ejercicio correspondiente.

4. Estas ayudas estarán limitadas a una conexión por familia, con independencia del miembro de la misma que la solicite, no pudiendo beneficiarse de las mismas aquellas familias que superen el límite de ingresos establecido en la Disposición Adicional Primera de este Decreto así como las que hubiesen obtenido ayudas para la incorporación al uso de nuevas tecnologías en convocatorias anteriores».

Art. 13. Modificación del artículo 23 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.—Se modifica el artículo 23 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 23. Formación Básica en el Hogar Digital. Se impartirán cursos de formación básica para el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, destinados a los miembros de las familias que sean beneficiarios/as de las ayudas para la conexión a Internet, como garantía del mejor uso y la aportación de valor a la misma».

Art. 14. Modificación del artículo 29 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.—Se modifican los apartados 1 y 5 del artículo 29 del Decreto 137/2002,

de 30 de abril, que quedan con la siguiente redacción:

«1. Sin perjuicio de lo previsto en el vigente Plan Andaluz de Vivienda y Suelo, se establecerán ayudas destinadas a mejorar la seguridad y adecuación funcional de las viviendas que constituyan residencia habitual y permanente de personas mayores o que tengan reconocido al menos un 40% de grado de minusvalía y movilidad reducida.

5. Serán beneficiarios/as de estas ayudas los/as titulares de la Tarjeta Andalucía-Junta Sesentaycinco y aquellas personas que tengan reconocido al menos un 40% de grado de minusvalía y movilidad reducida, siempre que los ingresos de la unidad familiar no superen 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples».

Art. 15. Modificación del artículo 32 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.—Se añade en el apartado 3 del artículo 32 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, el siguiente inciso:

«En el caso de respiro familiar, no se tendrá en cuenta el mínimo de dieciséis años».

Art. 16. Modificación del artículo 35 del Decreto 137/2002, de 30 de abril.—Se modifica el artículo 35 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, que queda como sigue:

«Artículo 35. Nuevas Tecnologías para mayores y personas con discapacidad.

1. En los Centros de Día, Unidades de Estancia Diurna y Centros Residenciales para mayores y personas con discapacidad, dependientes de la Junta de Andalucía, se desarrollarán actividades que permitan la aplicación de las nuevas tecnologías para la atención sociosanitaria a la dependencia y para la promoción del envejecimiento activo».

Art. 17. Inclusión de artículo 28 bis en el Decreto 137/2002, de 30 de abril.—Se incluye un artículo 28 bis, en el Decreto 137/2002, de 20 de abril, con la siguiente redacción:

«Artículo 28 bis. Programa de Apoyo Familiar en Atención Temprana.

1. Se implantará el Programa de Apoyo Familiar en Atención Temprana, para hacer frente a los problemas que plantea dentro de la familia el nacimiento de niños/as que presentan alteraciones en el desarrollo, o riesgo de padecerlas.

2. Serán objetivos de este Programa:

a) Establecer actuaciones orientadas a garantizar a los padres/madres y a sus Asociaciones, mejores accesos a las fuentes de información.

b) Apoyar las actividades de información de las Asociaciones dirigidas a la orientación, asesoramiento y apoyo a padres/madres y familiares.

c) Facilitar la conexión telemática entre las Asociaciones de padres/madres y entre éstas y el Sistema Sanitario Público de Andalucía».

Disposición Adicional Primera.

Extensión de servicios.—Las actividades y servicios ofrecidos en los artículos 14, 15 y 16 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, se extenderán además de a los centros indicados en dichos artículos, a los públicos de educación especial.

Disposición Adicional Segunda.

Modificación del artículo 8 del Decreto 51/2000, de 7 de febrero.—Se modifica el artículo 8 del Decreto 51/2000, de 7 de febrero, por el que se regula el registro, la supervisión y la selección de libros de texto, que queda con la siguiente redacción:

«Artículo 8. Vigencia de la selección de los libros de texto y materiales complementarios.

En el caso de que los centros docentes llevaran acabo la selección de un libro o material complementario de un área o materia para un determinado ciclo o curso, éste tendrá una vigencia mínima de cuatro cursos escolares a contar desde el siguiente a la entrada en vigor de este Decreto, en los que dicho libro o material no podrá ser sustituido».

Disposición Adicional Tercera.

Modificación del artículo 7 del Decreto 18/2003, de 4 de febrero.—Se modifica el título y el apartado 1 del artículo 7 del Decreto 18/2003, de 4 de febrero, que quedan con la siguiente redacción:

«Artículo 7. Participación en el coste de los cursos de natación.

1. Las cuantías, bonificaciones y exenciones del precio público correspondiente a este servicio son las establecidas para las actividades extraescolares por el Consejo de Gobierno».

Disposición Transitoria Única.

Las ayudas establecidas en el artículo 7 bis serán de aplicación para los contratos que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente Decreto.

Disposición Derogatoria Única.

Se derogan los artículos 37 y 38 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas.

Disposición Final Primera. Las normas que se dicten en desarrollo del artículo 10 del presente Decreto regularán el procedimiento para poner a disposición del alumnado los mencionados libros de texto. Asimismo, establecerán el ritmo de implantación progresiva de esta medida que, en todo caso, estará concluida en cuatro cursos escolares.

Disposición Final Segunda. *Desarrollo de medidas.*—Corresponde a

la Consejería de Empleo llevar a cabo las medidas establecidas en virtud del artículo 2 ya la Consejería de Salud las medidas establecidas en virtud del artículo 17, ambos del presente Decreto.

Disposición Final Tercera. *Desarrollo normativo.*—Todas las Órdenes de desarrollo de las medidas incluidas en el presente Decreto deberán ser aprobadas en un plazo máximo de 2 meses a contar desde la entrada en vigor del presente Decreto.

Disposición Final Cuarta. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 8 de marzo de 2005

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

GASPAR ZARRÍAS ARÉVALO
Consejero de la Presidencia

ORDEN de 29 de diciembre de 2004, por la que se establece para el año 2005, la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre
BOJA núm. 4, de 7 de enero de 2005

El Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en su Disposición adicional única apartado 2, establece que el titular de la Consejería de Salud determinará mediante Orden, los grupos de edad que se incorporan anualmente a la garantía de la prestación reconocida en el mismo, incluyéndose, en cualquier caso, los niños que cumplan seis años.

En su virtud, de conformidad con lo dispuesto en la habilitación contenida en el párrafo 2 de la Disposición final primera del Decreto 281/2001, de 26 de diciembre y, en uso de las atribuciones que me confiere el artículo 44.4 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma,

DISPONGO

Artículo único. *Derecho a la asistencia dental durante el año 2005.*— Durante el año 2005 tendrán derecho a la asistencia dental básica ya los tratamientos especiales establecidos en el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, los niños nacidos en los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Orden.

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor el día 1 de enero de 2005.

Sevilla, 29 de diciembre de 2004

MARÍA JESÚS MONTERO CUADRADO
Consejera de Salud

ORDEN de 30 de diciembre de 2004, por la que se modifica la de 15 de marzo de 2004, por la que se desarrollan y convocan las ayudas públicas de Apoyo y Asistencia Técnica al Autoempleo, al Fomento de la Actividad Emprendedora ya la Promoción de la Mujer Trabajadora que se establecen en el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía BOJA núm. 13, de 20 de enero de 2005

PREÁMBULO

La Orden de 15 de marzo de 2004 publicada en el BOJA núm. 67, de 6 de abril, desarrolla los Programas de Asesoramiento y Asistencia Técnica al Autoempleo y Promoción de Mujer Trabajadora establecidos en el Decreto 85/2003, de 1 de abril.

Como resultado de la gestión de las ayudas solicitadas al amparo de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la Orden anteriormente citada que venía a determinar el plazo para la presentación de solicitudes, excepcionalmente para el ejercicio 2004, se ha considerado conveniente introducir ciertas modificaciones en aras a posibilitar una mayor efectividad en la ejecución de los Programas recogidos en la Orden de 15 de marzo de 2004 y una mejor gestión de las ayudas solicitadas de conformidad a lo establecido en el artículo 18 de dicha Orden reguladora.

Por todo ello, la presente Orden pretende desarrollar algunos extremos de la Orden objeto de modificación, que se estiman necesarios para una mejor ejecución de la misma y de lo establecido en el Decreto 85/2003, de 1 de abril, en orden a posibilitar, por la Consejería de Empleo, el mejor desarrollo de las acciones que se deriven de los Programas para la Inserción laboral de la Junta de Andalucía recogidos en la Orden de 15 de marzo de 2004.

En uso de las facultades que me han sido conferidas y a propuesta de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo,

DISPONGO

Artículo Único. Modificación de la Orden de 15 de marzo de 2004, por la que se desarrollan y convocan las ayudas públicas de Apoyo y Asistencia Técnica al Autoempleo, al Fomento de la Actividad Emprendedora ya la Promoción de la Mujer Trabajadora que se establecen en el Decreto 85/2003, de 1 de abril.

Se modifican los artículos 6, 7, 10, 15, 17 y 24 y se añade un nuevo artículo 17. bis) en la Orden de 15 de marzo de 2004, por la que se desarrollan y convocan las ayudas públicas de Apoyo y Asistencia Técnica al Autoempleo, al Fomento de la Actividad Emprendedora ya la Promoción de la Mujer Trabajadora que se establecen en el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía, que quedarán redactados según se indica en los párrafos siguientes:

Primero.—El apartado 1 del artículo 6 quedará redactado de la siguiente forma:

«Artículo 6. Ayudas para el asesoramiento y asistencia técnica al autoempleo. Objeto. Las medidas para la Asistencia y Asesoramiento a proyectos de autoempleo, se concretarán mediante las siguientes ayudas:

1. Promoción y sensibilización de la cultura emprendedora a través de acciones de información y motivación para el autoempleo (INMA), son un conjunto de acciones encaminadas a motivar al desempleado/a hacia la ini-

ciativa empresarial proporcionándole la información necesaria para poner en marcha su proyecto de empresa.

En esta fase por tanto se hará especial hincapié en la labor de motivación del desempleado/a hacia la iniciativa empresarial, de manera que éstos conozcan todos aquellos aspectos que pueden confluír en su proyecto.

Las acciones contempladas en este tipo de ayuda tendrán una duración máxima de seis meses».

Segundo.—Se modifica el artículo 7 que quedará redactado de la siguiente forma:

«Artículo 7. Cuantía de las ayudas y pagos.

1. El Servicio Andalúz de Empleo podrá conceder ayudas de hasta el 80% de los proyectos presentados por las Entidades públicas y /o privadas para las acciones contempladas en el artículo anterior. El abono de la citada cuantía se realizará:

— Hasta el 75% en concepto de anticipo, se tramitará a partir de la fecha de concesión.

— El 25% restante se tramitará una vez justificada la realización de al menos el 75% del proyecto mediante la oportuna presentación de los documentos acreditativos de la ejecución y de los gastos pagados.

2. Con cargo a la ayuda concedida, los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente prorrateo de pagas extraordinarias y la cotización a la Seguridad Social, no podrán exceder de las cantidades que a continuación se establecen por año y a jornada completa:

— Coordinador: 32.462,52 euros.

— Técnico Superior: 26.724,00 euros.

— Técnico Medio: 24.765,96 euros.

— Apoyo Administrativo: 16.873,44 euros.

Sin perjuicio de lo anterior, el coste total destinado a personal, incluyendo todos los conceptos como gastos salariales, tutorías, asesoramiento, mentoring, ..., no podrán exceder del 70% del coste total del proyecto.

No obstante, los límites económicos fijados, podrán ser actualizados y revisados anualmente mediante Resolución de la Dirección General de Fomento del Empleo.

3. Después del abono de cada pago de la ayuda concedida la entidad aportará en el plazo de un mes Certificación de asiento contable.

4. Las Entidades beneficiarias deberán aportar un certificado firmado por su representante legal en el que se acredite que, a efectos de justificación, la imputación de gastos realizada, ya sea en su totalidad o en la parte proporcional que corresponda, se realizará con cargo exclusivo a esta ayuda. Dicho certificado deberá presentarse conjuntamente con la documentación de los gastos imputados y pagados en cada uno de los plazos establecidos en la resolución para justificar la subvención concedida.

5. Para la justificación final la entidad aportará en el plazo de tres meses desde la finalización del proyecto, certificación acreditativa de la finalización del mismo y pondrá a disposición del órgano gestor todos los documentos acreditativos de los gastos imputados y pagados.

6. El importe definitivo de la subvención se liquidará aplicando al coste de la actividad o inversión efectivamente realizada por el beneficiario, según justificación, el porcentaje de la financiación de la Junta de Andalucía, definido en la resolución de concesión».

Tercero.—El artículo 10 quedará redactado de la siguiente forma:

«Artículo 10. Cuantías de las ayudas y pagos.

1. La aportación de la Universidad y/o Entidad consistirá en cofinanciar al menos el 25 % del coste total del proyecto, correspondiendo el 75% restante al Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo. El pago se tramitará en dos fases:

— Hasta el 75% en concepto de anticipo, se tramitará a partir de la fecha de concesión.

— El 25% restante, se tramitará, una vez, justificada la realización del 75% del proyecto mediante la oportuna presentación de los documentos acreditativos de la ejecución y de los gastos pagados.

2. Con cargo a la ayuda concedida, los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente prorrateo de pagas extraordinarias y la cotización a la Seguridad Social, no podrán exceder de las cantidades que a continuación se establecen por año y a jornada completa:

— Coordinador: 32.462,52 euros.

— Técnico Superior: 26.724,00 euros.

— Técnico Medio: 24.765,96 euros.

— Apoyo Administrativo: 16.873,44 euros.

Sin perjuicio de lo anterior, el coste total destinado a personal, incluyendo todos los conceptos como gastos salariales, tutorías, asesoramiento, mentoring, ..., no podrán exceder del 70% del coste total del proyecto.

No obstante, los límites económicos fijados, podrán ser actualizados y revisados anualmente mediante Resolución de la Dirección General de Fomento del Empleo.

3. Después del abono de cada pago de la ayuda concedida la entidad aportará en el plazo de un mes Certificación de asiento contable.

4. Las Entidades beneficiarias deberán aportar un certificado firmado por su representante legal en el que se

acredite que, a efectos de justificación, la imputación de gastos realizada, ya sea en su totalidad o en la parte proporcional que corresponda, se realizará con cargo exclusivo a esta ayuda. Dicho certificado deberá presentarse conjuntamente con la documentación de los gastos imputados y pagados en cada uno de los plazos establecidos en la resolución para justificar la subvención concedida.

5. Para la justificación final la entidad aportará en el plazo de tres meses desde la finalización del proyecto, certificación acreditativa de la finalización del mismo y pondrá a disposición del órgano gestor todos los documentos acreditativos de los gastos imputados y pagados.

6. El importe definitivo de la subvención se liquidará aplicando al coste de la actividad o inversión efectivamente realizada por el beneficiario, según justificación, el porcentaje de la financiación de la Junta de Andalucía, definido en la resolución de concesión».

Cuarto.—El artículo 15 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 15. Cuantía de las ayudas y pagos.

1. El Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo podrá conceder a las asociaciones, redes y /o agrupaciones de mujeres trabajadoras, sin ánimo de lucro, hasta el 80% de los costes del proyecto presentado y aprobado para cada una de las medidas contempladas en el artículo 13 (Orden de 15 de marzo de 2004). El pago se tramitará en 2 fases:

— Hasta el 75% en concepto de anticipo, se tramitará a partir de la fecha de concesión.

— El 25% restante, se tramitará, una vez, justificada la realización del 75% del proyecto mediante la oportuna presentación de los documentos acreditativos de la ejecución y de los gastos pagados.

2. Con cargo a la ayuda concedida, los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente prorrateo de pagas extraordinarias y la cotización a la Seguridad Social, no podrán exceder de las cantidades que a continuación se establecen por año y a jornada completa:

— Coordinador: 32.462,52 euros.

— Técnico Superior: 26.724,00 euros.

— Técnico Medio: 24.765,96 euros.

— Apoyo Administrativo: 16.873,44 euros.

Sin perjuicio de lo anterior, el coste total destinado a personal, incluyendo todos los conceptos como gastos salariales, tutorías, asesoramiento, mentoring, ..., no podrán exceder del 70% del coste total del proyecto.

No obstante, los límites económicos fijados, podrán ser actualizados y revisados anualmente mediante Resolución de la Dirección General de Fomento del Empleo.

3. Después del abono de cada pago de la ayuda concedida la entidad aportará en el plazo de un mes Certificación de asiento contable.

4. Las Entidades beneficiarias deberán aportar un certificado firmado por su representante legal en el que se acredite que, a efectos de justificación, la imputación de gastos realizada, ya sea en su totalidad o en la parte proporcional que corresponda, se realizará con cargo exclusivo a esta ayuda. Dicho certificado deberá presentarse conjuntamente con la documentación de los gastos imputados y pagados en cada uno de los plazos establecidos en la resolución para justificar la subvención concedida.

5. Para la justificación final la entidad aportará en el plazo de tres meses desde la finalización del proyecto, certificación acreditativa de la finalización del mismo y pondrá a disposición

del órgano gestor todos los documentos acreditativos de los gastos imputados y pagados.

6. El importe definitivo de la subvención se liquidará aplicando al coste de la actividad o inversión efectivamente realizada por el beneficiario, según justificación, el porcentaje de la financiación de la Junta de Andalucía, definido en la resolución de concesión».

Quinto.—Se modifica el título del artículo 17, que quedará redactado de la siguiente forma:

«Artículo 17. Presentación de solicitudes y conceptos a tener en cuenta en la valoración de las mismas».

Sexto.—Se añade al artículo 17 un nuevo artículo 17. bis), que quedará redactado de la siguiente forma:

«En la valoración de las solicitudes presentadas se tendrán en cuenta, con carácter general y contemplando en todos los casos el previo cumplimiento de los requisitos establecidos para cada uno de los Programas recogidos en la Orden, los siguientes criterios:

1. Ambito territorial de las actuaciones previstas y número de beneficiarios a los que se dirigen las acciones a desarrollar en función de la naturaleza de cada modalidad.

2. Características del entorno socioeconómico, tomando como preferentes aquellos que a través de los indicadores detectados y debidamente justificados por las entidades solicitantes, presenten mayores déficit.

3. Adecuación de las actividades a las necesidades propias de cada una de las zonas de actuación previstas.

4. Estimación de resultados de las actuaciones realizadas en relación al colectivo beneficiario.

5. Claridad en la exposición y desarrollo metodológico de las actuaciones a realizar.

6. Carácter innovador del Proyecto.

7. Utilización de las nuevas tecnologías.

8. Previsión de sistemas de seguimiento y evaluación propios.

9. Adecuación de los costes a los resultados previstos en el proyecto, en relación a los recursos humanos, técnicos e instalaciones necesarias».

Séptimo.—Los párrafos 2 y 3 del artículo 24 quedarán redactados de la siguiente forma:

«Las entidades que participen en el desarrollo de este programa deberán manifestar de modo expreso su colaboración con el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y con el Fondo Social Europeo en todas las actuaciones que así lo requieran. Por ello, cuando para la realización de cualquier actividad sea necesario elaborar materiales impresos o audiovisuales, las entidades beneficiarias informarán, con una antelación de al menos quince días, a la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, a fin de verificar que se cumple con lo establecido en el Manual de Diseño Gráfico, aprobado por Decreto 245/97, de 15 de octubre, modificado por Decreto 126/2002, de 17 de abril, así como con lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea, Reglamento (CE) núm. 1159/2000, de la Comisión, de 30 de mayo, sobre las actividades de información y publicidad que deben llevar acabo los Estados Miembros con las intervenciones de los Fondos Estructurales (DOCE núm. L130, de 31 de mayo de 2000)».

Disposición Adicional Primera.

Desarrollo.—Se autoriza a la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo a dictar cuántas instrucciones sean necesarias para la ejecución de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

Disposición Adicional Segunda.

Adaptación de denominaciones.—Las referencias que la Orden de 15 de marzo de 2004 hace en todo su articulado a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, se entenderán efectuadas a la Consejería de Empleo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril, sobre reestructuración de Consejerías.

Disposición Transitoria Única.

Aplicación de la presente Orden a los procedimientos en tramitación.—A los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Orden, al amparo de la Orden de 15 de marzo de 2004, por la que se desarrollan y convocan las ayudas públicas de Apoyo y Asistencia Técnica al Autoempleo, al Fomento de la Actividad Emprendedora ya la Promoción de la Mujer Trabajadora, y cuya convocatoria tuvo lugar, de forma excepcional, durante el pasado mes de abril de 2004 de acuerdo a lo establecido en su Disposición Transitoria Única, no les será de aplicación lo dispuesto en la presente Orden.

A los procedimientos iniciados en el mes de octubre de 2004 al amparo de lo dispuesto en el artículo 18 de la Orden de 15 de marzo de 2004, le será de aplicación las normas establecidas en la presente disposición, a las que necesariamente se adaptarán, adecuándose, en su caso, los expedientes con independencia del estado de tramitación en el que se encuentren.

Disposición Derogatoria Única.

Cláusula general.

Quedan derogadas las disposiciones de igual o inferior rango en lo que contradigan a la presente Orden.

Disposición Final Única. Entra 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, 30 de diciembre de 2004

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

ORDEN de 9 de marzo de 2005, por la que se modifica la de 14 de enero de 2004, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas, en el ámbito de la colaboración con entidades sin ánimo de lucro que contraten trabajadores desempleados para la realización de proyectos y servicios de interés general y social
BOJA núm. 58, de 23 de marzo de 2005

PREÁMBULO

Tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, y de la Orden TAS/2435/2004, de 20 de julio, por la que se excepcionan determinados programas públicos de mejora de la ocupabilidad en relación con la utilización del contrato de inserción y se modifica la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 19 de diciembre de 1997, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito de la colaboración con órganos de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, Comunidades Autónomas, Universidades e instituciones sin ánimo de lucro, que contraten trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social, se hace imprescindible adecuar a dichas modificaciones la Orden de la Consejería de Empleo de fecha 14 de enero de 2004, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas por el Servicio Andaluz de Empleo en el ámbito de la colaboración con entidades sin ánimo de lucro que contraten trabajadores desempleados para la realización de pro-

yectos y servicios de interés general y social.

En uso de las facultades que me han sido conferidas y a propuesta de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo

DISPONGO

Artículo 1.º *Modificación del artículo 4 de la Orden de 14 de enero de 2004.*—Se modifica el artículo 4 de la citada Orden, que queda redactado del siguiente tenor literal:

«1. Las ayudas a otorgar se destinarán a la financiación de los costes salariales de los trabajadores/as que, reuniendo los requisitos fijados en esta norma, sean contratados/as para la ejecución de las obras y servicios de interés general y social.

2. La cuantía máxima de la ayuda apercibir por las entidades beneficiarias será igual al resultado de multiplicar el número de trabajadores/as desempleados/as contratados/as por el número de meses de duración del contrato y por el importe del módulo que le corresponda en función del grupo de cotización a la Seguridad Social de los/as trabajadores/as contratados/as, conforme a lo establecido en el número 3 de este artículo, todo ello con independencia de la retribución que finalmente perciba el trabajador/a.

La retribución de los trabajadores/as contratados/as será la que se acuerde entre las partes sin que pueda ser inferior a la establecida por el número 3 de este artículo. La citada cuantía máxima se reducirá proporcionalmente en función de la jornada realizada, cuando los contratos se concierten a tiempo parcial.

3. Los módulos correspondientes a cada grupo de cotización de los/as trabajadores/as contratados/as serán los siguientes:

Módulo A: Los costes salariales totales a financiar por el Servicio Andaluz de Empleo ascenderán a una vez y media el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente cada año, incluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias por importe equivalente cada una de ellas a una mensualidad de dicho IPREM, o la cuantía prevista en el convenio colectivo de aplicación de ser ésta inferior, así como la correspondiente cotización a la Seguridad Social por todos los conceptos, por cada trabajador/a contratado/a en los grupos de cotización de la Seguridad Social 10 y 11.

Módulo B: Los costes salariales totales a financiar por el Servicio Andaluz de Empleo ascenderán a dos veces el IPREM vigente cada año, incluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias por importe equivalente cada una de ellas a una mensualidad de dicho IPREM, o la cuantía prevista en el convenio colectivo de aplicación de ser ésta inferior, así como la correspondiente cotización a la Seguridad Social por todos los conceptos por cada trabajador/a contratado/a en los grupos de cotización de la Seguridad Social 9 al 5, ambos inclusive.

Módulo C: Los costes salariales totales a financiar por el Servicio Andaluz de Empleo ascenderán a tres veces el IPREM vigente cada año, incluida la parte proporcional de dos pa-

gas extraordinarias por importe equivalente cada una de ellas a una mensualidad de dicho IPREM, o la cuantía prevista en el convenio colectivo de aplicación de ser ésta inferior, así como la correspondiente cotización a la Seguridad Social por todos los conceptos por cada trabajador/a contratado/a en los grupos de cotización de la Seguridad Social 4 al 1, ambos inclusive.

4. El importe de las ayudas establecidas en esta Orden se calculará, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, según el IPREM vigente a la fecha de la solicitud de las mismas, no siendo dicho importe susceptible de revisión durante toda la vigencia del proyecto.

5. A efectos de estas ayudas, no se consideran gastos salariales los incentivos salariales, las dietas, los gastos de locomoción, la paga de vacaciones no disfrutada, las horas extras, las indemnizaciones o los complementos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral».

Art. 2.º *Modificación del artículo 5.1.d) de la Orden de 14 de enero de 2004.*—Se modifica el artículo 5.1.d) de la citada Orden, que queda redactado del siguiente tenor literal:

«d) Que la duración de los proyectos no supere los nueve meses desde la fecha de inicio de los mismos. El inicio de los proyectos se deberá efectuar dentro del ejercicio en que se aprueben, debiendo quedar finalizados no más tarde de los seis primeros meses del ejercicio siguiente».

Art. 3.º *Modificación del artículo 6 de la Orden de 14 de enero de 2004.*—Se modifica el artículo 6 de la citada Orden, que queda redactado del siguiente tenor literal:

«Los/as trabajadores/as objeto de las contrataciones a que se refiere la presente Orden, deberán ser desem-

pleados/as inscritos en las Oficinas de Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y cumplir los requisitos necesarios para formalizar la modalidad contractual más adecuada al proyecto».

Art. 4.º *Modificación del artículo 7.3 de la Orden de 14 de enero de 2004.*—Se modifica el artículo 7. 3 de la citada Orden, que queda redactado del siguiente tenor literal:

«3. Junto con la solicitud se deberá presentar la siguiente documentación:

a) Fotocopia compulsada del DNI de la persona que, en nombre y representación de la entidad sin ánimo de lucro, solicita la concesión de la ayuda, así como mandato o poder de representación para actuar en nombre y representación de la misma, no siendo necesario que la entidad solicitante presente poder bastantado para acreditar dicha representación.

b) Fotocopia compulsada de escritura pública o, en su defecto, fotocopia compulsada de la inscripción en el Registro de Asociaciones, y estatutos de constitución de la entidad solicitante y documentación que acredite que cuenta con sede en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

c) Memoria de cada proyecto o servicio a realizar, conteniendo los siguientes aspectos:

— Denominación, localización y descripción del proyecto o servicio.

— Costes del proyecto o servicio, incentivo solicitado al Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, y aportación de la entidad solicitante.

— Duración del proyecto o servicio.

— Perfil de los/as trabajadores/as a contratar.

— Actuaciones a realizar.

— Características de la actividad, duración y número de contratos con cargo al proyecto.

— Previsión de generación de empleo.

d) Declaración responsable de que sobre el solicitante no ha recaído resolución administrativa o judicial firme de reintegro o, en caso afirmativo, acreditación de su ingreso, aplazamiento o fraccionamiento de la deuda correspondiente.

e) Declaración respecto de otras subvenciones o ayudas concedidas y / o solicitadas para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes Públicos o privados, nacionales o internacionales, señalando, en su caso, entidad concedente e importe.

f) En el caso de que para el cálculo de los costes salariales totales a financiar por el Servicio Andaluz de Empleo se hubiera utilizado la cuantía prevista en el convenio colectivo de aplicación, fotocopia del mismo.

En cualquier momento, el órgano concedente podrá requerir la presentación de cualquier otro documento o acreditación que considere oportuna».

Art. 5.º *Modificación del artículo 10 apartados 1 y 3 de la Orden de 14 de enero de 2004.*—Se modifica el artículo 10 apartado 1 de la citada Orden, que queda redactado del siguiente tenor literal:

«1. Las Entidades beneficiarias presentarán oferta de empleo a la correspondiente Oficina de Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo. Excepcionalmente, en función de las necesidades de proyecto o servicio de interés general y social, y previa autorización del Órgano concedente, la entidad beneficiaria podrá presentar oferta nominativa de empleo».

Se modifica el artículo 10 apartado 3 de la citada Orden, que queda redactado del siguiente tenor literal:

«3. Las entidades beneficiarias formalizarán la contratación de los/as trabajadores/as seleccionados/as utilizando para ello, de conformidad con la legislación vigente, la modalidad contractual más adecuada a las necesidades del proyecto y al perfil del trabajador/a».

Disposición Transitoria Única.

Lo dispuesto en esta Orden se aplicará de oficio a todas aquellas solicitudes presentadas desde el día 1 de enero de 2005, tanto respecto a la cuantía de las ayudas solicitadas como a la modalidad contractual, sin que sea necesario que respecto de las mismas se formulen peticiones de mejora.

Disposición Adicional Única.

Se autoriza a la Dirección General de Fomento del Empleo a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la ejecución de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

Disposición Final Única. La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de lo expresamente recogido en la Disposición Adicional Primera.

Sevilla, 9 de marzo de 2005

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

RESOLUCIÓN de 3 de febrero de 2005, de la Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se define la implementación de los itinerarios personalizados de inserción, y se establece el procedimiento de cómputo de la atención directa y de personas beneficiarias en Orientación Profesional relativos a la Orden que se cita.

BOJA núm. 39, de 24 de febrero de 2005

La Orden de 22 de enero de 2004, por la que se establecen las normas reguladoras de concesión de ayudas del Programa de Orientación Profesional y se regula el Programa de Itinerarios de Inserción, especifica en su artículo 9, apartado 4, que la atención directa individual o grupal a las personas demandantes de empleo usuarias de las Unidades de Orientación debe desarrollarse en el marco de un itinerario personal de inserción, con una duración de al menos 4 horas de atención, salvo quienes deban interrumpir su itinerario por colocación, con una dedicación mínima de 1.000 horas anuales por técnico/a, que podrán reducirse hasta 700 horas anuales para incluir un plan de trabajo cuando se

trate de los colectivos de mujeres y jóvenes.

De otra parte, este Itinerario Personalizado de Inserción (IPI), desarrollado en el Capítulo II de la Orden de 22 de enero, es el marco básico de intervención y cómputo de objetivos en Orientación Profesional. Su objetivo es promover la inserción laboral de las personas desempleadas inscritas como demandantes en el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) mediante una secuencia concatenada de acciones que mejoren su empleabilidad.

Esta Resolución desarrolla determinados aspectos de la Orden de 22 de enero relativos a la implementación del Programa de Orientación Profesional mediante la definición operativa del

concepto itinerario personalizado de inserción, mediante la explicitación de las acciones que pueden ser consideradas «atención directa en orientación», ya través del establecimiento de procedimientos y criterios de cómputo, gestión y registro del desarrollo de las acciones y objetivos implicados.

En consecuencia, y en uso de las atribuciones conferidas en la Disposición Única de la Orden 22 de enero de 2004,

RESUELVO

Primero.—Sobre el concepto de itinerario personalizado de inserción.

1. El Itinerario Personalizado de Inserción (IPI), cuyos usuarios/as serán personas desempleadas inscritas como demandantes en el Servicio Andaluz de Empleo (SAE), se iniciará siempre mediante una acción personalizada e individual de diagnóstico o evaluación socioprofesional desarrollada por un técnico/a de una Oficina del Servicio Andaluz de Empleo o de una Unidad de la red «Andalucía Orienta».

2. Serán responsable de dicho Itinerario Personalizado de Inserción el/la técnico/a que lo haya iniciado y comunicado su alta en el correspondiente sistema de información. En caso de que el técnico/a responsable cause baja en su Unidad, será responsabilidad de ésta asignar un/a nuevo técnico/a responsable. En caso de cierre de la Unidad de Orientación, será responsabilidad de la Dirección Provincial del SAE correspondiente, reasignar nuevos responsables de los Itinerarios afectados.

3. En el marco de la planificación y seguimiento del itinerario previsto según los procedimientos establecidos por el SAE, el técnico/a responsable del mismo podrá, de acuerdo con la persona usuaria, realizar derivaciones de dicha persona a las distintas accio-

nes previstas en el Itinerario. Estas acciones podrán ser desarrolladas por el propio SAE, entidades colaboradoras e incluso otras Unidades de Orientación.

4. Un itinerario personalizado de inserción podrá ser trasladado entre técnicos/as de los diferentes servicios de orientación del SAE. Dicho traslado podrá efectuarse a petición de la persona usuaria, o a propuesta del técnico/a responsable a otro servicio o centro de orientación que se adecue mejor al perfil del usuario/a ya sus condicionantes geográficos. El traslado del itinerario lo propondrá este técnico/a, y tendrá efecto cuando se produzca su aceptación, en su caso, por parte del nuevo técnico/a responsable.

5. La finalización de un itinerario deberá ser informada por el técnico/a responsable del mismo, de acuerdo con los procedimientos establecidos y mediante los instrumentos facilitados por el SAE. Esta finalización se producirá por alguna de las siguientes razones:

5.1. Por abandono de la persona usuaria cuando ésta manifieste su decisión.

5.2. Por el logro del objetivo planteado. Generalmente dicho objetivo será la consecución de un puesto de trabajo o, alternativamente, la realización de las actividades previstas en el itinerario.

5.3. Por inactividad del itinerario. Cuando transcurran tres meses sin que exista ninguna atención directa a la persona usuaria comunicada al SAE según los procedimientos establecidos.

Segundo.—Sobre el concepto de atención directa en el Programa de Orientación Profesional. Se considerarán acciones de atención directa que pueden computarse como acciones de orientación, siempre que estén firmadas por el usuario/a en el correspondiente recibo de atención cuyo mode-

lo será facilitado por el SAE, las siguientes:

1. Orientación en sesiones de contacto individual presencial con el usuario/a, incluidas las atenciones de información EURES que se presten dentro de un itinerario personalizado de inserción.

2. Contacto telefónico de orientación con la persona usuaria debidamente registrado según los procedimientos establecidos por el SAE. Estos contactos se acreditarán mediante un recibo de atención específico facilitado por el SAE que deberá firmar la persona usuaria en el plazo máximo de un mes desde la atención telefónica prestada.

3. Orientación en sesiones grupales presenciales, siempre que las personas demandantes hayan sido derivadas a dichas sesiones según los procedimientos establecidos por el SAE.

4. Acciones de orientación y apoyo prestadas a la persona usuaria fuera de la Unidad de Orientación, acreditadas mediante el correspondiente recibo.

5. Acciones de seguimiento y búsqueda de recursos siempre con la colaboración directa y presencial del usuario/a, acreditadas mediante el correspondiente recibo.

Tercero.—Sobre el cómputo de número de beneficiarios/as atendidos/as.

1. A efectos de cómputo del número de beneficiarios/as atendidos/as especificado en la Resolución de concesión de ayuda a cada entidad beneficiaria, se considerarán como tales aquellas personas que hayan recibido una atención directa de orientación individual o grupal de una duración de al menos 4 horas en el marco de un itinerario personalizado de inserción, sin perjuicio de que pudieran haber sido atendidas en una o en varias Unidades de Orientación, de una o de varias entidades y sin perjuicio de que estas atenciones hayan sido prestadas en un periodo correspondiente a una resolu-

ción anterior de concesión de la ayuda del Programa Andalucía Orienta, siempre que no hayan transcurrido más de 3 meses desde la última atención.

2. Dado que un Itinerario Personalizado de Inserción requiere en algunos casos de la atención específica de otra/s Unidad/es de Orientación, a efectos de justificación de los objetivos especificados en las resoluciones de ayuda correspondientes al Programa Andalucía Orienta, una persona atendida por varias Unidades, de una o de varias Entidades beneficiarias, será computada como beneficiaria atendida por todas las Unidades implicadas siempre que las acciones de atención se hayan desarrollado bajo las condiciones especificadas en el punto 1 y mediante los procedimientos de derivación establecidos por el SAE.

3. Todas las acciones de atención directa prestadas a personas usuarias del Programa Andalucía Orienta deben ser registradas mediante los procedimientos establecidos por el SAE, independientemente de que estas personas se encuentren en un itinerario personalizado de inserción o de que su itinerario alcance o no una duración de 4 horas.

Cuarto.—Sobre el cómputo de «tiempo de dedicación del orientador/a».

1. El cómputo de la dedicación total de cada orientador/a a la atención directa será la suma de la duración de cada una de las acciones de orientación prestadas a cada usuario/a por ese/a orientador/a, sin perjuicio de que estas personas usuarios/as pudieran haber sido atendidos/as por otros técnicos/as de la misma de diferentes entidades integradas en la Red Andalucía Orienta. Las acciones de orientación que podrán computarse como «dedicación del orientador/a» serán las siguientes:

— Acciones prestadas en el marco de un itinerario personalizado de in-

serción que haya alcanzado una duración mínima de 4 horas.

— Acciones prestadas en el marco de un itinerario personalizado de inserción que estén en alta en la fecha fin de la resolución.

— Acciones prestadas en el marco de un itinerario personalizado de inserción que haya causado baja por colocación del usuario/a.

2. A efectos de cumplimiento y justificación de los objetivos especificados en la resolución de concesión de ayuda a cada Entidad beneficiaria el cómputo de la dedicación a la atención directa se realizará de forma global en cada Unidad de Orientación.

Sevilla, 3 de febrero de 2005.—El Director General, Antonio Toro Barba.

RESOLUCIÓN de 28 de marzo de 2005, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dispone la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo Interprovincial de 4 de marzo de 2005 por el que se instaura un sistema de solución de determinados conflictos individuales en el seno del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, y como consecuencia se produce un cambio de denominación del sistema que pasa a ser la de «Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía»
BOJA núm. 68, de 8 de abril de 2005

Visto el Acuerdo Interprofesional de 4 de marzo de 2005 por el que se instaura un sistema de solución de determinados conflictos individuales en el seno del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, y como consecuencia se produce un cambio de denominación del sistema que pasa a ser la de «Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83. 3 en relación con el 90, apartados 2 y 3, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; el Real Decreto 1040/1981, de 22 de mayo, sobre Registro Depósito de Convenios Colectivos de Trabajo; Real Decreto 4043/1982, de 29 de diciembre, sobre Traspaso de Competencias en materia de Trabajo, y Decreto del Presidente de la Junta de Andalucía 11/2004, de 24 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, esta Dirección General de Trabajo y Seguridad Social

RESUELVE

Primero.—Ordenar la inscripción del citado acuerdo interprofesional del SERCLA en el Registro de Convenios Colectivos de Trabajo de ámbito interprovincial con notificación a las partes.

Segundo.—Remitir un ejemplar al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales para su depósito.

Tercero.—Disponer la publicación del texto en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 28 de marzo de 2005.—El Director General, Francisco Javier Guerrero Benítez.

ACUERDO INTERPROFESIONAL
POR EL QUE SE INSTAURA UN SISTEMA
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
INDIVIDUALES EN EL SENO
DEL SERCLA

En Sevilla, a cuatro de marzo de dos mil cinco.

REUNIDOS

Don Manuel Chaves González, Excmo. Sr. Presidente de la Junta de Andalucía.

Don Santiago Herrero León, Presidente de la Confederación de Empresarios de Andalucía.

Don Manuel Pastrana Casado, Secretario General de la Unión General de Trabajadores de Andalucía, y don Francisco Carbonero Cantador, Secretario General de Comisiones Obreras de Andalucía.

INTERVIENEN

Don Manuel Chaves González en su calidad de Presidente de la Junta de Andalucía, y en virtud de la representación legal que de la misma ostenta, actuando en este acto como garante de los compromisos que sobre la puesta en marcha y desarrollo de este Sistema, se derivan para la Junta de Andalucía, en virtud de los Acuerdos que se suscriben.

Don Santiago Herrero León, en nombre y representación de la Confederación de Empresarios de Andalucía, en su condición de Presidente de la misma, cargo para el que fue elegido en la Asamblea General celebrada en Sevilla el 21 de febrero del año 2002, y que actualmente desempeña.

Don Manuel Pastrana Casado, en nombre y representación de la Central Sindical Unión General de Trabajadores de Andalucía, en su condición de Secretario General, cargo para el que fue elegido en el VII Congreso Regional de la Organización, celebrado en Granada el 13 de abril del año 2002 y que actualmente desempeña, y don Francisco Carbonero Cantador en nombre y representación de la Central Sindical Comisiones Obreras de Andalucía, en su condición de Secretario General, cargo para el que fue elegido

en el IX Congreso de esta Organización, celebrado en Sevilla el día 3 de diciembre del año 2004, y que actualmente desempeña.

Las Organizaciones Sindicales y Empresarial representadas en este acto, suscriben este Acuerdo en su condición de Organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto, y como Organización empresarial más representativa en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en virtud del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

EXPONEN

Con fecha 3 de abril de 1996, las Organizaciones Confederación de Empresarios de Andalucía, Unión General de Trabajadores de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía suscribieron el Acuerdo Interprofesional para la constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, actuando la Junta de Andalucía como testigo y garante de lo acordado. En dicho Acuerdo se preveía la posibilidad de ampliar en el futuro su ámbito de actuación a los conflictos individuales (Disposición Adicional 2.^a), una vez evaluados los resultados del Sistema.

Por su parte, el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, de 25 de enero de 2005, valoró positivamente el Sistema, considerando que el mismo «ha permitido una mejora sustancial de nuestro sistema de relaciones laborales, contribuyendo al consenso y al diálogo entre los interlocutores sociales y promocionando la paz social». En la misma línea se ins-

criben las estipulaciones del apartado 3. 3 del Eje III «Cultura de la calidad en el empleo», denominado «Afianzamiento y perfeccionamiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos», entre las que se reitera la necesidad de ampliar el actual sistema a los conflictos individuales, una vez cumplidas las previsiones contenidas en la citada Disposición Adicional 2.^a

Por todo lo anterior, las Organizaciones firmantes estiman llegado el momento de ampliar este Sistema para la solución de las controversias de carácter individual surgidas en el ámbito laboral, facilitando a los empresarios y trabajadores, medios propios y autónomos emanados de la voluntad de las partes, considerados como instrumentos idóneos para alcanzar soluciones pacíficas y armonizadas en el conflicto de carácter individual, como en su día fue puesto de manifiesto por el Acuerdo constitutivo del SERCLA. En base a las siguientes:

ESTIPULACIONES

Primera.—Naturaleza jurídica.

En virtud de las previsiones contenidas en el apartado tercero del art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el presente Acuerdo tiene la naturaleza de Interprofesional, con la eficacia, valor jurídico y capacidad general de obligar reconocidas en el Título III del citado texto legal.

Segunda.—Objeto.

El objeto del presente Acuerdo es, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 2.^a del Acuerdo Interprofesional de 3 de abril de 1996, por el que se constituye el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía,

la ampliación del Sistema a la resolución de determinados conflictos individuales.

Tercera.—Autorización a la Comisión de Seguimiento.

La Comisión de Seguimiento regulada en la Estipulación Quinta del Acuerdo constitutivo del SERCLA, en cuanto integrada por representantes de las partes firmantes de este Acuerdo, tendrá también competencia para ejecutar e interpretar el presente pacto, así como para tomar todas las medidas necesarias para su desarrollo, incluida la determinación de las modalidades de conflictos individuales que podrán someterse a estos procedimientos.

Por tanto, la conformación, el régimen de funcionamiento y adopción de acuerdos de la referida Comisión se regirá por las previsiones contenidas en la citada Estipulación Quinta.

Cuarta.—Cambio de denominación.

Como consecuencia de lo establecido en la Estipulación anterior, la denominación del Sistema pasará a ser la de «Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía».

Quinta.—Vigencia.

El presente Acuerdo entrará en vigor el día siguiente al de su firma. Y tendrá la misma vigencia que el Acuerdo Interprofesional de 3 de abril de 1996.

ESTIPULACIONES ADICIONALES

Primera.—La implantación del sistema de resolución de conflictos individuales tendrá lugar por fases. En una primera la Comisión de Seguimiento determinará el ámbito territorial y funcional en que se implantará el nuevo modelo. Una vez concluida dicha fase, se procederá durante el segundo año de vigencia de este Acuerdo, a anali-



zar los resultados obtenidos a efectos de su posible extensión.

Segunda.—Por la Administración Autónoma se facilitarán los medios necesarios para la puesta en práctica y efectividad de estas nuevas funciones del SERCLA, que continuará adscrito funcionalmente al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

ESTIPULACIÓN TRANSITORIA

Única.—No obstante lo dispuesto sobre la vigencia de este acuerdo en la Estipulación Quinta, el Sistema que se instaura no entrará en funciona-

miento hasta la fecha que se prevea en su Reglamento de desarrollo.

Presidente de la Junta
de Andalucía,
MANUEL CHAVES GONZÁLEZ

Presidente de la C.E.A.,
SANTIAGO HERRERO LEÓN

Secretario General de la UGT-A,
MANUEL PASTRANA CASADO

Secretario General
de CC. OO.-A
FRANCISCO CARBONERO CANTADOR











