

ESTUDIOS

Concertación social tripartita: significación general y reforma de la legislación laboral de 2006
RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ
La incorporación de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en los convenios colectivos. El caso andaluz
JUAN TORRES LÓPEZ
MAURICIO MATUS LÓPEZ
FRANCISCO CALDERÓN VÁZQUEZ
ANA GÓMEZ NARVÁEZ
Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud
MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO
Los beneficiarios extracomunitarios de la asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

MERCADO DE TRABAJO

Subempleo de los titulados universitarios y ramas de actividad en el mercado de trabajo español
MANUEL ALCAIDE CASTRO
NURIA CEULAR VILLAMANDOS
¿Reactivación económica europea? Informe de coyuntura sobre el Mercado de Trabajo en España y Andalucía (Tercer Trimestre de 2006)
SANTOS RUESGA BENITO
CARLOS RESA NESTARES
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz
La promoción de las elecciones a representantes de los trabajadores en el procedimiento arbitral

MARÍA DEL JUNCO CACHERO

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

La consideración del contrato de puesta a disposición irregular como supuesto de cesión ilegal de trabajadores: La unificación de la doctrina al respecto

ANTONIO VALVERDE ASENCIO

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

La recaída en la situación de incapacidad temporal de los autónomos: requisitos exigidos

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

Consideraciones sobre la cosa juzgada en el proceso laboral: del «caso resuelto» a «lo resuelto»

JOSÉ M.ª MORENO PÉREZ

INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía en 2006

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

DECRETO 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía

ORDEN de 22 de noviembre de 2006, por la que se modifica la de 14 de enero de 2004, por la que establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas por el Servicio Andaluz de Empleo, de la Consejería 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

DECRETO 189/2006, de 31 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la habilitación del personal funcionario que ejerce en la Consejería de Empleo labores técnicas de prevención de riesgos laborales para el desempeño de funciones comprobatorias en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

DECRETO 222/2006, de 19 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas

DECRETO 223/2006, de 19 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas de carácter extraordinario a favor de personas ancianas y enfermas o inválidas incapacitadas para el trabajo, beneficiarias de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del subsidio de garantía de ingresos mínimos

LEY 10/2006, de 26 de diciembre, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES



88/2007

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

88

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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



CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

VOCALES

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

COMITÉ DE REDACCIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO
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 88/2007

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Concertación social tripartita: significación general y reforma de la legislación laboral de 2006 11
RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ

La incorporación de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en los convenios colectivos. El caso andaluz 227
JUAN TORRES LÓPEZ
MAURICIO MATUS LÓPEZ
FRANCISCO CALDERÓN VÁZQUEZ
ANA GÓMEZ NARVÁEZ

Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud 53
MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

Los beneficiarios extracomunitarios de la asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería 85
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

2. MERCADO DE TRABAJO

Subempleo de los titulados universitarios y ramas de actividad en el mercado de trabajo español 125
MANUEL ALCAIDE CASTRO
NURIA CEULAR VILLAMANDOS

¿Reactivación económica europea? Informe de coyuntura sobre el Mercado de Trabajo en España y Andalucía (Tercer Trimestre de 2006) . . .	149
SANTOS RUESGA BENITO	
CARLOS RESA NESTARES	
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

La promoción de las elecciones a representantes de los trabajadores en el procedimiento arbitral	147
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

La consideración del contrato de puesta a disposición irregular como supuesto de cesión ilegal de trabajadores: La unificación de la doctrina al respecto	187
ANTONIO VALVERDE ASENCIO	

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

La recaída en la situación de incapacidad temporal de los autónomos: requisitos exigidos	211
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

Consideraciones sobre la cosa juzgada en el proceso laboral: del «caso resuelto» a «lo resuelto»	229
JOSÉ M. ^a MORENO PÉREZ	

4. INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía en 2006	241
---	-----

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

DECRETO 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía. BOJA núm. 213, 3 de noviembre 2006	287
--	-----



ORDEN de 22 de noviembre de 2006, por la que se modifica la de 14 de enero de 2004, por la que establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas por el Servicio Andaluz de Empleo, de la Consejería 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. BOJA núm. 231, 29 de noviembre 2006 303

DECRETO 189/2006, de 31 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la habilitación del personal funcionario que ejerce en la Consejería de Empleo labores técnicas de prevención de riesgos laborales para el desempeño de funciones comprobatorias en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. BOJA núm. 233, de 1 de diciembre de 2006 306

DECRETO 222/2006, de 19 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas. BOJA núm. 246, de 22 de diciembre de 2006 311

DECRETO 223/2006, de 19 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas de carácter extraordinario a favor de personas ancianas y enfermas o inválidas incapacitadas para el trabajo, beneficiarias de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del subsidio de garantía de ingresos mínimos. BOJA núm. 246, de 22 de diciembre de 2006 312

LEY 10/2006, de 26 de diciembre, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. BOJA núm. 251, de 30 de diciembre de 2006 . . 314

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







CONCERTACIÓN SOCIAL TRIPARTITA: SIGNIFICACIÓN GENERAL Y REFORMA DE LA LEGISLACIÓN LABORAL DE 2006

RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá de Henares

EXTRACTO

El presente trabajo se centra en el reconocimiento y análisis de las diversas formas de negociación y concertación social desarrolladas en las últimas décadas en el seno de nuestro sistema de relaciones laborales. Específicamente, del fenómeno de la «legislación prenegociada», que supone que los poderes públicos transforman en una norma legal un acuerdo previamente suscrito a tres bandas, lo que altera, de modo muy significativo, la tradicional dinámica de elaboración de disposiciones legales. La consecuencia de todo ello es un fenómeno que interesa no únicamente, a los especialistas en Derecho del Trabajo sino también a los de Derecho Constitucional, a los de la Ciencia política y de la Sociología. En el fondo, es una manera «heterodoxa» de entender el Derecho y la concreta forma de construirse, lo que sorprende, extraordinariamente, a los juristas clásicos, quienes no podrán comprender nunca por qué los poderes públicos consideran más conveniente atender los eventuales resultados de una negociación hecha fuera del Parlamento o desarrollada al margen del órgano político competente.

Lo anterior sirve, sobre todo, para analizar el rico y complejo proceso de concertación puesto en práctica en la presente Legislatura, y del que el RDL 5/2006 emerge con luz propia en el ámbito del Derecho del Trabajo en sentido estricto. Una reforma, no obstante, de valor limitado y más si se considera como aportación, probablemente definitiva, de una legislatura que ya ha pasado su ecuador y en la que no es previsible que se produzca otra modificación del ordenamiento jurídico-laboral hasta después de realizarse nuevas elecciones generales. Y este balance contrasta con lo que sucede en otros campos de la legislación social, señaladamente, en el de la atención a la dependencia o en el de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, en los que las innovaciones van a ser de una fuerte envergadura. Afortunadamente, en estos campos —y en otros que se mueven en la órbita de lo social— se ha ido más lejos y el esfuerzo de los interlocutores sociales ha contribuido a consolidar el Estado social y democrático de Derecho.

ÍNDICE

1. RIQUEZA Y VARIEDAD DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN NUESTRO MODELO DE RELACIONES LABORALES
2. LAS DISTINTAS FUNCIONES DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL TRIPARTITA
 - 2.1. Legislación prenegociada y consolidación del estado social y democrático de derecho
 - 2.2. Consecución de un plus de legitimidad social y política de los poderes públicos, fortalecimiento de los interlocutores sociales y búsqueda de una mayor efectividad de las normas legales
3. REFLEXIONES SOBRE EL CONTEXTO, CONDICIONANTES Y LÍMITES DEL ACUERDO PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y EL EMPLEO DE MAYO DE 2006

1. RIQUEZA Y VARIEDAD DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN NUESTRO MODELO DE RELACIONES LABORALES

Es bien sabido que la concertación social es una de las señas de identidad de nuestro modelo de relaciones laborales desde el inicio mismo de la transición a la democracia. Tal rasgo ilustra acerca de la marcada predisposición que, al menos en términos generales, ha habido entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el plano estatal y el Gobierno a la hora de alcanzar acuerdos que prefiguren disposiciones legales en las complejas materias relacionadas con el empleo, las condiciones de trabajo y la protección social.

Y ello es así, más allá de todos los intervalos, a veces, muy acentuados, de las imperfecciones, irregularidades y diferentes intensidades que ha conocido desde entonces. Es decir, sin desconocer que, en muy señaladas ocasiones, ha habido importantes y manifiestos desacuerdos entre tales sujetos en la adopción de determinadas medidas reformadoras. Desavenencias que se han visto acompañadas, incluso, de varias huelgas generales convocadas por los sindicatos de mayor representatividad en contra de ciertas medidas unilateralmente impuestas por los poderes públicos.

Además, hay que recordar que la concertación social se ha manifestado con los diferentes Gobiernos que ha conocido nuestro sistema democrático desde 1977, al margen de su dispar composición ideológica entre unos y otros. Y, también, que tal figura se ha llevado a cabo en muy distintas coyunturas económicas, es decir, tanto en situaciones adversas como en otras en las que ha habido —y hay— un nivel de crecimiento y una importante minoración de las tasas de desempleo ¹.

¹ Véase F. VALDÉS DAL-RÉ «Concertación social y mercado de trabajo», en *Relaciones laborales* núm. 12/2006, pág. 1 y ss.



El resultado de todo ello ha sido que la historia española en las últimas tres décadas ha estado cargada de ricas y variadas experiencias de concertación social que han tenido un dinamismo y una significación muy considerable si se contemplan desde muy diversas variables: a) material, por el tipo o modalidades de acuerdos suscritos, ya que los ha habido tanto de carácter bipartito como tripartito; b) subjetiva, dado el número y la variedad de los sujetos que han intervenido en ella; c) territorial, pues no sólo se ha producido al nivel estatal, sino también en las diferentes Comunidades Autónomas; d) funcional, ya que existen múltiples acuerdos de ámbito intersectorial y otros de carácter sectorial; e) objetiva, es decir, si se toman en consideración los temas abordados, que son prácticamente todos los que conforman el complejo arco del empleo, las condiciones de trabajo y la protección social.

En suma, la concertación social ha conocido en nuestro modelo de relaciones laborales un recorrido tan amplio y diversificado porque han confluído, de manera interdependiente, un cúmulo de variables políticas, económicas y sociales que lo han propiciado. Tan es así, que puede afirmarse que, en conjunto, nuestra experiencia ha ido bastante más lejos que otras de países próximos, pese a contar éstos con una más dilatada trayectoria en orden a la libertad sindical y a la negociación colectiva. Curiosamente, nuestra experiencia es observada con una extraordinaria atención e interés en medios que, tradicionalmente, han tenido un modelo más sólido y consolidado de relaciones laborales.

2. LAS DISTINTAS FUNCIONES DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL TRIPARTITA

2.1. Legislación prenegociada y consolidación del Estado social y democrático de Derecho

La consolidación de la concertación social guarda una relación muy directa con la originalidad del Derecho del trabajo y de las relaciones laborales que afecta a la regulación del empleo, de las condiciones de trabajo y, también, de la protección social. En concreto, la utilización recurrente de dicha figura añade otra especialidad a su sistema de fuentes, ya que su consustancial pluralismo derivado de la presencia de la negociación colectiva dotada de determinada eficacia jurídica viene acompañado, además, de una potencial variedad y particularidad en la forma de producir las normas.

Así, el fenómeno de la «legislación prenegociada», que supone que los poderes públicos transforman en una norma legal un acuerdo previamente suscrito a tres bandas altera, de modo muy significativo, la tradicional diná-

mica de elaboración de disposiciones legales. La consecuencia de todo ello es un fenómeno que interesa no únicamente, a los especialistas en Derecho del Trabajo sino también a los de Derecho Constitucional, a los de la Ciencia política y de la Sociología. En el fondo, es una manera «heterodoxa» de entender el Derecho y la concreta forma de construirse, lo que sorprende, extraordinariamente, a los juristas clásicos, quienes no podrán comprender nunca por qué los poderes públicos consideran más conveniente atender los eventuales resultados de una negociación hecha fuera del Parlamento o desarrollada al margen del órgano político competente.

En efecto, desde perspectivas discrepantes, se afirma que la concertación tripartita puede producir una cierta abdicación de las funciones de los poderes públicos, puesto que se corre el riesgo de aceptar, de una manera acrítica y pasiva, aquello que viene acordado por los interlocutores sociales y de actuar de una manera en exceso mecánica, olvidado el interés general y las prerrogativas de las instituciones competentes. Ahora bien, entiendo que tal discrepancia no está fundada. Básicamente, porque no se trata de practicar una especie de subcontratación o de externalización de las prerrogativas de los poderes públicos en favor de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empresarios con la finalidad de que ellas puedan decidir, por sí mismas, la regulación de ciertas materias relativas al empleo, a las condiciones de trabajo y a la protección social.

Así, es obvio que tales poderes no pueden ceder las competencias que, constitucionalmente, les corresponden en todo régimen democrático y ellos no pueden transferir a cierto tipo de sujetos, por representativos que éstos sean de cualificados intereses, la regulación de los problemas respecto de los que ellos tienen plena capacidad de legislar. Además, la versión tripartita de la concertación social no es un elemento de debilitación del Estado moderno sino, por el contrario, un posible instrumento de profundización de un tipo de vínculos más ricos y más eficaces entre el Estado y la sociedad civil gracias al cual ambos pueden convertirse en más fuertes. Esto es, se trata de iniciativas plenamente acordes con las nuevas formulaciones de una democracia más moderna, participativa y compleja.

En suma, el nuevo contexto social, económico y político aconseja que la construcción de un sistema democrático más fuerte y más dinámico comporte una más intensa participación de las organizaciones interesadas en la gestación de las leyes y de los reglamentos. Es más, se puede establecer una relación directa entre el desarrollo de la concertación social y la consolidación del Estado social y democrático de Derecho aceptada, de una manera explícita, por las más modernas Constituciones y, en particular, por la nuestra.

En cualquier caso, se trata de lograr un equilibrio entre las competencias de los poderes públicos y las funciones asignadas a la autonomía colectiva. Así, no se puede ignorar la soberanía del Parlamento o las compe-

tencias del Gobierno o de los de ámbito autonómico. Pero, asimismo, tales poderes no pueden orillar la importancia del reconocimiento de la autonomía colectiva de los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, puesto que ellos desempeñan un rol decisivo en el sistema democrático, como reconoce, con claridad, el art. 7 de nuestra Constitución, que ha sido interpretada por nuestro Tribunal Constitucional en el sentido de que tales organizaciones son sujetos con una especial significación institucional en el seno del Estado social y democrático de Derecho.

Por otro lado, en el fondo de todo este proceso, se encuentran transformaciones, a menudo profundas, en la relación entre los partidos políticos y las organizaciones patronales y sindicales. Las reglas han cambiado, aunque sea de una manera irregular y desigual, puesto que se va abriendo paso la concepción según la cual la democracia no puede reducirse a ser, únicamente, la expresión de la voluntad de los ciudadanos cada cuatro años a través de sus votos. De modo tal que tales prácticas de concertación contribuyen a desterrar una concepción simple y mecanicista de la política y del funcionamiento del sistema democrático e inclinarse en favor de una nueva formulación de los intereses en juego.

2.2. Consecución de un plus de legitimidad social y política de los poderes públicos, fortalecimiento de los interlocutores sociales y búsqueda de una mayor efectividad de las normas legales

La concertación social tripartita implica una serie de ventajas, nada despreciables, para los poderes públicos que participan en ella. Así, el impulso y la intervención activa en aquella y, de modo muy especial, la consecución de pactos dentro de tal marco son presentados, normalmente, por los gobiernos como una prueba de ductibilidad en el ejercicio del poder y de capacidad de diálogo. Es decir, como una demostración de responsabilidad y de consenso que añade un plus de legitimidad —una especie de aureola— y una consolidación de sus posiciones dialogantes. De ahí que tales prácticas sean mostradas como una suerte de relegitimación, social y política, de los poderes públicos o de ampliación de su «auctoritas».

En todo caso, es fácilmente constatable el fuerte deseo de los gobiernos, sobre todo si se encuentran en mayoría relativa en el arco parlamentario, de incorporar a sus iniciativas a otros sujetos provenientes no de la vida política sino de la sociedad civil. Esto es, se intenta compensar una menor hegemonía política con una mayor tendencia de los partidos en el poder hacia la concertación social tripartita, ya que ésta garantiza, al menos potencialmente, una mayor estabilidad política y una más amplia paz social a una determinada legislatura.

Ciertamente, se trata de una hipótesis que, como es lógico, admite excepciones, pero, con todo, diversas situaciones demuestran, sobradamente, que la concertación social conoce un menor número de frutos —incluso, es literalmente anegada— cuando los partidos en el poder han alcanzado una mayoría absoluta. Así, la posibilidad de aprobar, de modo unilateral, las disposiciones legales hace que los poderes públicos se muestren menos proclives a buscar el respaldo y la mayor legitimidad social que otorga la suscripción de acuerdos en el ámbito de la concertación social tripartita.

Esto es, la conjunción de su voluntad con la de los representantes de los sindicatos y de los empresarios se hace más prescindible y tales poderes se inclinan por su participación exclusiva y excluyente en la elaboración de las normas legales. Al respecto, son muy significativas distintas experiencias habidas en el contexto de mayorías absolutas, en las cuales tal modalidad de concertación floreció muy poco, si bien, pese a todo, conoció algunas manifestaciones: de un lado, la española, tanto en la época de los gobiernos socialistas de los años ochenta y noventa como en la del gobierno conservador durante los primeros años de la década del dos mil. Y, de otro, sin duda alguna, más radicales, la británica de la época thacheriana o la italiana en los primeros años de la década del dos mil y, en concreto, hasta la primavera del dos mil seis.

Por otra parte, la significación sociopolítica de la concertación social tripartita ha sido —y es— muy clara en nuestro modelo de relaciones laborales cuando, de modo explícito o implícito, se ha pretendido con ella robustecer los sujetos a través de los cuales se expresa la autonomía colectiva. En efecto, la utilización de tal tipo de concertación supone, en el fondo, una apuesta por el reforzamiento de la sociedad civil, pues implica la decidida voluntad de fortificar a unos interlocutores sociales, que siendo sujetos de naturaleza privada, desempeñan un papel esencial en la articulación y defensa de intereses de colectivos tan significativos y numerosos como son los trabajadores y los empresarios.

En definitiva, se está ante unos actores que, gracias a la concertación social tripartita y a la implicación en ella de los poderes públicos obtienen un fuerte respaldo institucional y un reconocimiento y una proyección privilegiados de los intereses que representan las organizaciones empresariales y sindicales. Y ello es especialmente relevante en el caso de los sindicatos, ya que partían de una situación de acentuada debilidad, después de una dictadura caracterizada por la absoluta negación y persecución de la libertad sindical. Y, además, ellos pugnaban por desarrollarse y afianzar su protagonismo en un contexto de profunda crisis económica que no ha constituido, precisamente, el mejor caldo de cultivo para su consolidación.

Por último, otra de las motivaciones de los poderes públicos cuando utilizan la técnica de la concertación social tripartita es tratar de lograr una

mayor efectividad de las normas legales. El punto de partida es el grave y endémico problema del incumplimiento de tales disposiciones. Es decir, el divorcio, demasiadas veces intenso, entre las leyes y la realidad o entre el plano formal y el real. Así, tales poderes consideran tal modalidad de concertación como un instrumento para hacer una especie de búsqueda o sondeo sobre la efectividad de las normas legales. Esto es, para conocer, con carácter previo, el grado de resistencias o la eventual oposición a las medidas que pueden convertirse, en un momento posterior, en disposiciones legales.

En efecto, a través de la concertación social, se pretende hacer posible una mayor aceptación de ciertas medidas de reforma de la regulación del empleo, de las condiciones de trabajo o de la protección social, que, de otro modo, podrían correr el riesgo de ser fuertemente contestadas o rechazadas por sus destinatarios. En síntesis, la concertación social es una especie de técnica que puede amortiguar las posibles tensiones sociales y, eventualmente dulcificar el rigor de ciertas decisiones, difíciles y tendencialmente polémicas, en un contexto político, social y económico que se ha complicado progresivamente.

Es decir, se busca una suerte de complicidad de quienes van a tener una gran responsabilidad a la hora de aplicar las correspondientes normas legales. Máxime, si se trata de medidas que comporten eventuales sacrificios para los sujetos a los que van destinadas tales normas, nuevas reglas dirigidas a racionalizar ciertas materias o si se pretende alcanzar equilibrios de prestaciones y contraprestaciones difíciles de garantizar de una manera unilateral. Y, así, la idea de la coparticipación está presente no sólo en la gestación de las normas legales sino, también, en la fase de su ejecución, puesto que se procura que todos los sujetos que han intervenido en su elaboración se impliquen, igualmente, en su aplicación.

3. REFLEXIONES SOBRE EL CONTEXTO, CONDICIONANTES Y LÍMITES DEL ACUERDO PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y EL EMPLEO DE MAYO DE 2006

Comenzaba este trabajo recordando que la concertación social es una de las señas de identidad de nuestro modelo de relaciones laborales. Pues bien, partiendo de tal premisa, hay que precisar que, tras un significativo paréntesis que abarcó desde 2002 a 2004, la modalidad tripartita de dicha concertación ha conocido una especie de «risorgimento» desde este último año que ha supuesto un fuerte impulso a las prácticas y dinámicas comprendidas en ese complejo fenómeno.

Tan es así que, la experiencia española desde julio de 2004 puede considerarse especialmente relevante hasta el punto de que puede afirmarse que

la concertación social tripartita conoce una fuerte reafirmación e, incluso, un marcado esplendor a la vista de los variados e importantes frutos que ha producido en poco más de dos años. Y, así, aquella está en la base de una intensa actividad legislativa que ha vuelto a poner en el centro de nuestro modelo la denominada legislación prenegociada.

El pistoletazo de salida lo dio la llamada «Declaración para el diálogo social. Competitividad, empleo estable y cohesión social» suscrito al máximo nivel y a tres bandas entre tales confederaciones y el Gobierno en julio de 2004. Tal Declaración contiene una explícita toma de posición sobre «las materias, objetivos y orientaciones generales conforme a las que ha de desarrollarse una nueva etapa de diálogo social en España». Y, asimismo, sobre la metodología a seguir para afrontar tanto los retos económicos como algunos de los más importantes del empleo es España².

Dicha Declaración deja bien claro que quiere enlazar con la mejor tradición de nuestras prácticas de concertación social cuando, en su preámbulo, afirma sin ambages que «el diálogo social constituye uno de los activos más importantes en el proceso de construcción y consolidación de España como un Estado Social y Democrático de Derecho». Y, además, precisa que los referidos sujetos suscriben la mencionada Declaración «como expresión de una voluntad compartida de fortalecer el diálogo social así como de transmitir a la sociedad en su conjunto un inequívoco mensaje de confianza institucional».

Sin duda alguna, tal punto de partida supuso un claro cambio de actitud del Gobierno salido de las elecciones generales de marzo de dicho año. Y ello fue muy significativo porque evidenció un claro deseo de marcar distancias respecto de un período, el anterior, caracterizado por la ausencia de un diálogo fluido y eficaz con los interlocutores sociales y, muy en particular, con los sindicatos. Es decir, se buscó un replanteamiento en el modo de abordar los problemas relativos a los retos económicos, al empleo y a la protección social. Dicho viraje fue especialmente relevante por el hecho de que, en los últimos años de la anterior legislatura, en la que el Gobierno tuvo una mayoría absoluta, se produjo una especie de letargo de la concertación social. Muy en especial, en su vertiente tripartita, ya que, en la bipartita, aquél siguió dando sus frutos, como evidencia la suscripción, durante los mencionados años, de los Acuerdos sobre negociación colectiva alcanzados entre los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos en el plano estatal.

Pues bien, a partir de tal cambio de rumbo, se comenzaron a producir sucesivos acuerdos que estuvieron en el origen de importantes iniciativas

² Sobre su significación y alcance, F. VALDÉS DAL-RÉ «Concertación y mercado de trabajo (I)», cit., pág. 5 y ss.

legislativas. Tan es así que no se pueden comprender las reformas legales en materia de empleo, de condiciones de trabajo y de protección social sin tomar en consideración el cúmulo de acuerdos de naturaleza tripartita, pero asimismo bipartita, que se han concluido en los últimos tiempos. Como tampoco se puede conocer la dinámica actual de las relaciones laborales sin acudir a tales manifestaciones del diálogo social. En resumen, este fenómeno ha vuelto a ocupar, de nuevo, un lugar de máximo protagonismo, lo que entronca, de manera directa, con la ya señalada centralidad que, en conjunto, ha ocupado en la conformación y en el desarrollo de nuestro modelo de relaciones laborales y de protección social.

En efecto, tanto el número de acuerdos alcanzados como su variedad temática, esto es, su dimensión cuantitativa y cualitativa, son muestras elocuentes de un momento del diálogo social que, al menos al día de hoy, podríamos considerar como particularmente intenso. Así, sin pretender realizar una enumeración exhaustiva de los pactos alcanzados, cabe destacar que ellos han afectado a cuestiones de tanta trascendencia social, económica y política como, entre otros, los siguientes: la regularización de inmigrantes, la atención a las personas en situación de dependencia, la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la formación profesional para el empleo, los trabajadores autónomos, la cuantía del salario mínimo interprofesional, los observatorios industriales o la Seguridad Social³.

Por otra parte, no deja de ser llamativo que todos esos frutos del diálogo social y ese resurgir de la legislación prenegociada se produzcan en un contexto caracterizado por el pésimo clima existente en el ámbito político. En efecto, se han alcanzado tales acuerdos pese al deplorable ambiente que padece nuestro sistema democrático y al profundo y preocupante deterioro de las reglas de la convivencia política. Factores exógenos, que, lamentablemente, ayudan muy poco al entendimiento y a la concordia que, por esencia, constituyen la base del diálogo social.

No obstante, tal dato puede explicar, al menos en parte, la firme apuesta del Gobierno por las potencialidades propias del diálogo social en un denodado intento de aunar voluntades que permitan afrontar los serios problemas que plantean la economía, el empleo y la protección social. Y, asimismo, de dotar de una mayor legitimidad social y política y de mayores dosis de eficacia a las necesarias reformas legislativas. Esto es, tal proliferación de acuerdos en la cumbre se puede explicar, también, como un mecanismo de compensación que pretende servir de válvula de escape a las tensiones que se conocen en otras esferas de la vida social. E, incluso, como un deseo

³ Con más detalle, véase J. CRUZ VILLALÓN *La reforma laboral de 2006 en el marco de la concertación social*, Ed. Lex Nova, 2006, pág. 18 y ss. También, F. VALDÉS DAL-RÉ «Concertación y mercado de trabajo» (y II), *Relaciones Laborales* núm. 13/2006, pág. 4.

de neutralizar la mayor inestabilidad que tiene el actual Gobierno en el Parlamento que, como es bien sabido, sólo posee una mayoría relativa. Se trata, en definitiva, de una clara y decidida opción de fondo que, aparte de sus inevitables connotaciones y finalidades de carácter social y económico, tiene también una evidente lectura en clave política.

Por otra parte, el actual Gobierno ha querido no sólo diferenciarse del inmediatamente anterior en sus actitudes cara al diálogo social. Además, aquél ha pretendido emular y, a ser posible, superar al entonces Gobierno conservador que, en 1997, plasmó en una norma legal el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo que había sido alcanzado por las confederaciones sindicales y empresariales más representativas en el plano estatal. Un pacto que, pese a ser bipartito, contó con un importante apoyo del mencionado Gobierno y que fue acogido, con fidelidad y rapidez, en la significativa reforma de la legislación laboral llevada a cabo ese mismo año.

Y, en ese sentido, el referido Acuerdo era un precedente de tal entidad que constituía el espejo en el que se miraba este Gobierno. Ciertamente, las medidas instrumentadas en tal pacto y en las consiguientes modificaciones legislativas, no han sido capaces de reducir, de manera sustancial, el porcentaje de temporalidad, que, contra viento y marea, se ha visto alterado muy poco en términos relativos. Sin embargo, pese a sus limitaciones y a que no haya contribuido a erradicar la, en gran parte, cultura ilícita de la temporalidad, lo cierto es que el referido acuerdo marcó un hito en la forma de abordar la lacra constituida por la elevada, injustificada e insoportable tasa de contratos de naturaleza temporal —que, no lo olvidemos, se sigue situando en torno al 33-34 por ciento— que sufre nuestro mercado de trabajo.

Y, así, la hipótesis de que el actual Gobierno no hubiera sido capaz de lograr un acuerdo sobre medidas que impulsaran el empleo estable hubiera supuesto un evidente síntoma de debilidad cara a una materia que, de modo endémico, sigue constituyendo uno de los agujeros negros de nuestro sistema de relaciones laborales. Además, no puede olvidarse que el Gobierno había efectuado un serio envite al condicionar su eventual iniciativa legislativa sobre la reforma del mercado de trabajo al previo acuerdo entre los interlocutores sociales. Esto es, según su planteamiento, cualquier modificación de la legislación laboral en las materias relacionadas con el empleo y las condiciones de trabajo, de las que se ocupaba la llamada «mesa de diálogo social sobre mercado de trabajo», tenía que ser consensuada previamente con los interlocutores sociales.

Una apuesta, sin duda alguna, arriesgada que conllevaba un claro fracaso si no se producía el acuerdo, por exiguo que fuera —como luego ha sucedido—, sobre tales materias. Y ello, porque esa dialéctica del «todo o nada» —esto es, el pacto a tres o la ausencia de una legislación sobre la materia— podía conducir, de no alcanzarse el pacto, a una parálisis en la

actuación reformadora del Gobierno respecto de una realidad que requería —y, sigue requiriendo aún— contundentes medidas correctoras. Ciertamente, la inexistencia de un acuerdo sobre la reforma del mercado de trabajo hubiera sido frustrante para los interlocutores sociales, vistas las expectativas creadas y, también, el gran cúmulo de energías empleadas en tal empeño. Pero, más allá de ello, tal hipótesis hubiera sido para el Gobierno un manifiesto fracaso si se tiene en cuenta la decidida apuesta efectuada sobre las condiciones de la actuación legislativa y las graves consecuencias que la falta de consenso en la materia hubiera generado.

Tal premisa explica, de un lado, el largo período de tiempo pasado desde el momento de la suscripción de la ya mencionada «Declaración para el diálogo social», en el mes de julio de 2004 y la conclusión del «Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo», en mayo de 2006. Es indudable que el entendimiento entre las organizaciones sindicales, las empresariales y el Gobierno conoce, normalmente, unos ritmos y cadencias que implican largos lapsos de tiempo para conjugar posiciones encontradas en cuestiones en las que el equilibrio de intereses es harto difícil. Pero, con todo, el amplio plazo pasado en esta ocasión entre el inicio y el final de la concertación es ilustrativo de los múltiples obstáculos que ella ha encontrado y de la manifiesta desproporción entre el plazo y los esfuerzos dedicados a la consecución de un acuerdo y el contenido material del mismo.

Y, de otro lado, los términos en los que, de forma drástica y algo maniquea, el Gobierno efectuó la alternativa entre acuerdo o falta de iniciativa legislativa están en el origen de que él pusiera un extraordinario empeño para la consecución de un pacto a tres bandas, consciente del desprestigio y del desgaste que hubiera supuesto la falta de consenso y la consiguiente inactividad reformadora en una temática de tanta trascendencia social, económica y política.

Y, en esa misma línea, se inscribe que aquél asignara un volumen nada desdeñable de fondos presupuestarios —en torno a 3.000 millones de euros al año— como un instrumento para asegurar una mayor eficacia a las medidas pactadas en orden a favorecer el empleo estable y a reducir la abultada y, en gran medida fraudulenta, tasa de temporalidad. Suma que, sin desmerecer el potencial alcance de algunas otras medidas contenidas en el Acuerdo de mayo de 2006, ha implicado un contundente señuelo para la suscripción del pacto.

Es obvio, pues, que, para el Gobierno, era absolutamente prioritario conseguir un consenso sobre medidas que impulsaran, de modo decidido, el empleo estable. Ahora bien, el acuerdo era, en sí mismo, extraordinariamente importante e, incluso, exagerando quizá un poco, se podría decir que lo era casi más que su contenido, ya que la suscripción de aquél simbolizaba la capacidad del Gobierno para liderar un proceso reformador en el que con-

fluían las voluntades de las organizaciones sindicales y empresariales de mayor representatividad en el ámbito estatal. Además, no hay que olvidar que, en una sociedad profundamente mediática, el impacto virtual de las reformas consensuadas tiene un alto valor no sólo en términos de rentabilidad política sino también en el plano del simbolismo de la imagen.

Asimismo, era importante, aunque con una significación distinta, la conclusión de un acuerdo triangular al más alto nivel para tales organizaciones, ya que no dejaba de resultarles frustrante acabar un proceso extendido en un arco temporal excesivamente dilatado sin obtener fruto alguno del enorme y agotador esfuerzo negociador realizado. Con todo, al margen del mayor o menor alcance de los contenidos, el continente en sí mismo —el acuerdo tripartito— era un triunfo más valorado por el Gobierno⁴ que por tales organizaciones, aunque también, si bien de otra manera, por ellas.

Muy en especial, por los sindicatos más representativos en el ámbito estatal, ya que eran ellos los que, cuando menos en línea de principios, podían esperar un mayor impulso reformador de un Gobierno de centro izquierda que reforzara, en alguna medida, su posición en la mesa negociadora y que se mostrara más proclive a dar satisfacción a sus intereses. Pretensión que, con todo, no se cumplió, ya que el Gobierno realizó, a lo largo de las negociaciones, una serie de propuestas que no respondieron a tales expectativas. En suma, el planteamiento del Gobierno no era especialmente innovador y no quería correr demasiados riesgos en materia de reforma de la legislación laboral que, a su juicio, podrían poner en peligro el crecimiento que conoce nuestra economía. Sin duda, porque aquél es mucho más ortodoxo en relación a la política económica y al mercado de trabajo que en otras materias, por ejemplo en las que afectan a la política autonómica o al ámbito de la reforma de ciertos usos y convencionalismos sociales.

Por otra parte, la opción de método planteada por el Gobierno —el condicionamiento al acuerdo tripartito como premisa absoluta de la actuación legislativa— tenía sus evidentes limitaciones, ya que cerraba la posibilidad de una iniciativa adoptada unilateralmente por aquél, lo que, en mi opinión, era muy discutible, ya que aquél se maniataba, voluntariamente, a la espera de un eventual acuerdo con los interlocutores sociales. Y, además, semejante envite hubiera podido desembocar en una total parálisis en una materia realmente palpitante y necesitada de actuación. Pero, además, tal actitud conllevaba una presión, directa e indirecta, a los otros dos interlocutores con el fin de que alcanzaran el codiciado acuerdo. Y ello suponía que éstos tenían que acceder a rebajar sus reivindicaciones y evitar mantener posiciones de máximos a fin de propiciar el pacto a tres bandas.

⁴ J. CRUZ VILLALÓN «La reforma...», cit., pág. 30.

Ello explica que, en el largo y, a veces, convulso camino de las negociaciones, los sindicatos decidieran renunciar a incluir en el acuerdo diversas cuestiones que estaban en su orden de prioridades. Muy señaladamente, pero no sólo, las relativas a una más clara y restrictiva definición de las causas de los contratos temporales, a la desvinculación de la duración de los contratos de obra y servicio respecto de la de las contratas y a la existencia de unos límites efectivos a los múltiples problemas que suscita la subcontratación productiva. Y, por su parte, los representantes de los empresarios optaron por aparcar las posiciones que, entre otras cuestiones, defendían acerca de una nueva modalidad contractual de carácter temporal para las contratas, una mayor aproximación entre el régimen jurídico de las condiciones laborales de los trabajadores temporales y los fijos y la flexibilización de las causas, procedimientos y costes económicos del despido⁵.

El resultado fue una clara devaluación de los contenidos finalmente consensuados o una reforma de mínimos, habida cuenta de la imposibilidad de llegar a un acuerdo en torno a unas y otras materias y ante la evidencia de que era preciso marginar tales cuestiones si, realmente, se quería llegar a algún tipo de pacto. El propio título tanto del acuerdo como del Real Decreto-Ley —«para la mejora del crecimiento y del empleo»—, ilustra, por su generalidad e inconcreción, las limitaciones de la reforma emprendida.

Con todo, y pese a tan palpables limitaciones, las finalidades perseguidas por los tres interlocutores firmantes del acuerdo finalmente suscrito en mayo de 2006 —y del correlativo Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio— merecen, desde un punto de vista general, una valoración positiva. Y ello, porque no debe de ser desdeñada la incorporación de medidas y medios que intenten incentivar el empleo estable y que pretendan mejorar la utilización de los contratos temporales y la limitación de su encadenamiento. Como tampoco se debe de obviar el intento de dar una mayor transparencia a las, demasiadas veces, opacas y arriesgadas situaciones de subcontratación y de cesión ilegal. O, en fin, no cabe menospreciar la voluntad de reforzar la actuación de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social o las medidas dirigidas a potenciar las políticas activas y los servicios públicos de empleo y de mejora de ciertas prestaciones y de la protección de los trabajadores desempleados.

En cualquier caso, el tratamiento pormenorizado de tales cuestiones desborda el marco de estas reflexiones que he querido circunscribir al contexto y a los condicionantes generales de la última reforma de la legislación laboral. No obstante, el concreto análisis de estas novedades pone de relieve, en ocasiones, las limitaciones de algunas de las medidas adoptadas, ya

⁵ J. CRUZ VILLALÓN «La reforma...», cit., pág. 30.

que el alcance material del acuerdo y de la aludida disposición legal no es especialmente incisivo al dejar inmaculadas regulaciones de las condiciones laborales que, guste o no, están necesitadas de un profundo cambio. Además, la lógica de los instrumentos contenidos en ellos en pro del empleo estable no supone una ruptura drástica y efectiva con planteamientos ya ensayados, sólo con un éxito parcial, en el pasado.

En efecto, y me encantaría equivocarme, entiendo que difícilmente se trata de una reforma que incorpore un conjunto de medidas que vayan a incidir, de un modo eficaz y duradero en el tiempo, en el incremento del empleo estable y que vaya a reducir, de una manera intensa la abultada tasa de contratos temporales que padece nuestro mercado de trabajo. Básicamente, porque hay importantes variables que coadyuvan de manera decisiva a ello y que, muy en especial, tienen que ver con el modelo en que se basa la economía española⁶, pero también con la nociva cultura de la temporalidad que ha arraigado entre una gran parte del empresariado y que es utilizada como un mecanismo perverso de empleo precario. Es decir, considero que no va a ser fácil que contribuya a erradicar, de manera eficaz, la extendida precariedad que padecen especialmente ciertos colectivos de trabajadores más vulnerables ni los excesos de la descentralización productiva que están desestructurando el mercado de trabajo y las condiciones laborales.

Y ello, porque, como ya se ha señalado, importantes cuestiones, como, por poner sólo dos ejemplos centrales, el régimen jurídico de las modalidades contractuales de carácter temporal o los límites a la descentralización productiva y sus consecuencias en las condiciones laborales han permanecido al margen de la reforma, pese a los denodados esfuerzos sindicales por llevar a cabo una reforma en clave restrictiva.

En definitiva, han quedado fuera de la reforma demasiados temas que quedan pendientes de modificación para un ulterior —e incierto— momento. En otras palabras, si lo que realmente se quería era abordar una reforma en profundidad de la legislación laboral que diera respuesta a los importantes problemas que existen en el mercado de trabajo, parece claro que, lamentablemente, no se han podido alcanzar los objetivos propuestos. Y ello explica que la reforma llevada a cabo haya dejado un marcado sabor agri-dulce en medios sindicales, ya que el apoyo a la misma se ha dado con cierta dosis de resignación, pues la alternativa no era otra que aceptar lo conseguido o disfrutar de la nada.

Sin duda, como ya se ha puesto de manifiesto⁷, el alcance material de esta reforma se ha visto menguado por el de otros acuerdos —y por las co-

⁶ Véase D. LICERAS RUIZ, «Un análisis sindical del Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo» en *Revista de Derecho Social* núm. 34, pág. 217 y ss.

⁷ J. CRUZ VILLALÓN «La reforma...», cit., págs. 20-21.



rrespondientes normas legales— que han incorporado regulaciones que afectan a determinadas cuestiones de índole laboral. De modo tal que una valoración global de la riquísima experiencia española desarrollada en los dos últimos años evidencia que han sido más importantes los acuerdos sobre contenidos sociolaborales, en su conjunto, que el acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo. Pero, aún así y todo, ello no empaña ni compensa, a mi juicio, la levedad de las reformas relativas a la legislación laboral. Esto es, se trata de una pieza de menor consistencia que otras, lo que deja un cierto poso de frustración dada la gravedad de los problemas que aquejan al mercado de trabajo.

En fin, el valor de esta concreta reforma es limitado y más si se considera como aportación, probablemente definitiva, de una legislatura que ya ha pasado su ecuador y en la que no es previsible que se produzca otra modificación del ordenamiento jurídico-laboral hasta después de realizarse nuevas elecciones generales. Y este balance contrasta con lo que sucede en otros campos de la legislación social, señaladamente, en el de la atención a la dependencia o en el de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, en los que las innovaciones van a ser de una fuerte envergadura. Afortunadamente, en estos campos —y en otros que se mueven en la órbita de lo social— se ha ido más lejos y el esfuerzo de los interlocutores sociales ha contribuido a consolidar el Estado social y democrático de Derecho.





LA INCORPORACIÓN DE MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS. EL CASO ANDALUZ *

JUAN TORRES LÓPEZ

Catedrático de Economía Aplicada
Universidad de Málaga

MAURICIO MATUS LÓPEZ

Investigador contratado
Universidad de Málaga

FRANCISCO CALDERÓN VÁZQUEZ

Becario de investigación
Universidad de Málaga

ANA GÓMEZ NARVÁEZ

Directora de Políticas de Empleo
Diputación Provincial de Málaga

EXTRACTO

A pesar de su enorme importancia, la incorporación efectiva de instrumentos para lograr la conciliación entre la vida laboral y familiar se enfrenta a notables dificultades incluso en el propio ámbito de las relaciones laborales.

Junto al establecimiento de medidas conciliatorias mediante normas estatales, la negociación colectiva es una vía de entrada fundamental de esta auténtica innovación social y, por eso, es de un gran interés conocer en qué medida esta última es capaz por sí sola de establecer los instrumentos necesarios para hacer efectiva la conciliación.

En el presente artículo, además, de analizar el estado de la cuestión en España a la vista de los escasos estudios realizados, se presentan los resultados de una investigación que ha tratado de determinar el grado en que los convenios colectivos andaluces van por delante del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a estrategias de conciliación se refiere.

* El presente artículo resume el trabajo de investigación que se ha desarrollado en el marco de la Iniciativa Europea Equal y dentro del proyecto Equal-in-red. En dicha investigación colaboraron, además de los autores de este trabajo los profesores ALBERTO MONTERO SO-

ÍNDICE

1. EL ANÁLISIS DE LA CONCILIACIÓN Y DE LA NEGOCIACIÓN DE INSTRUMENTOS PARA HACERLA EFECTIVA
 - 1.1. Presupuestos
 - 1.2. La conciliación de la vida familiar y laboral como innovación social
 - 1.3. El análisis de la negociación colectiva en relación con la conciliación entre la vida laboral y familiar
2. METODOLOGÍA
 - 2.1. Desarrollo de la investigación
3. RESULTADOS GLOBALES
 - 3.1. Análisis general
 - 3.2. Concentración y distribución de los instrumentos de conciliación en los convenios
 - 3.3. Detalle de los instrumentos de conciliación que se mejoran en los convenios
4. CONCLUSIONES
 - 4.1. De carácter general
 - 4.2. En relación con la negociación colectiva andaluza
 - 4.3. En relación con el Proyecto de ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

1. EL ANÁLISIS DE LA CONCILIACIÓN Y DE LA NEGOCIACIÓN DE INSTRUMENTOS PARA HACERLA EFECTIVA

1.1. Presupuestos

La consecución de una efectiva conciliación entre la vida laboral y la familiar se impone en las sociedades modernas como una condición esencial para garantizar la igualdad, la ausencia de discriminación y el bienestar social. Además, en la medida en que estos factores deben ser parte inseparable de un concepto renovado y progresista de competitividad (que renuncie a basarse exclusivamente en el abaratamiento de los costes salariales, como es propio de las economías más atrasadas y menos eficientes tecnológicamente), la conciliación es también un factor fundamental de las estrategias empresariales conducente a tener éxito en los mercados más dinámicos.

Sin embargo, la conciliación laboral-familiar aparece como una especie de innovación social *schumpeteriana* en el mercado laboral, es decir, como un factor novedoso que se propaga desde los centros hacia las periferias del ámbito sociolaboral con un ciclo de difusión y divulgación ex-

LER y ALFREDO SERRANO MANCILLA y en calidad de becarios de investigación JOSÉ CARLOS GARCÍA DOMÍNGUEZ, RAMÓN MARTÍNEZ GARCÍA, ANTONIO MOLINA MARTÍN y MARÍA VISITACIÓN TOMÉ MERCHÁN. El texto completo de la investigación puede consultarse en la página web del Observatorio del Empleo y la Exclusión Social: www.oees.net.



tremadamente lento y de costosa asunción entre los sujetos sociales involucrados.

La convicción social de que esa conciliación debe ser efectiva porque una sociedad no es realmente moderna mientras admita en su seno la injustificada discriminación de género en los mercados de trabajo, se difunde progresiva pero muy lentamente. Como casi todos los procesos de innovación o cambio social, la convicción y las prácticas que la hacen realidad avanzan en un ambiente de grandes resistencias, derivadas de las inercias que afectan a los agentes sociolaborales y también del rechazo de partida con que se suelen enfrentar las transformaciones de entorno y las pautas de actuación que implican nuevos cálculos de costes y beneficios empresariales.

A pesar de que se está asumiendo que avanzar hacia la conciliación laboral-familiar es hoy inevitable en función del rechazo creciente que las sociedades modernas sienten hacia la discriminación en cualquiera de sus expresiones, las propuestas de avance real hacia la conciliación y hacia el principio de igualdad se desarrollan en un contexto adverso, con habituales reacciones de hostilidad y rechazo más o menos soterradas. Reacciones que se dan tanto por parte de los empleadores (por el incremento de costes que supone) como por los propios trabajadores, que todavía tienden a percibir los problemas de conciliación como algo casi exclusivamente «femenino» o «feminista», es decir, todavía secundario en el orden de sus prioridades.

En cualquier caso y por grandes que puedan ser esas resistencias, el imperativo social irrenunciable es el de avanzar hacia la efectiva conciliación entre la vida laboral y familiar. Un objetivo, sin embargo, que no se puede tratar de alcanzar de cualquier manera sino procurando evitar el conflicto entre las partes, generando los menores costes posibles, convirtiendo los objetivos de conciliación, equidad e igualdad de género en el mercado laboral en un factor de competitividad y excelencia que dinamice el empleo y la actividad empresarial y no se convierta, por el contrario, en una rémora para ello y, sobre todo, contribuyendo a generalizar valores que fortalezcan el ejercicio efectivo de los derechos sociales y la ciudadanía por parte de todas las personas sin distinción.

Por todas esas razones es por lo que resulta esencial dilucidar cuál es la vía más efectiva para impulsar, establecer y consolidar las condiciones o normas que permitan conseguir la conciliación efectiva, pues es evidente que no todas las que puedan estar a nuestro alcance serán igual de efectivas o aceptables desde la óptica de la eficiencia económica o de la justicia y el bienestar social.

La investigación que hemos realizado y cuyos principales resultados presentamos en este trabajo se orienta a dar luz sobre la viabilidad de uno de los caminos propuestos para avanzar hacia la conciliación y la igualdad en el mercado laboral: la de la negociación colectiva que haga posible esta-

blecer compromisos de mutuo acuerdo y sin necesidad de tener que recurrir a la intervención de las Administraciones a través de normas jurídicas que marquen el camino y vayan obligando a los agentes sociales a asumirlas.

Con ese objetivo se ha realizado el presente análisis de los elementos de conciliación contenidos en la negociación colectiva andaluza, un procedimiento que nos pareció fundamental para poder deducir hasta qué punto está generalizada la cultura de la conciliación en el ámbito sociolaboral y cuál es el alcance efectivo de las actitudes a favor de la conciliación.

Hemos tratado de averiguar si, hasta el momento, y en materia de conciliación, la negociación colectiva va efectivamente por delante de las normas jurídicas, haciendo entonces innecesaria su intervención, o si, por el contrario, la negociación colectiva se limita a aplicar sin más lo que ya está estipulado, sin procurar mejoras sustanciales que permitan conciliar mejor la vida laboral y familiar, en cuyo caso cabría deducir que esta legislación de referencia seguiría siendo imprescindible para lograrla.

Los convenios colectivos son realmente la manifestación más clara de la permeabilidad efectiva del mundo sociolaboral a las consideraciones de la equidad de género como un requisito básico de la justicia y el bienestar social. Por eso, el interés de esta investigación consiste en que pone de relieve la realidad de esa permeabilidad, en qué medida la negociación colectiva en Andalucía está yendo más allá de lo establecido en las leyes laborales, introduciendo en los convenios cláusulas que las mejoren y, en consecuencia, haciendo innecesaria la intervención normativa de los poderes públicos.

1.2. La conciliación de la vida familiar y laboral como innovación social

La presente investigación se concibió en el marco de un proyecto que forma parte de la Iniciativa Europea Equal, una iniciativa que podría entenderse como un laboratorio donde se innova para generar prácticas capaces de combatir la desigualdad en el mercado de trabajo.

Eso no es casualidad porque las dificultades para conciliar la vida laboral y la familiar que afectan especialmente a las mujeres que desean incorporarse a la actividad laboral son una de las raíces más fuertes de esa desigualdad. Y, además, porque esas dificultades constituyen un problema social complejo, de naturaleza transversal e interdisciplinar y que debe abordarse casi totalmente *ex novo*. De ahí la importancia y la utilidad de realizar experiencias o poner en marcha laboratorios como los que propone la Iniciativa Equal, encaminados a mostrar prácticas que sirvan de referencia e incentivo para poder generalizar la lucha contra la desigualdad y la exclusión en el mercado de trabajo.



Poner en marcha medidas de esa naturaleza, complejas y realmente a contracorriente de las tendencias dominantes en los mercados de trabajo obliga a partir de dos premisas fundamentales.

En primer lugar, que la conciliación a la que se aspira es una *innovación social global* y no un trasunto singular, que sólo afecta a una parte determinada de la sociedad. Es fundamental entender que la conciliación de la vida laboral y la familiar es una innovación necesaria e indispensable para poder adaptar el conjunto de la sociedad a las nuevas realidades y a las transformaciones sociales, económicas y laborales que han tenido lugar en el mundo occidental en las últimas cuatro décadas.

En segundo lugar, que para poner en marcha esa innovación social es necesario aplicar un enfoque bidireccional en su difusión y asimilación. Se precisa, por un lado, de un enfoque *up to bottom*, o sea de arriba abajo, o lo que es lo mismo, que parte desde las instituciones, las administraciones y entes públicos. Y, por otro lado, también y simultáneamente de un enfoque *bottom up*, o desde abajo hacia arriba, es decir, que nace de las organizaciones sociales, sindicatos, confederaciones empresariales, empresas, ciudadanos y familias.

Esta última exigencia *bottom up* obliga a darle papeles muy relevantes a todos esos espacios sociales en los que intervienen los sujetos implicados. Pero es lógico que, entre ellos, adquiera una importancia fundamental el ámbito sociolaboral porque allí, y en particular en el mercado de trabajo, es donde coinciden de forma cotidiana las instituciones, las empresas, las organizaciones sindicales y empresariales, los trabajadores y, por extensión, las familias.

En ese ámbito sociolaboral la temática de la conciliación familiar-laboral forma parte principal de los problemas relativos a la equidad de género en el mercado laboral. Ahí constituye, como los restantes segmentos del *vector igualdad*, una *frontera* nueva y problemática porque los agentes sociolaborales han sido tradicionalmente muy refractarios respecto a las aspiraciones igualitaristas, y eso obliga a realizar un esfuerzo especial para que terminen por adaptarse a las nuevas coordenadas, asimilando los fundamentos de la nueva «cultura» conciliatoria.

Lo que viene ocurriendo en este caso es que, como sucede casi siempre con toda innovación, ese proceso de adaptación encuentra y provoca notables resistencias.

En ese entorno sociolaboral (al menos en el caso español) la negociación es la variable que, respetando los mínimos legales establecidos, posibilita que cualquiera de los derechos reconocidos pueda ser objeto de negociación al alza, pudiéndose conseguir así, a través de la contratación colectiva, mejoras, ampliaciones, aclaraciones o concreciones de tales derechos, ya sea por remisión expresa de la norma laboral hacia la negociación colec-

tiva, ya sea por propia iniciativa de los agentes sociales, puesto que la negociación colectiva se halla legalmente legitimada para desempeñar tal función, «perfeccionadora» de la legislación laboral.

En consecuencia, en este proceso de adaptación a la innovación social que supone la introducción de la conciliación laboral-familiar en el mercado de trabajo, el rol de la negociación colectiva es decisivo, ya sea para allanar el camino de posibles obstáculos, ya sea para minimizar las posibles resistencias. Y su importancia es aún mayor en un campo como el de la conciliación, en el que la legislación puede tener una capacidad de impacto muy limitada debido a su carácter de innovación social que no puede ser impuesta sino que necesariamente debe ser asimilada y aceptada por los agentes sociales.

Si no se tiene esto en cuenta puede ocurrir que la legislación pueda ir «demasiado por delante», convirtiéndose en un rosario de buenas intenciones que no llegan a aplicarse porque no parte del previo y necesario consenso de los agentes sociolaborales a partir del cual se puede cambiar la mentalidad, la forma de pensar y de actuar, que es lo único que puede conducir a la modificación real de las conductas.

Por esta razón, resulta fundamental equilibrar acertadamente la función que han de desempeñar las normas coactivas y la negociación voluntaria.

De hecho, hoy día predomina la idea de que la negociación colectiva y su instrumento, los convenios colectivos, deben ser la fuente primordial de las medidas orientadas a la conciliación laboral-familiar, entendiendo que es a partir de la autonomía de las partes y no del poder legislativo de donde se han de obtener los instrumentos que colmen las lagunas existentes, aclarando y concretando aspectos legales en demasía confusos o teóricos, innovando en las zonas de sombra no previstas por el legislador y en definitiva, bajando a tierra las previsiones normativas que se pudieran haber establecido.

Sin embargo, la realidad que han puesto de manifiesto los estudios más recientes no parece que vaya por ese camino ¹.

¹ Entre esos cabe destacar el denominado *Discurso y prácticas sobre la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva* (CARRASQUER, MASSÓ, MARTÍN ARTILES, 2005), estudio que se encuadra en los trabajos del Centro de Estudios Quit de la UAB. Igualmente cabe citar al *Estudio sobre la conciliación de la vida familiar y la vida laboral: situación actual, necesidades y demandas* (GPI, consultores, 2005) promovido por el Instituto de la Mujer. Desde una perspectiva territorial hay que reseñar las aportaciones realizadas por los estudios *Negociación colectiva y prácticas laborales desde la perspectiva de género, el caso de Aragón* (ELOSEGUI ITXASO, DE LUIS CARNICER, DE LA FUENTE VÁZQUEZ, PÉREZ DEL RÍO, PÉREZ PÉREZ y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2005) o en el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid, el estudio *Análisis de la Negociación Colectiva en la Comunidad de Madrid desde la Perspectiva de Género. Revisión* (DE LA FUENTE VÁZQUEZ, GALINDO SÁNCHEZ, QUINTANILLA NAVARRO y



1.3. El análisis de la negociación colectiva en relación con la conciliación entre la vida laboral y familiar

Los estudios realizados hasta el presente muestran que la tendencia general en la negociación colectiva española es la que lleva a una consideración secundaria o muy secundaria de la conciliación en la jerarquía de prioridades de la negociación colectiva².

Incluso también puede percibirse que ni siquiera existe un mínimo consenso sobre el concepto de conciliación laboral-familiar manejado sino que, por el contrario, hay una significativa y quizá preocupante discordancia. Los empresarios tienden a adoptar una visión individual e individualista de la conciliación, como circunstancia personalizada del trabajador y, por tanto, distinta para cada uno, mientras que los sindicatos parecen plantear una visión colectiva de armonización de los distintos ámbitos en liza.

Algunos autores³ consideran que los principales obstáculos para poner en marcha instrumentos efectivos de conciliación a través de la negociación colectiva, provienen, de una parte, del hecho de que los hombres sean sus principales actores. Y, por otra parte, del hecho indiscutible de que la cultura sindical y patronal está todavía anclada en el modelo tradicional de división del trabajo que basado en la figura del varón proveedor frente a la mujer confinada a las tareas domésticas. De ahí las dificultades para reconocer con determinación que las nuevas realidades laborales dominadas por la incorporación masiva de las mujeres al mundo del trabajo tienen implicaciones sociales, laborales y familiares que es preciso tener en cuenta.

Esos mismos autores también ponen de relieve la escasa «popularidad» de los mecanismos de conciliación entre los interlocutores sociales a causa de ciertos efectos colaterales que inicialmente pueden llevar consigo y entre los que cabe señalar los siguientes:

- La tensión que la introducción de prácticas conciliatorias puede generar entre los propios trabajadores y trabajadoras ya que la ventaja de la conciliación para algunos puede provocar la reasignación de la carga de trabajo para los otros, que pueden sentirse agraviados y perjudicados. Una circunstancia que resultaría particularmente

SÁNCHEZ GARCÍA, 2005) particularmente interesante por cuanto que se trata de la actualización de un estudio anterior que permite constatar la evolución del tema en el ámbito territorial madrileño.

² MARTÍN ARTILES, A. (2006): «Balance de la conciliación de la vida familiar y laboral en la negociación colectiva». Documento electrónico disponible en: www.eiro.eurofound.eu.int/2005/07/word/es0507204fes.doc

³ CARRASQUER, P.; MASSÓ, M.; MARTÍN ARTILES, A. (2005): «Discurso y prácticas sobre la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva». *Revista Papers*, Número monográfico, en imprenta.

gravosa en los sectores y organizaciones con alto nivel de feminización.

- La desarticulación que la introducción de prácticas conciliadoras podría generar en la organización del trabajo preexistente, rompiendo las rutinas e inercias establecidas.
- El incremento de costes que la introducción de prácticas conciliadoras podría provocar, sobre todo en los ámbitos fuertemente feminizados.

Otro factor que puede estar influyendo en el escaso papel que la negociación colectiva desempeña como impulsora de la puesta en marcha de medidas de conciliación tiene que ver con la diferente potencia innovadora que tienen los distintos tipos de procesos de negociación.

Así, de los estudios realizados hasta el momento parece deducirse que cuando la estructura de los convenios es centralizada, la propagación de las normas pro-conciliación es cuantitativamente mayor y cualitativamente mejor.

La Memoria del Consejo Económico y Social de España⁴, mostró que en torno al 60% de los convenios estatales (centralizados) planteaban algún tipo de prácticas, mecanismos o recomendaciones de conciliación de las esferas familiares y laborales, pudiéndose deducir de eso que los convenios de estructura centralizada habían asimilado de mejor manera las regulaciones establecidas por la ley 3/1999, e introducido más o mejores recomendaciones «positivas» en materia de permisos parentales.

Sin embargo, los convenios descentralizados (territoriales o empresariales) no parecen tender a mejorar lo establecido por el legislador, teniendo a nivel cuantitativo una notoria menor difusión la previsión de mecanismos o prácticas conciliadoras. En ese sentido, el estudio realizado por Otaegui⁵ parece corroborar las consideraciones del CES, por cuanto que en el ámbito descentralizado es donde aparecen mayores carencias, bien por existencia de cláusulas por debajo de los mínimos legales, bien porque se desconozca la nueva regulación o sólo se cite textualmente la antigua.

También resulta palpable la fuerte heterogeneidad y diversidad de la contratación colectiva descentralizada, a diferencia de la centralizada que muestra mayores niveles de homogeneidad. La misma autora anterior señala que los convenios descentralizados se muestran también renuentes a reconocer las novedades introducidas por la Ley 3/99, resultando especialmente

⁴ Consejo Económico y Social (2004): *Memoria sobre la situación socioeconómica de España*. Ed. CES. Madrid.

⁵ Otaegui, A., (2004): «El tiempo de trabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar». En ESCUDERO, R. (coordinador) *La negociación colectiva en España*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia.



chocante la tendencia a negar la disponibilidad de conciliación para los trabajadores temporales, o la tendencia a reducir el acceso a los mecanismos conciliadores sólo a los fijos o a aquellos con una cierta antigüedad en la empresa.

Por lo que se refiere más concretamente a los análisis de la negociación colectiva en ámbitos territoriales de comunidad autónoma (singularmente en el caso de la de Madrid)⁶, sus resultados muestran que los avances producidos son de escasa magnitud en el periodo 1996-2004.

La investigación realizada para esa comunidad autónoma indica que el ritmo de difusión observado es muy lento y la implementación desarrollada imperfecta, si bien se debe reconocer el esfuerzo realizado en la adaptación de lo previsto por la Ley 3/99 de conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores. En términos cuantitativos se observa una baja presencia y frecuencia de medios de conciliación en la negociación colectiva y una escasa frecuencia de mejoras respecto a los mínimos legales básicos. En términos cualitativos el contenido de los convenios, en su gran mayoría, tiende a reproducir miméticamente lo establecido por la Ley. E incluso produciéndose en demasiadas ocasiones una suerte de isomorfismo imperfecto, por cuanto que la reproducción de la legislación se realiza defectuosamente, de manera incompleta o parcial.

Una tendencia que está resultando muy significativa y persistente en la negociación colectiva reciente es la que lleva a «feminizar» de forma expresa y exclusiva determinados derechos que deberían ser universales y aplicarse sin distinción de género. Obviamente, en estos casos no se puede entender que nos encontramos ante a un avance «de género» sino, por el contrario, ante la persistencia de una lógica de género desigual y desigualitaria en los mercados de trabajo y, en particular, en las pautas de comportamiento de los negociadores.

También es relativamente frecuente que pervivan en el espíritu e incluso en la propia letra de los convenios consideraciones claramente sexistas y de atribución de roles en función de género, en unas ocasiones más o menos enmascaradas y en otras muy evidentes.

Eso quiere decir que, de una u otra manera, en la negociación colectiva se proyecta la actual división de roles en el interior de la unidad familiar, lo que evidentemente no coadyuva a la conciliación de las esferas laborales y familiares-personales sino que más bien amplifica las fuentes de desigualdad.

⁶ DE LA FUENTE VÁZQUEZ, D., (Coord.); GALINDO SÁNCHEZ, J.; QUINTANILLA NAVARRO, B.; SÁNCHEZ GARCÍA, D. (2005): *Análisis de la Negociación Colectiva en la Comunidad de Madrid desde la Perspectiva de Género*. Revisión Comunidad de Madrid Consejería de Empleo y Mujer Dirección General de la Mujer.

Todas estas limitaciones no significan que no se estén alcanzando algunos progresos. Como puso de relieve Caprile⁷, ya en los informes sobre contratación colectiva del 2001 elaborados por fuentes sindicales (Sindicatos UGT y Comisiones Obreras) patronales (CEOE) y el Consejo Económico y Social (CES) se constatan ciertos avances en las temáticas de la igualdad y de la conciliación laboral-familiar. Una constatación que igualmente hace el Informe realizado algo más tarde por la Secretaria Confederal de la Mujer del Sindicato Comisiones Obreras⁸.

Es verdad que todavía se trata de aspectos ciertamente minoritarios, tocados sólo por un pequeño porcentaje de convenios y donde el tratamiento de los temas es más retórico que efectivo, pero su paulatina incorporación parece indicar un cierto deshielo en la sensibilidad de los agentes sociolaborales hacia estos temas.

Finalmente, una reflexión sugestiva en los temas de negociación colectiva y conciliación es la efectuada por el informe Randstad⁹, en donde también se constata la escasa sensibilidad de los interlocutores sociales en materia de conciliación familiar, pero que se interpreta como consecuencia de que los agentes sociales confunden la conciliación con el establecimiento de permisos y de excedencias, interesantes pero poco eficaces si se producen en un contexto cotidiano donde resulta imposible compaginar «normalmente» la vida familiar y el trabajo.

Este último informe subraya que la conciliación efectiva entre la vida laboral y la familiar no puede basarse en la reproducción de los viejos, ineficientes y desiguales roles familiares sino que, por el contrario, es imprescindible apostar por nuevas vías de conciliación y reconfigurar aspectos como la organización de jornada de trabajo, introduciendo referentes organizativos como la discriminación positiva a favor de los trabajadores con responsabilidades familiares en la organización y asignación de turnos de trabajo, la flexibilidad horaria en la entrada y salida del establecimiento, o la coincidencia de días libres con fines de semana para los padres con hi-

⁷ CAPRILE, M. (2002): «Igualdad de oportunidades y conciliación de la vida familiar y laboral. Avances en estos temas en la negociación colectiva del 2001». Fundación CIREM. Documento Telemático disponible en www.eiro.eurofound.eu.int/2002/09/word/es0209103fes.doc.

⁸ Secretaría Confederal de la Mujer de CC. OO. (2003): «Negociación Colectiva y Género. Una Apuesta de Futuro. Evaluación provisional del impacto del Acuerdo de Negociación Colectiva de 2002 (ANC 2002) sobre la igualdad de oportunidades (septiembre 2002)». Documento Telemático disponible en http://www.ccoo.es/pdfs/NC_genero.pdf

⁹ Informe Randstad Instituto de Estudios Laborales (IEL) (2004): Calidad del Trabajo en la Europa de los Quince. Las Políticas de Conciliación. Capítulo 4 *Análisis de contenido en convenios colectivos (septiembre 2003-febrero 2004). Cláusulas de conciliación*. ESADE-Randstad. Documento Telemático disponible en: www.randstad.es/res/randstad/publicaciones/3%20informe%20IEL%20politicas%20conciliacin.pdf



jos. Asimismo indica que es vital reorientar la estructura salarial, ya que la tendencia mayoritaria en la negociación colectiva es premiar salarialmente (mediante pluses de retén o llamada, complementos por flexibilidad o disponibilidad, incentivos por asistencia al trabajo, etc.) la cantidad de horas de trabajo y la permanencia y disponibilidad en el puesto de trabajo, sobre cualquier otro tipo de consideración. Ello hace que los trabajadores con responsabilidades familiares tiendan a resultar desfavorecidos, puesto que tenderán a ganar menos que sus colegas que carecen de responsabilidades familiares, y que proporcionen menos ventajas competitivas por su menor productividad.

2. METODOLOGÍA

2.1. Desarrollo de la investigación

El objetivo del estudio ha sido evaluar los instrumentos de conciliación de la vida laboral con la vida personal y familiar de los trabajadores de las provincias andaluzas que se incluyen en los convenios colectivos suscritos en la Comunidad Autónoma de Andalucía y vigentes entre el año 2004 y el año 2005.

La relación exhaustiva de dichos convenios se ha obtenido del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y del Boletín Oficial de cada Provincia. Estos convenios se encuentran reunidos en la base de datos del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

El número total de estos convenios ha sido de 864, todos los cuales han sido tomados en cuenta y analizados.

Una vez obtenida la relación completa de todos los convenios colectivos andaluces con vigencia entre el 1 de enero del año 2004 y el 31 de diciembre del año 2005 se ha procedido a su revisión en los ámbitos relativos a la conciliación de la vida personal y familiar.

Posteriormente se ha elaborado una base de datos con un total de 116 variables originales y 864 casos. Cada uno de estos casos representa un convenio colectivo y cada variable representa una característica de estos convenios.

A continuación se han seleccionado las variables relevantes que indican la presencia de instrumentos de conciliación de la vida personal y familiar y se han revisado los valores extremos de dichas variable.

Paralelamente, se han analizado las cláusulas de conciliación contempladas en el Estatuto de los Trabajadores que son los siguientes:

— Ausencia y reducción de jornada laboral por lactancia materna.

Artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores:

«Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos frac-

ciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad».

— Ausencia y reducción de jornada laboral por parto prematuro.

Artículo 37. 4 bis del Estatuto de los Trabajadores:

«En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario».

— Reducción de jornada y excedencia por guarda legal de menor o discapacitado o por cuidado de familiar.

Artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores:

«Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida».

— Excedencia voluntaria.

Artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores:

«El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a dos años y no mayor a cinco. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia».

— Excedencia por cuidado de cada hijo o de un familiar.

Artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores:

«Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguini-



dad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida».

— Permisos retribuidos por motivos personales y familiares.

Artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores:

«El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

a) Quince días naturales en caso de matrimonio. b) Dos días por el nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días. c) Un día por traslado del domicilio habitual».

— Suspensión de contrato por maternidad y parto múltiple.

Artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores:

«En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto».

Para completar el análisis de los instrumentos de conciliación que contienen o pueden contener los convenios analizados se incorporaron las siguientes variables no contempladas en el Estatuto de los Trabajadores:

- Flexibilidad de entrada y salida: posibilidad de variar la entrada y salida de la jornada laboral sin reducción de salario.
- Excedencias adicionales: existencia de otros periodos de excedencias voluntarias adicionales a la establecida en el Artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores.

A continuación se han construido variables dicotómicas de acuerdo a la presencia explícita de las características de conciliación antes analizadas en cada convenio y se evaluaron de acuerdo a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores. En todos los casos en que se da variedad se consideran por separado los distintos instrumentos de conciliación, aunque pertenezcan a una sola categoría general. Así, para el campo de lactancia materna de hijo menor de 9 meses existen dos instrumentos de conciliación: la ausencia en la jornada laboral y la reducción de jornada laboral. Ambos fueron analizados por separado.

Los instrumentos de conciliación considerados son los siguientes:

- Flexibilidad de entrada o salida mayor a treinta minutos
- Horas de ausencia durante la jornada laboral por nacimiento de hijo prematuro y por lactancia materna de menor de 9 meses.

- Años de excedencia forzosa por guarda legal de menor o discapacitado y por cuidado directo de familiar
- Días de permisos retribuidos por matrimonio del trabajador, traslado de domicilio, nacimiento de hijo (con y sin necesidad de desplazamiento del trabajador) y por fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes (con y sin necesidad de desplazamiento del trabajador).
- Semanas de suspensión de contrato por maternidad y semanas adicionales por parto múltiple.

Finalmente, se han analizado estas características según la naturaleza del convenio, provincia y rama de actividad. Los resultados se presentan en tablas separadas y de ellas se obtienen las principales conclusiones.

2.2. Descripción de la base de convenios

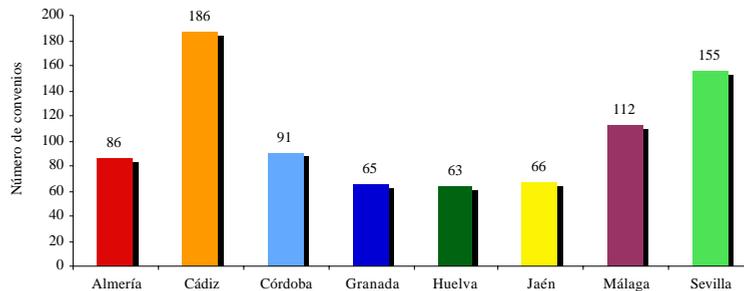
a) Número de convenios

Los 864 convenios analizados se pueden clasificar en provinciales o interprovinciales, cuando afectan a más de una.

b) Distribución provincial

Del total de convenios, 40 (4,6%) son convenios interprovinciales. Del resto, 86 convenios son de Almería, 186 de Cádiz, 91 de Córdoba, 65 de Granada, 63 de Huelva, 66 de Jaén, 112 de Málaga y 155 de Sevilla.

Distribución provincial de los convenios analizados

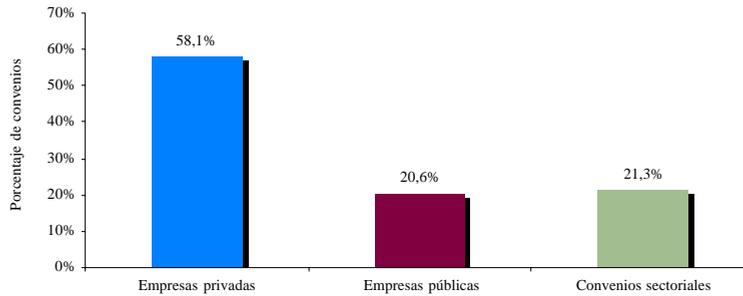


c) Naturaleza de los convenios.

Los convenios pueden ser de empresa privada, de empresa pública o sectoriales.

Del total de convenios, 502 (58,1%) corresponden a convenios de empresas privadas, 178 (20,6%) a convenios de empresas públicas y 184 (21,3%) a convenios sectoriales.

Distribución según naturaleza de los convenios analizados



d) Rama de actividad.

Se utilizó la Clasificación Nacional de Actividades Económicas en su resumen de 17 categorías. La distribución de los convenios es la siguiente:

**DISTRIBUCIÓN SEGÚN RAMA DE ACTIVIDAD
DE LOS CONVENIOS ANALIZADOS**

RAMA DE ACTIVIDAD	TOTAL
A001 Agricultura, ganadería, caza y selvicultura	20 convenios
A002 Pesca	3 convenios
A003 Industrias extractivas	7 convenios
A004 Industria manufacturera	192 convenios
A005 Producción y distribución de energía eléctrica, gas y agua	32 convenios
A006 Construcción	12 convenios
A007 Comercio, reparación de vehículos de motor, motocicletas y ciclomotores y artículos personales de uso doméstico	54 convenios
A008 Hostelería	23 convenios
A009 Transporte, almacenamiento y comunicaciones	92 convenios
A010 Intermediación financiera	8 convenios
A011 Actividad inmobiliaria y de alquiler, servicio empresarial	62 convenios
A012 Administración Pública, Defensa y Seguridad Social Obligatoria	99 convenios
A013 Educación	12 convenios
A014 Actividades sanitarias y veterinarias, servicios sociales	58 convenios
A015 Otras actividades sociales y de servicios prestados a la comunidad: servicios personales	187 convenios
A016 Hogares que emplean personal doméstico	0 convenios
A017 Organismos extraterritoriales	3 convenios

3. RESULTADOS GLOBALES

En la siguiente tabla se presenta un resumen de cómo ha afectado la negociación colectiva andaluza a los instrumentos de conciliación contemplados en el Estatuto de los Trabajadores y a dos más (flexibilidad de entrada y salida y excedencia voluntaria) que no se incluyen en él pero que se han tomado en cuenta en la investigación.

RESUMEN DE RESULTADOS DEL ESTUDIO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

I. INSTRUMENTOS DE CONCILIACIÓN PRESENTES EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES		Número de convenios que los mejoran	Porcentaje sobre el total de convenios (864)
Ausencia durante la jornada laboral			
	por nacimiento de hijo prematuro	13	1,5%
	por lactancia materna de menor de 9 meses	18	2,1%
Reducción de la jornada laboral			
	por nacimiento de hijo prematuro	7	0,8%
	por lactancia materna de menor de 9 meses	224	25,9%
	por cuidado directo de familiar	16	1,9%
	por guarda legal de menor o discapacitado	25	2,9%
Excedencia forzosa			
	por cuidado de hijo	9	1,0%
	por cuidado directo de familiar	45	5,2%
Excedencia voluntaria			
	excedencia voluntaria legal	233	27,0%
Permisos retribuidos			
	por matrimonio del trabajador,	239	27,7%
	por traslado de domicilio	310	35,9%
	por nacimiento de hijo (sin desplazamiento)	545	63,1%
	por nacimiento de hijo (con desplazamiento)	196	22,7%
	por fallecimiento, accidente... (sin)	353	40,9%
	por fallecimiento, accidente... (con)	205	23,7%
Suspensión de contrato por maternidad			
	semanas por maternidad	46	5,3%
	semanas adicionales por parto múltiple	18	2,1%

II. OTROS INSTRUMENTOS DE CONCILIACIÓN QUE NO ESTÁN PRESENTES EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES		Número de convenios que los contienen	Porcentaje sobre el total de convenios (864)
Flexibilidad de entrada y salida mayor a treinta minutos		9	1,0%
Excedencia voluntaria			
	excedencia voluntaria adicional	179	20,7%

De este resumen se deducen con bastante claridad algunas pautas significativas de la negociación colectiva andaluza en relación con la conciliación de la vida laboral y familiar.

3.1. Análisis general

Sólo en el caso específico de los diferentes tipos de permisos retribuidos se alcanzan cifras significativas como puede verse y eso es por razones que se tratará de explicar más adelante y que no apuntan, precisamente, en la línea de una mayor o mejor conciliación.

Los instrumentos de conciliación que no están incluido en el Estatuto de los Trabajadores apenas si están presentes en la negociación colectiva. La flexibilidad de entrada y salida mayor a treinta minutos solo se contempla en el 1% de los convenios y, aunque la excedencia voluntaria sí resulta añadida en un más significativo 20,7% de los convenios, no puede decirse que éste sea un instrumento especialmente útil para la conciliación pues en realidad equivale a la salida del puesto del trabajo, más que a la conciliación en sí misma.

La mejora de los instrumentos de conciliación en este ámbito tienden a darse como días extras de permiso y muy escasamente en ampliaciones o reducciones de jornada. Sólo se da un caso relevante de ampliación, el de la lactancia materna, que seguramente tiende a corregir la diferencia entre los tiempo de ausencia y reducción de jornada establecidos en el Estatuto. El resto de estos instrumentos no suele superar el 5% de los convenios.

Los resultados muestran que las mejoras que se producen en algunos convenios respecto a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores manifiestan un sesgo de género que no puede considerarse positivo.

Los instrumentos de conciliación que se mejoran en mayor número de convenios son justamente aquellos directamente relacionados con el concepto nuclear de familia más tradicional: matrimonio, traslado de domicilio, nacimiento de hijos, fallecimiento de familiar directo... Se puede decir que ese hecho muestra que lo que hace la negociación colectiva es respetar o incluso reforzar los roles tradicionales en el mercado de trabajo, más que

facilitar las situaciones que por su singularidad y distancia respecto del modelo familiar tradicional suponen mayores dificultades de conciliación. Esto es algo que resulta meridianamente claro si se comparan los porcentajes de convenios que mejoran permisos por esos conceptos con los de los convenios que facilitan la conciliación efectiva del trabajo de las mujeres con su vida familiar: reducción de la jornada por nacimiento del hijo o por lactancia.

La carencia efectiva de avances en la conciliación a través de la negociación colectiva se muestra en el bajo número de convenios que mejoran la posibilidad de que las trabajadoras se ausenten circunstancialmente del trabajo, reduzcan su jornada, suspendan su contrato por maternidad o hagan más flexible su tiempo de trabajo.

Aunque debería ser estudiado con más detenimiento, también podría ser interpretado como sesgo de género de la negociación colectiva el relativamente alto número y porcentaje de convenios que mejoran la excedencia, que más que conciliación significa realmente la imposibilidad de que ésta se produzca.

3.2. **Concentración y distribución de los instrumentos de conciliación en los convenios**

La concentración que se produce de los convenios que mejoran los instrumentos de conciliación del Estatuto de los Trabajadores o que incluyen los otros nuevos que se han considerado es bastante significativa, tal y como se muestra en la tabla siguiente.

Como puede verse, casi la quinta parte de los convenios (17,9% del total) no contiene ninguna mejora en los instrumentos de conciliación considerados. El 27,9% sólo mejora uno o dos instrumentos y el 40,6% sólo tres de los diecinueve considerados. Dicho de otra manera, en el 58,5% de los convenios andaluces la negociación colectiva andaluza no mejora sino tres o menos de esos instrumentos.

Visto desde el otro lado, sólo un convenio de los 864 considerados mejora 13 de los 19 instrumentos de conciliación analizados. Se trata, por cierto, del correspondiente a una empresa pública: el Instituto Municipal de Deportes de Córdoba.

También otra empresa pública ocupa el segundo lugar en este ranking: la Sociedad Comarcal «La Aceña, S. L.» de Sevilla. Mejorando diez de los trece instrumentos considerados se encuentran cinco empresas, cuatro públicas y una sola privada: el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María (Pública), la Gerencia Municipal de Urbanismo de Córdoba (Pública), Proyectos de Córdoba Siglo XXI, S.A. (Privada), el Ayuntamiento de Armilla de Granada (Pública) y la Gerencia Urbanismo de Málaga (Pública).

**CONCENTRACIÓN DE INSTRUMENTOS
DE CONCILIACIÓN EN LOS CONVENIOS**

Número de instrumentos que son mejorados en cada convenio (Máximo 19)	Número de convenios	Porcentaje sobre el total de convenios (864)
13 instrumentos	1	0,1
11 instrumentos	1	0,1
10 instrumentos	5	0,6
9 instrumentos	9	1,0
8 instrumentos	25	2,9
7 instrumentos	47	5,4
6 instrumentos	77	8,9
5 instrumentos	86	10,0
4 instrumentos	107	12,4
3 instrumentos	110	12,7
2 instrumentos	115	13,3
1 instrumentos	126	14,6
Ninguno	155	17,9
Total	864	100,0

3.3. Detalle de los instrumentos de conciliación que se mejoran en los convenios

Los instrumentos que se mejoran en mayor número de convenios son los que se analizan con más detalle a continuación.

a) Dos días retribuidos por nacimiento de hijo (sin desplazamiento del trabajador)

El permiso por nacimiento de hijo (sin desplazamiento del trabajador) queda establecido en el Estatuto de los Trabajadores en dos días pero el 63% de los convenios mejora el permiso. Sin embargo, la gran mayoría de ellos (el 66,7%) sólo lo amplía en un solo día.

	Número de convenios	Porcentaje de convenios
No amplían el E.T	319	36,9 %
Amplía 1 día	363	42,0 %
Amplía 2 días	110	12,7 %
Amplía más de 2 días	72	8,3 %
Total	864	100,0%

b) Fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (sin desplazamiento):

El Estatuto de los Trabajadores establece dos días pero el 40,9% de los convenios establece más de dos días. El 31,4% amplía estos permisos en 1 día (el 76,8% de los que mejoran el Estatuto) y el 9,5% amplía este permiso en más de 1 día.

	Número de convenios	Porcentaje de convenios
No amplían el E.T	511	59,1%
Amplía 1 día	271	31,4%
Amplía 2 días	39	4,5%
Amplía más de 2 días	43	5,0%
Total	864	100,0%

c) Un día retribuido por traslado del domicilio habitual del trabajador

El Estatuto de los Trabajadores establece dos días y el 35,9% de los convenios establece más de un día.

El 31,3% amplía estos permisos en 1 día (el 87,1% de los que mejoran el Estatuto) y el 4,6% amplía este permiso en más de 1 día.

	Número de convenios	Porcentaje de convenios
No amplían el E.T	554	64,1%
Amplía 1 día	270	31,3%
Amplía 2 días	37	4,3%
Amplía más de 2 días	3	0,3%
Total	864	100,0%

d) Quince días retribuidos por matrimonio

El Estatuto de los Trabajadores establece quince días pero el 27,7% de los convenios establece más de ese periodo.

El 17,7% lo amplía en menos de 5 días (el 49,4% de los que mejoran el Estatuto) y el 2,0% amplía este permiso en más de 5 días

	Número de convenios	Porcentaje de convenios
No amplían el E.T	625	72,3%
Otorga de 16 a 19 días	118	13,7%
Amplía el legal a 20 días	104	12,0%
Otorga más de 21 días	17	2,0%
Total	864	100,0%

e) Excedencia voluntaria de dos a cinco años

El Estatuto de los Trabajadores establece un mínimo de dos años y un máximo de 5 años.

El 27,0% de los convenios establece un rango mayor. El 24,4% amplía el rango inferior permitiendo usar este beneficio en un periodo inferior al de dos años (el 90,6% de los que mejoran el Estatuto de los Trabajadores).

El 0,6% amplía el máximo de años máximo que se puede permanecer en excedencia. En estos casos, la mayoría establece este derecho adicional condicionándolo a la proporción de años trabajados en la empresa.

	Número de convenios	Porcentaje de convenios
No amplían el E.T	631	73,0%
Amplía el máximo legal	5	0,6%
Amplía el mínimo legal	211	24,4%
Amplía el mínimo y el máximo	17	2,0%
Total	864	100,0%

f) Reducción de la jornada laboral por lactancia materna de menor de 9 meses

El Estatuto de los Trabajadores establece una reducción de media hora. Sin embargo, las trabajadoras que hagan uso de esta posibilidad pueden cambiar esta reducción de jornada por una ausencia diaria de una hora divisible hasta en dos tramos. Es así como en el 24,2% de los convenios se ha preferido establecer la reducción de la jornada como la suma de ambos tramos: una hora (el 93,3% de los que mejoran el Estatuto).

La distribución es la siguiente:

	Número de convenios	Porcentaje de convenios
No amplían el ET	640	74,1%
45 minutos (15 min. adicionales)	2	0,2%
1 hora (30 min. adic)	209	24,2%
1,5 horas (1 hora adic)	12	1,4%
> 1,5 horas (> 1 hr. adic)	1	0,1%
Total	864	100,0%

4. CONCLUSIONES

4.1. De carácter general

Del análisis de los estudios e investigaciones que se han realizado en España sobre la incorporación de medidas e instrumentos de conciliación entre la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (y entre los que incluimos la que se acaba de presentar) pueden establecerse las siguientes conclusiones sobre el estado de la cuestión.

- a) A pesar de su innegable necesidad, la conciliación laboral-familiar se encuentra en un clima adverso en el ámbito sociolaboral, e incluso de cierta «hostilidad» por parte de los agentes sociales. Una situación que se manifiesta, por un lado, en la resistencia por parte de los empleadores a poner en práctica medidas efectivas de conciliación, sobre todo, por considerar los efectos colaterales que podrían derivarse y el incremento de costes que puede suponer. Y, por otro, en cierta pasividad o incluso indolencia por parte de los trabajadores a la hora de asumir la necesidad de hacer efectiva la conciliación, fundamentalmente, porque «su» percepción de ese asunto la sitúa en la esfera de «lo femenino» o «feminista», y en ningún caso como un tema prioritario, sino secundario o de complemento.
- b) Esta consideración en el entorno sociolaboral de la conciliación como *second best option*, es decir, como algo bueno y seguramente positivo, pero no prioritario, explica la lentitud en la propagación de esta innovación social y su asimilación, en líneas generales bastante dificultosa, por el conjunto del tejido social.
- c) En buena parte, eso es así porque la conciliación de la vida familiar y laboral es una innovación social cuya dimensión cultural supera a las restantes. De hecho, nos atreveríamos a decir que se configura como una «cultura», en la que sus basamentos esenciales tendrían como referentes la familia y los valores familiares (en su acepción menos tradicional), y la persona y los valores del desarrollo personal.
- d) La persistencia y preeminencia en el medio socio laboral de una cultura anclada en torno al modelo patriarcal del *breadwinner system* (varón proveedor) y reacia, o, si se quiere, poco propensa a reconocer las nuevas realidades laborales (incorporación masiva de las mujeres al mercado del trabajo) es el principal freno y obstáculo a la difusión y asimilación de la cultura de la conciliación familiar-laboral en el ámbito socio laboral.
- e) Eso quiere decir que para poner en marcha de forma efectiva las medidas de conciliación no sólo no basta la «buena voluntad» de las partes manifestada a través de la negociación colectiva, y ni si-

quiera el mero poder legal de las Administraciones Públicas imponiendo las normas (aunque ambas cosas sean en cualquier caso imprescindibles). Es además inexcusable que se asimile la «cultura» de la conciliación y eso requiere un esfuerzo sostenido en el tiempo por parte de los agentes sociolaborales en su conjunto (Administración Pública, Sindicatos, Organizaciones Empresariales, etc.) de cara a la divulgación y difusión de los elementos esenciales de los valores que la definen y conforman. Para ello es decisivo plantear las adecuadas estrategias de generación de estados de opinión colectivos, favorables o receptivos a la conciliación a partir de la toma de conciencia de la relevancia del problema no sólo para la calidad de vida de los trabajadores y de sus familias sino también para la sociedad en su conjunto.

- f) Pretender que sólo a través de la negociación colectiva se puedan colmar las lagunas y deficiencias que presenta la normativa legal de conciliación actualmente vigente en España y que sólo a través de las cláusulas libremente pactadas de los convenios se logre la conciliación entre la vida familiar y laboral es una idea no sólo ingenua sino mecanicista que no tiene en cuenta la naturaleza de innovación social de la conciliación ni la adversidad del contexto ni los obstáculos culturales que acabamos señalar. La combinación de estas circunstancias produce un vector de inhibiciones que desactiva la fuerza innovadora que pudiera tener la negociación colectiva porque, al no haber tensión social (de los agentes sociales) hacia la conciliación, no puede darse el necesario esfuerzo conjunto de cooperación entre empresarios y trabajadores. Por el contrario, la tendencia resultante será reproducir miméticamente lo ya establecido en la Ley que, en definitiva, y en la gran mayoría de las temáticas laborales, perderá su carácter de mínimo, para actuar como una suerte de máximo o límite de lo *laboralmente correcto*, dependiendo claro está, de los ámbitos y sectores laborales en cuestión.
- g) Dado el carácter de innovación socio-cultural de la temática de la conciliación en el ámbito sociolaboral, la negociación colectiva se convierte en una especie de test decisivo para percibir la permeabilidad del ámbito sociolaboral a las consideraciones de la equidad de género en un contexto tradicionalmente muy masculinizado.

4.2. En relación con la negociación colectiva andaluza

El estudio exhaustivo que se ha realizado sobre el grado en que la negociación colectiva andaluza mejora o no las medidas de conciliación con-

templadas ya en el Estatuto de los Trabajadores permite establecer las siguientes conclusiones.

Primera.—En términos generales, la negociación colectiva apenas mejora las cláusulas de conciliación entre la vida familiar y laboral establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, lo que se demuestra teniendo en cuenta el escaso porcentaje de convenios que contienen esas mejoras.

Segunda.—Se comprueba que los instrumentos de conciliación que tienen cierta generalización y más facilidades de disfrute entre los trabajadores y trabajadoras andaluces contratados en el marco de la negociación colectiva son los que ya están definidos en el Estatuto de los Trabajadores.

Tercera.—Puede decirse que la negociación colectiva andaluza prácticamente no ha incorporado ningún nuevo instrumento de conciliación que sea novedoso respecto a los establecidos en el Estatuto de los Trabajadores.

Cuarta.—Existe un claro sesgo de género en los resultados de la negociación colectiva referente a los instrumentos de conciliación que se manifiesta, básicamente, en tres circunstancias:

- a) Los instrumentos de conciliación que se mejoran y, en consecuencia, los que tienen un tratamiento privilegiado son aquellos que tienen que ver con el reforzamiento de las estructuras familiares convencionales que de por sí implican una división sexual del trabajo muy perjudicial para las mujeres.
- b) Mientras que los permisos retribuidos que en realidad implican un alejamiento de las mujeres del trabajo gozan de un tratamiento singularmente satisfactorio, ocurre lo contrario con los instrumentos que de manera mucho más coherente deben ser considerados como prerequisites de la auténtica conciliación entre la vida familiar y laboral: posibilidad de que las trabajadoras se ausenten circunstancialmente del trabajo, reduzcan su jornada, suspendan su contrato por maternidad o hagan más flexible su tiempo de trabajo.
- c) La lógica conciliatoria que parece dominar preferentemente es la que consiste en facilitar el alejamiento del trabajo para hacer frente a deberes familiares, en lugar de la que supone una efectiva combinación de las responsabilidades laborales y familiares.

Quinta.—Los convenios de empresas públicas presentan de modo muy generalizado mejores registros en cuanto a conciliación que los de empresas privadas.

Sexta.—En general, se observa una asimetría considerable en la distribución de los convenios que mejoran los instrumentos de conciliación del Estatuto de los Trabajadores, tanto entre las diversas ramas de actividad como entre las diferentes provincias andaluzas, lo cual puede ser interpretado en el sentido de que la ausencia de estas mejoras no es consecuencia de que



con carácter general sean consideradas innecesarias sino que, allí donde no se encuentran, es que no han podido conseguirse.

Séptima.—A la vista de todo lo anterior cabe deducir que la negociación colectiva andaluza no constituye un procedimiento efectivo para introducir mejoras respecto a la legislación vigente sobre conciliación entre vida familiar y laboral, ni tampoco para incorporar nuevos instrumentos que la desarrollen y fortalezca.

Octava.—En consecuencia, y si se quiere conseguir este último objetivo, es recomendable que la normativa de los poderes públicos vaya por delante de la negociación colectiva marcando horizontes y estableciendo pautas de comportamiento e incentivos que permitan que las empresas aprendan a poner en valor las políticas de conciliación, consiguiendo a través de ellas mejores cuotas de mercado y más beneficios.

4.3. En relación con el Proyecto de ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

La investigación que se ha realizado puede dar luz sobre los efectos reales que puede generar la futura ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que se encuentra en fase de proyecto cuando se escribe este artículo.

En el ámbito específico de las relaciones laborales, dicha ley trata de promover la adopción de medidas en favor de la igualdad en las empresas, situándolas, precisamente «en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido».

Así, su artículo 39 se refiere a la promoción de la igualdad en la negociación colectiva y en él se señala que «mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres».

A la vista de lo que se ha podido detectar en la investigación realizada, hay que manifestar una gran reserva sobre el grado en que podrá conseguirse que se apliquen medidas de ese tipo si las leyes se limitan simplemente a indicar que «se podrán establecer» mediante la negociación colectiva.

Sin embargo, el artículo 41.1 va algo más allá cuando establece que «las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral» y más concretamente cuando las obliga, en consecuencia, a «adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres».

En concreto, en el siguiente párrafo de dicho artículo 41 se da un paso de mucha más trascendencia al imponer a la empresas de más de doscientos

cincuenta trabajadores la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, una obligación que se hace extensiva a todas las empresas si hubiera quedado establecida en el convenio colectivo ¹⁰.

Sin embargo, sin imperativo legal, no será fácil que estos planes se apliquen a la inmensa mayoría de las empresas españolas, ni siquiera gracias a los incentivos y ayudas que anuncia el proyecto. Es cierto que su propio nacimiento como requisito legal en las de mayor número de trabajadores constituye un avance de enorme importancia para alcanzar condiciones efectivas de conciliación, y que es posible que estos planes se consoliden como un referente para el resto de las empresas, generando una especie de nivel estándar que, a medio y largo plazo, pueda tender a imponerse en el conjunto de las empresas. Pero, a la vista de lo refractarias que son las empresas a asumir voluntariamente medidas conciliatorias a través de la negociación colectiva, cabe pensar en el riesgo de que la doble existencia de empresas con y sin planes de igualdad produzca otra indeseable segmentación en el mercado laboral español.

De hecho, posiblemente el propio legislador sea consciente de las limitaciones que tiene la vía voluntaria de la conciliación y que por eso haya aprovechado las disposiciones adicionales de esta ley para modificar medidas de conciliación ya existentes o para introducir otras nuevas. Concretamente, estableciendo el derecho de los trabajadores a ajustar la jornada, incrementando los periodos de licencia por lactancia en casos de parto múltiple y el de excedencia para cuidado de familiar, ampliando los beneficios existente por maternidad a los padres, reduciendo el tiempo mínimo de reducción de jornada para cuidado de familiares y el periodo de excedencia voluntaria, así como incorporando otros instrumentos de conciliación orientados a fomentar el rol de la paternidad.

¹⁰ La naturaleza y alcance de los planes de igualdad que se realicen en las empresas viene establecida en el artículo 42 que indica que dichos planes son «un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo». Para conseguir los objetivos de igualdad marcados en esos planes éstos «podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.



REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES Y LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

*Profesora Contratada Doctora
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Un análisis retrospectivo por nuestro sistema sanitario público permite poner de manifiesto su compleja evolución desde que se promulgó la Ley General de Sanidad (LGS, 1986) hasta nuestros días. Un proceso evolutivo que se ha llevado a cabo, a nivel normativo, con lentos y tardíos avances que han provocado desajustes entre la evolución normativa y la realidad práctica en el tiempo en el que aparecieron y que se ha visto salpicado por una multiplicidad de normas reglamentarias dispares. Y todo ello se va sucediendo sin que se llegue a establecer una nítida línea divisoria entre la Seguridad Social y el sistema sanitario público, de tal manera que continua manteniéndose la dualidad —contradictoria— de la protección sanitaria de la Seguridad Social y como prestación, pública, externa al sistema de Seguridad Social. Derivado de este largo proceso se llega a plantear la necesidad de adaptar dicho sistema a los cambios económicos, técnicos y sociales que se han ido desarrollado durante todo ese período, así como de establecer, en base a la estructura inicial dispuesta en la LGS, un sistema sanitario público, armónico, equilibrado y coordinado. Ello exigía una respuesta normativa, en orden a establecer los elementos comunes necesarios que sirven de nexo unificador y cohesionador del sistema (las prestaciones, la farmacia, los profesionales sanitarios, la investigación, la información sanitaria y la calidad del sistema), y que va a tener lugar con la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. El dibujo de este sistema sanitario ha sido y es una obra de futuro y de construcción a largo plazo. Y por ello, hoy, 20 años después, se sigue hablando de cambios en el sistema. De ahí, la razón que de este trabajo, en el que se viene a analizar un aspecto concreto y de gran importancia en el desarrollo del propio sistema: la necesaria determinación efectiva del ámbito prestacional del sistema sanitario público que, recientemente, ha tenido una respuesta normativa con el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización.

ÍNDICE

1. EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES Y LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
 - 1.1. Apunte introductorio
 - 1.2. Delimitación conceptual
2. PRINCIPALES NOVEDADES EN EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
3. CONTENIDOS IMPROPIOS EN LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
4. LA TAREA COMPLEMENTARIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
5. VENTAJAS Y DESACIERTOS DE LA NUEVA ORDENACIÓN PRESTACIONAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
6. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO BÁSICO PRESTACIONAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD ¿MÍNIMO IMPRESCINDIBLE O NIVEL ÓPTIMO?

1. EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES Y LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1.1. Apunte introductorio

Hasta hace poco tiempo analizar el contenido prestacional del sistema suponía realizar un esfuerzo de síntesis entre el RD 63/1995, de 20 de enero, por el que se regula la ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (BOE 10-2-1995) —norma reglamentaria que establecía la ordenación prestacional del sistema, en adelante RD 63/1995— y el cúmulo de disposiciones reglamentarias que desarrollando, ampliando, alterando, o suprimiendo modificaciones anteriores por otras nuevas, venían a determinar los contornos materiales de la protección sanitaria dispensada por el sistema sanitario público¹. Todo este conjunto normativo conforma-

¹ Sin ánimo de exhaustividad se citan las siguientes normas, en su mayoría, derogadas por la Disposición derogatoria única del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE 16-9-2006): O. 18-1-1996 por la que se regula la prestación ortoprotésica (BOE 7-2-1996); O. 30-4-1997 por la que se regulan los tratamientos dietoterápicos complejos (BOE 14-5-1997); O. 2-6-1998 por la que se regula la nutrición enteral domiciliaria (BOE 11-6-1998); O. 15-12-2000 por la que se fija las condiciones de identificación de los alimentos destinados a usos médicos especiales susceptibles de financiación por el Sistema Nacional de Salud (BOE 6-1-2001); O. 3-3-1999, por la que se regula la oxigenoterapia a domicilio (BOE 13-3-1999); RD 83/1993, de 22 de enero, que regula la selección de medicamentos a efectos de su financiación para el Sistema Nacional de Salud (BOE 19-2-1993); L. 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento (BOE 22-12-1990) —derogada por la L.29/2006, de 29 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios

ba lo que la doctrina ha venido denominando el catálogo de prestaciones del SNS, de manera que, aquella prestación que no apareciera recogida en alguna de esas disposiciones quedaba excluida de la protección sanitaria pública. Pero aquí no acaba este laborioso proceso, puesto que, a lo anterior, había que añadir que, en base a la capacidad competencial de las CC.AA. de reconocer, en sus propias estructuras sanitarias, prestaciones no amparadas en el citado catálogo, dichas autonomías podían incorporar nuevas prestaciones que financiaban con sus propios recursos. Luego, después de la inicial búsqueda de encajar si alguna prestación o servicio sanitario estaba incluido —y, por consiguiente, financiado por el sistema sanitario— o, por el contrario, se encontraba excluida del mismo había que acudir a la normativa autonómica sanitaria del lugar de residencia para averiguar si tal prestación estaba o no financiada con cargo a los propios recursos del sistema sanitario autonómico.

Este proceso se simplificó a raíz de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE 29-5-2003) —en adelante Ley de cohesión— puesto que en ella se dedicó todo un capítulo, concretamente el primero, a regular los aspectos esenciales de cada una de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud —en adelante SNS— determinando tanto su contenido como las garantías necesarias para el desarrollo de las mismas.

Centrándome en la materia, la Ley de cohesión ordena el conjunto de prestaciones sanitarias en torno a dos conceptos que son: el catálogo de prestaciones, que ni se define ni se concreta correctamente en la propia norma y la cartera de servicios, que se define en la norma pero se deja su concreción para un desarrollo normativo posterior, de tal suerte que, se mantiene la vigencia del RD 63/1995 hasta tanto no se produzca el citado desarrollo normativo (desarrollo que se ha llevado a cabo a través del RD 1030/2006 de 15 de septiembre). Por consiguiente, y partiendo de esta dualidad conceptual, resulta necesario aclarar, con precisión, los límites materiales de cada uno para, a su vez, valorar esta novedad que incorporó la Ley de cohesión.

(BOE 27-7-2006)—; RD 9/1996, de 15 de enero que regula la selección de los efectos y accesorios sanitarios a efectos de su financiación con fondos de la Seguridad o fondos estatales afectos a la sanidad y su régimen de suministro y dispensación a pacientes no hospitalizados (BOE 7-2-1996); RDL 12/1999, de 31 de julio sobre medidas urgentes para la contención del gasto farmacéutico en el Sistema Nacional de Salud (BOE 16-8-1999); O. 12-3-2004 por la que se autoriza la financiación de determinados efectos y accesorios con fondos públicos (BOE 19-3-2004).

1.2. Delimitación conceptual

Acabo de hacer referencia a que la Ley de cohesión efectúa la ordenación prestacional del SNS en torno a dos términos que aparecen tratados en la Ley de modo diferente, a saber, el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios del SNS ².

Respecto del primero, la Ley regula, de manera un tanto confusa y desordenada, el catálogo de prestaciones del SNS. Porque si, en un principio, puede parecer que tal regulación aparece concentrada en un solo precepto, el art. 7, luego podremos comprobar que no es así, sino que se desarrolla a lo largo de todo el capítulo I.

En efecto, el art. 7 titulado «catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud» no se inicia con una definición sobre qué se entiende por catálogo de prestaciones, sino que éste se determina en base a su objeto: «garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención». A continuación le sigue una definición de prestaciones de atención sanitaria; una enumeración de las prestaciones incluidas en el SNS; y una remisión a los derechos de información y documentación sanitaria de los pacientes o usuarios del SNS.

Este contenido contrasta con el que se recoge en el apartado III de la Exposición de Motivos, en donde el catálogo de prestaciones aparece definido como el «conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción de la salud dirigidos a los ciudadanos». Es decir, que en dicha Exposición de Motivos se define el catálogo utilizando la definición que se recoge en el art. 7.1 para conceptuar a las prestaciones de atención sanitarias. Se trata pues, de un precepto que acoge una cuestión compleja y que requiere un detenido análisis que permita poner en orden la importancia de su contenido.

Partiendo del art. 7.1. el catálogo de prestaciones aparece como un instrumento jurídico esencial para el funcionamiento del propio sistema sanitario (porque en él se determina, a nivel prestacional, los elementos comunes de aplicación homogénea en todo el sistema), pero también de referencia o guía necesaria para los usuarios y/o pacientes del mismo (porque en él se contiene la oferta prestacional pública y las condiciones para su ejercicio).

Desde esta perspectiva el catálogo, que se recoge en la ley de cohesión, no es un mecanismo jurídico que sólo se identifique, exclusivamente, con un sistema clasificatorio de prestaciones sanitarias —tal como en un

² Respecto a los orígenes de ambos conceptos *vid.* VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las carteras de servicios: concreción racionalización y articulación del contenido de las prestaciones sanitarias», *Revista Derecho y Salud* Vol. 13, núm. 1, enero-junio 2005, pág. 18.

primer momento pudiera desprenderse, tanto de la lectura del apartado III de la Exposición de Motivos, como del art. 7.1 apartado segundo—, sino que se presenta con un contenido mucho más amplio y complejo pues, además de lo anterior, en él se ha de incluir todos aquellos instrumentos o elementos que hacen posible el cumplimiento del objetivo para el cual fue creado.

En este sentido, el contenido del catálogo deberá incluir: el cuadro de prestaciones sanitarias de aplicación común en todo el SNS que permita dar cobertura, de forma integral y continuada, a las exigencias asistenciales que demanda la población (art. 7.1, párrafo 2.º); la definición de cada prestación; el conjunto de actuaciones que contiene cada una de ellas (arts. 11 a 19); las prestaciones cuyo importe se ha de reclamar a terceros obligados al pago (anexo IX RD 1030/2006) y pacientes privados; y las prestaciones excluidas. Asimismo, el catálogo deberá identificar en qué centros sanitarios se podrá dispensar tales prestaciones (art. 9); el personal que harán efectivas dichas prestaciones, así como las garantías necesarias para el adecuado y correcto acceso y utilización de las prestaciones que dispensa el sistema (arts. 23 a 29).

Este es, a mi juicio, el contenido del catálogo de prestaciones que se desprende de la Ley de cohesión. Pero, no se trata de un catálogo cerrado, sino que se encuentra abierto a todo aquello que permita garantizar la finalidad prevista en el art. 7.1 de la Ley de cohesión.

Por todo lo anterior, entiendo que, el catálogo de prestaciones puede definirse no tal y como aparece en la Exposición de Motivos, sino como el conjunto de criterios y elementos comunes del SNS dispuestos para garantizar el desarrollo de una atención sanitaria integral, continuada y adecuada a las necesidades asistenciales de la población.

Esta tarea de definir qué es el catálogo de prestaciones, así como de identificar su contenido —de entre los distintos preceptos que componen el Capítulo I de la Ley de cohesión—, no parece necesaria respecto del segundo de los conceptos a tratar, es decir, de la cartera de servicios, puesto que la Ley de cohesión, aún sin concretar el contenido de la misma (que se deja para un posterior desarrollo reglamentario), efectúa un tratamiento más clarificador que el realizado respecto del catálogo de prestaciones. Así, tras indicar que las prestaciones que se recogen en el catálogo se hacen efectivas a través de la cartera de servicios (art. 8), define qué se entiende por cartera de servicios; qué órgano es el encargado de aprobarla; qué tipo de norma se utilizará para su aprobación; qué criterios se ha de seguir para determinar el contenido de la misma; qué competencias tienen las CC.AA en esta materia (art. 20); cuál es el proceso para su actualización (art. 21); y cómo y cuándo se podrá autorizar el uso tutelado de determinadas técnicas, tecnologías o procedimientos (art. 22).

Siguiendo el art. 20 la cartera de servicios es un conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos que permiten materializar las prestaciones sanitarias contenidas en dicho catálogo. Pero no cualquier técnica, tecnología o procedimiento podrá quedar incluida en la cartera de servicio, sino sólo aquellos métodos, actividades y recursos que estén basados en el conocimiento y la experimentación científica. Esto significa que quedan fuera de la cartera de servicios aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos cuya evidencia científica no se halle suficientemente probada (art. 20.3).

Corresponde, pues, al Consejo Interterritorial acordar el contenido de la cartera de servicios debatiendo y recomendando cuáles son las técnicas, tecnologías o procedimientos que deben quedar recogidas en la misma (art. 71.1.a y D.T.Única). Y esta labor se realizará teniendo en cuenta la eficiencia, la efectividad, la seguridad y la utilidad terapéutica de las técnicas, tecnologías o procedimientos a incluir³.

2. PRINCIPALES NOVEDADES EN EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

El catálogo de prestaciones que incorpora la Ley de cohesión establece una nueva regulación del conjunto de prestaciones de atención sanitaria del SNS y que supone un avance importante respecto del diseño prestacional trazado por el RD 63/1995 —en desarrollo de la LGS— por varios aspectos. Así pues, por un lado, se incorporan nuevas modalidades prestacionales —a las que luego haré referencia—. Con ello la Ley de cohesión se sitúa en una línea evolutiva de crecimiento y expansión de las funciones asistenciales (desde la óptica amplia de que la protección de la salud —en su vertiente individual— es un derecho que no se limita a la atención en supuestos de accidente o enfermedad, sino que posee un contenido mucho más amplio donde también tiene cabida la promoción de la salud o la prevención de las enfermedades). Por otro, también resulta novedosa su regulación por el tratamiento que se hace de cada una de las prestaciones. Es decir, la Ley de cohesión no se limita a enumerar las prestaciones según modalidades, sino que efectúa un tratamiento mucho más acabado que la regulación antecesora recogiendo de cada una de ellas su definición, su desarrollo formal y el ámbito o nivel sanitario en donde se presta. Asimismo, en todas se determina el contenido básico necesario que será de aplicación común en los centros, establecimientos o servicios sanitarios del SNS en cualquier parte del

³ Además de las anteriores el Consejo va a tener en cuenta otras circunstancias que también van a ser determinantes para definir la cartera de servicios como son: las ventajas y alternativas asistenciales, las necesidades sociales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y el impacto económico-organizativo que las mismas puedan provocar.

territorio español⁴ —contenido que se encarga de desarrollar la cartera de servicios—. Este último aspecto resulta de especial importancia, no sólo porque, de esta forma, se establece la cobertura asistencial común que permite el funcionamiento cohesionado del SNS —que nace con una concepción integral y en donde se pretende que la atención sanitaria pública dirigida al ciudadano responda a unas garantías básicas y comunes (equidad, calidad y participación social)—, sino también porque dicho sistema se sustenta con recursos limitados. Y esa perspectiva no puede ser desatendida cuando se configura las funciones asistenciales del mismo. Por ello resulta esencial establecer, para el conjunto del sistema sanitario, los parámetros comunes que delimitan el cuadro asistencial y la extensión del mismo.

Todo lo anterior se completa con una serie de garantías que se anexan a la función asistencial y que va a permitir asegurar a los ciudadanos la obtención de una atención sanitaria en condiciones de igualdad en cuanto a su acceso, en un tiempo máximo —de acceso— y con un alto nivel de calidad y de seguridad⁵.

Pero la amplitud y heterogeneidad en el contenido sustancial de las prestaciones del SNS dificultan dicha labor de ordenación⁶. De ahí, que la Ley de cohesión venga a sistematizar de forma acertada dicha tarea al establecer dos mecanismos que permiten identificar, por un lado, las condiciones básicas para el desarrollo de la atención sanitaria (catálogo de prestaciones) y, por otro, reunir a todo el conjunto de técnicas y procedimientos que contiene cada prestación mediante la creación de una cartera de servicios.

Atendiendo al art. 7.2 de la Ley de cohesión las prestaciones del SNS se clasifican en: salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, productos dietéticos, transporte sanitario, prestación farmacéutica y prestación ortoprotésica.

En base a la citada clasificación y a los contenidos dispuestos en el Capítulo I la Ley de cohesión presenta diferencias importantes en relación con el RD 63/1995 que paso a comentar:

⁴ Téngase en cuenta que las mutualidades, entidades colaboradoras y mutuas con responsabilidad de cobertura en la asistencia sanitaria pública se encuentran obligadas a proporcionar la atención prestacional que se deriva del catálogo, así como también el contenido dispuesto —para cada prestación— en la cartera de servicios, respetando las garantías reconocidas en la Ley de cohesión (accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo) —D.A.4.^a L. cohesión—.

⁵ En este sentido *vid.* VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios», en la obra colectiva *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Luciano Parejo, Alberto Palomar, Marcos Váquer (coords). Edit., Marcial Pons, Madrid 2004, pág. 53.

⁶ *Vid.* PEMÁN GAVÍN J.: «Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro», *Revista de Administración Pública* núm. 156, septiembre-diciembre 2001, págs. 105 y ss.

- A) Todas las prestaciones que se incorporan al catálogo de prestaciones se encuentran clasificadas a un mismo nivel, es decir, todas son consideradas como prestaciones básicas del SNS y ninguna de ellas tiene carácter accesorio o complementario respecto de otras, tal y como sucedía en el RD 63/1995 respecto de la prestación ortoprotésica, el transporte sanitario, los tratamientos dietoterápicos complejos y la oxigenoterapia a domicilio (art. 7 Ley de cohesión)⁷.
- B) Se amplía el contenido básico de las prestaciones (en relación con el establecido en el RD 63/1995) cubriendo, de esta forma, el desfase existente entre el contenido asistencial incluido en el catálogo de prestaciones básico y la oferta asistencial que han venido desarrollando las CC.AA.⁸ Así pues, en la prestación de atención primaria se introduce la atención comunitaria y la atención a la salud mental, se amplía el ámbito subjetivo y funcional de la protección dispensada a los enfermos terminales, a la vez que se reorienta hacia los cuidados paliativos⁹; en la prestación de atención especializada se incorpora la hospitalización domiciliaria reorientándose, igualmente, la atención de los enfermos terminales; en la prestación de productos dietéticos (denominada por el RD 63/1995 tratamientos dietoterápicos complejos) se incorpora la nutrición enteral domiciliaria para pacientes cuyas patologías le impidan nutrirse con alimentos de uso ordinario¹⁰; en la prestación de transporte sanitario

⁷ Respecto al contenido de las prestaciones complementarias y a la interpretación judicial de las mismas *vid.* BLASCO LAHOZ J.F.: «El régimen jurídico y la interpretación judicial del derecho a las prestaciones sanitarias complementarias de la Seguridad Social», *Aranzadi Social*, Vol. 5, año 2001, págs. 577-601.

⁸ Asimismo el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, al desarrollar el contenido básico de cada prestación, —a excepción de la prestación sociosanitaria— mejora la oferta asistencial al ampliar algunos servicios ya existentes (pero de extensión asistencial limitada) como, por ejemplo, sucede con los servicios correspondientes a la atención de la salud bucodental en la prestación de atención primaria; o con la incorporación del trastorno metabólico de los lípidos en la prestación de productos dietéticos.

⁹ El RD 63/1995 sólo reconocía a la población adulta y anciana la atención domiciliaria para cuando se encontrasen inmovilizados o en fase terminal. En cambio, la Ley de cohesión no establece un límite de edad al respecto, sino que amplía la protección a toda la población. Tampoco se establece ningún límite al ámbito funcional en el que se dispensa la misma —en el RD 63/1995 se ceñía al domicilio del enfermo—, con lo cual, se permite que dicha atención se desarrolle también en los centros sanitarios de atención primaria, si así fuese posible. *Vid.* VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios» *op. cit.*, pág. 78 en relación con pág. 82.

¹⁰ Sin embargo, no se especifica cuáles son los trastornos metabólicos congénitos a los que se les aplica la protección, dejándose esta cuestión al desarrollo reglamentario de la cartera de servicios, esto es, al RD 1030/2006, de 15 de septiembre, el cual incorpora el trastorno

se reconoce el acceso a las personas con discapacidad; en la prestación ortoprotésica se generaliza la utilización de la ayuda económica como medio de acceso a dicha prestación (limitada en el RD 63/1995 a las órtesis y a las prótesis dentarias y a las especiales recogidas en la correspondiente normativa reglamentaria)¹¹.

- C) La atención de urgencia se presenta como una prestación básica a diferencia de lo que sucedía en el RD 63/1995, en donde quedaba recogida como un servicio inherente a la prestación de atención primaria y a la prestación de atención especializada. A partir de la Ley de cohesión la atención de urgencia es una prestación que se regula de forma independiente de aquellas. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la citada prestación, por sus propias peculiaridades — en cuanto a la celeridad e inmediatez con la que se ha de prestar la misma— exige que una parte de la misma se desarrolle dentro de los centros sanitarios y que, en consecuencia, existan dispositivos de atención urgente tanto en los centros de atención primaria como en los centros de atención especializada. Fuera de dichos centros (incluyendo el domicilio del paciente) la atención de urgencia (médica o de enfermería) se lleva a cabo por los servicios específicos de emergencias sanitarias (art. 15 Ley de cohesión).
- D) Desaparece como prestación —complementaria— los servicios de información y documentación sanitaria. Ello obedece a que dichos servicios no son, propiamente, una prestación de atención sanitaria —tal y como se define en el art. 7 de la Ley de cohesión—, sino que se tratan de derechos reconocidos a los pacientes y usuarios del SNS por la L.41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE 15-11-2002)¹². En consecuencia, la Ley de cohesión (arts. 7.2 y 26) hace una remisión al contenido de dicha norma. Asimismo, y teniendo en cuenta

metabólico de los lípidos (además de los producidos por hidratos de carbono o por aminoácidos ya reconocidos en el RD 63/1995) a la prestación de productos dietéticos. En relación con el contenido y regulación de esta prestación *vid.* también «Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud», Centro de publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 2002, págs. 51-61.

¹¹ Respecto al contenido y regulación anterior de esta prestación *vid.* «Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 35-51.

¹² *Vid.* VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios» *op. cit.*, pág. 102 en relación con pág. 97; PEMÁN GAVÍN J.: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud», *Estudios Jurídicos* núm. 22, Edit. Comares, Granada 2005, pág. 236.

la necesidad de reformar la organización del SNS potenciando la participación del usuario en el mismo —como sujeto con capacidad decisoria—, la Ley de cohesión incorpora en el catálogo de prestaciones una garantía de información, a través de la cual los servicios sanitarios se encuentran dotados de unos dispositivos de atención y de información al usuario sobre: las prestaciones y su contenido; los requisitos para el acceso a las mismas; los contenidos que se desarrollan en la L.41/2002, de 14 de noviembre y en las normas autonómicas que se hayan dictado al efecto. De esta forma se mejora la obligación de informar que corresponde a los servicios de salud (art. 10.2 LGS) y que ya reconocía el art. 6 del RD 63/1995¹³. También se establece un sistema de información sanitaria, a disposición de los usuarios con información sanitaria procedente de las correspondientes administraciones (art. 53 Ley de cohesión) y que se gestiona por el Instituto de Información Sanitaria (art. 58 Ley de cohesión).

Otra de las prestaciones —complementarias— que desaparece de la clasificación dispuesta en el catálogo es la oxigenoterapia a domicilio. Esta ausencia no significa que desaparezca del ámbito protector del SNS, sino su reubicación como una técnica de terapia respiratoria a domicilio que se desarrolla en el marco de la atención especializada, dentro la modalidad asistencial de la hospitalización domiciliaria¹⁴.

- E) Se reconocen dos nuevas modalidades prestacionales que son la prestación de salud pública y la prestación sociosanitaria¹⁵ (arts. 12 y 14 Ley de cohesión). Con estas dos nuevas incorporaciones se

¹³ Vid. también el art. 10 del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, en donde se recoge el derecho de los usuarios a: obtener información sobre los procedimientos administrativos necesarios para garantizar la continuidad asistencial; expedición de documentos para la valoración de la incapacidad; certificaciones de nacimientos, defunciones y otros extremos para el Registro Civil.

¹⁴ Vid. apartado 4 del Anexo III (Cartera de servicios comunes de atención especializada) del RD 1030/2006, de 15 de septiembre. Vid. también «Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 63-65.

¹⁵ Ha de advertirse que este reconocimiento que se hace en la Ley de cohesión a estas dos prestaciones lo es como modalidades prestacionales que en el RD 63/1995 no eran consideradas como tales pero que, sin embargo, sus servicios sí formaban parte de la atención dispensada por los servicios públicos de salud, ya que, por lo que se refiere a la primera, a la salud pública, el conjunto de sus actuaciones aparece disperso a lo largo de la LGS. Vid. al respecto VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios», en la obra colectiva *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, *op. cit.*, págs. 74-76. Por lo que se refiere a la atención sociosanitaria también la D.A. 4.ª del RD 63/1995 hace referencia a la misma aunque califica-

expande el ámbito sustantivo de cobertura del SNS ampliándose la protección asistencial hacia nuevos campos. Por un lado, la atención sanitaria centrada no ya en el individuo aislado (prestación no personal), sino orientada a la comunidad en general. Se trata de la prestación de salud pública, la cual engloba a un conjunto de actuaciones dirigidas a preservar, proteger y promover la salud de la población. Por otro, la atención sanitaria conjugada con otros aspectos de carácter social. Esta es la prestación de atención sociosanitaria dirigida a enfermos crónicos con el objeto de proporcionarles autonomía, remediar sus limitaciones y facilitarles su reinserción social ¹⁶.

3. CONTENIDOS IMPROPIOS EN LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Tal y como quedaba previsto en la Ley de cohesión la cartera de servicios aparece regulada en una norma reglamentaria —con bastante retraso respecto a la Ley de cohesión— que se publicó el pasado mes de septiembre. Se trata del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE 16-9-2006), —en adelante RD 1030/2006—. La aprobación de esta norma supone dar un paso más en la lenta evolución normativa del sistema sanitario, pues con ella se pone en funcionamiento la nueva ordenación de prestaciones establecida por la Ley de cohesión concluyendo así la etapa normativa que marcó el RD 63/1995. Y digo que la incorporación de la cartera de servicios a la ordenación prestacional supone un avance porque su existencia condensa a todo el conjunto de servicios en el que quedaban desglosadas cada una de las prestaciones sanitarias (a excepción de la prestación farmacéutica y también de la prestación de atención sociosanitaria —ésta última porque se mantiene sin desarrollar—), con lo cual se facilita bastante el conocimiento acerca del ámbito material básico de cada una de las prestaciones de común aplicación en todo el sistema sanitario —evitándose la dispersión normativa existente en la etapa anterior—.

da como atenciones sociales. En la actualidad, dicha D.A. es lo único que se mantiene vigente del RD 63/1995 a la espera del desarrollo de la cartera de servicios correspondiente a la atención sociosanitaria (*vid.* Disposición derogatoria única del RD 1030/2006).

¹⁶ A este respecto *vid.* también la L.39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15-12-2006)

Así pues, y dejando a salvo las citadas excepciones, el RD 1030/2006 viene a desarrollar, de una manera acorde con la naturaleza dinámica y evolutiva de las prestaciones sanitarias, el contenido básico de cada una de ellas incorporando técnicas, tecnologías o procedimientos que no se recogían en el RD 63/1995 y estableciendo un procedimiento ágil que permite mantener actualizada esta cartera de servicios de forma acorde con las innovaciones científicas y tecnológicas¹⁷.

Por su propia funcionalidad la cartera de servicios posee un contenido muy cambiante, pues se halla en íntima relación con la evolución científico-técnica y con la consecución de un óptimo grado de calidad y accesibilidad asistencial. Para que el SNS pueda incorporar dichos cambios con facilidad y en un período temporal reducido se establece la utilización de la Orden Ministerial (del Ministerio de Sanidad y Consumo) como la vía normativa más adecuada y ágil para incorporar actualizaciones a su contenido, (siguiendo un procedimiento concreto que se determina en los arts. 7 y 8 RD 1030/2006).

Todo ello ha de ser apreciado en sentido positivo, porque ofrece la posibilidad a los ciudadanos de recibir un servicio sanitario de calidad y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso a las mismas (con independencia de cuál sea la Comunidad Autónoma en la que tenga establecida su residencia). De esta forma, el SNS alcanza el reconocimiento de ser valorado como uno de los sistemas sanitarios más avanzados y eficientes de Europa¹⁸.

No obstante, y a pesar del esfuerzo realizado en condensar en esta norma los límites materiales de la casi totalidad de las prestaciones del SNS, considero necesario apuntar algunas deficiencias importantes observadas en el contenido de esta norma, fundamentalmente en lo que respecta a la diferenciación entre el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios porque, a pesar del lapso temporal (más de tres años) desde la publicación de la Ley de cohesión hasta la del RD 1030/2006, persiste en ésta última la dosis de confusión que, en materia de prestaciones, ya albergaba la Ley de cohesión. Con lo cual, la puesta en práctica de esta norma no consigue todos los resultados esperados ya que, si bien se pretende ordenar el ámbito

¹⁷ Respecto a la naturaleza dinámica de las prestaciones sanitarias *vid.* PEMÁN GAVÍN J.: «Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro», *op. cit.*, págs. 123 y ss.

¹⁸ *vid.* MONTERO CUADRADO M.J. (Consejera de Sanidad de la Junta de Andalucía): «El gobierno del Sistema Nacional de Salud en un marco descentralizado. Una visión desde Andalucía», *Revista de Administración Sanitaria* 2 (3), año 2004, pág. 17. Una visión general, aunque no actualizada, en cuanto a los sistemas sanitarios y tipología prestacional dispensables en otros países de la Comunidad Europea *vid.*: LIMÓN MENDIZÁBAL C.: *Prestaciones sanitarias en los países de la Comunidad Europea*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 1994.

prestacional determinando los contenidos en torno a estos dos instrumentos jurídicos, en la práctica resulta de gran dificultad establecer los límites materiales entre uno y otro porque no quedan claramente definidos¹⁹. Porque en la cartera de servicios, que se regula en el citado Real Decreto, se incluyen contenidos que, a mi juicio, son propios del catálogo de prestaciones. Ello plantea un importante problema de concreción sustancial de ambos mecanismos (catálogo de prestaciones y cartera de servicios) que podría haberse evitado si tales contenidos se hubiesen incorporado al catálogo de prestaciones en la Ley de cohesión y, en su caso, haber realizado un desarrollo reglamentario al catálogo de prestaciones —en aquellos aspectos que precisaran de ulterior concreción— (desarrollo que podría haberse realizado, incluso, junto con el desarrollo de la cartera de servicios en un mismo Real Decreto aunque, eso sí, de ser éste el caso se tendría que haber establecido una clara separación de los contenidos correspondientes a cada uno de los citados mecanismos).

Esta mezcla de contenidos se observa en el RD 1030/2006, no sólo en su redacción preliminar en relación con el contenido de su articulado, sino también entre el contenido de los preceptos de dicha norma y el que se recoge en la Ley de cohesión.

Lo primero a destacar es la discordancia de objetivos que se enmarcan en los preliminares del RD 1030/2006 con los que se recoge en su art. 1. Así, mientras que en los preliminares se establece como objetivos definir y garantizar las prestaciones que el sistema sanitario público, actualmente, está ofertando a los ciudadanos, el art. 1 fija como objetivos establecer el contenido de la cartera de servicios y las bases procedimentales para su actualización. Esto último es lo que, efectivamente, viene a realizar esta norma, puesto que las prestaciones ya están definidas en la Ley de cohesión, la cual contiene también un sistema de garantías. Pero es que, además, ambos contenidos (definir y garantizar las prestaciones) forman parte del catálogo que, precisamente, se determina en la Ley de cohesión y, por lo tanto, no son materias que deban incluirse entre las funciones que ha de cumplir la cartera de servicios. Como tampoco ha de formar parte de la misma la concreción de los supuestos en los que los servicios de salud han de reclamar el pago de las prestaciones sanitarias facilitadas a terceros obligados o a pacientes privados, materia esta que ha de quedar incluida en el catálogo de prestaciones y que, sin embargo, aparece regulada en el Anexo IX de este Real Decreto²⁰.

¹⁹ En semejante sentido *vid.* PEMÁN GAVÍN J.: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud» *op. cit.*, págs. 237-238.

²⁰ Anexo que se actualiza en cuanto a su contenido prestacional pero que mantiene el título con el que aparecía regulado en el RD 63/1995 «asistencia sanitaria cuyo importe ha de

Otro aspecto a destacar es el desarrollo reglamentario que el RD 1030/2006 realiza al art. 9 de la Ley de cohesión, en relación con los supuestos en los que se permite que las prestaciones sanitarias puedan ser obtenidas por medios externos a los asignados por el SNS. En esta materia se parte de la base de que en nuestro sistema sanitario no existe un derecho de opción entre la medicina pública y la privada, sino que el paciente y/o usuario del mismo debe acudir a los centros sanitarios incluidos en la red sanitaria pública para que le proporcionen la atención sanitaria que requiera. Sólo de manera excepcional se permite la utilización de recursos ajenos al sistema²¹.

Pues bien, el art. 9 citado trató esta cuestión utilizando una redacción diferente y un tanto incompleta a la establecida por el art. 5.3 del RD 63/1995 pero que pasó, prácticamente, inadvertida por la vigencia transitoria del propio RD 63/1995 —vigencia que se mantendría hasta tanto fuese desarrollada reglamentariamente la cartera de servicios—²². Como consecuen-

reclamarse a los terceros obligados al pago», en lugar de haber utilizado la expresión «prestaciones de atención sanitaria» teniendo en cuenta la ampliación producida en el catálogo de prestaciones.

²¹ Recuérdese que esta materia quedaba regulada en el art. 5.3 del RD 63/1995 en donde se reconocía el reintegro de gastos sanitarios a los supuestos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, cuando quedase comprobado que los servicios sanitarios públicos no pudieron utilizarse de forma oportuna y que el recurso a medios externos a los públicos no suponía utilizar esta excepción de manera desviada o abusiva. También que dicho precepto ha sido objeto de una copiosa y litigiosa doctrina jurisprudencial en relación a la determinación de los supuestos que quedaban amparados. *Vid.* BLASCO LAHOZ J.F.: «El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales», *Aranzadi Social* núm. 11, noviembre 2004, págs. 57 y ss; DESDENTADO BONETE A. y DESDENTADO AROCA E.: «El reintegro de los gastos de la asistencia prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 44, junio 2003, págs. 28-29; GUERRERO ZAPLANA J.: «El reintegro de gastos ocasionados fuera del sistema de la Seguridad Social. (Su ejercicio en la vía Contencioso-Administrativa)», *Información Laboral* núm. 31, año 2000, págs. 13-15; HERNÁNDEZ BEJARANO M.: «El reintegro de los gastos sanitarios: etapas normativas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 128, octubre-diciembre 2005, en especial págs. 548-569.

²² El art. 9 de la Ley de cohesión introdujo las siguientes variaciones: a) Sustituyó la expresión objeto de polémica recogida en el art. 5.3 del RD 63/1995: «asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital» por la de «riesgo vital». Con ello parecía eliminarse la dificultosa interpretación, en torno al contenido de la urgencia vital y a su diferenciación con otros supuestos de urgencia para desviar la excepción, exclusivamente, a aquellas situaciones en las que la jurisprudencia entendía que se daba una situación de urgencia vital, es decir, una situación de riesgo importante para la vida del sujeto afectado o para su integridad física. Se trata, pues, de una situación de riesgo objetiva y contrastada, de resultado inesperado o imprevisible y que requiere una atención inmediata. *Vid.* por todas STSJ Madrid 4-3-2005 AS 2005/1462 y la doctrina jurisprudencial en ella contenida; b) Se concretan las situaciones en las que, utilizándose servicios externos a los públicos, quedan amparados por el sistema sanitario público. Ello tiene lugar cuando queda justificado que dichos servicios públicos no pudieron ser

cia de ello, la jurisprudencia siguió apoyándose en el art. 5.3 del RD 63/1995 y en las interpretaciones que se derivaban del mismo para proceder a reconocer o a denegar los múltiples supuestos de reintegro de gastos sanitarios que tuvieron conocimiento desde la entrada en vigor de la Ley de cohesión hasta la actualidad²³.

Sin embargo, el art. 4.3 del RD 1030/2006 —referido a la cartera de servicios— deshace las interpretaciones que, en relación a esta excepción, se pudo realizar con la redacción del citado art. 9 de la Ley de cohesión, al incorporar en el art. 4.3 del RD 1030/2006, íntegramente, el contenido del art. 5.3 del RD 63/1995. Y lo hace para aclarar que, cuando el art. 9 se refiere a las situaciones de riesgo vital —como supuestos excepcionales para acceder a la medicina privada—, se está haciendo referencia a las situaciones en su día contempladas por el art. 5.3 del RD 63/1995, o lo que es lo mismo, a la asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, con lo cual se produce un retorno a la situación anterior a la Ley de cohesión y, en consecuencia, se mantienen los conflictos interpretativos en relación a los supuestos que quedan dentro y fuera de la excepción, tal y como existían entonces.

utilizados, por existir una causa impositiva que pudiera estar motivada, por ejemplo, por circunstancias como la distancia geográfica, la inexistencia de tratamiento en los centros sanitarios del sistema más cercanos, o la demora en la obtención del tratamiento. En consecuencia, y atendiendo al tenor literal del art. 9, algunos supuestos problemáticos, tales como el abandono de dichos servicios —por inconformidad del paciente y/o familiares— para recurrir a la medicina privada, o el error de diagnóstico quedan con claridad al margen de esta situación excepcional c) Se vuelve a determinar el ámbito material de la excepción, pero ahora se efectúa de una manera más contundente, puesto que, únicamente, se ciñe a las prestaciones reconocidas por el SNS e incluidas en su catálogo. De esta forma, quedan fuera de esta excepción aquellos supuestos polémicos en los que se reclamaba el reintegro de los gastos ocasionados en centros sanitarios privados siguiendo la recomendación del propio personal sanitario del SNS, o por tratarse de técnicas más avanzadas, o no reconocidas por el sistema sanitario público. En relación con estos supuestos polémicos *vid.* por todas SSTs (Sala de lo Social) 8-3-1996 (RJ 1996,1979). En contra *vid.*, entre otras, SSTSJ (Sala de lo Social) de Canarias de 30-1-2001 (AS 2001, 2220); País Vasco de 18-4-2000 (AS 2000, 3156). En la doctrina *vid.* POLO SÁNCHEZ C.: *Reintegro de gastos médicos y estado de bienestar*, edit. Tirant lo Blanch, Colección Laboral, Valencia 2001, pág. 55; ALARCÓN CARACUEL M.R.: «Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios» ponencia presentada al IV Congreso *Derecho y Salud*, Donostia-San Sebastián, noviembre 1995 y publicada por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Victoria-Gasteiz, 1996, págs. 124-125.

²³ Citamos por todas las SSTSJ (Sala de lo Social) correspondientes al año 2005 y 2006 de: Cantabria de 19-7-2006 (JUR 2006/245609); Extremadura de 4-5-2006 (AS 2006/1410); 28-6-2005 (JUR 2005/175458); Madrid de 27-3-2006 (AS 2006/1253); de 31-10-2006 (JUR 2006/10738); 18-7-2005 (AS 2005/2798); 4-7-2005 (JUR 2005/217015); 28-6-2005 (JUR 2005/186295); 30-5-2005 (JUR 2005/177336); 14-3-2005 (AS 2005/1462); País Vasco de 14-2-2006 (AS 2006/1746); Cataluña de 22-4-2005 (JUR 2005/122359).

En mi opinión, el contenido que aparece en el art. 4.3 del RD 1030/2006, debió de haberse precedido de un desarrollo reglamentario al art. 9 de la Ley de cohesión que formase parte del desarrollo reglamentario del catálogo de prestaciones, pero no de la cartera de servicios.

Lo mismo sucede con el contenido del Anexo V del citado RD 1030/2006, —referido a la cartera de servicios comunes de la prestación farmacéutica—. En dicho Anexo se recogen aspectos que vienen a configurar a la prestación farmacéutica (contenido básico común, condiciones de indicación, prescripción y dispensación y la aportación económica de los usuarios del SNS). Por lo tanto, y, de forma acorde con el art. 94 de la L. 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE 27-7-2006)²⁴, estos contenidos debieron de haberse incorporado en un desarrollo reglamentario efectuado al catálogo de prestaciones y no a la cartera de servicios. Porque la cartera de servicios de esta prestación no es otra cosa que el detalle de los medicamentos y productos sanitarios que el Ministerio de Sanidad resuelve incorporar a la financiación pública del SNS —conforme al procedimiento establecido en el art. 89 de la Ley 29/2006, de 26 de julio—²⁵. Es decir, se trataría de configurar un listado positivo de medicamentos y productos sanitarios que forman parte de la prestación farmacéutica del SNS utilizando la técnica que se usa para determinar el contenido sustancial del resto de prestaciones —y que resulta ser inversa a la que tradicionalmente se ha utilizado para determinar a la prestación farmacéutica—, esto es, por la vía de elaborar listas negativas de medicamentos y productos sanitarios excluidos de la financiación pública del SNS (D.A.5.^a LGS)²⁶. Atendiendo a lo anterior, el desarrollo de la cartera de servicios de esta prestación bien podría haberse realizado —conforme a lo establecido en la D.A.5.^a de la L29/2006, de 26 de julio— de manera semejante a como se ha elaborado la cartera de servicios comunes de la prestación ortoprotésica en el Anexo VI del citado RD 1030/2006.

²⁴ Dicho precepto dispone que la participación de los usuarios del SNS en el pago de los medicamentos y productos sanitarios —objeto de financiación pública por dicho sistema—, o el reconocimiento gratuito de los mismos será objeto de regulación a través de Real Decreto.

²⁵ Respecto a la fijación del sistema de precios de referencia (cuantía con la que el SNS financia las presentaciones de medicamentos) *vid.* art. 93 L 29/2006, de 26 de julio (BOE 27-7-2006).

²⁶ *Vid.* el art. 7 del RD 946/1978, de 14 de abril (BOE 6-5-1978) y con posterioridad el art. 94 L.25/1990, de 20 de diciembre (BOE 22-12-1990) que establecieron una relación de medicamentos no financiados. Con posterioridad el art. 2 RD 83/1993, de 22 de enero (BOE 19-2-1993) vino a excluir unos 1.200 medicamentos destinados a síntomas menores. Esta lista negativa se amplió con el RD 1663/1998, de 24 de julio (BOE 25-7-1998) que, conocido con el sobrenombre del «medicamentazo», excluyó de la prestación farmacéutica 661 medicamentos, antiguos y baratos, destinados a síntomas menores o de escasa relevancia terapéutica.

4. LA TAREA COMPLEMENTARIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Hasta ahora me he referido al catálogo de prestaciones y a la cartera de servicios básicos del SNS de una manera general, sin hacer referencia a cuál es el papel que poseen las CC.AA. en la ordenación de las prestaciones sanitarias del SNS. La razón se halla en la importancia del tema, lo que justifica una atención específica. Y ello exige partir de un análisis constitucional y, de una manera más concreta, del reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas establecido en los arts. 148 y 149 del citado texto. En base a dichos preceptos las CC.AA., por la vía del art. 148.21, ostentan la competencia exclusiva en materia de sanidad e higiene, competencia esta que ha de ser ejercida respetando las fronteras competenciales del art. 149 de la Constitución, que establece el ámbito competencial que corresponde al Estado. Y, específicamente, se ha de tener en cuenta el apartado 16 del citado precepto, que reconoce al Estado la competencia para regular la sanidad exterior, las bases, la coordinación de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos. Lo dicho abre la posibilidad a las CC.AA. para ejecutar la normación básica y regular todos aquellos aspectos que no tengan la consideración de básicos.

Como se puede apreciar, existe entre el Estado y las CC.AA. una competencia compartida en materia sanitaria, de forma que las bases y la coordinación general del sistema sanitario son de ámbito estatal, mientras que el desarrollo del mismo y su gestión son de ámbito autonómico²⁷.

En virtud de lo anterior, así como de las competencias reconocidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, las CC.AA. (que han asumido las competencias de gestión sanitaria, así como la financiación de las mismas), dentro del trazado básico del sistema sanitario fijado por el Estado, han ido creando sus propias regulaciones sanitarias en las que se han fijado, entre otros aspectos, las estructuras orgánico-territoriales y funcionales de sus respectivos sistemas sanitarios —con sus correspondientes catálogo de presta-

²⁷ Vid. HERNÁNDEZ BEJARANO M.: «La ordenación sanitaria en España», *op. cit.*, pág. 117. No obstante, en materia sanitaria la concepción de lo que es básico ha permitido al legislador reservarse algunas competencias ejecutivas en materia de intervención o administración, como se puede observar en la Ley de cohesión con determinadas materias (uso tutelado, procedimiento para actualizar la cartera de servicios, fijación de criterios para definir los tiempos máximos de espera etc.) planteándose la cuestión de si la normación de estos aspectos excede del contenido básico sobre el que puede operar el Estado. Vid MUÑOZ MACHADO S.: «La cohesión del Sistema Nacional de Salud», XII, *Revista Derecho y Salud*, monográfico sobre el XII Congreso de Derecho y Salud, *Sistema Nacional de Salud: cohesión y consolidación*, Cuenca 29-31 octubre 2003, pág. 20.

ciones—, así como el quantum prestacional a dispensar. Esto último permitió que las autonomías, utilizando sus facultades competenciales, dotasen sus catálogos prestacionales autonómicos con nuevos contenidos que no se recogían en el catálogo básico dispuesto por el RD 63/1995 (posibilidad esta que, expresamente, reconocía el RD 63/95 en su Disposición Adicional 5.^a)²⁸.

De esta forma, las CC.AA. han venido financiando diversos servicios sanitarios (material ortoprotésico, medicamentos y determinadas técnicas o procedimientos asistenciales) que quedaban excluidos de la financiación pública del SNS²⁹.

Este era el panorama existente hasta la Ley de cohesión, norma básica en materia sanitaria —que viene a completar lo dispuesto por la LGS—. Procede ahora examinar las posibles novedades introducidas, en materia de prestaciones, a nivel autonómico.

Lo primero a subrayar es que la Ley de cohesión en el Capítulo I, dedicado a establecer la ordenación prestacional del SNS, omite referirse a las competencias de las CC.AA. para dictar prestaciones complementarias a las básicas del SNS. Dicha ausencia no debe ser entendida como el equivalente a la negación de esta posibilidad, porque lo que viene a establecer dicha Ley, es la protección básica, necesaria y de aplicación general para el conjunto del SNS —sin que se limiten las expectativas autonómicas de establecer sus particulares catálogos—, así como de complementar el catálogo bá-

²⁸ Esta facultad fue objeto de importantes debates, en torno a la posible vulneración del principio de igualdad. A esta cuestión dio respuesta negativa el Tribunal Constitucional en distintas Sentencias en las que vino a establecer el criterio de que la igualdad no exige un tratamiento uniforme de todos los derechos y deberes de los ciudadanos en todo el territorio nacional, ya que ello sería incompatible con la autonomía reconocida a las CC.AA., sino, a lo sumo, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales. *Vid.* SSTC 37/1987, de 26 de marzo; 186/1993, de 7 de junio; 225/1993, de 12 de julio; 14/1998, de 22 de enero, entre otras. A pesar de lo anterior, aún existe algún sector doctrinal que sigue planteando esta cuestión. *Vid.* BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 129.

²⁹ Tal es el caso, por ejemplo, de Andalucía con la asistencia bucodental, el proceso de reasignación de sexo de personas transexuales; las sillas de rueda de material ligero, las plantillas y parte de las órtesis y prótesis; o la financiación de medicamentos excluidos del SNS por el RD 1663/1998, de 24 de julio, por citar algunas. *Vid.* al respecto: D.281/2001, de 26 de diciembre por el que se reconoce la asistencia bucodental a la población infantil de forma progresiva (BOJA 31-12-2001) —actualizado por sucesivas Órdenes en donde se ha ido ampliando la protección por tramos de edades. La última es la O. 13-12-2005, por la que se establece para el año 2006 la población con derecho a la prestación asistencial dental—; D.195/1998, de 13 de octubre por el que se regula la prestación ortoprotésica (BOJA 3-11-1998); Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Parlamento Andaluz en 1999 (BOJA 9-3-1999) respecto a la financiación por el SAS del proceso de reasignación de sexo de personas transexuales. Respecto a la financiación de medicamentos *vid.* D.159/1998, de 28 de julio (BOJA 13-8-1998).

sico del SNS con nuevas prestaciones³⁰. Y esto es lo que se puede deducir de la lectura del art. 7.1 —al fijar el objetivo del catálogo de prestaciones— y, en particular, del art. 71.1.b, que reconoce al Consejo Interterritorial la función de conocer, debatir y, en su caso, emitir recomendaciones sobre el establecimiento de prestaciones complementarias por parte de las CC.AA³¹. Se trata, pues, de un aspecto que tiene un reconocimiento implícito en la ley. No obstante, y teniendo en cuenta, no sólo el carácter básico de la norma, sino también la importancia del papel que, en esta materia, disponen las CC.AA. hubiera sido deseable que el legislador hubiera establecido los perfiles básicos de esta competencia autonómica³². Y, máxime, cuando lo contrario tiene lugar con la regulación de la cartera de servicios (art. 20), en donde, expresamente, se reconoce a las CC.AA. la posibilidad de realizar sus particulares carteras de servicios.

En desarrollo del citado precepto el art. 11 del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, regula los criterios básicos que han de respetar las carteras de servicios complementarios que puedan establecer las CC.AA incorporando la obligación que pesa sobre las CC.AA. (art. 53.5 Ley de cohesión) de comunicar al Ministerio de Sanidad y Consumo los servicios complementarios incorporados a sus correspondientes carteras complementarias (al objeto de poder incluir tales datos en el sistema de información sanitaria del SNS —art. 53 de la Ley de cohesión y art. 12 del RD 1030/2006—)³³. Asimismo, en su apartado tercero, reconoce cual es la intervención, en este ámbito, del Consejo Interterritorial basándose, precisamente, en el art. 71.1.b de la Ley de cohesión —referido a las funciones de este órgano en relación con el establecimiento de prestaciones complementarias—. Es decir, que la Ley de cohesión no reconoce, de forma expresa, la competencia de las CC.AA de establecer prestaciones complementarias a las básicas —a excep-

³⁰ Esta ausencia quedaría justificado para algunos autores, como PEMÁN GAVÍN, el cual considera que el quantum prestacional del SNS no evoluciona hacia la consecución de nuevas prestaciones, sino hacia la mejora en la cobertura de las ya existentes. *Vid.* en: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 91.

³¹ En semejante sentido *vid.* BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 129.

³² Para PEMÁN GAVÍN la ausencia en la Ley de cohesión de una previsión expresa sobre el catálogo de prestaciones complementario a realizar por las CC.AA, obedece a que el catálogo de prestaciones básico del SNS tiene pretensión de fijeza y estabilidad y su desarrollo se ha de llevar a cabo por la cartera de servicios del SNS y por las carteras de servicios autonómicas, a través de las cuales se podrá introducir prestaciones o servicios adicionales. *Vid.* en: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 238-239.

³³ La finalidad de respetar estos criterios no es otra que la de garantizar la consecución de la equidad en el acceso a las prestaciones de cualquier usuario, con independencia de la Comunidad Autónoma en la que resida. En definitiva, de garantizar el funcionamiento cohesionado del sistema sanitario público.

ción del art. 71.1.b—. En cambio, si les reconoce, expresamente, la posibilidad de establecer carteras de servicios complementarios. Y esta posibilidad queda desarrollada en el art. 11 del RD 1030/2006 en donde se reitera las funciones del Consejo (art. 71.1.b) para que también sirva de aplicación a la cartera de servicios complementarios, (ya que la Ley de cohesión sólo hace referencia a las funciones del Consejo Inteterritorial en relación con las prestaciones complementarias del SNS pero no respecto de las carteras de servicios complementarios). En consecuencia, tras la Ley de cohesión la novedad más significativa que se incorpora a nivel autonómico es la utilización de catálogos de prestaciones y carteras de servicios complementarios, aunque el tratamiento que se hace de ellos resulta deficitario y confuso, tal y como he dado cuenta en otros apartados de este trabajo³⁴.

5. VENTAJAS Y DESACIERTOS DE LA NUEVA ORDENACIÓN PRESTACIONAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Lo hasta aquí expuesto permite obtener una valoración de conjunto en relación a los cambios materializados, a partir de la Ley de cohesión, en el orden prestacional del SNS. que paso a comentar resaltando los aspectos que considero han de ser valorados positivamente y los que no.

A) Considero un logro la articulación de la ordenación prestacional del SNS, a través de una norma con rango legal —la Ley de cohesión—, pues esta novedad conjuga, de forma adecuada, el mandato constitucional establecido en el art. 43 de la Constitución (en donde se establece el derecho a la protección de la salud, así como la obligatoriedad de los poderes públicos de establecer los instrumentos necesarios para organizar un sistema de prestaciones que protejan la salud colectiva de los ciudadanos), con la función constitucional que el Estado tiene reconocida en el art. 149.1.16 del citado texto (de establecer los aspectos básicos del sistema sanitario). Dicha Ley viene, de esta forma, a completar a la LGS y a superar el desarrollo reglamentario, en materia prestacional, llevado a cabo por el RD 63/1995 —y que en su día dispuso la propia LGS (art. 18)—, de tal manera que, ahora, es el legislador y no el ejecutivo el que configura la ordenación prestacional y el que ha de establecer las modificaciones a su contenido³⁵.

³⁴ Recientemente Andalucía, por Resolución de 11-12-2006 (BOJA 22-12-2006), ha publicado su Carta de servicios en la que, curiosamente, mantiene la clasificación prestacional dispuesta por el RD 63/1995, omitiendo las novedades que en este aspecto incorporó la Ley de cohesión. Y así incluye como prestaciones complementarias la prestación ortoprotésica, el transporte sanitario, la dietoterapia o la oxigenoterapia a domicilio.

³⁵ Esta deslegalización de la ordenación prestacional no ha estado exenta de críticas por lo inadecuado que resultaba el rango de la norma (un Real Decreto) con el contenido de la

B) También resulta adecuada la configuración de un nuevo orden prestacional sobre la base de los mecanismos estudiados (catálogo de prestaciones y cartera de servicios), porque ello implica otorgar una mayor claridad y agilidad a la regulación, organización y gestión de las prestaciones sanitarias. Y ello tiene importantes efectos prácticos, al condensar en ambos instrumentos lo que hasta hace poco era un amplio, complejo y disperso tejido normativo que había que barajar para, no sólo conocer el ámbito material de las prestaciones públicas, sino también para identificar cuáles eran sus fronteras respecto de la atención sanitaria privada.

C) A pesar de las ventajas anteriores y, en mi opinión, el tratamiento realizado por la ley de cohesión, en cuanto a la delimitación de ambos instrumentos —a través de los cuales se pretende ordenar esta función esencial del sistema sanitario—, ha sido un tanto desordenado y poco clarificador³⁶.

En lo que se refiere a la concreción del catálogo de prestaciones (ya comentada) esta dificultad se podía haber evitado, en buena medida, estableciendo una adecuada definición del catálogo de prestaciones, así como de sus límites materiales. Y, a lo anterior, hubiera podido contribuir una mo-

misma (la ordenación de las prestaciones sanitarias) si atendemos al citado mandato constitucional. Vid. VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las carteras de servicios: concreción, racionalización y articulación del contenido de las prestaciones sanitarias», *op. cit.*, pág. 20 en relación con pág. 23. Del mismo autor «Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios», *op. cit.*, pág. 56.

³⁶ Esta escasa claridad en la delimitación de estos dos mecanismos se puede apreciar no sólo en la Ley de cohesión, sino también en el propio RD 1030/2006, concretamente en los apartados 1.3 y 4.2 del Anexo VI en el que, refiriéndose a la gestión de la prestación ortoprotésica, remite a los catálogos (en lugar de decir las carteras de servicios) que elaboren las administraciones sanitarias competentes en desarrollo de lo establecido en los apartados 6 a 10 del citado Anexo. También se aprecia en otras normas como es en la reciente L.39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15-12-2006), en donde se utiliza el mecanismo del catálogo, en lugar de la cartera de servicios, para determinar el contenido de los servicios que albergan las prestaciones de dependencia. En mi opinión, se debería de haber utilizado la misma diferenciación establecida en la Ley de cohesión entre catálogo de prestaciones y cartera de servicios (*vid.* capítulo II de la citada ley). Respecto a esta dificultad de diferenciar ambos conceptos *vid.* BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *Revista Derecho y Salud* Vol. 11, julio-diciembre 2003, pág. 128. Esta confusión conlleva a algunos autores a defender que la cartera de servicios otorga contenido al catálogo de prestaciones, posición que no comparto, puesto que la función que tiene reconocida por la Ley de cohesión solamente es la de hacer efectivas las prestaciones recogidas en el catálogo, es decir, detallar el contenido de cada prestación pero, en ningún modo, dar contenido al propio catálogo, porque, en nuestra opinión, el catálogo posee un contenido más amplio que la simple clasificación prestacional del SNS y porque, además, ha de determinarse por una norma de rango legal y no de rango reglamentario. Vid. GONZÁLEZ DÍAZ F.A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona 2003, pág. 60.

dificación del capítulo I en el siguiente sentido: una modificación del Título I que podría haberse denominado «la ordenación de las prestaciones», en lugar de «las prestaciones»; una modificación del título de la Sección 1.ª que podría haberse denominado «el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud», en lugar de «ordenación de prestaciones»; y una modificación en el orden de las Secciones 1.ª y 3.ª, es decir, la Sección 3.ª actual pasar a ser la segunda y viceversa, manteniendo, ambas, el mismo título.

D) Tampoco consideramos satisfactorio el desarrollo llevado a cabo de la cartera de servicios por el RD 1030/2006, por las dosis de confusión que puede plantear en cuanto a la delimitación del contenido material de los aspectos ahí tratados. Este problema es consecuencia de la propia inconcreción que muestra la Ley de cohesión, porque si el objetivo era el realizar una nueva ordenación, en donde se llevase a cabo un tratamiento delimitador de contenidos y funciones, no se puede establecer dicha delimitación sin concretar sus límites materiales, como tampoco dejar al desarrollo reglamentario de uno de ellos —la cartera de servicios— aspectos que no pertenecen a su ámbito ni funcional, ni material.

Subrayo que el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios son mecanismos diferentes pero complementarios entre sí, por lo que no pueden existir el uno sin el otro. Ahora bien, lo dicho impide, a mi juicio, considerar a la cartera de servicios como el medio oportuno para incorporar modificaciones al catálogo, porque ello supondría vaciar de contenido al propio catálogo y volver a desandar el camino que se pretende avanzar con la introducción de ambos instrumentos³⁷.

E) A diferencia del RD 63/1995, la Ley de cohesión no hace referencia alguna a las prestaciones que quedan excluidas de la financiación pública. Ello podría quedar justificado atendiendo al razonamiento de que si sólo son financiadas aquellas prestaciones que se recogen en el catálogo de SNS, todas aquellas que no aparezcan incorporadas a aquel, por exclusión, quedarán fuera del SNS.

Sin embargo, dicha ausencia se ha pretendido solventar en el art. 5.4. del RD 1030/2006, en donde se recoge las técnicas, tecnologías o procedimientos que quedan fuera de la cartera de servicios del SNS³⁸.

En mi opinión, creo que, teniendo en cuenta la amplia definición que el art. 7.1 de la Ley de cohesión efectúa de las prestaciones de atención sanitaria, hubiese sido conveniente que el legislador identificase en el catálogo

³⁷ En contra *vid.* VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las carteras de servicios: concreción racionalización y articulación del contenido de las prestaciones sanitarias», *op. cit.*, pág. 23.

³⁸ Según el citado precepto no se incluyen en la cartera de servicios comunes las técnicas, tecnologías o procedimientos que tengan como fin meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares.

go aquellas modalidades prestacionales que, actualmente, y por razones financieras, se encuentran excluidas del mismo, porque se tratan de prestaciones que, aunque con otra finalidad, como es la de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos (actividades deportivas, de descanso, uso de aguas, etc.), en ellas se incorporan servicios terapéuticos que también van dirigidos a la promoción y al mantenimiento de la salud de los ciudadanos.

F) Se omite en la Ley de cohesión el procedimiento a seguir y la forma de financiar las nuevas prestaciones que se pudiesen incorporarse al catálogo básico³⁹.

Pudiera pensarse, en un principio, que dicha ausencia obedece al hecho de que las prestaciones, actualmente reconocidas, tal y como están formuladas en su contenido básico en el citado catálogo, albergan todas las situaciones posibles que pudieran ser objeto de protección, con lo cual la ampliación asistencial se realizaría no por la vía de reconocer una nueva prestación, sino de incrementar los servicios de las prestaciones ya reconocidas. Y, en el caso de que existiera esa posibilidad, serían las CC.AA. las que establecerían nuevas prestaciones, si bien con carácter complementario a las prestaciones básicas del SNS. Sin embargo, no es esa la interpretación que obtengo de la lectura de la Ley y, en particular, del art. 10.3, ya que en este apartado se establece la obligatoriedad de realizar una memoria económica previa cuando se proponga incorporar una nueva prestación (en donde se analice el impacto económico que pueda causar tal incorporación) y, de la cual se dará traslado al Consejo de Política Fiscal y Financiera. Esta falta de regulación en la materia contrasta con lo dispuesto en el RD 63/1995 que de una forma breve y esquemática venía a trazar, en su Disposición Adicional 2.ª, el cauce procedimental a seguir (exigencia de un informe del Consejo Interterritorial y de un dictamen del Consejo de Estado con carácter previo a su aprobación)⁴⁰ y el rango de la norma a utilizar. También con-

³⁹ Vid. BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 126.

⁴⁰ En el art. 71 de la Ley de cohesión, que regula las funciones del Consejo Interterritorial, tampoco aparece ninguna referencia, expresa en relación a la participación del Consejo Interterritorial en el establecimiento de nuevas prestaciones básicas por parte del SNS, aunque esta función podría quedar amparada por lo dispuesto el apartado primero letra (p) del citado precepto, según el cual se le podrá atribuir al Consejo Interterritorial cualquier otra función que le atribuyan otras disposiciones esenciales para la configuración del SNS. Por lo tanto, siendo este órgano el encargado de promover la cohesión del SNS y, atendiendo a lo anterior, así como al art. 9 del RD 1030/2006 —que viene a regular la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación dependiente del propio Consejo Interterritorial— y que recoge entre las funciones de dicha Comisión la de elevar propuestas al Consejo, entre otros aspectos, sobre la ordenación de las prestaciones y su financiación, parece ser que el Consejo Interterritorial seguirá manteniendo su funcionalidad en lo que respecta a la aprobación de nuevas prestaciones del SNS, aunque dicha función no aparezca expresamente prevista en el citado art. 71.

trasta con la amplia regulación que se hace en los arts. 7 y 8 del RD 1030/2006 en los que se contienen —con mayor extensión a la escueta referencia que se contenía en la Disposición 1.ª del RD 63/1995—⁴¹ los requisitos, el procedimiento, los órganos intervinientes y el tipo de norma a utilizar para llevar a cabo la actualización de la cartera de servicios. En consecuencia, esta falta de tratamiento en el procedimiento a seguir y en los recursos a utilizar, para el caso de que se pudiese incorporar al catálogo una nueva prestación, ha de ser calificada de laguna legal.

G) Respecto a la financiación de las prestaciones, el tratamiento realizado en este aspecto por la Ley de cohesión resulta deficitario, fundamentalmente, por dos razones.

Primero, porque la Ley de cohesión reconoce, como principio general, la financiación pública del SNS (art. 2.e) —lo que vendría a equivaler a la gratuidad completa de sus prestaciones—, pero omite referirse a las excepciones existentes a dicho principio y que, actualmente, son las fórmulas de copago previstas para la prestación farmacéutica y para la prestación ortoprotésica⁴². Y, tal y como ya me he referido en el epígrafe núm. 3 de este trabajo, dicha fórmula de copago, para el caso de la prestación farmacéutica, se recoge, a mi juicio, indebidamente en el Anexo V del RD 1030/2006.

Segundo, porque el art. 10 de la Ley de cohesión garantiza el principio de suficiencia en la financiación de las prestaciones de atención sanitaria, en base a los recursos que son asignados a las CC.AA. por la L. 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las CC.AA. de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (BOE 31-12-2001). Sin embargo, lo anterior no es del todo real, problema que las CC.AA. vienen poniendo de manifiesto, de forma reiterada, ante el insuficiente reparto financiero realizado en dicha Ley. Lo anterior ha dado lugar a que el Gobierno recurra a la dotación adicional de fondos para las CC.AA. ante la constante demanda de una mayor financiación⁴³. Y, en este sentido, la Ley de cohesión no da

⁴¹ Respecto a las vías utilizadas para actualizar el contenido de las prestaciones sanitarias (informes de evaluación, estudios realizados por grupos de expertos y sociedades científicas, uso tutelado, etc.) *vid.* «Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 17-21.

⁴² *Vid.* PEMÁN GAVÍN J.: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios Jurídicos», *op. cit.*, pág. 232; BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 126-128.

⁴³ Esta medida se justificó, supuestamente, en base al aumento de la población (como consecuencia, fundamentalmente, del incremento de la población inmigrante). *Vid.* REY DEL CASTILLO J.: «Algunos comentarios sobre la Conferencia de Presidentes autonómicos y el futuro del Sistema Nacional de Salud», *Revista de Administración Sanitaria* núm. 4 (2), año 2006, pág. 323.

respuesta a dicho problema manteniendo un modelo de financiación —para la atención sanitaria— que no se ajusta a las necesidades financieras de las autonomías para sufragar los costes prestacionales básicos que genera su dispensación⁴⁴.

H) Finalmente, he de referirme al título competencial en el que se sustenta la ordenación de las prestaciones del SNS porque, viene siendo tradicional que, por la propia evolución del sistema sanitario⁴⁵ y por las profundas modificaciones que se suceden⁴⁶ —y que vienen a configurar el modelo sanitario actual—, las normas que lo regulan se dicten al amparo de dos preceptos constitucionales que otorgan al Estado la competencia exclusiva para regular, por un lado, las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16) y, por otro, las bases y el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17). Esta inercia del legislador contrasta con el propio proceso de separación gradual del sistema sanitario del sistema de la Seguridad Social, separación que se lleva a cabo sin que el legislador realice una ruptura formal, en su totalidad, de ambos sistemas (al seguir utilizando este doble título competencial para dictar normas que regulan el derecho a la protección de la salud y al mantener vigentes preceptos de normas básicas de Seguridad Social que regulan algunos aspectos relativos a la asistencia sanitaria)⁴⁷.

⁴⁴ Vid. VIDA FERNÁNDEZ J.: «La reforma del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 72; GONZÁLEZ DÍAZ F.A.: «Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria», *op. cit.*, pág. 58.

⁴⁵ Nacido del sistema aseguratorio que se inició con los seguros sociales, ampliado, tanto en su ámbito subjetivo como en el objetivo, por el sistema de la Seguridad Social y modificado tras la LGS que, como ya se sabe, crea un Sistema Nacional de Salud descentralizado compuesto por un conjunto de subsistemas sanitarios autonómicos.

⁴⁶ La culminación del proceso de transferencia en materia de gestión sanitaria, al producirse el traspaso definitivo de las funciones y servicios del INSALUD a las CC.AA. que aún se encontraban pendientes de ello en el año 2001 (salvo las Ciudades de Ceuta y Melilla que se gestionan por el INGESA que viene a sustituir al extinto INSALUD) lo que supone que son las CC.AA. las que se encargan de organizar y gestionar la atención sanitaria en sus respectivos territorios; la exclusión de las cotizaciones sociales de las fuentes de financiación de la atención sanitaria que, a raíz de la L.24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social (BOE 16-7-1997) viene a financiarse a través de impuestos; la desvinculación normativa con la Seguridad Social al no quedar incluida la regulación del contenido de la asistencia sanitaria en el actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDL 1/1994, de 20 de junio); el establecimiento de un nuevo modelo de financiación autonómica a partir de la L. 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatutos de Autonomía (BOE 31-12-2001), a través del cual se va a financiar las prestaciones sanitarias en las distintas CC.AA.

⁴⁷ Vid. el Capítulo IV del Título II vigente del D.2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 20 y 22 de julio de 1974); el art. 38.1.a del RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refun-

Y en esa dinámica la Ley de cohesión (que configura las prestaciones dentro del SNS y no del sistema de la Seguridad Social —art. 4—) se dicta al amparo, no sólo del art. 149.1.16 de la Constitución, sino también de la competencia estatal en relación con el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 Constitución), lo que viene a significar que el legislador, al basarse en dicho título competencial, continua incluyendo la regulación del SNS dentro del sistema de la Seguridad Social⁴⁸. Y ello choca frontalmente con el proceso evolutivo del SNS, porque en las fechas en la que se publica la Ley de cohesión (29-5-2003) los servicios sanitarios se encuentran deslindados, definitivamente, de la financiación de la Seguridad Social (por la L.24/1997, de 15 de julio) y acogidos al modelo de financiación autonómico establecido en la L.21/ 2001, de 27 de diciembre⁴⁹.

dido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 29-6-1994); el mantenimiento de regulaciones mutualistas en materia sanitaria para los funcionarios públicos (MUFACE, MUGEJU e ISFAS); o las fórmulas de colaboración de las empresas en la gestión sanitaria de carácter autoasegurativo. *Vid.* BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 124 en relación con pág. 138; HERNÁNDEZ BEJARANO M.: «La ordenación sanitaria en España», *op. cit.*, págs. 98 y ss.

⁴⁸ Atendiendo a la STC 124/1989, de 7 de julio, (RTC 1989/124), en relación a la competencia exclusiva del Estado sobre el régimen económico de la Seguridad, (F.J. núm. 5) se establece que: «Del art. 149.1.17.ª de la Constitución no puede extraerse la apresurada conclusión de que en materia de régimen económico de Seguridad Social el Estado retenga sólo potestades normativas. Que ello no es así se deduce sin dificultad de un análisis sistemático, histórico y teleológico del precepto constitucional. El diseño perseguido con el acantonamiento del «régimen económico» dentro de la competencia exclusiva del Estado no ha sido otro, con toda claridad, que el de preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de «un régimen público», es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 de la Constitución), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1.ª de la Constitución). Debe tenerse en cuenta a este propósito que en el momento de aprobarse la Constitución había sido ya creada la Tesorería General de la Seguridad Social para hacer efectivos los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja, y este dato resulta relevante para la correcta interpretación del art. 149.1.17.ª, en la medida en que, como cabe deducir de los antecedentes y de los debates parlamentarios que culminaron en la aprobación del texto del citado precepto constitucional, la mención separada del «régimen económico» como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas o que se trata de garantizar con la citada competencia es la unidad del sistema de la Seguridad Social impidiendo la diversidad de políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas».

⁴⁹ De inoportuna determinación legal califica BELTRÁN AGUIRRE la conceptualización de la asistencia sanitaria como prestación de la Seguridad Social en base a las referencias que de ésta se hace en la Ley de cohesión. *Vid.* en: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 125-126. También en: «Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad», *op. cit.*, pág. 25.

Pero lo que más llama la atención es que se siga manteniendo esta técnica de doble título competencial en el RD 1030/2006, tras la STC 98/2004 de 25 mayo (RTC 2004/98), la cual viene a reconocer que, a pesar de la vinculación que aún existe entre la protección de la salud y el sistema de Seguridad Social, la financiación de las prestaciones de atención sanitaria no es competencia de la Seguridad Social por la vía del art. 149.1.17 (régimen económico de la Seguridad Social), porque se trata de una responsabilidad financiera de las CC.AA., en virtud del proceso de asunción de competencias sanitarias y del actual sistema de financiación autonómica⁵⁰.

Por lo tanto, resulta una contradicción que, tanto el legislador como el Gobierno, sigan manteniendo la competencia estatal recogida en el art. 149.1.17 para regular aspectos del sistema sanitario público.

En mi opinión, considero que hay que tener claro que la LGS (que, como se sabe, se dictó en desarrollo del derecho a la protección de la salud, que se recoge en el art. 43 de la Constitución), creó un sistema sanitario público, autónomo e independiente del sistema de la Seguridad Social, tomando como título competencial básico, única y exclusivamente el art. 149.1.16

⁵⁰ Según el TC «la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Comunidades Autónomas se ha visto acompañada de una nueva forma de financiación de la asistencia sanitaria, que abandonando la específica partida presupuestaria de la Seguridad Social se ha integrado en el sistema general de financiación autonómica junto al resto de las partidas presupuestarias (proceso éste que ha culminado con la Ley 21/2001, de 27 de diciembre [RCL 2001, 3245 y RCL 2002, 1318], por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con estatuto de autonomía). Lo anterior se confirma también por la Ley 16/2003, de 28 de mayo (RCL 2003, 1412), de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud que, según su art. 1, tiene por objeto el establecimiento del «marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias». Entre los principios generales que informan dicha Ley, de acuerdo con su art. 2 a) y e), se encuentran «la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad» y «la financiación pública del Sistema Nacional de Salud de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica», principios que se concretan en un catálogo de prestaciones entre las que se incluye la «prestación farmacéutica» (art. 7.1), siendo relevante que esta prestación, como las restantes previstas en dicha Ley son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, quedando garantizada la suficiencia financiera por lo previsto en la citada Ley 21/2001 (art. 10.1 y 2)». *Vid.* un estudio de esta Sentencia en VIDA SORIA J.: «El paso definitivo de la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud», *Actualidad Laboral* núm. 2, enero 2005, págs. 161 y ss. En contra de los argumentos de la citada sentencia, en especial del F.J. núm. 5, *vid.* PEMÁN GAVÍN J.: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud» *op. cit.*, págs. 229-230, nota a pie núm. 109.

de la Constitución⁵¹. Esto significa que, todas las normas que regulen algún aspecto del mismo (ya sean normas estatales o autonómicas) han de tener como referencia obligada los límites competenciales del art. 149.1.16 de la Constitución. Lo que sucede es que, a pesar de la evolución conseguida en el sistema sanitario, aún queda pendiente un aspecto muy importante que, a mi juicio, es el que plantea esta mezcla de competencias, y que no es otro que el de conseguir la protección universal, (entendiéndose esta como protección sanitaria pública y gratuita)⁵². Dicha protección universal, a la que se aspira en la LGS, y que se consolida formalmente en la Ley de cohesión, al establecer entre sus principios inspiradores el aseguramiento universal y público del Estado (art. 2) y reconocer a todos los ciudadanos españoles el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria (art. 3)⁵³ continúa siendo una declaración de objetivos pendiente de alcanzar, puesto que la nacionalidad española o la residencia legal en España no son, aún, los únicos títulos que permiten el acceso a la protección sanitaria pública y gratuita⁵⁴. En consecuencia, siguen siendo válidos los distintos títulos por los que se accede a la misma recogidos en normas básicas de la Seguridad Social, las cuales fueron dictadas al amparo del art. 149.1.17 de la Constitución⁵⁵. Ahora bien, el que aún se conserve ese título de acceso al sistema sanitario público (hasta tanto se consiga la universalidad plena) no significa que la regulación del sistema sanitario se haya de dictar tomando

⁵¹ Este propósito, según MONTROYA MELGAR queda patente en distintos pasajes de la LGS, tanto en la propia Exposición de Motivos de la Ley, como en la Disposiciones Adicionales 3.^ª y 11.^ª; en la Disposición Final 2.^ª; y en la Disposición Transitoria 3.^ª.1. *Vid.* en: «Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud. (Apunte para un estudio)», *Aranzadi Social* núm. 5, año 2004, págs. 2 y 3; BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad», *Revista Derecho y Salud* Vol.10, núm. 1, enero-junio 2002, pág. 16.

⁵² *Vid.* MENÉNDEZ REXACH A.: «El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas», *Revista Derecho y Salud* núm. 1, año 2003, pág. 19 en relación con págs. 31-32; HERNÁNDEZ BEJARANO M.: «La ordenación sanitaria en España», *op. cit.*, págs. 104-109.

⁵³ Este objetivo también quedó recogido en el apartado 1 del Acuerdo de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud, de 30-9-1997 (llevar a cabo la universalización efectiva del derecho a la asistencia sanitaria, extendiéndolo a todos los grupos sociales y desvinculándolo de los regímenes de afiliación de la Seguridad Social).

⁵⁴ En semejante sentido *vid.* BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 124; PEMÁN GAVÍN J.: «Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro», *op. cit.*, págs. 117-119 en relación con págs. 129 y ss.

⁵⁵ *Vid.* MENÉNDEZ REXACH A.: «El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas» *op. cit.*, págs. 21-22.

como referencia la competencia estatal que sirve de base a las normas de Seguridad Social.

6. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO BÁSICO PRESTACIONAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD ¿MÍNIMO IMPRESCINDIBLE O NIVEL ÓPTIMO?

Tanto la Ley de cohesión como el RD 1030/2006 son normas básicas del sistema sanitario porque son dictadas por el Estado al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.16 de la Constitución —que establece la competencia exclusiva del Estado para regular la sanidad exterior, las bases y la coordinación general de la sanidad—. Y se dice que son normas básicas porque vienen a establecer una serie de criterios o principios normativos generales que ordenan, en este caso, al sistema sanitario español para que sean de aplicación común en todo el territorio nacional (STC 32/1983 F.J. núm. 2). Esta facultad que la Constitución concede al Estado, de establecer las bases del sistema sanitario, está orientada a una finalidad muy precisa, que no es otra que la de preservar el conjunto normativo, uniforme y de mínimos que sustentan a dicho sistema. Y aunque se dispone que la vía para ello es a través de Ley formal se permite que, de manera excepcional, se haga uso de la potestad reglamentaria y regular mediante Real Decreto (en este caso el RD 1030/2006 y, con anterioridad, el RD 63/1995) aspectos básicos de alguna materia que sean o sirvan de complemento necesario al desarrollo de la competencia básica ⁵⁶.

De esta forma, y mediante las citadas normas básicas, el Estado entra a regular las condiciones comunes que van a garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de su derecho constitucional a la protección de la salud. Además, tales normas configuran un límite sustantivo que ha de ser respetado por las CC.AA., a partir del cual dichas autonomías podrán ejercer las competencias que hayan asumido en sus Estatutos bajo el respeto, eso sí, del interés general (STC 32/1983, F.J. núm. 2). Con ello se evita

⁵⁶ Vid. MUÑOZ MACHADO S.: «La cohesión del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 19. Algunos autores como Beltrán Aguirre critican el excesivo uso que se hace de la potestad reglamentaria para regular las prestaciones sanitarias pues, según el autor, se trata de una materia básica que ha de ser regulada en una norma con rango de ley, argumentando dicha posición en base a tres preceptos constitucionales: el art. 43.2, que contiene la reserva legal para regular los derechos y deberes de todos los ciudadanos en relación a la protección de la salud; el art. 149.1.16, que contiene la competencia estatal para regular las bases de la sanidad; y el art. 149.1, que establece la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles. Vid. en: «Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos» *op. cit.*, pág. 94.

que, a la hora de desarrollar sus competencias, las CC.AA. se excedan de su marco competencial y puedan crear divergencias desproporcionadas o irrazonables (art. 149.1 Constitución)⁵⁷. También que el Estado, en el uso de sus atribuciones básicas, se excedan en el grado de desarrollo de las mismas y deje vacías de contenido las competencias autonómicas (STC 32/1983, F.J. núm. 2).

Visto lo anterior, me detengo a analizar la extensión de lo que es básico refiriéndome a estos dos instrumentos.

De una somera lectura del art. 7 de la Ley de cohesión y del art. 3 del RD 1030/2006 se desprende que, por un lado, el catálogo de prestaciones tiene la finalidad de garantizar las condiciones básicas para el desarrollo, en todo el SNS, de una atención sanitaria integral. Esto es, el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional que asegure el disfrute de unas prestaciones sanitarias a todos los ciudadanos con independencia del lugar donde residan. Por otro, que la cartera de servicios recoge el conjunto de servicios básicos y comunes, a través de los cuales se hacen efectivas las distintas prestaciones sanitarias del SNS. Por lo tanto, atendiendo a lo anterior y, siguiendo a la doctrina del TC referida en relación al concepto de lo que es básico, se puede decir, en principio, que, en lo que respecta a la ordenación de las prestaciones del SNS, lo básico ha de ser entendido desde una perspectiva restrictiva, es decir, que tiene un significado de mínimos⁵⁸. Y es ese mínimo el que ha de ser respetado por las CC.AA. a la hora de crear en sus demarcaciones territoriales sus respectivos catálogos de prestaciones y carteras de servicios complementarios, para que se pueda garantizar a todos los ciudadanos el disfrute de los derechos que de tales instrumentos se desprenden.

Sin embargo, una reflexión posterior —no sólo de los preceptos citados, sino del conjunto de ambas normas en el contexto evolutivo del propio sistema sanitario— nos lleva a considerar que en esta materia concreta el Estado no configura lo básico como el equivalente a la atención sanitaria mínima a dispensar, sino que de la regulación básica se desprende un contenido mucho más amplio y, no sólo desde un punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo.

En efecto, a nivel cuantitativo la ley de cohesión incrementa el ámbito material de protección (art. 7.2) incorporando nuevas prestaciones de aten-

⁵⁷ Vid. BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad», *op. cit.*, pág. 20.

⁵⁸ Este criterio cauteloso a la ampliación de nuevas prestaciones en el SNS es el que prevaleció durante la década de los noventa motivado por la inviabilidad financiera de sostener tales incrementos prestacionales. Vid. PEMÁN GAVÍN J.: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 88.

ción sanitaria (arts. 11 y 14) y complementándolas con un conjunto de garantías (arts. 23 a 28), de mecanismos de información (art. 56), de coordinación y cooperación, a través de órganos especializados (el Consejo Interterritorial, la Comisión Asesora de Investigación en Salud, el Instituto de Salud Carlos III, el Instituto de Información Sanitaria, el Consejo de Participación Social, etc.) y de acciones en materia de calidad (art. 59) que van a hacer posible que el ciudadano reciba la mejor atención posible en cualquier centro o servicio del SNS. Por su parte, el RD 1030/2006 incorpora nuevas técnicas, tecnologías y recursos que no se recogían en el RD 63/1995.

A nivel cualitativo la Ley de cohesión realiza un notable esfuerzo en la consecución de una atención sanitaria adecuada, integral y continuada en donde la calidad se convierte en un objetivo prioritario⁵⁹. Y así la citada Ley dispone: entre sus principios generales la atención integral de la salud (promoción, prevención, asistencia y rehabilitación) procurando un alto nivel de calidad (art. 2.d); la formación continuada, y el desarrollo de la cualificación técnica de los profesionales orientados a la mejora de la calidad y a la modernización del SNS (arts. 34, 38 y 40). Asimismo, el RD 1030/2006 establece un procedimiento común de estricto control y basado en la evidencia científica, para aprobar y actualizar la cartera de servicios⁶⁰. Por lo tanto, en esta materia, lo básico no puede ser interpretado como lo esencial o imprescindible⁶¹.

En consecuencia, el nivel adecuado de atención sanitaria que persigue el catálogo de prestaciones básico del SNS (art. 7 Ley de cohesión) no se corresponde con un nivel de atención mínimo o reducido, sino con un nivel de atención óptimo que aspira a ofrecer cada vez más y mejores prestacio-

⁵⁹ En semejante sentido, BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 130. Respecto a la formalización de la calidad en la Ley de cohesión *vid.* PAREJO ALFONSO L.: «La calidad al servicio de la eficacia en el Sistema Nacional de Salud», en la obra colectiva *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, *op. cit.*, págs. 238-240.

⁶⁰ En dicho procedimiento se evaluará la eficacia, la eficiencia, la efectividad, la seguridad, la utilidad sanitaria, las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de los grupos sensibles, las necesidades sociales y su impacto económico-organizativo (art. 20.2 Ley de cohesión y arts. 7 y 8 del RD 1030/2006).

⁶¹ Desde esa perspectiva el Estado, en su condición de garante de la protección de la salud de los ciudadanos, ha de garantizar, entre otros aspectos, «un espectro amplio y uniforme de prestaciones por igual en todo el territorio español, sin menoscabo de las prioridades que puedan fijar las CC.AA.». En este sentido, la política sanitaria (central y autonómica) ha de tener como objetivo: «el reforzar la legitimidad del sistema público de salud ante los ciudadanos, y consolidarse como un sistema de protección social moderno, flexible y adaptado a sus deseos y necesidades». *Vid.* MONTERO CUADRADO M.J. (Consejera de Sanidad de la Junta de Andalucía): «El gobierno del Sistema Nacional de Salud en un marco descentralizado. Una visión desde Andalucía», *op. cit.*, pág. 23 en relación con pág. 17.



nes dentro de sus posibilidades financieras ⁶². Y es ese nivel óptimo el límite infranqueable a tener en cuenta, el que se exige que sea de aplicación generalizada en todo el territorio nacional y el que ha de ser respetado por todas las autonomías ⁶³. Y será, pues, a partir de ese nivel donde las autonomías podrán disponer medidas complementarias que vengar a mejorarlo o a incrementarlo.

⁶² En semejante sentido PEMÁN GAVÍN J.: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 83-84 en relación con pág. 90.

⁶³ En semejante sentido se posiciona VIDA FERNÁNDEZ, el cual critica la amplitud de dicho contenido básico aunque lo justifica atendiendo a la propia evolución del sistema sanitario. *Vid.* en: «Las carteras de servicios: concreción, racionalización y articulación del contenido de las prestaciones sanitarias», *op. cit.*, pág. 33.



LOS BENEFICIARIOS EXTRACOMUNITARIOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA LEY DE EXTRANJERÍA

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Doctor en Derecho

Universidad de Salamanca

EXTRACTO

El derecho a la salud es un derecho que tenemos todas las personas que es protegido por un conjunto normativo tanto a nivel internacional como nacional, que cobija a sus nacionales y a las personas que no lo son. La enfermedad es una eventualidad que en un momento dado afecta a los sujetos, independientemente de que el estado de salud de la población sea bueno, ya que se trata de un riesgo genérico que afecta a cualquier persona en cualquier momento.

Desde este punto de vista, la enfermedad produce un doble efecto, por un lado el gasto extraordinario por ser las prestaciones sanitarias en ciertos casos elevadas, y por el otro, produce un defecto de ingreso, en vista que la enfermedad puede impedir la obtención de rentas de trabajo. La salud en estos tiempos se hace valer como un bien social que tiene que ser tutelado por el Estado, protección que se configura como un derecho-prestación que al ser una función garantista, exige por parte de los poderes públicos actuaciones concretas para su atención.

El presente trabajo pretende dar una visión de los sujetos inmigrantes extracomunitarios beneficiarios de la asistencia sanitaria en España. Partiendo de una visión constitucional de los derechos que los protege, abordando la protección que otorga la nueva Ley de Extranjería en su artículo 12, hasta determinar cuáles son los sujetos favorecidos de la prestación de asistencia sanitaria. Y finalizando con una reflexión en relación al criterio de nacionalidad como condición para el acceso al Sistema de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.
2. BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS
3. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS
4. BENEFICIARIOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA LEY DE EXTRANJERÍA
 - 4.1. Los extranjeros residentes de forma legal
 - 4.2. Extranjeros en situación irregular
 - 4.2.1. Extranjeros sin previa autorización para trabajar que prestan servicios por cuenta ajena
 - 4.2.2. Extranjeros sin residencia y desocupados
 - a) Extranjeros empadronados y mayores de dieciocho años
 - b) Extranjeros menores de edad
 - c) Extranjeros ingresados en centros de internamiento
 - 4.3. Extranjeros en riesgos específicos
 - 4.3.1. Derecho a la asistencia sanitaria de urgencia
 - 4.3.2. Derecho a la asistencia sanitaria a mujeres extranjeras embarazadas
 - 4.4. Los apátridas y refugiados
5. REFLEXIÓN FINAL: EL CRITERIO DE NACIONALIDAD COMO CONDICIÓN PARA EL ACCESO AL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN

España hasta hace pocos años era un país emisor de emigrantes. Muchos españoles por motivos políticos y económicos decidieron inmigrar a otros países. Es a partir de la última década de los años 80 cuando España comienza a transformarse en un país de destino. Según los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadísticas la población residente en España a 1 de enero de 2005 alcanza la cifra de 44,11 millones de habitantes, según las cifras de la última revisión del Padrón Municipal. De éstos 40,38 millones de personas son de nacionalidad española y 3,73 millones son extranjeros, lo que supone el 8,5 % del total de empadronados. No hay que desconocer la mayor internacionalización del fenómeno migratorio, al encontrarnos ante una realidad con evidentes implicaciones internacionales y un fenómeno que no puede ser abordado únicamente de forma individualizada por el país de origen, ni por el país de destino de los inmigrantes. En foros como el de la Unión Europea la inmigración va adquiriendo una mayor importancia, al haber tomado conciencia los Estados miembros de la necesidad de encontrar, de forma conjunta, salidas a los retos derivados de la inmigración.

El fenómeno de la inmigración cada día va teniendo más importancia, es sin duda uno de los grandes retos que debe afrontar España en este siglo que recién inicia. El objetivo de los movimientos migratorios no es más que la búsqueda de trabajo, esta realidad incontestable permite establecer una



relación muy estrecha entre Derecho del Trabajo y migración¹. Los Estados han llegado a restringir la entrada de extranjeros a través de mecanismos jurídicos que imposibiliten su acceso al mercado de trabajo con el fin de evitar la avalancha de este colectivo. Desde una perspectiva crítica, hoy se reconoce que las migraciones internacionales lejos de responder a decisiones individuales están en función de una dinámica económica transnacional y geopolítica de mayor alcance. La presencia e incremento de estos flujos, se interpreta como una más de las manifestaciones atribuibles al sistema económico en su fase global actual. Sin embargo, no todos los desplazamientos están fundados en causas económicas, también es cierto, que muchos de los que se establecen en nuestras sociedades constituyen un aporte adicional de mano de obra, al ocupar una parte variable de los empleos disponibles y, en muchos casos, su contratación permite reducir costes laborales y garantizar la rentabilidad de ciertas inversiones. Por tanto, la realidad migratoria actual no se puede entender ni al margen de la dinámica económica internacional, ni tampoco al margen de las características de los mercados de trabajos nacionales, regionales y locales.

El control de flujos migratorios ha generado una clasificación de la inmigración en España como la legal y la ilegal, o lo que es lo mismo los llamados «con papeles» o «sin papeles». La inmigración legal comprende a todos los extranjeros que llegan a un país con sus respectivas autorizaciones de estancia, autorización de residencia o autorización de residencia y trabajo. Dentro de esta categoría se agrupan: a) los inmigrantes denominados «asentados e integrados» que vienen a un país ya con puestos de trabajo, bien, remunerados en grandes empresas importantes; b) extranjeros con recursos económicos altos que vienen de países en vías de desarrollo; c) los residentes no activos que fijan la residencia en un país, como el caso de los pensionistas; y, d) los inmigrantes «económicos» que representan aquellas personas con pocos recursos económicos que buscan mejorar su nivel de vida y provienen de países acuciados por la pobreza². Los inmigrantes que se encuadren en esta situación se benefician de las condiciones de trabajo y de los sistemas de protección social del país a que llegan, en las mismas condiciones que los nacionales³.

¹ RAMOS QUINTANA, M., «El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica», Ponencia Temática del XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en www.aedtt.com/congresos.htm [Consulta: 23 de octubre de 2006].

² Clasificación efectuada por GÓMEZ BAHILLO, C., «Peculiaridades y problemas de integración de los inmigrantes en la década de los noventa», *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm. 4, 1996, pág. 172.

³ La «inmigración de extranjeros es la noción descriptiva de un fenómeno socio-económico, que hace referencia a la venida a España de individuos de países empobrecidos para ganarse la vida mediante su trabajo». CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 23.

Mientras que los inmigrantes ilegales son aquellas personas que a pesar de los controles de los flujos migratorios realizados por el Estado, acceden al país que se destinan, esquivando los controles administrativos con el fin de intentar efectuar actividades laborales para su sustento. Este grupo de inmigrantes presentan un problema similar al que se produce con los ciudadanos nacionales que desarrollan actividades profesionales sin respetar la legislación del país, como es el incumplimiento de las obligaciones fiscales y las cargas sociales. La diferencia entre ambos colectivos es que mediante denuncia de esta situación, trae como consecuencia la expulsión de los inmigrantes ilegales del país, mientras que a sus nacionales sólo les corresponden cumplir con las sanciones que la Administración pública les imponga.

En sentido genérico, la protección social es la institución globalizadora de todas las medidas sociales dirigidas a todos los ciudadanos, que conforma el sistema de Seguridad Social y la Asistencia Social del Estado o de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, ello no supone la aparición de una nueva institución de carácter social como un concreto objeto de regulación denominada protección social, sino que se alude en términos generales a aquel conjunto de medios de protección otorgados por los diversos entes responsables de su concesión.

La Organización Mundial de la Salud ha definido la salud como el «estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedades o dolencias»⁴. La enfermedad es una eventualidad que en un momento dado afecta a los sujetos, independientemente de que el estado de salud de la población sea bueno, ya que se trata de un riesgo genérico que afecta a cualquier persona en cualquier momento. Desde este punto de vista, la enfermedad produce un doble efecto, por un lado el gasto extraordinario por ser las prestaciones sanitarias en ciertos casos elevadas, y por el otro, produce un defecto de ingreso, en vista que la enfermedad puede impedir la obtención de rentas de trabajo. La salud en estos tiempos se hace valer como un bien social que tiene que ser tutelado por el Estado, que configura la protección de la salud como un derecho-prestación que al ser una función garantista, exige por parte de los poderes públicos actuaciones concretas para su atención.

⁴ Conferencia Internacional de la Salud. Nueva York, 22 de junio de 1946. *Vid.* El Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, señala que «el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social».

2. BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS

La Constitución Española (en adelante CE)⁵ reconoce expresamente el derecho a la protección de la salud en el artículo 43. Cabe resaltar, que no siendo éste el único precepto constitucional que lo reconoce, existen artículos que directa o indirectamente se relacionan a la protección de la salud, como el derecho a la vida o a la integridad física (artículo 15), la protección a la familia (artículo 39), la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2), el derecho a un medio ambiente adecuado (artículo 45), la protección a minusválidos (artículo 49) y la protección a la salud de los consumidores (artículo 51.1).

El derecho a la protección de la salud de los extranjeros viene cobijado en los instrumentos internacionales⁶, como en la Declaración Universal de Derechos del Hombre⁷; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸; la Carta Social Europea⁹; y, el Convenio Núm. 97 de la OIT que España ha ratificado, «a raíz del cual todos los trabajadores inmigrantes, con independencia de su nacionalidad, quedaron equiparados a los españoles en términos absolutos, con las únicas excepciones de la gente del mar, los autónomos, los fronterizos y los artistas liberales en breve estancia»¹⁰. Todo éste conjunto normativo internacional, ha reconocido el de-

⁵ Un estudio de los derechos constitucionales de los extranjeros. *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J., «Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros», en AA.VV. (Coords. CASAS BAAMONDE, M., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F., *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 531-563.

⁶ *Vid.* BLÁSQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Serie de publicaciones, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.

⁷ El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, establece que «toda persona, en cuanto miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social».

⁸ El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que «los Estados partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social».

⁹ La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, en el artículo 12 atribuye a «todos los trabajadores y a las personas a su cargo» el derecho a la Seguridad Social y, a todas las personas que carezcan de recursos suficientes «el derecho a la asistencia social y médica» atribuido por el artículo 13.

¹⁰ Realizado el 21 de marzo de 1967. Instrumento que propone la unificación de los sistemas de seguro social, la extensión de los mismos a todos los trabajadores y a sus familias, incluyendo las poblaciones rurales y los trabajadores independientes, y la ampliación de los riesgos cubiertos a todos aquellos casos en los que el asegurado se ve impedido de ganar su subsistencia. Los regímenes de seguridad de los medios de vida deben aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, restableciendo en un nivel razonable los ingresos o rentas perdi-

recho a la Seguridad Social como el derecho que tiene toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación a consigo mismo y su entorno¹¹.

El mantenimiento de un sistema de Seguridad Social, el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud mediante las medidas preventivas, las prestaciones y los servicios necesarios son obligaciones de los poderes públicos¹², como derechos específicos de las personas. Mención que se establece en el Texto I de la Carta Magna en conexión con el artículo 13.1¹³

dos a causa de la incapacidad para trabajar o para obtener trabajo remunerado o por la muerte del cabeza de familia. Esta seguridad debe organizarse, siempre que sea posible, por medio del seguro social obligatorio, según el cual los asegurados que hayan cumplido todas las condiciones exigidas tendrán derechos, en los casos previstos por la ley, en virtud de cotizaciones que hayan aportado a una institución de seguro social, a prestaciones pagaderas de acuerdo con la tasa fijada por la ley. Pero las necesidades que no queden cubiertas por el seguro social obligatorio deben estarlo por la asistencia social; y ciertas categorías de personas, especialmente niños, inválidos, ancianos y viudas necesitadas, deben tener acceso a asignaciones de cuantía razonable, según un baremo preestablecido.

¹¹ Los Convenios internacionales más importantes que España ha ratificado que se refieren a la protección de los extranjeros son los siguientes: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (BOE 30 de abril de 1977); convención del Estatuto de Refugiados de 1951 (BOE 21 de octubre y 14 de noviembre de 1978); Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 1963 (BOE 6 de marzo de 1970); Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas (BOE 24 de enero de 1968); Convenio núm. 19 de la OIT, de igualdad de trato en accidentes de trabajo de 1925 (Gaceta de 26 de mayo de 1928); Convenio núm. 48 de la OIT, de conservación de derechos de pensión de los inmigrantes de 1935 (Gaceta de 4 de junio de 1936); Convenio núm. 97 de la OIT revisado de trabajadores migrantes de 1967 (BOE 7 de junio de 1967); Convenio núm. 102 de la OIT, de norma mínima de Seguridad Social de 1952 (BOE 6 de octubre de 1988); Convenio núm. 157 de la OIT, de establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social de 1982 (BOE 12 de noviembre de 1985); Acuerdo provincial o interino sobre regímenes de Seguridad Social relativos a vejez, invalidez y supervivientes de 1953 (BOE 21 de marzo de 1984); Acuerdo provincial o interino sobre Seguridad Social con exclusión de los regímenes de vejez, invalidez y supervivientes de 1953 (BOE 8 de abril de 1987); Carta Social Europea de 1961 (BOE 26 de junio de 1980); Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972 (BOE 12 de noviembre de 1986); Convenio Europeo del Estatuto jurídico de los trabajadores migrantes de 1977 (BOE 18 de junio de 1983); Acta de adhesión del Reino de España en la Unión Europea (BOE 1 de enero de 1986); y los convenios bilaterales de asistencia sanitaria suscritos por Brasil, Ecuador, Panamá y Paraguay, entre otros.

¹² Vid. MERCADER UGUINA, J., «Reformas organizativas y programas públicos en materia de extranjería e inmigración», *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2001, pág. 71.

¹³ En STC 90/1985, de 30 de septiembre, se estableció el efecto expansivo de la Constitución a los extranjeros partiendo del principio de la dignidad humana, siguiendo lo recogido en las normas internacionales, manifestando que «es verdad que nuestra Constitución «es obra de españoles» pero ya no lo es afirmar que es sólo «para españoles». El párrafo 1 del art. 13 de la CE no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que esta-



al beneficiar a los extranjeros de la asistencia sanitaria pública¹⁴. Cabe resaltar que en la Constitución Española no se reconoce el derecho a la salud, por no ser un derecho originario de tener buena salud, sino un derecho a la protección de la salud¹⁵. La salud se hace valer como un bien social que es tutelado por el Estado y se exige de los poderes públicos actuaciones para su atención.

El mencionado reconocimiento además de aparecer unido a la condición de ciudadano debe vincularse a la de persona. Sin embargo, el hacer efectivo este derecho prestacional necesita de la concurrencia de los Estados a través de su actividad, principalmente a las actuaciones positivas en su establecimiento y defensa, creando las condiciones que aseguren a todos sus nacionales la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Cada Estado, a través de los poderes públicos está llamado a garantizar la asistencia médica de sus ciudadanos y también a la de los extranjeros, poniendo a disposición de estos sujetos los medios que faciliten la mejor atención posible de la salud. Lo que constituye un derecho de medios, y no de resultados. Hay que tener presente que la protección de la salud como garantía institucional no impide, al tiempo, su consideración como derecho fundamental¹⁶.

Los artículos 41 y 43 de la Constitución Española forman verdaderos derechos constitucionales a la Seguridad Social y a la protección de la salud¹⁷, independientemente que su tutela jurisdiccional quede deferida al

blezcan los Tratados y las Leyes. Significa que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española».

¹⁴ La acción protectora del Sistema de la Seguridad Social se extiende a los accidentes de trabajo sufridos por extranjeros no comunitarios que carecen de los oportunos permisos administrativos para desempeñar en territorio español una actividad por cuenta ajena. STSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2002.

¹⁵ DE VAL TENA, A., «El derecho de los extranjeros a la protección de la salud», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002, pág. 50.

¹⁶ Así lo puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en sentencia 26/1987 y recientemente reconoce sin paliativo alguno, como auténtico derecho la tutela de la salud en STC 95/2000, de 10 de abril. Entendiendo que los extranjeros gozan del derecho a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes.

¹⁷ Vid. VIDA SORIA, J., «Artículo 41 Seguridad Social», en AA. VV. (Dir. ALZAGA VILLASML, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Artículos 39 a 55. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1984, págs. 83-108. Cfr. Los derechos constitucionales laborales en PALOMEQUE LÓPEZ, M., *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 23. MONTOYA MELGAR, A., «La protección constitucional de los derechos laborales», en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Estudios de Trabajo y Previsión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 275.

momento de la promulgación de las leyes de desarrollo y al amparo de sus propios términos¹⁸. Aquéllos constituyen derechos que, comparativamente, disponen de una garantía constitucional menos plena en relación con el resto de derechos proclamados en la parte dogmática de la Carta Magna¹⁹. La Seguridad Social y la protección de la salud comparten, ciertamente, dentro de la tutela constitucional una parcela de su respectiva realidad, pero distan sobre manera de ofrecer un frente unitario²⁰.

Existe una disyuntiva dentro de la doctrina en relación a la configuración de la naturaleza jurídica del derecho a la protección de la salud. Por una parte, apuestan que aquél es un derecho subjetivo que no es de exigibilidad inmediata, ya que precisa que los poderes públicos creen un servicio público a través de una ley que establezca los derechos y deberes de todos al respecto, y llegue a consolidarse como un principio rector de la política social²¹. Por la otra, no consideran aquel derecho constitucional como un derecho subjetivo, porque es la ley la que tendrá que delimitarlo y si esto no ocurre no es exigible ante los órganos jurisdiccionales²². Independientemente de ello, la salud se considera al día de hoy como un bien social, que por ende, debe ser tutelado por el Estado dentro de su función garantista²³.

¹⁸ Con anterioridad a la Constitución Española, la Seguridad Social se ocupaba principalmente de dar cobertura a los trabajadores, siendo financiadas las prestaciones en su mayoría a través de las cotizaciones de empresas y trabajadores, en los que se denomina un régimen contributivo, con excepción de algunas ayudas que la Seguridad Social otorgaba y sigue otorgando, para aquellas personas que acrediten un determinado estado de necesidad, en concepto de Asistencia Social, más conocida como la asistencia social interna del sistema, señaladas en los artículos 55 y 56 de la LGSS. Anteriormente se había adelantado la protección no contributiva de la prestación técnica de asistencia sanitaria, con la promulgación del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extendió la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes. VIDA SORIA, J., «La asistencia social en el ordenamiento de la Seguridad Social española», *Revista de Trabajo*, núm. 21, 1968, pág. 70.

¹⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M., «Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución», en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, op. cit., pág. 336.

²⁰ *Ibidem*, pág. 306.

²¹ FERNÁNDEZ PASTRANA, J., *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984.

²² Los derechos sociales «no son, hoy por hoy, propiamente derechos subjetivos, por lo que no cabe calificarlos, ni siquiera para los propios españoles, como derechos ni aun “de plena configuración legal”». CRUZ VILLALÓN, P., «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, pág. 67. CUETO PÉREZ, M., *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 102.

²³ ROMÁN VACA, E., «Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos», *Cuadernos Laborales*, 1998, pág. 43. ALONSO LIGERO, M., «El derecho a la protección de la salud», *Revista de Seguridad Social*, núm. 8, 1980, pág. 58.



El sistema sanitario posee como núcleo el conjunto de órganos y acciones a cargo de los poderes públicos obligados a garantizar la salud pública. El régimen jurídico que dispone la Ley con el fin de hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria podrá ser de carácter provisional, como el asistencial público; teniendo derecho a las prestaciones sanitarias con cargo a fondos públicos las personas necesitadas o sin recursos económicos²⁴.

Por lo dispuesto en los artículos 53.1 y 81.1 de la Carta Magna²⁵, se entiende que existe una reserva de la Ley Orgánica de Extranjería²⁶. Por una parte, señala que no existe la posibilidad de que se produzcan reglamentos autónomos sobre la materia, puesto que los únicos posibles son los que desarrollan las previsiones de la norma con rango de ley. Por la otra, la reserva de Ley Orgánica como lo señala el artículo 81.1 de la Constitución Española, hace referencia que son «leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprue-

²⁴ BORRAJO DA CRUZ, E., «Artículo 43 Protección de la Salud», en AA. VV. (Dir. ALZAGA VILLASML, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Artículos 39 a 55, *op. cit.*, pág. 172.

²⁵ «Nuestra Constitución, aunque sin duda satisface esta función de «norma normarum», ha sabido recuperar también el verdadero significado de la idea constitucional, superando los planteamientos políticos decimonónicos, que concebían la Constitución como la norma reguladora de la vida «interna» del Estado (...) Que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos sin excepción, precisamente porque aparecen reconocidos en verdaderas normas jurídicas, no es una decisión caprichosa del legislador constituyente, sino que representa la culminación de una larga y costosa evolución de la idea constitucional (...) Supone, en síntesis, una firme y consecuente rehabilitación de la soberanía popular». En PRIETO SANCHÍS, L., «Artículo 53 Protección de los Derechos Fundamentales», en AA. VV. (Dir. ALZAGA VILLASML, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV, Artículos 39 a 55, *op. cit.*, págs. 451-452. «El art. 53.1 CE, al establecer la posibilidad de que mediante ley se regule el ejercicio de los derechos fundamentales, obliga a que esa regulación respete su «contenido esencial». Se trata, pues, de reconocer un núcleo en el contenido de los derechos fundamentales que nunca pueda sobrepasarse; dicho de otra forma, en todo caso debe de salvaguardarse un mínimo contenido del derecho, incluso frente a otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes». PÉREZ TREMP, P., «Los Derechos Fundamentales», en AA. VV., *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 121.

²⁶ Sobre los derechos de configuración legal, en particular a los derechos reconocidos a los extranjeros, la Carta Magna impone una delimitación legislativa originaria, pudiendo establecer el legislador condiciones adicionales, sin vulnerar en ningún caso el contenido esencial del derecho, de ser éste fundamental (art. 53.1 CE), o sin observar las prescripciones propias de un derecho reconocido expresamente a los extranjeros por la Constitución Española. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha negado la posibilidad de que «el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros (...) Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales». STC 115/1987, de 7 de julio (BOE 29 de julio de 1987).

ben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución». De la simple lectura de este precepto se desprende que es necesaria la forma de Ley Orgánica cuando se refiera a leyes que desarrollen los derechos y libertades, pero no cuando tan solo limiten su ejercicio en cuestiones puntuales. De hecho, en materia de extranjería el tratamiento puntual de ciertos aspectos se encuentran recogidos en leyes que carecen del rango de Ley Orgánica²⁷.

3. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA ASISTENCIA SANITARIA

El derecho a la protección de la salud, como ya se ha señalado, se reconoce en la Constitución Española en el artículo 43 al configurarse como un derecho de la personalidad²⁸, aunado al derecho fundamental a la vida y a la integridad física —señalados en el artículo 15²⁹— por lo que le corresponde a los poderes públicos y no de manera exclusiva al Estado organizar y tutelar la salud pública, de modo que le corresponde a la ley configurar los derechos y deberes que todos tenemos al respecto. El sistema de Seguridad Social es el que delimita el campo de los sujetos protegidos por el mismo, señalando quiénes van a tener derecho, gratuitamente, a la cobertura de la prestación de asistencia sanitaria en las situaciones de maternidad, enfermedad y accidente, como lo recoge la acción protectora el artículo 38.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de la Seguridad Social (en adelante LGSS).

La asistencia sanitaria se regula básicamente a través del artículo 12 de la LGSS³⁰, reconociendo la titularidad del derecho a la protección de la sa-

²⁷ BALLESTER PASTOR, M., *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 25.

²⁸ Como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, en sentencia 95/2000, de 10 de abril, al señalar «que tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE) se contiene en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión del artículo 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes».

²⁹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 15 Derecho a la vida», en AA. VV. (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Artículos 10 a 23. Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997, pág. 269.

³⁰ De hecho la asistencia sanitaria se regula básicamente a través de la Ley General de Seguridad Social de 1974, en el Capítulo IV del Título II del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

lud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles y a «los ciudadanos extranjeros que tengan establecidas su residencia en territorio nacional»³¹. De igual manera, los extranjeros no residentes en España se les garantiza este derecho de conformidad con las leyes y convenios internacionales (artículo 1.3 LGSS). Los supuestos de la normativa internacional se obtienen en los artículos 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³²; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³³; el artículo 11 de la Carta Social Europea³⁴; y, el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁵ —a pesar de su obligatoriedad³⁶—.

³¹ Vid. MONEREO PÉREZ, J., «Artículo 1», en AA. VV. (DIRS. MONEREO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, págs. 3-30.

³² Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social».

³³ Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: «1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad».

³⁴ Art. 11 de la Carta Social Europea: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras».

³⁵ Art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana».

³⁶ «Debemos conceder que en la Comunidad Europea ya existen Derechos sociales fundamentales. El mérito de haberlos desarrollado le corresponde indiscutiblemente al Tribunal Europeo de Justicia. Sin embargo, el Tribunal no puede llevar a cabo la tarea de desarrollar un concepto general sobre los Derechos sociales fundamentales sin someterse a una considerable presión de legitimación. A la larga no puede usurpar una posición que le corresponde a quie-

El artículo 12 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre³⁷; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, señala que los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en «iguales condiciones que los españoles» (en adelante LDE)³⁸.

Al contrastar las dos normas —artículo 12 de la LGSS y el artículo 12 de la LDE— se confirma que los extranjeros irregulares tienen derecho a la

nes en realidad son los señores de los Tratados: los Estados miembros. Son ellos quienes deben marcar en el Tratado el rumbo que servirá de orientación al Tribunal de Justicia y le permitirá mantener su rolo jurisdiccional. En suma: el asentamiento de los Derechos sociales fundamentales en la Carta le permitiría al Tribunal hacer lo que le corresponde a un tribunal: recoger, interpretar y concretar precedentes normativos. Se sobreentiende que esto no significa una simple aplicación del derecho, sino también un progreso del derecho. Aún así, la diferencia cualitativa con respecto al status que no sería considerable y revestiría una importancia nada desdeñable para la conservación de la estructura institucional de la Comunidad». WEISS, M., «Conferencia Marco», Seminario Internacional *Los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea, ante el Consejo Europeo de Niza*, op. cit., pág. 43.

³⁷ Vid. AA. VV. (Coord. CAMPO CABAL, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 110. AA. VV. (Dir. ASENSI SABATER, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Editorial Edijus, Zaragoza, 2000, pág. 85. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 40.

³⁸ En el supuesto que dio lugar al recurso de amparo resuelto por la STC 95/2000, el actor y luego recurrente en amparo (ciudadano español que era titular del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social) solicitó se incluyeran como beneficiarios del mismo a su compañera en relación estable (de nacionalidad rumana) y a su hija. La petición había sido denegada en vía administrativa por no poder ser considerada la compañera del solicitante como extranjera residente, al no poseer la correspondiente tarjeta de autorización, conforme a lo establecido en el artículo 13.4 de la Ley Orgánica 7/1985. Habiendo acudido a la vía judicial, la demanda prosperó en la instancia, pero la Sentencia dictada resolviendo el recurso de suplicación acogió el recurso, dejó sin efecto la Sentencia del Juzgado de lo Social y absolvió a las entidades gestoras (Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social) de la prestación deducida con la demanda. Al mismo tiempo los interesados había acudido a la vía contencioso-administrativa para conseguir se eximiera de visado a la compañera del titular. Y en el proceso contencioso-administrativo se había dictado un Auto en el que, como medida cautelar, se acordaba la exención de visado mientras durase la tramitación del procedimiento. Dicho Auto, dictado antes de que en el proceso social hubiese recaído la Sentencia resolutoria del recurso de suplicación laboral, no fue tenido en cuenta por esta Sentencia: La Sentencia de suplicación (se dice en la STC 95/2000) extrajo, en realidad, «del carácter temporal de la exención del visado una consecuencia jurídica contraria al sentido del Auto que ordenó aquella», que no era sino permitir provisionalmente la residencia de la interesada en tanto durase el procedimiento.

asistencia sanitaria en plano de igualdad con los ciudadanos españoles, con el único requisito de encontrarse empadronados. Con la excepción que la Ley de Extranjería ofrece un tratamiento especial a las mujeres embarazadas, los casos de urgencia y a los menores³⁹. Cabe resaltar, que el artículo 12 de la LDE no es el único precepto que puede llevar a la inclusión de extranjeros en situación irregular en el ámbito protector de la sanidad pública, ya que de manera indirecta lo hacen saber los artículos 36.3 y 60 del mismo texto legal, supuestos relacionados al extranjero irregular que presta servicios por cuenta ajena y los ingresados en centros de internamiento, respectivamente.

En el desarrollo del antiguo mandato de extranjería, el Ministerio de Sanidad y Consumo elaboró el 27 de enero de 2000⁴⁰, la Instrucción General del Ministro de Sanidad y Consumo, de inmediata aplicación al Instituto Nacional de la Salud y su debida comunicación a las Comunidades Autónomas para su conocimiento y efecto, señalando que el INSALUD mediante sus servicios propios o concertados, prestará la asistencia sanitaria pública a los extranjeros que se encuentren en España, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la LDE, obligándoles a:

- a) Facilitar a los interesados y a sus familiares o allegados la información y documentación sanitaria precisa para el acceso a los servicios sanitarios⁴¹.
- b) A los extranjeros que soliciten la asistencia sanitaria y no dispongan de documentación adecuada para acreditar su derecho a tal beneficio, se les otorgará de un documento provisional, sin perjuicio de promover las gestiones necesarias para que puedan adquirir el documento definitivo que corresponda en cada caso.
- c) A las personas que carezcan de recursos se les aplicará en su caso, los requisitos y trámites previstos en el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura a las personas sin recursos económicos suficientes (artículo 1). En otras palabras, cubre la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos⁴², sin discriminación alguna cualquiera que sea su nacionalidad⁴³.

³⁹ Apartado 2, 3 y 4 del art. 12 LDE.

⁴⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE 12 de enero de 2000 y corrección de errores de 24 de enero.

⁴¹ Conforme a lo previsto en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud. BOE 10 de febrero.

⁴² BOE de 9 de septiembre de 1989.

⁴³ Vid. KAHALE CARRILLO, D., «El principio de igualdad por razón de nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social», en AA. VV., *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005, págs. 255-270.

- d) Se promoverá la coordinación con los servicios sociales de las Administraciones públicas competentes y demás organismos, entidades u organizaciones para la atención a los problemas sociales o asistenciales no sanitarios que concurran en las situaciones de enfermedad o pérdida de salud de los extranjeros que se encuentren en España, sin especificar la naturaleza de su estancia. Y de manera muy especial cuando se refieran a menores, mujeres embarazadas y personas en situación de especial necesidad.

4. BENEFICIARIOS EXTRACOMUNITARIOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA LEY DE EXTRANJERÍA

El derecho a la asistencia sanitaria lo contempla la Ley de Extranjería en su artículo 12, del cual devienen los extranjeros beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria ⁴⁴.

4.1. Los extranjeros residentes de forma legal

Los extranjeros que residan en forma legal en España y ejerzan una actividad profesional o laboral se beneficiaran de la asistencia sanitaria ⁴⁵, atribuida en el artículo 38.1.a) de la LGSS. La Ley de Extranjería extiende estos beneficios a todos los extranjeros residentes, independientemente de cualquiera que sea su condición laboral ⁴⁶. La prestación de servicios sanitarios a los extranjeros residentes en régimen de gratitud no dependerá exclusivamente de su inclusión o no en el Régimen General o en el régimen especial de la Seguridad Social que le corresponda según la actividad que éste desempeñe —sea por cuenta propia o por cuenta ajena— sino depende de la cuantía de los recursos económicos disponibles —tanto se considere la existencia de un nivel no contributivo en la prestación de asistencia sanitaria, como si se admitiera que ésta forma parte de las prestaciones sociales bási-

⁴⁴ En relación al derecho de la asistencia sanitaria de los ciudadanos comunitarios. *Vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J., «Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería», *Relaciones Laborales*, Tomo I-2001, págs. 374-377.

⁴⁵ *Vid.* CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HUIDOBRO, J., «La mal llamada «Ley de Extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes? (I)», *Diario La Ley*, núm. 5063, 29/05/2000, págs. 1-6.

⁴⁶ BALLESTER PASTOR, M., «Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional», *Justicia Laboral*, núm. 2, 2000, pág. 5.

cas— que se reconocen a todos los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa⁴⁷.

El derecho a la prestación de asistencia sanitaria gratuita que gozan todos los españoles que tengan establecidas su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes⁴⁸ se extiende a los extranjeros con residencia legal cuyo umbral de rentas sea igual o inferior, en cómputo anual al Salario Mínimo Interprofesional. Culmina así la progresiva extensión de la asistencia sanitaria pública⁴⁹ a todos los titulares inicialmente nominados, es decir, los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional⁵⁰. Desde luego, la gratitud no se reconocerá cuando el nivel de renta supere el umbral reglamentario, de manera que pueden acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados⁵¹. La asistencia sanitaria dispuesta en el artículo 12.1 de la LDE se refiere al derecho de asistencia sanitaria en el ni-

⁴⁷ VAL TENA, A., «El derecho de los extranjeros a la protección de la salud», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002, pág. 61.

⁴⁸ Artículo 1 del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes: «Se reconoce el derecho a las prestaciones de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes. A estos efectos se entienden comprendidas las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional. Se reconoce, asimismo, este derecho, aunque se supere dicho límite, si el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del salario mínimo interprofesional».

⁴⁹ Disposición Transitoria Quinta LGSS: «En los casos en que las Comunidades Autónomas no cuenten con competencias suficientes en materia de sanidad para adaptar plenamente el funcionamiento de sus servicios de salud a lo establecido en la presente Ley, el Estado celebrará con aquéllas acuerdos y convenios para a implantación paulatina de lo establecido en la misma y para conseguir un funcionamiento integrado de los servicios sanitarios. La extensión de la asistencia sanitaria pública a la que se refieren los \l «a3» artículos 3.2, y \l «a20» 20 de la presente Ley se efectuará de forma progresiva».

⁵⁰ Artículo 1.2 LGSS: «Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional».

⁵¹ Artículo 16 LGSS: «Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos. En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, así como los previstos en el \l «a80» artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados, de acuerdo con los siguientes criterios: 1. Por lo que se refiere a la atención primaria, se les aplicarán las mismas normas sobre asignación de equipos y libre elección que al resto de los usuarios. 2. El ingreso en centros hospitalarios se efectuará a través de la unidad de admisión del hospital, por medio de una lista de espera única, por lo que no existirá un sistema de acceso y hospitalización diferenciado según la condición del paciente. 3. La facturación por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas administraciones

vel asistencial no contributivo, en vista que los extranjeros con su debida autorización de trabajo, al efectuar una actividad laboral, quedan incluidos de forma automática en la aplicación del sistema de la Seguridad Social⁵².

4.2. Extranjeros en situación irregular

Gracias a la nueva Ley de Extranjería se benefician de la protección de la salud los extranjeros no residentes legalmente. El legislador ha querido protegerles, al otorgarles la protección sanitaria a los siguientes sujetos beneficiarios.

4.2.1. *Extranjeros sin previa autorización para trabajar que prestan servicios por cuenta ajena*

Los llamados «sin papeles» son los extranjeros que no estando autorizados para trabajar en España, al carecer de la respectiva autorización de residencia y trabajo, prestan sus servicios por cuenta ajena⁵³. Antiguamente, cuando se iniciaba una actividad de trabajo entre un empresario y un extranjero sin autorización para trabajar, era una situación que no generaba una relación válida, lo que traía como consecuencia la calificación de nulo del contrato de trabajo⁵⁴. En la actualidad, se ha defendido la validez del contrato de trabajo existente en los casos que reúnan todos los elementos y requisitos esenciales preceptivos, aunque el ordenamiento jurídico español sujete la eficacia del contrato de trabajo a la obtención de la autorización de

de los centros, tomando base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los servicios de salud. En ningún caso estos ingresos podrán revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes».

⁵² De conformidad con los artículos 10 y 14 LDE y el art. 7 LGSS. En relación a este último. Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J., «Artículo 7. Extensión del campo de aplicación», en AA. VV. (Dir. ALARCÓN CARACUEL, M.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 72-73. TORTUERO PLAZA, J., «Art. 7.º Extensión del campo de aplicación», en AA. VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Tomo I, Comares Editorial, Granada, 1999, págs. 149-151.

⁵³ BALLESTER PASTOR, M., «Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero tras la reforma de la Ley de Extranjería y la aprobación de su Reglamento», *Justicia Laboral*, núm. 8, 2001, pág. 27.

⁵⁴ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Ceura Editorial, Madrid, 1999, págs. 652-661 y 718-719. POLO SÁNCHEZ, M., *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los Trabajadores Extranjeros en España*, CES Colección Estudios, Madrid, 1994, pág. 154.

trabajo, de tal modo que las consecuencias derivadas del mismo sólo son jurídicamente exigibles cuando se disponga de modo expreso como sucede en materia de retribución⁵⁵, según lo señala el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁶. El concepto de remuneración a que alude el mencionado precepto no puede quedar limitado a la simple contraprestación dineraria, sino que debe abarcar todo el contenido que la Ley confiere al sinalagma laboral de la prestación de los servicios⁵⁷.

⁵⁵ AA. VV. (Coord. CAMPO CABAL, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, op. cit., pág. 269.

⁵⁶ A este respecto, la jurisprudencia menor ha establecido en los siguientes supuestos que, un trabajador extranjero sin permiso de trabajo ni de residencia, que sufre un accidente laboral sin estar dado de alta en la Seguridad Social, se debe declarar la responsabilidad prestacional directa de la empresa societaria. STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2005. Trabajador marroquí que sin autorización de trabajo y residencia, puede solicitar el abono de la indemnización de daños y perjuicios contra el empresario por la vía del artículo 1.902 del Código Civil, pues al mismo le resulta imputable el daño originado a los actores como consecuencia del contrato suscrito. STSJ de Andalucía de 12 de noviembre de 2004. Accidente de trabajo sufrido por trabajador rumano sin permiso de trabajo ni residencia. Procede el reconocimiento de la prestación de Gran Invalidez derivada de accidente de trabajo, siendo responsable la empresa que incumplió el deber de dar de alta y cotizar, responsabilidad que no puede extenderse a la Mutua, que no se cometió ninguna irregularidad, y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS. STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2004.

⁵⁷ La propia jurisprudencia contencioso-administrativa, ante la cuestión básica planteada, referida a si los trabajadores extranjeros en España que han prestado trabajo para un empresario sin estar en posesión del permiso de trabajo, causan o no cotización en el Régimen aplicable de la Seguridad Social por razón de la actividad que hayan desempeñado, y si el empresario tiene o no la obligación de cotizar por ellos, entiende que: «La remuneración exigible a un contrato válido prevista en el art. 9.º 2 del ET implica la introducción en el ámbito del Derecho Social de una especificación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, superando el ET la regla segunda del art. 1.306 del CC.

Sin duda este principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón al tiempo trabajado, es aplicable a la cotización a la SS, pues la referencia del art. 7.º 4 LGSS/1974 a lo establecido en los tratados y convenios, lo está en función de las situaciones de normalidad, no en lo referente a los casos de ilegalidad cometida por un empresario que en la relación laboral material (no contrato de trabajo) establecida con el inmigrante ilegal, ocupa a todas luces una posición dominante y conocedora en lo usual de sus obligaciones básicas, mientras que la persona del trabajador inmigrante se halla respecto a él en un plano de inferioridad. Esto determina la aplicación al cumplimiento de las obligaciones legales del empresario con la Seguridad Social en cuanto a cotización, del mismo principio sobre el que descansa la norma del art. 9.º 2 ET, lo que como señala la doctrina más autorizada tiene su reflejo en el art. 70.1 de la LGSS/1974 al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social desvinculando la cotización de otras obligaciones previas formales: la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo (es decir, sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad); y aún más, señala la norma que la mera solicitud al antiguo INP hoy Tesorería de la Seguridad Social de la afiliación o alta el trabajador, sin entrar la norma en si es o no ajustada a derecho tal afiliación o alta, surtirá en todo caso idéntico efecto (en cuanto a la cotización); es decir, aun no siendo proce-

La Ley de Extranjería en el artículo 36.3 regula los efectos que produce la falta de autorización administrativa para trabajar por parte del extranjero⁵⁸. Es una importante novedad, por el hecho de que un trabajador extranjero en situación irregular se le reconozcan sus derechos como trabajador, y por ende la Seguridad Social en relación a las prestaciones, y así como las sanitarias⁵⁹. En este sentido, el empresario es responsable directo en relación a las prestaciones de Seguridad Social. El solo hecho de que no se invalide el contrato de trabajo supone la aplicación de todos los efectos que del mismo provengan, como la asistencia sanitaria incluida en las prestaciones de Seguridad Social. De la simple lectura del aludido precepto, se deducen los supuestos que pueden presentársele al empleador: a) contratar a un extranjero sin autorización de residencia ni de de trabajo; b) contratar a un extranjero, exclusivamente, con autorización de residencia y no con la de trabajo; c) contratar a un extranjero con autorización de residencia y trabajo limitado a un sector geográfico y a una determinada actividad que no coincide con las que realiza el empleador; y, d) que sería la correcta, contratar a un extranjero con su respectiva autorización de residencia y trabajo que si coincide con su actividad y sector geográfico.

La situación en que el empresario se encuadre en uno de estos casos dependerá de su voluntad de querer contratar a un extranjero con o sin su respectiva autorización, a sabiendas de las consecuencias que puedan acontecer, que no es otra que las responsabilidades administrativas, incluyendo aquellas en materia de Seguridad Social, como el pago de los salarios deja-

dente la afiliación y el alta, se cotiza en función al tiempo trabajado. Consecuencia de todo ello es la obligación de cotizar por el tiempo que prestó servicio el trabajador». STS de 2 de diciembre de 1998 y STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2005.

⁵⁸ «Toda la regulación del trabajador extranjero por cuenta ajena está construida sobre el principio de *sine qua non* del contrato de trabajo, cuya celebración sin el permiso está prohibida. Por lo tanto el contrato sin permiso es nulo conforme a CC artículos 6.3 y 1.275. En consecuencia, la confusa regla de LOEx artículo 36.4, según la cual la falta de permiso «por parte del empleador (¿?)... no invalidará el contrato respecto a los derechos del trabajador extranjero» ha de entenderse como un reflejo del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, conforme al que «en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido». Y ambos, LOEx y ET, reflejo del *omnis labor optat praemium* de la vieja fórmula». ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001, pág. 60.

⁵⁹ De esta manera sólo se requiere al empresario que contrate a un extranjero sin autorización para trabajar, lo que abre «una vía de regularización singular de modo que esa autorización solicitada por el empresario lo sea también para obtener el trabajador el correspondiente permiso de trabajo». RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante», *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2001, pág. 8.

dos de percibir y el abono de las prestaciones de Seguridad Social por contingencia profesionales. En el supuesto que el trabajador en situación irregular sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, tendrá reconocido el derecho a la prestación de asistencia sanitaria por contingencias profesionales de conformidad con el artículo 10.3 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, que regula las prestaciones de asistencia sanitaria⁶⁰. De manera que junto a la validez del contrato de trabajo y las responsabilidades en materia de Seguridad Social se tipifica como muy grave la contratación o utilización habitual del trabajador extranjero que no tenga la correspondiente autorización de residencia y trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 54.1 d) de la LDE. Las infracciones muy graves, se sancionaran en un grado mínimo, con multa de 6.001 a 12.000 euros; en su grado medio, de 12.001 a 30.000 euros, y en su grado máximo, de 30.001 a 60.000 euros.

Al contrastar la antigua Ley de Extranjería con la actual se deduce que el legislador no ha endurecido las sanciones de las infracciones, al contrario ha bajado un poco los montos económicos, pueda que haya influido la conversión de pesetas a euros. El Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, es muy claro al clasificar dos tipos de empleadores infractores, por un aparte, el empleador nacional, y por la otra, el empleador extranjero. A este último en el acta de infracción se le podrá hacer constar de manera expresa que la entidad contratante para resolver la sanción puede aplicarle la expulsión del país en lugar de la multa según lo señala el propio artículo 149.5 del mismo texto legal.

4.2.2. *Extranjeros sin residencia y desocupados*

Son los extranjeros que no se encuentran realizando una actividad lucrativa, sea laboral o profesional, que se les atribuye el derecho a la asistencia sanitaria en nivel contributivo, siempre que no residan de forma legal en España. Pudiendo clasificarse en:

a) *Extranjeros empadronados y mayores de dieciocho años*

Los extranjeros en situación regular o con residencia legal que se encuentren empadronados tendrán derecho a la asistencia sanitaria al igual o

⁶⁰ BOE 28 de noviembre de 1967.

en las mismas condiciones que los españoles⁶¹. En el caso de los extranjeros en situación irregular y mayores de dieciocho años, la Ley de Extranjería permite que disfruten el derecho a la asistencia sanitaria⁶² con el simple hecho de empadronarse, siendo éste el único requisito formal para poder disfrutar de este derecho. Así carezcan de recursos económicos suficientes tienen beneficio a las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en igualdad que los españoles.

El temor a la expulsión en los supuestos en que las Autoridades conozcan el paradero de un extranjero en situación irregular puede producir la no solicitud del empadronamiento en el municipio de residencia por aquél, por la desconfianza que existe en que le retornen a su país de origen por acudir ante una Administración pública⁶³. De hecho, a raíz del último proceso de normalización que se realizó en nuestro país, a partir de la Disposición transitoria tercera del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, estableció como uno de los requisitos para la regularización del extranjero el empadronamiento de éste al menos con seis meses de antelación a la entrada en vigor del mencionado texto reglamentario.

El Gobierno al observar que muchos extranjeros no podían cumplir con dicho requerimiento, por el temor a la expulsión del país por el sólo hecho de solicitarlo, creó el empadronamiento por omisión. Figura que se encuentra regulada en Resolución de 15 de abril de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad⁶⁴. En

⁶¹ El empadronamiento según el artículo 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril: «El registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio». Y en principio, «sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo». Sin embargo, la inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal, no constituye prueba de su residencia legal en España, como previene el art. 18.2 de la Ley de Bases de Régimen Local. Son dos cuestiones que de momento se encuentran separadas: la exigencia de empadronarse a los nacionales y extranjeros que habitan en un municipio, y la residencia legal que se obtiene por otra vía.

⁶² Vid. SALINAS MOLINA, F., «El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica», en AA. VV. (Dir. SALINAS MOLINA, F.), *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, op. cit., págs. 104-107.

⁶³ ÁLVAREZ CORTÉS, J., «Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería», op. cit., pág. 387.

⁶⁴ BOE núm. 91, de 16 de abril

líneas generales se podía acreditar la estancia en el país a través de documentos públicos como la copia de la solicitud de empadronamiento no resuelta o denegada, la tarjeta de asistencia sanitaria, copia de la solicitud de escolarización de menores, resolución de percepción de ayudas sociales, documento de alta laboral, copia de la solicitud de asilo, entre otros⁶⁵.

La Administración municipal deberá conceder de conformidad con la legislación vigente, la inscripción en el padrón municipal a cualquier extranjero, independientemente de su situación administrativa, siempre que cumpla con el único requisito de tener residencia habitual en el municipio. Hay que advertir que esta inscripción no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España⁶⁶. La novedad de la nueva Ley 14/2003, de 20 de noviembre, señala al respecto en su artículo primero, al introducir la Disposición Adicional quinta en la Ley de Extranjería, concerniente al acceso a la información y colaboración entre Administraciones públicas, en especial al Instituto Nacional de Estadística, que facilitará el acceso directo a los ficheros en lo relativo al Padrón Municipal de Habitantes de las personas que sean consideradas interesados en los procedimientos regulados en la actual Ley de Extranjería. De igual manera, en su artículo tercero, modifica los artículos 16 y 17 y se incorpora una nueva disposición adicional en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Los otros requisitos secundarios para poder disfrutar el derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y obtener la respectiva tarjeta sanitaria, previo al empadronamiento, el extranjero deberá dirigirse a la Tesorería General de la Seguridad Social con el documento de empadronamiento y solicitar el número de afiliación. Posteriormente se trasladará al Centro de Salud más cercano a su domicilio y solicitará cita con el trabajador social para rellenar el formulario de asistencia sanitaria presentando para ello el documento de identificación, empadronamiento y el número de afiliación en la Seguridad Social.

Llegado a este punto, se debe definir qué se entiende por tarjeta sanitaria. Que no es más que el documento acreditativo de cada ciudadano a efectos de su asistencia sanitaria, siendo título necesario y suficiente para el acceso a los servicios y prestaciones sanitarias asegurados por el Departamento de Sanidad. En otras palabras, constituye una garantía de igualdad de los ciudadanos nacionales y extranjeros ante los servicios públicos y su soporte es un documento que acredita e identifica al ciudadano para el acceso a los

⁶⁵ Vid. STSJ del País Vasco de 7 de julio de 2006.

⁶⁶ DE MATEO MENÉNDEZ, F., «Una aproximación a la nueva Ley de Extranjería», *Jueces para la Democracia*, núm. 40, 2001, pág. 10.

servicios y la obtención de las prestaciones sanitarias a las que tenga derecho⁶⁷. De manera que tendrá idéntica extensión y contenido que la prevista en el Régimen General de la Seguridad Social, es decir, con la extensión establecida con carácter general por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

b) *Extranjeros menores de edad*

El Tribunal Constitucional ha señalado que todos los menores tienen un estatuto de derechos indisponibles que les corresponden por el solo hecho de serlo y que, por tanto, no admite que se introduzcan diferencias relacionadas con la nacionalidad o cualquier otro elemento⁶⁸. Sea por cualquier circunstancia que un menor de edad extranjero permanezca en España, tiene el derecho a la asistencia sanitaria⁶⁹. No necesita el menor ningún requisito formal, como el empadronamiento, para poder disfrutar de este derecho.

La Constitución Española en el artículo 39.4 ratifica que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». El artículo 10 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁷⁰, señala que «tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residan legalmente en España». De la simple lectura de éste último precepto, se deduce que el legislador no ha querido reconocer la asistencia sanitaria a los menores extranjeros que no tengan residencia legal, a los que no se les considere su situación de riesgo, y aquellos menores que no se encuentran bajo la guarda de la Administración pública, careciendo de este derecho básico de la persona. Gracias a la Ley de Extranjería en su artículo 12 extiende la asistencia sanitaria a todos los menores extranjeros sin ninguna otra condición, al establecer que los «extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

⁶⁷ Vid. Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2004.

⁶⁸ STC 141/2000, de 29 de mayo.

⁶⁹ Vid. AA. VV. (Coord. CAMPO CABAL, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, op. cit., pág. 114. AA. VV. (Dir. ASENSI SABATER, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, op. cit., pág. 89. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, op. cit., págs. 41 y 462.

⁷⁰ BOE 17 de enero de 1996.

Estas normas hacen referencia a los planteamientos del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989⁷¹, que reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades, así como su rehabilitación, la cual los Estados partes asegurarán que ningún niño pueda ser privado de su derecho a la asistencia sanitaria⁷². El artículo 26 del mismo texto legal recoge el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que se encuentre sometido y del resto de circunstancias relacionadas a su internación.

En el supuesto de un extranjero sin documentación cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, la Ley de Extranjería en su artículo 35, establece que el Ministerio Fiscal determinará las pruebas necesarias que se deberán realizar por la institución sanitaria con el fin de determinar con certeza la edad del extranjero presuntamente menor. En otras palabras, el legislador trata de determinar la verdadera edad del extranjero para actuar en consecuencia y ponerlo bajo la tutela de los servicios de protección de menores de la Administración competente en los casos que el menor no esté acompañado de padres o familiares directos o cuando se decida que ésta es la mejor opción para el menor por hallarse en situación de desamparo.

⁷¹ BOE 31 de diciembre de 1990.

⁷² Art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable alubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo».

Una de las dudas que se plantean al respecto, es si el menor extranjero puede negarse a que se le realicen dichas pruebas. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el artículo 10, enumera los derechos de los usuarios de la sanidad, estableciendo el derecho que tienen aquéllos a ser informados previamente a cualquier intervención, y la obligatoriedad de recabar su consentimiento de manera escrita antes de proceder a realizar la intervención o las pruebas médicas. Como se observa, el precepto es muy amplio, de manera que los casos en que es preceptivo el consentimiento abarcan desde la realización de cualquier prueba diagnóstica hasta las intervenciones quirúrgicas. Según el ordenamiento jurídico vigente es preceptivo facilitar información tanto oral como escrita al afectado por parte del médico responsable y solicitar su consentimiento previo.

Antiguamente el mencionado texto legal en el apartado 6 del artículo 10, establecía las excepciones a la necesidad del consentimiento escrito del afectado, en tres supuestos: a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) cuando el afectado no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho le corresponderá a sus familiares o a las personas allegadas a aquél; y, c) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. Como se puede observar el segundo supuesto establecía el consentimiento por sustitución. Y el primer y tercer supuesto constituían verdaderas excepciones a la necesidad de obtener el consentimiento, ya que el organismo sanitaria debería prestar la asistencia sin más, en función de los bienes jurídicos protegidos, es decir, la salud pública como interés general de la población y el bien supremo de mantener la vida o evitar lesiones irreversibles en la persona, respectivamente. Sin embargo, este apartado fue derogado por Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El artículo 9 de esta última ley, establece los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación. A este respecto, el legislador fue más precavido en delimitar de manera específica dichos conceptos que en la Ley General de Sanidad, de manera que el apartado tercero de dicho precepto señala los cuatro supuestos que puede concurrir el consentimiento por representación: a) cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a juicio del médico responsable; b) cuando el estado físico o psíquico del paciente no le permita hacerse cargo de su situación; c) cuando el paciente se encuentre incapacitado legalmente; y, d) cuando el paciente menor de edad no sea capaz tanto intelectual como emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

El supuesto que nos interesa es el último, en este caso, el consentimiento lo deberá realizar el representante legal del menor después de haber escu-

chado la opinión de éste si tiene doce años cumplidos. Si se trata de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no se prestará el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del médico responsable, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Ahora bien, en el caso del menor extranjero al que se pretende realizar una prueba para determinar su edad real, de acuerdo con la legislación específica se requiere el consentimiento previo del menor al que se le ha de haber informado también previamente, de las actuaciones que se le van a realizar y la finalidad perseguida con ellas, si tiene más de doce años cumplido. Sin embargo, de la lectura del artículo 35 de la LDE, se podría deducir que el Ministerio Fiscal decidirá sobre la realización de determinadas pruebas médicas que la institución sanitaria viene obligada a realizar con prioridad y sin necesidad del consentimiento del afectado. Al entenderse así se estaría ante un supuesto de otorgamiento del consentimiento por sustitución por presunción legal de que el menor no está capacitado para tomar decisiones y el Ministerio Fiscal asume su representación legal a estos efectos. No obstante, existen interpretaciones que al acogerse ésta se iría más allá de la letra de la ley afectando a un derecho de la persona constitucionalmente reconocido como derecho fundamental, razón por la que conculcaría la Constitución Española⁷³.

En definitiva, todo niño tiene derecho a ser atendido y cuidado, con independencia de que no sean protegidos en sus países de procedencia. De manera que las autoridades españolas tienen la obligación negativa de no adoptar ninguna medida que pueda poner en peligro su integridad física o moral y la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para su adecuada protección y promoción⁷⁴.

El menor de edad extranjero tiene el derecho a la expedición de la respectiva tarjeta sanitaria por sí mismo o a través de sus representantes legales⁷⁵. Lo cual cumplimentará el formulario que debe estar disponible en todos los Centros de Salud, Gerencias de Atención Primaria y Direcciones Provinciales y Territoriales del INSALUD y los presentará en los Centros de su residencia para que ejercite su derecho a la elección de facultativo, con el único requisito de acreditar su minoría de edad, con copia del documento

⁷³ SAURA SÚCAR, M., «la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros», *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 94 (99), 1 de agosto de 2001.

⁷⁴ Obligaciones señaladas en los arts. 9 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989.

⁷⁵ *Vid.* MURILLAS ESCUDERO, J., «Aspectos Jurídicos de Protección al menor inmigrante», *Diario la Ley*, núm. 5605, 05/09/2002, págs. 1-9.

donde se comprueba su identidad y hacer una declaración sobre la escasez de recursos económicos. Una vez cumplida su mayoría de edad, continuará disfrutando de la asistencia sanitaria como persona sin recursos, condicionada al empadronamiento.

c) *Extranjeros ingresados en centros de internamiento*

En el caso de que un extranjero no se le permita el ingreso a España por la frontera ⁷⁶, la legislación española señala que deben ser retornados a su país en el plazo más breve posible. Sin embargo, el artículo 60 de la LDE dispone que si el regreso del extranjero a su país se retrasase por más de setenta y dos horas «la autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción (...) para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno». Cabe destacar que los lugares de internamiento no tienen carácter penitenciario y se encontrarán dotados de «servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios». Los extranjeros en estas circunstancias tienen derecho a la asistencia sanitaria mientras se encuentren internados ⁷⁷.

Existen ciertas diferencias entre el término de retorno y el término de expulsión, que se distinguen por la situación que provoca la salida del territorio español. En este caso, el retorno se produce cuando el extranjero no puede entrar por la frontera, y por consecuencia se debe devolver a su punto de origen en el plazo más breve que sea posible. Mientras que la expulsión, se efectúa por infringir las faltas tipificadas como muy graves del artículo 54 de la LDE y las señaladas como grave en los apartados a) hasta la h) del artículo 53 del mismo texto legal, a cambio que la Administración pública no las transforme en multas ⁷⁸.

El período de internamiento a que se encuentra sujeto el extranjero es por un tiempo imprescindible para fines del expediente, y no puede excederse de los cuarenta días que señala el artículo 62.2 de la LDE. Los ex-

⁷⁶ Vid. ALONSO PÉREZ, F., «La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería», *Diario la Ley*, núm. 5582, 08/07/2002, págs. 1-10.

⁷⁷ TOLOSA TRIBIÑO, C., «Las garantías jurídicas y los derechos sociales en la nueva Ley de Extranjería», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000, pág. 775.

⁷⁸ Vid. AA. VV. (Coord. CAMPO CABAL, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, op. cit., págs. 372-392. AA. VV. (Dir. ASENSI SABATER, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, op. cit., págs. 273-288. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, op. cit., págs. 712-721. DORADO NOGUERAS, F., «Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador», en AA. VV. (Coord. MOYA ESCUDERO, M.), *Comentarios sistemáticos a la Ley de Extranjería*, Comares Editorial, Granada, 2001, págs. 835-908.

tranjeros en este lapso tendrán el derecho a recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social de la institución, al igual que se les vele por el respeto a su vida, integridad física y salud. Con la actual reforma de la Ley de Extranjería se han extendido las situaciones en las que un extranjero puede ser expulsado de España, endureciendo cada vez más el Gobierno las sanciones establecidas a éste colectivo.

4.3. Extranjeros en riesgos específicos

4.3.1. *Derecho a la asistencia sanitaria de urgencia*

El apartado 2 del artículo 12 de la LDE señala que «los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contratación de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica» en igualdad que los españoles.

Uno de los inconvenientes que existe para aplicar este precepto es determinar cuando una enfermedad es considerada urgente. El hecho de que la ley se refiera a los accidentes junto con las enfermedades graves, no avala necesariamente un criterio de interpretación restrictivo, dado que un accidente no tiene porque ser necesariamente de gravedad ni poner en peligro la vida del extranjero, por tanto ante cualquier accidente que requiera asistencia urgente se genera la situación descrita por la Ley y generadora del derecho a la asistencia. Sería incorrecto aplicar el concepto de urgencia equivalente a riesgo vital, que utiliza la jurisprudencia en aplicación de la normativa para la solicitud del reintegro de los gastos en instituciones privadas por parte de los beneficiarios de la Seguridad Social.

El concepto de asistencia sanitaria urgente al que todos los extranjeros tienen derecho sin exigencia de requisito alguno, habría que caracterizarlo como la necesidad de recibir asistencia en los casos de enfermedad en fase aguda o accidente que no admite demora y que se diferencia del derecho de los extranjeros empadronados en que no otorga derecho a tarjeta sanitaria y cesa cuando se ha resuelto el problema agudo de salud. En otras palabras, la Ley de Extranjería se refiere a la urgencia inmediata, sin que se derive un peligro inminente para la vida del extranjero⁷⁹. Así pues, el derecho a la

⁷⁹ La asistencia sanitaria urgente, es entendida como «aquella situación de riesgo grave que, para la vida del paciente o su salud, puede suponer el retraso en la prestación de la asistencia sanitaria requerida». ROMÁN VACA, E., *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Edersa, Madrid, 1998, pág. 113.

asistencia sanitaria se ofrecerá para accidentes graves o no, independientemente de cualquier causa que los origine. Mientras que las enfermedades para ser beneficiadas de este derecho deben ser catalogadas como graves.

Por otra parte, el texto legal señala como límite temporal de la asistencia urgente al momento en que se produce la «situación de alta médica» y al respecto hay que tener presente no identificar «alta médica» con «alta hospitalaria» que se produce con remisión al médico de primaria o al especialista que han de controlar la evolución de la dolencia hasta su curación. Es probable que se realicen interpretaciones diferentes del mencionado precepto y la más favorable para el extranjero sería la del derecho a la atención sanitaria para paliar el problema agudo pero que finalizaría con el alta médica por haber agotado las posibilidades curativas del caso, tratando el caso como un único proceso, con independencia de que la asistencia se inicie en un centro hospitalario y después siga en otro ámbito, aunque lo cierto es que en la práctica dependerá de los recursos hospitalarios disponibles, de los protocolos médicos, y de la política sanitaria en cuanto a ocupación de camas hospitalarias e incluso socio-sanitarias, el que se opte por considerar el término «alta médica» en uno u otro sentido.

La atención sanitaria a los extranjeros sea cual fuese su situación administrativa en el territorio español es una manifestación más de la protección al derecho a la vida, reconocido a los extranjeros y españoles por igual, bajo el artículo 15 de la Carta Magna. Desde la óptica internacional⁸⁰ este tipo de derecho en situación de urgencia se le ha reconocido a los trabajadores migrantes y se ha extendido a los miembros de su familia, por lo tanto los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. La atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o empleo⁸¹.

La Ley de Extranjería es del todo coherente con las normas internacionales en esta materia, y de manera concreta con lo señalado en el artículo 28 del Convenio de Naciones Unidas sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus familias, a tenor del cual «los trabajadores migrantes y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con

⁸⁰ Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 295- 315.

⁸¹ Art. 28 de la Convención de Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1990, sobre la Protección de todos los Trabajadores migratorios y de sus familiares.

los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo».

4.3.2. *Derecho a la asistencia sanitaria a mujeres extranjeras embarazadas*

La Ley de Extranjería en el apartado 4 del artículo 12 hace referencia a «las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto». En este supuesto no interesa la situación administrativa de la extranjera, incluso, no es necesario el empadronamiento, ya que es un derecho absoluto sin limitación, hasta que se recupere del postparto. El precepto recoge la obligación originada de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 24 señala el deber que pesa sobre los Estados Partes de adoptar las medidas apropiadas para asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal a las madres.

La duda que puede plantearse a la hora de aplicar este precepto es qué tiempo de duración debe considerarse como asistencia postparto. Según establece el artículo 20 de la Ley 39/99 de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, el tiempo de permiso después del parto que ha de disfrutar la mujer, obligatoriamente, es de seis semanas, precisamente en atención a su recuperación. Período que puede considerarse orientativo o, en mejores de los casos, aplicarlo conforme a la analogía al artículo 12.4 de la LDE, como el período de tiempo en que la mujer inmigrante tiene derecho a la asistencia postparto. No obstante, otra interpretación adecuada es dejar a criterio del facultativo la determinación de ese período de asistencia sanitaria. Por otra parte, cabe recordar, que el recién nacido tiene derecho desde que nace y hasta su mayoría de edad a la asistencia sanitaria, lo cual resulta paradójico, ya que el hijo tiene derecho a la asistencia sanitaria sin más y la madre no.

La asistencia sanitaria ofrecida a las mujeres embarazadas no incluye la decisión personal de interrumpir voluntariamente el embarazo. Sin entrar en valoraciones éticas o relacionadas con creencias religiosas, lo cierto es que en España no hay una ley de interrupción voluntaria del embarazo y, por consiguiente un derecho positivizado⁸². Lo regulado son simplemente

⁸² Una noción desde la óptica del Derecho Penal. Vid. BORONAT TORMO, M., «Reflexiones sobre una futura regulación penal de la interrupción voluntaria del embarazo», AA. VV. (Coord. LATORRE, V), *Mujer y derecho penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 167-175.

supuestos de exención de responsabilidad penal cuando en un aborto voluntario concurren determinadas circunstancias⁸³.

Se le debe informar a la mujer embarazada su derecho a la asistencia sanitaria que tiene si se empadrona. Los trámites administrativos necesarios para el disfrute de este derecho es cumplimentar una serie de formularios para la expedición de la tarjeta sanitaria. Si solicita el derecho que señala el artículo 1 del Real Decreto relativo al régimen de gratuidad de la prestación de servicios sanitarios, tendrá que llenar el respectivo impreso que demuestre la insuficiencia de recursos. Requerirá la fotocopia del documento de identidad, la declaración de no estar incluida en ningún régimen de la Seguridad Social y la acreditación de insuficiencia de recursos de conformidad a los apartados b), c) y d) de la Instrucción Tercera de la Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria de 29 de diciembre de 1989, y entregar una certificación de su condición de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento.

De primera vista, pudiera pensarse que el ordenamiento jurídico español otorga un trato más favorable a los extranjeros que acceden a las prestaciones sanitarias en determinadas circunstancias de riesgo específico para la salud, por cuanto la población de nacionalidad española que no tuviera reconocido el derecho a la asistencia sanitaria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, están obligadas a rembolsar los gastos siempre que sus rentas anuales superen los umbrales mínimos que dan derecho a la asistencia gratuita⁸⁴. Sin embargo, tal discriminación positiva, no es tal, puesto que según el criterio general de interpretación consignado en el artículo 3 de la LDE «los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles».

4.4. Los apátridas y refugiados

En este supuesto especial, los apátridas que legalmente residan en territorio español gozan de igual trato en relación a los trabajadores nacionales⁸⁵. De conformidad con el artículo 9.10 del Código Civil, «se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieran

⁸³ VAL TENA, A., «El derecho de los extranjeros a la protección de la salud», *op. cit.*, págs. 74-75.

⁸⁴ *Vid.* FERNÁNDEZ ORRICO, F., «La protección social de los extranjeros en España», *Aranzadi Social*, núm. 21, 2001, págs. 45-64.

⁸⁵ *Vid.* La Convención sobre los Estatutos de los Apátridas, adoptada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVIII) de 26 de abril de 1954 y ratificada por España mediante Instrumento de fecha 24 de abril de 1997.

indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual». Ello significa la aplicación a este colectivo de las normas del sistema de Seguridad Social español en las mismas condiciones que a los nacionales.

Los extranjeros reconocidos como refugiados tienen derecho a residir en el territorio español y desarrollar cualquier actividad laboral, profesional e incluso mercantil. Al desarrollar cualquiera de estas actividades, a la previa obtención de la respectiva autorización de residencia y trabajo, se incluirá en el sistema de Seguridad Social, de conformidad con el artículo 7.1 de la Ley General de Seguridad Social con relación a las prestaciones contributivas.

Cuando un extranjero entra a España en la condición de asilado o refugiado⁸⁶ tendrá una autorización de permanencia provisional que podrá darse en el país por un periodo máximo de sesenta días⁸⁷, mientras se sustancia el expediente. En el supuesto que el extranjero en esta condición no traiga ninguna documentación el Ministerio de Justicia e Interior acordará la residencia obligatoria al interesado hasta la resolución definitiva de su expediente⁸⁸. La mayoría de las veces dicha residencia son los centros de internamiento, y como ya se ha dicho, en estos centros se tendrá derecho a la protección sanitaria.

Cabe resaltar, que tanto los apátridas como los refugiados gozan del nivel de protección nacional permitiéndoles el otorgamiento de la autorización de residencia y trabajo «por razones de protección internacional», cuando son autorizados a permanecer en territorio español conforme a lo señalado en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los términos previstos en el artículo 31.3 de su reglamento de aplicación, al igual que a los extranjeros desplazados en el sentido regulado por el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

De igual manera, se benefician en virtud de ciertas previsiones legales, a una protección superior de nivel europeo. La Directiva 2003/109/CE del

⁸⁶ Vid. La Convención sobre los Estatutos de los Refugiados, Adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de fecha 22 de julio de 1978. El artículo 3 prohíbe cualquier discriminación por motivos de raza, religión o país de origen. ÁLVAREZ CORTÉS, J., «Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería», *op. cit.*, pág. 396.

⁸⁷ Para la tramitación de este procedimiento. Vid. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, *op. cit.*, pág. 637.

⁸⁸ En relación a los indicios suficientes a la admisión de solicitud de asilo. Vid. La reciente STS de la Sala de lo Contencioso, de 1 de noviembre de 2006.

Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración contempla la concesión de residencia permanente a refugiados y apátridas, lo que les permite, además de no necesitar autorización de trabajo, acceder al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración. Por su parte el Reglamento Comunitario 883/2004⁸⁹, al igual que el Reglamento 1408/1971, al que sustituye, contempla expresamente en su artículo 1, referido al ámbito subjetivo de aplicación, a los refugiados y apátridas⁹⁰.

5. REFLEXIÓN FINAL: EL CRITERIO DE NACIONALIDAD COMO CONDICIÓN PARA EL ACCESO AL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El acceso al sistema de la Seguridad Social se ha ampliado paulatinamente en España desde el primer Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social⁹¹, su artículo 7 distinguía dos grupos de extranjeros para este fin. Por una parte, el compuesto por los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, siempre que residieran y estuviesen en territorio español, y llenasen una serie de requisitos generales. Y por la otra, el resto de extranjeros no conformado por las nacionalidades anteriormente señaladas, se condicionaba la posibilidad a la existencia de convenios colectivos o acuerdos específicos, o un régimen de reciprocidad tácita o expresa. Este régimen fue derogado por leyes sucesivas como Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁹².

La última reforma de la Ley de Extranjería sólo introdujo el requisito de residencia para poder disfrutar de las prestaciones que ofrece el Sistema de la Seguridad Social, exceptuando las básicas o urgentes, como ya se ha estudiado anteriormente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha garantizado el derecho a la Seguridad Social y prestaciones sanitarias cuando el extranjero que se encuentre en territorio español sea residente legal⁹³, al establecer que «la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 1.2 declara que son titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional. Y en los que se refie-

⁸⁹ Vid. SEMPERE NAVARRO, A., «Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2004.

⁹⁰ Acerca de la integración de estos colectivos. Vid. OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 216-220.

⁹¹ Aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

⁹² Vigente hasta el 1 de febrero de 2000.

⁹³ STC 95/2000, de 10 de abril. BOE 18 de mayo de 2000.

re, concretamente, a las prestaciones de asistencia sanitaria preciso es recordar que éstas se reconocen legalmente en nuestro país no sólo a los titulares directos del derecho, sino también a los familiares o asimilados de los beneficiarios que estén a cargo de aquellos [art. 100.1.c)] del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, precepto cuya vigencia ha mantenido el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que, a su vez, se aprobó el actual Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social».

No obstante, de la simple lectura del artículo 14 de la LDE se desprende que existen dos tipos de extranjeros para este efecto. Por una parte, los residentes, que tienen el derecho a acceder a los regímenes de la Seguridad Social, tanto a nivel contributivo como el no contributivo o asistencial; al igual que a los servicios y a las prestaciones sociales, como las generales y básicas o específicas en las mismas condiciones que los españoles. Y por otra, los extranjeros que independientemente de su situación administrativa tendrán derecho a los servicios y prestaciones sociales.

A pesar de la mejor especificidad de este precepto por parte del legislador, se le ha criticado por la doctrina por presentar serias dificultades interpretativas⁹⁴:

- a) Reúne de manera confusa en su regulación a lo que llama servicios sociales con las prestaciones de la Seguridad Social, que son materias con características distintas una de la otra, la cual debería tener un tratamiento diferenciado. Estas expresiones se mencionan en los apartados 2 y 3 del precepto. Los servicios generales a que hace referencia el apartado 2, pueden ser los servicios sociales de aten-

⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J. y MOLINA NAVARRETE, C., «Artículo 10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social», en AA. VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. y MOLINA NAVARRETE, C.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e integración social*, Comares, Granada, 2001, pág. 211. MONEREO PÉREZ, J. y MOLINA NAVARRETE, C., «Artículo 14. Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales», en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. y MOLINA NAVARRETE, C.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e integración social*, op. cit. OLARTE ENCABO, S., «La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema español de Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, núm. 1993, Tomo III, pág. 551. AA. VV. (Dir. ÁLVAREZ-CIENFUGOS SUÁREZ, J.), *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 157. RAMOS QUINTANA, M., «Trabajadores extranjeros e integración social», *Tribuna Social*, núm. 54, 2000, págs. 30-31. SOLÁ MONELLS, X., «Los derechos de los extranjeros extracomunitarios en materia de Seguridad Social: el principio de igualdad de trato y sus límites», *Tribuna Social*, núm. 1333, 2002, pág. 58. AZNAR LÓPEZ, M., «Los derechos sociales de los extranjeros en España», en AA. VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. y MOLINA NAVARRETE, C.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e integración social*, op. cit, pág. 253. ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., «Artículo 12. Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales», en AA. VV. (Coord. SANTOLAYA MACHETTI, P.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 113-114.

- ción primaria que regula la legislación autonómica en la materia. En tal sentido, se incurriría en una técnica defectuosa, por cuanto sobraría la cita de las «prestaciones». Si esto fuese así, los «servicios y prestaciones básicos» mencionados en el apartado tercero y que se reconocen a todos los extranjeros, con independencia de su situación, no podrían ser los también citados en el apartado anterior⁹⁵, dejando la duda de cuáles son los servicios y cuáles son las prestaciones.
- b) No se tiene en cuenta que la competencia legislativa y administrativa son autonómicas, incluso local.
 - c) Ofrece una clasificación que no respeta la terminología regulada en el ámbito de Seguridad Social. De manera que es una institución prácticamente independiente al poseer un ordenamiento jurídico estructurado, una regulación específica, una Administración pública específica e incluye una orden jurisdiccional especializada.
 - d) Extrae la frase de la Seguridad Social del artículo 10 de la LDE, donde se recogen las pautas de afiliación, sin ninguna razón sistemática o material que lo aconseje.
 - e) De carácter general se refiere a los servicios sociales, cuando otros artículos de la Ley de Extranjería regulan a la vez cuestiones que pueden incluirse en ellos⁹⁶.

En este sentido, la protección especial de los emigrantes, la atribuye el legislador en la Disposición adicional 1.^a de la LGSS, que se detalla en propio texto legal en los artículos 7, 4 y 125.2. Su desarrollo cuenta con medidas excepcionales de inclusión voluntaria del emigrante en el sistema protector, de atención a sus familiares que permanecen en España, de equiparación a las laborales de los accidentes sufridos durante los viajes de emigración, de permanencia en alta en períodos de desplazamiento temporal al extranjero por cuenta de empresas españolas, y otras semejantes⁹⁷. De conformidad con la Ley General de Seguridad Social, en su artículo 7, cabe distinguir para los extranjeros dos tipos de prestaciones, la modalidad contributiva y la no contributiva de Seguridad Social⁹⁸.

⁹⁵ Tratándose en este sentido de un concepto jurídico indeterminado. AZNAR LÓPEZ, M., «Los derechos sociales de los extranjeros en España», en AA. VV. (Dir. ÁLVAREZ-CIENFUGOS SUÁREZ, J.), *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, op. cit., pág. 157.

⁹⁶ ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., «Artículo 12. Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales», en AA. VV. (Coord. SANTOLAYA MACHETTI, P.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, op. cit., pág. 113-114.

⁹⁷ GONZALO GONZÁLEZ, B., «Derecho Internacional y Comunitario de la Seguridad Social», en AA VV. (Dir. DE LA VILLA GIL. L.), *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2da. ed., Valencia, 1999, pág. 93

⁹⁸ Vid. TORTUERO PLAZA, J., «Artículo 7», en AA. VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, págs. 140-160.

La modalidad contributiva, de conformidad con el artículo 7.1 del mencionado texto legal, considera como beneficiarios siempre que ejerzan su actividad en territorio nacional «los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España», teniendo los mismos derechos que los españoles⁹⁹.

La modalidad no contributiva, según el artículo 7.3 de la LGSS, es aplicable al campo del sistema de Seguridad Social «todos los españoles residentes en territorio español», y en su apartado 5, señala que «Los hispano-americanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuando les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida»¹⁰⁰.

Como se puede apreciar la Ley de Extranjería¹⁰¹ ha realizado un giro en este orden, reafirmando la universalidad de prestaciones sanitarias a favor de los extranjeros, prescindiendo del requisito de residencia legal¹⁰² y exigiendo exclusivamente para ser equiparado con los españoles, la debida inscripción en el Padrón Municipal, si aquéllos son mayores de edad; en el caso de ser menores de edad no necesitan la tramitación de este requisito¹⁰³. Cabe señalar, que el artículo 14 de la LDE no ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, quedando intacto desde su origen

Un Sistema de Seguridad Social se organiza para cubrir las situaciones de necesidad sentidas en un momento dado y en lugar concreto, generalmente, en el espacio de soberanía del Estado Nacional¹⁰⁴. El campo de apli-

⁹⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Nacionales extracomunitarios y derecho de igualdad de condiciones de trabajo», *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pág. 11.

¹⁰⁰ Vid. OLARTE ENCABO, S., «Seguridad Social no contributiva y ciudadanos extranjeros. El subsidio por desempleo vinculado a cargas familiares», *Actualidad Laboral*, núm. 59, 2001, págs. 325-331.

¹⁰¹ Vid. PRIETO DE LOS MOZOS, P., «El Régimen de Extranjería según la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social», *Diario La Ley*, núm. 5080, 21/06/2000, págs. 1-8. LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M., *La nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y Jurisprudencia*, 2da. ed., Colex, Madrid, 2001, pág. 54.

¹⁰² Vid. «La residencia en España y La residencia habitual y el domicilio» en ESPINAR VICENTE, J., *La nacionalidad y la Extranjería en el Sistema Jurídico Español*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 261 ss y 345 ss.

¹⁰³ STSJ de la Andalucía, 08 de noviembre de 2004.

¹⁰⁴ ALCOCEBA FRANCO, A., «El Trabajador Extranjero y la Seguridad Social», en AA. VV. (Coord. MOYA ESCUDERO, M.), *Comentarios sistemáticos a la Ley de Extranjería*, Comares Editorial, Granada, 2001, pág. 425.

cación de este sistema es el conjunto total de personas a las que extiende su protección el Sistema de Seguridad Social. Partiendo de esta premisa, se puede concluir del análisis entre la Ley General de Seguridad Social y la Ley de Extranjería ¹⁰⁵, en relación a la modalidad contributiva, que la Ley General de Seguridad Social no se encuentra afectada por lo dispuesto en la Ley de Extranjería, independientemente si el extranjero reside legalmente en España y realiza su actividad dentro del territorio nacional, ya que tiene iguales derechos que los españoles. Derechos que se siguen manteniendo en el supuesto de contratación de un trabajador extranjero sin la respectiva autorización de trabajo, regulado por el artículo 36.3 de LDE por la carencia de exigir la correspondiente autorización por parte del empleador, que sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. Y en la modalidad no contributiva ¹⁰⁶, el artículo 14.1 LDE, modifica el artículo 7 en su apartado 3 y 5 de de la Ley General de Seguridad Social, en el sentido que no son exclusivamente beneficiarios los españoles residentes, al igual que los extranjeros beneficiarios, sino a todos los españoles y extranjeros que residan en España legalmente ¹⁰⁷.

¹⁰⁵ GARCÍA MURCIA, J., «Derechos Laborales y de Protección Social en la Ley de Extranjería», *Tribuna Social*, núm. 133, 2002, pág. 28.

¹⁰⁶ «Las pensiones no contributivas son estrictamente Seguridad Social que rompen con elementos esenciales del sistema de Seguridad Social de base profesional: relaciones de afiliación, altas y bajas, y cotización previamente establecidas. Este nuevo sistema supone encontrar a la Seguridad Social con las transformaciones del modelo productivo y con la propia incorporación de España a la Unión Europea que, en conjunto, fuerzan a que la Seguridad Social converja hacia un modelo donde, al lado del nivel profesional controlado o limitado en su crecimiento, existirá otro destinado a paliar situaciones de necesidad con mínimos de subsistencia y empujará el ahorro hacia seguros privados. Las pensiones no contributivas se conforman como prestaciones de Seguridad Social, esto es, como derechos públicos subjetivos, sin elementos de discrecionalidad en su otorgamiento». ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «La incapacidad permanente», en AA. VV. (Dir. DE LA VILLA GIL, L.), *Derecho de la Seguridad Social*, *op. cit.*, pág. 453.

¹⁰⁷ En el ámbito comunitario no es plenamente justificado «obligar a un Estado miembro a extender el beneficio reconocido a sus nacionales, de modo obligatorio, al resto de los ciudadanos de otro Estado miembro. El Reglamento 1408/71 dedicaba el art. 10 bis a las prestaciones no contributivas, pero fue el Reglamento 1248/92 el que, teniendo en cuenta las directrices marcadas por el Tribunal de Justicia, precisó que determinadas prestaciones contempladas por las legislaciones nacionales, pueden pertenecer simultáneamente a la Seguridad Social y a la asistencia social, debido al ámbito de aplicación personal, a sus objetivos y a sus normas de desarrollo. El art.4.4 del Reglamento 1408/71 excluye de la aplicación de sus normas la asistencia social y médica, los regímenes de prestaciones a favor de las víctimas de la guerra o de sus consecuencias y los regímenes especiales de funcionarios o de personal asimilado». IGLESIAS CABERO, M., «Protección social de los trabajadores extranjeros», en AA. VV., *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pág. 369.

Para que el extranjero sea beneficiario de las prestaciones no contributivas, debe residir legalmente en España¹⁰⁸. Y con el fin de ejercer el derecho a la Seguridad Social se debe disponer a los siguientes instrumentos jurídicos:

a) Los Tratados internacionales. Estos textos han considerado indispensable el acceso de los trabajadores migrantes a la Seguridad Social para reducir su situación de desarraigo, favorecer su integración social y tutelar sus derechos fundamentales. A tal objeto han tratado de asegurar la igualdad de trato en esta materia eliminando progresivamente el requisito de la reciprocidad, y relativizando las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en materia de derechos sociales y de condiciones de trabajo incluyendo entre éstas la protección social específica vinculada a la condición de trabajador¹⁰⁹. Instrumentos como el Convenio Núm. 97 de la OIT, sobre trabajadores migrantes¹¹⁰, revisado en 1949 y 1967, formaliza el principio de igualdad de trato en la legislación del trabajo, en relación con la Seguridad Social; Convenio Núm. 102 de la OIT, sobre norma mínima de Seguridad Social¹¹¹; y, la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Existen otras normas internacionales, que consagran el principio de igualdad y no discriminación por razón de raza, origen o ascendencia moral nacional, que afecta en gran consideración al extranjero, teniendo como objeto el empleo y las condiciones de trabajo, que viene reflejados en el Convenio Núm. 111 de la OIT de 1958, en el Convenio Núm. 143 de la OIT de 1975¹¹², en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950¹¹³ y en la Carta Social Europea¹¹⁴.

Línea seguida en el instrumento de ratificación del Acuerdo provisional europeo sobre Seguridad Social y su protocolo Adicional, así como en

¹⁰⁸ ALONSO GARCÍA, B., «El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110, 2002, pág. 202.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios», *op cit.*, pág. 5.

¹¹⁰ BOE 7 de junio de 1967. Ratificado por España el 23 de febrero de 1967.

¹¹¹ BOE 6 de octubre de 1988.

¹¹² Adoptado el 24 de julio de 1975 por la OIT con carácter complementario al Convenio Núm. 97

¹¹³ *Vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, *op. cit.*, pág. 26.

¹¹⁴ *Vid.* los comentarios de MANFRAD WEISS, «Los derechos fundamentales en la Unión Europea», conferencia marco, *Los Derechos Sociales fundamentales en la Unión Europea*, Seminario Internacional «Los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea, ante el Consejo Europeo de Niza», 19 y 20 de octubre, 2000, pág. 42. DOZ JAVIER, «Carta de los Derechos fundamentales de la UE», *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la ciudadanía Europea: La perspectiva sindical*, Confederación Sindical de Comisiones Obreras. Colección 2 Documentos, Madrid, 2001, pág. 5.

el Convenio Europeo de Seguridad Social; el Acuerdo Complementario para la aplicación del mismo y en el Reglamento Núm. 1407/71, de 14 de junio de 1971. En referencia al campo de aplicación de los sistemas de Seguridad Social, se observa como en Europa el mismo comprende a todos los ciudadanos, sin exclusión de los extranjeros ¹¹⁵. Y finalmente el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, ha previsto una actuación comunitaria en materia de Seguridad Social.

b) La ley interna española, que nos remite a la Ley General de Seguridad Social, la cual exige la residencia legal en España en la modalidad de prestaciones no contributivas, que requiere de cinco años, donde dos deben ser anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión de invalidez (artículo 144.1.b) de la LGSS); en pensión de jubilación, deben residir en España durante diez años «entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación» (artículo 167.1 de la LGSS); en las prestaciones familiares, se tendrá derecho «a la asignación económica por hijo a cargo», cuando se resida legalmente en España (artículo 183.a) de la LGSS).

Del gran conjunto de Tratados internacionales con relación a la Seguridad Social cabe deducir una serie de principios comunes tendentes a asegurar, por un lado, que los inmigrantes que se encuentren en un país se beneficien en igualdad con los nacionales de los derechos de Seguridad Social, que supera la visión sinalagmática tradicional de la exigencia de reciprocidad, y por otro, que conserven los derechos adquiridos y en curso de adquisición una vez que abandonan el país, así como que puedan exportar las prestaciones correspondientes ¹¹⁶.

¹¹⁵ Vid. FERRERA ALONSO, «Panorámica de los sistemas de Seguridad Social en los países comunitarios», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1993, págs. 66-67.

¹¹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios», *op. cit.*, pág. 7.



2

Mercado de Trabajo







SUBEMPLEO DE LOS TITULADOS UNIVERSITARIOS Y RAMAS DE ACTIVIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL

MANUEL ALCAIDE CASTRO

Catedrático de Organización de Empresas
Universidad de Sevilla

NURIA CEULAR VILLAMANDOS

Profesora Asociada
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

En este trabajo se pone de manifiesto la actualidad e importancia de los estudios sobre el subempleo de los universitarios, se procede a la clarificación del concepto y se aborda el problema de su medida.

Además, la utilización de información obtenida de los Censos de Población y de la Encuesta de Población Activa permite poner de manifiesto, a través del análisis descriptivo y del recurso a técnicas econométricas, la importancia de la rama de actividad como variable explicativa del subempleo de los universitarios españoles.

A pesar de que en los últimos años ha aumentado el número de estudios que abordan esta cuestión, no se ha prestado una excesiva atención al sector de actividad en el que trabaja el universitario como determinante del subempleo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONCEPTO DE SUBEMPLEO
3. LA MEDIDA DEL SUBEMPLEO
4. EL SUBEMPLEO EN LOS UNIVERSITARIOS EN ESPAÑA
5. SUBEMPLEO DE LOS UNIVERSITARIOS Y RAMAS DE ACTIVIDAD
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Durante la última década se ha generalizado la idea de que la globalización, la intensificación de la competencia, el progresivo avance de las tecnologías de la información y de las comunicaciones y la creciente importancia del sector servicios, han dando lugar a lo que se conoce como la «economía del conocimiento» (*knowledge economy* o *k-economy*).

El concepto ha tenido una magnífica acogida entre la clase política, los agentes sociales y los especialistas de diversos campos de estudio, tales como la economía del trabajo, las ciencias de la dirección, la sociología y la psicología del trabajo y de las organizaciones, la dirección de los recursos humanos, etc. Se trata de un concepto que inspira optimismo a escala de empresa y a escala de toda la sociedad ya que, como afirman C. Lloyd y J. Payne (2003), el cuadro que se dibuja es el de una economía caracterizada por la existencia de una sólida base formativa, por empresarios demandando un capital humano de altas capacidades, con elevados salarios, estructuras participativas y alto nivel de satisfacción. Incluso se contempla la posibilidad de redistribuir parte de la riqueza generada por este «ecosistema de altas capacidades» para que el sector público ofrezca trabajos seguros y decentes, aunque con salarios no muy elevados, para aquellos trabajadores que no se adapten a la nueva situación.

La consecuencia política de estas ideas, que consagran a la «educación como salvación» (Livingston, D., W., 1998), es que los Estados necesitan aumentar su inversión en educación y formación para asegurar la provisión de una fuerza de trabajo de altas capacidades y ser competitivos en una economía global.

Sin embargo, ciertos aspectos de la realidad laboral de los países industrializados parecen entrar en contradicción con este diagnóstico y este optimismo, surgiendo un conjunto de aportaciones que cuestionan la idea de que la demanda de personas con elevados niveles de instrucción supera a la oferta de este capital humano, que afirman que un porcentaje importante de titulados universitarios se encuentran en la actualidad en situación de subempleo y que incluso llegan a sugerir que la continua expansión de la educación superior constituye un despilfarro de recursos (Ashworth, J., 1998).



Se trata de aportaciones «incómodas» porque, al menos en apariencia, entran en contradicción con las corrientes de pensamiento dominantes en el mundo de la economía y de la empresa, con las políticas desarrolladas por los poderes públicos y con las promesas de status y carrera que, expresa o tácitamente, se dirigen a los jóvenes desde múltiples instancias. De aquí el interés que han adquirido en los últimos años los estudios sobre el subempleo de los universitarios. En el marco de estos estudios se han abordado múltiples cuestiones relacionadas con este problema, tales como sus antecedentes y consecuencias (Feldman, D., C., 1996), su eventual aumento o disminución (Dolton, P., Vignoles, A., 2000), su carácter más o menos transitorio (Rubb, S., 2003), sus efectos sobre la productividad (Büchel, F., 2002) y sobre la retribución (Verdugo, R., Verdugo, N., 1989), el desplazamiento por parte de los universitarios de los trabajadores menos cualificados de sus trabajos tradicionales (Dolado, J.J., Felgueroso, F., Jimeno, J., F., 2000), la relación entre el subempleo y la calidad de la educación (Robst, J., 1995) etc. Sin embargo, son muy escasos los estudios que relacionan el subempleo de los universitarios con los sectores o ramas de actividad económica. Pero antes de abordar esta cuestión es necesario precisar el concepto de subempleo al que se va a hacer referencia y el problema de su medida.

2. EL CONCEPTO DE SUBEMPLEO

El subempleo ha sido definido y medido por especialistas en disciplinas muy diversas, sociólogos, economistas, psicólogos, etc., lo que contribuye a explicar que se utilice para hacer referencia a realidades muy diferentes. No obstante, para la mayoría de las definiciones existentes una persona se encuentra subempleada cuando tiene un empleo que comporta un cierto grado de infrautilización de su capital humano, lo que se traduce en que una o varias características del empleo se encuentran por debajo de un determinado nivel (Feldman, D. C., 1996).

Las observaciones que se pueden realizar con respecto a esta forma genérica de caracterizar al subempleo son al menos dos:

- De una parte, para que una persona se considere subempleada tiene que tener un empleo. Una persona subempleada es una persona ocupada. Esta observación que puede parecer obvia, no lo es tanto si se tiene en cuenta que algunos autores (Livingstone, D. W., 1998; Glyde, G.P., 1977; Ruíz-Quintanilla, A., Claes, R., 1996) incluyen algunas formas de desempleo e incluso de inactividad dentro del subempleo, tales como el desempleo estructural, los inactivos desanimados, etc.
- De otra parte, las características del empleo que, de forma aislada o en combinación, se utilizan como un indicador de la infrautili-

zación del capital humano y, por ello, para clasificar a una persona ocupada como subempleada son múltiples, destacando entre ellas: la retribución (Nord, S., 1989; Leana, C.R., y Feldman, D.C., 1992), la jornada de trabajo (Deniss, R., 2003; Simic, M., 2002; Wilkins, R., 2004;), la estabilidad en el empleo (Ruíz-Quintanilla, S., A, Claes, R, 1996), la importancia del empleo, las capacidades (Glyde, G. P., 1977) y el nivel de instrucción exigido por el trabajo. Se considera, por tanto, que una persona se encuentra subempleada cuando estas características se sitúan por debajo de un cierto nivel que se define tomando las más variadas referencias: un empleo anterior del mismo trabajador, los empleos de otros trabajadores con los que se establece comparación, las capacidades que posee el propio trabajador, etc.

El concepto de subempleo al que se va a hacer referencia es el que se relaciona con el nivel de instrucción acreditado, considerando que existe subempleo cuando las exigencias del empleo desarrollado en lo relativo a nivel de instrucción se encuentran por debajo del nivel de instrucción poseído por el trabajador. A esta forma de subempleo se le suele denominar «sobre-educación» (*overeducation*), «sobre-educación nominal» (Halaby, Ch., N., 1994), «desajuste con la titulación» y a veces «infrautilización de los conocimientos» (Coulon, A., 2002), en el sentido de que la persona tiene un nivel de instrucción que le proporciona capacidades y conocimientos que no utiliza en su trabajo o que no los utiliza con el grado de aprovechamiento que lograría si el empleo estuviera más en consonancia con la titulación del trabajador (Groot, W., Maassen van den Brink, 2000; Clogg, C., C., Shockey, J., W., 1984)¹.

Como la atención se va a centrar en los niveles de instrucción más elevados, se puede afirmar que un titulado universitario se encuentra en una situación de subempleo cuando tiene un empleo que no requiere de este nivel de instrucción (Hecker, D., E., 1992).

El subempleo entendido de esta forma constituye una idea que intuitivamente resulta aceptable y fácil de comprender. Entre otras razones porque inmediatamente vienen a la mente casos como el de un licenciado en Administración de Empresas que trabaja de auxiliar administrativo en una entidad financiera, el de un licenciado en Historia que trabaja de conserje en un centro público o el de un sociólogo que trabaja en un restaurante de comida rápida. Si bien no se puede negar que el subempleo sea un fenómeno real, como sugieren claramente estos ejemplos, lo cierto es que a veces sus perfiles son menos nítidos de lo que puede sugerir una primera impresión.

¹ En adelante, para evitar el calco de traducción, se utilizará simplemente el término subempleo para hacer referencia a la «sobre-educación».

3. LA MEDIDA DEL SUBEMPLEO

Los métodos que habitualmente se utilizan para clasificar a un ocupado como subempleado son cuatro:

a) El Método Subjetivo. Este método se caracteriza porque el empleado estima las exigencias de su trabajo en lo relativo al nivel de instrucción (Burke, R. J., 1997; Feldman, D., C. y Turnley, W., H., 1995). Dentro de este método subjetivo es posible diferenciar entre una valoración directa y otra indirecta.

- La primera consiste en interrogar directamente al trabajador acerca de si su nivel de instrucción excede las exigencias de su empleo.
- La segunda, consiste en interrogar a la persona ocupada acerca del nivel de instrucción apropiado para su trabajo, siendo el subempleo el resultado de comparar dicho nivel con el que tiene la persona ocupada (Büchel, F., 2002). Incluso en este segundo caso la pregunta puede diferir, ya que a veces el interrogante se centra en precisar el nivel de instrucción necesario, no para desarrollar el trabajo, sino para lograr acceder a un trabajo como el que desarrolla la persona interrogada (Hartog, J., 2000).

La principal crítica que se realiza a esta forma de medir el subempleo es su elevada subjetividad (Battu, H., Belfield, C.R., Sloane, P.J., 2000; Verhaest, D., Omey, E., 2004; Johnson, W.R., Morrow, P., C., Johnson, G, J., 2002). Las respuestas pueden ser, en algunos casos, el reflejo de la insatisfacción con ciertos aspectos del puesto o el reflejo de una cierta frustración de las expectativas de status laboral, todo lo cual puede dar lugar a una sobreestimación del número de personas subempleadas (Hartog, J., 2000).

b) El Método Objetivo. Este método se caracteriza porque prescinde de la opinión del trabajador en la determinación de las exigencias del puesto en cuanto a nivel de instrucción, recurriendo a dos procedimientos diferentes:

- De una parte, el «análisis de puestos de trabajo». Esta técnica ha sido tradicionalmente utilizada en la Dirección de los Recursos Humanos, dando lugar en muchos casos a lo que se denomina el «perfil profesional» que debe tener la persona que ocupe el puesto. Entre los factores de este perfil es frecuente que se precise el nivel de instrucción. La comparación de este nivel con el que efectivamente tiene el trabajador permite determinar si está o no subempleado.
- De otra parte, mediante la utilización de los denominados Diccionarios Ocupacionales (Rumberger, R., W., 1987). En este caso se interroga a los trabajadores acerca de sus empleos para poder encuadrarlos en alguna de las diversas categorías u ocupaciones de los Diccionarios, a las que ya se encuentran asociados niveles edu-

cativos o años de escolarización concretos. Si estos niveles o estos años son inferiores a los que efectivamente posee el trabajador se considera que se encuentra subempleado.

El método objetivo ha sido objeto de críticas muy diversas:

- La primera se trata de una crítica que afecta a los dos métodos objetivos comentados y consiste en asumir implícitamente la tesis de la homogeneidad de los asalariados con una determinada titulación. Sin embargo, ni todos los asalariados han cursado sus estudios con el mismo grado de aprovechamiento, ni los estudios realizados en centros diferentes tienen el mismo valor. A este respecto se han encontrado indicios de que los universitarios subempleados se caracterizan por estar en posesión de menores capacidades y conocimientos que los que tienen empleos adecuados (Robst, J., 1995; Green, F., McIntosh, S., Vignoles A., 2002; Nabi, G., R., 2003; Prior, F., L., y Schaffer, D., 1997). También tiende a confirmarse la hipótesis de que la probabilidad de estar subempleado es menor entre los universitarios que han acabado sus estudios con mejores resultados (Verhaest, D., Omey, E., 2004).
- La segunda crítica afecta en mayor grado al método objetivo basado en los Diccionarios Ocupacionales. El problema radica en que estos Diccionarios quedan obsoletos con relativa rapidez debido a que puestos y ocupaciones, con las mismas denominaciones que hace años, comportan en la actualidad mayores o menores exigencias en términos de conocimientos (Verhaest, D., Omey, E., 2004; Borghams, L., de Grip, A., 2000b). La mayoría de los autores consideran que el progreso tecnológico y las nuevas formas de organización generan mayores exigencias en cuanto a capacidades y conocimientos lo cual puede conducir a una sobreestimación del subempleo (Mendes de Oliveira, M., Santos, M., y Kiker, B., J., 2000; Cardoso, A., R., 2004). Además, el propio empresario al disponer de una oferta de trabajadores más formados puede diseñar el empleo y organizar el trabajo de forma que resulten más exigentes en términos de conocimientos (Mason, G., 1996). Se trata de una crítica que afecta menos al «análisis de puestos de trabajo» ya que éste se puede acometer con la frecuencia que se considere oportuna.
- La tercera crítica afecta de forma exclusiva a los Diccionarios Ocupacionales, ya que la determinación de las exigencias educativas de una ocupación se produce a partir de las exigencias educativas de una agregación de puestos de trabajo. De esta forma se corre el riesgo de una clasificación errónea de algunos trabajadores como consecuencia de este problema de agregación (Halaby, Ch., N.,

1994; Prior, F., L., Schaffer, D., 1997). No obstante, también se ha indicado que cuando el nivel de desagregación de las ocupaciones es muy elevado este problema se atenúa porque las ocupaciones llegan casi a coincidir con los puestos de trabajo.

c) El Método Mixto. Este método se denomina así porque combina el método objetivo, basado en los Diccionarios Ocupacionales, con una variante del método subjetivo. Así, a los clasificados como subempleados utilizando el primer método se les interroga acerca de su grado de satisfacción con la adecuación entre el puesto de trabajo que ocupan y su nivel de instrucción. Solamente los insatisfechos se consideran que se encuentran en una situación de subempleo genuino, mientras que el resto se considera que se encuentran en una situación de subempleo aparente (Chevalier, A., 2003). Se trata de un método que trata de contrarrestar las críticas anteriormente comentadas al método subjetivo y algunas de las que se imputan al método objetivo basado en los Diccionarios Ocupacionales.

d) El Método Empírico. Esta forma de medir el subempleo parte de la hipótesis previa de que el mercado de trabajo funciona razonablemente bien. Con base en esta idea, el nivel de instrucción requerido por el puesto o la ocupación se determina a partir del nivel de instrucción medio o que constituye la moda de los trabajadores que lo ocupan, evitando la subjetividad que comporta la evaluación de las exigencias educativas del puesto por parte de su titular o de algún tipo de analista (Verdugo, R., y Verdugo, N., 1989; Kiker, B. F., Santos, M. C., Mendes de Oliveira, M., 1997; Bauer, T., K., 2002).

- En el primer caso, los trabajadores subempleados son los que tienen un nivel educativo, medido en años, superior en más de una desviación típica a la media de los años de instrucción de los trabajadores en la ocupación de que se trate.
- En el segundo caso, por el que algunos autores han mostrado una decidida preferencia (Borghams, L., De Grip, A., 2000a), los trabajadores subempleados son los que tienen un nivel educativo superior al nivel de instrucción que constituye la moda en la ocupación en cuestión (Battu, H., Belfield, C.R., Sloane, P., J., 2000).
- El método empírico permite eludir algunas de las críticas que se han comentado con respecto al método basado en los Diccionarios Ocupacionales. Concretamente, atenúa el problema del aumento en el nivel de exigencia de las ocupaciones que se produce como consecuencia del paso del tiempo y de la aplicación de las nuevas tecnologías. A pesar de esta ventaja no logra evitar otras críticas que se han comentado y comporta algún problema adicional. Concretamente el método empírico basado en la moda, como medida de tendencia central, plantea el problema de que la moda varía en función del número de categorías en las que se desagreguen los nive-



les de instrucción. Además, como este método parte de la hipótesis de que el mercado de trabajo funciona razonablemente bien, no detecta el subempleo en aquellas ocupaciones en las que se encuentra muy extendido. Igualmente, si se produce, por ejemplo, un cambio brusco en las exigencias de conocimientos de una ocupación y las empresas van sustituyendo progresivamente a los antiguos empleados con niveles insuficientes de conocimientos por otros nuevos con mayores niveles de instrucción, hasta que estos últimos sean mayoritarios dentro de la ocupación se producirá una clasificación incorrecta de los nuevos trabajadores como subempleados ².

4. EL SUBEMPLEO DE LOS UNIVERSITARIOS EN ESPAÑA

España se ha caracterizado en las últimas décadas por una alta demanda de educación superior por parte de todos los estratos sociales de su población, encontrándose sólidamente instalada la idea de que la única forma de «ganar» económica y socialmente es lograr una titulación universitaria. La reciente publicación el 17 de febrero de 2004 de los resultados detallados definitivos del Censo de Población de 2001, permite una aproximación a los trabajos que desarrollan las personas asalariadas con estudios de tercer grado ³ en España y realizar algunas reflexiones en torno al debate sobre el subempleo y su medida.

De acuerdo con los Censos de población de 1991 y de 2001 el número de personas con estudios de tercer grado ha aumentado en España en 2.276.956, lo que supone un aumento cercano al 97 por ciento y eleva la población con estudios universitarios en 2001 a 4.636.301 personas. Además, la mayor parte de este aumento se ha orientado hacia el empleo, más que hacia la inactividad o el desempleo y, concretamente, hacia el empleo asalariado. Así, mientras que población con estudios de tercer grado aumenta en 2.276.956 personas, como se acaba de indicar, el empleo asalariado de las personas con estudios de tercer grado aumenta en 1.481.384, lo que supone el 65 por ciento del total del incremento, elevándose en 2001 el número

² Algunos autores (KIKER, B. F., SANTOS, M. C., MENDES DE OLIVEIRA, M., 1997; BAUER, T., K., 2002) han profundizado en las diferencias que existen en el seno del método empírico según se recurra a la media (y a la desviación típica) o a la moda como criterio para clasificar a una persona como subempleada.

³ Esta fuente considera que una persona tiene estudios de tercer grado cuando se encuentra en posesión de: una Diplomatura, Arquitectura o Ingeniería Técnica, o tres cursos aprobados de Licenciatura, Ingeniería o Arquitectura; un título de Arquitecto, Ingeniero, Licenciado o Equivalente y un Doctorado. Queda expresamente excluida de los Estudios de Tercer Grado la Formación Profesional de nivel superior.

ro de asalariados con estudios de tercer grado a 2.900.556. El interrogante que surge, como consecuencia de estos datos, es si este considerable incremento del número de asalariados universitarios está dando lugar a una infrautilización de los mismos por parte de los empleadores públicos y privados en España.

El Censo de población de 2001 recaba información de la ocupación en el empleo principal de las personas que trabajan, asignándoles una de las categorías contempladas en la Clasificación Nacional de Ocupaciones de 1994 (en adelante CNO-94) con un nivel de desagregación de tres dígitos, lo que supone cerca de 200 ocupaciones diferentes.

Teniendo en cuenta estas observaciones se procede a continuación a la estimación del subempleo diferenciando entre el método empírico, tanto basado en la moda como en la media, y el método objetivo.

Con respecto al método empírico basado en la moda, lo primero que cabe mencionar es que los resultados obtenidos son idénticos para el caso de que se diferencie entre dos (estudios de tercer grado y el resto) o entre cuatro niveles de instrucción (estudios de tercer grado, de segundo grado, de primer grado y, por último, el grupo de analfabetos y sin estudios). Como se puede observar en la Tabla n.º 1 el porcentaje de asalariados con estudios de tercer grado subempleados se eleva a 1.089.549 sobre un total de 2.900.556 asalariados con estudios universitarios, lo que supone un porcentaje o tasa de subempleo del 37,56 por ciento.

Si se utiliza el método empírico que recurre a la media y la desviación típica se obtiene un número de subempleados que se eleva a 1.067.963, lo que supone una tasa de subempleo del 36,82 por ciento.

Aunque en España no existen Diccionarios Ocupacionales equivalentes al Diccionario Americano de Ocupaciones o al código ARBI elaborado en Holanda, se puede interpretar a la CNO-94 como un elemental diccionario de este tipo y considerar subempleados a los asalariados con estudios de tercer grado que tienen ocupaciones que no se consideran asociadas, de acuerdo con sus criterios, a una titulación universitaria. Con carácter general las ocupaciones que se encuentran asociadas a titulaciones universitarias son las que se encuadran dentro del Gran Grupo de «Técnicos y Profesionales, Científicos e Intelectuales». No obstante, existen algunas excepciones de las que informa la propia CNO-94 (INE, 1994) que han sido tenidas en cuenta. Además, no se han considerado subempleados a los asalariados titulados universitarios que ejercen la Dirección de una empresa con asalariados, aunque se trate de una empresa de reducida dimensión, por estimar que siempre tienen posibilidades de redefinir las características de su trabajo, para rentabilizar su nivel de instrucción. De esta forma el Censo de 2001 también permite una cierta aproximación a la valoración del subempleo a través del método objetivo. De acuerdo con estos criterios el número asalaria-

dos con estudios de tercer grado subempleados se eleva a 1.070.069 lo que supone una tasa de subempleo del 36,90 por ciento, una cifra muy similar a las obtenidas utilizando el método empírico.

TABLA N.º 1

MÉTODO DE ESTIMACIÓN		NÚMERO DE ASALARIADOS CON ESTUDIOS DE TERCER GRADO SUBEMPLEADOS	TASA DE SUBEMPLEO
Método Empírico	Moda	1.089.349	37,56%
	Media y Desviación típica	1.067.963	36,82%
Método Objetivo		1.070.069	36,90%

Comparar estas estimaciones con las existentes en el ámbito internacional resulta a veces complejo ya que los estudios realizados acerca del subempleo de los universitarios en otros países arrojan estimaciones muy diferentes en función de la definición y del método de medida utilizado. No obstante, tasas en torno al 30 por ciento resultan estimaciones bastante habituales en países como Estados Unidos, Reino Unido o Italia (L. J. Khan, L. J., y Morrow, P., C. 1991; Prior, F., y Schaffer, D. 1997; Di Pietro y Urwin, P., 2004; Battu, H., Belfield, C.R. y Sloane P.J. 2000; Dolton, P., Vignoles, A., 2000; Mason, G., 1996; Groot, W., and Maassen van den Brink, 2000).

5. SUBEMPLEO DE LOS UNIVERSITARIOS Y RAMAS DE ACTIVIDAD

La información relativa al Censo de 2001 y la utilización del método empírico con base en la moda para la medida del subempleo, permiten estimar la tasa de subempleo por rama de actividad. Como se puede observar en la Tabla n.º 2 las ramas en las que esta tasa resulta más elevada son las siguientes: Actividades de los Hogares con un 97,95 por ciento; Hostelería con un 82,54 por ciento; Comercio; reparación de vehículos de motor, motocicletas, ciclomotores y artículos personales y de uso doméstico, con un 68,64 por ciento; Pesca, con un 65,41 por ciento e Intermediación Financiera con una tasa del 61,75 por ciento.

Mientras que los sectores anteriores tienen porcentajes de subempleo superiores al 60 por ciento, las «Actividades sanitarias y veterinarias y de asistencia social», con un 18,66 por ciento y especialmente «Educación» con un 9,69, son las ramas de actividad con tasas más reducidas (Frenette, M., 2001).

TABLA N.º 2

RAMAS DE ACTIVIDAD	ASALARIADOS CON ESTUDIOS DE TERCER GRADO	ASALARIADOS CON ESTUDIOS DE TERCER GRADO SUBEMPLEADOS	TASA DE SUBEMPLEO POR RAMA DE ACTIVIDAD
TOTAL	2.900.556	1.089.349	37,56%
A – Agricultura, ganadería, caza y silvicultura	21.373	12.321	57,65%
B – Pesca	1.960	1.282	65,41%
C – Industrias extractivas	2.803	1.038	37,03%
D – Industria manufacturera	274.758	132.436	48,20%
E – Producción y distribución de energía eléctrica, gas y agua	23.285	7.905	33,95%
F – Construcción	95.616	46.026	48,14%
G – Comercio; reparación de vehículos de motor, motocicletas, ciclomotores y artículos personales y de uso doméstico	188.413	129.333	68,64%
H – Hostelería	52.810	43.589	82,54%
I – Transporte, almacenamiento y comunicaciones	164.712	95.598	58,04%
J – Intermediación financiera	168.433	104.009	61,75%
K – Actividades inmobiliarias y de alquiler; servicios empresariales	299.149	126.797	42,39%
L – Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria	418.385	200.472	47,92%
M – Educación	690.299	66.907	9,69%
N – Actividades sanitarias y veterinarias; asistencia social	407.859	76.087	18,66%

(Continuación)

O – Otras actividades sociales y de servicios prestados a la comunidad; servicios personales	75.112	31.101	41,41%
P – Actividades de los hogares	14.553	13.966	95,97%
Q – Organismos extraterritoriales	1.036	482	46,53%

Censo de 2001. Instituto Nacional de Estadística.

A continuación el objetivo se centra en contrastar las dos hipótesis que derivan del análisis descriptivo anterior:

- Primera hipótesis: A igualdad del resto de los factores es más probable que un asalariado universitario se encuentre subempleado si trabaja en las ramas de Actividades de los Hogares, la Hostelería, el Comercio, la Pesca y la Intermediación Financiera que si trabaja en otras ramas de actividad.
- Segunda hipótesis: A igualdad del resto de los factores es menos probable que un asalariado universitario se encuentre subempleado si trabaja en la Sanidad o la Educación que si trabaja en otras ramas de actividad.

Para proceder a este contraste se ha recurrido a las muestras de la Encuesta de Población Activa (en adelante EPA) del Instituto Nacional de Estadística como fuente de información y a la regresión logística binaria como técnica de análisis.

Concretamente, se ha diseñado una base de datos compuesta por 22.039 asalariados universitarios que han formado parte de las muestras de la EPA correspondientes al cuarto trimestre de 2000 (10.541) y al cuarto de 2002 (11.498). Como las viviendas familiares permanecen en la muestra de la encuesta durante seis trimestres consecutivos y luego son sustituidas, las personas que formaban parte de la muestra en el cuarto trimestre de 2000 no formaban parte de la misma en el cuarto trimestre de 2002. De otra parte, al utilizar esta fuente de información se han considerado asalariados universitarios aquellas personas que trabajando por cuenta ajena tienen un nivel de estudios terminados que se corresponde con alguna de las siguientes categorías: Enseñanzas universitarias de primer ciclo y equivalentes o personas que han aprobado tres cursos completos de una licenciatura o créditos equivalentes; Enseñanzas universitarias de primer y segundo ciclo, de sólo 2 ciclos y equivalentes; Programas oficiales de especialización profesional que precisan de una titulación universitaria para su realización y Doctorado Universitario.



Siguiendo el método objetivo, anteriormente comentado, se ha considerado que un asalariado con titulación universitaria se encuentra en situación de subempleo, cuando desarrolla una ocupación que de acuerdo con la CNO-94 no se encuentra asociada a una titulación universitaria. Además, como ya se indicó con respecto a los datos censales, no se han clasificado como subempleados a los titulados universitarios que ocupan puestos del grupo de Dirección de las Empresas o de las Administraciones Públicas.

De acuerdo con estos criterios el total de los 22.039 asalariados de la muestra han sido clasificados en dos grupos, según se encuentren o no en una situación de subempleo. Así, el número de personas subempleadas en la muestra asciende a un total de 7.771, mientras que las no subempleadas ascienden a 14.268. Como se puede observar la base de datos construida con las muestras de la EPA arroja una tasa de subempleo que se sitúa en torno al 35 por ciento, porcentaje muy próximo al obtenido utilizando la información del Censo de 2001.

Si como se acaba de indicar la variable que se trata de explicar es de carácter dicotómico, de manera que todo asalariado universitario puede ser clasificado en dos categorías (subempleado y no subempleado), es posible recurrir a un modelo de regresión logística binaria (Modelo Logit) para proceder al contraste de las hipótesis. Para decidir las variables incluidas en el modelo entre las contempladas en la fuente de información indicada se ha utilizado el método de selección por pasos denominado «Pasos hacia delante: razón de verosimilitud». Este método orienta la incorporación de variables mediante la reducción que se va produciendo en el valor del estadístico de máxima verosimilitud. Concretamente las 17 variables finalmente incluidas en el modelo han sido las siguientes: sexo, estado civil, nacionalidad, ser o no persona de referencia en el seno del hogar, edad, tipo de educación o nivel en el seno de la instrucción superior, sector de estudios, tipo de jornada, si trabaja o no para una empresa de trabajo temporal, si trabaja o no a domicilio, búsqueda de empleo, situación laboral un año antes, antigüedad en la empresa, continuidad en la actividad del establecimiento, tipo de empleador, rama de actividad y Comunidad Autónoma de residencia del asalariado. Ha sido excluida del modelo a través del procedimiento de selección utilizado, una variable dicotómica relativa al año en el cual el trabajador de la base de datos ha formado parte de la muestra de la EPA, el cuarto trimestre de 2000 o el cuarto de 2002. Esta exclusión permite afirmar que la probabilidad de que un universitario se encuentre subempleado es independiente del momento en que formó parte de dicha muestra.

Para asegurar la correcta utilización del modelo se han realizado las pruebas de diagnóstico correspondientes. Concretamente, se han analizado los problemas relativos a la forma funcional de las variables numéricas mediante el test de Box-Tidwell y los relativos a la colinealidad mediante los

estadísticos de tolerancia. Por su parte, se ha procedido igualmente al estudio de residuos mediante el análisis de Pearson. Se puede afirmar que el modelo presenta una considerable bondad de ajuste ya que el pseudo R^2 de Nagelkerke alcanza un valor de 0,499 y el de Cox y Snell de 0,363.

En la Tabla n.º 3 se presentan los resultados del modelo logístico finalmente estimado. Como se puede observar se ha considerado como individuo de referencia el universitario medio de la base de datos⁴. Este asalariado presenta las siguientes características personales: es mujer, no soltera, no constituye un referente en el hogar familiar, de nacionalidad española, con edad entre 30 y 45 años, que ha realizado estudios universitarios de primer ciclo o equivalentes y que dichos estudios están relacionados con las Ciencias de la Educación, Sociales y del Conocimiento. En cuanto a las características profesionales, el asalariado medio desempeña un trabajo a tiempo completo, en el domicilio de la empresa, no está buscando empleo, hace un año se encontraba trabajando y tiene una antigüedad en la empresa de 10,3 años. Además, trabaja para un empleador privado, encuadrado en una actividad relacionada con la Educación, en un establecimiento que opera de forma continua, que no es una empresa de trabajo temporal y, por último, el asalariado reside en Andalucía.

Como se puede observar en la referida Tabla la probabilidad de que el asalariado universitario medio de la base de datos se encuentre subempleado es del 11,8 por ciento (0,118). Dicho valor será el utilizado para el cálculo del Efecto Marginal de cada categoría, lo que no es más que el incremento o de la disminución que en términos absolutos se produce en la probabilidad de estar subempleado por parte del asalariado de referencia al cambiar solo la categoría sometida a consideración, manteniendo constante el resto.

TABLA N.º 3
MODELO LOGIT ESTIMADO

VARIABLES		Coef	(t)	p-lim	Odds Ratio	P(y=1) Efecto Marginal	
CONSTANTE		-1,840	(314,105)	0,000	—	(Referencia: 0,118)	
PERSONALES	SEXO HOMBRE	-0,213	(23,044)	0,000	0,808	0,098	∇ 0,020
	ESTADO CIVIL SOLTERO	0,155	(10,493)	0,001	1,167	0,135	Δ 0,017

⁴ Las características del asalariado medio de la base de datos o asalariado de referencia se obtienen a partir del valor medio de las variables numéricas y del modal en el caso de las categóricas.

(Continuación)

PROFESIONALES	NACIONALIDAD ESPAÑOLA	NO	1,194	(64,855)	0,000	3,303	0,307	Δ 0,189
	PERSONA DE REFERENCIA SI		-0,149	(9,833)	0,002	0,862	0,104	∇ 0,015
	TRAMO DE EDAD	Entre 30 y 45 años						
		Menos de 30 años	0,025	(0,211)	0,650	1,025	0,121	Δ 0,003
		Más de 45 años	-0,160	(7,270)	0,010	0,852	0,102	∇ 0,016
	TIPO EDUCACION	Enseñanzas universitarias de primer ciclo y equivalentes o personas que han aprobado tres cursos completos de una licenciatura o créditos equivalentes						
		Enseñanzas universitarias de primer y segundo ciclo, de sólo 2 ciclos y equivalentes	-1,051	(639,538)	0,000	0,350	0,045	∇ 0,073
		Programas Oficiales de Especialización Profesional	-1,167	(16,189)	0,000	0,311	0,040	∇ 0,078
		Doctorado	-1,625	(51,195)	0,000	0,197	0,026	∇ 0,092
	SECTOR ESTUDIOS	Ciencias de la Educación						
		Sociales y del Comportamiento						
		Arte y Humanidades	0,054	(0,534)	0,465	1,056	0,124	Δ 0,006
		Salud y Vida	-1,710	(566,566)	0,000	0,181	0,024	∇ 0,094
		Ciencias Jurídico-Económicas	-0,293	(23,841)	0,000	0,746	0,091	∇ 0,027
		Científico-Técnico	-1,561	(525,510)	0,000	0,210	0,027	∇ 0,091
		Servicios	-0,155	(2,692)	0,101	0,856	0,103	∇ 0,015
	TIPO JORNADA	TIEMPO COMPLETO	0,293	(13,104)	0,000	1,340	0,152	Δ 0,034
	EIT	SI	0,467	(4,208)	0,040	1,595	0,176	Δ 0,058
	TRABAJO A DOMICILIO	SI	-1,084	(44,117)	0,000	0,338	0,043	∇ 0,075
	TRABAJABA HACE UN AÑO	NO	0,331	(28,815)	0,000	1,392	0,157	Δ 0,039
BUSCA EMPLEO	SI	0,703	(60,969)	0,000	2,020	0,213	Δ 0,095	
ANTIGÜEDAD EN LA EMPRESA		-0,001	(31,161)	0,000	0,999	0,118	0,000	
CONTINUIDAD EN LA ACTIVIDAD DEL ESTABLECIMIENTO	No	0,980	3,980	0,046	2,666	0,263	Δ 0,145	

(Continuación)

EMPRESARIALES	TIPO DE EMPLEADOR						
	Privado						
	Empresas Públicas	0,201	(2,435)	0,119	1,223	0,141	Δ 0,023
	admón.. Central	-0,246	(8,306)	0,004	0,782	0,095	∇ 0,023
	Admón. CCAA	-0,390	(24,600)	0,000	0,677	0,083	∇ 0,035
	Admón. Local	-0,420	(18,695)	0,000	0,657	0,081	∇ 0,037
	RAMA DE ACTIVIDAD	4.					
	Educación						
	1. Hogares que emplean personal doméstico						
	2. Otras actividades sociales y de servicios prestados a la comunidad; servicios personales	2,620	(578,191)	0,000	13,742	0,648	Δ 0,530
	3. Actividades sanitarias y veterinarias, servicio social	2,197	(560,776)	0,000	9,000	0,547	Δ 0,428
	5. Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria	3,554	(1637,997)	0,000	34,961	0,824	Δ 0,706
	6. Actividades inmobiliarias y de alquiler; servicios empresariales	2,987	(867,150)	0,000	19,831	0,727	Δ 0,608
	7. Intermediación financiera	4,085	(1349,304)	0,000	59,423	0,888	Δ 0,770
	8. Transporte, almacenamiento y comunicaciones	3,863	(1102,080)	0,000	47,604	0,864	Δ 0,746
	9. Hostelería	4,388	(563,054)	0,000	80,491	0,915	Δ 0,797
	10. Comercio; reparación de vehículos de motor, motos, etc. Artículos personales y de uso doméstico	4,230	(1431,156)	0,000	68,736	0,902	Δ 0,784
	11. Construcción	3,288	(670,468)	0,000	26,790	0,782	Δ 0,664
	12. Producción y distribución de energía eléctrica, gas y agua	3,642	(340,281)	0,000	38,166	0,836	Δ 0,718
	13. Industria manufacturera	3,430	(1151,724)	0,000	30,890	0,805	Δ 0,687
14. Industrias extractivas	2,875	(69,399)	0,000	17,718	0,704	Δ 0,585	
15. Pesca	4,172	(47,871)	0,000	64,840	0,897	Δ 0,779	
16. Agricultura, ganadería, caza y selvicultura	3,873	(334,253)	0,000	48,094	0,866	Δ 0,748	
ENTORNO	CCAA Andalucía						
	Aragón	-0,087	(0,864)	0,353	0,916	0,109	∇ 0,009
	Asturias	0,335	(6,754)	0,009	1,397	0,158	Δ 0,040
	Baleares	0,142	(0,991)	0,320	1,153	0,134	Δ 0,016
	Canarias	-0,104	(1,037)	0,309	0,901	0,108	∇ 0,010
	Cantabria	0,400	(8,517)	0,004	1,492	0,167	Δ 0,048
	Castilla – León	0,077	(1,079)	0,299	1,080	0,126	Δ 0,008
	Castilla la Mancha	-0,091	(1,037)	0,309	0,913	0,109	∇ 0,009
Cataluña	-0,070	(0,916)	0,339	0,932	0,111	∇ 0,007	

(Continuación)

Com. Valenciana	0,030	(0,131)	0,717	1,030	0,121	Δ 0,003
Extremadura	-0,197	(3,147)	0,076	0,821	0,099	∇ 0,019
Galicia	0,056	(0,364)	0,546	1,058	0,124	Δ 0,006
Madrid	-0,170	(5,092)	0,024	0,843	0,101	∇ 0,017
Murcia	-0,181	(2,131)	0,144	0,834	0,101	∇ 0,018
Navarra	-0,005	(0,002)	0,961	0,995	0,118	∇ 0,001
País Vasco	0,127	(2,270)	0,132	1,136	0,132	Δ 0,014
La Rioja	0,384	(6,268)	0,012	1,469	0,164	Δ 0,046
Ceuta y Melilla	-0,153	(0,590)	0,442	0,858	0,103	∇ 0,015
-2L: 18678,275		Nagerkelke: 0,499		Cox & Snell R Square: 0,363		

Centrando la atención en la variable objeto de interés, la EPA recoge con un grado de desagregación de tres dígitos la actividad principal del establecimiento del que depende laboralmente el asalariado, utilizando para ello la Clasificación Nacional de Actividades Económicas de 1993. Hay que tener presente que la actividad se refiere al establecimiento, no a la empresa, y que una misma empresa puede tener varios establecimientos con actividades diferentes. Así, por ejemplo, la actividad principal de un Ayuntamiento es la Administración Pública, sin embargo, puede tener establecimientos dedicados a la conservación de parques y jardines, limpieza, etc. En estos casos se codifica según cual sea la actividad del establecimiento y no la de Administración Pública. Por su parte, la Tabla n.º 4, en la que las filas constituyen la categoría de referencia, permite establecer comparaciones entre las diversas ramas de actividad, a igualdad del resto de las 16 variables contempladas en el modelo y, por ello, eliminando los efectos conjuntos o aislando el efecto de la variable analizada. Con base en la mencionada Tabla, prescindiendo del sector «Hogares que emplean personal doméstico», cuyos coeficientes no son significativos, y utilizando como criterio un nivel de significación de 0,05 se pueden realizar las siguientes afirmaciones con respecto a las ramas de actividad relacionadas con las hipótesis planteadas:

- En primer lugar, un asalariado universitario empleado en la rama de la Hostelería es más probable que se encuentre subempleado que si trabaja en cualquier otra rama salvo que se trate de «Intermediación financiera», «Comercio; reparación de vehículos de motor, motos, etc. artículos personales y de uso doméstico» y Pesca, ya que en estos sectores los parámetros no son significativos al 5 por ciento.
- En segundo lugar, la probabilidad de que un asalariado universitario se encuentre subempleado en la rama del «Comercio, reparación de vehículos de motor, motocicletas y ciclomotores y artículos personales y de uso doméstico» es superior a la del resto de los

sectores salvo en los casos de «Intermediación financiera», «Hostelería», «Pesca» y «Agricultura, ganadería, caza y selvicultura», ramas en las que los coeficientes no son significativos al nivel establecido.

- En tercer lugar, un asalariado universitario que se encuentre empleado en la rama de la «Pesca» es más probable que esté subempleado que si trabaja en «Otras actividades sociales y de servicios prestados a la comunidad; servicios personales», «Actividades sanitarias y veterinarias, servicio social», «Educación» y «Actividades inmobiliarias y de alquiler; servicios empresariales», ya que los coeficientes del resto de los sectores no son significativos al 5 por ciento.
- En cuarto lugar, la probabilidad de que un asalariado universitario se encuentre subempleado si trabaja en la rama de la «Intermediación Financiera» es superior a la del resto de los sectores salvo en los casos de Hostelería, «Comercio, reparación de vehículos de motor, motocicletas y ciclomotores y artículos personales y de uso doméstico», «Pesca» y «Agricultura, ganadería, caza y selvicultura», con coeficientes que no resultan significativos al nivel establecido.
- En quinto lugar, un asalariado universitario que se encuentra empleado en el sector de la Educación es menos probable que se encuentre subempleado que si trabaja en cualquier otra rama de actividad.
- En sexto lugar, la probabilidad de que un asalariado universitario se encuentre subempleado en la rama de actividad «Actividades sanitarias y veterinarias, servicio social» es inferior a esta misma probabilidad en el resto de los sectores, salvo en el caso de que trabaje en el sector de la Educación.

A la vista de los valores absolutos de los Efectos Marginales en el caso del universitario de referencia de la base de datos, cabe resaltar que la variable «Rama de Actividad» constituye el determinante de mayor importancia de la probabilidad de estar subempleado, ya que suponen incrementos o disminuciones en esta probabilidad que llegan a alcanzar la cifra de 0,80. En este sentido se obtienen efectos que por sí mismos son suficientes para que el modelo clasifique a un individuo en una u otra situación. Destaca, por ejemplo, el hecho de que si el asalariado universitario de referencia en vez de trabajar en el sector de la Educación trabajara en cualquier otra rama de actividad, sería clasificado por el modelo como subempleado, si el punto de corte para proceder a esta clasificación se sitúa en el 50 por ciento.

TABLA N.º 4
**VARIABLE: SECTOR DE ACTIVIDAD. COEFICIENTES, NIVELES EXACTOS
 DE SIGNIFICACIÓN Y EFECTOS MARGINALES**

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
1	**	-20,82 (0,996) ∇0,352	-21,24 (0,996) ∇0,453	-23,44 (0,996) ∇0,882	-19,88 (0,995) ∇0,176	-20,45 (0,996) ∇0,273	-19,35 (0,996) ∇0,112	-19,57 (0,996) ∇0,136	-19,05 (0,996) ∇0,085	-19,21 (0,996) ∇0,098	-20,15 (0,996) ∇0,218	-19,80 (0,996) ∇0,164	-20,01 (0,996) ∇0,195	-20,56 (0,996) ∇0,296	-19,27 (0,996) ∇0,103	-19,56 (0,996) ∇0,134
2	+20,82 (0,996) ∇0,352	**	-0,42 (0,00) ∇0,101	-2,62 (0,00) ∇0,530	+0,93 (0,00) ∇0,176	+0,37 (0,00) ∇0,079	+1,46 (0,00) ∇0,240	+1,24 (0,00) ∇0,216	+1,77 (0,00) ∇0,267	+1,61 (0,00) ∇0,254	+0,67 (0,00) ∇0,134	+1,02 (0,00) ∇0,188	+0,81 (0,00) ∇0,157	+0,25 (0,46) ∇0,056	+1,55 (0,01) ∇0,249	+1,25 (0,00) ∇0,218
3	+21,24 (0,996) ∇0,453	+0,42 (0,00) ∇0,101	**	-2,20 (0,00) ∇0,428	+1,36 (0,00) ∇0,176	+0,79 (0,00) ∇0,180	+1,89 (0,00) ∇0,342	+1,67 (0,00) ∇0,318	+2,19 (0,00) ∇0,368	+2,03 (0,00) ∇0,355	+1,09 (0,00) ∇0,235	+1,44 (0,00) ∇0,290	+1,23 (0,00) ∇0,259	+0,68 (0,04) ∇0,157	+1,97 (0,00) ∇0,350	+1,68 (0,00) ∇0,319
4	+23,44 (0,996) ∇0,882	+2,62 (0,00) ∇0,530	+2,20 (0,00) ∇0,428	**	+3,55 (0,00) ∇0,706	+2,99 (0,00) ∇0,608	+4,08 (0,00) ∇0,770	+3,86 (0,00) ∇0,746	+4,39 (0,00) ∇0,797	+4,23 (0,00) ∇0,784	+3,29 (0,00) ∇0,664	+3,64 (0,00) ∇0,718	+3,43 (0,00) ∇0,687	+2,87 (0,00) ∇0,585	+4,17 (0,00) ∇0,779	+3,87 (0,00) ∇0,748
5	+19,88 (0,995) ∇0,176	-0,93 (0,00) ∇0,176	-1,36 (0,00) ∇0,277	-3,55 (0,00) ∇0,706	**	-0,57 (0,00) ∇0,098	+0,53 (0,00) ∇0,064	+0,31 (0,01) ∇0,040	+0,83 (0,00) ∇0,091	+0,68 (0,00) ∇0,078	-0,27 (0,03) ∇0,042	+0,09 (0,65) ∇0,012	-0,12 (0,00) ∇0,019	-0,68 (0,04) ∇0,120	+0,62 (0,31) ∇0,073	-0,32 (0,13) ∇0,042
6	+20,45 (0,996) ∇0,136	-0,37 (0,00) ∇0,079	-0,79 (0,00) ∇0,180	-2,99 (0,00) ∇0,608	+0,57 (0,00) ∇0,098	**	+1,10 (0,00) ∇0,162	+0,88 (0,00) ∇0,138	+1,40 (0,00) ∇0,189	+1,24 (0,00) ∇0,176	+0,30 (0,00) ∇0,506	+0,65 (0,00) ∇0,110	+0,44 (0,00) ∇0,079	-0,11 (0,04) ∇0,023	-1,18 (0,88) ∇0,170	-0,89 (0,00) ∇0,139
7	+19,35 (0,996) ∇0,112	-1,46 (0,00) ∇0,240	-1,09 (0,00) ∇0,342	-4,08 (0,00) ∇0,770	-0,53 (0,00) ∇0,064	-1,10 (0,00) ∇0,162	**	-0,22 (0,04) ∇0,024	+0,30 (0,09) ∇0,027	+0,15 (0,14) ∇0,014	-0,80 (0,00) ∇0,106	-0,44 (0,02) ∇0,052	-0,65 (0,00) ∇0,083	-1,21 (0,00) ∇0,185	+0,09 (0,88) ∇0,008	+0,21 (0,31) ∇0,023
8	+19,57 (0,996) ∇0,136	-1,24 (0,00) ∇0,216	-1,67 (0,00) ∇0,318	-3,86 (0,00) ∇0,746	-0,31 (0,01) ∇0,040	-0,88 (0,00) ∇0,138	+0,22 (0,04) ∇0,024	**	+0,53 (0,00) ∇0,051	+0,37 (0,00) ∇0,038	-0,57 (0,25) ∇0,082	-0,22 (0,00) ∇0,028	-0,43 (0,00) ∇0,059	-0,99 (0,00) ∇0,161	+0,31 (0,61) ∇0,032	+0,01 (0,96) ∇0,006
9	+19,05 (0,996) ∇0,085	-1,77 (0,00) ∇0,267	-2,19 (0,00) ∇0,368	-4,39 (0,00) ∇0,797	-0,83 (0,00) ∇0,091	-1,40 (0,00) ∇0,189	-0,30 (0,09) ∇0,027	-0,53 (0,00) ∇0,051	**	-0,16 (0,38) ∇0,013	-1,10 (0,00) ∇0,133	-0,75 (0,00) ∇0,079	-0,96 (0,00) ∇0,110	-1,51 (0,00) ∇0,212	-0,22 (0,72) ∇0,018	-0,52 (0,04) ∇0,049
10	+19,21 (0,996) ∇0,098	-1,61 (0,00) ∇0,254	-2,03 (0,00) ∇0,355	-4,23 (0,00) ∇0,784	-0,68 (0,00) ∇0,078	-1,24 (0,00) ∇0,176	-0,15 (0,14) ∇0,014	-0,37 (0,00) ∇0,038	+0,16 (0,38) ∇0,013	**	-0,94 (0,00) ∇0,120	-0,59 (0,00) ∇0,066	-0,80 (0,00) ∇0,097	-1,36 (0,00) ∇0,198	-0,06 (0,92) ∇0,005	-0,38 (0,08) ∇0,036
11	+20,15 (0,996) ∇0,218	-0,67 (0,00) ∇0,134	-1,09 (0,00) ∇0,235	-3,29 (0,00) ∇0,664	+0,27 (0,03) ∇0,042	-0,30 (0,00) ∇0,056	+0,80 (0,00) ∇0,106	+0,57 (0,00) ∇0,082	+1,10 (0,00) ∇0,133	+0,94 (0,00) ∇0,120	**	+0,35 (0,07) ∇0,031	+0,14 (0,17) ∇0,133	-0,41 (0,23) ∇0,014	-0,88 (0,14) ∇0,032	+0,59 (0,01) ∇0,002
12	+19,80 (0,996) ∇0,164	-1,02 (0,00) ∇0,188	-1,44 (0,00) ∇0,290	-3,64 (0,00) ∇0,718	-0,09 (0,65) ∇0,012	-0,65 (0,00) ∇0,110	+0,44 (0,02) ∇0,052	+0,22 (0,25) ∇0,028	+0,75 (0,00) ∇0,079	+0,59 (0,00) ∇0,066	-0,35 (0,07) ∇0,031	**	-0,21 (0,25) ∇0,009	-0,77 (0,04) ∇0,004	+0,53 (0,39) ∇0,015	+0,23 (0,38) ∇0,013
13	+20,01 (0,996) ∇0,195	-0,81 (0,00) ∇0,157	-1,23 (0,00) ∇0,259	-3,43 (0,00) ∇0,687	+0,12 (0,20) ∇0,019	-0,44 (0,00) ∇0,079	+0,65 (0,00) ∇0,083	+0,43 (0,00) ∇0,059	+0,96 (0,00) ∇0,110	+0,80 (0,00) ∇0,097	-0,14 (0,17) ∇0,13	+0,21 (0,25) ∇0,009	**	-0,56 (0,10) ∇0,102	+0,74 (0,22) ∇0,091	+0,44 (0,03) ∇0,060
14	+20,56 (0,996) ∇0,296	-0,25 (0,46) ∇0,056	-0,68 (0,04) ∇0,157	-2,87 (0,00) ∇0,585	+0,68 (0,048) ∇0,120	+0,11 (0,74) ∇0,023	+1,21 (0,00) ∇0,185	+0,99 (0,00) ∇0,161	+1,51 (0,00) ∇0,212	+1,36 (0,00) ∇0,198	+0,41 (0,23) ∇0,014	+0,77 (0,041) ∇0,004	+0,56 (0,10) ∇0,102	**	+1,30 (0,06) ∇0,193	+1,00 (0,01) ∇0,162
15	+19,27 (0,996) ∇0,103	-1,55 (0,01) ∇0,249	-1,97 (0,00) ∇0,350	-4,17 (0,00) ∇0,779	-0,62 (0,31) ∇0,073	+1,18 (0,048) ∇0,170	-0,09 (0,88) ∇0,008	+0,31 (0,61) ∇0,032	+0,22 (0,72) ∇0,018	+0,06 (0,92) ∇0,005	+0,88 (0,14) ∇0,032	-0,53 (0,39) ∇0,015	-0,74 (0,22) ∇0,091	-1,30 (0,06) ∇0,193	**	-0,30 (0,63) ∇0,031
16	+19,56 (0,996) ∇0,134	-1,25 (0,00) ∇0,218	-1,68 (0,00) ∇0,319	-3,87 (0,00) ∇0,748	-0,32 (0,13) ∇0,042	-0,89 (0,00) ∇0,139	+0,21 (0,31) ∇0,023	-0,01 (0,96) ∇0,001	+0,52 (0,04) ∇0,049	+0,36 (0,08) ∇0,036	-0,59 (0,01) ∇0,002	-0,23 (0,38) ∇0,013	-0,44 (0,03) ∇0,060	-1,00 (0,01) ∇0,162	+0,30 (0,63) ∇0,031	**

6. CONCLUSIONES

La rama de actividad en la que trabaja el asalariado tiene una gran relevancia como variable explicativa del subempleo de los universitarios en España. A igualdad del resto de las variables es más probable que un asalariado se encuentre subempleado si trabaja en sectores como la Hostelería, el Comercio y la Intermediación Financiera. Las razones que explican esta realidad pueden ser muy diversas pero en el ámbito de las motivaciones empresariales cabe destacar dos que no tienen que resultar necesariamente incompatibles:

- De una parte, puede ocurrir que se trate de ramas de actividad en las que sea más intensa la adaptación por parte de las empresas al aumento de las exigencias educativas de las ocupaciones (upskilling), como consecuencia de las nuevas formas de organización y, sobre todo, de las nuevas tecnologías. Si este fuera el caso el método empírico y el método objetivo estarían dando lugar a una sobreestimación del subempleo en estos sectores. En el primer caso porque el mercado de trabajo no funciona de forma tan eficiente como este método de medida presupone y en el segundo caso por la necesidad de actualización de la CON-94. En ambas situaciones se estaría realmente ante un problema de medida.
- De otra parte, puede ocurrir que en las ramas de actividad mencionadas abunden ocupaciones y puestos en los que existe margen para que aumente la productividad si los ocupa una persona con estudios de tercer grado, aunque hayan sido tradicionalmente ocupados por no universitarios. Esta posibilidad de aumento de la productividad unido a la presión a la baja de los salarios por un exceso de oferta, puede explicar la relación de estas ramas de actividad con la probabilidad de subempleo de los universitarios. Desde esta lógica económica existirán puestos y ocupaciones para las que será muy difícil precisar si exigen que su titular tenga una titulación universitaria, ya que dependerá de la evolución de los salarios. Se trata de una óptica empresarial que da lugar a que los perfiles del concepto de subempleo pierdan nitidez.

También se ha concluido que a igualdad del resto de las variables la probabilidad de que un universitario se encuentre subempleado es menor si está ocupado en las ramas de la Educación y la Sanidad. En este caso la explicación resulta más simple, al menos en el sector de la Educación, ya que tanto en España como en la mayoría de los países industrializados el porcentaje de puestos que exigen como requisito formal estudios de tercer grado resulta relativamente elevado. En el caso de la Sanidad el porcentaje de estos puestos resulta también superior al de otras ramas de actividad, aun-

que inferior al de la Educación, pero por las características del sector existe una relación más estrecha, que en otros, entre puestos y tipos de estudios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASHWORTH, J., (1998), «A waste of resources? Social rates of return to higher education in the 1990s», *Education Economics*, april, Vol. 6, Issue 1m, pp: 1-19.
- BATTU, H., BELFIELD, C.R., and SLOANE, P.J. (2000), «How well can we measure graduate over-education and its effects?», *National Institute Economic Review*, jan., pp: 82-93.
- BAUER, T., K., (2002), «Educational mismatch and wages: a panel analysis», *Economics of Education Review*, 21, pp: 221-229.
- BORGHAMS, L., DE GRIP, A., (2000a), «The Debate in Economics about Skill Utilization», In Borghams, L., de Grip, A., (Eds.) *The Overeducated Worker? The Economics of Underutilization of Skills*, Edward Elgar, Cheltenham, pp: 191-202.
- BORGHAMS, L., DE GRIP, A., (2000b), «Skills and low pay: upgrading or overeducation?», In Gregory, M., Salverda, W., and Bazen, S., (Eds.) *Labour Market Inequalities: problems and policies in international perspective*, Oxford University Press, Oxford, pp: 198-223.
- BÜCHEL, F., (2002), «The effects of overeducation on productivity in Germany – the firms` viewpoint», *Economics of Education Review*, 21, pp: 263-275.
- BURKE, R. J. (1997). «Correlates of underemployment among recent business school graduates». *International Journal of Manpower*, 7, pp: 627-635.
- CARDOSO, A.,R., (2004), «Jobs for young university graduates: is it worth having a degree?», IZA DP, *Discussion Paper* núm. 1311, september, Institute for the Study of Labor, <http://opus.zbw-kiel.de/volltexte/2005/2558/pdf/dp1311.pdf>, pp: 1-18.
- CHEVALIER, A., (2003), «Measuring over-education», *Economica*, 70, pp: 509-531.
- CLOGG, C.C., and SHOCKEY, J.,W., (1984), «Mismatch between Occupation and Schooling: A Prevalence Measure, Recent Trends and Demographic Analysis», *Demography*, 21, pp: 235-257.
- COULON, A., (2002), «Underemployment Amongst New Zealand Graduates: reflections from the lived experience», *New Zealand Journal of Industrial Relations*, 27, 3, pp: 283-297.
- DENISS, R., (2003), «Measures for a flexible labour market». *Australian Bulletin of Labour*, 29(2), pp. 113-122.
- DI PIETRO G., URWIN P., (2004), «Education and Skills Mismatch in the Italian Graduate Labour Market», *Oxford Economic Papers*, <http://repec.org/res2003/DiPietro.pdf>, pp: 1-25.
- DOLADO, J.J., FELGUEROSO, F., JIMENO, J.,F., (2000), «Youth labour market in Spain: Education, training, and crowding-out», *European Economic Review*, 44, pp: 943-956.
- DOLTON, P., AND VIGNOLES, A., (2000), «The incidence and effects of overeducation in the UK graduate labour market», *Economics of Education Review*, 19, pp: 179-198.
- FELDMAN, D., C., (1996), «Antecedents and Consequences of Underemploy-

- ment», *Journal of Management*, 2 (3), pp. 385-407.
- FELDMAN, D., C., TURNLEY, W. (1995), «Underemployment among recent business collage graduates», *Journal of Organizational Behaviour*, 16, pp. 691-706.
- FRENETTE, M., (2001), «Overqualified? Recent graduates, employer needs». *Perspectives*, Spring, pp: 45-53.
- GLYDE, G.,P., (1997), «Underemployment: definition y causas», *Journal of Economic Issues*, 11 (2), pp: 245-260.
- GREEN, F., MCINTOSH, S., and VIGNOLES, A., (2002), «The Utilization of Education an Skills: evidence from Britain», *The Manchester School*, Vol. 70, N.º 6, december, pp: 792-811.
- GROOT, W., and MAASSEN VAN DEN BRINK, (2000), «Overeducation in the labor market: a meta-analysis», *Economics of Education Review*, 19, pp: 149-158.
- HALABY, Ch. N., (1994), «Overeducation and skill mismatch», *Sociology of Education*. Vol. 67, N. 1. pp: 47-59.
- HARTOG, J., (2000), «Over-education and earnings: Where are we? Where should we go?», *Economics of Education Review*, 19, pp: 131-147.
- HECKER, D., E. (1992), «College Graduates: do we have too many or too few?», *Occupational Outlook Quarterly*, Summer, 36, 2, pp: 13-23.
- Instituto Nacional de Estadística, (1994), *Clasificación Nacional de Ocupaciones 1994 (CNO-1994)*, Instituto Nacional de Estadística, pp: 1-558.
- JOHNSON, W.,R, MORROW, P.,C., JOHNSON, G.,J., (2002), «An evaluation of a perceived overqualification scale across work stings», *The Journal of Psychology*, 136, (4), pp: 425-441.
- KHAN, L.,J., MORROW, P., C., (1991), «Objetive and subjective underemployment relationships to job satisfaction», *Journal of Business Research*, Vol. 22, pp: 211-218.
- KIKER, B. F., SANTOS, M. C., MENDES DE OLIVEIRA, M., (1997), «Overeducation and undereducation: evidence for Portugal», *Economics of Education Review*, Vol. 16, núm. 2, pp: 111-125.
- LEANA, C.R., FELDMAN, D.C., (1992), «Coping with Job Loss: How individuals, Organizations, and agenda», *The Academy of Management Review*, 12, pp: 301-312.
- LIVINGSTONE, D., W., (1998) «The Education-Jobs Gap: Underemployment or Economic Democracy», *Boulder, CO, Westview Press*, pp: 1-360.
- LLOYD, C. and PAYNE, J. (2003) «What is the `high skill society'? Some reflections on current academic and policy debates in the UK», *Policy Studies*, Vol. 24, N.º 2/3, pp: 115-133.
- MASON, G., (1996), «Graduate utilisation in British industry: the initial impact of mass higher education», *National Institute Economic Review*, may, pp: 93-103.
- MENDES DE OLIVEIRA, M., SANTOS, M. C., KIKER, B. F., (2000), «The role of human capital and technological change in over-education», *Economics of Education Review*, Vol. 19, pp: 199-206.
- NABI G.,R., (2003), «Graduate employment and underemployment: opportunity for skill use and career experiences amongst recent business graduates», *Education & Training*, 45, 7, pp: 371-382.
- NORD, S., (1989), «The relationships among labor-force participation, service-sector employment, and underemployment», *Journal of Regional Science*, Vol. 29, N.º 3, pp: 407-421.
- PRIOR, F., and SCHAFFER, D., (1997), «Wages and the University Educated:

- a paradox resolved», *Monthly Labor Review*, 120, núm. 7, july, pp: 3-14.
- ROBST, J., (1995), «College Quality and Overeducation», *Economics of Education Review*, Vol. 14, núm. 3, pp: 221-228.
- RUBB, S., (2003), «Overeducation: a short or long run phenomenon for individuals?», *Economics of Education Review*, 22, pp: 389-394.
- RUIZ-QUINTANILLA, A., A., CLAES, R., (1996), «Determinants of underemployment of young adults: a multi-country study», *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 49, N.º 3, april, pp: 424-438.
- RUMBERGER, R.W., (1987), «The impact of surplus schooling on productivity and earnings», *The Journal of Human Resources* 22 (1), pp: 293-314.
- SIMIC, M., (2002), «Underemployment and overemployment in UK», *Labour Market Trends*, aug., 110, 8, pp: 399-414.
- SLOANE, P. J., BATTU, H., SEAMAN, P.T., (1999), «Overeducation, undereducation and the British labour market», *Applied Economics*, 31, pp: 1437-1453.
- VERDUGO, R., VERDUGO, N., (1989) «The impact of surplus schooling on earnings», *Journal of Human Resources*, 22, 4, 629-643.
- VERHAEST, D., OMEY, E., (2004), «The impact of overeducation and its measurement», *Working Paper*, http://www.feb.ugent.be/fac/reaserch/wp/papers/wp_04_216.pdf, pp: 1-32.
- WILKINS, R., (2004), «The extent and consequences of underemployment in Australia», *Melbourne Institute Working Paper*, núm. 16/04, <http://www.melbourneinstitute.com>, pp: 1-47.
- WIRZ, A., ATURKEREN, E., (2005), «An analysis of perceived overqualification in the Swiss labor market», *Economics Bulletin*, Vol. 9, núm. 2, pp: 1-12.





¿REACTIVACIÓN ECONÓMICA EUROPEA?

INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO
EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (TERCER TRIMESTRE DE 2006) *

SANTOS M. RUESGA BENITO

Catedrático de Economía Aplicada

Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

Catedrático E.U. de Economía Aplicada

Universidad de Sevilla

CARLOS RESA NESTARES

Investigador del Colegio de México

EXTRACTO

En el presente artículo se analiza la evolución de las variables laborales más relevantes de los ámbitos español y andaluz en el tercer trimestre de 2006. Hay que destacar que el ritmo de crecimiento de la economía española se mantiene en una senda positiva de los últimos años en el tercer trimestre de 2006. En este contexto se mantiene la evolución de las variables laborales nacionales, entre las que destaca que el número de trabajadores activos se sitúa en veintidós millones seiscientos sesenta y una mil personas, mientras que la ocupación se acerca a los veinte millones de empleados. La tasa de paro sigue una evolución positiva especialmente en el caso de la tasa de desempleo de los hombres que alcanza la cifra del 6,02%. El comportamiento de las variables laborales andaluzas mantiene el buen tono de los últimos trimestres. Se han alcanzado los tres millones de ocupados en Andalucía y la tasa de paro media queda en 12,52%.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles en enero de 2007.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. TERCER TRIMESTRE 2006

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	3 ^{er} Trim. 06	21.660,70	0,9	3,3	3.562,50	0,4	3,6
Tasa de actividad	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 06	58,44	0,6	1,7	55,22	0,0	1,8
Hombres	69,48	0,2	0,6	68,17	0,8	0,4
Mujeres	47,83	1,0	3,1	42,73	-1,2	4,0
16-19 años	32,47	8,6	-0,1	32,58	3,1	0,4
20-24 años	69,15	1,3	2,2	67,95	1,9	-0,9
25-54 años	81,85	0,3	1,3	76,18	0,0	2,1
Más de 55 años	19,50	0,0	3,0	15,92	-3,6	2,1
Ocupados	Miles	3 ^{er} Trim. 06	19.895,60	1,5	4,2	3.116,40	0,6	4,8
Agricultura	913,10	-2,8	-3,0	228,90	-7,9	-9,7
Industria	3.288,10	0,4	0,7	315,40	0,9	-5,7
Construcción	2.590,10	3,5	7,8	475,70	1,8	9,4
Servicios	13.104,40	1,7	5,0	2.096,40	1,3	7,5
Asalariados del sector público	..	3 ^{er} Trim. 06	2.903,60	-0,3	0,4	514,10	2,6	-2,5
Asalariados temporales	..	3 ^{er} Trim. 06	5.661,40	4,6	7,9	1.199,90	2,8	9,3
Parados encuestados	..	3 ^{er} Trim. 06	1.765,00	-5,1	-5,5	446,10	-0,8	-4,1
Hombres	760,30	-6,0	-10,6	195,70	-1,0	-5,2
Mujeres	1.004,80	-4,4	-1,2	250,40	-0,6	-3,3
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 06	8,15	-6,0	-8,6	12,52	-1,2	-7,5
Hombres	6,02	-6,6	-12,8	9,06	-2,2	-7,5
Mujeres	11,11	-5,6	-5,6	17,85	0,2	-8,5
16-19 años	24,86	5,7	-0,3	26,62	-14,0	-16,6
20-24 años	14,50	-8,3	-15,6	20,27	7,2	-2,1
25-54 años	7,22	-7,0	-6,1	11,08	-2,8	-8,1
Más de 55 años	5,21	-9,2	-16,6	9,84	10,1	8,5
Parados de larga duración	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 06	25,50	-0,5	-9,2	28,20	-8,7	-5,3
Parados registrados	Miles	3 ^{er} Trim. 06	1.968,30	-6,9	-0,6	469,93	0,0	3,2
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 06	87,05	-1,2	5,1
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	3 ^{er} Trim. 06	541	0,0	5,4	541	0,0	5,5
Coste laboral por trabajador	€/mes	3 ^{er} Trim. 06	2.113	-3,9	3,6	1.944,95	-3,5	3,7
Industria	2.434	-3,0	3,6	2.195,91	1,0	5,5
Construcción	2.076	-5,4	4,1	2.094,22	-5,4	0,5
Servicios	2.032	-3,7	3,8	1.856,96	-3,8	4,7
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	3 ^{er} Trim. 06	137,1	-8,7	-0,1	141,9	-6,8	-1,5
Accidentes mortales de trabajo	Total	3 ^{er} Trim. 06	374	12,0	6,6
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	3 ^{er} Trim. 06	751	-29,8	-18,3	75	66,3	22,0
Trabajadores Extinción de empleo	7.040	4,0	12,9	581	95,6	59,4
Suspensión de empleo	1.744	-53,5	-75,4	44	6,3	-38,6
Reducción de jornada	30	-33,3	-90,7
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	3 ^{er} Trim. 06	152	-47,6	33,3
Participantes	Miles	..	193,79	32,7	920,8	1,2	-68,4	300,0
Jornadas no trabajadas	238,92	25,2	535,9	1,4	-68,2	1.300,0
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 06	3,8	3,6	3,5
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	3 ^{er} Trim. 06	-18,8	-19,0	-15,7
Inflación	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 06	3,5	3,9	3,4	3,6	3,8	3,3
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	3 ^{er} Trim. 06	11,0	10,3
Tipo de interés (Euribor 12) meses	Porcentaje	3 ^{er} Trim. 06	3,6	3,9	2,2

(*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.



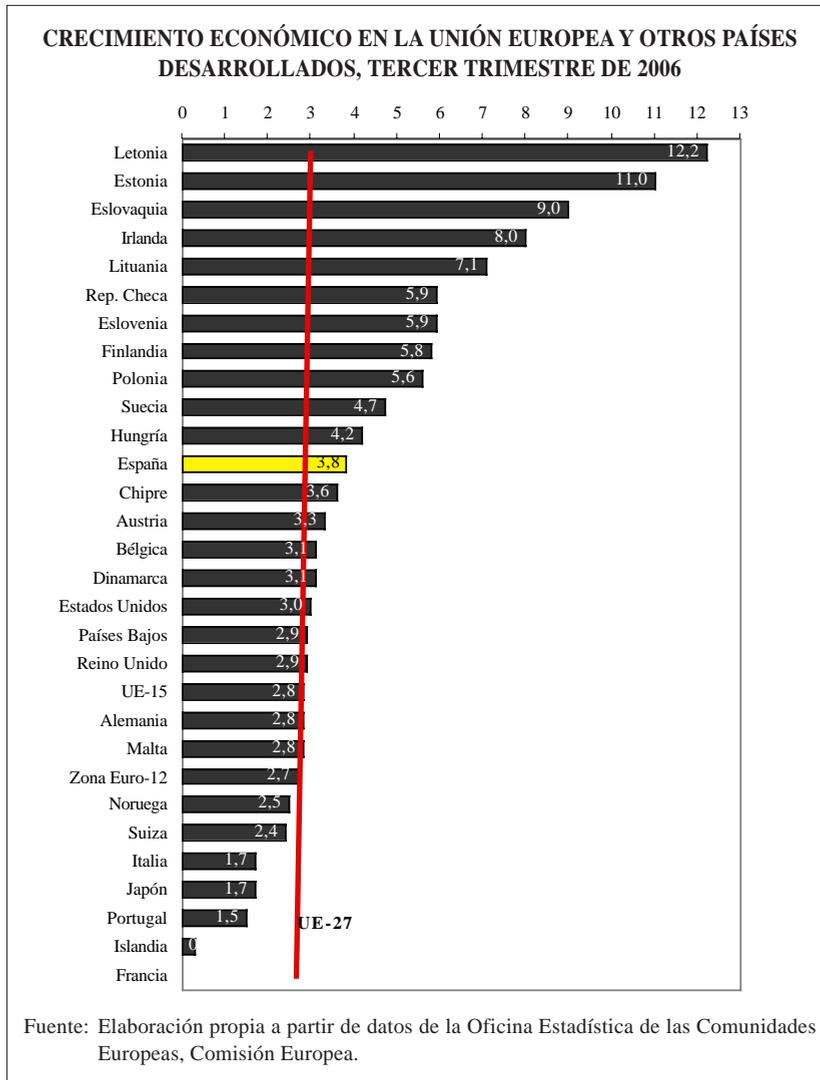
ÍNDICE

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. DESEMPLEO
5. CONDICIONES DE TRABAJO
6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA

El ritmo de crecimiento de la economía española se mantiene en la misma senda de los últimos trimestres. En este tercer trimestre del año ha crecido de nuevo una décima más que en el trimestre anterior, situándose ya en un 3,8 por ciento de crecimiento interanual del Producto Interior Bruto, cifra que no se registraba desde finales del año 2001. Con esta evolución, los guarismos del crecimiento económico español ocupan ya una posición destacada entre los miembros del entorno europeos. Son los nuevos países incorporados los que presentan un elevado crecimiento económico y que superan, en algunos casos con más que con creces, a la evolución económica española. Mientras tanto, las economías más grandes de la Unión Europea muestran una evolución menos dinámica y así la antigua Unión Europea, la de los quince estados miembros, crece únicamente un 2,8 por ciento.

En conjunto, la Unión Europea de los veintisiete presenta un crecimiento del Producto Interior Bruto del 3 por ciento interanual en este tercer trimestre de 2006. España es el país que mayor aportación hace al crecimiento europeo, ya que mientras las pequeñas economías realizan esfuerzos ingentes por incorporarse al grupo de cabeza, la economía española representa el 7,5 por ciento del total económico de la nueva Unión Europea de veintisiete estados miembros. En las tres repúblicas bálticas, el crecimiento económico supera el siete por ciento interanual. Los dos componentes de Checoslovaquia por separado también presentan tasas de crecimiento holgadamente por encima de la media. La gran sorpresa la constituye Irlanda, que no sólo mantiene un ritmo de crecimiento económico que ha situado a la isla verde a la cabeza del desarrollo en la Unión Europea sino que se estira hasta alcanzar cotas del ocho por ciento, cifras impensables hoy por hoy en cualquiera de las grandes economías del continente.



Los grandes motores europeos, Alemania, Reino Unido, Francia e Italia, por el contrario, presentan una evolución económica bastante más ralentizada que la española y bastante por debajo de la media de crecimiento de la Unión Europea. Francia continúa con crecimiento nulo en este trimestre. Italia, con apenas un 1,7 por ciento, repite cifra por tercer trimestre consecutivo, con lo que parece estancada en una zona templada del crecimiento casi al borde de la consideración de recesión. Igualmente, las dos economías más poderosas del continente, a pesar de crecer a un ritmo más

lento que el español, evolucionan favorablemente en los últimos trimestres, con una tendencia alcista. El Reino Unido ha aumentado su crecimiento en un año en un punto porcentual, mientras Alemania lo ha hecho en 1,3 puntos porcentuales, que es una cifra asombrosamente positiva después de la experiencia de los últimos años.

**TAMAÑO RELATIVO DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA
Y OTROS PAÍSES DESARROLLADOS, TERCER TRIMESTRE DE 2006**

	Tamaño relativo de la economía con respecto a la UE-27
Estados Unidos	120,4
UE-15	94,4
Zona Euro-12	71,9
Japón	53,6
Alemania	21,3
Reino Unido	17,7
Francia	15,4
Italia	12,2
España	7,5
Países Bajos	4,4
Suecia	3,0
Suiza	2,8
Bélgica	2,7
Austria	2,3
Polonia	2,2
Noruega	2,0
Dinamarca	1,9
Finlandia	1,6
Irlanda	1,4
Portugal	1,2
Rep. Checa	0,8
Hungría	0,7
Eslovaquia	0,3
Eslovenia	0,3
Lituania	0,2
Letonia	0,1
Chipre	0,1
Islandia	0,1
Estonia	0,1
Malta	0,0

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Eurostat, Comisión Europea.

En España, las exportaciones de bienes y servicios experimentaron un crecimiento del 3,2 por ciento interanual, lejos de la fuerte subida registrada a comienzos del año 2006, donde se alcanzó un aumento del 9,5 por ciento respecto al primer trimestre del año anterior. Del mismo modo, las importaciones vuelven a su senda habitual de los últimos dos años, con un incremento del 6,0 por ciento, de nuevo, distante de la fuerte subida del primer trimestre del año, 12,4 por ciento. Esta recuperación de lo habitual, lo cual no debe confundirse con lo óptimo ni tan siquiera con lo regular, dado el ritmo de barrena del sector exterior, supone un agravamiento de la retracción de recursos de la economía española procedente de sus relaciones de intercambio con el exterior. No obstante, al revés de lo que venía sucediendo en el pasado, el crecimiento de las importaciones se debe principalmente a la importación de bienes, donde se registra un aumento del 7,3 por ciento y no en los servicios, donde casi se alcanza el punto de equilibrio con respecto al trimestre anterior. En el caso de las exportaciones, por el contrario, el crecimiento de las mismas se reparte de forma equitativa entre las de bienes y las de servicios. Mientras en las primeras el crecimiento interanual es del 3,0 por ciento, en las segundas crece hasta el 3,6 por ciento.

En cuanto a la demanda familiar, el consumo final de los hogares se mantiene en la caída paulatina en la que entró desde el año 2005, manteniéndose en este trimestre como el anterior en un aumento del 3,6 por ciento interanual. En cuanto a la formación bruta de capital fijo, que no es sino la expresión formal de la inversión, ésta sigue en el mismo punto, aumentando una décima respecto al trimestre anterior, lo que eleva la tasa de crecimiento interanual hasta el 6,3 por ciento. Destaca la remontada en la inversión en bienes de equipo, que se sitúa en un ritmo alcista del 9,5 por ciento. En todo caso, esta evolución positiva de la inversión productiva sigue sin verse reflejada en el sector exterior ni en la productividad. La segunda continúa en crecimientos casi planos. El primero no levanta cabeza y sigue sumido en los números rojos pese al supuesto ampliamente recordado de que la inversión aumenta la competitividad internacional de los productivos españoles. El repunte en la inversión en bienes inmuebles, que aumenta un 6,1 por ciento, supone un realce después de dos trimestres consecutivos en los que, como los precios de la vivienda, parecía entrar en declive.

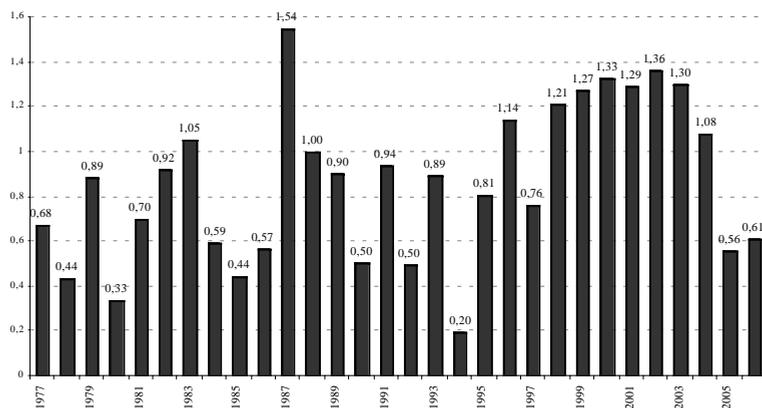
Desde el punto de vista de la oferta, el mayor dinamismo lo muestran las ramas secundarias, lo cual imprime un cierto carácter inédito en un país donde la tendencia más clara es hacia la desertificación industrial o, como mínimo, hacia la desindustrialización patente. Así, la industria registra un aumento del cuatro por ciento interanual del que casi no se tenía memoria. Mientras tanto, la construcción recupera parte de su expansión que ya casi parece eterna, como si no hubiesen existido crisis anteriores, y se va hasta el 5,7 por ciento de crecimiento interanual. Las ramas energéticas y de ser-

vicios mantienen su ritmo anterior: del 3,5 y 3,8 por ciento, respectivamente, que es más importante en esta última actividad, dado que contribuye con dos tercios al pastel económico español.

2. LA OFERTA DE TRABAJO

El número de trabajadores activos en el tercer trimestre del año 2006 se situó en veintiún millones seiscientas sesenta y una mil personas, lo cual supone un aumento de ciento treinta mil personas sobre el segundo trimestre del año. En cifras relativas, supone un incremento de la ocupación del 0,6 por ciento con respecto al anterior trimestre. Siendo un dato positivo, muestra una tendencia menos atractiva: la capacidad de creación de empleo de la economía española no es la que era. Entre 1995 y 2004, el tercer trimestre había registrado un crecimiento, como mínimo, superior al 0,7 por ciento. Y en los siete últimos años de ese periodo, la tendencia alcista del tercer trimestre había estado por encima del uno por ciento de manera constante. Nada de eso ocurrió en 2005 y 2006, donde el ritmo de crecimiento del empleo se redujo a la mitad.

VARIACIÓN TRIMESTRAL DEL NÚMERO DE ACTIVOS EN LOS TERCEROS TRIMESTRES DEL AÑO, 1977-2006 (PORCENTAJE)

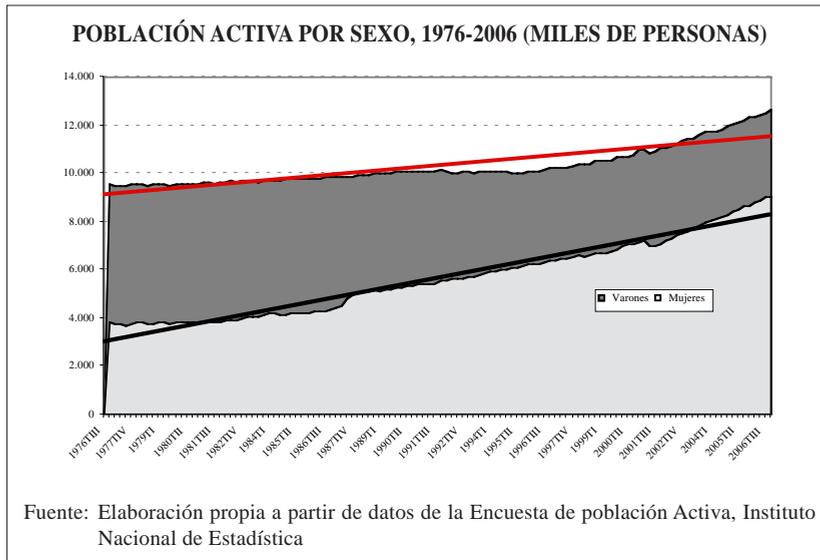


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de población Activa, Instituto Nacional de Estadística

En términos interanuales, el tercer trimestre de 2006 deja un incremento por encima de las setecientas mil personas respecto al mismo periodo del año anterior, lo cual supone un nuevo aumento de la población activa del 3,4 por ciento. La población activa femenina crece a un ritmo muy superior

a la masculina, lo cual es una evidencia para periodos prolongados de tiempo. Si en 1979 había casi seis millones de hombres más que mujeres en el conjunto de la población activa, en el tercer trimestre de 2006 la diferencia se sitúa en sólo tres millones y medio.

El último acercamiento entre ambos sexos en la población activa, no obstante, no se debe tanto a la paulatina equiparación sexual ante el mundo del trabajo remunerado. Es la consecuencia, sobre todo, de la incorporación de activas extranjeras al mercado laboral español. Entre la población activa, el trece por ciento está formado por el contingente de extranjeros, lo cual en términos absolutos representa dos millones ochocientos mil personas. De éstos, el cuarenta y cinco por ciento son mujeres, lo cual constituye una tasa de actividad superior entre las extranjeras que entre las españolas. Sólo el 41,3 por ciento de la población activa española es del sexo femenino.

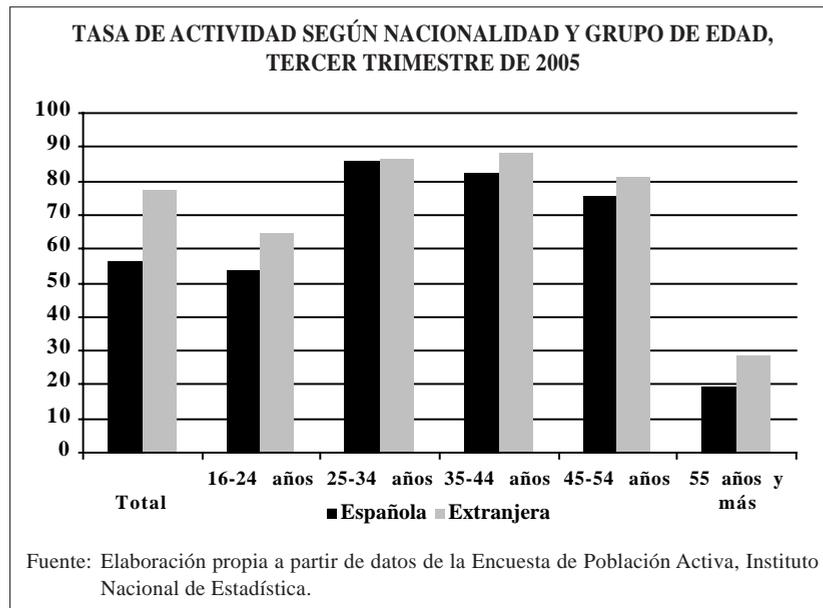


En conjunto, las tasas de actividad se sitúan en el 58,4 por ciento de manera conjunta, siendo la tasa de actividad de los hombres de 69,5 y alcanzando ya la femenina al 47,8 por ciento de las mujeres en edad de trabajar. Sin embargo, la tasa de actividad femenina entre la población extranjera es del 68,2 por ciento, más de veinte puntos porcentuales por encima de la tasa de actividad femenina de la población española, que es del 45,6 por ciento. En los mismos parámetros, el comportamiento diferencial se traslada a los hombres aunque de manera menos acusada. Entre los extranjeros la tasa de actividad es quince puntos superior a la que se registra entre los nativos: del 85,7 por ciento entre los primeros y del 69,5 por ciento entre los españoles. Con estas marcas, la tasa de actividad entre la población extran-

jera supera el setenta y siete por ciento mientras que la de los españoles no llega aún al sesenta por ciento.

No obstante, esta enorme diferencia se explica mucho más en términos de diferentes pirámides poblacionales, mucho más envejecida entre los españoles, que por pautas de actividad distintas entre quienes estaban en el mercado de trabajo y quienes se han incorporado más recientemente desde el exterior. Entre los más jóvenes, los extranjeros trabajan con más frecuencia que sus compañeros españoles del mismo grupo de edad. La prolongación de los estudios de los españoles, que no encuentra parangón entre los extranjeros, explica este diferencial. Pero entre los veinticinco y cuarenta años, las tasas de actividad son casi iguales. Apenas varían unas décimas a favor de los segundos. Sólo a partir de los cincuenta se produce el gran declive de la tasa de actividad de los españoles, que se atempera entre los extranjeros.

Pero más que la aparición de diferenciales mayores cuando se avanza con la edad, lo más significativo es que existen muy pocos extranjeros que alcancen edades en las cuales la actividad laboral es más la excepción que la regla. Mientras que entre los españoles, el porcentaje de individuos de edad adulta que superan los cincuenta y cinco años se va al veintinueve por ciento del total, el mismo grupo de edad entre los extranjeros representa el ocho por ciento de quienes superan los dieciséis años. Y si se excluye a los procedentes de la Unión Europea, sólo el cuatro por ciento de los extranjeros en edad de trabajar supera el umbral de los cincuenta y cinco años.





Por edades, el grupo que más activos incorpora durante el tercer trimestre es el de los más jóvenes, de entre dieciséis y diecinueve años, situación que se deriva, principalmente, de los contratos estacionales propios de la época estival. Por el contrario, y por segundo año consecutivo, durante el tercer trimestre se reduce el número de personas activas de cincuenta y cinco años y más. El grueso de la población en edad de trabajar se mantiene casi estable, ya que crece en un 0,4 por ciento respecto al trimestre anterior. Y se reduce la incorporación de activos de entre 20 y 24 años hasta los veintitrés mil setecientos activos más en el tercer trimestre que en el segundo del año 2006. En el mismo periodo del año 2005 el incremento fue de cincuenta y siete mil cuatrocientas personas.

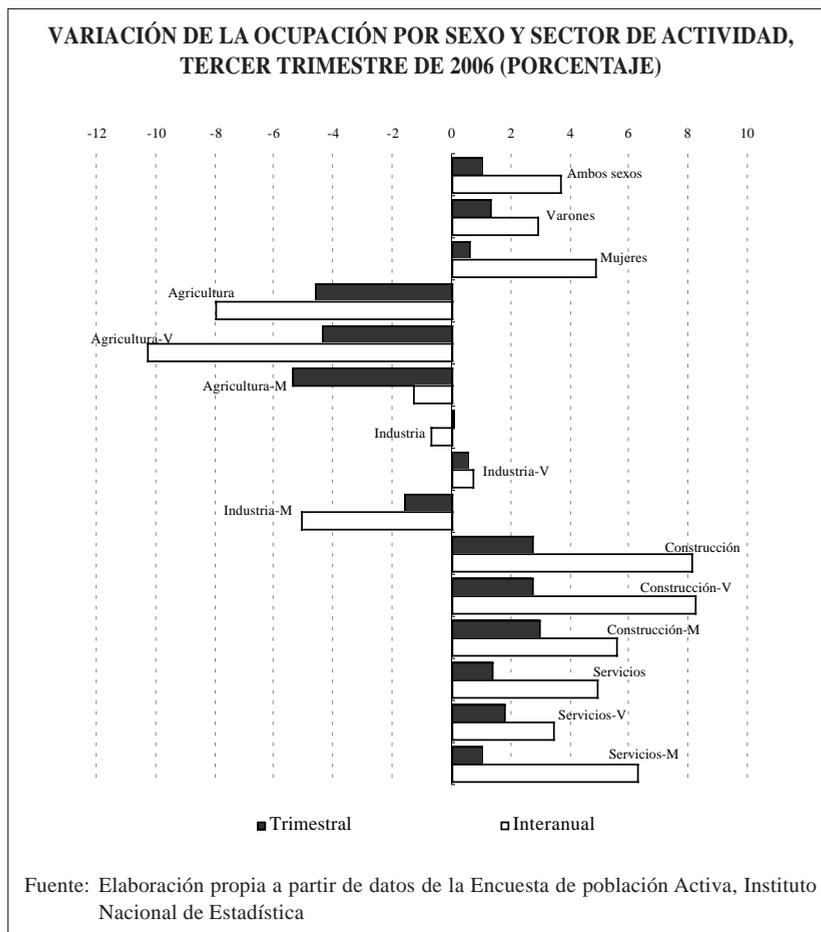
3. LA DEMANDA DE TRABAJO

En el tercer trimestre del año 2006 el número de ocupados se acerca sigilosamente a los veinte millones: diecinueve millones ochocientos noventa y cinco mil trabajadores. Esto supone un aumento del 3,67 por ciento respecto al tercer trimestre del año anterior (más de setecientos mil personas más trabajando en este año), y un incremento del 1,03 por ciento sobre el segundo trimestre del año (doscientos dos mil nuevos trabajadores).

El crecimiento en la creación de empleo se ha dividido casi a partes iguales entre hombres y mujeres en términos absolutos en este último año (334 mil trabajadores más en el tercer trimestre de 2006 con relación al tercer trimestre de 2005 y 370 mil trabajadoras más en el mismo periodo), sin embargo, el número de mujeres ocupadas ha crecido relativamente más (un 4,83 por ciento interanual frente al 2,90 por ciento en el caso de los hombres), situándose ya la tasa de ocupación femenina en el 42,52 por ciento. Con todo ello, en el tercer trimestre de 2006 ha aumentado la tasa de empleo global, sobre todo, por el impulso del empleo femenino en este periodo.

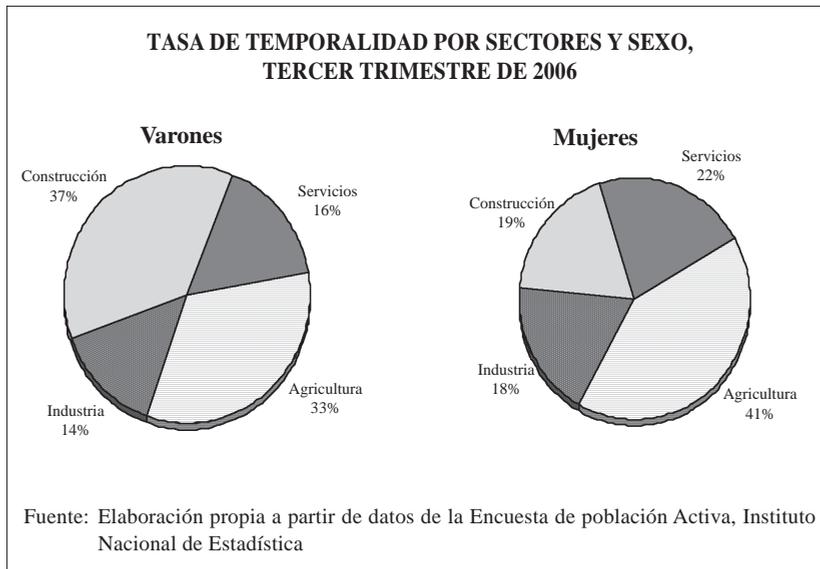
Entre la población ocupada, un 12,7 por ciento está representada por trabajadores extranjeros, es decir, un 17,37 por ciento más que hace un año (trescientos setenta y dos mil ocupados extranjeros más en el tercer trimestre de 2006 que en el mismo periodo del 2005). En el último trimestre, la entrada de extranjeros en la población ocupada supuso el 45,83 por ciento del total de nuevos ocupados, es decir, de los doscientos dos mil nuevos empleos, casi noventa y tres mil fueron ocupados por ciudadanos extranjeros, repartidos entre ciudadanos europeos de países no pertenecientes a la Unión Europea y del resto del mundo (es decir, excluyendo a América Latina). En el año, más de la mitad de los nuevos puestos de trabajo han sido ocupados por población extranjera (el 52,9 por ciento).

De nuevo, tal y como sucediera en el año anterior, en el tercer trimestre del año, tradicionalmente ligado al sector turístico debido a la época estival que abarca, el crecimiento en el número de ocupados ha sido mayor en el sector de la construcción y no el sector servicios. El sector de la construcción de nuevo refleja un incremento anual que supera el ocho por ciento, mientras los servicios únicamente alcanzaron una subida del 4,90 por ciento interanual en cuanto al número de trabajadores. Y ya no sólo es el sector agrícola el que destruye empleo a lo largo del año (en casi un ocho por ciento), sino que la industria también ha reflejado una caída en el número de ocupados del 0,69 por ciento interanual, debida, sobre todo, a la caída de la ocupación femenina en este sector (un 5,09 por ciento de ocupadas menos en este año en comparación con el anterior y un 1,57 por ciento menos respecto al segundo trimestre de 2006).



Entre los asalariados, la tasa de temporalidad se sitúa, de nuevo, en un techo histórico: el 34,6 por ciento de los asalariados tiene un contrato temporal, a pesar de la firma, el pasado 9 de mayo, del *Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo*, donde se trata de fomentar el empleo fijo y estable. Sin embargo, y esto puede ser una muestra de la aplicación de dicho acuerdo, el aumento de los trabajadores asalariados con contrato temporal en el tercer trimestre de 2006 ha sido el menor de los últimos trimestres, rompiendo la senda alcista que se registraba en los terceros trimestres del año desde 2003.

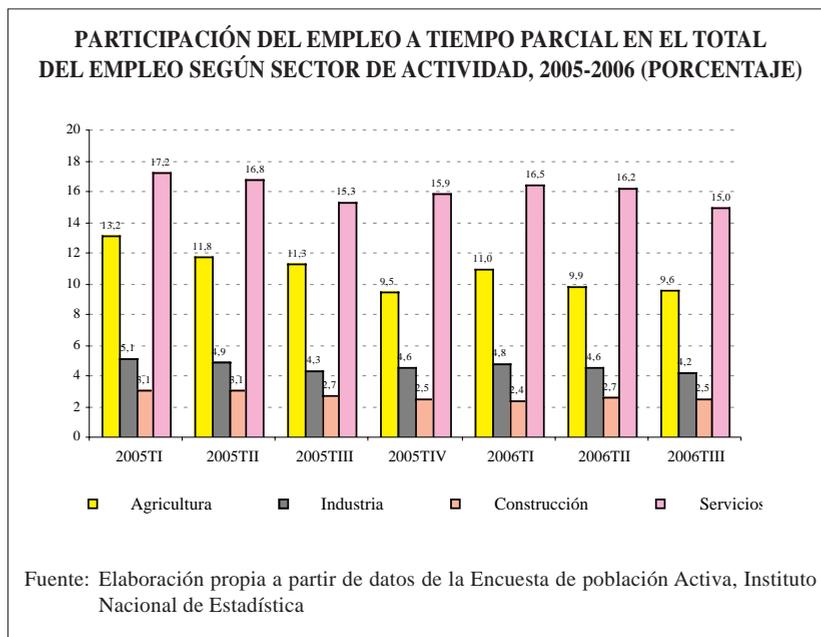
Lo más preocupante no es sólo la propia falta de estabilidad, sino la corta duración de los trabajos de carácter temporal, pues de los cinco millones seiscientos sesenta y un mil asalariados con contrato de carácter temporal, el 42,1 por ciento (esto es, dos millones trescientas ochenta y dos mil personas) tienen un contrato de menos de un años de duración. E incluso, para el 18,7 por ciento (por encima del millón de personas) el contrato es inferior a tres meses.



Por sectores, la elevada temporalidad se mantiene en el sector agrícola (con una tasa de temporalidad del 57,4 por ciento) aunque en una tendencia claramente descendente, mientras en el sector servicios la escalada sigue en aumento (llegando ya al 32 por ciento). En la industria, la temporalidad aumenta entre las mujeres mientras para los hombres representa una ligera caída (respecto al trimestre anterior). En la construcción también se observa una

senda creciente de la proporción de trabajadores asalariados con contrato temporal.

El empleo a tiempo parcial sigue siendo una cuestión femenina: el 78,1 por ciento de los dos millones doscientas cincuenta y tres mil personas ocupadas a tiempo parcial son mujeres. Además de ocupar principalmente a mujeres, este tipo de contratos se concentran en el sector servicios (el 15 por ciento del total de los ocupados a tiempo parcial pertenecen a este sector de actividad) seguido del sector agrícola (con el 9,6 por ciento en el tercer trimestre de 2006).



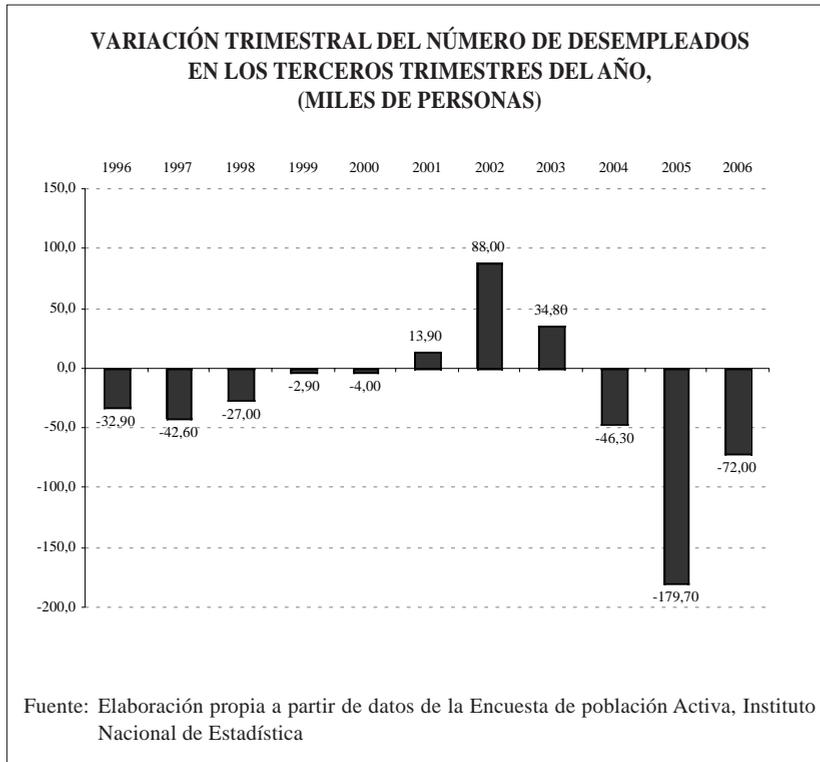
La evolución de este tipo de empleo básicamente femenino y de servicios, refleja una tendencia muy dispar a la europea, pues se viene reduciendo en términos relativos en los dos últimos años (pasando de representar el 13,1 por ciento de todos los contratos en el primer trimestre de 2005 a ocupar sólo al 11,3 por ciento de los trabajadores en el tercer trimestre de 2006), al contrario de lo que sucede en el entorno europeo más inmediato, donde el empleo a tiempo parcial está ganando terreno.

En términos absolutos, se ha producido una caída en todos los sectores (para ambos sexos) en el tercer trimestre de 2006 respecto al segundo trimestre del año, aumentando ligeramente en términos interanuales.

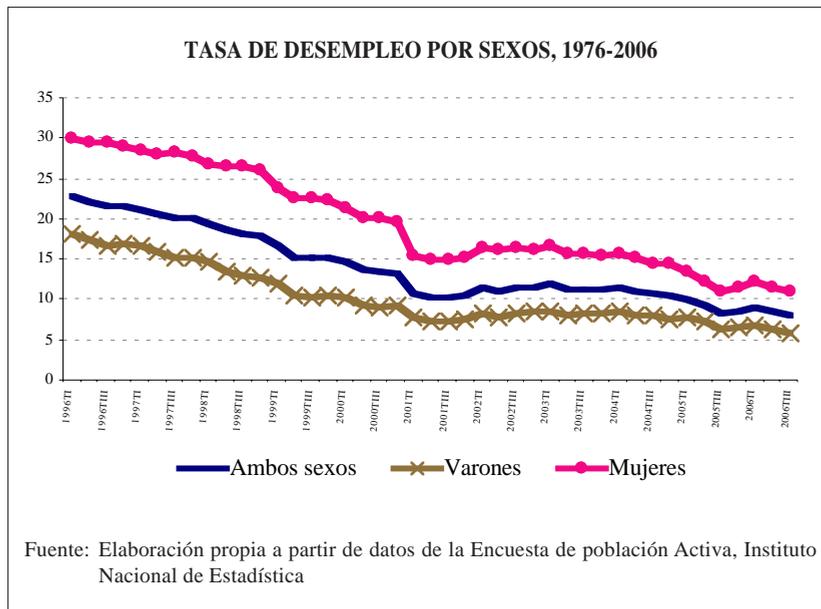
4. DESEMPLEO

En el tercer trimestre de 2006 en España había un millón setecientas sesenta y cinco mil personas desempleadas, exactamente la misma cifra que en el tercer trimestre del año anterior. La caída del desempleo respecto al trimestre anterior, sin embargo, ha sido muy inferior en esta ocasión: 72 mil personas abandonaron el desempleo, frente a las casi ciento ochenta mil que lo hicieron en el mismo periodo del año pasado.

De nuevo la caída en el número de desempleados se distribuyó de forma muy similar entre ambos sexos, con treinta y cinco mil parados menos y casi treinta y siete mil paradas menos. En el conjunto del año, se ha producido una caída en el número de desempleados (casi 39.000 hombres salieron de la situación de desempleo), mientras que aumentó el número de mujeres desempleadas en la misma cantidad (en términos globales no se movió la cifra de parados).

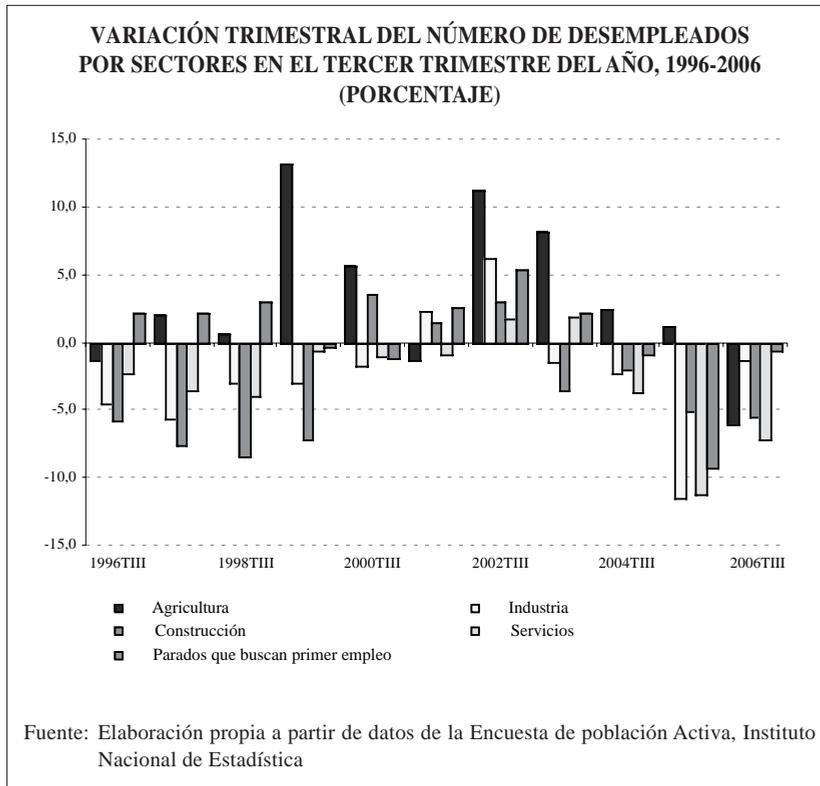


La tasa de desempleo sigue la evolución positiva que presenta en los últimos tiempos, presentando una tasa de desempleo femenino nunca vista antes: del 11,11 por ciento. La tasa de paro de los hombres se sitúa también en el punto más bajo, el 6,02, lo cual, conjuntamente, lleva a una de las mejores situaciones del mercado de trabajo en España.



Sólo el 13,76 por ciento de los parados busca un empleo a tiempo parcial. En el caso de los hombres la cifra baja hasta el 5,68 por ciento, mientras el 19,87 por ciento de las mujeres busca un empleo a tiempo parcial.

Teniendo en cuenta los sectores económicos, en el tercer trimestre de 2006 descendió el número de personas desempleadas en todos los sectores, así como los parados en busca de un primer empleo, cuando el tercer trimestre, la época estival, es un periodo que atrae precisamente a las personas en busca de un primer empleo, generalmente los más jóvenes, a encontrar un trabajo en el sector servicios, relacionado con el turismo veraniego. Las reducciones son menores que las del año anterior, salvo en el caso de la agricultura, que ve caer el número de solicitantes de empleo en su sector en este periodo por primera vez desde el año 2001.



5. CONDICIONES DE TRABAJO

El coste laboral medio por trabajador y mes en el tercer trimestre de 2006 se elevó en un 3,6 por ciento respecto al año anterior, situándose en 2.112,66 euros. El ritmo de crecimiento interanual más elevado se registró en el sector de la construcción (4,1), seguido de los servicios (3,8). No obstante el coste laboral por trabajador disminuyó en todos los sectores respecto al trimestre anterior, aunque al considerar el coste por hora trabajada, se observa un aumento global de 70 céntimos por hora respecto al segundo trimestre del año. Esta aparente contradicción se explica por la reducción del tiempo de trabajo en este periodo, tanto en las jornadas a tiempo completo como en las de tiempo parcial, que en verano se acogen a jornadas reducidas por la temporada estival.

**COSTE LABORAL MEDIO POR TRABAJADOR AL MES
Y POR HORA POR SECTORES, TERCER TRIMESTRE DE 2006**

Sector	Coste laboral por trabajador			Coste laboral por hora		
	Euros	Variación trimestral	Variación interanual	Euros	Variación trimestral	Variación interanual
Industria	2.433,99	-3,0	3,6	19,12	10,4	3,9
Construcción	2.509,11	-5,4	4,1	14,76	1,4	4,9
Servicios	2.195,71	-3,7	3,8	16,21	3,3	4,2
Total	2.112,66	-3,9	3,6	16,52	4,4	4,0

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral, Instituto Nacional de Estadística

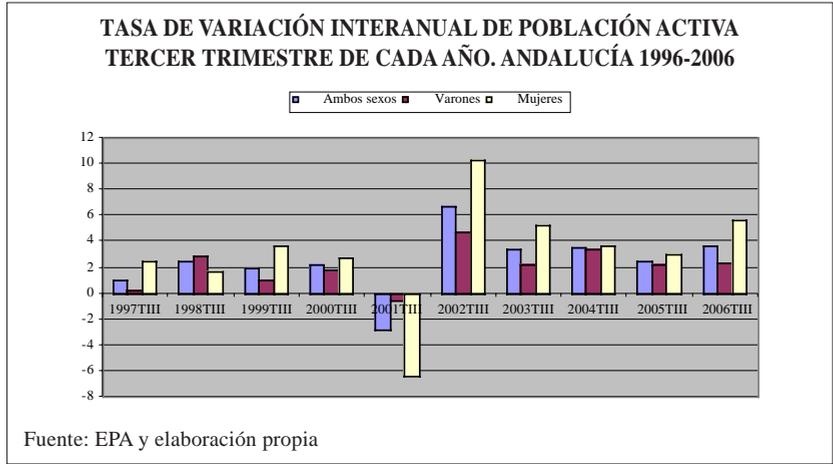
El sector que presenta mayores incrementos del coste laboral por hora trabajada en términos interanuales ha sido el de la construcción, con un crecimiento del 4,9 por ciento en el año, seguido del sector servicios (4,2 por ciento).

6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

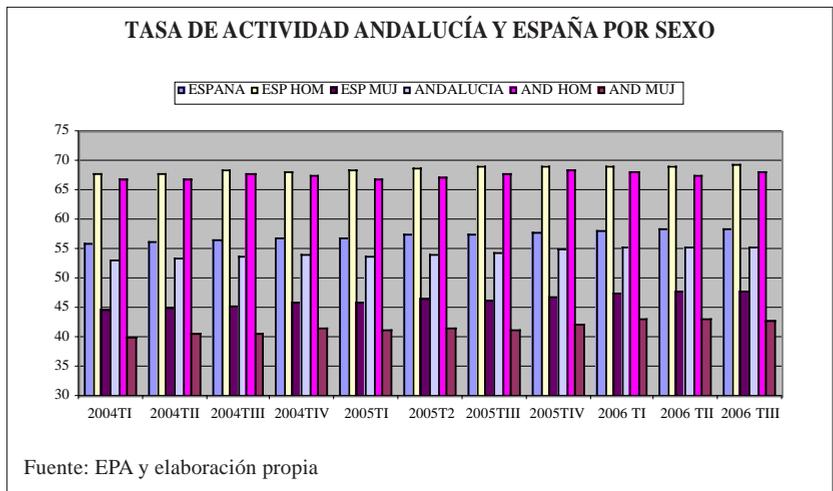
La evolución del mercado de trabajo en Andalucía es el tercer trimestre de 2006 sigue siendo positiva en la misma línea de tendencia que los trimestres anteriores y en armonía con la evolución que presenta la economía española que, en los últimos años, coincide con la evolución del conjunto de la economía europea. A modo de ejemplo, se puede señalar que en este trimestre se ha superado la cifra de tres millones cien mil personas ocupadas en Andalucía lo que refleja el potencial del crecimiento del empleo llevado a cabo en los últimos años en Andalucía. A continuación, vamos a realizar una exposición de los principales cambios acaecidos en las variables laborales andaluzas más importantes en este tercer trimestre de 2006.

En lo que respecta a la evolución de la oferta de trabajo, el total de personas que quieren participar en el mercado de trabajo se situó en el tercer trimestre de 2006 en Andalucía en un total de 3.562.500 personas, lo que supone un aumento de 14.200 respecto al trimestre anterior. El incremento de población activa en este trimestre se distribuyó en un aumento de 26.200 hombres y una reducción de 11.900 mujeres. La tendencia creciente del conjunto de la población activa se mantiene ya que la diferencia con respecto al mismo trimestre del año 2005 es de 124.300 personas (49.000 hombres y 74.400 mujeres), lo que representa un incremento del 3,61%. En los últimos diez años, y teniendo en cuenta los cambios metodológicos que

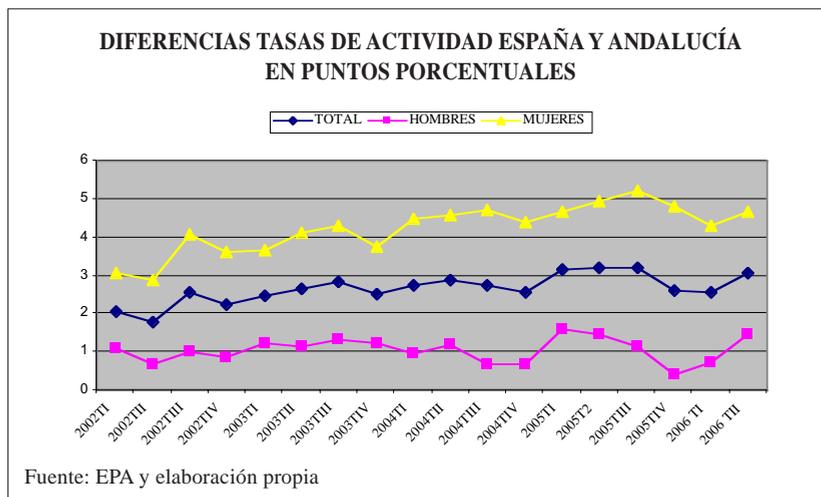
se han llevado a cabo en la EPA, el tercer trimestre ha presentado aumentos del número de personas activas fundamentalmente en el ámbito de la población femenina. Un análisis más detenido de la evolución de la oferta de trabajo exige que se consideren otros aspectos relativos a la edad y la procedencia de la población de Andalucía.



A partir de estos datos, el INE establece que la tasa de actividad de Andalucía se ha situado en 55.22%, permaneciendo casi inalterada con respecto al trimestre anterior, pero aumentando en 0,98 puntos respecto al mismo trimestre del año 2005. La diferencia con la tasa media de actividad nacional (58,44%) se ha situado este tercer trimestre en 2,33 puntos porcentuales.



La tasa de actividad masculina ha crecido alcanzando la cifra de 68,17% acercándose a la media nacional (69,48%), mientras que la femenina ha bajado medio punto este trimestre, quedando en el 42.73%, siendo el valor nacional 47,83%. La convergencia en la tasa de actividad masculina es prácticamente total entre Andalucía y España, mientras que se sigue la diferencia entre las tasas de actividad femeninas nacional y regional. Las diferencias entre las tasas de actividad nacional y andaluza en los últimos años presentan una evolución hacia el incremento como consecuencia de la evolución de las tasas de actividad femenina. Mientras las tasas de actividad masculina andaluza y española se diferencian en términos medios en un punto, las tasas femeninas se diferencian en una media de cuatro puntos.



Un componente importante de la evolución del mercado de trabajo en los últimos años ha sido la incorporación de inmigrantes. La lógica de la inmigración implica que la participación de la población inmigrante debe ser mayor de la población autóctona. El efecto de la incorporación de las personas inmigrantes es diferenciado en el conjunto del mercado de trabajo de España y de Andalucía. Las tasas de actividad de las personas extranjeras procedente de países más allá de la U.E. son mucho más elevadas que las de los nacionales y de las personas procedentes de países de la U.E: Las causas de este comportamiento son claras si se tiene en cuenta las razones económicas de la emigración en comparación con las residencias de personas extranjeras en otro país como consecuencia de las estancias prolongadas por retiro o jubilación, lo que puede ser especialmente relevante en el caso de Andalucía, por lo que las tasas de actividad de las mujeres extranjeras procedentes de países de la U.E. es mucho más reducida en Andalucía que en el conjunto de España.

TASAS DE ACTIVIDAD POR NACIONALIDAD Y SEXO

2006TIII	Española	Extranjera U.E.	Extranjera No U.E
Ambos sexos			
Total Nacional	56,4	56,58	80,94
Andalucía	53,71	42,5	85,14
Varones			
Total Nacional	67,64	65,95	89,55
Andalucía	67,1	53,79	91,86
Mujeres			
Total Nacional	45,67	46,55	72,23
Andalucía	40,74	30,94	79,15

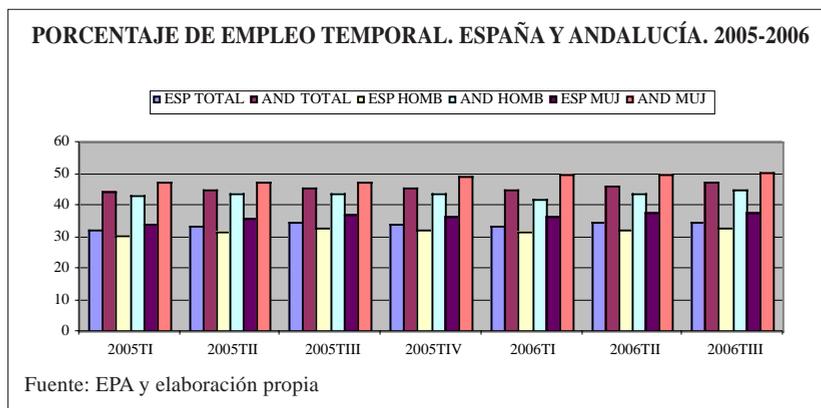
Fuente: EPA y elaboración propia

Si consideramos el comportamiento de oferta de trabajo según el tramo de edad de las personas, se observa que la oferta de trabajo en Andalucía se centra fundamentalmente en los tramos de edad entre los 25 y los 49 años. En este tramo, la tasa de actividad media está situada por encima del 75%, si bien se registran tasas de actividad superiores al 90 para los hombres, y tasas más elevadas del 60% para las mujeres.

En cuanto a la evolución de la demanda de trabajo, en el tercer trimestre de 2006 en Andalucía, la cifra de ocupados superó los tres millones cien mil personas, lo que sigue constituyendo un hito importante en la evolución de la economía andaluza los últimos años pues se están alcanzando niveles de ocupación nunca antes alcanzados en la historia reciente. Con respecto al segundo trimestre del año, la ocupación ha crecido en 17.700 personas como consecuencia de un comportamiento diferenciado entre hombres (28.000 más) y mujeres (10.300 menos). Si se compara con lo ocurrido en el mismo trimestre del año anterior, la ocupación ha crecido en 143.600 personas (60.600 hombres y 83.000 mujeres). En términos relativos estos aumentos significan unos porcentajes de 4,83% para el total, 3,18% para los hombres y 7,76% para las mujeres.

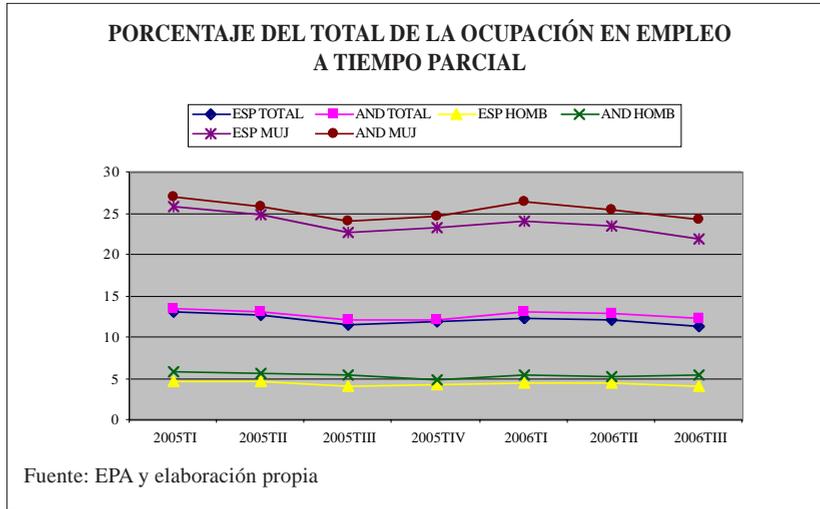
Por lo que se refiere a los sectores de actividad económica, el empleo ha crecido en los últimos cuatro trimestres forma sustancial en los servicios (146.500 personas) seguido de la construcción (40.900), la industria y la agricultura han perdido empleo. En términos absolutos, la ocupación está especialmente concentrada en el sector servicios que ocupa en el tercer trimestre de 2006 a más de dos millones de andaluces (2.096.400). Diferenciando

cuatro grupos de servicios, el que ocupa mayor número de personas es el de los servicios tradicionales (938.200 personas) seguido por el subsector de los servicios públicos (591.000 personas) los servicios avanzados (319.400 personas) y los servicios personales (247.800 personas). El sector de la construcción ocupó en el periodo de referencia a 475.700 personas, la industria a 315.400 personas y la agricultura a 228.900 personas. La tendencia en los últimos años es a un mayor peso del sector servicios, así como del empleo en la construcción, mientras que el empleo en la industria parece estabilizado y la ocupación en el sector agrícola pierde peso aunque con un fuerte componente estacional.

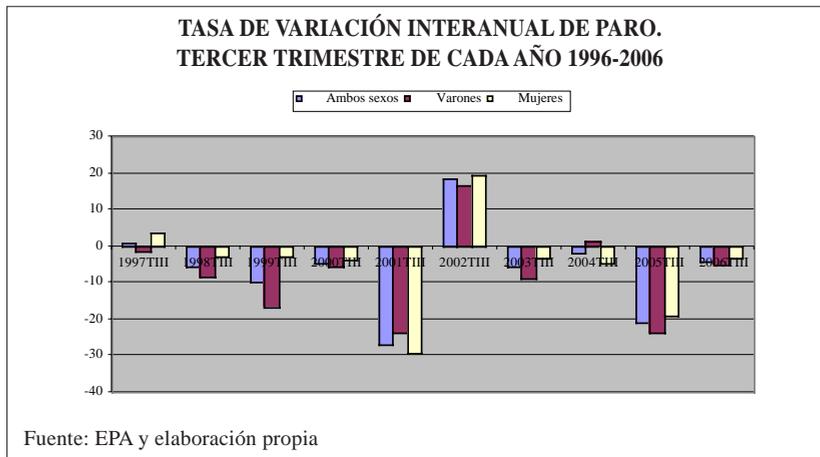


Se ha señalado a menudo por diversos agentes sociales, fundamentalmente sindicatos, que aunque la ocupación crece de forma sustancial, la calidad del empleo que se está creando es mejorable, ya que la tasa de temporalidad es elevada en varios países de Europa. La tasa media de temporalidad en España es del 34,6%, en Andalucía la tasa de temporalidad se sitúa en el 47,3%. La temporalidad en Andalucía es más acusada y especialmente en el caso de las mujeres que experimentan una tasa más del 50% (50,6%), mientras que la media de temporalidad en España es del 37,4%. Se trata este de uno de los principales puntos débiles de la economía española sobre el que pretende incidir el *Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo* que pretende fomentar el empleo estable y fijo aplicado desde el mes de mayo. Por otra parte, los acuerdos marcos sobre negociación colectiva en Andalucía también han hecho énfasis en estos aspectos. Todavía es pronto para ver el efecto de este acuerdo sobre las variables laborales andaluzas.

Otro importante factor para considerar el análisis del empleo a tiempo parcial que se mantiene con presencia muy desigual entre hombres y mujeres, siendo más elevado el porcentaje de ocupación a tiempo parcial entre las mujeres en Andalucía.



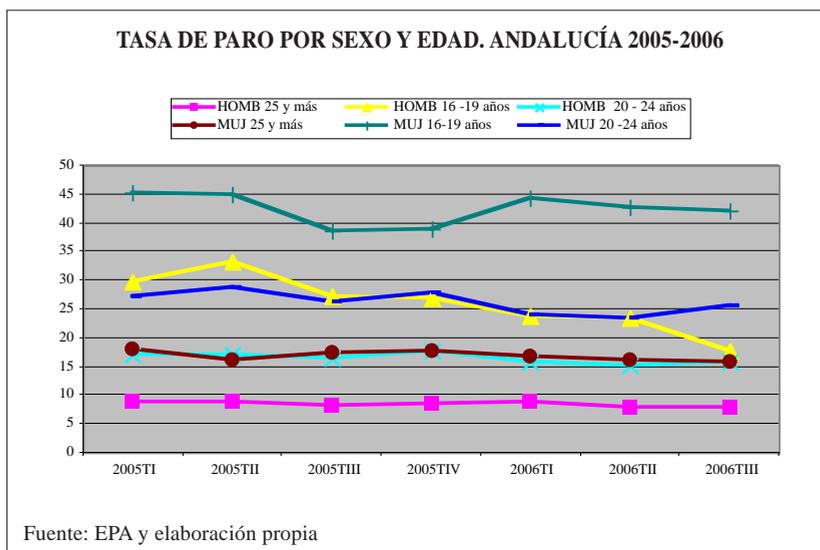
En lo que respecta al desempleo en Andalucía, el comportamiento de esta variable sigue siendo positivo. Según los datos de la EPA, el número de desempleados se situó en el tercer trimestre de 2006 en 446.100 personas, lo que supone una reducción de 19.300 personas en este trimestre respecto al mismo periodo de 2005, o sea una caída del 4,15% con respecto al mismo periodo del año anterior. La reducción del desempleo a las mujeres (8.500) y fundamentalmente a los hombres (10.800). Estas variaciones suponen una reducción del número total de desempleados en 5,22% para los hombres y del 3,29% para las mujeres. En general y teniendo en cuenta los cambios metodológicos que ha sufrido la EPA en el periodo considerado, en los últimos años, el desempleo se ha reducido en el tercer trimestre,



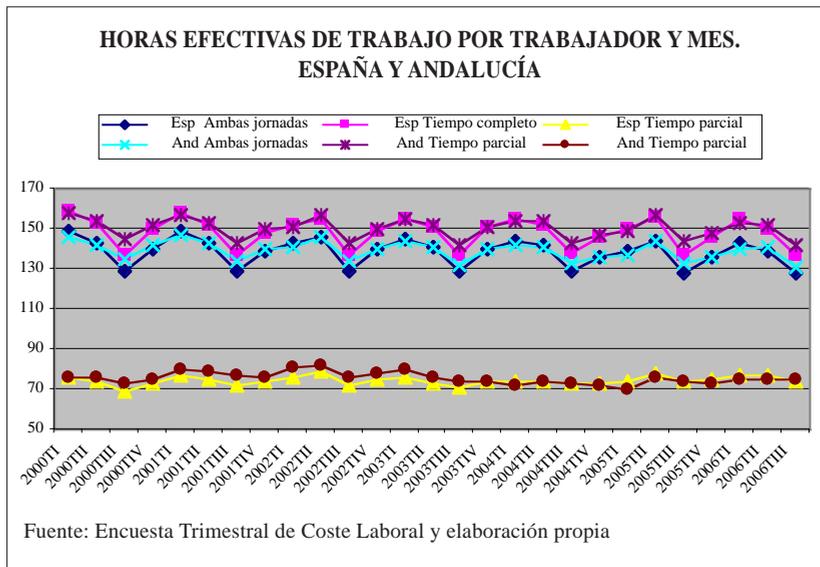
de forma especialmente significativa en el año 2001 y en el 2003. Se trata pues de un buen trimestre en lo que se refiere al comportamiento del paro que contribuye a la tendencia a la reducción en Andalucía.

El buen comportamiento de la variable del desempleo, ha situado la tasa de paro andaluza en este trimestre en el 12,52%, una cifra muy baja en términos históricos y que mantiene la tendencia a la reducción de la tasa de paro en Andalucía, acentuando la convergencia con la media nacional, cuya diferencia se ha situado en 4,37 puntos porcentuales.

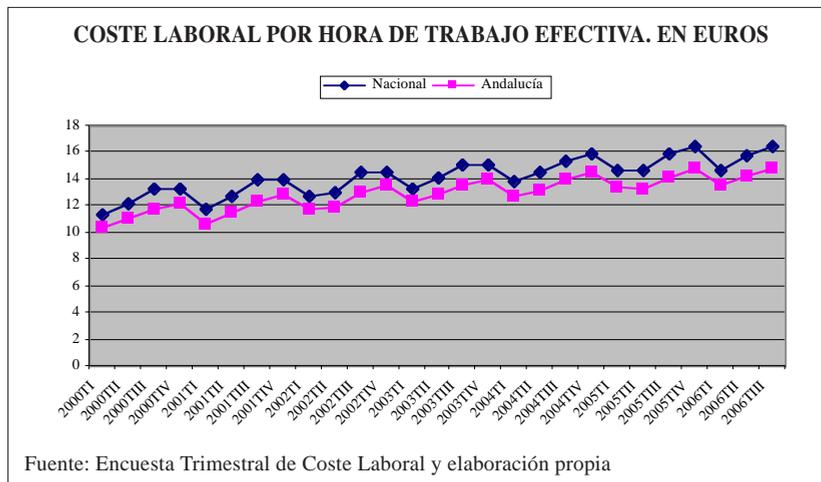
Este buen comportamiento de la tasa de paro, afecta de forma diferenciada a los colectivos de varones y mujeres, como ya se ha puesto de manifiesto reiteradamente en informes anteriores. Pero también afecta de forma muy diferenciada a diversos colectivos en función de la edad de los trabajadores. Es especialmente relevante la tasa de desempleo juvenil, tanto para hombres como para mujeres, más acentuado en este caso. Las tasas de paro más reducidas son las correspondientes al colectivo de varones de más de 25 años, en torno al 8% (siendo la media del mismo grupo a nivel nacional del 5,5%). Las mujeres de más de 25 años presentan una tasa de paro en torno al 15%, muy semejante a la del grupo de los varones de entre 20 y 24 años. Las tasas de paro más juvenil (entre 16 y 19 años) son mucho más elevadas para ambos géneros, si bien, para las mujeres, se alcanzan cifras superiores al 40%. Para este mismo grupo, la tasa de paro en la media nacional se sitúa en el entorno del 36% en los últimos siete trimestres. Es claro que la juventud está expuesta a tasas de paro más elevadas que la media, lo que unido al género femenino da lugar a un grupo de personas en los que el desempleo se localiza de forma más intensa.



Por último, se puede hacer una breve mención a la evolución de otras variables laborales relevantes en lo que respecta a las condiciones de trabajo que se centran en las horas de trabajo y los costes laborales. Desde el punto de vista de las horas de trabajo, la evolución la jornada laboral en Andalucía es muy semejante a lo que ocurre en el ámbito nacional. Existe una importante diferencia entre la jornada la tiempo completo y a tiempo parcial. Mientras que la primera presenta una oscilación típica de la estacionalidad del verano de cada año, las jornadas del trabajo a tiempo parcial se mantienen estables a lo largo del periodo considerado con una ligera tendencia a la reducción, hacia las 70 horas efectivas de media por trabajador y mes.

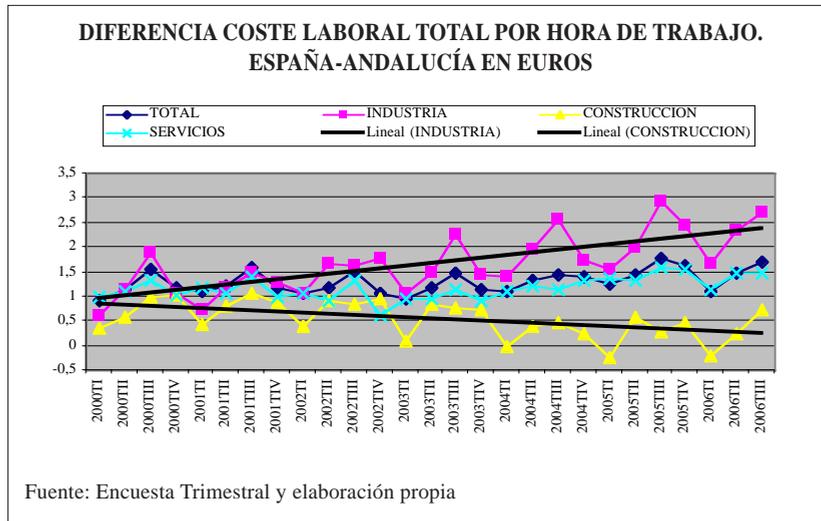


El comportamiento semejante que se da en las jornadas laborales de Andalucía y España no se repite en lo que se refiere a los costes laborales. La evolución del coste laboral total por hora efectiva en los últimos años ha sido claramente creciente pasando de una media de 11,32 € en España (10,43€ en Andalucía) en el primer trimestre de 2000 hasta los 16,52 € en el tercer trimestre de 2006 (14,8€ en Andalucía). La tendencia creciente se mantiene en ambos ámbitos geográficos, pero hay una diferencia significativa entre ambos.



Según la Encuesta Trimestral de Coste Laboral, se constata que el coste total laboral por hora de trabajo efectiva a nivel nacional es más alto que en Andalucía. La diferencia se sitúa en un 10,34% en el tercer trimestre de 2006, siendo la media de los últimos seis años de un 9,16%. Como es lógico, las diferencias cambian según los sectores de actividad que se consideren, Los costes laborales totales más elevados se encuentran en el sector de la industria (19,12€ de media nacional frente a 16,39€ en Andalucía), mientras que los costes laborales totales más bajos por hora de trabajo efectiva se hallan en el sector de la construcción, si bien desde el primer trimestre de 2000 ha crecido un 54,23% (52,28% en Andalucía), crecimiento que sigue, en segundo lugar, al del sector industrial.

La evolución desde el año 2000 de las diferencias de los costes laborales totales por hora nacionales y andaluces, tiene una clara tendencia a la dispersión. En el sector industrial se observa una tendencia al aumento de las diferencias en los costes laborales horarios a favor de los valores nacionales, sin embargo, en el sector de la construcción la diferencia muestra una tendencia a la reducción y en algunos periodos (primeros trimestres de 2004, 2005 y 2006) las diferencias han sido favorables a los valores de las variables en Andalucía. La concordancia en los costes laborales en este sector puede aportar datos a la explicación del comportamiento del sector de la construcción, del aumento de su ocupación y de la importancia de éste en la actividad económica de Andalucía.





3

Comentarios de Jurisprudencia







PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

LA PROMOCIÓN DE LAS ELECCIONES A REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 de mayo de 2006

MARÍA DEL JUNCO CACHERO ¹

SUPUESTO DE HECHO: El 5 de noviembre de 2003, el Sindicato Comisiones Obreras, promovió elecciones a representantes de los trabajadores de forma conjunta para cinco centros de trabajo, de la empresa Iberdrola Energías Renovables en Navarra. En el preaviso presentado al efecto, se señala como fecha de inicio del proceso electoral el 9 de diciembre de 2003. Este día se constituye la Mesa Electoral y el Sindicato Independiente de la Energía presenta reclamación ante la misma, por la que solicita que se declare no ajustado a derecho el preaviso de elecciones a representantes de los trabajadores de forma conjunta para cinco centros de trabajo de la misma Empresa.

La Mesa Electoral acuerda rechazar la reclamación presentada, por entender que a la vista de la documentación aportada por el interventor de Comisiones Obreras y por el representante de la Empresa, el número de Seguridad Social era el mismo para los cinco centros de trabajo, tanto en el documento presentado por el Sindicato Comisiones Obreras, como el de la Empresa, por lo que se había dado valor a éstos. Entiende la Mesa que los nueve trabajadores que constan en el censo pertenecen a un mismo grupo y que por tanto deben realizarse las votaciones pertinentes.

Pero con anterioridad a todo ello, el 27 de noviembre de 2003, el Sindicato Independiente de la Energía, había presentado una previa impugna-

¹ T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ción anterior a la constitución de la Mesa Electoral ante la Oficina Pública registral de elecciones sindicales. Ésta termina con laudo arbitral de 5 de diciembre de 2003, dando por desistido al Sindicato Independiente de la Energía. Además, una vez constituida la Mesa Electoral y celebradas las elecciones, el 17 de diciembre de 2003, vuelve el Sindicato Independiente de la Energía a presentar una nueva impugnación ante la misma Oficina Pública registral. En este caso no sólo se solicita la nulidad del proceso, sino también el acto de constitución de la Mesa Electoral y la publicación del censo. Termina con laudo arbitral el 23 de diciembre de 2003, por desistimiento de la parte impugnante.

El proceso electoral al que se refiere el preaviso impugnado en esta Sentencia², se celebró el 12 de diciembre de 2003, votando un total de nueve trabajadores y resultando elegido como delegado de personal, un miembro del Sindicato Comisiones Obreras.

RESUMEN: El Tribunal Supremo, zanjando un debate en Tribunales inferiores, resuelve que la impugnación de los actos de promoción de las elecciones a representantes de los trabajadores no puede sustanciarse a través del arbitraje en materia electoral, de modo que es de conocimiento directo por el Juez de lo Social, sin previa vía arbitral. El arbitraje sólo despliega su actuación a partir de la constitución de la Mesa Electoral, pero no respecto de actos previos.

Procesalmente en el supuesto que nos ocupa, en primera instancia, el Sindicato Independiente de la Energía demandó al Sindicato Comisiones Obreras y a la Empresa Iberdrola Energías Renovables, declarándose la nulidad del preaviso. Posteriormente esta Sentencia fue recurrida en suplicación por Comisiones Obreras ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, procediendo a inadmitir la demanda de impugnación del preaviso electoral. Por último, el Sindicato Independiente de la Energía, formula recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, el cual confirma la resolución de instancia.

ÍNDICE

1. PREAVISO/PROMOCIÓN: ¿MATERIA ELECTORAL O PROCESO ELECTORAL?
2. REQUISITOS DEL PREAVISO DE CELEBRACIÓN DE ELECCIONES A REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
3. VÍA ARBITRAL
4. VÍA JUDICIAL

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 de mayo de 2006.



1. PREAVISO/PROMOCIÓN: ¿MATERIA ELECTORAL O PROCESO ELECTORAL?

El art. 76.1 E.T.³ establece que «las impugnaciones en materia electoral se tramitarán conforme al procedimiento arbitral...», pero no hay ningún precepto que determine el contenido de la expresión «materia electoral»⁴, por lo que apuntaremos opiniones de diversos tipos.

El problema que se suscita en esta Sentencia que comentamos es delimitar si la promoción de elecciones a representantes de los trabajadores es parte del proceso electoral o materia electoral y como tal es posible su impugnación en vía arbitral.

Sin embargo para el Tribunal Supremo⁵, no cabe diferenciar «materia electoral» de «proceso electoral»: «se priva de eficacia a argüir que el preaviso tiene esencia electoral [al ser presupuesto de las elecciones], y que “materia electoral” y “procedimiento electoral”, son conceptos diferenciables, pues aunque así sea en el puro terreno semántico⁶, lo cierto es que la alusión que el título y el apartado primero del art. 76 E.T. hacen de la “materia electoral”, únicamente representa la mera indicación de la naturaleza objeto del procedimiento electoral, pero no integra la definición del mismo, puesto que la concreción legal de tal objeto del proceso se lleva a cabo con la enumeración del apartado segundo: elección y decisiones de la Mesa durante el «proceso electoral» propiamente dicho».

Destaca el Tribunal que la «interpretación de las normas ha de realizarse conforme a los criterios establecidos en el art. 3 C.C., y entre sus reglas adquiere singular relevancia el elemento de la literalidad, que ordena al intérprete estar “al sentido propio de sus palabras”. En este terreno es destacable que el art. 76.2 E.T. ciñe el objeto de la impugnación arbitral a

³ 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, en adelante E.T.

⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J. y PÉREZ BORREGO, G.: *Procedimiento de Elecciones a Representantes de los Trabajadores y Funcionarios*. Aranzadi. Pamplona 1995. Pág. 401.

⁵ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 de mayo de 2006.

⁶ «En el plano de la interpretación histórica a que también se remite el art. 3.1 C.C. como elemento hermenéutico coadyuvante del componente literal, no puede pasarse por alto: a) que el arbitraje obligatorio establecido para la materia electoral por la ley 11/1994 vino a sustituir una precedente modalidad procesal en la que la doctrina de los Tribunales excluía la promoción de elecciones; y b) que el origen de la normativa expresamente contemplaba la impugnación arbitral de “cualquier incidencia que se produzca a lo largo del proceso electoral, desde su promoción hasta el registro por la oficina pública establecida al efecto”, de manera que la diversa regulación llevada a cabo por el legislador [omitiendo la referencia a la “promoción” y manteniendo la precedente remisión a la “elección”] parece expresiva de su voluntad contraria a la amplitud que los impulsores del arbitraje pretendían darle». Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 de mayo de 2006.

la “elección”, las “decisiones” de la Mesa y cualquier otra actuación de ella a lo largo del “proceso electoral”. Y en nuestro parecer el término “elección” no hace referencia a un concepto amplio y expresivo del proceso electoral en su totalidad, incluyendo el preaviso, sino al “resultado de la elección”»⁷.

Pero para gran parte de la doctrina, sí es importante la ubicación de la promoción en alguna de estas terminologías, pues de ello dependerá si dicho acto es posible impugnarlo por la vía arbitral, y no por la vía judicial directamente.

La determinación de la vía adecuada⁸ para impugnar el preaviso electoral, procede de la redacción del art. 76 E.T., pues si bien en su apartado primero se establece genéricamente que «las impugnaciones en materia electoral se tramitarán conforme al procedimiento arbitral desarrollado en este artículo, con excepción de las denegaciones de inscripción, cuyas reclamaciones podrán plantearse directamente ante la jurisdicción competente», el apartado segundo, al especificar lo que ha de constituir objeto del arbitraje, no incluye expresamente el preaviso, señalando, como se ha dicho, que se podrán impugnar en esta vía la elección, las decisiones que adopte la Mesa, así como cualquier otra actuación de la misma a lo largo del proceso electoral, por lo que se plantean dudas de sí el acto del preaviso, consustancial a cualquier elección a representantes de los trabajadores, forma o no parte del proceso electoral, y en consecuencia sí puede ser considerado «materia electoral» sometida a arbitraje.

El preaviso o promoción electoral es el acto esencial⁹ que pone en marcha el proceso electoral, fijando precisamente el comienzo del mismo con la constitución de la Mesa Electoral en su momento, art. 67.1 E.T. Pero aunque ello sea así, no es argumento suficiente para concluir¹⁰ que la promoción electoral no es «materia electoral», art. 76.1 E.T. La «materia electoral» es un concepto más amplio que el de «proceso electoral». Y en todo caso no puede olvidarse que es el acto de promoción electoral el que fija, determina y establece la fecha de constitución de la Mesa Electoral. No parece razonable¹¹ deducir del art. 76.1 E.T. que haya querido ceñir la expresión «materia electoral» a lo que ocurre tras la constitución de la Mesa Elec-

⁷ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 de mayo de 2006.

⁸ MIRANZO DIEZ, J. J.: «El ámbito material del arbitraje electoral». *Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales*. Bomarzo. Albacete 2006. Pág. 213.

⁹ GASCO GARCÍA, E.: «Las causas de impugnación arbitral». *Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales*. Bomarzo. Albacete 2006. Pág. 239.

¹⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La impugnación de la promoción de elecciones. ¿Ha de tramitarse por el procedimiento arbitral?». *Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales*. Bomarzo. Albacete 2006. Pág. 82.

¹¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La impugnación de la promoción...», *op. cit.* Pág. 83.



toral, cuando todo ello viene predeterminado y hasta fijado por el acto de promoción electoral, y el incumplimiento de los requisitos que para este acto establece el art. 67.1 E.T. «determinan la falta de validez del proceso electoral», art. 67.2 E.T.

Parece abrirse paso en este sentido¹² una tendencia en la doctrina judicial de algunas Salas de los Tribunales Superiores de Justicia que apuestan por una interpretación más sistemática del precepto. Así¹³, para la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de 10 de diciembre de 2002, no hay duda de que si se repara en el término materia electoral, la promoción de elecciones forma parte de la misma, dado que si lo que se solicita es la nulidad del preaviso y por tanto del proceso electoral subsiguiente, en realidad se está formulando una pretensión en materia electoral. Y es que a fin de cuentas, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 8 de junio de 2004, en el supuesto enjuiciado «la cuestión de fondo no es el preaviso mismo sino la nulidad básica electoral en unas elecciones sindicales; pues el preaviso es un mero acto de notificación formal y circunstancial que no tiene entidad propia distinta de la de ser presupuesto de la constitución de la Mesa Electoral».

2. REQUISITOS DEL PREAVISO DE CELEBRACIÓN DE ELECCIONES A REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Los requisitos del acto de promoción, son temporales y formales.

Los primeros, los temporales se centran fundamentalmente en que hayan transcurrido al menos seis meses desde la iniciación de las actividades en el centro de trabajo donde se tiene el propósito de celebrar elecciones.

Otro requisito temporal es la fecha de inicio del proceso electoral, que se produce con la constitución de la Mesa Electoral; así se posibilita, conociendo la fecha establecida en el preaviso, que todos los sujetos interesados puedan concurrir en el proceso electoral. Entre el momento del comienzo del proceso electoral y la fecha en que se registra en la Oficina Pública el escrito de preaviso, tiene que mediar como mínimo un mes y como máximo tres meses.

¹² En otro sentido, CALVO GALLEGO, J.: *El arbitraje en las elecciones «sindicales»*. Tirat lo blanch. Valencia 1997: «Creemos que la materia electoral a la que hace referencia el primer punto del art. 76 E.T., solo es una fórmula descriptiva, poco afortunada, destinada a adelantar —que no a delimitar— el verdadero objeto de este arbitraje».

¹³ MIRANZO DIEZ, J. J.: «El ámbito material...», *op. cit.* Pág. 215.

En el supuesto de que se promuevan elecciones para renovar la representación existente debido a la conclusión de su mandato, el escrito de promoción solamente podrá efectuarse con una anterioridad máxima de tres meses a la fecha en que venza el mandato vigente.

Ninguno de estos requisitos son puestos en duda en la Sentencia que comentamos, pues aquí no se suscita la impugnación que sobre el preaviso se lleva a cabo. Serán en los otros requisitos, los formales, en los que aparezca la irregularidad, según la parte impugnante.

En lo que se refiere a estos últimos, los formales, habrá que identificar con precisión la empresa y el centro de trabajo de ésta en que se desea celebrar el proceso electoral. La omisión, por tanto, de la identificación de la empresa, o la identificación incorrecta determinarán la nulidad del proceso electoral, puesto que los posibles interesados en el mismo, por falta de publicidad o por una publicidad defectuosa, verán dificultado su derecho de concurrir al proceso electoral.

Aunque los errores materiales, siempre que sea posible la identificación del centro donde se van a celebrar las elecciones, no supongan automáticamente¹⁴ la nulidad del proceso, debe advertirse que la determinación concreta y precisa del domicilio de la empresa y del centro de trabajo, a efectos electorales, es una obligación que descansa sobre los promotores, como establece el art. 67.1 E.T.

Es aquí, en la identificación de los centros en que se celebran las elecciones, donde surge la cuestión de la nulidad del preaviso conjunto, promovido por el Sindicato Comisiones Obreras, para cinco centros de trabajo de la Empresa Iberdrola Energías Renovables, S.A., aunque la Sentencia que comentamos aborda el tema sin entrar en debate alguno, argumentando que «por resolución de 3 de mayo de 2001 de la Dirección General de Trabajo se dispuso la inscripción y publicación del segundo Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo, pacto normativo en el que se establece que, art. 1 numeral 5.º, con total independencia en configuración mercantil del grupo de sociedades o de empresas, Iberdrola Grupo se conforma a efectos jurídico laborales por Iberdrola, S.A., Iberdrola Redes, S.A., Iberdrola Generación, S.A., Iberdrola Distribución, S.A. e Iberdrola Sistemas, S.A. permitiendo la posibilidad de incorporarse al resto de empresas que pudieran nacer por segregación o fórmulas análogas de acuerdo con los caracteres enumerados en la base contractual 3.ª de dicho art. 1. En dicha base tercera del art. 1 se establece que las sociedades anónimas nacidas de segregación con transferencias de trabajadores de Iberdrola Grupo, S.A. deberán tener una serie de características comunes».

¹⁴ GARCÍA MUÑOZ, M.: *Proceso de elecciones sindicales y laudos arbitrales (Sevilla, 1994-2000)*. Tecnos. Madrid 2002. Págs. 39 y ss.



Por todo ello, no existe inconveniente legal alguno para poder celebrar conjuntamente en todos los centros de trabajo que Iberdrola Grupo, S.A. tiene en Navarra, elecciones a representantes de los trabajadores.

3. VÍA ARBITRAL

El ámbito competencial del procedimiento arbitral viene delimitado en el art. 76.2 E.T.: «...la elección, las decisiones que adopte la Mesa, así como cualquier otra actuación de la misma a lo largo del proceso electoral...».

El ámbito del arbitraje no se extiende, pues, a todos los actos electorales, sino que se circunscribe¹⁵ a las cuestiones litigiosas durante el desarrollo del proceso electoral, y éste, al menos formalmente y en sentido estricto, comprende el arco temporal que transcurre desde que se constituye la Mesa Electoral, fecha de inicio del proceso electoral, hasta el momento del depósito de las actas en la Oficina Pública.

El Tribunal Supremo¹⁶ se plantea que la cuestión jurídica que ha de unificarse es la de si la impugnación del preaviso de elecciones ha de seguir los cauces del procedimiento arbitral previsto en el art. 76 E.T., frente a cuyo laudo podrá presentarse demanda a tramitar conforme a las prevenciones de los arts. 127 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, o si por el contrario la promoción de elecciones únicamente puede combatirse por vía judicial directa, al no tratarse de la «materia electoral» a que se refiere la modalidad procesal de que tratan los citados mandatos procesales. Para resolver el problema, hace una enumeración de todos los artículos del E.T. que se ven afectados por ello: 67.2; 74.1; 74.2; 76.1; 76.2; 76.6.

En definitiva, para esta Sala, «la iniciación del proceso electoral viene marcada por la constitución formal de la Mesa Electoral, tal como inequívocamente afirma el art. 74.1 E.T., de forma que un hipotético laudo sobre el preaviso excedería de la “elección”, las “decisiones” de la Mesa o actuaciones de ella en el “proceso electoral”».

Pero no son pocas las voces doctrinales y judiciales las que afrontan el tema de distinta forma. Es verdad que se puede impugnar un laudo arbitral por haber resuelto aspectos que «no pueden ser objeto del mismo», art. 128.b) Ley de Procedimiento Laboral. Pero es que la promoción electoral sí puede impugnarse por la vía arbitral¹⁷, al contrario de lo que claramente y de forma expresa sucede con la denegación del registro de las actas. Además «la

¹⁵ MIRANZO DÍEZ, J. J.: «El ámbito material...», *op. cit.* Pág. 210.

¹⁶ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 de mayo de 2006.

¹⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La impugnación de la promoción...», *op. cit.* Pág. 85.

razón práctica» aconseja que un árbitro pueda examinar de entrada la corrección de la promoción/preaviso sin tener que asistir o permitir un proceso electoral viciado desde su origen, o que tenga que esperar a que un Juez de lo Social así lo declare. Ya se ha dicho ¹⁸ que probablemente un árbitro podría declarar la nulidad de la elección, una vez efectuada ésta, por vicios de la promoción, por lo que no se ve porqué no puede hacerlo por impugnación directa ante él del preaviso, lo que evitaría que se hiciera una elección viciada en su origen o que ello sea declarado por un Juez una vez concluido o a mitad de un proceso electoral.

También los Tribunales se han pronunciado en este mismo sentido; así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 25 de noviembre de 2004, dispone «que si la finalidad de la reforma ha sido crear una vía arbitral de tramitación sumaria y urgente que sólo es impugnable por causas excepcionales, evitando que los procesos puedan ser reiteradamente impugnados por causas diversas ante la jurisdicción social, se considera que pueden ser objeto de impugnación por la vía arbitral actos no procedentes de las mesas, como los relativos a la constitución de las mesas o los de promoción de elecciones que generan la falta de validez del proceso electoral».

Sin embargo hay autores ¹⁹ que estiman que el sistema arbitral supone una restricción al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

4. VÍA JUDICIAL

De entre las posibles causas de impugnación que pueden demandarse en base al art. 128 de la Ley de Procedimiento Laboral ²⁰ parece ser que el alcance de la incongruencia del laudo viene limitado por el propio apartado b) del art. 128 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando sienta que la anulación de los aspectos en los que el árbitro no debería haber entrado a resolver, no afectará a todo el laudo, sino sólo a aquellos aspectos incon-

¹⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La impugnación de la promoción...», *op. cit.* Pág. 85.

¹⁹ CALVO GALLEGÓ, J.: *El arbitraje en las elecciones...*, *op. cit.*

²⁰ Art. 128 Ley de Procedimiento Laboral: «La demanda sólo podrá fundarse en: a) Indebida apreciación o no apreciación de cualquiera de las causas contempladas en el artículo 76.2 del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, siempre que la misma haya sido alegada por el promotor en el curso del arbitraje; b) Haber resuelto el laudo aspectos no sometidos al arbitraje o que, de haberlo sido, en estos casos la anulación afectará sólo a los aspectos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal; c) Promover el arbitraje fuera de los plazos estipulados en el artículo 76 del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores; d) No haber concedido el árbitro a las partes la oportunidad de ser oídas o de presentar pruebas».



gruentes, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal²¹.

Pero en el caso de la promoción electoral, como regla general, cualquier violación grave de su normativa —salvo la comunicación a la empresa cuando ésta es subsanada en tiempo y forma— debiera provocar²² la nulidad de todo el procedimiento electoral —si este ya se hubiese comenzado—, ya que de la misma depende normalmente la posible concurrencia de otros sujetos interesados y la delimitación del calendario y del ámbito electoral lo que, evidentemente, supone siempre una clara ventaja para el sujeto que la realiza o convoca.

El Tribunal Supremo²³ zanja la cuestión en cuanto que es la vía judicial la que debe conocer de las impugnaciones de estos actos relativos a la promoción/preaviso de las elecciones a representantes de los trabajadores al declarar: «Desde la perspectiva de los derechos fundamentales tampoco es desdeñable consideración la de que el art. 24 de la Constitución impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, habiéndose afirmado que el acceso al proceso es sin duda el núcleo más importante de la tutela judicial efectiva, puesto que el primer contenido del derecho es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para promover la actividad jurisdiccional. Y aunque tal derecho no se sustenta de forma absoluta e incondicionada, sino por los cauces procesales existentes, siempre que los obstáculos obedezcan a razonables finalidades, pues no es derecho ejercitable directamente a partir de la Constitución, sino derecho de prestación que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establezca».

Tratándose del arbitraje obligatorio, si bien no se trata de un «arbitraje genuino» y no cierra el acceso a la jurisdicción, en todo caso la correspondiente demanda «sólo podrá fundarse» en causas legalmente tasadas, por lo que el criterio constitucional de interpretación favorable a la más cumplida satisfacción del derecho a la tutela judicial desaconseja lecturas extensivas del ámbito arbitral obligatorio, sobre todo si se atiende al hecho de que en la cuestión también se halla implicada la libertad sindical, pues aunque las normas electorales en su conjunto no pertenecen al ámbito de aquélla, es doctrina del Tribunal Constitucional²⁴ que el derecho de promoción de elec-

²¹ QUINTANA SÁNCHEZ, O: «La impugnación judicial del laudo arbitral dictado en materia electoral». *Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales*. Bomarzo. Albacete 2006. Pág. 253.

²² CALVO GALLEGOS, J: *El arbitraje en las elecciones...*, *op. cit.* Pág. 111.

²³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 de mayo de 2006.

²⁴ Sentencia Tribunal Constitucional 187/1987, de 24 de noviembre. Sentencia Tribunal Constitucional 57/1989, de 16 de marzo. Sentencia Tribunal Constitucional 272/1993, de 20 de septiembre. Sentencia Tribunal Constitucional 76/2001, de 26 de marzo.

ciones, forma parte integrante de la actividad sindical de los Sindicatos y es facultad que se integra en la libertad sindical, tanto en su aspecto colectivo como en el individual²⁵.

En consecuencia, el Supremo excluye la vía arbitral a cualquier actuación previa a la constitución de la Mesa Electoral, basándose en el art. 74.1 E.T., donde se determina que el proceso electoral comienza con la constitución de la Mesa Electoral y por consiguiente la actuación arbitral de fecha 5 de diciembre de 2003, se considera nula.

Llama la atención dos cuestiones, una el recurso a la literalidad del texto legal utilizado por el Tribunal Supremo en esta Sentencia, cuando pudiera haber sido clarificadora una interpretación extensiva del mismo y otra, el énfasis puesto en la tutela judicial efectiva, cuando realmente la institución arbitral no supone quiebra de esa efectividad de la tutela judicial. De cualquier modo siguen existiendo lagunas de ciertas definiciones como «elección», art. 76.2 E.T. o «materia electoral», art. 76.1 E.T.

²⁵ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 de mayo de 2006.



RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

LA CONSIDERACIÓN DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN IRREGULAR COMO SUPUESTO DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES: LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA AL RESPECTO

*Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio
y de 28 de septiembre de 2006*

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

SUPUESTO DE HECHO: Las sentencias de la sala 4.^a del Tribunal Supremo de 4 de julio y de 28 de septiembre de 2006 resuelven sendos recursos de casación por unificación de doctrina en los que la cuestión sustancial versa sobre la calificación como cesión ilegal de trabajadores de las irregularidades en la contratación a través de un contrato de puesta a disposición.

En la primera de las sentencias que comentamos, la STS de 4 de julio de 2006, la misma conoce y estima un recurso de casación para la unificación de doctrina planteado contra la STSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 2004, que, a su vez, resuelve el recurso de suplicación presentado contra la sentencia de 21 de mayo de 2003 del Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona en la que se declaraba la improcedencia del despido de la actora condenando solidariamente a Ranstad Empleo, ETT, SA Noctalia, SL Unipersonal, Adecco, ETT, SA a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opten entre la readmisión de la actora con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión sea efectiva, o el pago a la demandante de la indemnización correspondiente más los salarios de tramitación. Recurrida, como decimos, en suplicación, dicha sentencia de instancia, el Tribunal Superior de Cataluña estimó el recurso revocando el sentido de la referida sentencia del juzgado de lo social.

En la segunda de las sentencias, la de 28 de septiembre de 2006, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de marzo de 2005 en la que se declaraba la nulidad de los despidos frente a la improcedencia de que hablaba la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Barcelona.

Hay diferencias entre los antecedentes de una y otra sentencia del Tribunal Supremo. En el primer caso es el Juzgado de lo Social el que condena solidariamente tanto a empresa de trabajo temporal como a empresa usuaria. En este caso, el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, recurrida y casada en unificación de doctrina, revoca la sentencia de instancia entrando en la cuestión llamemos principal sobre la extensión de la responsabilidad en los supuestos de transgresión de lo previsto en los arts. 6 y 8 de la Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal (en adelante LETT) ¹.

En el segundo caso, sin embargo, no aparece esta cuestión principal en el fallo ni de la instancia ni en la Sala del Tribunal Superior de Justicia (aunque sí fuera argumentación y pretensión de la parte demandante y posteriormente recurrente). En este supuesto, el Juzgado de lo Social declara la improcedencia del despido y condena exclusivamente a la empresa de trabajo temporal. El Tribunal Superior de Justicia revoca el sentido del fallo de instancia pero sólo en cuanto a la calificación del despido (declaración de nulidad del despido frente a improcedencia) no entrando en valorar la extensión subjetiva de la responsabilidad e inadmitiendo, por tanto, la otra pretensión de la parte recurrente sobre la extensión de responsabilidad también a la empresa usuaria ².

En todo caso, pese a la diferencia de los antecedentes, el debate sustantivo sobre la cuestión se centra en aspectos idénticos sobre la extensión de dicha responsabilidad y el fundamento legal de la misma.

¹ Tal como afirma el Tribunal Supremo el objeto del recurso de suplicación interpuesto por las empresas condenadas, se centra en «considerar que la responsabilidad solidaria del art. 16.3 Ley 14/94 no alcanza a las consecuencias legales del despido». De esta forma, en este supuesto, la cuestión principal está bien definida desde el análisis de los diferentes pronunciamientos precedentes. Tal como afirma el Tribunal Supremo en relación con las sentencias de instancia y del Tribunal Superior de Justicia «ambas resoluciones judiciales nos sitúan ante una trabajadora que presta servicios ininterrumpidos para una determinada empresa en virtud de sucesivos contratos de puesta a disposición y para realizar siempre los mismos cometidos laborales; contratos que las dos sentencias califican de fraudulentos, pero respecto de los cuales llegan a dispares consecuencias en orden a la posible caducidad de la acción respecto de la primera ETT contratante, a los sujetos que han de ser condenados y al alcance indemnizatorio y/o solidario de su responsabilidad».

² Como afirma el primer fundamento jurídico de la STS de 28 de septiembre de 2006 «la pretensión actora se concretaba —demanda— en la nulidad de los despidos y en la condena solidaria de la ETT y de la empresa usuaria demandadas, habiendo resuelto el Juzgado que



De esta forma, concurren además aspectos destacables en los hechos declarados probados en instancia. De entre dichos hechos fundamentales, por no ser excesivamente prolijos, destacaríamos los siguientes por su importancia en el planteamiento de los distintos aspectos en que entra : a) la existencia de irregularidades o falta de justificación en la contratación más allá de los supuestos permitidos (o no prohibidos) de contratos de puesta a disposición, principalmente en cuanto hace a la sucesión continuada de una relación laboral de este tipo; b) sucesión, en algunos casos, de distintas empresas de trabajo temporal a través de las cuales se formaliza en los antecedentes de hecho los sucesivos contratos de puesta a disposición; c) irregularidades en la formalización de los contratos de trabajo formalizados por las empresas de trabajo temporal en algunos casos, bien de carácter formal (por ejemplo no especificar el trabajador sustituido en caso de contratos de interinidad) bien de carácter material (formalizar —cuestión específica que merece una mención especial— contratos fijos discontinuos), temas estos que no parecen tener una especial importancia en cuanto al desarrollo argumental del Tribunal Supremo pero que sí ha de ser destacado en nuestra opinión. Y todo esto en un supuesto de controversia judicial ante una acción por despido ante situaciones similares de comunicación de la extinción de los respectivos contratos por finalización del plazo establecido o por inactividad (en el caso de los trabajadores contratados como fijos discontinuos).

RESUMEN: Tras unas previas consideraciones sobre el tratamiento de la interposición en la contratación en nuestro ordenamiento jurídico la cuestión principal se centra, en el ámbito de una reclamación por despido, en si es aplicable la extensión de responsabilidad prevista en el art. 43 del ET y, por tanto, si entran dentro del presupuesto de hecho de esta norma, los casos de irregularidades en la contratación a través de ETT.

Como afirma el Tribunal Supremo en ambas sentencias «es indudable que resulta ilegal la cesión de trabajadores llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, lo que comportaría responsabilidades administrativas (arts. 18 y 19 LISOS), penales (arts. 311 y 312 CP), la solidaria respecto de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social (art. 43.2 ET) y la adquisición —optativa— de la cualidad de trabajador fijo en cualquiera de las empresas». Sin embar-

el despido era impropio, pero que la condena únicamente incumbía a la ETT que había acordado el cese; y el TSJ resuelve que el despido es nulo [al venir determinado por la solicitud —en forma privada— de fijeza en la empresa usuaria], pero mantiene que el pronunciamiento condenatorio ha de limitarse a la empresa de trabajo temporal, por resultarles inaplicable —se argumenta— las previsiones del art. 43.2 ET».

go, tal como afirma el Alto Tribunal, «más dudosa se presenta la cuestión cuando el defecto se presenta respecto de la segunda exigencia que impone el art. 43.1 ET para la validez del fenómeno interpositorio, esto es, la de que el CPD se hubiese concertado en “los términos que legalmente se establezcan”». En definitiva, respecto a la aplicación a estos casos de la previsión del art. 43 del Estatuto, «el dilema se suscita respecto de si la expresión utilizada por la norma alude a la autorización administrativa, que previamente refiere, o si va dirigida a la regulación legal —léase, requisitos— de la propia cesión a través de ETT».

Y es en este sentido donde se unifica el criterio afirmando la aplicación de la extensión de responsabilidad prevista en el art. 43 ET a estos casos, incorporando dentro del presupuesto de hecho de dicha norma los casos de irregularidades en la contratación de puesta a disposición.

En efecto; la Sala llega a esta conclusión, en primer lugar, por la mera interpretación literal de la norma, dado que si las ETT han de estar «debidamente autorizadas», su válida constitución como tales necesariamente implica que lo han sido —precisamente— «en los términos que legalmente se establezcan», de forma que, como sigue afirmando la Sala, «el segundo inciso resultaría ser —de interpretarse conforme a la tesis opuesta— inútil reiteración del primero». En segundo lugar, porque, a criterio del Tribunal, lo imponen los antecedentes históricos —«radicalmente prohibitivos»— de la regulación legal en la materia. En este sentido, afirma que «...la excepcional admisión de la cesión de mano de obra que rige actualmente no puede ser objeto de interpretaciones extensivas opuestas al principio general prohibitivo en nuestro Derecho, histórico y presente».

Este criterio restrictivo de interpretación basado en datos históricos parece primar sobre el aspecto literal, porque es el propio Tribunal quien reconoce la dificultad de la interpretación sistemática de las normas en cuestión. Tal como afirma, cuando pone en relación la aplicación del art. 43 con la previsión del segundo inciso del primer párrafo del art. 16.3 de la LETT, «...es innegable que el componente sistemático pudiera arrojar ciertas sombras sobre la anterior conclusión». Como se recuerda, esta norma dispone que la responsabilidad de la empresa usuaria respecto «de las obligaciones salariales y de Seguridad Social», será «solidaria» para «el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley». Pues bien, aunque de la norma se deriva claramente que la responsabilidad de empresa usuaria y de empresa de trabajo temporal será solidaria sólo respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, «de forma que dejaría sin efecto —en tanto que regulación singular— las prevenciones contenidas en el art. 43 ET, hasta el punto de que la presencia de una ETT obstaría —cualquiera que fuesen los defectos del CPD— la existencia de cesión ilegal de trabajadores», el Tribunal Su-



premo opta por aceptar el supuesto como una cesión ilegal de trabajadores, ubicando la responsabilidad contenida en el art. 16.3 de la LETT como una especificación a la responsabilidad general de que habla el art. 43 del ET. Tal como afirma, al Tribunal le parece «más acorde a la prohibición radical de la cesión temporal de trabajadores (con la salvedad legal de las ETT: arts. 43.1 ET y 1 LETT) entender que el inciso segundo examinado —declarando la responsabilidad solidaria— no consagra excepción alguna al art. 43 ET, sino que más bien supone excepción al previo inciso primero del mismo precepto, en el que se dispone la regla general de responsabilidad subsidiaria, de forma y manera que con ello la norma no hace sino confirmar la disposición contenida en el art. 43.2 ET, siquiera —por su condicionante inciso primero, al que va referido— con la más limitada expresión de «obligaciones salariales» y no la más amplia de «obligaciones contraídas con los trabajadores» utilizada en el precepto estatutario.

De esta forma, y aclarando algunos términos sobre la extensión de la aplicación del art. 43 a estos supuestos de interposición irregular tales como, por una parte, que «no comprendería —como integrante de cesión ilegal— determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley; esto es, que el art. 43 ET únicamente alcanza a los CPD realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT»; y, por otra, y derivado de lo anterior, que, «en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC», el Tribunal Supremo confirma y reitera en las dos sentencias que comentamos la responsabilidad prevista en el art. 43 del ET a los casos en que se formaliza irregularmente el contrato de puesta a disposición.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA CUESTIÓN CENTRAL: UN POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE EL FENÓMENO INTERPOSITORIO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL
3. UNA CONTROVERSIA ANTIGUA: LA DETERMINACIÓN DEL RESPONSABLE Y DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN IRREGULAR
4. EL PRESUPUESTO DE HECHO COMO UN CASO DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. CONTRATACIÓN IRREGULAR A TRAVÉS DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y NUEVA DELIMITACIÓN DE CESIÓN ILEGAL
5. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DERIVADA: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y DE EMPRESA USUARIA
6. LA DIFICULTAD EN LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN SUSTANTIVA PREVISTA A LOS SUPUESTOS DE DESPIDO DECLARADOS IMPROCEDENTES
7. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda, el pronunciamiento de las sentencias que comentamos tiene una especial importancia y una especial significación que trasciende, en gran medida, la propia solución al caso concreto que plantean. Esta importancia que destacamos desde el principio va más allá, en nuestra opinión, del hecho, en sí mismo muy destacable, de resolver en el ámbito jurisprudencial una cuestión ya largamente debatida en el ámbito doctrinal sobre la extensión de la responsabilidad de las empresas de trabajo temporal en los supuestos de irregularidades en la contratación por parte de éstas³, dado que puede suponer, de hecho, una reconfiguración de la propia calificación jurídica de la cesión ilegal de trabajadores y, lo que quizá tenga más importancia, de las consecuencias jurídicas derivadas de la misma.

Como decimos, pues, muchas son las cuestiones que sugieren estas sentencias e importante el debate que pueden suscitar las mismas, dado que importante es el debate que las antecede⁴. No nos vamos a detener en todas ellas dado que serían objeto de un trabajo más detenido; pero, al menos, nos plantearemos la oportunidad y las dificultades técnicas que conlleva una solución jurisdiccional como la que aquí se plantea.

Efectivamente, derivado de los pronunciamientos judiciales que comentamos se pueden plantear una serie de cuestiones muy destacables. Así, al hilo de la ampliación del supuesto de hecho que suponen estas sentencias respecto al presupuesto de hecho contenido en el art. 43 del ET⁵, podríamos plantearnos ciertamente cuestiones desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador (sobre la extensión o no de los diferentes tipos recogidos en la LISOS que gradúan, además, la gravedad de la infracción

³ Una sistematización al respecto, la que hacen SEMPERE NAVARRO y LASAOSA IRIGOYEN; «Los confines jurídicos de las ETTs»; *Aranzadi Social* núm. 17/2004 (BIB 2004/1845).

⁴ Debate general sobre las empresas de trabajo temporal que ha sido tradicionalmente, más que nada, doctrinal, dada la relativamente escasa conflictividad judicial. Al respecto, DEL REY GUANTER; «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal»; *REDT* núm. 100; pág. 903. En todo caso, sobre este tema la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia ha sido contradictoria (como, por otra parte, se pone de manifiesto en el propio recurso planteado ante el Tribunal Supremo). Así, baste comprobar los distintos sentidos de los pronunciamientos contenidos en sentencias como las del TSJ Castilla y León de 18 de marzo de 1997, TSJ Madrid de 18 de octubre de 2002, TSJ Cantabria de 31 de octubre de 2005, TSJ País Vasco de 14 de febrero de 2006, entre otras, frente a la contenida en las sentencias del TSJ Valencia de 5 de abril de 2001 o del TSJ Canarias de 22 de diciembre de 2005 que sí admitían como supuesto de cesión ilegal de trabajadores la irregularidad del contrato de puesta a disposición.

⁵ En este sentido, sería interesante recordar la doctrina al efecto. Sobre la cuestión, por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO; «La legalización de las empresas de trabajo temporal en España. Crónica de un fracaso legislativo»; *Temas Laborales* núm. 56; págs. 181 y ss.



según se considere cesión ilegal o mera irregularidad en la contratación a través de empresas de trabajo temporal, cuando precisamente ahora éstas últimas se califican como una forma de cesión ilegal)⁶, hasta de oportunidad en relación con el pretendido objeto del fallo contenido en la sentencia sobre control de la contratación irregular (que ahora tiene una norma central en la nueva dicción del art. 15.5 del ET). Ciertamente, además de las citadas, podríamos plantearnos otras cuestiones, pero, insistimos, sin perjuicio de que puedan ser analizadas en un trabajo más amplio y detallado, ahora queremos poner de manifiesto algunos temas también centrales que nos sugieren estas sentencias; sobre todo en relación con el significado que tienen las mismas respecto al reparto de obligaciones y deberes contenidos en estas relaciones triangulares y en relación con el diferente tratamiento legal que ha merecido esta cuestión desde la cesión ilegal y desde la regulación del fenómeno interpositorio legalizado que suponía la contratación a través de una empresa de trabajo temporal⁷.

2. LA CUESTIÓN CENTRAL: UN POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE EL FENÓMENO INTERPOSITORIO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Independientemente de la referida trascendencia del contenido del fallo en asuntos como los destacados, la primera cuestión que nos sugiere, y sobre la que volveremos, tiene que ver, sin duda, con la delimitación de responsabilidad que deriva de un supuesto de contratación irregular a través de una empresa de trabajo temporal y, al tiempo, con la efectividad de las normas sobre interdicción de la contratación abusiva e irregular.

Como sin duda es conocido, el art. 6 de la LETT delimita los supuestos en que se permite el contrato de puesta a disposición; siendo el art. 8 del

⁶ Compárense, a estos efectos, el art. 8.2 de la LISOS con lo previsto en el art. 7.2 en materia de irregularidades en la contratación o, más concretamente, con lo previsto en el art. 18.2.c) o 19.2.b) de la misma referidos, ambos, a los supuestos en que se formaliza, respectivamente por la empresa de trabajo temporal o por la empresa usuaria, contratos de puesta a disposición más allá de los supuestos permitidos en el art. 6.2 de la LETT.

⁷ Quizá sea interesante en este sentido, recordar la trascendencia que ha tenido, por sí, la intervención de una empresa de trabajo temporal para *legalizar* el fenómeno interpositorio o la menos para plantear la incompatibilidad entre «prestamismo y ETT», como llaman a esta doctrina SEMPÈRE NAVARRO y LASAOSA IRIGOYEN (*op. loc. cit.*); al respecto, por todos, VALDÉS DAL-RÉ; «Empresas de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición»; *RR.LL. I/1995*; págs. 39 y ss.. En este sentido, son interesantes las reflexiones de PAUVERGNON al distinguir entre relaciones triangulares estables y sobrevenidas; en «Una síntesis sobre las relaciones triangulares»; *Temas Laborales* núm. 56; págs. 11 y ss.

mismo texto legal quien enumera los supuestos en que éste estaría prohibido. Las sentencias que comentamos deciden sobre la extensión de la responsabilidad de las empresas de trabajo temporal (y de las empresas usuarias) en caso de incumplimiento de las referidas previsiones sobre cuándo está permitido formalizar un contrato de puesta a disposición. La discusión se centra bien en admitir exclusivamente la responsabilidad prevista en el segundo inciso del primer párrafo del art. 16.3 de la LETT (según el cual la responsabilidad general subsidiaria de la empresa usuaria respecto de la original de la empresa de trabajo temporal en materia salarial y de seguridad social «será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley») o en incluir dicha transgresión normativa como supuesto de cesión ilegal de trabajadores de conformidad con lo previsto en el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

De los antecedentes de hecho de las mismas, que son calificados jurídicamente y que son la base de las consecuencias jurídicas derivadas de los pronunciamientos jurisprudenciales que comentamos, ya se derivan aspectos destacables aunque no parezcan estar especialmente presentes en las referidas sentencias ya que parece primar en la Sala la necesidad de homogenizar la doctrina sobre la cuestión general (frente, incluso, a una doctrina muy consolidada —y, en algunos casos, restrictiva— sobre la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina)⁸.

Sin embargo, pese a la importancia que podrían tener determinados aspectos concurrentes en los antecedentes de hecho (y que, en nuestra opinión, podrían condicionar la imputación articulada de responsabilidad) el Tribunal Supremo se centra en la calificación jurídica de unos determinados incumplimientos en materia de contratación por parte tanto de empresas de trabajo temporal como de empresas usuarias (aun cuando destaca el diferente rol que podrían asumir ambas) para concluir en la inclusión dentro del supuesto de hecho del art. 43 del ET de aquéllos; y ello, siguiendo un hilo argumental que no sólo se fundamenta en la interpretación integradora de unas normas como el propio art. 43 en relación con el art. 16 de la LETT, que pudiera ser discutible, sino partiendo de una interpretación histórica y teleológica ciertamente restrictiva respecto del fenómeno interpositorio que supone el contrato de puesta a disposición.

⁸ En este sentido, un tema añadido es la relativa flexibilidad con que se admite el recurso frente al carácter restrictivo de doctrinas anteriores y frente a la propia opinión del Ministerio Fiscal, que sostiene que los supuestos de hecho de las sentencias aportadas como de contraste no son homogéneos. Pese a ello, la Sala admite el recurso sobre la base de la homogeneidad de las situaciones de contraste pese a la formulación del recurso (al parecer excesivamente parco), y, sobre todo, sobre la base de la «homogeneidad de las pretensiones».



Ya sólo por ello, y sin perjuicio de las consecuencias que antes referíamos, estamos, pues, ante una doctrina jurisprudencial importante, que supone en cierta forma un posicionamiento jurisdiccional frente al fenómeno interpositorio en la que concurren importantes consideraciones.

Así, parece evidente que el objetivo que está presente en la doctrina del Tribunal Supremo se centra en la atribución de responsabilidad tanto a empresa usuaria como a empresa de trabajo temporal en los casos de contratación irregular. Al tiempo, parece que, efectivamente, la solución planteada desde la regulación legal no es suficiente dado que en el art. 16.3 el objeto de la responsabilidad solidaria precisamente para los casos de contratación irregular es «sólo» en materia salarial y de seguridad social. Quizá por ello, la solución que requiere el Tribunal Supremo es calificar jurídicamente la cesión de trabajador como ilegal y situar los antecedentes de hecho como un supuesto encuadrable en el art. 43 del ET con todo el régimen de responsabilidad previsto en él.

Sin embargo, en nuestra opinión, ello tiene consecuencias que han de analizarse más allá de los meros supuestos a que se refieren los antecedentes de hecho de las sentencias comentadas. Efectivamente, según entendemos, la extensión de responsabilidad que implica la calificación de los hechos como un supuesto encuadrable dentro del art. 43.1 ET no sólo puede reducirse a los casos de despido (que, por cierto, ya de por sí presenta dificultades de efectividad) sino que la extensión de responsabilidad ha de aplicarse a cualquier obligación o deber derivado de la relación laboral.

En este sentido, el salto es más que cualitativo dado que, independientemente del debate aparentemente central en este caso sobre si la intervención de una ETT legalmente establecida evita la aplicación o no del art. 43 ET —en el que el Tribunal Supremo opta por la última de las posibilidades—, lo que representa es una diferente forma (legal) de considerar la extensión de responsabilidad. Mientras que en los supuestos de cesión ilegal la atribución de responsabilidad solidaria es genérica, en los casos en que la interposición en que interviene una empresa de trabajo temporal la imputación de responsabilidad se articula según los contenidos obligacionales atribuidos diferenciadamente a empresa de trabajo temporal y empresa usuaria (y así lo es en materia de formación, de obligaciones salariales y de seguridad social, en materia de prevención de riesgos laborales ex art. 28 de la LPRL, etc.).

Por ello, la solución que deriva del Tribunal Supremo, calificando la situación como un supuesto de cesión ilegal, trasciende la mera atribución de responsabilidad concreta en los casos de contratación irregular y de despido; trasciende, así, la atribución de responsabilidad en los casos de sanción a los supuestos genéricos de contratación fraudulenta ex art. 15.3 del ET. De esta forma, siguiendo con este argumento, cualquier supuesto de con-

tratación irregular a través del mecanismo interpositorio conllevaría la extensión de responsabilidad genérica —incluso en materia de prevención de riesgos por ejemplo— prevista para los casos de cesión ilegal.

En este sentido, teniendo en cuenta que los antecedentes de hecho de las sentencias que comentamos parten de supuestos de contratación abusiva o irregular, hubiera sido oportuno, quizá, conectar esta solución jurisprudencial con la nueva previsión del art. 15.5 ET.

Efectivamente, la solución del Tribunal Supremo pretende hacer efectiva la interdicción de fraude y abuso en la contratación cuando en ésta interviene una empresa de trabajo temporal. Ciertamente, la sanción tradicionalmente prevista en el art. 15.3 ET podría ponerse, en algunos casos, virtualmente en cuestión por la interposición en la contratación, dada la concurrencia de sujetos y la imputabilidad a los mismos de los distintos incumplimientos en esta sede. Así, si la cuestión se redujera (reducción que espero se nos permita sólo a este nivel introductorio) a si el Tribunal Supremo ha optado entre garantizar la efectividad del sistema de contratación y la flexibilidad en la contratación que puede suponer la interposición a través de una empresa de trabajo temporal, claramente ha elegido —a costa de la ampliación de la responsabilidad y de la inclusión dentro del presupuesto de hecho del art. 43 del ET— por garantizar la efectividad de la sanción sustantiva prevista en el art. 15.3 ampliando el referido ámbito subjetivo de responsabilidad conforme lo previsto en la norma general que prohíbe la cesión ilegal de trabajadores.

Sin embargo, la previsión del referido art. 15.5 ET incide en la atribución articulada de responsabilidad. Atribuyendo a la empresa contratante la obligación o deber de considerar como indefinido al trabajador contratado con sucesivos contratos temporales más allá de los límites temporales establecidos legalmente, aun cuando dichos contratos lo fueran a través de una ETT, es la empresa usuaria quien asume legalmente esta obligación o deber. Esto no ha sido tenido en cuenta por la doctrina jurisprudencial (no podría haber sido por no ser de aplicación esta norma a los supuestos enjuiciados), pero puede condicionar de futuro la doctrina contenida en la misma.

No es el único aspecto legal a tener en cuenta. Esta solución jurisprudencial se presenta en un contexto legal donde, por una parte, se rebaja la penalización en las cotizaciones de seguridad social por desempleo cuando el contrato deriva de un contrato de puesta a disposición; y, por otra, se redefine el propio concepto de cesión ilegal de trabajadores del art. 43 del ET.

De ambas cuestiones, a la que podría unirse la referencia a la contratación a través de ETT en el nuevo art. 15.5 ET con el significado antes referido, quizá tiene una especial significación el hecho de que frente a la extensión del supuesto de hecho del art. 43 que supone la doctrina contenida en las sentencias que comentamos nos encontramos en el RDL 5/2006 (y,



posteriormente, en la Ley 43/2006) con una nueva delimitación, más precisa y, si se quiere, restrictiva, del concepto de cesión ilegal que puede plantear algunas dudas de integración real de esta doctrina jurisprudencial frente a la aparente pretensión del legislador. Esto es más importante cuanto es central en el análisis del Tribunal una interpretación restrictiva en el análisis de las relaciones jurídicas del fenómeno interpositorio. Basta para ello, y creemos que es un dato a tener en cuenta, observar la posición actual del legislador en relación con esta materia y la argumentada interpretación teleológica e histórica que hace el Tribunal Supremo para sustentar su posicionamiento restrictivo sobre la cuestión.

En definitiva, muchas son las cuestiones que pueden sugerirnos la doctrina contenida en estas sentencias. Quizá, en un comentario como el actual, en pocas líneas, simplemente podemos apuntar, como estamos haciendo, algunas de estas. En todo caso, partamos de los aspectos más esenciales en lo que puede ser la significación de la doctrina contenida en estas sentencias.

3. UNA CONTROVERSIA ANTIGUA: LA DETERMINACIÓN DEL RESPONSABLE Y DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN IRREGULAR

Sin duda, como decíamos antes, una de las cuestiones que relativamente ha podido suscitar más controversia ha sido la delimitación del ámbito y extensión de la responsabilidad y del sujeto responsable en los supuestos de contrato de puesta a disposición irregular⁹.

La importancia del tema era proporcional a su relación con el sistema de contratación laboral llamémosle común, dado que en el fondo, una de las cuestiones que subsiste es, en nuestra opinión, la relación que guarda aquella extensión de responsabilidad con la aplicación de la previsión contenida genéricamente en el art. 15.3 del ET. Es decir, lo que está en juego, en gran medida, es la propia efectividad de la sanción prevista con carácter general para los supuestos de fraude en la contratación en los casos en que ésta se lleva a cabo a través de un contrato de puesta a disposición, partiendo del hecho de que los supuestos en que se permite éste son sustancialmente idénticos a los que se permite la contratación temporal por razones estructurales en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores.

⁹ En este sentido, además de los ya citados, *vid.*, por ejemplo, los trabajos de GOERLICH PESET; «Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores»; *Actualidad Laboral* núm. 3/2001; págs. 39 y ss.; CAMPS RUIZ; *Las empresas de trabajo temporal*; Tirant lo Blanch, 2001.

Pero, al tiempo, la cuestión se centra en la eficacia o, para ser más precisos, en lo atractivo, si se nos permite la expresión, que puede ser la contratación a través de un tercero interpuesto (la empresa de trabajo temporal) como forma de elusión (legítima, en cierta forma, por legal) de la carga de responsabilidad que conlleva la contratación directa de trabajadores.

Y es en este punto donde las sentencias abordan una cuestión que nos parece importante. Nos referimos al ámbito subjetivo de responsabilidad, a quiénes son responsables en los casos en que se contravengan los supuestos en que se permite el contrato de puesta a disposición y, en definitiva, se disponga fraudulentamente de trabajadores con carácter temporal a través de este mecanismo interpositorio.

Efectivamente, las sentencias que estamos comentando se cuestionan el porqué de la atribución de responsabilidad a la empresa de trabajo temporal de una transgresión de los supuestos en que se permite la contratación a través de aquella cuyo ámbito de decisión corresponde en principio, en exclusiva, a la empresa usuaria. Corresponden a ésta los supuestos de necesidad de mano de obra temporal que justifica la contratación temporal a través o no de una empresa de trabajo temporal; correspondería, pues, a esta última el deber de cumplir con la norma laboral sobre permisión de dicha contratación temporal. Y en este sentido, como veremos, se pronuncia el Tribunal Supremo, cuestionándose por qué se traslada el ámbito de responsabilidad a la empresa de trabajo temporal. Pero también correspondería a la empresa de trabajo temporal formalizar correctamente el contrato laboral con el trabajador en misión, así como no concurrir en supuestos irregulares de contratación (como podríamos plantear, en un debate paralelo al hilo de los antecedentes de hecho de una de las sentencias que comentamos, respecto a la contratación como trabajadores fijos discontinuos para atender a diferentes y sucesivos contratos de puesta a disposición pretendidamente asimilados a campañas que darían lugar al correspondiente llamamiento).

Sin embargo, la imputación originaria de responsabilidad en las sentencias recurridas lo es precisamente a las respectivas empresas de trabajo temporal en cuanto su condición de empleador directo de los trabajadores demandantes. En ellas no se plantea la responsabilidad de las empresas usuarias.

De esta forma, se pone de manifiesto, pues, una de las contradicciones intrínsecas del fenómeno interpositorio que se relaciona con la pretendida efectividad de la regla general de interdicción del fraude en la contratación.

Efectivamente, responsable originaria es la empresa de trabajo temporal respecto de sus trabajadores cedidos; dicha responsabilidad —y es el centro del debate— se pretende circunscribir a tenor de lo previsto en el art. 16.3 sólo a las obligaciones salariales y de seguridad social cuando se plantea extender de forma solidaria a las empresas usuarias; pero, al tiempo, el control y la efectividad de cuándo realmente se está ante un supuesto que



justifica (o que no está prohibido) la formalización de un contrato de puesta a disposición correspondería inicialmente a la empresa usuaria. En definitiva, siendo así y siguiendo con esta argumentación la responsabilidad quedaría diluida y difícilmente podría lograrse dar efectividad a una norma como la prevista con carácter general como sanción sustantiva a los supuestos de fraude en la contratación.

Pero, por otra parte, ni en las sentencias recurridas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ni en las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven el recurso de casación para la unificación de doctrina, con diferente sentido como sabemos, se plantea una distribución de la responsabilidad en función de la imputación de los respectivos incumplimientos que, también en materia de contratación, podrían ponerse de manifiesto. Es decir, no se ha planteado, por ejemplo, admitir la responsabilidad hipotética de la empresa de trabajo temporal por las irregularidades en la contratación directa de la misma de los trabajadores en misión y diferenciada de las posibles irregularidades en la formalización del contrato de puesta a disposición cuando el mismo se lleva a cabo en supuestos no permitidos o prohibidos.

No planteándose aquella posible solución sobre una atribución o imputación de responsabilidad en función de los incumplimientos detectados (no otra es la consideración de responsable en definitiva), el Tribunal Supremo, aludiendo a criterios históricos y teleológicos para fundamentar su posición, centra la cuestión en la inclusión de estos supuestos dentro del presupuesto de hecho del art. 43 del ET, calificándolos como cesión ilegal de trabajadores. Así, pues se consigue el que en nuestra opinión es paso fundamental que suponen estas sentencias: la ampliación subjetiva de responsabilidad conforme lo previsto para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

De cualquier forma, como decimos, lo evidente es que la extensión de responsabilidad planteada por el Tribunal se sustenta en la calificación jurídica como cesión ilegal de trabajadores, y por tanto, en la inclusión dentro del presupuesto de hecho del art. 43 del ET de los supuestos de irregularidades en la contratación a través de ETT.

Sin embargo, son muchas las cuestiones y los matices que nos puede sugerir la solución jurisprudencial.

En este sentido, nos podríamos plantear:

En primer lugar, cómo se ubica esta inclusión dentro del presupuesto de hecho del art. 43 con la reforma que del mismo ha hecho el RDL 5/2006; ¿condicionaría de alguna forma esta solución jurisprudencial dicha especificación de la delimitación de cuándo hay cesión ilegal de trabajadores?, ¿supone que el legislador acota la cesión ilegal de trabajadores justo en el momento en que la jurisprudencial amplía, si se nos permite la expresión, su ámbito también a los supuestos de contratación irregular a través de ETT?

En segundo lugar, y atendiendo a que en los supuestos de contratación irregular a través de ETT pueden ponerse de manifiesto, como en el caso, diferentes supuestos, y tal como hemos avanzado, podríamos cuestionar si la única solución posible es la inclusión en el supuesto de hecho del art. 43 del ET, para buscar y concluir con la imputación solidaria de responsabilidad tanto a empresa de trabajo temporal como a empresa usuaria.

En este sentido, como podríamos fácilmente comprobar en los antecedentes de hecho que dan lugar a ambos pronunciamientos, las irregularidades en la contratación, de distinta naturaleza además, podrían ser imputados diferenciadamente a empresa usuaria o a empresa de trabajo temporal. Siendo así, ¿podría haber sido una solución más acorde una imputación diferenciada de responsabilidad de forma que fuera responsable la empresa de trabajo temporal, en cuanto que empleadora directa, la responsable —si se quiere originaria— de las irregularidades en la contratación directa?; ¿podría serlo la empresa usuaria respecto de los supuestos de irregularidades en la contratación de puesta a disposición más allá de los supuestos permitidos? Esta última solución no es ajena a la propia solución legal contenida en el art. 15.5 del ET cuando computa, como contratación propia a efectos del cómputo de los límites de sucesión contractual temporal, los períodos de prestación de servicios de un trabajador para una empresa a través de contratos de puesta a disposición formalizados por ésta a través de una empresa de trabajo temporal

En los referidos antecedentes de hechos podemos asistir a irregularidades de ambos tipos. Por tanto, bien podría el Tribunal haberse planteado una solución diferenciada para cada supuesto; incluso admitiendo la responsabilidad solidaria si las irregularidades, como también se pone de manifiesto, afectan tanto a la formalización del contrato de trabajo como a la formalización del contrato de puesta a disposición.

Finalmente, en tercer lugar, y en relación con la ejecución del fallo y con el procedimiento donde se ha desarrollado la controversia se plantea una problema de efectividad de la disposición jurisprudencial. ¿Cómo se hace efectiva esta responsabilidad en un ámbito de ejecución de una sentencia como ésta?, ¿qué significado tiene, respecto al trabajador —que no tiene la opción de readmisión o de ser indemnizado— y qué significado respecto a las empresas declaradas responsables solidarias —que han de ejercer la opción de readmisión o indemnización?, ¿cómo se hace efectivo el derecho de opción del trabajador del art. 43?

Vamos a detenernos brevemente en estas cuestiones que, en definitiva, representan lo que es, a partir de la fundamentación del Tribunal Supremo, el presupuesto de hecho, la consecuencia jurídica de la norma aplicada y la efectividad y ejecución de la misma. Seguramente se pueden presentar otras al hilo del pronunciamiento judicial, pero nos parecen espe-



cialmente oportunas en relación con el contenido del fallo y con su fundamentación jurídica.

4. EL PRESUPUESTO DE HECHO COMO UN CASO DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. CONTRATACIÓN IRREGULAR A TRAVÉS DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y NUEVA DELIMITACIÓN DE CESIÓN ILEGAL

Como hemos dicho, el contenido del fallo tiene la virtualidad, entre otros aspectos que estamos destacando, de ampliar el presupuesto de hecho del art. 43 del ET. Dicho de otra forma, aun cuando en la pretensión del Tribunal pudiera entenderse que prevalece la extensión de responsabilidad tanto a empresa de trabajo temporal (en cuanto que empleadora formal) como a empresa usuaria (en cuanto que empleadora recepcionista de la mano de obra del trabajador en misión), lo cierto es que dicha extensión de responsabilidad deriva (o, quizá mejor, se lleva a cabo a través) de la calificación del supuesto de hecho como un caso de cesión ilegal de trabajadores, llegando a tal conclusión tras una interpretación literal y sistemática de las normas concordantes (arts. 43 y 16.3 de la LETT) e histórica y teleológica del fenómeno estudiado.

Sin embargo, el contexto en que se plantea esta cuestión por parte del Tribunal Supremo coincide con la redacción del nuevo apartado 2 del art. 43 que define cuándo se entiende, legalmente, que existe cesión ilegal de trabajadores.

Es cierto que tal definición legal guarda un paralelismo importante con la doctrina jurisprudencial precedente sobre cesión ilegal en relación, fundamentalmente, con los supuestos de contratas y de descentralización productiva¹⁰ y, por tanto, no en relación con los supuestos de empresas de trabajo temporal. Pero también es cierto que, dado el debate precedente sobre la inclusión o no de los supuestos de contratos de puesta a disposición irregulares como un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, bien podría haberse explicitado si hubiera habido alguna intención del legislador en este sentido.

Por tanto, es evidente que no estuvo en la mente del legislador incluir, dentro del presupuesto de hecho del art. 43, ahora más preciso, supuestos como los enjuiciados en las sentencias que comentamos.

¹⁰ En este sentido CALVO GALLEGOS; «La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida»; en AA. VV. (Cruz Villalón coord.); *La Reforma Laboral de 2006*; Lex Nova 2006; págs. 166 y 167.

Evidentemente ello no entorpece en absoluto el criterio del Tribunal. No se plantea, en nuestra opinión, en el plano en el que se establece la nueva definición del art. 43.2 del ET. Pero sí es un referente que no se toma en cuenta ni en la primera ni en la segunda de las sentencias comentadas aun cuando ya estaba en vigor la norma a la que aludimos en este momento.

En todo caso, el Tribunal Supremo sí entra en la interpretación literal de las normas en cuestión, cuestión esta que había centrado todo el debate doctrinal antecedente sobre la aplicación o no, a estos supuestos, de la previsión del art. 43 de la norma estatutaria.

En este sentido, aunque el Tribunal Supremo parte de que «es innegable que el componente sistemático pudiera arrojar ciertas sombras» sobre la admisión acrítica de la solución final a que llega, afirma sin duda la inclusión como un supuesto de cesión ilegal de trabajadores de los casos de contratación irregular o abusiva a través de una ETT. Tal como afirma en ambas sentencias, «aunque sea sostenible que la regla determina específicamente las responsabilidades de la empresa usuaria, que limitaría a las exclusivas obligaciones salariales y de Seguridad Social, de forma que dejaría sin efecto —en tanto que regulación singular— las prevenciones contenidas en el art. 43 ET, hasta el punto de que la presencia de una ETT obstaría —cualquiera que fuesen los defectos del CPD— la existencia de cesión ilegal de trabajadores, lo cierto es que nos parece más acorde a la prohibición radical de la cesión temporal de trabajadores [con la salvedad legal de las ETT: arts. 43.1 ET y 1 LETT] entender que el inciso segundo examinado —declarando la responsabilidad solidaria— no consagra excepción alguna al art. 43 ET, sino que más bien supone excepción al previo inciso primero del mismo precepto, en el que se dispone la regla general de responsabilidad subsidiaria, de forma y manera que con ello la norma no hace sino confirmar la disposición contenida en el art. 43.2 ET, siquiera —por su condicionante inciso primero, al que va referido— con la más limitada expresión de «obligaciones salariales» y no la más amplia de «obligaciones contraídas con los trabajadores» utilizada en el precepto estatutario»

Así relaciona la previsión del art. 43 y con la previsión del art. 16.3, que se había pretendido incompatible para cierto sector importante de la doctrina¹¹, y concluye con una extensión de responsabilidad que era, hasta ahora, ajena al modelo, si se nos permite la expresión, de imputación de responsabilidad en los supuestos de interposición en la contratación a través de una ETT.

¹¹ Por todos VALDÉS DAL RÉ; *op. loc. cit.*



5. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DERIVADA: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL Y DE EMPRESA USUARIA

Como estamos diciendo, la doctrina contenida en las sentencias comentadas parte de la aplicación de la consecuencia jurídica derivada de la inclusión como un supuesto de hecho de cesión ilegal de trabajadores: responsabilidad solidaria ex art. 43. Como también aducíamos, seguramente primando la solución jurídica sobre la calificación de los antecedentes de hecho, se concluye con dicha extensión de responsabilidad en los casos de contratación abusiva e irregular cuya solución legal parece insuficiente o inadecuada al Tribunal.

En este sentido, el Tribunal Supremo no distingue entre los posibles incumplimientos en materia de contratación de empresa de trabajo temporal y empresa usuaria ¹².

Así, en nuestra opinión, hay que tener en cuenta, como hemos venido reiterando, que los incumplimientos en materia de contratación pueden darse tanto en la formalización del contrato de puesta a disposición —más allá de los casos permitidos o prohibidos por la LETT— como en la formalización del contrato de trabajo. En uno y otro supuesto, la responsabilidad debería ser respectivamente y según los casos de empresa usuaria o de empresa de trabajo temporal —sin descartar la posibilidad de atribuir, aquí sí solidariamente por conjunta, la responsabilidad a ambas cuando el incumplimiento pueda ser imputable a las dos—. De cualquier forma, en nuestra opinión, la extensión general de responsabilidad, que viene a resultar una solución recurrente, no debería ser la forma más apropiada.

Nos explicamos.

Efectivamente, en abstracto, hay determinados incumplimientos que pueden ser imputables exclusivamente a la empresa de trabajo temporal. Dichos incumplimientos podrían ser los referidos a la formalización del contrato pero, sobre todo los referidos a la contratación irregular en supuestos no previstos o permitidos legalmente.

En los antecedentes de hecho de los distintos casos analizados por las respectivas sentencias se ponen de manifiesto, como vemos, distintos incumplimientos atribuibles a las empresas de trabajo temporal, aunque, merecen distinta consideración desde la perspectiva de la imputación de responsabilidad y de atribución de la sanción sustantiva prevista.

En este sentido, el primero de los incumplimiento a que podríamos aludir genéricamente se refiere a la formalización irregular de los contratos tem-

¹² *Vid.*, en este sentido, lo dicho, por ejemplo, en el Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia de 4 de julio de 2006.

porales entre trabajador en misión y empresa de trabajo temporal. En estos supuestos, como el caso de formalización irregular del contrato de interinidad —que se formalizan sin especificar la persona sustituida—, se ha de plantear si la mera irregularidad formal —que puede derivar de un desconocimiento efectivo del trabajador sustituido de la empresa usuaria— da lugar, por sí, a la sanción sustantiva prevista y si ésta es imputable a la empresa de trabajo temporal.

En estos casos, la sanción sustantiva de considerar al trabajador como indefinido prevista, por ejemplo, en el art. 8 del ET, admite prueba en contrario de la naturaleza temporal de los servicios, lo cual, en estos casos, es igual que hacerlos depender de la efectiva temporalidad del contrato de puesta a disposición. Es decir, si bien es cierto que, en principio, en estos casos la responsabilidad compete a la empresa de trabajo temporal, se puede poner de manifiesto, al tiempo, irregularidades materiales en la formalización del contrato de puesta a disposición, y la responsabilidad también sería atribuible a la empresa usuaria. Es más, podría defenderse que la atribución de responsabilidad sería imputable sólo a ésta última, dado que el incumplimiento material (formalizar el contrato de puesta a disposición más allá de los supuestos permitidos en el art. 6 de la LETT) podría ser sólo imputable a ésta quedando en un segundo plano la posible irregularidad formal que podría derivar de aquél incumplimiento originario.

La doctrina ahora asentada por el Tribunal Supremo no parece entrar en estas consideraciones. La atribución a la empresa de trabajo temporal de la responsabilidad derivada de la formalización irregular de un contrato de puesta a disposición la hace el Tribunal Supremo sobre la base de una especie de deber *in vigilando* que es extraño a la conformación legal del vínculo contractual entre una y otra.

De esta forma, si continuáramos con el argumento del Alto Tribunal, éste parece partir de una atribución originaria a la empresa usuaria del incumplimiento legal respecto a la formalización irregular del contrato de puesta a disposición que se extiende a empresa de trabajo temporal —pese a la consideración directa de empleadora de ésta—.

Otras consideraciones muy distintas merecería la formalización, en nuestra opinión claramente inadecuada, de contratos fijos discontinuos por parte de la empresa de trabajo temporal para atender distintos contratos de puesta a disposición.

En este caso, presente en los antecedentes de hecho de la sentencia de 28 de septiembre de 2006, pero que nos son considerados por parte del Tribunal Supremo, el incumplimiento de la empresa de trabajo temporal conllevaría la original atribución exclusiva de responsabilidad a ésta. Sin perjuicio, claro está, de que, además, se pudiera poner de manifiesto, en su caso, y de manera concurrente, un incumplimiento sobre los supuestos en que se formaliza el contrato de puesta a disposición.



Efectivamente, en nuestra opinión, la utilización del contrato fijo discontinuo para atender distintos supuestos de contratos de puesta a disposición, basados necesariamente en necesidades temporales de la empresa usuaria, desnaturaliza la naturaleza de dicho contrato. No se da en estas circunstancias la necesidad cíclica de la temporada que justifica el contrato fijo discontinuo y, además, se exige al trabajador un vínculo de disposición con la empresa de trabajo temporal que no se justifica en la referida campaña o temporada que fundamenta la existencia de la prestación. De esta forma, acudir a esta modalidad contractual parece, más bien, un intento de la empresa de trabajo temporal de cubrir fraudulentamente la obligación establecida en el art. 2 de la LETT respecto de un número mínimo de trabajadores con contratos indefinidos o estables¹³.

Por ello, el carácter fraudulento de este contrato en estos casos haría que, en principio, la responsabilidad, aquí, sería exclusiva de la empresa de trabajo temporal.

Distinto es que, tal como decíamos, pudiera, como en el caso analizado en esta sentencia citada, concurrir la contratación irregular a través de puesta a disposición dada la continuación de la prestación de servicios y el carácter injustificado, desde la perspectiva legal, de los supuestos bajo los que se pretende justificar dicha contratación. En estos casos, concurriría efectivamente la responsabilidad de la empresa usuaria dado que se pone de manifiesto, también, un incumplimiento de la misma, pero no sería derivado de un incumplimiento conjunto (una autoría conjunta si manejáramos criterios sancionadores propios del derecho sancionador) de ambos sujetos.

Toda esta diferenciación de casos de los que podrían deducirse distintos supuestos de imputación subjetiva de responsabilidad según a quien pudiera ser atribuible el incumplimiento no se toma en cuenta por parte del Tribunal Supremo. El mismo sólo parte de una imputación conjunta de responsabilidad, incluyendo, para ello, los casos de irregularidades de contratación en estos supuestos dentro del presupuesto de hecho del art. 43 del ET. De esta forma, se acude a una fórmula recurrente de extensión de responsabilidad sin analizar los supuestos que pudieran dar lugar a la misma.

Pero hay algunos aspectos que también habría que tener en cuenta.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que es la empresa de trabajo temporal el único empresario formal de la relación laboral entre ésta y trabajador (tal como define el art. 1.2 del ET). Siendo así, se puede cuestionar la imputación de responsabilidad, por estas posibles irregularidades en la formalización del contrato de puesta a disposición, a empresa usuaria ya que es a la misma a quien debería serle imputado el posible e hipotético incum-

¹³ Sobre el tema DEL REY GUANTER; *op. loc. cit.*

plimiento material en la contratación. En ello sí entra en Tribunal Supremo pero justamente para afirmar la aplicación del art. 43 del ET y, así, conseguir el objetivo de ampliar el ámbito subjetivo de responsabilidad.

Efectivamente para estos casos pudiera resultar insuficiente la previsión contenida en el art. 16.3 de la LETT, que parte de la responsabilidad original del empresario formal (la empresa de trabajo temporal), respecto a la extensión de responsabilidad a la empresa usuaria en los casos de formalización irregular del contrato de puesta a disposición, pero que se limita a las obligaciones salariales y de seguridad social (no, como en el caso analizado, a la responsabilidad derivada de la sanción sustantiva propia prevista con carácter general para los casos de irregularidad o fraude en la contratación). Sin embargo, la solución quizá no debería haber sido una extensión general de responsabilidad que, para conseguirla, exige la ampliación del presupuesto de hecho del art. 43; sino indagar en los distintos supuestos que pueden dar lugar, en cada caso, a la contratación irregular o fraudulenta y atribuir la sanción sustantiva prevista con carácter general (aunque no con carácter específico en supuestos de interposición).

Pero, en segundo lugar, aparece otro tema que sí está presente en la solución judicial, tanto de instancia como en casación. Nos referimos a la imputación a las distintas empresas de trabajo temporal que pueden concurrir en el tiempo y que, como en el caso, alegan para descargo de su posible responsabilidad la caducidad de la acción por despido respecto de ellas.

En estos casos, teniendo cuenta que en instancia el Juzgado de lo Social condena solidariamente a todas (empresas de trabajo temporal intervinientes y usuaria) mientras que en suplicación la Sala aplica la solidaridad del art. 16.3 LETT sólo a la última de las ETT aceptando la caducidad de la acción por despido respecto de la primera de las empresas de trabajo temporal implicadas, el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de julio de 2006 condena solidariamente a ambas empresas de trabajo temporal que intervienen en la sucesión de contratos temporales.

Por tanto, respecto a esta cuestión, también el Tribunal Supremo (en la sentencia de 4 de julio, dado que es en este caso donde intervienen distintas ETT) extiende el ámbito subjetivo de responsabilidad; sin perjuicio de las dificultades que conllevaría la efectividad de la sanción sustantiva definitiva sobre la opción que correspondería al trabajador.

Esta solución genérica que llega a tal extremo, por tanto, representa el rechazo, por parte del Alto Tribunal, no sólo de evitar la aplicación del art. 16.3 LETT y del régimen de responsabilidad previsto en el mismo, optando por la solución del art. 43 ET; sino, fundamentalmente, representa el rechazo a adoptar una solución articulada de atribución de responsabilidad más acorde con la atribución de tal concepto de responsable a quien incumpliera efectivamente la norma general sobre contratación.



Y es así, pese a que el Tribunal Supremo es consciente de la dificultad de tal extensión de responsabilidad. Tal como afirma, en un fundamento jurídico clave en el argumento del Tribunal Supremo sobre el que sostiene la atribución de responsabilidad solidaria tanto a empresa usuaria como a empresas de trabajo temporal: «bien pudiera afirmarse que algunos supuestos de ilegalidad son exclusivamente atribuibles a la empresa usuaria y exceden del posible control de la ETT, de manera que las consiguientes responsabilidades serían de injusta exigencia a esta última empleadora. Pero frente a tal consideración cabe argumentar: a) limitar las obligaciones de la ETT —en este aspecto— a que el CPD obedezca formalmente a causa legal justificativa, invitaría a reducir la diligencia de la indicada empresa en orden al cumplimiento de las previsiones legales, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador; b) la defensa de tales intereses ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad —por analogía— de las previsiones del antiguo art. 43 ET (RCL 1995, 997) incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo (así, en las ya citadas SSTS 26/11/90; 30/06/93; 26/01/98; 21/12/00; 26/09/01; 23/01/02; y 04/04/02); c) aún para el caso de que faltase toda connivencia de la ETT con la empresa cliente en la utilización fraudulenta del CPD para atender necesidades permanentes o supuestos excluidos, no hay que olvidar que la exigencia de responsabilidad de que estamos tratando es tan sólo laboral y precisamente la solidaria de la empresa usuaria —e infractora— respecto de las obligaciones de la ETT [art. 12 LETT]; y d) alguna otra garantía —también laboral— correspondiente al trabajador cedido y que afectaría igualmente a la ETT en el caso de que el CPD resultase nulo por causa directamente imputable a la cesionaria (cual es el derecho a integrarse en plantilla como trabajador fijo, inactuante tras extinguirse la cesión: SSTS 11/09/86, 17/01/91 y 08/07/03, en manera alguna excluye la reclamación —de todo orden— que la citada ETT puede efectuar frente a la empresa usuaria e incumplidora)».

6. LA DIFICULTAD EN LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN SUSTANTIVA PREVISTA A LOS SUPUESTOS DE DESPIDO DECLARADOS IMPROCEDENTES

Como decíamos, una de las cuestiones que conlleva la doctrina contenida en estas sentencias va más allá de los antecedentes de hecho de las mismas, dado que, tal como hemos dicho, lo verdaderamente trascendente de tal doctrina está en la calificación jurídica que merecen los supuestos de contratos irregulares o abusivos a través de ETT como casos de cesión ilegal de trabajadores.

Siendo así, la sanción sustantiva prevista para los casos de cesión ilegal conlleva la opción del trabajador en misión de elegir entre ser indefinido en la empresa cedente o cesionaria inseparable

En un caso como el analizado de contratación irregular, que conlleva la calificación de la extinción del contrato como despido improcedente, se plantea sin duda problemas interesantes sobre la efectividad de dicha sanción sustantiva, en relación, precisamente, con la prevista en el art. 56 del ET ¹⁴.

En este sentido, las preguntas que cabría hacer son muchas e interesantes.

¿Cómo se resuelve la solidaridad cuando la condena no es de cantidad?, ¿cómo se hace efectivo y se concuerda la alternatividad que supone intrínsecamente la solidaridad en la exigencia del cumplimiento de la obligación cuando el deber jurídico del que se predica consiste precisamente en otro derecho de opción de los empleadores condenados —a optar entre la readmisión o el pago de la indemnización? Pero, además, ¿cómo se hacen efectivos los derechos y deberes derivados de la condena con el también derecho de opción que reconoce al trabajador objeto de una cesión ilegal el art. 43 del ET?

Y todas estas cuestiones, además, hay que plantearlas en la medida en que, de conformidad con las sentencias comentadas, el presupuesto de hecho es calificado como tal cesión ilegal, donde la solución jurídica, la sanción sustantiva prevista, es completamente distinta de la prevista generalmente para los supuestos de contratación a través de una ETT.

Intentamos explicarnos a estos efectos. En nuestra opinión, hay, efectivamente, una diferencia fundamental en los tratamientos legales de la cesión ilegal de trabajadores y de la contratación a través de una ETT en cuanto al régimen de responsabilidades establecidos. En el primer caso, la norma opta por una extensión completa de responsabilidad, por una solidaridad basada en la confusión que en cuanto a la propia identidad del empleador conlleva la cesión ilegal. En el segundo caso, la norma siempre parte de una atribución diferenciada de responsabilidades, de obligaciones y deberes jurídicos de los que se derivarían aquella. Así se da en el art. 16 de la LETT, pero también en el art. 28 de la LPRL, por ejemplo, y se traduce, también, a efectos sancionadores administrativos. La calificación como cesión ilegal de los supuestos de contratos de puesta a disposición irregulares implica, también, un cambio cualitativo esencial también a estos efectos y pone de manifiesto, sin duda, las dificultades a que antes aludíamos en relación con el correcto cumplimiento de la condena que conlleva implícita esta declaración en un proceso por despido.

¹⁴ Tal como ya exponía CALVO GALLEGO; «El contrato de puesta a disposición», en AA. VV. (Fernández López y Rodríguez Piñero Royo dir.; Calvo Gallego coord.); *Diez años desde la regularización de las empresas de trabajo temporal. Balances y perspectivas*; CARL, 2004; pág. 135.



Pero ello no es más que una muestra, concreta y específica, aplicable al caso concreto de la solución genérica que supone acudir a la solidaridad sin plantearse —como precisamente se hacía en el ámbito del fenómeno interpositorio que supone la ETT— la atribución articulada de responsabilidades en función de a quién corresponde la obligación o deber jurídicos que se incumplen.

7. REFLEXIÓN FINAL

En fin, nos encontramos ante una posición del Tribunal Supremo que, derivada de una interpretación pretendidamente integradora de dos normas que si no son contradictorias en cuanto a su ámbito de aplicación sí plantean dudas razonables sobre su posible aplicación conjunta (tal como por otra parte reconoce el propio Tribunal), condiciona en gran medida la consideración que a partir de ahora halla de tener la interposición contractual a través de una empresa de trabajo temporal.

Quizá la cuestión a reflexionar no esté tanto en los aspectos más inmediatos y en los que, de alguna forma, nos hemos detenido, como en la trascendencia que de futuro puede tener la calificación jurídica como cesión ilegal de trabajadores de la contratación irregular o, incluso, fraudulenta a través de un contrato de puesta a disposición.

En este sentido, como elementos paralelos a una cuestión principal como la que deriva de tal calificación jurídica y que no han sido tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo aparecen la distinta tipificación sancionadora de los incumplimientos —y, por tanto, la distinta consideración y entidad, incluso identificación, que merecen para el legislador—, la regulación específica de normas para evitar la sucesión en la contratación temporal más allá de la norma genérica contenida en el art. 15.3, la nueva definición legal de cesión ilegal de trabajadores que no participa de estos supuestos, los distintos mecanismos de imputación o atribución de responsabilidad, etc. Estos aspectos concurren en el tratamiento de la cesión de trabajadores y en el tratamiento de la contratación, aun irregular, a través de contratos de puesta a disposición. También merecen una reflexión al hilo del contenido de estas sentencias.

En definitiva, como decíamos al principio, parece que el Tribunal Supremo ha pretendido hacer prevalecer la sanción para los supuestos de contratación irregular sobre el tratamiento del contrato de puesta a disposición conforme la norma legal que los regula (y que sanciona, quizá insuficientemente, eso es cierto, los posibles abusos o irregularidades en la contratación); pero no ha tenido en cuenta todas las consideraciones que planteamos. Por ello, quizá se exija una reflexión importante sobre estas sentencias cuya importancia trasciende, como también decíamos de principio, la propia resolución de un caso ante unos determinados y concretos antecedentes de hecho.





PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

LA RECAÍDA EN LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS AUTÓNOMOS: REQUISITOS EXIGIDOS

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2006

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS *

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de una trabajadora incluida en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que, con 10 años cotizados, entra en situación de incapacidad temporal. A resultas de la misma, el mismo mes en que inicia la incapacidad temporal solicita la baja voluntaria en el RETA. Dicho proceso se prolongó hasta que fue dada de alta por la Inspección Médica. Once días más tarde, se expidió un nuevo parte de baja médica «por recidiva de las dolencias antes indicadas», proceso que duraría hasta febrero de 2004. En diciembre de 2003, solicitó el pago directo de incapacidad temporal de la situación de «recaída», denegándolo la Entidad Gestora en base a que «no se encontraba en situación de alta ni asimilada, tal como exige el artículo 124 del Texto Refundido» de la LGSS.

RESUMEN: El Tribunal Supremo reitera que para el acceso a las prestaciones por incapacidad temporal es necesario el cumplimiento del requisito general de «estar afiliadas y en alta en este régimen con situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida» (art. 130 LGSS). Además, interpreta que cada uno de esos periodos de incapacidad temporal, que se extiende desde la expedición del parte de baja médica hasta el de alta inmediata siguiente, «constituye una nueva y diferente situación protegida», por lo que es preciso que al iniciarse el mismo el trabajador afectado cumpla todos los requisitos exigidos.

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

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS
2. NOTAS SOBRE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y LOS REQUISITOS PARA EL ACCESO A LA MISMA DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS
3. LAS RECAÍDAS EN SITUACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL
 - 3.1. Condiciones y requisitos para acceder a las prestaciones de incapacidad temporal en caso de recaída
 - 3.2. El hecho causante en las situaciones de recaída

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA PROTECCIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

La protección en el RETA de la incapacidad temporal ha experimentado a lo largo del tiempo «una curiosa evolución zigzagueante», que ha oscilado de modo alternativo entre la ausencia, la obligatoriedad y la voluntariedad de su cobertura¹.

En la regulación inicial, el campo objetivo de prestaciones del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA) no preveía la extensión de su cobertura protectora a las entonces llamadas prestaciones de incapacidad laboral transitoria².

La incorporación de ésta como situación protegida en el Régimen de autónomos se llevó a efecto, por vez primera y bajo la modalidad de mejora voluntaria, a través del RD 1774/1978, de 23 de junio, por el que se incluye la incapacidad laboral transitoria en el RETA, que dio nueva redacción al artículo 27.3 del Decreto 2530/1970, regulador de dicho Régimen Especial.

Con posterioridad, el Real Decreto 43/1984, de 4 de enero, sobre ampliación de la acción protectora de cobertura obligatoria en el RETA, añadió al campo de aplicación objetivo del RETA, como contingencia de cobertura obligatoria, la situación incapacidad laboral transitoria. El régimen jurídico de las mismas o, dicho de otro modo, la forma en la que se preveía su otorgamiento, sería en los mismos términos y condiciones que los que regían en el Régimen General, aunque con algunas especialidades.

¹ Como indican DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I. *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 251.

² Es la Disposición Final Tercera. Uno de la Ley 42/1994 de 30 de diciembre, (B.O.E. 31-12-1994), de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, la que, tras el cambio normativo producido, recoge el de denominación: «Las referencias que en la legislación vigente se efectúan a las situaciones de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional se entenderán realizadas a la situación de incapacidad temporal. Asimismo, las referencias que se efectúan a la situación de incapacidad laboral transitoria derivada de maternidad, se entenderán efectuadas a la situación de maternidad».



Pareciéndole insatisfactoria esta situación al legislador, se produjo una nueva regulación mediante la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, en cuyo artículo 104, se pasó de la protección obligatoria de la prestación de incapacidad laboral transitoria a una nueva configuración de carácter voluntario, de tal forma que los trabajadores autónomos sujetos a éste Régimen Especial pudieran optar entre acogerse a la cobertura por incapacidad laboral transitoria o excluirla del conjunto de prestaciones o acción protectora que les afecta³. Cuestión que, posteriormente a través de la DA 12.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación del seguro privado, se incluyó como nueva DA 11.ª de la LGSS, dejando meridianamente claro, en su apartado segundo el carácter optativo de la protección del subsidio de incapacidad temporal⁴.

Y aunque inicialmente en dicha DA 11.ª de la LGSS se establecía, que una vez decidida por el trabajador autónomo la cobertura de la prestación de incapacidad temporal, la libertad de optar entre formalizar el aseguramiento de esta protección por la Entidad Gestora correspondiente o con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Libertad de opción que duró muy poco, pues fue suprimida por la DA 14.ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, por la que los trabajadores autónomos que solicitaran el alta en la Seguridad Social a partir de primeros de enero de 1998, y evidentemente optaran por protegerse en la contingencia de incapacidad temporal, tendrían que, obligatoriamente, formalizar convenio de asociación con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social⁵.

Junto a ello, ha de recordarse que la protección de los accidentes de trabajo producida por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introduciendo la DA 34.ª de la LGSS, sólo permite la cobertura de estas situaciones si, de forma previa o simultánea, el trabajador autónomo ha optado por incluir dentro de la acción protectora que les cubre, la de incapacidad temporal. Lo que, en cierto

³ Desarrollado reglamentariamente por el RD 2110/1994, de 28 de octubre, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, agrarios y empleados del hogar.

⁴ LA DA 11.ª de la LGSS indica «2. En el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, así como por lo que respecto a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, los interesados podrán optar entre acogerse o no a la cobertura de la protección del subsidio por incapacidad temporal».

⁵ Y al mismo tiempo se restringe el derecho de opción de los que con anterioridad ya hubieran optado con anterioridad a dicha fecha por una Mutua, ya que sólo podrían modificar su opción a favor de otra entidad colaboradora.

modo, podría entenderse como una forma de promoción de la cobertura de esta prestación⁶.

Pero parece que esta cuestión no terminará ahí. El carácter potestativo de la protección de la incapacidad temporal de los trabajadores autónomos actual, quizás tenga los días contados. Como se recuerda, la Disposición Adicional 69.^a de la Ley 30/2005 de Presupuestos Generales del Estado estableció el plazo de un año al Gobierno para presentar al Congreso un Proyecto de Ley de Estatuto del Trabajador Autónomo; proyecto que viene recogido en el Diario Oficial de las Cortes generales de 1 de diciembre de 2006, y en el que se vuelve a la obligatoriedad de la protección de la contingencia de incapacidad temporal de los trabajadores autónomos, al menos, en el caso de los «económicamente dependientes»⁷.

2. NOTAS SOBRE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y LOS REQUISITOS PARA EL ACCESO A LA MISMA DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Una vez que el trabajador autónomo ha decidido voluntariamente acogerse a la cobertura de la prestación de incapacidad temporal, el régimen jurídico que regula la misma es similar al establecido en el Régimen General, al que se remite, con las particularidades que irán apuntándose a continuación.

La incapacidad temporal es la cobertura que ofrece el sistema a los sujetos incluidos que se encuentren temporalmente impedidos para el trabajo

⁶ O «de hacer caja» ya que la cobertura conlleva un aumento considerable de los tipos de cotización; de un lado, el incremento en el tipo para la cobertura de la prestación de incapacidad temporal y, de otro, el de los tipos específicos de cotización por contingencias profesionales.

⁷ Según el art. 26 del Proyecto los trabajadores autónomos económicamente dependientes deberán incorporar obligatoriamente la cobertura de las prestaciones por incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social que, ex DA 3.^a, se producirá a primeros de enero del ejercicio siguiente a la entrada en vigor de la Ley. Pero lo curioso es que la DA 3.^a que se refiere a la cobertura de estas contingencias de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, es mucho más beneficiosa, pues, obliga a todos los trabajadores del RETA, independientemente de que sean «trabajadores autónomo económicamente dependientes» o no, a incluirse en la protección por incapacidad temporal, desde esa misma fecha, y «siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social». Además, el Gobierno determinará «aquellas actividades profesionales desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social».



y necesiten de asistencia sanitaria (art. 128 LGSS)⁸. Así pues, para que se conceda el derecho a la prestación por incapacidad temporal han de darse de forma conjunta las siguientes circunstancias: en primer lugar, que el trabajador se encuentre impedido para el trabajo, de forma no definitiva sino temporal, por causa de una alteración de su salud; en segundo lugar, que la causa de dicha incapacidad se deba a una enfermedad o un accidente, sean comunes o profesionales; y, finalmente, que el trabajador reciba asistencia sanitaria de los Servicios Públicos de Salud (o en el caso de las contingencias profesionales por parte de una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social)⁹. Se exige, pues, que la alteración de la salud que conlleva el efecto incapacitante necesite de las prestaciones de asistencia sanitaria, como uno de los elementos del mecanismo protector.

Y es que la situación de incapacidad presenta en el sistema protector de la Seguridad Social un doble aspecto: de un lado, el déficit de salud del trabajador que repercute directamente en su aptitud para el trabajo y, de otro, la puesta en marcha de un instrumento o mecanismo jurídico que legitime o vincule a esa falta de capacidad laboral la concesión de una prestación económica sustitutoria de las rentas dejadas de percibir por no poderlo desempeñar de forma temporal¹⁰, y proteger la falta de recursos económicos¹¹ o para cubrir el vacío económico (*lucrum cesans*)¹².

Para recibir el subsidio que le corresponde, el individuo deberá cumplir los requisitos que se exigen legalmente. Por un lado, se exige el requisito común, para todos los casos, de que el que el trabajador se encuentre afiliado y en alta o situación asimilada (arts.124.1 y 130 de la LGSS). Por otro lado, además, tratándose de una enfermedad común se exige un requisito adicional recogido en el art. 130 a) LGSS, que no es otro que tener un período previo de cotización de 180 días dentro de los cinco años anteriores al hecho causante. Para accidente, sea o no laboral y para enfermedad profesional no hace falta período de carencia.

⁸ Se entiende también como incapacidad temporal los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

⁹ Véase PÉREZ ALONSO, M.A. en *La incapacidad temporal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 19. Y en sentido similar la STS de 11 de diciembre de 2001, Ar. 2113.

¹⁰ Como indica en similar sentido, DUEÑAS HERRERO, L.J., en «Contingencia y prestación de incapacidad temporal», en AAVV, Coord. Blanco Martín, J.M., *Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico*. Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 43.

¹¹ Así lo dice, BERROCAL JAIME, A, en *El proceso sobre incapacidad temporal*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 7.

¹² En este sentido, GARCÍA NINET, J.I., «La incapacidad temporal», en AAVV, Coord. Ojeda Avilés, *La incapacidad temporal*, Tecnos, 1996, pág. 19.

En el ámbito del trabajo autónomo sujeto al RETA se exigen dos requisitos más, comunes, para tener derecho a la prestación de incapacidad temporal: de un lado, hallarse al corriente del pago de las cuotas y por otro lado, el llamado régimen de control¹³.

Por lo que se refiere al hallarse al corriente en el pago de las cuotas, la DA 39.^a de la LGSS, añadida por el art. 20 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social¹⁴, es la que en la actualidad exige el requisito de hallarse al corriente del pago de cuotas de los trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, como son los autónomos, para el acceso y reconocimiento de las prestaciones económicas de la Seguridad Social (entre las que, evidentemente, se encuentran las de incapacidad temporal), procediendo, en caso de no estarlo, a la invitación al ingreso establecida en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970¹⁵.

Por lo que se refiere al régimen de control, se establece la obligación para los trabajadores autónomos que se hallen en situación de incapacidad temporal de presentar ante la Entidad Gestora o colaboradora declaración sobre la persona que gestione directamente el establecimiento del que sea titular, o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad que se trate. El incumplimiento de dicha obligación acarreará la suspensión cautelar en el abono la prestación y el inicio de las actuaciones administrativas tendentes a verificar si en el interesado concurren o no los requisitos que condicionan el acceso y el percibo de esta prestación.

Junto a ello, las diferencias en el RETA de las prestaciones de incapacidad temporal, además de las situaciones asimiladas al alta específicas que más abajo se verán y a los requisitos más arriba apuntados, pueden señalar-

¹³ En profundidad, véase DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I. «La Seguridad Social de los trabajadores autónomos», *op. cit.*, págs. 256 a 261.

¹⁴ En el mismo sentido, que un par de meses antes se recogía en el art. 12 del RD 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos incluidos en el RETA y la ampliación de la prestación de incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

¹⁵ Evidentemente, si no se atiende a la invitación no se podrá acceder a las prestaciones. En cambio, si se ingresan las cuotas debidas en el plazo de 30 días naturales desde la «invitación», se considerará que el interesado estaría al corriente a efectos de la prestación de incapacidad temporal. Por el contrario, si para el ingreso de las deudas se excede dicho plazo se concederá la prestación rebajada en un 20%. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha indicado que para que surta efectos el mecanismo de invitación es necesario que se refiera a beneficiarios que ya tuvieron cubierto el periodo de carencia para el acceso a la prestación ya que «nunca el ingreso posterior al hecho causante convalida la falta de carencia exigida» (SSTS de 7 de febrero de 1992, Ar. 955 y 26 de enero de 1994, Ar. 379, entre otras). Nuevamente, DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I. «La Seguridad Social de los trabajadores autónomos», *op. cit.*, pág. 260.



se como los siguientes: la prestación solo se otorgará si voluntariamente se han acogido a la protección de incapacidad temporal; ésta solamente podrá obtenerse a causa de un accidente de trabajo si el trabajador también optó por dicha contingencia; las prestaciones por contingencias comunes el subsidio durante los primeros 15 días de la baja (a causa de inexistencia de empresario) corresponde a la Entidad Gestora o a la Mutua; por la misma causa anterior, no existe pago delegado sino que siempre será directo; y, finalmente, para los «nuevos emprendedores» (y algunos de los antiguos que así lo eligieron), esto es, los dados de alta a partir de enero de 1998, la entidad que cubre las prestaciones será siempre la Mutua.

3. LAS RECAÍDAS EN SITUACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL

El elemento esencial de discusión, al menos así lo dice el mismo Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta al explicar la controversia con la de contraste, es que se adopta distinta doctrina en el mismo supuesto: el trabajador tiene una primera situación de incapacidad temporal que se inició estando en alta en la Seguridad Social y que concluyó por alta médica expedida por facultativos de la misma y una segunda situación de incapacidad temporal, que se inició antes de que pasasen seis meses desde la anterior alta médica, generada por recaída de las anteriores dolencias, que se inició antes de que pasasen seis meses desde la anterior alta médica, pero que tuvo lugar cuando el interesado ya no estaba en alta ni en situación asimilada a la del alta»¹⁶.

Así pues, nos encontramos ante una situación de recaída, cuyo concepto no es «pacífico»¹⁷ (ni tampoco sus efectos jurídicos a tenor de lo que puede verse en los Tribunales), lo que quizás pueda deberse a que la regulación realizada por los artículos 128. 2 de la LGSS y 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967, reguladora de las prestaciones de incapacidad tempo-

¹⁶ Desde luego, la sentencia de contraste no parece la más indicada para acudir solicitar la unificación de doctrina y ello porque se trataba de un trabajador por cuenta ajena (aquí lo es por cuenta propia) en una situación algo diferente, ya no solo por las posibilidades de encontrarse en situación asimiladas a la de alta, que son mucho más limitadas en el RETA, sino porque dicho trabajador había impugnado el alta médica en vía judicial y le había sido denegada (lo cual le dio la oportunidad de defenderse frente a una resolución adversa, cosa que aquí no ocurrió) y se enmarcó en un proceso de solicitud de prestación de incapacidad permanente; amen de haber cobrado prestación de desempleo durante una parte del período que mediaba entre las dos situaciones de incapacidad temporal.

¹⁷ Así lo califica BARBA MORA, A., en *La incapacidad temporal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 69.

ral, que es parca y escasa¹⁸, y que ha tenido que interpretarse en numerosas ocasiones por los Tribunales.

En principio, la situación de recaída se conecta con la duración máxima del período de incapacidad temporal, ya que para el cómputo del mismo, como reza el art. 128.2 de la LGSS, se tendrán en cuenta los períodos de recaída. Refiriéndose a la duración del proceso de incapacidad temporal, el art. 9.1 segundo párrafo de la Orden de 13 de octubre de 1967, indica que si el proceso de incapacidad temporal se viere interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad.

Con estos elementos tendrán que dilucidarse las situaciones de los trabajadores que habiendo entrado en situación de incapacidad temporal y fueron dados de alta por «aparente» curación, son nuevamente dados de baja en un período relativamente cercano en el tiempo, teniendo que determinarse si tales situaciones son o no recaídas o reanudaciones del anterior proceso o si se trata de un proceso nuevo, distinto e independiente del anterior.

Como puede verse, son dos los elementos esenciales que nos ofrece la norma para su interpretación: el temporal y el causal¹⁹. El temporal puesto que para que exista recaída ha de producirse un proceso de incapacidad temporal dentro de un plazo de 6 meses desde que se le dio el alta médica en el anterior²⁰. Con ello, viene a resolverse la histórica pugna entre la «recaída en la incapacidad»²¹ y la «recaída en la enfermedad»²², como las llama Sala

¹⁸ En este sentido, GARCÍA NINET, J.I, en «La incapacidad temporal», *op. cit.*, pág. 34.

¹⁹ Como indica JOVER RAMIREZ, C. *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 72.

²⁰ No creo que pueda justificarse la exigencia de que se produzca en los seis meses siguientes, como se ha dicho por parte de la doctrina (DUEÑAS HERRERO, *op. cit.*, pag. 73 o PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, pág. 55 en nota) o de la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 21 de mayo de 1979; STSJ de Valencia de 6 de marzo de 1991, Ar. 2006 ó STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 1991 Ar. 5606), en que durante dicho tiempo «no se acredita cotización suficientes para generar un nuevo derecho al subsidio de incapacidad temporal» y ello porque, de un lado, los procesos que provienen de contingencias profesionales o de accidente no laboral no exigen dicho requisito y, en segundo lugar, por que las cotizaciones exigidas en caso de enfermedad común lo son dentro de los 5 años inmediatamente anteriores, por lo que si las tuvo en el anterior proceso, las seguiría teniéndolas en el actual (a no ser que hayan pasado más de cuatro años y medio sin cotizar), esto es, no ocurre como para las prestaciones por desempleo en el las cotizaciones usadas para la apertura de un derecho se consumen y no sirven para uno posterior.

²¹ Se entenderían como recaídas las bajas por enfermedad producidas dentro de los seis meses siguientes al alta anterior.

²² Se entenderían como recaídas solamente las bajas por enfermedad que se produjeran dentro de los seis meses siguientes al alta anterior cuando se tratara de la misma o similar enfermedad y no en caso contrario.



Franco²³, abandonándose la inicial doctrina de aplicación del principio de valoración conjunta de las contingencias, lo que suponía la acumulabilidad de los distintos procesos de incapacidad temporal, que aun por distintas causas se originaran a un sujeto, siempre que no se hubiera interrumpido el primero por un tiempo superior a seis meses.

El punto de inflexión se produce con la STS de 8 de mayo de 1995²⁴ (Ar. 3755) en la que, además del elemento temporal se exige el causal, ya que como indica «es claro que el término ‘recaída’ obedece al significado de caer nuevamente enfermo en la misma dolencia, a quien estaba convaleciente o había recobrado su salud». Así pues, no cualquier situación de alteración de la salud producida dentro de los seis meses siguientes a un alta médica de una situación de incapacidad temporal podrá calificarse como «recaída», será necesario que tenga una relación directa e inmediata, causal, con la patología que abrió el anterior proceso. Y es que «recaída quiere decir caer nuevamente enfermo por la misma dolencia, por lo que no procede la acumulación cuando la causa de incapacidad obedezca a enfermedad distinta»²⁵.

Por supuesto, no cabe entender como situación de recaída cuando la patología que recidiva no dio lugar en el momento de su manifestación inicial a prestación de incapacidad temporal. Ya que la consideración conjunta de los periodos de incapacidad temporal subsidiada (recaída) «es una ficción legal encaminada a evitar una prolongación excesiva de subsidio de incapacidad temporal en los supuestos de enfermedades recidivantes, [que] pierde su razón de ser cuando el asegurado no ha percibido tan subsidio en la manifestación inicial de la dolencia»²⁶. Esto es, lo que ocurre es que se inicia en estos casos un primer proceso de incapacidad temporal ya que el Tribunal Supremo entiende de forma separada las situaciones de alteración de la salud que tan derecho a una prestación de incapacidad temporal y las que, por no cumplirse los requisitos exigidos, no generan prestación. Por ello entiende que podrá el trabajador acceder al subsidio de incapacidad temporal si cuando lo hace dispone del periodo de carece exigido, aún cuando

²³ En *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, op. cit., pág. 110.

²⁴ Un comentario a la misma puede verse en FERNÁNDEZ PRATS, C «Incapacidad temporal y recaída (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 8 de mayo de 1995), *Tribuna Social*, núm. 62, 1996.

²⁵ SSTs de 10 de diciembre de 1997, Ar. 9311 y de 17 de abril de 1998, Ar. 2691. El sentido parecido, STS de 26 de septiembre 2001, Ar. 3261. No pudiendo «calificarse como recaída a nuevo proceso de baja médica y laboral, cualquiera que sea su relación cronológica con el anterior, cuando responda a enfermedad diferente y autónoma de la aquejada con anterioridad» (STS de 23 de julio de 1999, Ar. 6465).

²⁶ STS de 18 de febrero de 1999.

la anterior baja por incapacidad temporal²⁷, referida al mismo o similar proceso patológico, no hubiere dado derecho a tal prestación por falta de carencia o alta.

3.1. Condiciones y requisitos para acceder a las prestaciones de incapacidad temporal en caso de recaída

Aunque el requisito de alta o situación asimilada en otras prestaciones ya dejó de ser obligatorio, lo cierto es que para acceder al subsidio de incapacidad temporal todavía sigue siendo imprescindible²⁸. Y es que, de lo dicho anteriormente, se infiere que para acceder a la prestación por incapacidad temporal han de cumplirse los requisitos de alta o asimilación al alta y, en su caso, de periodo de carencia, de conformidad con los artículos 124 y 128 de la LGSS. El Real Decreto 84/1996 establece la obligación para los trabajadores por cuenta propia o autónomos de solicitar el alta en el RETA desde el momento en que concurran en ellos las condiciones determinantes de su inclusión en el campo de aplicación del sistema.

El alta, como acto de encuadramiento, no es otra cosa que la formalización de la relación jurídica de Seguridad Social, determinando que el trabajador se encuentra en activo y, por ello, pertenece o se incluye en el ámbito de protección del nivel contributivo, para que cuando cumpla con el resto de los requisitos para acceder a las prestaciones del sistema.

Tiene el alta, según se ha dicho dos funciones principales: por un lado, la de control, información y transferencia inicial de responsabilidades en orden a la acción protectora y, por otro, la de un requisito de acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social²⁹.

Respecto a la función que la configura como un requisito para el acceso a las prestaciones, parece excesiva su pervivencia ya que no puede mantenerse, en el momento actual, la doctrina que establece que la exigencia de éste se sustenta en la consecución del «equilibrio financiero del

²⁷ SSTS de 10 de diciembre de 1997, Ar. 10031 y de 23 de julio de 1999, Ar. 6465, y es que sería contrario a los principios de proporcionalidad y de eficacia y utilidad de las cotizaciones «una doctrina expresiva de que, denegada una prestación de incapacidad temporal, por no reunir en el momento de la primitiva baja por enfermedad común el requisito de carencia o alta, al defecto inicial se prolongue indefinidamente en el tiempo futuro sin posibilidad para el beneficiario de acceso al reconocimiento de la situación y prestación económica una vez cumplidos los requisitos a habilitantes...».

²⁸ Como indica BARBA MORA, A., *Incapacidad temporal*, op. cit., pág. 32.

²⁹ Como indica BARRIOS BAUDOR, G.L., en *Las situaciones asimiladas al alta el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 41.



sistema»³⁰, llegándose a afirmar que su supresión es una exigencia para acomodar nuestro de Seguridad Social a la realidad internacional³¹.

Quizá por ello, en distintas reformas de la Seguridad Social, se ha ido relajando la exigencia de este requisito, llegándose a eliminar respecto de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente absoluta, gran invalidez, viudedad, orfandad y prestaciones en favor de familiares. Esto es, sólo respecto de pensiones a las que, como contrapartida, se exige un importante esfuerzo de contributividad por parte del beneficiario o del causahabiente, estableciéndose para la mayoría de ellas un periodo de carencia «ad hoc»³².

Además, desde antiguo, el legislador flexibiliza los requisitos del alta a través de mecanismos como la asimilación al alta o el alta presunta, configurándose el primero con una ficción jurídica por la cual habiendo cesado el trabajador de forma temporal o definitiva en su puesto de trabajo se le considera el alta formal para el acceso a las prestaciones y el segundo, como también es conocido, se configura como una fórmula de atribución de responsabilidades en materia de prestaciones a los empresarios incumplidores de sus obligaciones respecto del encuadramiento o la cotización (e independientemente de que funcionen mecanismo de garantía frente de insolvencia empresarial, como el principio de automaticidad de las prestaciones).

Evidentemente, el alta presunta no juega en el RETA, ni en los Regímenes donde el propio trabajador es el obligado a encuadrarse y cotizar. Por lo que, de los distintos dispositivos legales relativizadores del alta³³, es el de la asimilación al alta el que mayor incidencia puede tener respecto de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA.

Como no es éste el momento más indicado para analizar las situaciones asimiladas a las del alta, vamos a centrarnos en las que hubieran podido afectar a la situación de recaída de un trabajador autónomo que en este segundo momento se hubiera dado de baja, como acto de encuadramiento, en el RETA, que es precisamente la situación que se analiza en la sentencia que se comenta.

Pues bien, son dos, de entre las posibles, las situaciones asimiladas a la del alta que podrían haberse observado en un supuesto como el que nos ocupa: de un lado, la situación asimilada al alta por encontrarse dentro de los 90 días siguientes al cese de actividad y, de otro lado, la asimilación al alta en los casos de suspensión de la actividad por enfermedad o accidente.

³⁰ Ello dependerá que las aportaciones previamente realizadas que configuran el nivel de contributividad.

³¹ Nuevamente, BARRIOS BAUDOR, G.L., en *Las situaciones asimiladas al alta el sistema español de Seguridad Social*, op. cit., pág. 47.

³² Que coincide en 15 años de cotización.

³³ Como los denominan DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A. en su *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1979.

a) La asimilación al alta dentro de los 90 días siguientes al cese de la actividad de los trabajadores del RETA se encuentra regulada en el art. 36.1.15 del RD 84/1996 y conlleva un período de asimilación de 90 días naturales a contar desde el último día del mes natural en el que se produjo la baja en este Régimen. Independientemente de cuál sea su fundamento, en relación a ella se van a plantear una cuestión importante: ¿cuáles son las prestaciones a las que alcanza?

En las propias normas del RETA se determina que la asimilación se produce de forma genérica «a efectos de poder causar derecho a prestaciones y obtener otros beneficios del sistema» (art. 29.1 Decreto 2530/1970 del RETA), lo que da a entender, a mi juicio sin duda, que deben quedar incluidas todas las que forman parte del contenido de la acción protectora de este régimen. Pero, a pesar de ello, el Tribunal Supremo mantiene la tesis de que esta situación no es aplicable a las prestaciones de incapacidad temporal ya que esta prestación no se encontraba originariamente dentro del catálogo de las prestaciones ofrecidas por el RETA³⁴, cuando con argumentos parecidos en sentencias anteriores mantuvo esta situación como válida para las prestaciones por maternidad³⁵.

Este supuesto no es de aplicación en el supuesto que nos ocupa pues la trabajadora se dio de baja voluntariamente el mismo mes en que entró en situación de incapacidad temporal y estuvo casi seis meses en situación de incapacidad temporal (y dada de baja como acto de encuadramiento), estando la recaída fuera de este período de 90 días.

b) La asimilación al alta en los casos de suspensión de la actividad por enfermedad o accidente se recoge, por su parte, en el artículo 73 del Decreto 2530/1970 del RETA. El origen de esta asimilación era la inicial inexistencia dentro de la acción protectora del RETA de las prestaciones de incapacidad temporal. Según la doctrina, en la medida en que la actualidad se contempla la situación de incapacidad temporal, aunque con carácter voluntario, esta situación asimilada se mantendría para los trabajadores no acogidos a la cobertura por incapacidad temporal e incluso también podrían acceder a ella los que, habiendo optado por su cobertura, no reúnan los requisitos del hecho causante³⁶.

³⁴ En Sentencia de 26 de octubre de 2001, Ar. 2359, tesis que mantiene y repite en la de 20 de enero de 2003. Una acertada y brillante crítica de esta tesis jurisprudencial puede verse en CERVILLA GARZÓN, M.J. en *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el sistema español de la Seguridad Social*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2005, págs. 356 y 357.

³⁵ SSTs de 29 de abril de 200 y 10 de diciembre de 2002.

³⁶ Como indica BALLESTER PASTOR, I., en «Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: las actuales peculiaridades en materia de acción protectora», *Documentación Laboral*, núm. 69, 2003, pág. 67.



Es cierto, como dice Cervilla Garzón³⁷, dado que la norma no hace referencia al «cese» en la actividad sino a la «suspensión» de la misma, debe interpretarse que no están contemplados aquellos supuestos en los cuales se produce el cese total en la actividad, con la consiguiente solicitud de baja en la declaración censal o licencias necesarias para su ejercicio. Pero, ha de recordarse que para la mayoría de los trabajadores autónomos, empresarios individuales, entrar en situación de incapacidad temporal supone realmente un «cese» en la actividad ya que al ser práctica común acogerse a la base mínima de cotización, la prestación de incapacidad temporal viene a ser bastante reducida y si además de ello tienen que seguir cotizando a la Seguridad Social, las rentas finales serán más que insuficiente para subsistir. Ha de recordarse además, la obligación para los trabajadores autónomos que se hallen en situación de incapacidad temporal de presentar ante la Entidad Gestora o colaboradora declaración sobre la persona que gestione directamente el establecimiento del que sea titular, o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad que se trate. Siendo lo más fácil, por las implicaciones fiscales que conlleva, el cese definitivo.

Desde luego esto parece que es lo que pasó en el caso que nos ocupa, la trabajadora autónoma en el mismo mes en que entró en situación de incapacidad temporal (tras 11 años de alta en el mismo) se dio de baja, quizás a causa de algunas de las motivaciones (evitar gastos de cotización detrayéndolos de los ingresos de la prestación de incapacidad temporal, fiscales o de obligación de comunicar el sustituto). El problema en tal caso se habría resuelto con darse de alta en el mes de agosto, ya que tenía todo el mes para ello, pero no lo hizo así. Y es que no pudo hacerlo puesto que, dada de alta el 31 de julio, sólo 11 días más tarde ya se encontraba nuevamente de baja por incapacidad temporal. Motivo más que suficiente para que hubiera podido entenderse que se encontraba en situación asimilada a la del alta, en caso de que pudiera entenderse que el «cese» en la actividad de autónomo era «temporal», lo que podría entenderse como una suspensión.

3.2. El hecho causante en las situaciones de recaída

El hecho causante es la actualización de la contingencia protegida, la que produce la situación de necesidad objeto de la protección del sistema «que incide sobre los individuos que, por reunir los requisitos exigidos legalmente, se constituyen en sujetos causantes de la protección»³⁸. Esto es,

³⁷ En *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el sistema español de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 353.

³⁸ En este sentido ALMANSA PASTOR, J.M, *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, pág. 322.

es el momento a partir del cual el ordenamiento permite que el sujeto incluido en el sistema de protección del sistema pueda solicitar una prestación, que será concedida en el caso de que se cumplan los requisitos específicos de las mismas.

Pero uno de los puntos más complejos y problemáticos es el de la determinación del momento temporal en que queda referido el hecho causante, que es en principio el de la actualización de la contingencia. Como ha dicho Olarte Encabo, ha de ponerse de manifiesto, a modo de reflexión general, «la dificultad en su determinación en determinados casos y la falta de un criterio unitario en para todo el sistema que viene motivada por la creciente sustitución de criterios de realidad por criterios objetivos o administrativos, en contingencias en que es difícil aislar un momento determinado o en que se imponen estrictas razones de control y limitación de las prestaciones»³⁹.

Y la situación de la recaída en incapacidad temporal es precisamente uno de ellos. Como es conocida, por consolidada, la doctrina del Tribunal Supremo relativa al momento temporal en el cual se exige el cumplimiento del alta para acceder a las prestaciones, habiéndose de atender al momento «en que sobrevino la contingencia determinante de la situación protegida»⁴⁰, es decir, «cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante»⁴¹.

La exigencia de alta, pues, hay que referirla al momento de sobrevenir la contingencia determinante de la situación protegida, entendiendo por tal el de la producción del riesgo o proceso patológico y no aquel posterior en que, mediante solicitud del trabajador (ya que no es nada común que la Entidad Gestora actúe de oficio) se inicie el procedimiento para la concesión de la prestación⁴².

Parte de la doctrina española, apoyada en pronunciamientos judiciales, estima que si el trabajador, tras el alta médica, ve extinguida su relación laboral (o, para nuestro caso, su actividad profesional) por la causa que fuere, y dentro del plazo de seis meses renaciera la dolencia, cabría estimar el derecho sin exigirle nuevos requisitos⁴³. Ya que en realidad lo que aquí ocurre no es otra forma que una suspensión del proceso inicial de incapacidad temporal (el art. 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967 habla de «interrupción»). Y es que entendiendo la recaída no como un nuevo proceso, sino como una continuación del anterior, no tendrá que exigirse ningún requisito

³⁹ En *El Derecho a prestaciones de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997, págs. 147 y 148.

⁴⁰ *Vid.* SSTS de 16 de abril de 1999, Ar. 4425 y de 26 de enero de 1998, Ar. 1056.

⁴¹ En este sentido, STS de 19 de diciembre de 1996, Ar. 1885.

⁴² Así, BARRIOS BAUDOR, G.L., en *Las situaciones asimiladas al alta el sistema español de Seguridad Social*, *op. cit.*, pág. 67.

⁴³ En este sentido, por todos, GARCÍA NINET, J.I., en «La incapacidad temporal», *op. cit.*, pág. 37 y BARBA MORA, A., en *Incapacidad temporal*, *op. cit.*, págs. 72 y 73.



nuevo, pues ya se cumplieron cuando se inició el proceso de incapacidad temporal.

Por lo que se refiere a la doctrina judicial, desde luego, no parece oportuno acudir a los pronunciamientos de las salas de los Tribunales Superiores de Justicia, por la profusa casuística y contradictoria, en no pocos casos, en la aplicación del derecho⁴⁴. Pero, como a continuación se verá, tampoco lo tiene demasiado claro el Tribunal Supremo.

Junto a los dispositivos «relativizadores del alta» creados por el legislador, la jurisprudencia ha añadido, en numerosas ocasiones, uno interpretativo de mucha importancia: el requisito de estar en alta o situación asimilada a la del alta no debe ser exigido en todos los casos con rigor formalista, sino acorde con la realidad de cada supuesto y tendente a paliar el real infortunio de los trabajadores. Así pues, la interpretación humana, flexible e individualizadora del requisito del alta ha permitido acceder a prestaciones desde situaciones de no alta ni asimilada, aunque no es un criterio que ha de aplicarse de forma generalizada sino que será el Tribunal el que determine su aplicación cuando concurren determinadas circunstancias concretas. Y es que «tratándose de Seguridad Social pública, los preceptos que pueden restringir derechos individuales deben ser interpretados de formar restrictiva»⁴⁵.

La STS 18 de febrero de 1999, en la interpretación del art. 128. 2 de la LGSS y 9.1 párrafo segundo de la Orden de 13 octubre de 1967, sobre recaída, tras indicar que los mismos se refieren «no a los requisitos del derecho la prestación sino al cómputo de la duración de la misma» mantiene «la consideración en los citados preceptos como hecho causante de la incapacidad temporal de la dolencia inicial, a efectos de cómputo conjunto de los periodos de incapacidad subsidiada». Evidentemente, no puede haber más de un hecho causante, sería impensable establecer una fecha del hecho causante para el cómputo conjunto de los períodos de incapacidad a efectos de la duración máxima y otro, por ejemplo, quizás, para la determinación de los requisitos exigidos⁴⁶. Más aún, la STS de 5 de julio de 2000 procedió a

⁴⁴ Al respecto véase FERNÁNDEZ URRUTIA, A. en *Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, págs. 48 y siguientes.

⁴⁵ Como indica la STS de 23 de julio de 1999, Ar. 6465.

⁴⁶ A conclusión distinta llega JOVER RAMIREZ, C. ya que indica que «Dicho pronunciamiento nos permite concluir que el momento en que deben reunirse los requisitos para tener derecho a la prestación por incapacidad temporal es aquel en el que comienza el proceso en sí, sea el primero o el de recaída en su caso; siendo ello independiente del periodo de duración que reste para la percepción de la prestación económica en el proceso de recaída dependiendo del que haya sido agotado en proceso anterior, si es que ha sido percibido» en *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 74.

reconocer el derecho a la prestación económica en la recaída sin reunir los requisitos, si en el primer proceso se generó el mismo al cumplirlos en tal momento, considerando que «estamos ante un período único y que los requisitos entonces exigidos y ostentados, y el alta básicamente, conserva durante la segunda baja médica, toda su virtualidad».

La STS de 6 de julio de 2006, objeto de este comentario, da un paso atrás. Atendiendo a la naturaleza contributiva de la prestación y atendiendo a la finalidad de este subsidio, «la solución lógica a la situación planteada no puede ser otra que la de entender que la prestación había de estar conectada con la situación más próxima a la de la última baja». Dejando patente que en el momento en que se inicia cada período de baja es necesario que el trabajador cumpla los requisitos precisos para obtener la correspondiente prestación. Y siguiendo a la STS de 20 de octubre de 2003 se recuerda que la finalidad de la prestación de incapacidad temporal «no es otra que la de suplir con aquella prestación la falta de rentas derivadas de una situación de baja laboral»⁴⁷, rechazando o evitando «que se produzca una situación totalmente rechazable en cualquier tipo de aseguramiento, cual es que un asegurado pueda percibir ante cualquier situación de baja laboral satisfacción económica superior a la que le correspondería de no haberse producido la misma» (¿Es que pervive aún el principio de sinalagmaticidad de las prestaciones, tras la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto?).

Es cierto que las prestaciones de incapacidad temporal son rentas de sustitución de los salarios dejados de percibir (en el caso de los autónomos del RETA, de las bases de cotización elegidas para su protección), pero ha de recordarse que el legislador las ha configurado de forma muy diversa ya que permite la obtención de las mismas incluso aún cuando se haya extinguido el contrato de trabajo (situación que supone una satisfacción económica superior a la que correspondería). Teniendo en cuenta especialmente en el caso que nos ocupa que las llamadas «rentas de sustitución» siempre son ficticias en el ámbito del RETA ya que es el trabajador el que elige las bases correspondientes.

Además, no hay en este caso una «satisfacción económica superior» ya que es la misma «satisfacción» inicial de cuando se puso enferma por vez primera. Efectivamente, la situación de incapacidad temporal trata de suplir la falta de rentas derivadas de una situación de baja laboral pero la baja la-

⁴⁷ Aspecto que ha sido muy remarcado por la doctrina que reconoce que la incapacidad temporal produce no solamente un aumento en los gastos tendentes a la recuperación de la salud, provocados por la alteración misma, sino además un defecto de ingresos consecuente con los efectos incapacitantes que le impiden la obtención de rentas, en este sentido, TORTUERO PLAZA, J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*. Fundación MAPFRE, Madrid, 1996, págs. 11 y 17.



boral se produce por una enfermedad en un tiempo que la trabajadora cumplía los requisitos. En los casos de recaída, como el que se analiza, el proceso patológico comienza en un momento anterior y el motivo de la existencia de la recaída no es otro que una defectuosa gestión de la asistencia sanitaria que no ha curado debidamente al trabajador⁴⁸, siendo curioso que, en el caso que nos ocupa, tras ser dada de alta por la Inspección Médica, sólo 11 días más tarde, el mismo Servicio Público de Salud, emite un nuevo parte de baja por recidiva en sus «dolores, vértigos y mareos». Y es que, como es conocido, son distintos los intereses de los inspectores médicos y de los médicos de atención primaria, este último, conoce al paciente, lo trata y sabe como es su situación médica real, el inspector médico reconoce al paciente y muchas veces, como lo demuestra la cantidad de pleitos por altas indebidas en los que se resuelve determinando el error de la Entidad Gestora, propone su alta sin haber realizado un seguimiento cotidiano y personal del trabajador enfermo y de los padecimientos que sufre (como pudo hacerlo y lo hace el médico de atención primaria), dándose en muchos casos altas «precipitadas» en la idea de la existencia de una generalización del fraude en las prestaciones por incapacidad temporal sobre todo de aquellos que sobrepasan los períodos temporales previstos en los protocolos para la curación de las patologías. O sea que, finalmente, quien paga la ineficaz gestión de la Administración sanitaria es finalmente el trabajador.

En coherencia con ello, ha de decirse que no estamos hablando de un nuevo proceso de incapacidad temporal, sino de una recaída en la misma enfermedad anterior que los Servicios Públicos de Salud han errado en su curación (o realmente la Inspección Médica dio el alta indebida). Pero, es que además, esta situación crea un precedente importante del que puede aprovecharse la Administración de la Seguridad Social para ahorrar costes y sobre todo las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Mucho más dura que la doctrina de esta Sentencia es la opinión de una parte de la doctrina, apoyada también en sentencias del Tribunal Supremo al respecto, que es contraria a una flexibilidad en la estimación de la existencia de los requisitos necesarios para generar el derecho a la prestación, «con la única finalidad de paliar la situación de necesidad existente. Ciertamente la situación necesidad existe pero lo que no se debe permitir es recurrir a la prestación económica derivada de incapacidad temporal para suplir tal situación sean cuales sean sus características, vaciando de contenido tal prestación mediante la diversa aplicabilidad de sus requisitos dependiendo

⁴⁸ De «curación aparente» la llama BARBA MORA, A, en *Incapacidad temporal, op. cit.*, pág. 70.



de cuál sea la que más beneficie a sujeto»⁴⁹. Primero, porque como anteriormente se dijo, desconoce la no exigencia del requisito de alta reconocido en los textos internacionales, como anteriormente se apuntó; segundo, porque con ello se daría la «puntilla» a un agonizante principio «pro beneficiario» (o interpretación humana y flexible); tercero, porque es imposible vaciar de contenido una prestación de incapacidad temporal, cuando lo que se trata de proteger a una persona que se encuentra enferma y ha cotizado previamente; y cuarto, porque el sistema público de Seguridad Social que consagra el artículo 41 de la CE lo es para garantizar prestaciones sociales suficientes «ante situaciones de necesidad».

⁴⁹ Como dice JOVER RAMIREZ, C. *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 77.



DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

CONSIDERACIONES SOBRE LA COSA JUZGADA EN EL PROCESO LABORAL: DEL «CASO RESUELTO» A «LO RESUELTO»

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de junio de 2006

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: El fallecido D. Héctor, prestaba sus servicios para la empresa Alston Power, S.A. en calidad de Ingeniero Técnico, en Méjico, sufriendo un accidente de tráfico tras regresar de un restaurante. El fallecimiento del trabajador fue indemnizado por la Compañía Europea de Seguros, entidad con la que la empresa tenía contratada una póliza de seguros, con una cantidad de 15.400 euros. Pese a lo cual, la madre y los hermanos del fallecido, demandaron a la empresa, al INSS, a la TGSS y a la Mutua FREMAP, para obtener la declaración del accidente, como accidente laboral. El Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid se pronunció en Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2002, desestimando la demanda, por falta de legitimación activa, absolviendo a los demandados. No obstante, los hechos probados de la Sentencia reconocían que el accidente de tráfico había tenido lugar a la tres de la madrugada de un domingo, en un vehículo que no había sido alquilado por la empresa y conducido por persona ajena a la misma, sin que conste que el accidente se hubiese producido al ir o venir del trabajo. La Sentencia no fue recurrida.

Una nueva demanda fue instada por los mismos actores, esta vez sólo contra la empresa, en reclamación de cantidad por indemnización de daños y perjuicios. La demanda fue tramitada por el Juzgado de lo Social número

* Profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y abogado en ejercicio.

23, finalizando por Sentencia de fecha 16 de junio de 2004, en la que se acoge la excepción de cosa juzgada. Igualmente, la Sentencia reconoce como hechos probados que el accidente tiene lugar tras la cena con un compañero de trabajo, en el desplazamiento posterior, en un vehículo conducido por el compañero de trabajo. No obstante, se desestima la demanda sobre la base de la excepción de cosa juzgada al existir Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 que, con las mismas partes y sobre la misma causa *petendi*, había desestimado la demanda por estimar la falta de legitimación activa.

Planteado Recurso de Suplicación ante el TSJ de Madrid, éste se pronunció en Sentencia de fecha 25 de enero de 2005, confirmando la de instancia y estimando nuevamente la excepción de cosa juzgada. Resolución no firme, pues se interpuso recurso de casación en unificación de doctrina, en relación a la indebida aplicación del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Sentencia utilizada de contraste fue la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sala de Sevilla, de fecha 20 de julio de 2001.

RESUMEN: El Tribunal Supremo estima el recuso de casación para la unificación de doctrina, casando y anulando la de Suplicación dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y permitiendo al Juzgado de lo Social número 23 de Madrid resolver el debate sobre el fondo del asunto planteado, sin atender a la existencia de cosa juzgada. Para llegar a este pronunciamiento la sentencia supera dos debates planteados desde el informe del Ministerio Fiscal y por tanto desde el mismo enfoque de las partes personadas en el recurso, de cuyos posicionamientos derivan, respecto de los cuales elabora el Tribunal de casación su propia línea argumental para estimar el recurso y asentar lo que ha venido siendo su posición al respecto de cómo interpretar los efectos de la cosa juzgada cuando la primera sentencia ha sido valorada solo en cuestiones formales, no sobre el fondo. Diríamos por tanto que la sentencia se estructura en su línea interna sobre la base del dictamen del Ministerio Fiscal superando todos los argumentos contrarios a la viabilidad del recurso, tanto por cuestiones estrictamente procesales y configuradoras de la técnica del recurso de casación para la unificación de doctrina como por las cuestiones que afectan al fondo del recurso y que en este caso vuelve a ser una cuestión procesal, la estimación o no de la cosa juzgada.

El primero de los debates acerca de la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina de alcance procesal, queda superado rechazando el Tribunal que solo sean las doctrinas sustantivas aquellas a las que esté destinada la unificación. El artículo 205 c) de la LPL admite las infracciones procesales, que solo tendrán entidad suficiente para fundar un

recurso de casación si se trata de la misma infracción procesal denunciada en los dos procesos de contraste, concurriendo las identidades establecidas e el artículo 217 de la LPL y que abarcan a los sujetos, hechos, fundamentos y pretensiones. En todo momento las argumentaciones formales han de constituir el núcleo esencial de las sentencias o «ratio decidendi».

Superado el primer debate procesal, el de fondo debe analizar si en el caso que nos ocupa se dan las identidades que se analizan como requisitos de procedibilidad, para concluir reflexionando si existe o no cosa juzgada, una vez que el debate casacional admite la unificación de doctrinas procesales. El fondo del recurso vuelve a ser procesal y también se supera satisfactoriamente para los recurrentes. Entenderá el Tribunal que en la sentencia recurrida procedía acoger la excepción de cosa juzgada en alguno de sus efectos (formal o material). Y ello por la sencilla razón de que la resolución dictada con anterioridad, la fechada en 13/12/02 y recaída en el procedimiento 698/02 del Juzgado de lo Social núm. 32 de los de Madrid, no era una resolución sobre el fondo, sino que —antes al contrario— había apreciado la excepción de falta de legitimación activa y absuelto en la instancia a los demandados. De este si la cosa juzgada obedece a la finalidad de impedir que sobre una misma cuestión se puedan dictar pronunciamientos definitivos contradictorios, el hecho de que la primera resolución no entre a conocer la cuestión de fondo por la falta de cualquier presupuesto procesal determina que tal sentencia no pueda llegar a ser nunca «contradictoria» con la que resuelva la cuestión material en litigio.

La sentencia destaca cómo en ambos supuesto comparados, no solo se cuestiona la naturaleza común o laboral de un determinado accidente, sino que además tenemos una sentencia de instancia que no entra a conocer el fondo del asunto y absuelve. Pese a que entre los casos en comparación se dan ciertas diferencias, no afectan a lo sustancial. Por ello la propia Sentencia reconoce como «irrelevante» que en este procedimiento se hubiese denunciado —correctamente— la infracción del art. 222 LECiv y que en la aportada como contradictoria se invocase indebidamente el art. 1252 CC, pues ya había entrado en vigor la LECiv/2000, siendo así que uno y otro precepto regulan la institución de la cosa juzgada y la vinculación que supone. También considera irrelevante el hecho de que la causa determinante de la absolución en la instancia, en las sentencias comparadas y afectadas de excepción de cosa juzgada, hubiese tenido diverso motivo, *la falta de legitimación activa* (en la sentencia comentada) y la caducidad, en el caso de contraste, pues lo verdaderamente decisivo es que en uno y otro caso ninguna de las sentencias habían llegado a conocer el fondo del asunto, tratándose de resoluciones meramente procesales; como es claro que tampoco resulta trascendente que en el procedimiento de contraste se reclamase la contingencia de IT y en el presente se demanden daños y perjuicios, pues

coinciden plenamente en la cuestión de fondo, relativa a la posible laborabilidad de una determinada contingencia, y —sobre todo— en el tema procesal que se plantea, cual es el de si una previa absolucón en la instancia, sin resolver la cuestión material, puede o no comportar efectos de cosa juzgada en una reclamación posterior sobre el tema de fondo.

ÍNDICE

1. LAS CUESTIONES PROCESALES EN EL RECURSO DE CASACIÓN EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA
2. LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA EN EL PROCESO LABORAL
3. MATIZACIÓN DE LA DOCTRINA, DEL «CASO RESUELTO» A «LO RESUELTO». VALORACIÓN

1. LAS CUESTIONES PROCESALES EN EL RECURSO DE CASACIÓN EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Al hilo del debate principal, y en respuesta a las alegaciones del Ministerio fiscal en su informe, la sentencia hace un recorrido por los aspectos que hacen posible en la casación, la unificación de doctrinas tanto de doctrinas sustantivas como procesales. Nos ofrece la sentencia, en su primera parte concretamente en el fundamento de derecho tercero), una ordenada y sistemática exposición de la doctrina del Tribunal Supremo, acerca de estos aspectos que alcanza su valor no en la novedad de la doctrina, pero sí en la elevada claridad con la que se resume.

La base argumental nace en LPL, que cuando exige como requisito del recurso la expresión de la infracción legal hace una implícita remisión al campo de las infracciones en la casación; y tanto en la casación civil (art. 1692 LECiv) como en la laboral (art. 205 LPL), tienen cabida las infracciones procesales con las consecuencias que para su estimación previene el art. 213.b) de la Ley, de reposición de las actuaciones al momento precedente.

Los requisitos de las normas procesales que se denuncien vulneradas se atenderán a los requisitos del art. 205.c) LPL, es decir, que se trate de «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales siempre que, en éste último caso, se haya producido indefensión para la parte». En cumplimiento de lo preceptuado, el siguiente paso será detectar que para que los defectos procesales estimulen la intervención del alto tribunal casando, es preciso que se trate de la misma infracción procesal denunciada en los dos procesos, (tanto en el de estudio como en el de contraste) y susceptible de dar lugar a casación ordinaria por la vía del art. 205 LPL, evidenciándose la contradicción en el contraste.



Requisito a su vez de la contradicción, en los recursos que denuncian infracciones procesales, es que «las irregularidades que se invocan sean homogéneas», siendo también preciso que en las controversias concurren «las identidades subjetivas, la igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones» que exige el art. 217 LPL.

Destaca la sentencia que comentamos, en esta primera línea argumental que ahora resaltamos que para que pueda apreciarse la identidad en el plano exclusivo de la homogeneidad procesal, es necesario que, habiéndose propuesto en las dos sentencias como tema de decisión la existencia de una infracción procesal, aquéllas lleguen a soluciones diferentes. Siendo preciso, por consiguiente, «que las irregularidades formales constituyan el núcleo de la argumentación o «ratio decidendi» de las sentencias». De modo que no existe contradicción entre una sentencia que decide sobre una cuestión procesal y otra que sin entrar en ella resuelve sobre el fondo, porque mientras que en un caso el problema procesal es objeto inmediato y directo de enjuiciamiento, en el otro no ha entrado en el ámbito de la decisión.

La última consideración que a este respecto realiza la sentencia afecta a la acreditación de la disparidad que justifica la existencia de infracción procesal. De no concurrir dicha disparidad, ciertamente, la protección solicitada podría tener lugar por medio del incidente de la nulidad de actuaciones, del art. 240 LOPJ de acuerdo con la reforma introducida por la Ley Orgánica 13/1999 [14/Mayo]; del error judicial de los arts. 293 y siguientes de la misma LOPJ; e incluso por medio del Recurso de Amparo, pero no por medio de un recurso cuya finalidad no es declarar nulidades procesales.

2. LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA EN EL PROCESO LABORAL

Desde el punto de vista de la dogmática procesal la cosa juzgada hace referencia a determinados efectos procesales que produce la resolución firme dictada sobre un concreto objeto sometido a conocimiento judicial. Efectivamente el órgano judicial tiene, por imperativo del artículo 222 de la LEC, la obligación de excluir un proceso de objeto idéntico a otro ya juzgado. Para ello es necesario advertir las identidades de ambos procesos, como única forma de descartar las identidades entre procesos y que ha de afectar a sujetos, petitum y causa de pedir.

En nuestro ordenamiento dos son los mecanismos o instituciones jurídicas para proteger las resoluciones judiciales. Por una lado la regulación el sistema restringido de medios de impugnación y por otro lado la regulación de la cosa juzgada o mecanismo de protección para que un nuevo proceso no cambie aquello que ya ha sido juzgado. A la inversa podemos afirmar

que una sentencia puede ser atacada: directamente mediante el recurso e indirectamente mediante la apertura de otro proceso.

La regulación de la LEC, por aplicación de las reglas de supletoriedad, es plenamente aplicable al ámbito del proceso laboral, por ellos haremos una breve exposición de su regulación actual así como de la repercusión en el proceso laboral.

Cuando contra una sentencia no cabe ningún recurso, las sentencias son firmes naturalmente. Sentencias definitivas, pasan a ser firmes por no haber sido recurrida en tiempo y forma, produciéndose los efectos de la cosa formal juzgada (art. 207 de la LECivil). La firmeza de la sentencia se produce sin necesidad de que el tribunal dicte una resolución indicando la firmeza de la sentencia entrando en juego el efecto positivo de la cosa juzgada formal donde tanto las partes como el tribunal tienen que cumplir con la esa sentencia firme. Los efectos de la firmeza suponen que no se puede atacar la sentencia a través del recurso; se produce la ejecutividad de la sentencia y terminan los efectos de la litispendencia. Por el contrario el recurso de parte o de la totalidad de la sentencia, por una de las partes impide el efecto de cosa juzgada.

La cosa material juzgada (art. 222 de la LEC) evitar que se produzca una segunda sentencia contraria a la primera, atacando indirectamente a esa sentencia mediante la apertura de un segundo proceso. Dos son los efectos: a) negativo al obligar al tribunal del segundo proceso a poner fin a la menor brevedad posible. Sino es posible que la resolución sea meramente procesal y que no entre a conocer sobre el fondo del asunto; b) positivo al vincular al segundo tribunal a resolver de la misma forma que dicto el primer tribunal.

Ciertamente para que se produzca el efecto de cosa juzgada material se exige no solo que estemos ante un proceso que pueda producir ese efecto de cosa juzgada material o que estemos ante una sentencia firme, sino que es igualmente necesario que en el primer proceso haya recaído una sentencia sobre el fondo del asunto. Si es meramente procesal el tema no ha sido resuelto.

En cuanto a su mecánica de inclusión en el proceso, se prevé que la cosa juzgada material sea una excepción con la que el demandado inicie sus alegaciones de parte en el juicio oral. Pero no por ello la jurisprudencia ha eludido su responsabilidad entendiendo que puede ser apreciada de oficio.

Los efectos de de la cosa juzgada en el ordenamiento la cosa juzgada entra como excepción en el segundo proceso. La sentencia no puede ser atacada ni directa ni indirectamente. Excepcionalmente se ven supuestos en los que se pone fin a este efecto de cosa juzgada y se puede abrir otro proceso; recurso de revisión y audiencia al rebelde.

La cosa juzgada material, precisamente por el carácter restrictivo que genera, no puede carecer de límites y estos límites, se circunscriben a la

esencial consideración. La pretensión que se ejercita en el segundo proceso ha de ser la misma que la que se ejercitó en el primero, habrá pues que remitirse a los elementos que identifican la pretensión y que seguidamente relatamos en relación con el proceso laboral.

En primer lugar los límites subjetivos nos recuerda la concurrencia de las mismas partes, que lo fueron en el primer proceso, excepcionalmente se admite la extensión a terceras personas. Debe concurrir la perfecta identidad entre las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron. Aun tratándose de distintas personas puede haber cosa juzgada material en aquellos supuestos en los que en el primer proceso haya actuado el representante legal de alguien y en el segundo proceso ese alguien actúe en nombre propio o cuando en el primer proceso haya actuado el sustituto procesal y en el segundo lo haga el sustituido, siendo este el caso de la actuación de los sindicatos por sustitución.

Del mismo modo puede ampliarse la cosa juzgada a alguna persona que no ha sido parte, como ocurre a los causahabientes de las partes. Siempre que el título derivativo se haya constituido con anterioridad a la litispendencia. En las obligaciones solidarias (litisconsorcio cuasinecesario), no se puede extender el efecto de cosa juzgada al obligado solidario que no ha sido parte del proceso. Se quebraría el art. 24 CE.

En el ámbito de los límites objetivos se plantean los principales dificultades debiendo ser rechazado todo nuevo planteamiento del conflicto que mantenga una identidad perfecta entre el objeto del proceso y la causa petendi, es decir identidad entre el objeto y la fundamentación¹.

¹ Siguiendo el magisterio de autores como GIMENO SENDRA, ORTELLS RAMOS o MONTERO AROCA, podemos definir la pretensión como una declaración de voluntad en la que se realiza una petición al órgano jurisdiccional, fundamentada en unos hechos con trascendencia jurídica, frente a otra persona para que conforme establece el art. 5.1, la condene a determinada prestación, declare la existencia de derechos y de situaciones jurídicas o la constitución, modificación o extinción de estas últimas. No obstante, y aunque de forma minoritaria, existen otros autores que abogan por un concepto concreto del derecho de acción entendiendo por pretensión la acción y efecto de pretender, y más exactamente de pretender una concreta tutela jurisdiccional, una sentencia, con un determinado contenido, afirmando que el objeto del proceso civil está constituido por la acción o acciones afirmadas al formular la pretensión. La actual LEC, conocedora de las dos corrientes doctrinales que existen al efecto, no se decanta claramente por ninguna de las teorías afirmando en su Exposición de Motivos que «*el objeto del proceso civil es asunto con diversas facetas, todas ellas de gran importancia. Son conocidas las polémicas doctrinales y las distintas teorías y posiciones acogidas en la jurisprudencia y en los trabajos científicos. En esta Ley, la materia es regulada en diversos lugares, pero el exclusivo propósito de las nuevas reglas es resolver problemas reales, que la Ley de 1881 no resolvía ni facilitaba resolver*» Y así se hace patente a lo largo del articulado de la Ley, apareciendo el concepto de pretensión como sinónimo de acción en algunos casos.

La doctrina y jurisprudencia del TS venían considerando mayoritariamente que el fallo o parte dispositiva de la sentencia era lo que pasaba en autoridad de cosa juzgada a otro proceso posterior. Pese a ello existen autores y sentencias en que aun considerando que el fallo es el que forma la cosa juzgada, ésta hay que interpretarla con los fundamentos que le sirven de apoyo. Prueba de esto último es la STS de 20 de octubre de 1997: «la concurrencia de las identidades de referencia, ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso, pues de la paridad entre los dos litigios es de donde ha de inferirse la relación jurídica controvertida, interpretada, si es preciso, con los hechos y fundamentos que sirvieron de base a la petición, y requiriéndose, para apreciar la situación de cosa juzgada, una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de tal manera que no pueda existir en armonía los dos fallos».

La nueva regulación de la cosa juzgada, que determina la LEC, nos está ofreciendo una nueva dimensión de los límites temporales que han de valorarse en el propio ejercicio de la actividad. Han de traerse a juicio todos los hechos que se hayan producido hasta ese momento, en cuyo defecto quedarán juzgadas todas las peticiones no formuladas, se hayan alegado o no por las partes, quedando vinculados por los efectos de cosa juzgada.

3. MATIZACIÓN DE LA DOCTRINA, DEL «CASO RESUELTO» A «LO RESUELTO». VALORACIÓN

En todos los casos amparados por el efecto de la cosa juzgada se partirá de lo resuelto en el primer litigio, permitiendo que las resoluciones judiciales mantengan la coherencia y no puedan decir que un contrato de trabajo, es válido y es nulo o que existe y no existe. Con ello, es sabido, contribuimos a desterrar de la práctica jurídica contradicciones que repugnan a la lógica, sea jurídica o no, como tantas veces ha pedido el Tribunal Constitucional. La tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica son principios constitucionales afectados por una sentencia que desconoce otra anterior que adquirió firmeza, por ello afecta al ámbito del Derecho Público, la obligación del juzgador de respetar la existencia de las sentencias firmes, hasta el punto de poder ser apreciada de oficio.

La doctrina considera que es en los procesos de declaración en los que precisamente tiene virtualidad la referencia a lo ya juzgado, siempre naturalmente que se haya decidido, lo que sólo ocurre cuando la sentencia entra a resolver el fondo del asunto suscitado por las partes; exclusivamente con referencia a esa sentencia cabrá excluir otra decisión o habrá de decidirse

en coherencia con ella, pues es realidad evidente que únicamente puede haber cosa juzgada si se ha juzgado.

A la pregunta ¿ pueden producir cosa juzgada las resoluciones que ponen fin al proceso sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo?, señala la sentencia, como del posicionamiento tradicionalmente en el que sólo la sentencia que se pronuncia sobre el fondo del asunto puede producir cosa juzgada, con lo que significaba negar el efecto limitador a aquellas sentencias de contenido meramente procesal o de absolución en la instancia, impidiendo por efecto preclusivo, la imposibilidad de un debate posterior² invocando incluso que si el art. 1.252 del CC refería la cosa juzgada al «caso resuelto», no pudiendo aquellas sentencias que no deciden la controversia por acoger un defecto procesal producir efecto irrevocable alguno.

Sin embargo la Sala acepta como doctrina mas correcta aquella en la que opta por reconocer eficacia de cosa juzgada a las resoluciones meramente procesales que ponen fin al proceso, si bien solo en el alcance de aquello que ha sido valorado en la sentencia, es decir el presupuesto procesal que encierra la sentencia pero nunca sobre lo que no ha sido juzgado, encontrando su apoyo legal en la derogación del art. 1252 CC que hablaba de la cosa juzgada referida al estricto «caso resuelto» frente al vigente art. 222.4 LECiv, descargando la eficacia de la «instituta» al concepto de «lo resuelto».

En el caso que nos ocupa solo hubiese existido cosa juzgada, cuando el defecto procesal que impidió entrar en el fondo de la cuestión, no se hubiese subsanado en el segundo proceso. Pero si el segundo proceso subsana el defecto, el fondo del asunto queda expedito para el conocimiento judicial sin traba alguna que condicione la plena capacidad del tribunal para conocer sobre todas aquellas cuestiones que no han sido aun valoradas por un tribunal.

La sentencia de contraste (Sentencia 3300/2001 de fecha 20 de julio de 2001) dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Sala de Sevilla, aceptada como tal por la propia valoración de la sentencia, reconoce la inexistencia de la cosa juzgada material, cuando la parte dispositiva de la primera sentencia, que impide nueva decisión sobre lo ya fallado, haya resuelto sobre el fondo y no puede apreciarse cuando la sentencia anterior es meramente procesal sin resolver sobre el fondo. En el caso de la sentencia de contraste, ciertamente la primera sentencia no decidió sobre el fondo del asunto por estimar caducidad, al haberse presentado la demanda fuera de plazo sin que se apreciara caducidad del derecho, quedando por tanto a

² SSTs de la Sala Primera de 07/07/1943; 08/03/1951; 05/06/1956; 17/02/1984; 10/04/1984; y 14/04/1989.

salvo el derecho para poder ser presentado una nueva reclamación vía administrativa previa, y otra nueva demanda.

En ambos supuestos comparados, no solo se cuestiona la naturaleza común o laboral de un determinado accidente, sino que además tenemos una sentencia de instancia que no entra a conocer el fondo del asunto y absuelve. Pese a que entre los casos en comparación se dan ciertas diferencias, no afectan a lo sustancial. Por ello la propia Sentencia reconoce como «irrelevante» que en este procedimiento se hubiese denunciado —correctamente— la infracción del art. 222 LECiv y que en la aportada como contradictoria se invocase —indebidamente— el art. 1252 CC, pues ya había entrado en vigor la LECiv/2000, siendo así que uno y otro precepto regulan la institución de la cosa juzgada y la vinculación que supone. También considera irrelevante el hecho de que la causa determinante de la absolución en la instancia, en las sentencias comparadas y afectadas de excepción de cosa juzgada, hubiese tenido diverso motivo, la falta de legitimación activa (en la sentencia comentada) y la caducidad, en el caso de contraste, pues lo verdaderamente decisivo es que en uno y otro caso ninguna de las sentencias habían llegado a conocer el fondo del asunto, tratándose de resoluciones meramente procesales; como es claro que tampoco resulta trascendente que en el procedimiento de contraste se reclamase la contingencia de IT y en el presente se demanden daños y perjuicios, pues coinciden plenamente en la cuestión de fondo, relativa a la posible laboralidad de una determinada contingencia, y —sobre todo— en el tema procesal que se plantea, cual es el de si una previa absolución en la instancia, sin resolver la cuestión material, puede o no comportar efectos de cosa juzgada en una reclamación posterior sobre el tema de fondo.

Por ello a modo de colofón podemos destacar que ni la diversidad de lo insustancial en la comparación de sentencias impide unificar doctrinas, ni un fallo firme sobre cuestiones procesales puede impedir a un tribunal que en el desarrollo de un nuevo proceso, y superados los defectos formales, conozca en plenitud sobre aquello que ningún tribunal lo ha hecho aún, sin que revolotee sobre la actividad judicial, sombra alguna de excepción la actuación judicial o la vicio. Sólo de esta forma el instituto procesal de la cosa juzgada, adquiere su plenitud como garante de los derechos de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, doctrina que alcanza plena coherencia con la regulación más precisa y amplia de la figura en el actual Ley de Enjuiciamiento Civil, dejando de ser un obstáculo para la búsqueda de la justicia material a la que ha de aspirar el proceso laboral.



4

Informes y Documentos







LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA EN 2006

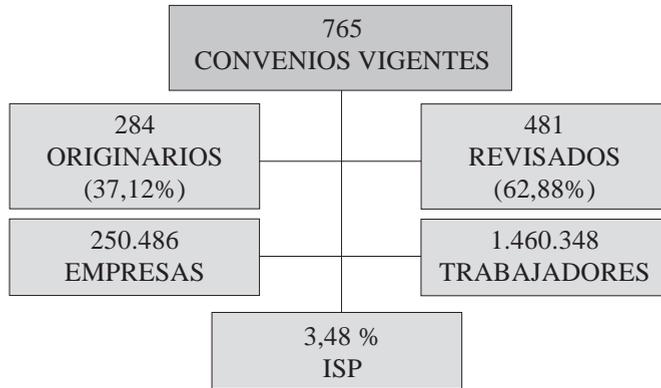
ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. TIPOLOGÍA
3. ÁMBITO FUNCIONAL
 - 3.1. Convenios sectoriales
 - 3.2. Convenios empresariales
4. ÁMBITO TEMPORAL
5. ÁMBITO TERRITORIAL
6. TIEMPO DE TRABAJO
7. ORDENACIÓN DEL SALARIO
8. SALUD LABORAL

1. INTRODUCCIÓN

En el análisis de la evolución de la negociación colectiva en Andalucía se ha partido como premisa de un examen global del número de convenios, de su tipología, de su estructura y organización.

En primer término resulta idóneo conocer tanto su importancia cuantitativa o numérica, como su trascendencia cualitativa en función del grado de afectación del número de trabajadores y empresarios que se ven cubiertos por los mismos. Todo ello sin olvidar las posibles interconexiones, los distintos niveles y la ordenación de los distintos productos generados por este proceso de negociación colectiva, así como las posibles peculiaridades de sus cláusulas de configuración.



En el periodo de tiempo al que se refiere el presente informe se constata la vigencia en Andalucía de 765 convenios colectivos, los cuales extienden su afectación algo más de 250.486 empresas y a 1.460.348 trabajadores.

Un total de 284 de tales textos negociales son convenios originarios, los cuales tienen un ámbito personal que abarca a 73.307 empresas, lo que significa un 29,27% del total de las incluidas en la afectación de los convenios de ámbito andaluz. Estos convenios afectan a 410.729 trabajadores (28,13% del total de los incluidos en la negociación colectiva andaluza).

Los 481 convenios vigentes restantes son convenios revisados, los cuales afectan a 177.179 empresas (70,73% del total de las inmersas en convenios de ámbito andaluz) y a 1.049.619 trabajadores (71,87% de todos los afectados por convenios colectivos andaluces).

TABLA 1
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES

Ámbito geogr.	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	65	5.667	96.107	3,69
Cádiz	151	18.944	139.576	2,84
Córdoba	93	38.323	177.393	3,39
Granada	50	29.326	126.134	3,40
Huelva	64	7.319	118.281	3,03
Jaén	53	49.510	184.022	3,74
Málaga	107	50.638	279.431	3,61
Sevilla	147	42.188	288.537	3,83
Interpr.	35	8.571	50.867	2,81
Totales	765	250.486	1.460.348	3,48

Base de datos: 765 convenios vigentes (165 de sector, 600 de empresa)

En los siguientes gráficos, se aprecia el índice de actividad negociadora en nuestra Comunidad Autónoma, se presentan ordenadas de mayor a menor las distintas provincias. Así como la distribución provincial de empresas y trabajadores afectados por los distintos convenios colectivos.

GRÁFICO 1
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES: DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL

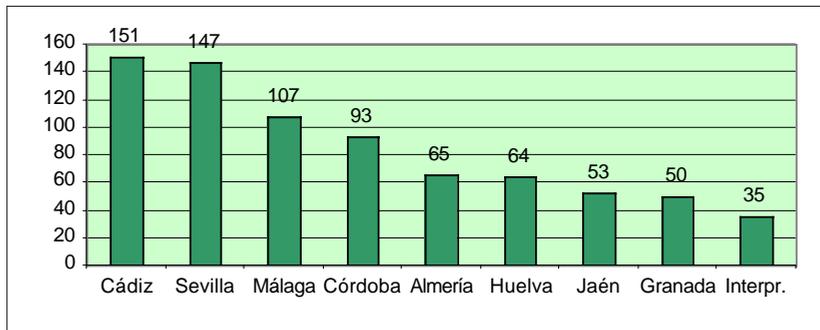
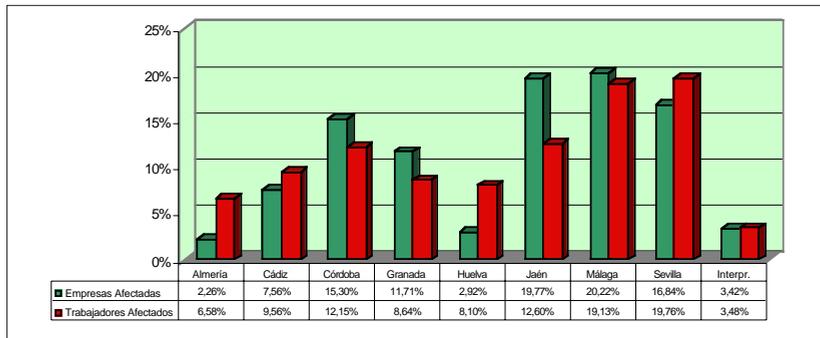


GRÁFICO 2
DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL DE EMPRESAS Y TRABAJADORES AFECTADOS



Del global de los trabajadores afectados por los convenios andaluces vigentes, son los convenios de las provincias de Sevilla y Málaga los que destacan en cuanto a mayor porcentaje de afectación. Con porcentajes inferiores se sitúan tanto los convenios del resto de las provincias andaluzas como los interprovinciales.

En cuanto al número de empresas afectadas por tales convenios, en primer lugar se sitúan los de Málaga, seguidos a poca distancia por los de Jaén. También aquí conviene tener presente el elevado número de empresas (36.000) que se acogen al convenio de actividades agropecuarias de la provincia jiennense, como el del comercio de Málaga (35.000).

GRÁFICO 3
COMPARATIVA NÚMERO DE CONVENIOS VIGENTES
(PERMANENTE ANTERIOR-ACTUAL)

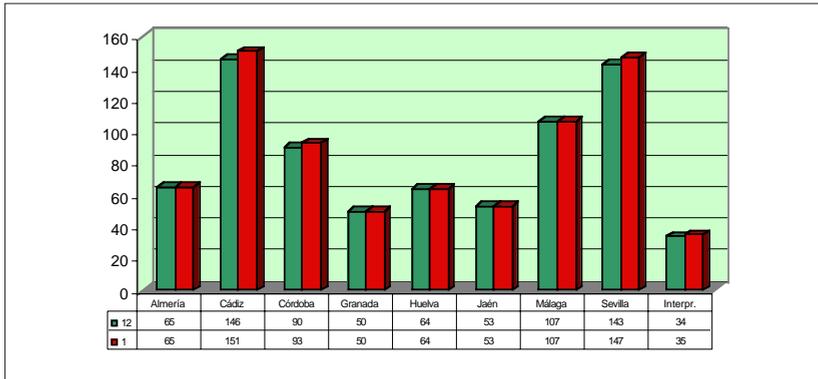
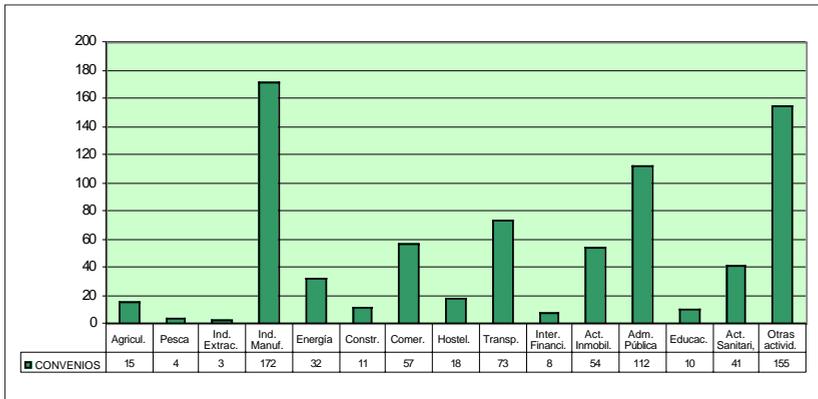
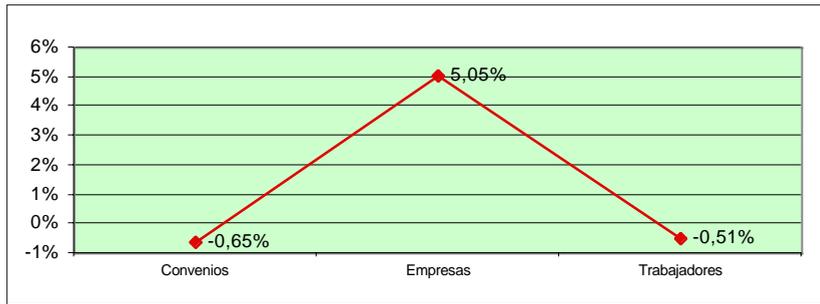


GRÁFICO 4
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES.
CLASIFICADOS POR CNAE



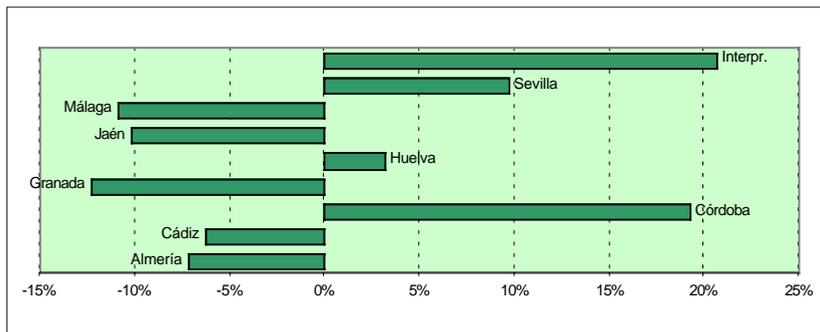
El análisis de la distribución del conjunto de convenios colectivos vigentes por actividades económicas (CNAE a 2 dígitos) da como resultado que el mayor número de ellos corresponde a «Industrias. Manufactureras» y a «Otras Actividades», lo cual se deriva de ser sectores que engloban importantes subsectores de actividad económica. En el extremo opuesto se sitúan los de «Industrias Extractivas» y «Pesca».

GRÁFICO 5
**VARIACIÓN PORCENTUAL RESPECTO A AÑO ANTERIOR.
 CONVENIOS, EMPRESAS Y TRABAJADORES**



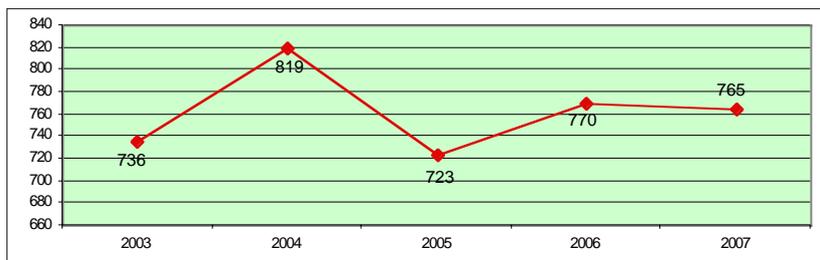
Examinando las cifras derivadas de la negociación colectiva vigente en el mismo periodo de tiempo del año anterior, se observa que los datos de 2007, aún referidos a 2006, suponen una alteración en todas las magnitudes: Número de convenios vigentes, número de empresas afectadas y número de trabajadores incluidos. En el año 2006 se encuentran vigentes un 0,65 % menos de convenios, encontrándose inmersos en el ámbito de afectación un 5,05% de empresas más y un 0,51% menos de trabajadores.

GRÁFICO 6
**COMPARATIVA INTERANUAL NÚMERO
 DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES POR PROVINCIAS**



Respecto a similares fechas del año anterior, se observa un decremento en el número de convenios vigentes en algunas de las provincias andaluzas. El mayor recorte se aprecia en Granada. En el extremo opuesto, se detecta un aumento del número de convenios vigentes fundamentalmente en Córdoba y los interprovinciales.

GRÁFICO 7A
NÚMERO DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES: EVOLUCIÓN



Si se establece un análisis comparativo de la evolución de la negociación colectiva desde 2002 hasta la fecha, se aprecia la tendencia en cuanto al número de convenios vigentes.

En los siguientes gráficos se observa la evolución en cuanto a la afectación de los convenios colectivos vigentes en lo que concierne tanto al número de trabajadores acogidos como al número de empresas afectadas por los mismos.

GRÁFICO 7B
EMPRESAS ACOGIDAS A CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES:EVOLUCIÓN

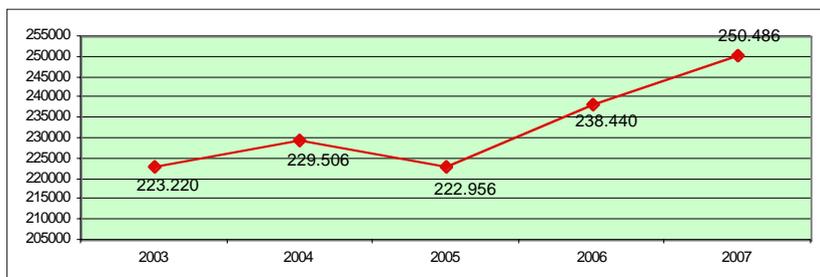
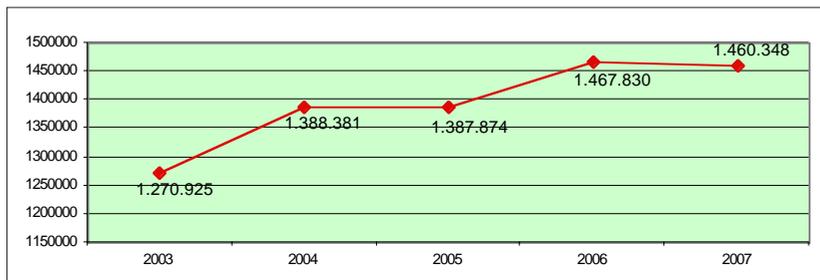


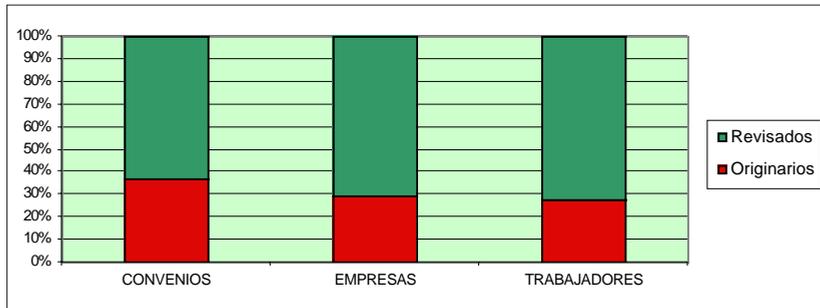
GRÁFICO 7C
TRABAJADORES ACOGIDOS A CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES:
EVOLUCIÓN



2. TIPOLOGÍA

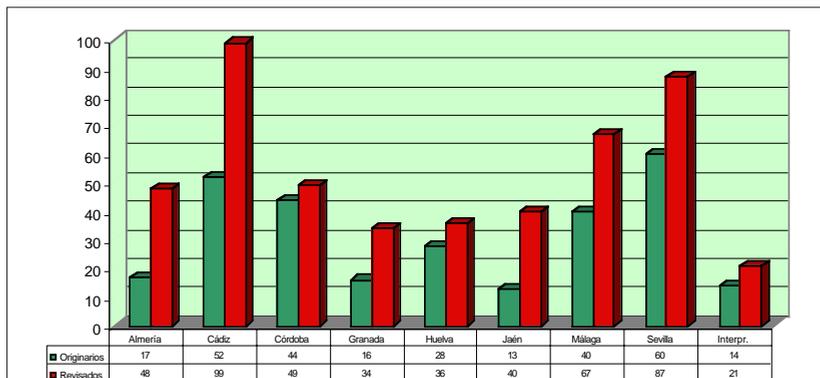
Bajo este epígrafe se va a proceder al encuadramiento de los convenios colectivos vigentes en Andalucía según sean éstos originarios o revisados.

GRÁFICO 8
CONVENIOS ORIGINARIOS-CONVENIOS REVISADOS.
PORCENTAJES DE AFECTACIÓN



Este esquema se reitera en todas las provincias, donde priman numéricamente los convenios revisados. Todo ello es clara muestra de la tendencia a la negociación en procesos supraanuales en nuestra Comunidad Autónoma.

GRÁFICO 9
CONVENIOS ORIGINARIOS-CONVENIOS REVISADOS.
DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL



2.1. Convenios originarios

Los 284 convenios originarios suponen el 37,12% del total de los vigentes, afectando al 28,13% de los trabajadores afectados por la negocia-

ción colectiva andaluza, y al 29,27% de empresas incluidas en convenios andaluces vigentes. Territorialmente, el mayor número de los recepcionados se registra en la provincia de Sevilla y Cádiz, siendo los menores los del ámbito interprovincial y la provincia de Jaén.

Si dentro de los convenios originarios, circunscribimos el análisis a los primeros convenios, vemos como se han recepcionado un total de 48 (6,27% del total de vigentes), siendo Córdoba y Sevilla las provincias más destacadas en este aspecto.

TABLA 2
CONVENIOS ORIGINARIOS/ PRIMEROS CONVENIOS

Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	N.º	Empr.	Trab.	N.º	Empr.	Trab.
Almería	17	515	3.471	5	5	318
Cádiz	52	2.291	23.666	6	6	247
Córdoba	44	25.503	103.663	10	10	277
Granada	16	18.394	51.534	3	3	92
Huelva	28	2.506	35.851	3	3	57
Jaén	13	4.490	18.029	1	1	14
Málaga	40	4.794	58.210	8	8	436
Sevilla	60	14.572	107.737	10	15	1.353
Interpr.	14	242	8.568	2	2	379
Totales	284	73.307	410.729	48	53	3.173

Base de datos: 284 convenios originarios año 2006, de los cuales 48 son primeros convenios.

GRÁFICO 10
CONVENIOS ORIGINARIOS CLASIFICADOS POR CNAE

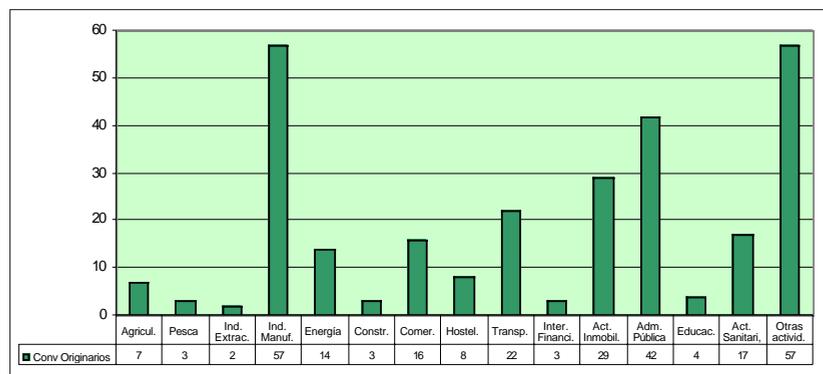


GRÁFICO 11
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE CONVENIOS ORIGINARIOS

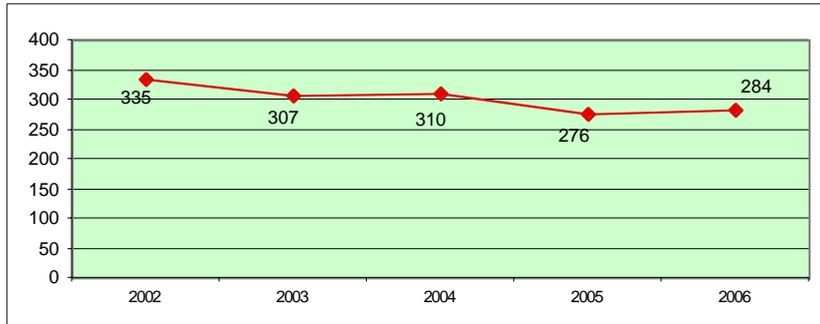


GRÁFICO 12
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE PRIMEROS CONVENIOS

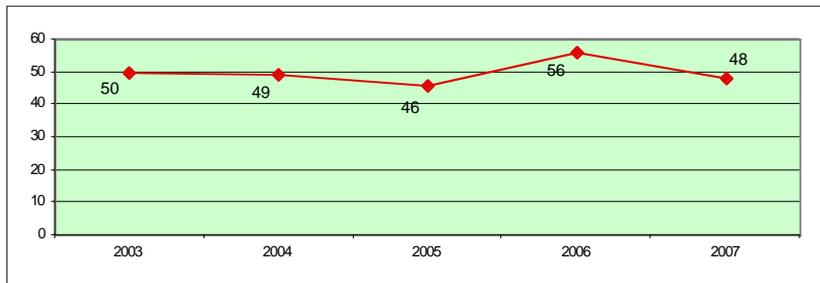
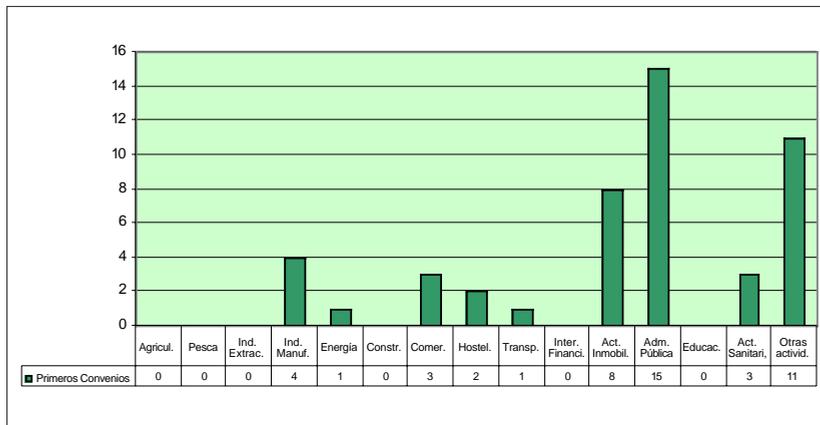


GRÁFICO 13
PRIMEROS CONVENIOS CLASIFICADOS POR CNAE



2.2. Convenios revisados

Los 481 convenios revisados suponen el 62,88% del total de los vigentes, afectando al 71,87% del total de los trabajadores afectados por la negociación colectiva andaluza, y al 62,88% de empresas incluidas en convenios andaluces vigentes

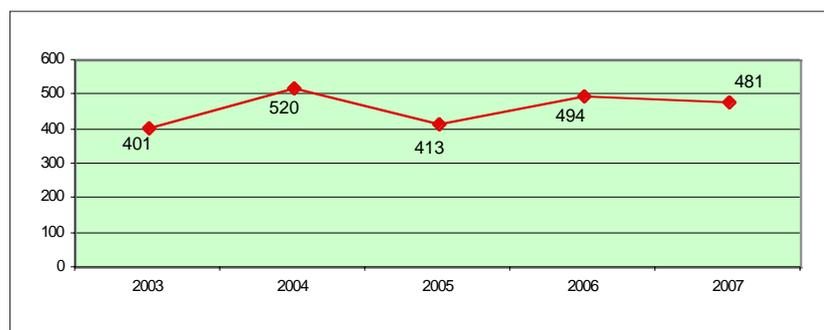
TABLA 3
CONVENIOS REVISADOS

Ámbito geogr.	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	48	5.152	92.636	3,71
Cádiz	99	16.653	115.910	2,90
Córdoba	49	12.820	73.730	2,82
Granada	34	10.932	74.600	3,10
Huelva	36	4.813	82.430	3,01
Jaén	40	45.020	165.993	3,90
Málaga	67	45.844	221.221	3,73
Sevilla	87	27.616	180.800	4,21
Interpr.	21	8.329	42.299	2,56
Totales	481	177.179	1.049.619	3,53

Base de datos: 481 convenios revisados (109 de sector, 372 de empresa)

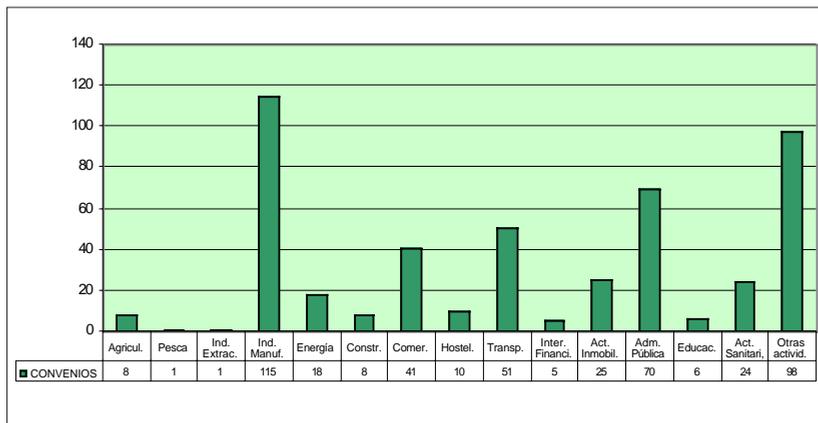
El mayor número de convenios revisados se concentra en Cádiz. Por el contrario, la cifra más reducida corresponde a Granada.

GRÁFICO 14
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE CONVENIOS REVISADOS



Como se observa en el siguiente gráfico, si se contemplan los convenios revisados desde una perspectiva cuantitativa, la clasificación de los mismos atendiendo a actividades económicas (CNAE) arroja como resultado que el mayor número está encuadrado en «Otras Actividades» y en «Industrias Manufactureras», sectores ambos en los que prima la negociación colectiva descentralizada a nivel de empresa, siendo prácticamente inexistentes los convenios sectoriales provinciales. Es de destacar que especialmente en la primera de las actividades mencionadas, se produce una numerosa subdivisión en subsectores económicos. La actividad económica con menor presencia de este tipo de convenios resulta ser la de «Pesca».

GRÁFICO 15
CONVENIOS REVISADOS CLASIFICADOS POR CNAE



3. ÁMBITO FUNCIONAL

Al examinar la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 765 convenios vigentes, 600 son convenios de empresa o de ámbito inferior, lo que significa un 78,43 % del total. Sólo 165 de los vigentes son convenios de sector, lo que supone el 21,57% del total.

Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias andaluzas.

TABLA 4
CONVENIOS VIGENTES: SECTOR/EMPRESA

Ámbito geogr.	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	17	5.619	90.545	48	48	5.562
Cádiz	31	18.824	127.835	120	120	11.741
Córdoba	17	38.247	170.275	76	76	7.118
Granada	18	29.294	123.651	32	32	2.483
Huelva	15	7.270	113.709	49	49	4.572
Jaén	21	49.478	179.852	32	32	4.170
Málaga	19	50.550	266.998	88	88	12.433
Sevilla	23	42.064	270.304	124	124	18.233
Interpr.	4	8.540	11.457	31	31	39.410
Totales	165	249.886	1.354.626	600	600	105.722

Base de datos: 765 convenios vigentes (165 de sector, 600 de empresa)

GRÁFICO 16
ÁMBITO FUNCIONAL POR PROVINCIAS. CONVENIOS VIGENTES

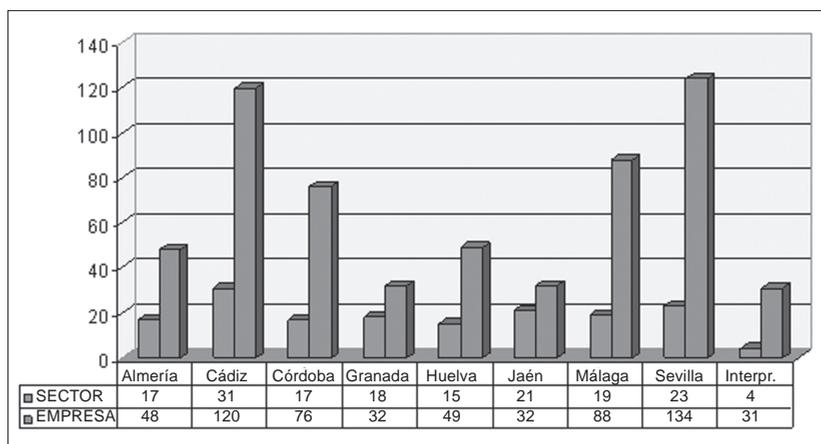


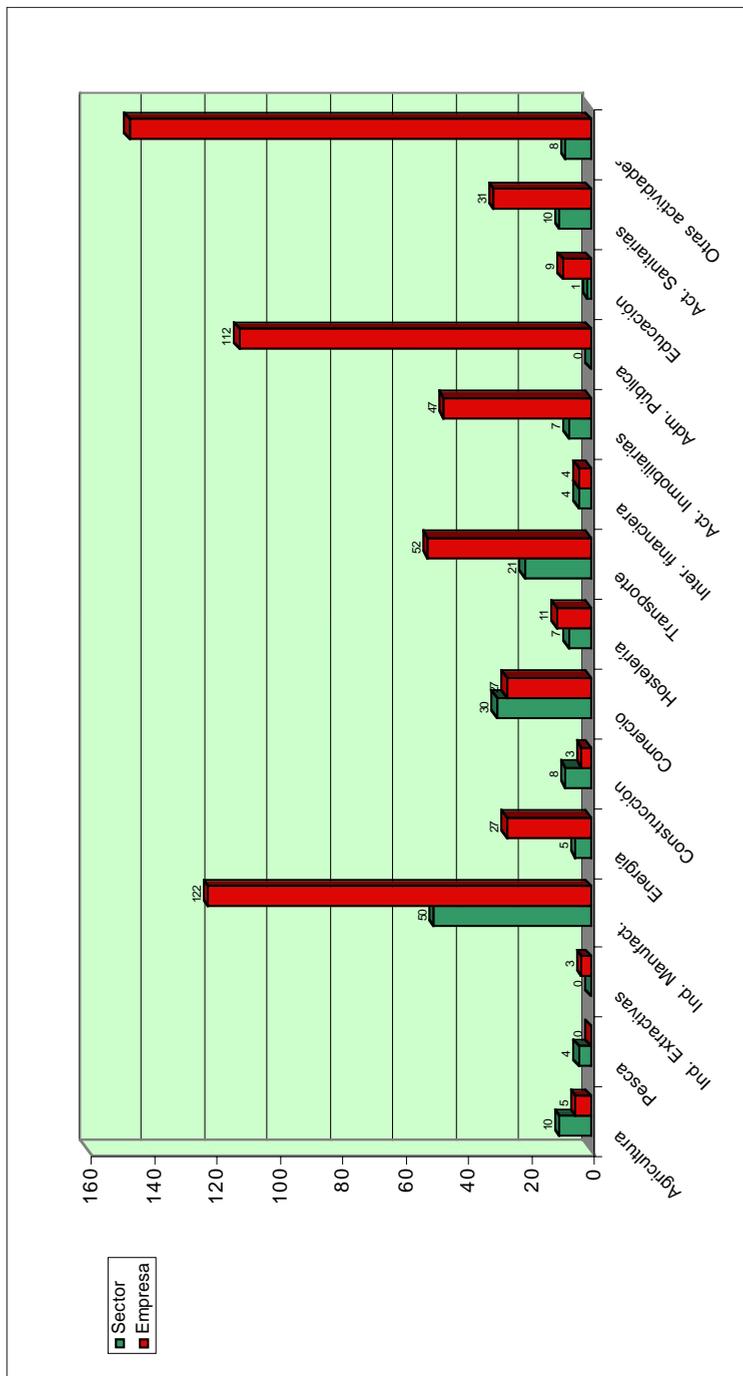
TABLA 5
CONVENIOS ORIGINARIOS VIGENTES: SECTOR/EMPRESA

Ámbito geogr.	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	2	500	1.300	15	15	2.171
Cádiz	9	2.248	20.925	43	43	2.741
Córdoba	6	25.465	100.637	38	38	3.026
Granada	6	18.384	51.052	10	10	482
Huelva	6	2.484	33.749	22	22	2.102
Jaén	7	4.484	17.139	6	6	890
Málaga	4	4.758	53.320	36	36	4.890
Sevilla	14	14.526	102.502	46	46	5.235
Interpr.	2	230	3.660	12	12	4.908
Totales	56	73.079	384.284	228	228	26.445

TABLA 6
CONVENIOS REVISADOS VIGENTES: SECTOR/EMPRESA

Ámbito geogr.	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	15	5.119	89.245	33	33	3.391
Cádiz	22	16.576	106.910	77	77	9.000
Córdoba	11	12.782	69.638	38	38	4.092
Granada	12	10.910	72.599	22	22	2.001
Huelva	9	4.786	79.960	27	27	2.470
Jaén	14	44.994	162.713	26	26	3.280
Málaga	15	45.792	213.678	52	52	7.543
Sevilla	9	27.538	167.802	78	78	12.998
Interpr.	2	8.310	7.797	19	19	34.502
Totales	109	176.807	970.342	372	372	79.277

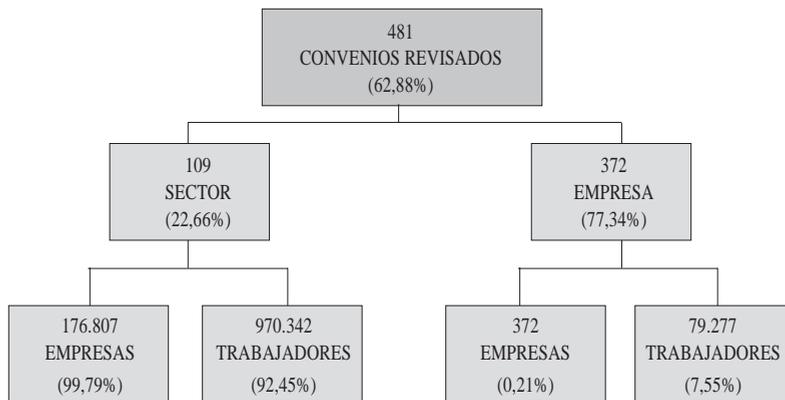
GRÁFICO 17
 ÁMBITO FUNCIONAL POR ACTIVIDADES ECONÓMICAS. CONVENIOS VIGENTES



Examinando separadamente los convenios originarios y los convenios revisados, desde una perspectiva funcional, los resultados que se obtienen son similares. Con respecto a los convenios originarios, los 228 de naturaleza empresarial suponen el 80,28% del total, mientras los 56 de sector significan el restante 19,72 %. No obstante, estos últimos, a pesar de su inferioridad numérica, extienden su campo de aplicación personal al 93,56% de los trabajadores y al 99,69% de las empresas incluidas en el campo de aplicación de los convenios originarios de este año.

Si, dentro de los originarios, el análisis se circunscribe a los 48 primeros convenios, se aprecia que todos ellos son empresariales, salvo el Convenio del Sector de Operadores Logísticos de Sevilla.

La distribución funcional de los convenios revisados es la siguiente: 372 son de empresa (77,34%) y 109 de sector (22,66%), afectando estos últimos al 92,45 % de los trabajadores y al 99,79% de las empresas.



3.1. Convenios Sectoriales

Los convenios de sector, no obstante su inferioridad numérica, encuadran a la mayoría de los trabajadores y empresas incluidos en la negociación colectiva andaluza vigente. Así, 1.354.626 trabajadores se incluyen en este ámbito funcional, lo que supone el 92,76% del global. Esta incidencia es aún más acusada respecto a las empresas, ya que el 99,76% de las mismas —249.886— se acogen a convenios de sector.

TABLA 7
**CONVENIOS SECTORIALES VIGENTES:
 EMPRESAS Y TRABAJADORES AFECTADOS**

Ámbito geográf.	CONVENIOS SECTOR			
	N.º Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	17	5.619	90.545	3,73
Cádiz	31	18.824	127.835	2,86
Córdoba	17	38.247	170.275	3,42
Granada	18	29.294	123.651	3,41
Huelva	15	7.270	113.709	3,04
Jaén	21	49.478	179.852	3,76
Málaga	19	50.550	266.998	3,62
Sevilla	23	42.064	270.304	3,89
Interpr.	4	8.540	11.457	4,68
Totales	165	249.886	1.354.626	3,55

Base de datos: 165 convenios vigentes de sector

TABLA 8
**CONVENIOS SECTORIALES MÁS SIGNIFICATIVOS:
 EMPRESAS Y TRABAJADORES AFECTADOS**

Actividades	Convenios	Trabajadores	Empresas
Agropecuario	10	540.978	101.330
Comercio	28	154.184	61.216
Construcción	8	270.218	10.827
Der. Cemento	8	8.908	645
Hostelería	7	129.480	34.710
Limpieza	8	26.500	1.134
Madera	8	28.378	4.130
Otros	81	128.920	22.702
Siderometalurgia	7	67.060	13.192

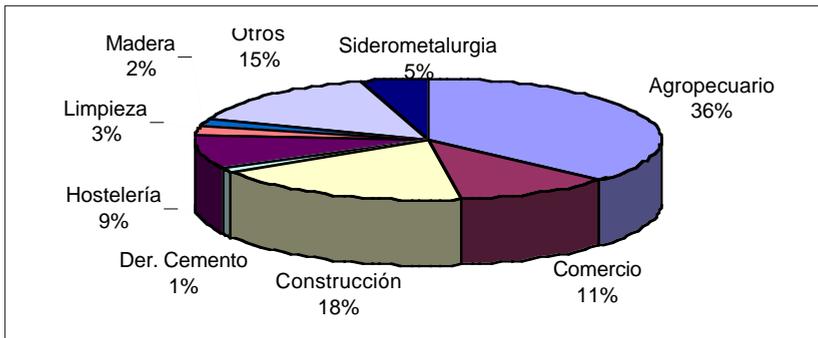
Base de datos: 165 convenios vigentes de sector

Los textos negociales más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza, por el número de trabajadores que acogen y las empresas a las que afectan, han sido tradicionalmente, y continúan siéndolo, los convenios

sectoriales de «Agricultura», «Comercio», «Construcción y obras públicas», «Hostelería» y «Siderometalurgia». El orden en que se han enunciado los sectores refleja la diversa incidencia cuantitativa, soliendo ser el mismo prácticamente en relación con las magnitudes tanto de empresas como de trabajadores afectados, salvo cuando se consideran los sectores de Construcción (supone el 18% del total de los trabajadores afectados por convenios de sector y el 4% del total de las empresas inmersas en convenios sectoriales), Hostelería (acoge al 9% del total de los trabajadores y al 14% del total de las empresas) y Comercio (comprende el 11% de los trabajadores y el 24% de las empresas).

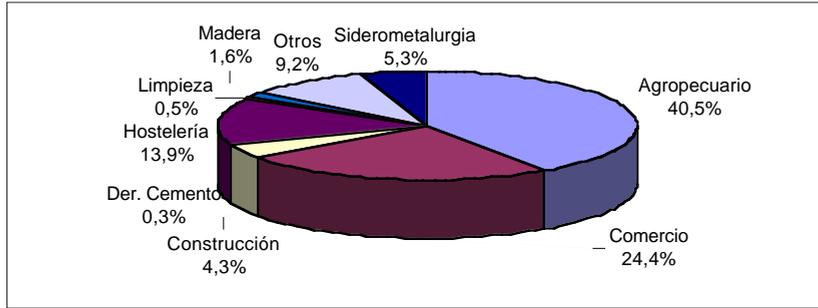
Las dimensiones medias de las empresas dominantes en cada uno de dichos sectores explican, probablemente, la inversión de resultados apuntada. Se ha de matizar que los datos que se ofrecen se obtienen a partir de los que figuran en las correspondientes hojas estadísticas, pudiendo no corresponder exactamente con las cifras reales. Particularmente hay que matizar también, en relación con el sector «Agropecuario», que, al corresponderse en la inmensa mayoría de los casos con trabajos de campaña, los trabajadores van rotando entre las diversas provincias, de ahí que el reflejo del número de los afectados se encuentre incrementado en relación con las cifras reales de trabajadores agropecuarios en cada provincia.

GRÁFICO 19
CONVENIOS DE SECTORES MÁS SIGNIFICATIVOS (N.º DE TRABAJADORES)



Base de datos: 1.354.626 trabajadores afectados por los 165 convenios de sector vigentes

GRÁFICO 20
CONVENIOS DE SECTORES MÁS SIGNIFICATIVOS (N.º DE EMPRESAS)



Base de datos: 249.886 empresas afectadas por los 165 convenios de sector vigentes

3.2. Convenios Empresariales

Los convenios vigentes de empresa ascienden a 600, siendo 105.722 los trabajadores que regulan sus relaciones laborales a través de este tipo de convenios (7,24% del total de los incluidos en convenios andaluces), cifra muy inferior a los acogidos a convenios sectoriales. La incidencia del número de empresas incluidas en convenios de empresa con respecto al global de esta magnitud es aún menor, no superando el 0,22 % del total.

Por provincias, Sevilla es aquella en que rigen mayor número de estos convenios: 124, lo que supone el 84,35% del total de los vigentes en tales demarcaciones respectivamente. A continuación se coloca Cádiz con 120 (79,47 % del total provincial) y Málaga con 88 (82,24% de los vigentes en tal provincia). En el ámbito interprovincial es donde la desproporción a favor de los convenios de empresa frente a los de sector es más acusada: Salvo cuatro, todos los convenios interprovinciales vigentes son de empresa. El porcentaje más reducido lo alcanzan los convenios de empresa en Jaén (60,38% del total de vigentes en la provincia).

TABLA 9
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES DE EMPRESA.
EMPRESAS Y TRABAJADORES AFECTADOS

Ámbito geográf.	CONVENIOS SECTOR			
	N.º Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	48	48	5.562	2,73
Cádiz	120	120	11.741	2,57
Córdoba	76	76	7.118	2,73

(Continuación tabla 9)

Granada	32	32	2.483	2,68
Huelva	49	49	4.572	2,57
Jaén	32	32	4.170	2,61
Málaga	88	88	12.433	3,18
Sevilla	124	124	18.233	2,61
Interpr.	31	31	39.410	2,24
Totales	600	600	105.722	2,55

Base de datos: 600 convenios vigentes de empresa

Tal y como se observa en la siguiente tabla, del examen de los convenios de empresa en relación con su particular ámbito de aplicación, se deduce que son mayoritarios aquellos que corresponden a la empresa en su conjunto, seguido de los de centro de trabajo. Numéricamente son muy inferiores aquellos convenios que tienen la naturaleza de intercentro, los de grupo de empresa y los de grupo profesional o franja. En lo referente al campo de afectación personal, son igualmente los convenios empresariales lo que se sitúan en primer lugar, situándose a continuación los de centro de trabajo. Este esquema es coincidente con el que se produjo en las anualidades precedentes.

TABLA 10
CONVENIOS DE EMPRESA: TIPOLOGÍA

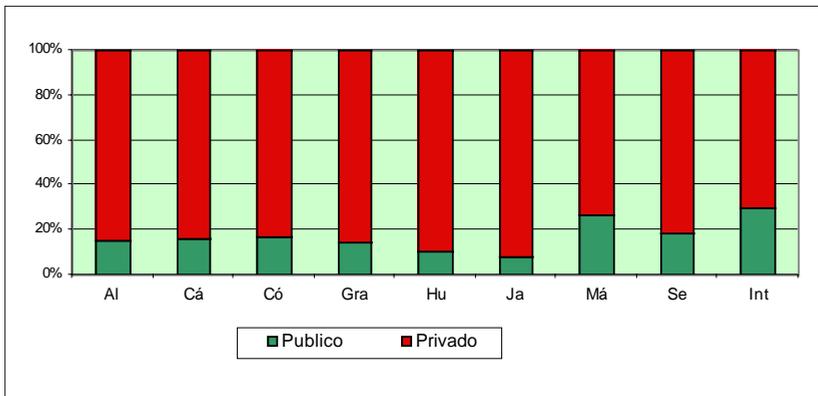
Ámbito geogr.	Grupo Profesional	Centro de Trabajo	Intercentro	Grupo de Empresas	Empresas	Total
Almería	1	13	1	7	26	48
Cádiz	2	42	3	3	70	120
Córdoba	1	15		2	58	76
Granada		10	1	1	20	32
Huelva	1	16	1	3	28	49
Jaén		14		1	17	32
Málaga	6	14		5	63	88
Sevilla	2	26	2	3	91	124
Interpr.	1	3		1	26	31
Totales	14	153	8	26	399	600

Base de datos: 600 convenios vigentes de empresa

Como se observa en el gráfico siguiente, en el global de los 600 convenios empresariales vigentes, son numéricamente superiores los de índole privado (388, es decir, el 64,5% del total), superioridad que se reitera en cada una de las provincias, especialmente en Cádiz (73,33%). Donde esta desproporción es menos acusada es en Almería y Málaga, provincias en que los convenios de empresa privada suponen el 56,25% y 56,82% de todos los vigentes de empresa, respectivamente.

Los convenios vigentes de empresa pública en Andalucía ascienden a 212 (35,33% del total de convenios de empresa vigentes). Los 65.254 trabajadores encuadrados en los mismos suponen el 61,72% del total de los afectados por convenios vigentes de empresa. Este hecho es debido a que las empresas públicas son aquellas que tienen un mayor ámbito de encuadramiento personal.

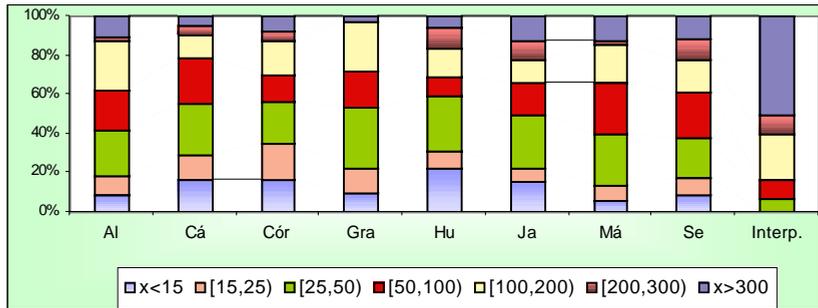
GRÁFICO 21
CONVENIOS VIGENTES DE EMPRESA.
PORCENTAJES PROVINCIALES SEGÚN ÁMBITO PÚBLICO/PRIVADO



Base de datos: 600 convenios vigentes de empresa

Examinando la dimensión media de la unidad productiva con convenio colectivo propio, puede apreciarse en el gráfico que a continuación se transcribe, que los más frecuentes son los convenios con unidades productivas entre 25 y 50 trabajadores (24,00%), seguidos de los de aquéllas entre 50 y 100 trabajadores (19,50%), y los convenios con unidades productivas entre 100 y 200 trabajadores (17,00%). En cualquier caso, es relativamente escaso el número de convenios de empresas con dimensión comprendida entre 200 y 300 trabajadores (5,83%).

GRÁFICO 22
**PORCENTAJES POR PROVINCIAS DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES
 SEGÚN EL TAMAÑO DE LAS EMPRESAS**



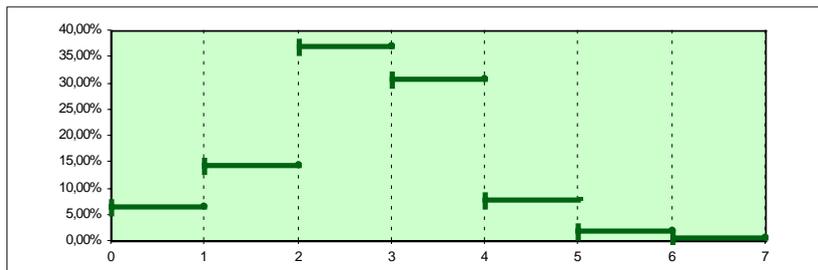
Base de datos: 600 convenios vigentes de empresa

4. ÁMBITO TEMPORAL

Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual. Esta tendencia hacia la supraanualidad en los convenios colectivos andaluces se elevó al 90,33% en 2.003. En 2005, ya suponían el 94,89% de los convenios vigentes, cifra estabilizada en el presente año 2006, pues el 93,59% tienen un período de vigencia que excede de un año.

La distribución de vigencias entre los convenios supraanuales implica que son mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 3 años de vigencia, suponiendo el 36,99% del total de los convenios vigentes en Andalucía. Les siguen los convenios por periodo de hasta 4 años (30,85%) y aquellos que llegan a los 2 años (14,38%). El resto de los convenios supraanuales son muy minoritarios.

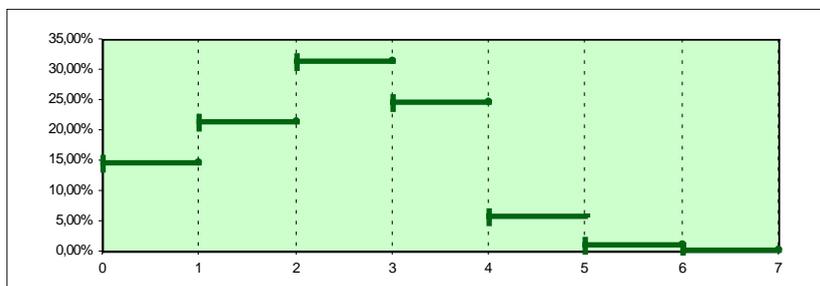
GRÁFICO 23
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES. ÁMBITO TEMPORAL



Base de datos: 765 convenios vigentes

El análisis de las vigencias de los convenios originarios del año 2.006 da como resultado una mayor presencia de los pactados por 1 año (14,79%), siendo no obstante mayoritarios los convenios que fijan un período de hasta 3 años de vigencia (31,34%). Les siguen los convenios por período de hasta 4 años (24,65%) y hasta 2 años (21,48%).

GRÁFICO 24
CONVENIOS COLECTIVOS ORIGINARIOS AÑO 2006. ÁMBITO TEMPORAL



Base de datos: 675 convenios vigentes

GRÁFICO 25
CONVENIOS VIGENTES ANUALES/SUPRAANUALES

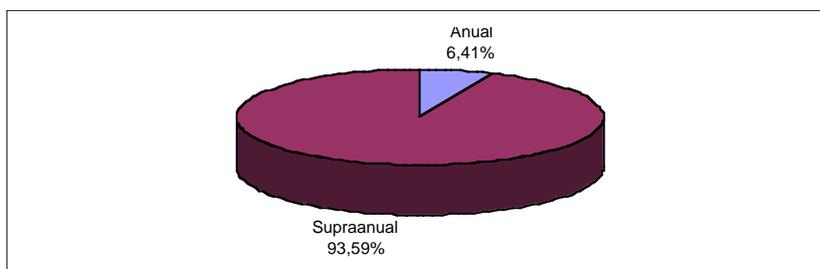


GRÁFICO 26
CONVENIOS ORIGINARIOS AÑO 2006 ANUALES/SUPRAANUALES

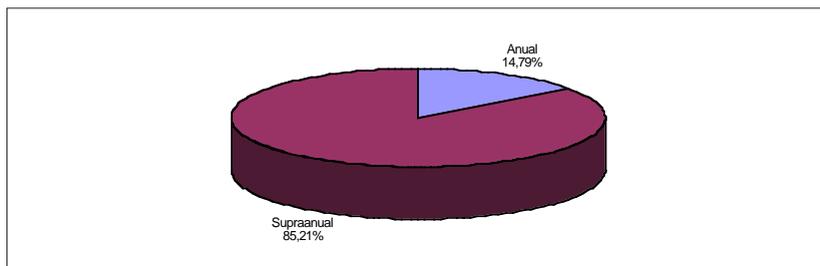
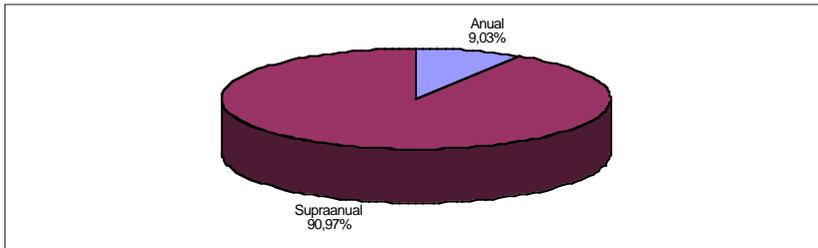
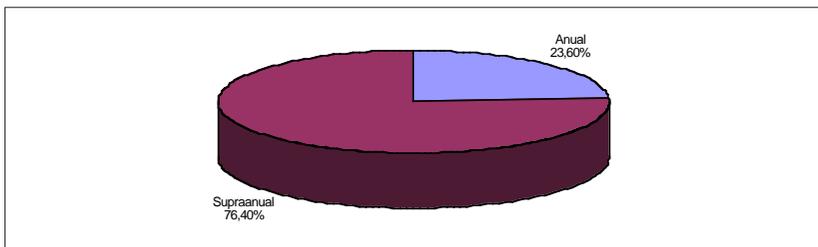


GRÁFICO 27
**AFECTACIÓN PERSONAL DE CONVENIOS VIGENTES
 ANUALES/SUPRAANUALES**



Base de datos: 1.460.348 trabajadores afectados por los 765 convenios vigentes

GRÁFICO 28
**AFECTACIÓN PERSONAL DE CONVENIOS ORIGINARIOS
 AÑO 2006 ANUALES/SUPRAANUALES**

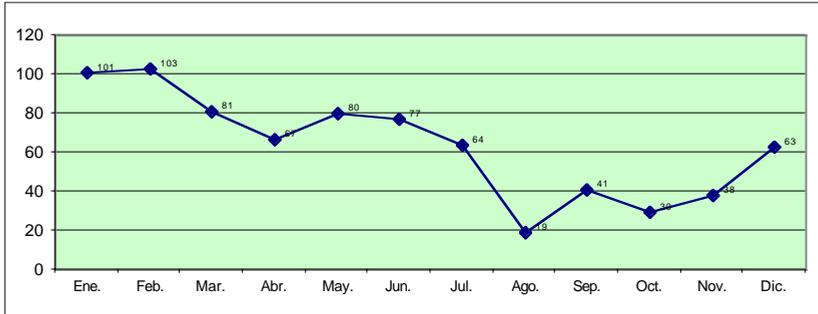


Base de datos: 410.729 trabajadores afectados por los 284 convenios originarios año 2006

Si se examina la duración de los convenios colectivos de los principales sectores de actividad en Andalucía se detectan disparidades entre ellos así como entre las provincias:

- Actividades Agropecuarias: 1 año en Granada; 3 años en Almería, Cádiz, Córdoba, Huelva, Jaén y Málaga; 4 años en Sevilla.
- Construcción: 1 año en Granada, Huelva y Sevilla; 2 años en Cádiz y Jaén; 3 años en Córdoba y Málaga; 5 años en Almería.
- Hostelería: 3 años en Almería, Cádiz, Córdoba, Granada y Jaén; 4 años en Sevilla.
- Limpieza de Edificios y Locales: 3 años en Granada (Centros No Hospitalarios), Huelva y Jaén; 4 años en Granada (Instituciones Sanitarias) y Málaga.
- Industria de la Madera: 6 años en Almería; 5 años en Cádiz; 3 años en Córdoba y Sevilla; 2 años en Jaén; 1 año en Granada.
- Industria Siderometalúrgica: 2 años en Huelva; 3 años en Sevilla; 4 años en Almería, Córdoba, Granada y Málaga.

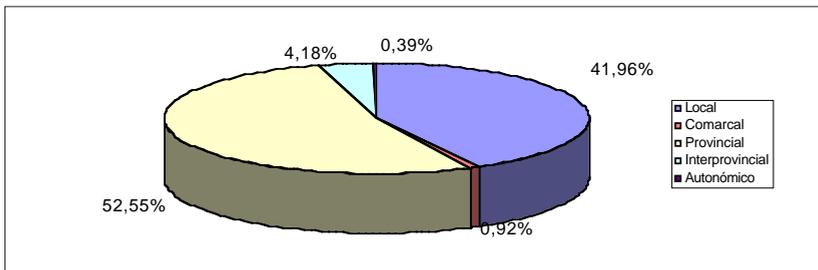
GRÁFICO 29
FECHA FIRMA CONVENIOS VIGENTES



5. ÁMBITO TERRITORIAL

Manteniendo el esquema consolidado en el ámbito andaluz, por otra parte, similar al estatal, territorialmente es el ámbito provincial el de mayor incidencia, inscribiéndose en el mismo el 52,55% de los convenios vigentes. Por su parte, el ámbito local supone el 41,96%, prácticamente superpuesto sobre el nivel empresarial, ya que generalmente corresponden a organizaciones productivas con un único centro de trabajo. Los convenios interprovinciales mantienen su carácter residual, suponiendo el 4,18% del total de vigentes.

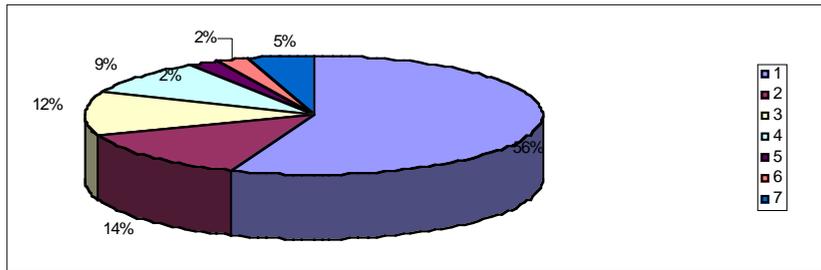
GRÁFICO 30
ÁMBITO TERRITORIAL DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES



Base de datos: 765 convenios vigentes

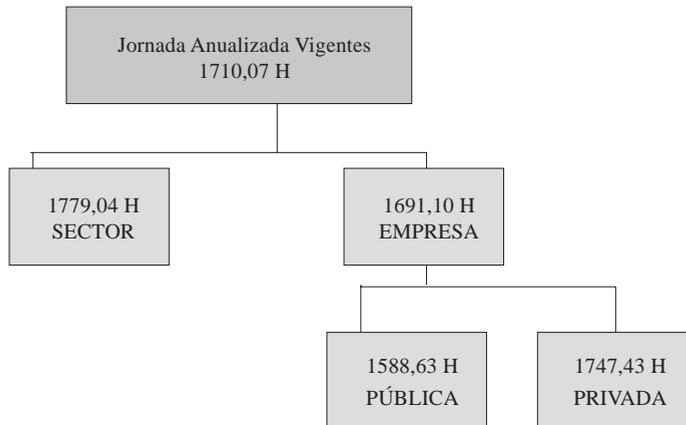
Por su parte, el ámbito territorial de los convenios interprovinciales no es coextenso con el de la Comunidad Autónoma. Al contrario, como se observa en el gráfico que sigue, únicamente el 56% de tales convenios abarca las 8 provincias andaluzas.

GRÁFICO 31
**CONVENIOS INTERPROVINCIALES: PORCENTAJE
 POR PROVINCIAS AFECTADAS**



Base de datos: 35 convenios vigentes de ámbito interprovincial

6. TIEMPO DE TRABAJO



El estudio de la jornada laboral, su duración y distribución en el tiempo exige primariamente conocer la jornada plasmada en los convenios colectivos, haciendo coincidir el módulo de cómputo de la misma sobre una base uniforme que, en este caso será el cómputo anual, realizando para ello la correspondiente transformación en los textos que fijan dicha jornada en cómputo semanal. Pues bien, si tomamos como base de datos el total de convenios vigentes en Andalucía, la jornada convencional unificada en cómputo anual, resultante de los cálculos indicados, se cifra en el año 2006 en 1710,07 horas de promedio.

TABLA 11
JORNADA PROMEDIO CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES

Ámbito geográ.	Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
Almería	1.713,42	38,36	1.696,02
Cádiz	1.711,65	37,80	1.703,28
Córdoba	1.710,60	38,15	1.679,21
Granada	1.753,59	38,90	1.726,71
Huelva	1.719,28	37,65	1.751,10
Jaén	1.721,83	38,26	1.733,23
Málaga	1.691,85	37,84	1.684,14
Sevilla	1.706,07	37,63	1.712,45
Interpr.	1.671,29	36,66	1.655,20
Totales	1.710,07	37,92	1.702,73

Bases de datos: 765 convenios vigentes

Si el análisis lo circunscribimos a los convenios originarios del año 2.006, los datos son levemente inferiores, tal y como constan en la siguiente tabla.

TABLA 12
JORNADA PROMEDIO CONVENIOS COLECTIVOS
ORIGINARIOS AÑO ACTUAL

Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
1.708,33	37,80	1.708,33

Base de datos: 284 convenios originarios año 2006

Como se aprecia en la siguiente tabla, el análisis funcional permite comprobar que la jornada unificada en cómputo anual es sensiblemente mayor en los convenios de naturaleza sectorial que en los de empresa, al residenciarse en estos últimos los convenios de las empresas del sector público, más propicios a reducciones de jornada.

TABLA 13
**JORNADA ANUAL/SEMANTAL UNIFICADA EN CÓMPUTO ANUAL:
 PROMEDIO EN CONVENIOS SECTOR/EMPRESA**

Ámbito geográ.	SECTOR	EMPRESA
Almería	1.799,13	1.683,06
Cádiz	1.776,33	1.694,94
Córdoba	1.779,79	1.695,12
Granada	1.786,64	1.735,00
Huelva	1.794,96	1.696,12
Jaén	1.762,80	1.694,94
Málaga	1.780,41	1.672,73
Sevilla	1.785,14	1.691,40
Interpr.	1.661,40	1.672,57
Totales	1.779,62	1.691,10

Base de datos: 765 convenios vigentes

Las principales diferencias entre los convenios de empresa no se producen en el ámbito territorial, sino entre los convenios de empresas del sector privado y los de las del sector público. Así, como se observa en la siguiente tabla, los convenios colectivos vigentes en las empresas privadas fijan una jornada anualizada notablemente superior a la acordada en los convenios de empresa pública.

TABLA 14
**JORNADA ANUAL/SEMANTAL UNIFICADA EN CÓMPUTO ANUAL:
 PROMEDIO EN CONVENIOS EMPRESA PÚBLICA/PRIVADA**

Ámbito geográ.	PÚBLICA	PRIVADA
Almería	1.597,99	1.749,23
Cádiz	1.598,86	1.729,88
Córdoba	1.569,83	1.768,21
Granada	1.635,34	1.774,00
Huelva	1.609,80	1.737,97
Jaén	1.622,00	1.723,49
Málaga	1.567,59	1.752,64
Sevilla	1.584,34	1.759,02
Interpr.	1.585,11	1.727,81
Totales	1.588,63	1.747,43

Base de datos: 600 convenios vigentes de empresa

GRÁFICO 32
EVOLUCIÓN PROMEDIO JORNADA ANUALIZADA
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES

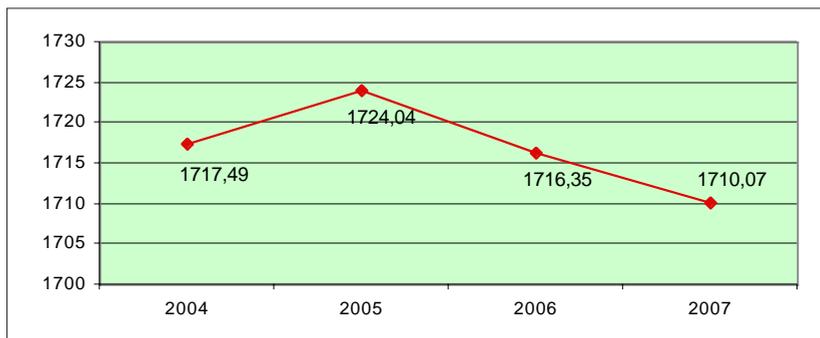


GRÁFICO 33
EVOLUCIÓN PROMEDIO JORNADA ANUALIZADA
CONVENIOS DE EMPRESA PRIVADA

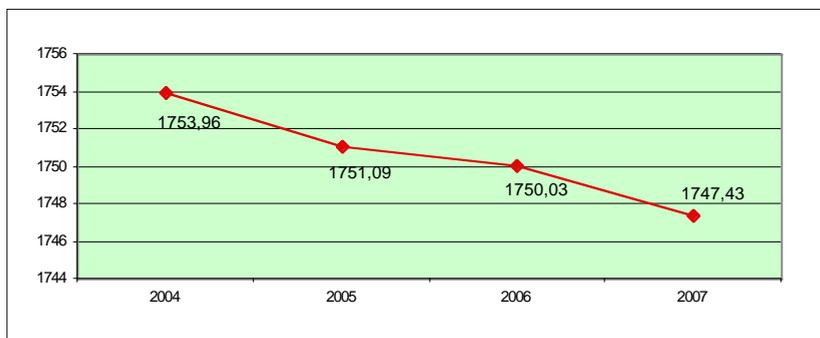


GRÁFICO 34
EVOLUCIÓN PROMEDIO JORNADA ANUALIZADA
CONVENIOS DE EMPRESA PÚBLICA

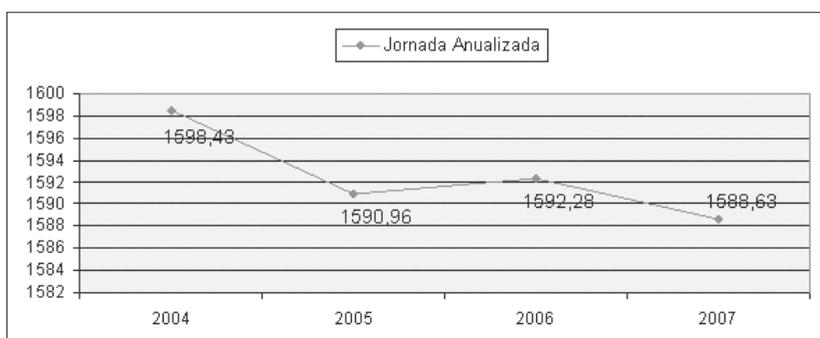
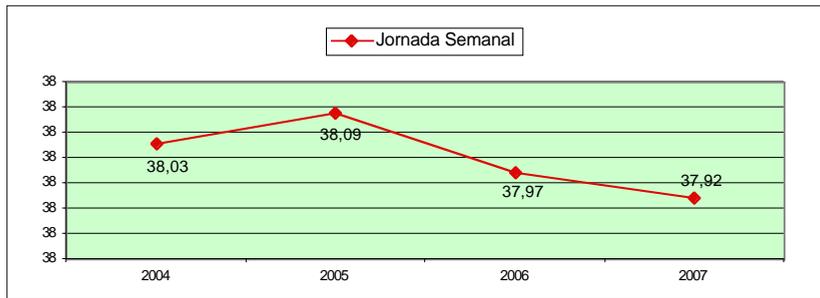
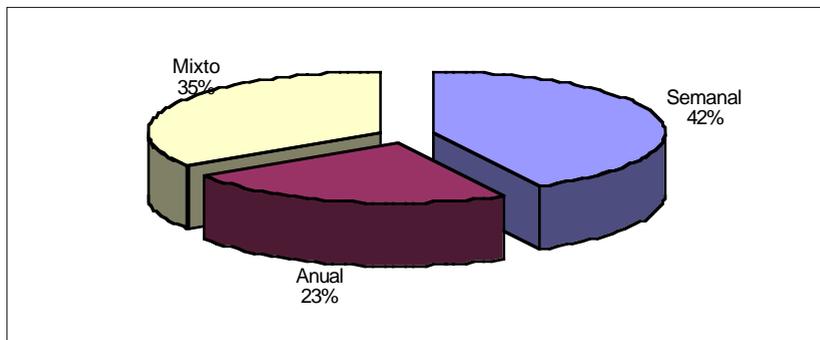


GRÁFICO 35
EVOLUCIÓN PROMEDIO JORNADA SEMANAL
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES



Uno de los aspectos a considerar dentro de la regulación que los distintos convenios colectivos vigentes durante el año 2006 efectúan respecto a la jornada de trabajo es el referido a la determinación de la jornada máxima, optando éstos bien por el cómputo semanal, estableciendo una jornada máxima anual o utilizando conjuntamente ambas fórmulas de determinación. Tomando en consideración la totalidad de los convenios colectivos vigentes, se observa que la mayoría de ellos opta por determinar la jornada máxima de trabajo en cómputo semanal. En segundo lugar se sitúan aquellos acuerdos que determinan su jornada de trabajo en cómputo mixto. Por último, un porcentaje menor de los convenios vigentes opta por determinar su jornada en cómputo anual.

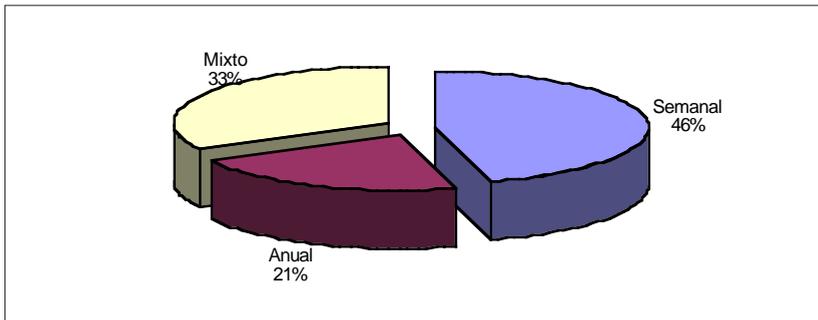
GRÁFICO 36
MÓDULO DETERMINACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO
DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES



Base de datos: 675 convenios vigentes

Si nos circunscribimos a los convenios originarios, vemos como la preeminencia del módulo semanal se acrecienta levemente.

GRÁFICO 37
MÓDULO DETERMINACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO
DE CONVENIOS COLECTIVOS ORIGINARIOS



Base de datos: 284 convenios originarios año 2006

7. ORDENACIÓN DEL SALARIO

Si tomamos como base de datos la globalidad de los convenios colectivos vigentes, se observa que el incremento salarial ponderado global medio (I.S.P.) resultante en Andalucía, incluyendo convenios originarios y revisados, se sitúa en el 2,96%, correspondiendo el 3,00% a los convenios de sector y el 2,42% a los de empresa. A su vez, estos últimos se subdividen en un 2,15% para el ámbito público y un 2,82% para el privado. La incidencia del sector Agropecuario resulta elevada dado su amplio ámbito de aplicación personal, ya que, sin tomar en consideración los convenios pertenecientes a este sector, el I.S.P. general descendería al 2,89%.

En los convenios originarios recepcionados en el presente año, el incremento salarial medio alcanza el 3,05%, situándose en el 3,06% en los convenios sectoriales y en el 2,97% en los empresariales.

En los convenios revisados, el promedio de incremento salarial se eleva al 2,91%, adscribiéndose una vez más el promedio superior al ámbito sectorial (2,97%) frente al empresarial (2,32%).

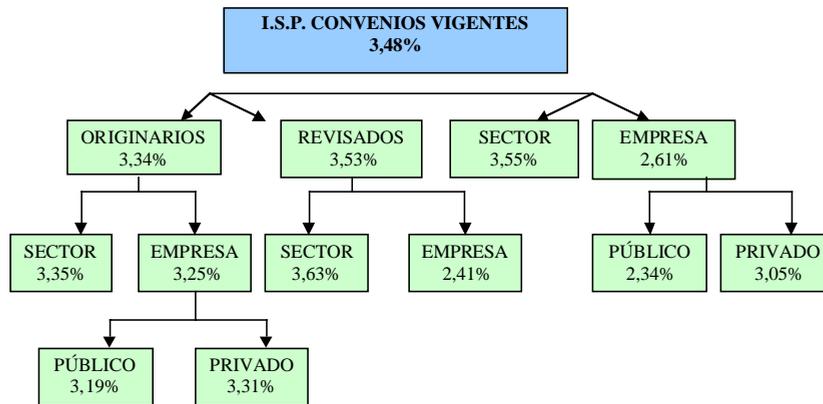
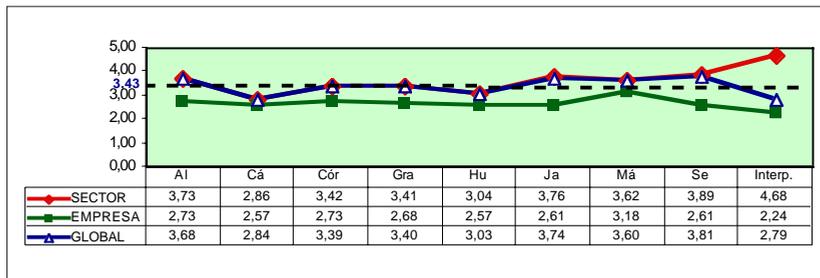


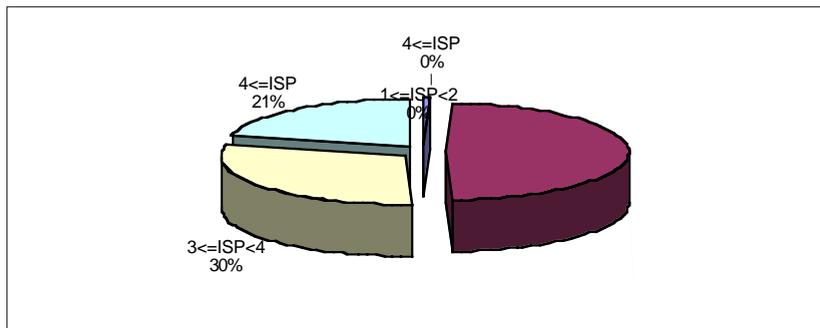
GRÁFICO 38
ISP EN CONVENIOS VIGENTES (SEGÚN SECTOR-EMPRESA)
A NIVEL PROVINCIAL



Base de datos: 765 convenios vigentes (165 de sector, 600 de empresa)

Del estudio del conjunto de convenios colectivos vigentes en relación con la distribución por tramos de los incrementos salariales, se desprende que el que más repercusión tiene es el comprendido entre el 2% y el 3%. A continuación se sitúa el grupo de convenios que contemplan un incremento retributivo comprendido entre el 3% y 4%, seguido de los convenios vigentes que fijan un incremento igual o superior al 4%. Los restantes tramos tienen una incidencia notablemente inferior.

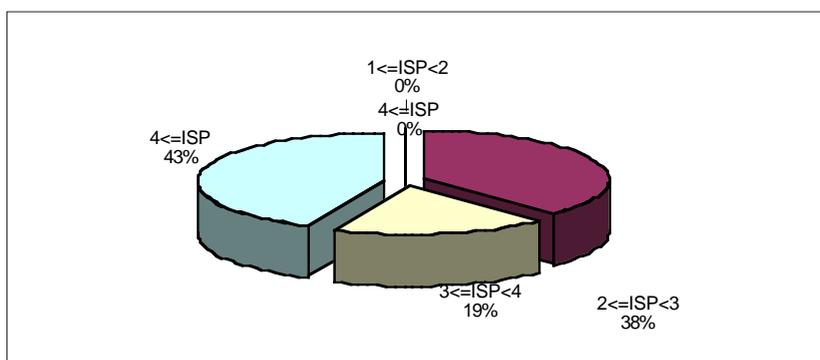
GRÁFICO 39
CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES AGRUPADOS POR TRAMOS DE I.S.P.



Base de datos: 675 convenios vigentes (130 de sector, 446 de empresa)

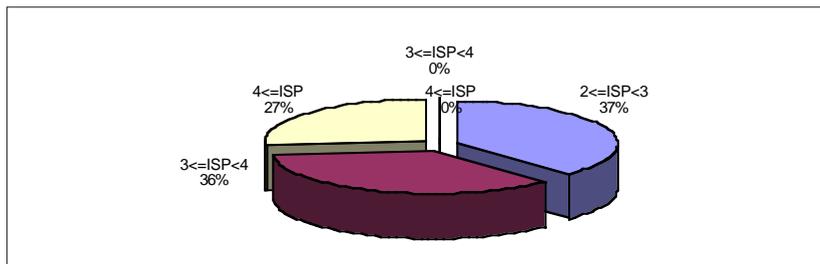
Si lo que se analiza es el número de trabajadores incluidos en cada uno de estos tramos, se aprecia que la afectación personal de los mismos da como resultado proporciones diferentes a las obtenidas al considerar el número de convenios, si bien también aparece el grupo de convenios que contempla un incremento retributivo comprendido entre el 2% y el 3% como aquel en el que están incluidos más trabajadores, situándose a continuación los incluidos en el tramo con incremento de retribuciones comprendido entre el 3% y el 4%.

GRÁFICO 40
**AFECTACIÓN PERSONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES
 POR TRAMOS DE I.S.P.**



Base de datos: 1.460.348 trabajadores afectados por los 765 convenios vigentes

GRÁFICO 41
**CONVENIOS COLECTIVOS ORIGINARIOS
 AGRUPADOS POR TRAMOS DE I.S.P.**

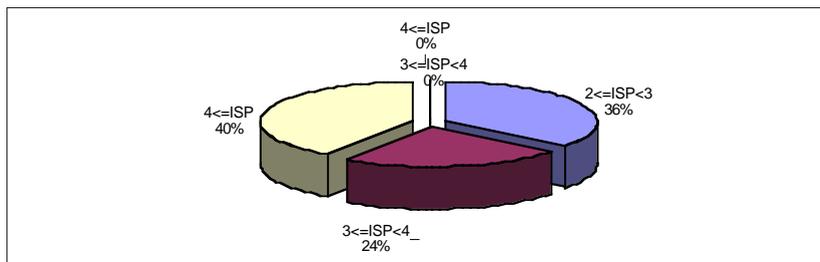


Base de datos: 284 convenios originarios año 2006

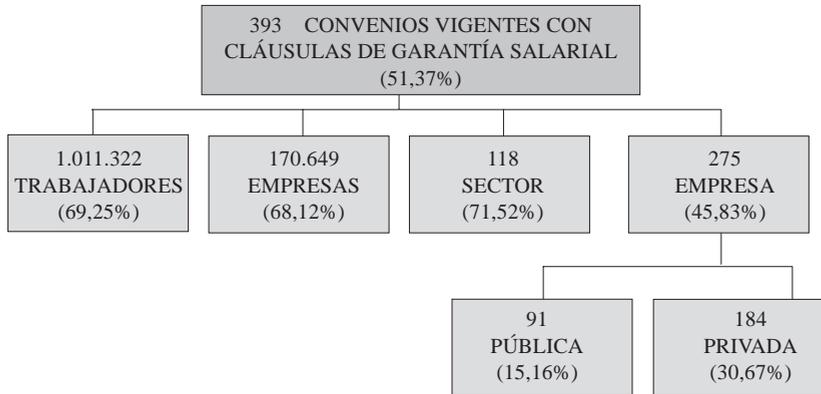
Al analizar los convenios colectivos originarios de 2.006 en relación con la distribución por tramos de los incrementos salariales, se observa que el que más repercusión tiene es el comprendido entre el 2% y el 3%. A continuación se sitúa el grupo de convenios que contemplan un incremento retributivo comprendido entre el 3% y 4%, seguido de los convenios originarios que fijan un incremento igual o superior al 4%.

Si lo que se analiza es el número de trabajadores incluidos en cada uno de estos tramos, se aprecia que la afectación personal de los mismos da como resultado proporciones diferentes a las obtenidas al considerar el número de convenios. En este caso aparece el grupo de convenios originarios que contempla un incremento retributivo comprendido entre el 3% y el 4% como aquel en el que están incluidos más trabajadores, situándose a continuación los incluidos en el tramo de convenios con incremento comprendido entre el 2% y el 3%.

GRÁFICO 42
**AFECCIÓN PERSONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS
 ORIGINARIOS POR TRAMOS DE I.S.P.**



Base de datos: 410.729 trabajadores afectados por los 284 convenios originarios año 2006



El 51,37% de los convenios colectivos vigentes en 2006 contempla cláusulas de garantía salarial. Estas cláusulas son aplicables al 69% de los trabajadores y al 68% de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de los 765 convenios vigentes en Andalucía. Desde un punto de vista funcional, se aprecia mayor incidencia en los convenios de ámbito sectorial (71,52%) que en los de empresa (45,83%). No obstante, si sólo consideramos los convenios vigentes de empresa privada, vemos como el porcentaje de los que establecen esta garantía se eleva al 30,67% de los 600 Convenios de empresa vigentes.

Si el análisis lo circunscribimos a los convenios originarios correspondientes a 2006, vemos como el 50,35% de los mismos contiene este tipo de cláusula, siendo menos común en los convenios de empresa (45,61%) que en los de sector (69,64%). Estas cláusulas son aplicables al 79,44% de los trabajadores y al 79,01% de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de los 284 convenios originarios año 2006. Si no incluimos la empresa pública los datos se reducen a 69 convenios de empresa privada lo que supone el 30,26% de los 228 convenios originarios de empresa.

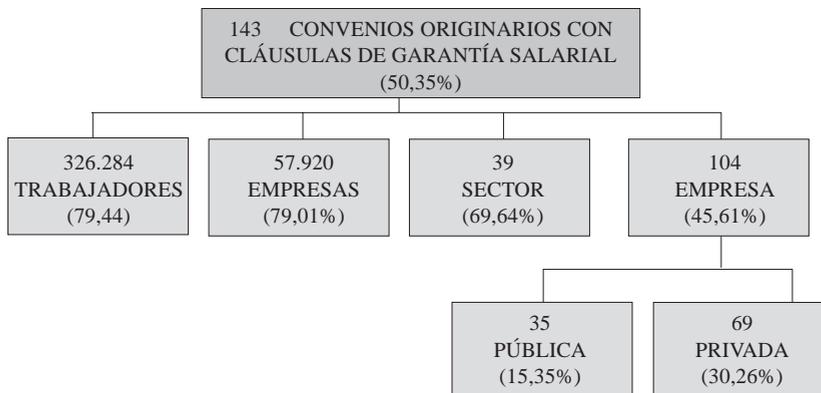
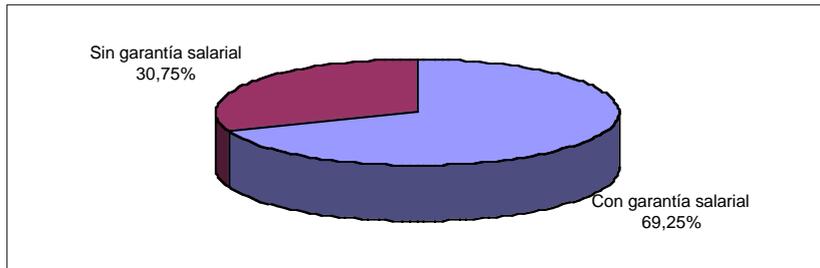
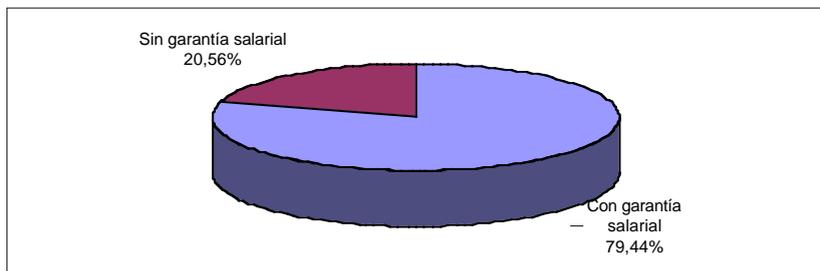


GRÁFICO 43
**AFECCIÓN PERSONAL DE CLÁUSULAS DE GARANTÍA SALARIAL.
 CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES**



Base de datos: 1.460.348 trabajadores afectados por los 765 convenios vigentes

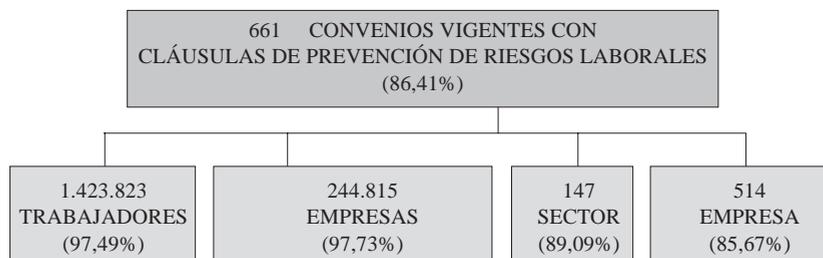
GRÁFICO 44
**AFECCIÓN PERSONAL DE CLÁUSULAS DE GARANTÍA SALARIAL.
 CONVENIOS ORIGINARIOS AÑO 2006**



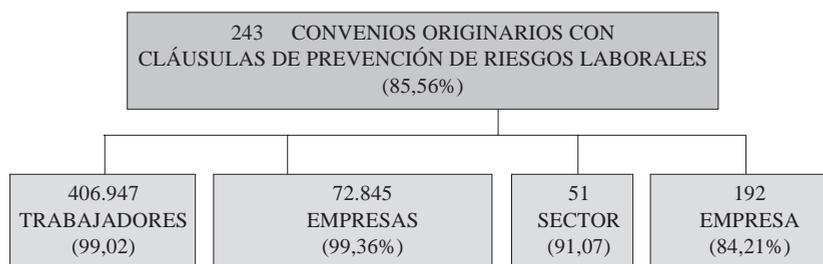
Base de datos: 410.729 trabajadores afectados por los 284 convenios originarios año 2006

8. SALUD LABORAL

La amplia recepción de las cláusulas de salud laboral pone de manifiesto la importancia de esta materia. El desarrollo de medidas preventivas que garanticen las condiciones de seguridad y salud laboral de los trabajadores está presente en el 86,41% del conjunto de los convenios colectivos vigentes de ámbito andaluz. Estas cláusulas afectan al 97,7% de las empresas incluidas en el campo de aplicación de tales textos negociales, alcanzando al 97,4% de los trabajadores afectados por la negociación colectiva andaluza.



La presencia de cláusulas relativas a la salud laboral se aprecia en el 85,56% de los convenios originarios del año 2006. Desde un punto de vista funcional, los convenios originarios de sector que abordan esta materia se sitúan en el 91,07%, representando en los convenios originarios de empresa el 84,21%.



No obstante, los datos anteriores son referencias genéricas a la salud laboral, como se pone de manifiesto al observar que menciones específicas a planes de prevención únicamente aparecen en el 15,64% de los convenios originarios del año 2006. Si se analizan conjuntamente, además de los originarios, los revisados, el porcentaje de convenios vigentes que contiene referencias a dichos planes se sitúa en el 16,04%.



5

Reseña de Legislación







Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (octubre-diciembre 2006)

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO *

DECRETO 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía

Las posibilidades de impulsar la reducción del desempleo mediante la alternativa del autoempleo cobra actualidad también en nuestra Comunidad Autónoma. La figura del autoempleo se ha contemplado, en algunos casos, como una solución transitoria ante la situación de desempleo. La concertación social tampoco ha sido ajena a esta inquietud por impulsar y fomentar el autoempleo. El resultado de dicha apuesta ha supuesto la superación del citado enfoque, y hoy se trabaja para fomentar proyectos de trabajo autónomo viables que se emprenden desde el espíritu vocacional, con perspectivas de futuro y como instrumentos generadores de empleo por cuenta ajena, por lo que la valoración positiva se pretende analizar a la luz de la consolidación del propio proyecto.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Administración Andaluza considera el autoempleo desde una doble vertiente, la individual, persona física, y la colectiva, cooperativas, sociedades civiles, comunidades de bienes. El Decreto comentado regula los programas y medidas dirigidas exclusivamente al trabajador o trabajadora autónomos, como persona física que ejerce una actividad económica por cuenta propia. Este colectivo representa una importante fuente de generación de empleo y de riqueza para Andalucía, que ha sido considerada por la Junta de Andalucía, en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social suscrito entre éste y los agentes sociales y económicos el 25 de enero de 2005. En la misma línea promocional debe entenderse la regulación de un marco normativo de fomento del trabajo autónomo en Andalucía, en el que se recogen de forma homogénea e integral todas las medidas y actuaciones que desde la Administración de la Comunidad Autónoma se están desarrollando y todas aquellas nuevas medidas que, a favor de los trabajadores y las trabajadoras autóno-

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide.

mos, contribuirán a seguir fomentando el trabajo autónomo. El artículo 1 define el trabajo autónomo como realizado por persona física que ejerce una actividad económica de forma individual, por cuenta propia y con la colaboración de un máximo de 5 trabajadores por cuenta ajena.

- a) Colectivo con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo: Aquellas personas desempleadas en las que concurra alguna de las siguientes características:
 - Mujeres víctimas de violencia de género.
 - Personas con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 33%.
 - Personas ex-reclusas.
 - Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.
 - Jóvenes que se incorporen al mercado de trabajo procedentes de instituciones de protección y reforma.
 - Personas usuarias del Programa de Solidaridad.
 - Parados de larga duración mayores de 45 años.
 - Pertenecientes a minorías étnicas.
 - Personas víctimas de los actos terroristas y /o sus familiares.
 - Y demás personas en riesgo de exclusión.
- b) Áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo, aquellas áreas que cumplan con los indicadores demográficos y de mercado de trabajo que se recogen en el Decreto 109/2006, de 6 de junio por el que se establecen los indicadores para las Áreas Territoriales Preferentes para Actuaciones Integrales de Empleo.
- c) Nuevos Yacimientos de Empleo: Aquellas actividades económicas que provean en el ámbito del empleo los servicios necesarios que satisfagan las nuevas necesidades sociales. Dichas actividades se agrupan en los siguientes apartados:
 - Los servicios de la vida diaria.
 - Los servicios de mejora del marco de vida.
 - Los servicios culturales y de ocio.
 - Los servicios de medio ambiente.

El Decreto comentado recoge las normas comunes a todos los programas de fomento, y establece los requisitos y obligaciones genéricos que han de cumplir las personas o entidades beneficiarias de las ayudas en ellos contenidas. En este punto, las entidades que desarrollen proyectos en el marco del programa para impulsar nuevas actividades económicas a través del trabajo autónomo en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo, podrán beneficiarse de la excepción que prevé el apartado 2 del artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como de lo dispuesto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

ORDEN de 22 de noviembre de 2006, por la que se modifica la de 14 de enero de 2004, por la que establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas por el Servicio Andaluz de Empleo, de la Consejería 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

Tras la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2005, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, se entiende necesario realizar una revisión de la Orden de 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 proyectos y servicios de interés general y social, en la redacción dada por las Órdenes de 9 de marzo de 2005 y de 9 de noviembre de 2005, a la luz de lo establecido en el citado Real Decreto-Ley. Junto a ello, se introducen modificaciones que articulan una apuesta por el crecimiento del empleo de la mujer. Así mismo, se considera necesario unificar la línea de ayudas establecida en la citada Orden de 14 de enero de 2004 con el Programa de apoyo al empleo en proyectos de interés social desarrollado mediante la Orden de 4 de julio de 2002.

Se modifica el artículo 3 de la Orden de 14 de enero de 2004, eliminando la referencia anterior a la contratación de trabajadores, de manera que el nuevo texto considera beneficiarias a las entidades, «que se obliguen a la ejecución en el territorio de la Comunidad Autónoma de proyectos que fomenten el empleo y promuevan la empleabilidad o la prestación de servicios calificados de interés general y social».

Se modifica el artículo 6 de la Orden de 14 de enero de 2004, en el sentido de eliminar la referencia a los requisitos de la modalidad contractual de inserción, ampliando las posibilidades de contratación que ahora serán de «la modalidad contractual más adecuada al proyecto», si bien «al menos el 50% de las personas seleccionadas habrán de ser mujeres» y entendiendo que tras «la finalización del proyecto, aquellos participantes que inicien una actividad económica autónoma, así como los contratos indefinidos que se formalicen con dichos participantes, serán incentivables con carácter prioritario de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora».

Se añade una nueva letra h) al apartado 3 del artículo 7 de la Orden de 14 de enero de 2004, con el siguiente tenor literal:

«h) Compromiso por parte de la entidad promotora del proyecto de que al menos el 50% de las personas contratadas para la ejecución de los proyectos serán mujeres»

Se modifica el artículo 10 de la Orden de 14 de enero de 2004, estableciendo nuevos criterios de selección de trabajadores:

«1. Las Entidades beneficiarias presentarán oferta de empleo a la correspondiente Oficina de Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

2. Las contrataciones necesarias para la ejecución de los proyectos se formalizarán, dentro de los objetivos marcados en el Plan de Acción para el Empleo en el Reino de España, con:

a) Jóvenes menores de 30 años desempleados que acrediten una inscripción de demanda de empleo con antigüedad de al menos 6 meses y cumplan el perfil necesario para el desarrollo del proyecto.

b) Personas mayores de 45 años desempleados que acrediten una inscripción de demanda de empleo con antigüedad de al menos 12 meses y cumplan el perfil necesario para el desarrollo del proyecto.

c) Mujeres de cualquier edad desempleadas que acrediten la previa inscripción de demanda de empleo y que no hubieran sido beneficiarias de proyectos concedidos al amparo de la presente Orden en el ejercicio anterior.

De entre ellos, tendrán preferencia los siguientes colectivos:

a) Persona con discapacidad demandante de empleo.

b) Personas con especiales dificultades de acceso al mercado laboral.

c) Personas con responsabilidades familiares especialmente cuando se trate de familias monoparentales.

Por último, quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan, y en concreto la Orden de 4 de julio de 2002 por la que se desarrolla el Programa de apoyo al empleo en proyectos de interés social, salvo en lo que respecta a aquellos expedientes que se encuentren en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la nueva norma.

DECRETO 189/2006, de 31 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la habilitación del personal funcionario que ejerce en la Consejería de Empleo labores técnicas de prevención de riesgos laborales para el desempeño de funciones comprobatorias en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

La recurrente actualidad de los accidentes laborales y las graves consecuencias derivadas de los altos índices registrados en la Comunidad Autónoma de Andalucía concitan la preocupación de los agentes sociales y económicos y del Gobierno Andaluz, que consideran objetivo prioritario la prevención de riesgos laborales y la reducción de la siniestralidad laboral. A tales fines, en su momento se elaboró el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, aprobado por el Decreto 313/2003, de 11 de noviembre, cuya acción 25 se refiere al desarrollo del apartado 3 del artículo 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, en lo que respecta a la asunción por parte de los técnicos de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de las facultades comprobatorias propias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las misiones que se les encomienden, a tenor de la colaboración prevista en el artículo 9 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Por su parte, el VI Acuerdo de Concertación Social, suscrito entre la Junta de Andalucía y los agentes económicos y sociales más representativos de Andalucía el 25 de enero de 2005, ratifica el compromiso de las partes firmantes de impulsar el cumplimiento del objetivo general de promoción de la salud laboral, reducción de la siniestralidad y mejora de las condiciones de trabajo, contenidos en el citado Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en An-

dalucía, así como de la consecución de todos y cada uno de los objetivos estratégicos y acciones específicas fijadas en el mismo.

El artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación laboral, en la que se incluye la correspondiente a la seguridad, higiene y prevención de riesgos laborales. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, establece en su artículo 9 la competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para ejercer la función de vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. No obstante, la modificación operada en el apartado 2 del mencionado artículo por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales, establece la colaboración pericial de la Comunidad Autónoma y el asesoramiento técnico entre ambas Administraciones mediante la elaboración y coordinación de planes de actuación para contribuir al desarrollo de actuaciones preventivas en las empresas en sectores de actividad con mayor nivel de riesgo o de siniestralidad, a través de acciones de asesoramiento, información, formación y comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en los centros de trabajo por parte de funcionarios técnicos en prevención de riesgos laborales, dependientes de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El Decreto comentado persigue el desarrollo de dicha colaboración pericial y del asesoramiento técnico por parte de la Comunidad Autónoma andaluza se desarrolla en el, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 689/2005, de 10 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social.

Las funciones de colaboración pericial y asesoramiento técnico requieren de una habilitación especial, para lo que, haciendo uso de las facultades autoorganizativas reconocidas en el artículo 13.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, y conforme a lo establecido en la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales reseñada, el Decreto comentado establece el procedimiento de habilitación mediante el que la Administración de la Junta de Andalucía confiere a los funcionarios públicos que ejercen en la Consejería competente en materia de seguridad y salud laboral labores técnicas de prevención de riesgos laborales, para el desempeño de funciones comprobatorias en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 1.1).

Las actuaciones comprobatorias realizadas por los funcionarios habilitados en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, han de efectuarse bajo el principio de la coherencia del sistema de inspección, bajo la observancia de criterios comunes y trabajo programado, encomendando las funciones a la Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral, y con el régimen y el alcance establecidos en el Título IV del Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero (art. 1.2).

Los funcionarios de la Administración de la Junta de Andalucía que deseen ser habilitados deberán reunir los siguientes requisitos en aplicación de lo establecido en el art. 2, y, en concreto:

«a) Estar desempeñando labores técnicas en prevención de riesgos laborales en los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral.

b) Pertenecer a cuerpos de los grupos A o B

c) Contar con la titulación universitaria y la formación mínima prevista en el artículo 37.2 y 3 del Reglamento de los servicios de prevención, aprobado por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, para poder ejercer las funciones de nivel superior en las especialidades y disciplinas preventivas en que estén acreditados a que se refiere dicho reglamento, o haber sido convalidados para el ejercicio de tales funciones de nivel superior, conforme a la disposición adicional quinta del mismo reglamento».

Conforme establece el art. 7, la habilitación tendrá un período de validez de dos años, prorrogable automáticamente por años completos, salvo acuerdo expreso de no renovación adoptado por la misma autoridad que la confirió, aunque podrá quedar sin efecto en los siguientes supuestos:

«a) Cuando el personal habilitado deje de desempeñar labores técnicas en prevención de riesgos laborales en los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral.

b) Cuando el personal habilitado no realice las tareas o actividades para las que fue específicamente habilitado o las ejecute de forma inadecuada o no ajustada a las instrucciones y directrices fijadas por el órgano habilitante, o se incumplan los deberes previstos en el artículo 63 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

En tales casos se valorará la reiteración, la gravedad, perjuicios ocasionados y el hecho de haberse acordado la revocación de una habilitación anterior.

c) Cuando el personal habilitado no ajuste su actuación a los planes, programas y criterios establecidos por la Comisión Territorial de la Inspección de Trabajo o del grupo de trabajo específico que ésta establezca al efecto.

d) En caso de ineptitud sobrevenida y demás supuestos previstos en la legislación vigente».

DECRETO 222/2006, de 19 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas

Como en años anteriores, el Gobierno andaluz establece ayudas sociales extraordinarias a favor de las personas beneficiarias de pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, calificativo expresamente previsto en el art. 2 del Decreto comentado que tienen por objeto negar la posibilidad de consolidación del derecho de percepción de las ayudas. La cuantía individual de estas ayudas se fija en 89,95 euros, que se abonará mediante un pago único, y se financiarán con cargo a los créditos existentes en la aplicación 484.01 del Servicio 01 de la Sección Presupuestaria 34.00 «Pensiones Asistenciales».

DECRETO 223/2006, de 19 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas de carácter extraordinario a favor de personas ancianas y enfermas o inválidas incapacitadas para el trabajo, beneficiarias de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del subsidio de garantía de ingresos mínimos

Como en años anteriores, el Gobierno andaluz regula la concesión de ayudas del Fondo Nacional de Asistencia Social a favor de ancianos y de enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. Constituye el objeto de estas ayudas la mejora de la cuantía económica de las prestaciones de los actuales beneficiarios y beneficiarias del Fondo de Asistencia Social (FAS) y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), como expresión de solidaridad social hacia personas con recursos insuficientes, sin perjuicio de que continúen adoptándose las medidas necesarias para que aquéllas que reúnan los requisitos exigidos pasen a percibir las prestaciones no contributivas, en concordancia con el proceso de generalización de dichas prestaciones.

A pesar de que durante los últimos años han sido numerosas las personas beneficiarias de ayudas FAS y LISMI que han optado por pensiones no contributivas, resta aún un colectivo que, tras las reiteradas campañas de información y asesoramiento efectuadas por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social y otras Entidades Públicas, por circunstancias diversas, continúa con sus antiguas prestaciones y, por tanto, en condiciones de necesidad a proteger. Por ello, el Gobierno considera necesario establecer para el año 2007 esta ayuda de carácter extraordinario, cuya cuantía se fija con el objetivo de fomentar una acción administrativa dirigida a proporcionar a los ciudadanos y ciudadanas socialmente menos favorecidos un aumento real en sus recursos económicos disponibles.

Las ayudas tienen la naturaleza de prestación de asistencia social y el carácter de personales, intransferibles y extraordinarias, como consecuencia de quedar limitada su vigencia al año 2007, sin que implique el derecho a seguir percibiéndolas en sucesivos años (artículo 2). La cuantía individual de estas ayudas se fija en 821,87 euros anuales, que se fraccionará en cuatro pagas a lo largo del año, se harán efectivas en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de 2007 (artículo 3); Las obligaciones que se reconozcan como consecuencia de lo dispuesto en el presente Decreto se financiarán con cargo a los créditos existentes en la aplicación 484.01 del Servicio 01 de la Sección Presupuestaria 34.00 «Pensiones Asistenciales».

LEY 10/2006, de 26 de diciembre, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales

El artículo 40.2 de la Constitución Española establece la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, como uno de los principios rectores de la política social y económica; asimismo, el artículo 35.1 de la Constitución Española reconoce el derecho al trabajo, lo que exige o presupone el fomento de unas condiciones laborales dignas y seguras. En el ámbito andaluz, de acuerdo con los artículos 149.1.7.^a de la Constitución Española y

17.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, corresponde a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación laboral, siendo una de las materias integradas en la mencionada función ejecutiva la correspondiente a la seguridad, higiene y prevención de riesgos laborales.

El mandato de velar por la seguridad e higiene en el trabajo establecido en la Constitución Española se desarrolla esencialmente a través de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que supone la transposición de la Directiva Marco antes citada y de las Directivas 92/85/CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal, y determina una armonización de nuestro ordenamiento con los postulados de la Unión Europea. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales viene a establecer una nueva concepción de la vieja acepción de seguridad e higiene en el trabajo, hoy entendida como prevención de riesgos laborales, integrada en el conjunto de actividades de la empresa, con un marco globalizador que obliga a su consideración preventiva desde una óptica de conjunto. La Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, entre otros aspectos, reafirma la necesidad de fomentar la cultura preventiva para garantizar el cumplimiento más real y efectivo de la normativa existente en materia de prevención de riesgos laborales. A nivel autonómico, el Decreto 313/2003, de 11 de noviembre, que aprueba el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, resultado del consenso de los agentes económicos y sociales y de la Administración de la Junta de Andalucía en el seno del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, establece entre sus acciones la creación por ley de un Instituto de Prevención de Riesgos Laborales. Por último, el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, firmado el día 25 de enero de 2005 por la Junta de Andalucía, las organizaciones sindicales Unión General de Trabajadores de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía, y la Confederación de Empresarios de Andalucía, contempla, entre las medidas que se establecen en materia de seguridad y salud laborales, la creación del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

A la Administración Andaluza compete la materialización del principio rector de la acción preventiva, que se dirige a la evitación de los riesgos y, en su defecto, al control en origen de los mismos. Esta concepción directa y práctica requiere instrumentos de análisis y de aplicación específicos, que sirvan realmente para elevar el nivel de protección de la población laboral. Más allá de esta integración de intereses en el control de las situaciones generadoras de riesgo, resulta preciso extender una conciencia social preventiva que allane el camino y conduzca a una auténtica cultura preventiva, realmente impregnada en los hábitos de vida. De esta manera, la salud laboral debe ser un objetivo prioritario de las políticas públicas, pero al ser diversas y complejas las actuaciones en este campo, no es posible desarrollarlas sin el concurso imprescindible de los agentes económicos y sociales, y muy especialmente de los propios trabajadores y trabajadoras, de forma que deben pasar de ser meros destinatarios de las actuaciones en materia de seguridad laboral a convertirse en verdaderos partícipes en la elaboración y adopción de medidas preventivas en el ámbito de la empresa.

Con la Ley comentada el Parlamento Andaluz pretende que el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales sea el organismo público dinamizador

de todas estas posibilidades que ha de dirigir, contando para ello con la participación de todos los sectores de la sociedad implicados, especialmente la de los interlocutores sociales, promoviendo la creación, difusión, fomento y desarrollo de iniciativas de todo tipo que han de llegar a la población laboral y deben alcanzar al conjunto de la sociedad, pues no es posible disociar la seguridad y salud laborales de la calidad del trabajo y de la calidad de vida, y en definitiva del progreso y bienestar sociales. De esta forma, se pretende avanzar en el fomento y difusión de una cultura preventiva en Andalucía mediante la creación de un organismo que no responda a modelos tradicionales, sino a una nueva visión más cercana a una sociedad compleja, con nuevas formas de relacionarse con el entorno, pero con miras universales y de proyección más amplia. Asimismo, el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales pretende establecer un soporte científico que posibilite una Administración Pública actualizada para fijar una política preventiva próxima a la ciudadanía. Por último, se pretende que los distintos sectores de actividad cuenten con la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales, para mejorar los niveles de información, formación y asesoramiento.

La Ley 10/2006 Se crea el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, como organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de la Junta de Andalucía, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

DECRETO 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía
BOJA núm. 213, de 3 de noviembre de 2006

Durante mucho tiempo, la figura del autoempleo se ha contemplado, en algunos casos, como una solución transitoria ante la situación de desempleo. Frente a ello la Junta de Andalucía, en el marco de la concertación social, ha venido haciendo una apuesta fuerte y decidida para impulsar y fomentar el autoempleo. El resultado de dicha apuesta ha supuesto la superación del citado enfoque, y hoy se trabaja para fomentar proyectos de trabajo autónomo viables que se emprenden desde el espíritu vocacional, con perspectivas de futuro y como instrumentos generadores de empleo por cuenta ajena, por lo que la valoración positiva se empieza a analizar a la luz de la consolidación del propio proyecto.

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta que el autoempleo queda desarrollado mediante dos vertientes, la individual, persona física, y la colectiva, cooperativas, sociedades civiles, comunidades de bienes, hemos de especificar que el presente Decreto regula los programas y medidas dirigidas exclusivamente al trabajador o trabajadora autónomos, como persona física que ejerce una actividad económica por cuenta propia.

Tomando en consideración la importancia que este colectivo representa en la Comunidad Autónoma de Andalucía como fuente de generación no sólo de empleo, sino de riqueza y bienestar social, por el alto valor añadido que supone para nuestro tejido social

y nuestra actividad económica, la Junta de Andalucía, en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social suscrito entre éste y los agentes sociales y económicos el 25 de enero de 2005, quiere comprometerse más en esta apuesta que desde hace tiempo asumió, regulando un marco normativo que fomente el trabajo autónomo en Andalucía, en el que se recojan de forma homogénea e integral todas las medidas y actuaciones que desde la Administración de la Comunidad Autónoma se están desarrollando y todas aquellas nuevas medidas que, a favor de los trabajadores y las trabajadoras autónomos, contribuirán a seguir fomentando el trabajo autónomo.

El presente Decreto recoge las normas comunes a todos los programas, quedando establecidos los requisitos y obligaciones genéricos que han de cumplir las personas o entidades beneficiarias de las ayudas en ellos contenidas. En este punto, las entidades que desarrollen proyectos en el marco del programa para impulsar nuevas actividades económicas a través del trabajo autónomo en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo, podrán beneficiarse de la excepción que prevé el apartado 2 del artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como de lo dispuesto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

En cumplimiento del apartado 3, letra f), del artículo 8 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, el presente Decreto ha sido sometido al Pleno del Consejo de Administración de dicho organismo autónomo de la Consejería de Empleo. Igualmente el Consejo Económico y Social ha emitido el dictamen núm. 10/2006.

En su virtud, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 39 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, a propuesta del Consejero de Empleo y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su sesión del día 10 de octubre de 2006,

DISPONGO

CAPÍTULO I

Objeto y ámbito de aplicación

Artículo 1.º Definición.—1. El presente Decreto establece los programas y medidas que desarrolla la Administración de la Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente en materia de empleo, en orden a fomentar y consolidar el trabajo autónomo realizado por persona física que ejerce una actividad económica de forma individual, por cuenta propia y con hasta 5 trabajadores por cuenta ajena.

2. A los efectos del presente Decreto se entenderá como:

a) Colectivo con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo: Aquellas personas desempleadas en las que concurra alguna de las siguientes características:

— Mujeres víctimas de violencia de género.

— Personas con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 33%.

— Personas ex-reclusas.

— Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.

— Jóvenes que se incorporen al mercado de trabajo procedentes de instituciones de protección y reforma.

— Personas usuarias del Programa de Solidaridad.

— Parados de larga duración mayores de 45 años.

— Pertenecientes a minorías étnicas.

— Personas víctimas de los actos terroristas y /o sus familiares.

— Y demás personas en riesgo de exclusión.

b) Áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo, aquellas áreas que cumplan con los indicadores demográficos y de mercado de trabajo que se recogen en el Decreto 109/2006, de 6 de junio por el que se establecen los indicadores para las Áreas Territoriales Preferentes para Actuaciones Integrales de Empleo.

c) Nuevos Yacimientos de Empleo: Aquellas actividades económicas que provean en el ámbito del empleo los servicios necesarios que satisfagan las nuevas necesidades sociales. Dichas actividades se agrupan en los siguientes apartados:

— Los servicios de la vida diaria.

— Los servicios de mejora del marco de vida.

— Los servicios culturales y de ocio.

— Los servicios de medio ambiente.

Art. 2.º Objeto.—1. Con el fin de potenciar el trabajo autónomo en Andalucía a través del presente Decreto se pretenden alcanzar los siguientes objetivos:

a) Fomentar el empleo a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica.

b) Consolidar a quienes ya ejercen una actividad económica mediante su trabajo por cuenta propia.

c) Potenciar el conocimiento del trabajo autónomo por parte de la sociedad andaluza, fomentando el asociacionismo entre los trabajadores y trabajadoras autónomos y apoyando a las organizaciones que los representan.

2. Para el cumplimiento de estos objetivos el presente Decreto estable-

ce en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía los siguientes Programas:

a) Programa para fomentar el empleo a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica.

b) Programa de asesoramiento y acompañamiento al trabajo autónomo.

c) Programa para impulsar proyectos promovidos por las Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo.

d) Programa para la consolidación y apoyo de la actividad económica del trabajador y trabajadora autónomos.

e) Programa de formación para los trabajadores y trabajadoras autónomos.

f) Programa para el fomento de la cultura preventiva en materia de riesgos laborales para los trabajadores y trabajadoras autónomos.

g) Programa de apoyo a la trabajadora autónoma y a proyectos destinados a la conciliación familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos.

h) Programa para potenciar el conocimiento del trabajo autónomo en Andalucía, fomentando el asociacionismo de los trabajadores y trabajadoras autónomos.

CAPÍTULO II

Programa para fomentar el empleo a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica

Art. 3.º Objeto.—1. Este Programa tiene por objeto el establecimiento de un marco de medidas y otros instrumentos de colaboración destinados a fomentar, impulsar y apoyar el empleo por cuenta propia a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica en Andalucía.

2. Este Programa se articulará mediante las siguientes medidas:

- a) Ticket del Autónomo para el inicio de la actividad.
- b) Financiación para inicio de actividad de trabajo autónomo.
- c) Medida para el apoyo y gestión necesarios en el ejercicio de la actividad económica.

Art. 4.º Ticket del Autónomo para el inicio de la actividad.—1.

Esta medida consiste en una ayuda económica de hasta 9.000 euros, destinada a apoyar a mujeres, jóvenes menores de treinta años y personas con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo que, encontrándose en situación de desempleo e inscritos como demandantes de empleo, inicien una actividad económica como trabajador o trabajadora autónomos.

2. Las personas beneficiarias de esta medida deberán mantener la condición de trabajador o trabajadora autónomos al menos un año, con los requisitos que reglamentariamente se establezcan.

3. Reglamentariamente se establecerán colectivos prioritarios, requisitos que habrán de cumplir las personas beneficiarias de esta medida, así como aquellas actividades económicas cuyo fomento se considerará preferente. Así mismo, en dicho desarrollo reglamentario podrá establecerse la posibilidad de que la gestión y el abono del incentivo sea realizado mediante encomienda de gestión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. En aquellos casos en que la actividad económica a iniciar se desarrolle en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo

se concederá el importe máximo de la ayuda.

Art. 5. Medida de apoyo a la financiación para inicio de actividad de trabajo autónomo.—1.

Esta medida tiene como objetivo apoyar a través de un sistema de financiación a las personas que, partiendo de una situación de desempleada demandante de empleo, quieran constituirse como trabajadores y trabajadoras autónomos, presenten un proyecto para la actividad económica de su iniciativa de autoempleo y cumplan con los requisitos que se establezcan en la normativa de desarrollo.

2. Se entenderá por financiación el apoyo a la obtención del crédito sin aval o microcrédito que otorguen las entidades financieras u otras entidades colaboradoras, así como la bonificación de los tipos de interés de los instrumentos financieros ordinarios.

3. Las fórmulas de financiación se articularán a través de Acuerdos de Colaboración entre la Administración de la Junta de Andalucía y las entidades financieras, pudiendo gestionarse y abonarse, mediante encomienda de gestión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 6.º Medida para el apoyo y gestión necesarios en el ejercicio de la actividad económica.—1.

Con el objeto de facilitar el ejercicio de la actividad económica al trabajador o trabajadora autónomos, se podrán conceder ayudas para la contratación de servicios externos de asesoramiento y gestión, tales como, análisis de mercado, marketing, publicidad, gestión financiera y comercial. Esta ayuda se podrá conceder desde el inicio de la actividad y hasta un máximo de 12 meses.

2. La ayuda consistirá en una cantidad a tanto alzado cuya cuantía

máxima para todo el periodo será de hasta 4.000 euros para financiar el coste de la contratación de dichos servicios a terceros.

3. La norma de desarrollo de esta medida establecerá los requisitos y condiciones que habrá de cumplir el trabajador o trabajadora autónomos para poder beneficiarse de la misma, y establecerá los colectivos y actividades preferentes.

4. A estas ayudas les será de aplicación lo establecido en el artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero, respecto a norma de «minimis» y así deberá constar en la descripción de las actuaciones a efectos de seguimiento y control.

CAPÍTULO III

Programa de asesoramiento y acompañamiento al trabajo autónomo

Art. 7.º Objeto.—1. Este Programa está destinado a proporcionar información básica y orientación personalizada para promover la inserción en el mercado de trabajo de las personas desempleadas demandantes de empleo a través del trabajo autónomo, así como al asesoramiento técnico y acompañamiento de los mismos, para la puesta en marcha de su actividad económica. Igualmente, está destinado al asesoramiento técnico y acompañamiento de los trabajadores y trabajadoras autónomos ya constituidos para la consolidación de su negocio.

Para ello, se prestarán servicios de sensibilización e información sobre el trabajo autónomo, así como de apoyo y asesoramiento en la puesta en marcha de proyectos, seguimiento y tutorización de los mismos hasta su consolidación.

2. A tal efecto, se establecerá un sistema coordinado de orientación, se-

guimiento, acompañamiento y evaluación de los proyectos que se ejecuten. En dicho sistema participarán:

a) Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico que además de informar y asesorar en la puesta en marcha de los proyectos, podrán realizar el seguimiento y la tutorización de los mismos.

b) Aquellas entidades que trabajen en materia de acompañamiento y tutorización para el trabajo autónomo que colaboran con el Servicio Andaluz de Empleo a través de la medida que se establece en el artículo 8 del presente Decreto.

3. Las funciones de este sistema coordinado serán las siguientes:

— Sensibilizar e informar sobre el autoempleo.

— Acompañar y asistir técnicamente a los trabajadores y trabajadoras autónomos .

— Apoyar y asesorar en la puesta en marcha de las actividades económicas así como realizar el seguimiento, tutorización y consolidación de las mismas.

4. El Servicio Andaluz de Empleo, a través de sus oficinas y resto de entidades colaboradoras, prestará información básica acerca del autoempleo como opción profesional, y derivará a las personas desempleadas demandantes de empleo a los dispositivos especializados que integran el sistema coordinado a que se refiere el apartado 2 del presente artículo.

Art. 8.º Medida de apoyo a entidades que colaboran con el Servicio Andaluz de Empleo en materia de asesoramiento y tutorización en proyectos de trabajo autónomo.—1.

Esta medida consistirá en ayudas a la financiación de los siguientes proyectos:

a) Proyectos destinados a acompañar a los trabajadores y trabajadoras autónomos en su fase inicial de cons-

titución, mediante un asesoramiento integral que analizará y dará respuesta a todas las necesidades derivadas del inicio de su actividad económica, así como a apoyar la consolidación de las actividades económicas que ya ejercen los trabajadores y trabajadoras autónomos.

Los destinatarios de estos proyectos serán aquellas personas desempleadas e inscritas como demandantes de empleo en el Servicio Andaluz de Empleo que pretendan constituirse como trabajadores y trabajadoras autónomos, y aquellas que se hayan constituido como tales.

Dichos proyectos podrán ser promovidos por entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro.

b) Proyectos destinados a la elaboración de herramientas e instrumentos técnicos así como metodologías de asesoramiento que, puedan ser utilizados de forma generalizada por las entidades que asesoran a los trabajadores y trabajadoras autónomos. Estos proyectos podrán ser promovidos por entidades sin ánimo de lucro y entidades privadas que cumplan con los requisitos que se establezcan a tal efecto.

c) Proyectos destinados al seguimiento y evaluación de las tareas de acompañamiento y asistencia técnica al trabajo autónomo. Estos proyectos serán promovidos por entidades sin ánimo de lucro que cumplan con los requisitos establecidos en la normativa de desarrollo del presente Decreto.

2. Las entidades que desarrollen los proyectos descritos en el apartado anterior y cumplan los requisitos que para ello se establezcan reglamentariamente podrán beneficiarse de una ayuda de hasta el 100% del proyecto cuando la entidad solicitante tenga ámbito autonómico e implantación en cada provincia.

3. La normativa que desarrolle esta medida, establecerá los requisitos y condiciones que habrán de cumplir las entidades que desarrollen los referidos proyectos, así como los requisitos y condiciones que a su vez habrán de cumplir los trabajadores y trabajadoras autónomas para poder beneficiarse de los servicios prestados mediante dichos proyectos.

CAPÍTULO IV

Programa para impulsar proyectos promovidos por las Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo

Art. 9.º Objeto.—1. Este Programa tiene por objeto impulsar nuevas actividades económicas a través del trabajo autónomo en proyectos promovidos por las Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo, destinadas a promover proyectos capaces de dinamizar el tejido productivo del territorio donde se implanten y potenciar el desarrollo endógeno dando respuesta a sus necesidades y demandas.

2. El desarrollo de este Programa se articula mediante la presentación de proyectos con carácter experimental, que consistan en la puesta en marcha de iniciativas innovadoras de autoempleo en aquellos territorios que presenten mayor potencial de generación de nuevas actividades económicas, en función del conocimiento y análisis previo del territorio.

3. Los proyectos incentivados mediante esta medida habrán de contemplar las siguientes fases:

- a) Fase de información, difusión y formación.
- b) Fase de puesta en marcha y lanzamiento de los proyectos.
- c) Fase de seguimiento y consolidación de los negocios de trabajo autónomo.

4. Las ayudas a los proyectos recogidos en los apartados anteriores consistirán en la cofinanciación de hasta el 80% del coste total de los mismos.

CAPÍTULO V

Programa para la consolidación y apoyo de la actividad económica del trabajador y trabajadora autónomos

Art. 10. Objeto.—Este Programa está destinado a favorecer la consolidación de las iniciativas económicas que han constituido los trabajadores y trabajadoras autónomos a través de las siguientes medidas:

a) Medida de apoyo a la/s primera/s contratación/es de carácter indefinido, o transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos que realice de forma simultánea el trabajador o trabajadora autónomo.

b) Medida de apoyo a la financiación para consolidación o ampliación de negocio.

Art. 11. Medida de apoyo a las primeras contrataciones de carácter indefinido, o transformaciones de contratos de duración determinada en indefinido que realice de forma simultánea el trabajador o trabajadora autónomo individual.—1. Esta medida está destinada a aquellos trabajadores y trabajadoras autónomos que realicen primera/s contratación/ es de carácter indefinido o transformación/ es de contrato/s de duración determinada en indefinidos de forma simultánea hasta un máximo de cinco trabajadores.

2. Consistirá en una ayuda a tanto alzado cuya cuantía podrá alcanzar hasta 5.000 euros, por cada contrato o transformación de contrato que se formalice. Reglamentariamente se determinará el importe de la ayuda en función de los colectivos, de las activida-

des económicas que se consideren preferentes y del número de contrataciones o transformaciones de contratos realizadas simultáneamente.

3. Cuando las contrataciones se efectúen en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo se podrán conceder como máximo las cuantías que para tales supuestos contempla el Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido o normativa que lo sustituya.

4. Para el supuesto de que el trabajador o trabajadora autónomo formalice las contrataciones establecidas por el apartado 1 de este artículo con familiares, podrá beneficiarse del incentivo establecido en el apartado 2 del mismo siempre que éstos cumplan los requisitos establecidos en la legislación laboral.

5. El período mínimo de mantenimiento de los puestos indefinidos creados por nueva contratación o por transformación de un contrato de duración determinada en indefinido incentivados al amparo del presente Decreto será de cuatro años. Si por cualquier incidencia, las personas contratadas causaran baja sin haber transcurrido dicho período mínimo, en el plazo máximo de un mes se realizará la sustitución mediante otra contratación de las mismas características y que deberá ser comunicada a la Consejería competente en materia de empleo, acompañada del nuevo contrato que no generará derecho a nueva subvención. En caso contrario, la cuantía del incentivo será reintegrada en su totalidad. Igualmente, en los supuestos de despido declarado improcedente por los órganos jurisdiccionales del Orden Social, sin que se opte por la readmisión de la persona trabajadora, procederá el reintegro de la totalidad de la subvención.

Art. 12. Medida de apoyo a la financiación para consolidación de negocio.—1. Esta medida tiene como objetivo apoyar a través de un sistema de financiación a las personas que, siendo trabajadores o trabajadoras autónomos, pretendan consolidar su proyecto de actividad económica mediante la ampliación del mismo, la adquisición de instalaciones, equipamiento o maquinaria, y presenten un proyecto de dicha consolidación.

2. Se entenderá por financiación el apoyo a la obtención del crédito sin aval o microcrédito que otorguen las entidades financieras u otras entidades colaboradoras, así como la bonificación de los tipos de interés de los instrumentos financieros ordinarios.

3. Las fórmulas de financiación se articularán a través de Acuerdos de Colaboración entre la Administración de la Junta de Andalucía y las entidades financieras, pudiendo gestionarse y abonarse, mediante encomienda de gestión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

CAPÍTULO VI

Programa de formación para los trabajadores y las trabajadoras autónomos

Art. 13. Objeto.—1. Este Programa está destinado al fomento del autoempleo mediante la formación de personas desempleadas cuya inserción laboral vaya dirigida al autoempleo así como la mejora de la cualificación profesional de los trabajadores y trabajadoras autónomos. La organización de esta formación se adecuará a las características específicas de este colectivo.

2. A tal efecto, dentro del Programa establecido en el apartado anterior se articulan las siguientes medidas:

- a) Medida de apoyo a la formación específica para el autoempleo.
- b) Medida de apoyo a la formación continua para el trabajo autónomo.

Art. 14. Medida de apoyo a la formación específica para el autoempleo.—1. El Servicio Andaluz de Empleo fomentará entre la población desempleada demandante de empleo, acciones específicas de formación profesional ocupacional dirigidas a incentivar la cultura del autoempleo en Andalucía, propiciando la generación de actividades económicas por trabajadores y trabajadoras autónomos.

2. Para ello, se priorizarán aquellas acciones formativas que contemplen tanto la capacitación profesional como el desarrollo de la capacidad gerencial de las personas desempleadas.

Art. 15. Medida de apoyo a la formación continua para el trabajo autónomo.—Con el objetivo de consolidar en su actividad económica a los trabajadores y trabajadoras autónomos ya existentes, el Servicio Andaluz de Empleo fomentará el desarrollo de acciones de formación profesional dirigidas a éste colectivo, tanto en materias específicas del sector en el que se desarrolle su actividad, como en aquellas otras materias de carácter gerencial necesarias para el mejor desarrollo de su negocio.

Art. 16. Desarrollo de las acciones formativas.—1. Reglamentariamente se establecerán los requisitos y plazo anual de convocatoria de estas ayudas.

2. La organización de estas acciones formativas se realizará atendiendo a las características de los distintos sectores en cuanto a horarios y otras circunstancias específicas de los trabajadores y trabajadoras autónomos.

CAPÍTULO VII

Programa para el fomento de la cultura preventiva en materia de riesgos laborales para los trabajadores y trabajadoras autónomos

Art. 17. Objeto.—El presente Programa tiene por finalidad implantar, en el ámbito del trabajo autónomo una cultura preventiva que permita una mayor seguridad y salud laboral y unas óptimas condiciones de trabajo. Para su articulación se establecen las siguientes medidas:

a) Desarrollo de acciones informativas sobre el marco normativo en el ámbito preventivo laboral y las obligaciones que se derivan para los trabajadores y trabajadoras autónomos.

b) Actividades de sensibilización y concienciación, orientadas a incluir el concepto de la prevención como valor, germen de una cultura asumida en este ámbito.

c) Programas formativos en prevención de riesgos laborales de carácter general y específicos de los sectores de actividad concernidos.

d) Asesoramiento y asistencia técnica en materia preventiva laboral a través de la red del Servicio Andaluz de Empleo y de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales como órganos técnicos especializados de la Consejería competente en materia de empleo.

e) Establecimiento de ayudas económicas en materia preventiva a los trabajadores y trabajadoras autónomos con los requisitos que reglamentariamente se establezcan.

f) Diseño y mantenimiento de un portal informático específico en materia de prevención de riesgos laborales para el trabajo autónomo que permita la realización de actividades virtuales, tales como, entre otras, foros de debate, formación a distancia, difusión de buenas prácticas preventivas, etc.

Art. 18. Desarrollo de las medidas.—1. Reglamentariamente se establecerán los requisitos, condiciones y plazo anual de convocatoria de las ayudas previstas en los apartados a), b), c) y e) del artículo 17.

2. La organización de las medidas establecidas en este Capítulo se realizará atendiendo a las características de los distintos sectores en cuanto a horarios y otras circunstancias específicas de los trabajadores y trabajadoras autónomos.

CAPÍTULO VIII

Programa de apoyo a la trabajadora autónoma y a proyectos destinados a la conciliación familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos

Art. 19. Objeto.—1. Este Programa está destinado a:

a) Favorecer una mayor presencia de la mujer en el trabajo autónomo arbitrando fórmulas que le permitan disfrutar de permisos por motivos de maternidad, adopción, o acogimiento preadoptivo.

b) Establecer fórmulas tendentes a conciliar la vida familiar con la laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos.

2. A tal efecto, dentro del presente Programa se establecen las siguientes medidas:

a) Medida de apoyo a la trabajadora autónoma.

b) Medida de apoyo a proyectos destinados a la conciliación familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos.

Art. 20. Medida de apoyo a la trabajadora autónoma.—Aquellas trabajadoras autónomas que por motivos de maternidad, adopción, o acogimiento preadoptivo, precisen realizar una contratación para cubrir su baja labo-

ral permitiéndole con ello disfrutar de permisos por las citadas causas, podrán beneficiarse de una medida de apoyo a la contratación por sustitución consistente en una cantidad a tanto alzado cuya cuantía estará destinada a sufragar el coste salarial y las cuotas a la Seguridad Social por todos los conceptos, durante el periodo de dieciséis semanas sin que en ningún caso el importe total de la ayuda pueda superar la cantidad de 3.000 euros.

La normativa que desarrolle el presente Decreto establecerá los requisitos y condiciones que deberán reunirse para poder beneficiarse de esta ayuda.

Art. 21. Medida de apoyo a proyectos destinados a la conciliación familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos.—Se establece una medida de apoyo a aquellas Entidades de Derecho Público y Entidades Privadas sin ánimo de lucro que presenten proyectos de estudio e investigación o realización de acciones sobre conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras autónomos.

Las entidades que presenten los citados proyectos y cumplan los requisitos que para ello se establezca reglamentariamente podrán beneficiarse de la cofinanciación de hasta el 100% del coste total del proyecto cuando la entidad solicitante tenga ámbito autonómico e implantación en cada una de las provincias andaluzas.

CAPÍTULO IX

Programa para potenciar el conocimiento del trabajo autónomo en Andalucía, fomentando el asociacionismo de los trabajadores y trabajadoras autónomos

Art. 22. Objeto.—1. Este Programa está destinado a fomentar el

asociacionismo entre el colectivo de trabajadores y trabajadoras autónomos, potenciar el conocimiento del trabajo autónomo por parte de la sociedad, incorporando el valor añadido que el trabajo autónomo representa para el crecimiento, desarrollo y para la generación de empleo en Andalucía.

2. Para el desarrollo del presente Programa se establecen las siguientes medidas:

a) Medida de apoyo a las organizaciones que representen a los trabajadores y trabajadoras autónomos.

b) Medida de apoyo para el análisis, conocimiento y difusión del autoempleo.

c) Medida para el fomento y creación de canales de colaboración entre trabajadores y trabajadoras autónomos.

d) Premio anual al trabajador o trabajadora autónomo de Andalucía.

Art. 23. Medida de apoyo a las organizaciones que representen a los trabajadores y trabajadoras autónomos.—1. Esta medida está destinada a fomentar y consolidar las estructuras representativas de las personas trabajadoras autónomas, tanto a nivel técnico como de infraestructuras, estableciendo ayudas para financiar los gastos derivados del funcionamiento de las mismas, en aquellos conceptos que mediante desarrollo reglamentario se establezcan como susceptibles de financiar.

2. Los beneficiarios de estas ayudas podrán ser aquellas organizaciones de trabajadores y trabajadoras autónomos, siempre que tengan carácter intersectorial, ámbito autonómico e implantación y sede en cada una de las provincias andaluzas.

Art. 24. Medida para el análisis, conocimiento y difusión del autoempleo.—1. Esta medida está desti-

nada a dar a conocer a la sociedad en general, y a los sectores económicos en particular, el valor añadido que el trabajo autónomo supone para el tejido social, la actividad económica y en la generación de empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Los beneficiarios de estas ayudas podrán ser las organizaciones sindicales y empresariales, y las organizaciones de trabajadores y trabajadoras autónomos, siempre que tengan carácter intersectorial, ámbito autonómico, implantación y sede en cada una de las provincias andaluzas, las Entidades de Derecho Público y las Universidades Andaluzas. Los Proyectos estarán destinados a:

a) Estudiar y difundir el autoempleo, a través de acciones que promuevan el análisis y conocimiento del mismo, y por otra parte, aquellas otras que se requieran para sensibilizar e informar sobre el empleo por cuenta propia.

b) Promover la cultura del autoempleo, en el marco del sistema educativo, destinado a los alumnos de los ciclos formativos de Educación Secundaria, Formación Profesional y Formación Universitaria, a través de la realización de acciones tales como: jornadas, encuentros, ciclos formativos, etc.

3. Las entidades descritas en el apartado anterior que cumplan los requisitos que para ello se establezca reglamentariamente podrán beneficiarse de una ayuda de hasta el 100% del coste total de estudios, jornadas seminarios, foros, encuentros y cualquier otra actividad destinada a la difusión del autoempleo.

Art. 25. Medida para el fomento y creación de canales de colaboración entre trabajadores y trabajadoras autónomos.—1. Esta medida está destinada a incentivar aquellos proyectos promovidos por entidades

sin ánimo de lucro, que contemplen acciones dirigidas a la creación y al mantenimiento de canales de colaboración entre trabajadores y trabajadoras autónomos, con el fin de que se fortalezca la posición de los mismos aumentando su presencia tanto en el mercado de trabajo como en los ámbitos sociales y económicos.

2. En aquellos supuestos en que las entidades desarrollen los proyectos descritos en el apartado anterior y cumplan los requisitos que para ello se establezcan reglamentariamente, podrán beneficiarse de la cofinanciación de hasta el 100% del coste total del proyecto cuando la entidad solicitante tenga ámbito autonómico e implantación en cada una de las provincias andaluzas.

Art. 26. Premio anual a los trabajadores o trabajadoras autónomos de Andalucía.—1. Se establece el premio anual a los trabajadores o trabajadoras autónomos que se hayan hecho acreedores del mismo por sus méritos, acciones y servicios extraordinarios realizados, o por la trayectoria desarrollada en el ámbito del trabajo autónomo. Reglamentariamente se determinará el número de distinciones a conceder anualmente, las cuales podrán recaer a favor de personas fallecidas, a título póstumo.

2. La concesión de estos premios, será compatible con cualquier otra distinción, y serán otorgados por la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo.

3. Para la concesión de los citados premios se creará una comisión de valoración compuesta por los miembros que a este efecto designe la persona titular de la Dirección General competente en materia de fomento del empleo. Dicha comisión estudiará las candidaturas y procederá a la valoración de los méritos que avalan la soli-

cidad de concesión, elevando informe y valoración a la Dirección General competente en materia de fomento del empleo. A la vista del citado informe, la citada Dirección General trasladará propuesta de concesión de los premios a la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo quién resolverá mediante Orden.

CAPÍTULO X Normas Comunes

Art. 27. Competencia para resolver.—La competencia para resolver sobre los incentivos que, en los distintos Capítulos del presente Decreto, se regulan corresponde a la persona titular de la Consejería competente en materia de empleo, sin perjuicio de la facultad de delegación prevista en el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 28. Procedimiento de concesión.—De conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, y en función de la especial finalidad que se persigue con la puesta en marcha de las medidas recogidas en los Capítulos II, V, VI, VII y VIII, así como la medida prevista en el artículo 25 del Capítulo IX del presente Decreto, y las características de los posibles beneficiarios, las solicitudes de ayuda acogidas a dichas medidas no se someterán al régimen de concurrencia competitiva, por lo que no será necesario establecer la comparación de las solicitudes ni la prelación entre las mismas.

Art. 29. Exclusiones.—1. De conformidad con lo establecido por los apartados 2 y 3 del artículo 13 de la Ley General de Subvenciones, y sin perjuicio de las exclusiones que, con carácter específico para las diversas

modalidades de incentivos se contemplen en la normativa que desarrolle el presente Decreto, con carácter general serán excluidas como posibles beneficiarias de los mismos quienes se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declaradas culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la

misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, o tener deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público con la Comunidad Autónoma de Andalucía, salvo las entidades que desarrollen proyectos en el marco del Programa para impulsar proyectos promovidos por las Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo, que de conformidad con el apartado 2 del artículo 13 de la Ley General de Subvenciones, y el artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, en tanto que los incentivos regulados para ello en el presente Decreto tienen una gran repercusión sobre el tejido productivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía fomentando tanto la constitución de nuevos trabajadores y trabajadoras autónomos como la consolidación de los mismos en nuestro territorio.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen.

h) Haber sido sancionada mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según de la Ley General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.

i) Las asociaciones incursas en las causas de prohibición previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, ni aquellas respecto de las que se hubiera suspendido el procedimiento administrativo de inscripción por encontrarse indicios racionales de ilicitud penal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.4 de la Ley Orgánica 1/

2002, en tanto no recaiga resolución judicial firme en cuya virtud pueda practicarse la inscripción en el correspondiente registro.

2. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 32.2 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, tampoco podrán obtener la condición de beneficiarias quienes no hayan justificado en tiempo y forma las subvenciones concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos o, en el caso de entidades previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las concedidas por la propia entidad pública, ni aquellas que tengan deuda en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre.

3. Tampoco podrán obtener la condición de posibles beneficiarias de los incentivos regulados en este Decreto aquellas entidades, trabajadores y trabajadoras autónomos que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

a) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionadas por resolución administrativa firme en los últimos tres años por falta muy grave en materia de prevención de riesgos laborales.

b) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o resolución administrativa firme por prácticas de discriminación laboral o en materia de género.

Art. 30. *Compatibilidad de las ayudas.*—1. Las ayudas reguladas en el presente Decreto serán compatibles entre sí con cualquier otra ayuda, dentro de los límites legalmente establecidos.

Se exceptúan de lo anteriormente señalado las medidas contenidas por el Capítulo IV del presente Decreto, donde se establece el Programa para impulsar proyectos promovidos por las Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo, y el ticket del autónomo para el inicio de la actividad establecida en el artículo 4, Capítulo II del mismo, dentro del Programa para fomentar el empleo a través del autoempleo individual mediante el inicio de una actividad económica.

2. Los incentivos regulados en el artículo 10 del presente Decreto donde se establece la medida de apoyo a la/s primera/ s contratación/es de carácter indefinido, o transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos que realice de forma simultánea el trabajador o trabajadora autónomo serán incompatibles con los incentivos previstos a tal fin en el Decreto 149/2005, de 14 de junio, o normativa que lo sustituya.

3. No obstante lo señalado en los apartados anteriores, y de conformidad con lo establecido en el artículo 111 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, el importe de las ayudas en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con incentivos o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por la persona beneficiaria.

4. De conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda y, en todo caso, la obtención concurrente de incentivos o ayudas otorgadas por otras administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales podrá dar lugar a la modificación de la resolución.

Art. 31. Obligaciones de los beneficiarios.—1. Con independencia de las obligaciones específicas contempladas para cada medida en las Ordenes que desarrollen el presente Decreto, y las que expresamente se recojan en la resolución o convenio de concesión, de conformidad con el artículo 14 de la Ley General de Subvenciones, y del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, serán exigibles a las personas beneficiarias las siguientes obligaciones genéricas:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.

b) Justificar ante el órgano concedente el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como, en su caso, comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades incentivadas. Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos.

e) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable a la entidad empleadora beneficiaria en cada caso, así como cuantos estados con-

tables y registros específicos sean exigidos por las bases reguladoras de las subvenciones, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

f) Acreditar con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión, que se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones Tributarias y frente a la Seguridad Social así como que no tiene deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de derecho público con la Comunidad Autónoma de Andalucía, salvo las entidades que desarrollen proyectos en el marco del Programa para impulsar proyectos promovidos por las Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo, que de conformidad con el apartado 2 del artículo 13 de la Ley General de Subvenciones, y el artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, en tanto que los incentivos regulados para ello en el presente Decreto tienen una gran repercusión sobre el tejido productivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía fomentando tanto la constitución de nuevos trabajadores y trabajadoras autónomos como la consolidación de los mismos en nuestro territorio.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

h) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 29 de este Decreto, así como en caso de incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la ayuda, de acuerdo con lo dispuesto en la letra f) del artículo 112 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

i) Hacer constar, en toda información o publicidad que realicen sobre la

actividad objeto de la ayuda, que la misma ha sido incentivada por la Consejería competente en materia de empleo, sin perjuicio de las normas que sobre información y publicidad se dicten por la Unión Europea, respecto a las subvenciones financiadas con fondos comunitarios. El incumplimiento de la presente obligación podrá dar lugar al reintegro de las ayudas recibidas.

2. Asimismo, las personas o entidades beneficiarias están obligadas a facilitar información al órgano concedente de la ayuda, así como a facilitar la comunicación y justificantes que le sean requeridos por éste.

Junto a ello, también están obligadas a comunicar al órgano concedente de la ayuda cualquier cambio de domicilio a efectos de notificaciones durante el período en el que la ayuda es susceptible de control.

Art. 32. Publicidad.—1. La Consejería competente en materia de empleo podrá establecer los mecanismos de comunicación de sus ayudas y de publicidad que considere necesarios para el mejor conocimiento del contenido y de los efectos de este Decreto, ello sin perjuicio de la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de las ayudas concedidas en los términos dispuestos por el artículo 18 de la Ley General de Subvenciones.

2. Las personas y entidades beneficiarias de las ayudas reguladas en el presente Decreto, deberán manifestar de modo expreso la colaboración de la Consejería competente en materia de empleo y, en su caso, del Fondo Social Europeo en todas las actuaciones que así lo requieran. Para ello se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Manual de Diseño Gráfico para su utilización por el Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 245/1997, de 15 de octubre, así como en la normativa de

la Unión Europea, Reglamento (CE) núm. 1159/2000 de la Comisión, de 30 de mayo.

3. En el supuesto de las ayudas a la primera o primeras contrataciones laborales de carácter indefinido o transformación/ es de contrato/s de duración determinada en indefinido las personas beneficiarias comunicarán a los trabajadores que su contratación ha sido incentivada por la Consejería competente en materia de empleo y, en su caso, por el Fondo Social Europeo.

A los efectos de seguimiento y control de la citada comunicación, la Consejería competente en materia de empleo podrá solicitar, durante el periodo mínimo de mantenimiento del puesto de trabajo, la acreditación de la comunicación a los interesados.

4. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados 2 y 3 de este artículo, determinará el reintegro de la ayuda junto con los correspondientes intereses de demora.

Disposición Adicional Primera. Existencia de dotación presupuestaria.—La concesión de las ayudas reguladas en el presente Decreto estará condicionada a la existencia de dotación presupuestaria en cada ejercicio económico, pudiendo tramitar, en su caso, expediente de carácter plurianual de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Disposición Adicional Segunda. Aprobación de las bases de concesión.—La efectividad de los distintos programas contemplados en el presente Decreto está condicionada a la aprobación de las respectivas bases, mediante Orden de la Consejería compe-

tente en materia de empleo, que deberán incluir el contenido mínimo previsto en el artículo 17.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

Disposición Derogatoria Única. Derogación de normativa anterior.—

Se derogan cuantas disposiciones se opongan a lo regulado en el presente Decreto y de forma expresa, el Capítulo V del Decreto 141/2002, de 7 de mayo, sobre Incentivos, Programas y Medidas de Fomento a la Creación de Empleo y Autoempleo, y los artículos 7 y 11 del Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía. Así como la Orden de 26 de febrero de 2004, de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por la que se desarrollan y convocan las ayudas públicas para el fomento de actividades en el ámbito de los Nuevos Yacimientos de Empleo en Andalucía.

Disposición Final Primera. Desarrollo normativo y ejecución.—Se faculta al Consejero de Empleo a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y la ejecución del presente Decreto.

Disposición Final Segunda. Entrada en vigor.—El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

Sevilla, 10 de octubre de 2006

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

ORDEN de 22 de noviembre de 2006, por la que se modifica la de 14 de enero de 2004, por la que establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas por el Servicio Andaluz de Empleo, de la Consejería 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
BOJA núm. 231, de 29 de noviembre de 2006

PREÁMBULO

Tras la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2005, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, se hace necesario realizar una revisión de la Orden de 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 proyectos y servicios de interés general y social, en la redacción dada por las Ordenes de 9 de marzo de 2005 y de 9 de noviembre de 2005, a la luz de lo establecido en el citado Real Decreto-Ley. Junto a ello, se introducen correcciones que articulan una apuesta decidida y firme por el crecimiento del empleo de la mujer.

Así mismo, se considera necesario unificar la línea de ayudas establecida en la citada Orden de 14 de enero de 2004 con el Programa de apoyo al empleo en proyectos de interés social desarrollado mediante la Orden de 4 de julio de 2002.

En su virtud, y de acuerdo con las competencias atribuidas en la legislación vigente, 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 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 proyectos y servicios de interés general y social.

Apartado 1.º Modificación del artículo 3 de la Orden de 14 de enero de 2004.—Se modifica el artículo 3 de la Orden de 14 de enero de 2004, quedando el mismo redactado del siguiente tenor literal: «Podrán ser beneficiarios de las ayudas reguladas en la presente Orden las entidades incluidas en el artículo 1 de la misma, que se obliguen a la ejecución en el territorio de la Comunidad Autónoma de proyectos que fomenten el empleo y promuevan la empleabilidad o la prestación de servicios calificados de interés general y social y que gocen de capacidad técnica y de gestión suficientes para la ejecución del correspondiente proyecto».

Apartado 2.º Modificación del artículo 6 de la Orden de 14 de enero de 2004.—Se modifica el artículo 6 de la Orden de 14 de enero de 2004, quedando el mismo redactado con el siguiente tenor literal:

«1. Las personas objeto de las contrataciones a que se refiere el presente Orden, deberán ser desempleadas inscritas 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.

En cualquier caso, al menos el 50% de las personas seleccionadas habrán de ser mujeres.

2. Tras la finalización del proyecto, aquellos participantes que inicien una actividad económica autónoma, así como los contratos indefinidos que se formalicen con dichos participantes, serán incentivables con carácter prioritario de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora».

Apartado 3.º Modificación del artículo 7 de la Orden de 14 de enero de 2004.—Se añade una nueva letra h) al apartado 3 del artículo 7 de la Orden de 14 de enero de 2004, con el siguiente tenor literal:

«h) Compromiso por parte de la entidad promotora del proyecto de que al menos el 50% de las personas contratadas para la ejecución de los proyectos serán mujeres».

Apartado 4.º Modificación del artículo 8 de la Orden de 14 de enero de 2004.—Se modifica el artículo 8 de la Orden de 14 de enero de 2004, quedando el mismo redactado del siguiente tenor literal:

«La competencia para resolver sobre las ayudas reguladas en la presente Orden corresponde al titular de la Consejería de Empleo, en su calidad de Presidente del Servicio Andaluz de Empleo.

Esta competencia se delega en la persona titular de la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo cuando los proyectos tengan un ámbito de actuación provincial, y en la persona Titular de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo cuando estos tengan un ámbito de actuación multiprovincial».

Apartado 5.º Modificación del artículo 10 de la Orden de 14 de enero de 2004.—Se modifica el artículo 10 de la Orden de 14 de enero de 2004, dándole una nueva redacción con el 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.

2. Las contrataciones necesarias para la ejecución de los proyectos se formalizarán, dentro de los objetivos marcados en el Plan de Acción para el Empleo en el Reino de España, con:

a) Jóvenes menores de 30 años desempleados que acrediten una inscripción de demanda de empleo con antigüedad de al menos 6 meses y cumplan el perfil necesario para el desarrollo del proyecto.

b) Personas mayores de 45 años desempleados que acrediten una inscripción de demanda de empleo con antigüedad de al menos 12 meses y cumplan el perfil necesario para el desarrollo del proyecto.

c) Mujeres de cualquier edad desempleadas que acrediten la previa inscripción de demanda de empleo y que no hubieran sido beneficiarias de proyectos concedidos al amparo de la presente Orden en el ejercicio anterior.

De entre ellos, tendrán preferencia los siguientes colectivos:

a) Persona con discapacidad mandante de empleo.

b) Personas con especiales dificultades de acceso al mercado laboral.

c) Personas con responsabilidades familiares especialmente cuando se trate de familias monoparentales.

3. Las entidades beneficiarias formalizarán las contrataciones utilizando para ello, de conformidad con la legislación vigente, la modalidad contractual más adecuada a las necesidades del

proyecto y al perfil de la persona seleccionada.

4. Las entidades beneficiarias de las ayudas reguladas por la presente Orden comunicarán a las personas contratadas que su contratación ha sido incentivada por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo. A los efectos de seguimiento y control de la citada comunicación el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo podrá solicitar la acreditación de la comunicación a dichas personas.

5. En el supuesto de baja de alguna de las personas contratadas con anterioridad a la finalización del proyecto o servicio, en el plazo máximo de un mes, la entidad beneficiaria podrá sustituirle por el tiempo restante y de entre los incluidos inicialmente en la lista remitida por la Oficina de Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo por otra persona siempre que el contrato contemple las mismas condiciones estipuladas en el contrato de la persona sustituida. Si ello no fuese posible, se aplicará el procedimiento recogido en los párrafos 1, 2 y 3 de este artículo. Dicha sustitución deberá ser comunicada al órgano concedente. En caso de no producirse la sustitución del trabajador o trabajadora, la cuantía de las ayudas se limitará al tiempo efectivamente trabajado

6. Aquellas personas que participen en la realización del proyecto y presenten proyectos viables para constituirse en trabajadores o trabajadoras autónomos serán colectivo prioritario, en función del proyecto, en relación con las ayudas que para potenciar el trabajo autónomo establece la Junta de Andalucía. Asimismo, los contratos indefinidos que se formalicen con los mismos serán incentivables de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora».

Apartado 6.º Modificación del artículo 13.bis de la Orden de 14 de enero de 2004.—Se modifica el artículo 13.bis de la Orden de 14 de enero de 2004, quedando el mismo redactado del siguiente tenor literal:

«1. Las ayudas concedidas se publicarán en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, expresando el programa y el crédito presupuestario al que se imputen, la entidad beneficiaria, la cantidad concedida y la finalidad de las ayudas. La citada publicación no será necesaria en los casos que así se determine por la Ley de Presupuestos.

2. Las entidades que participen en el desarrollo de estos proyectos deberán manifestar de modo expreso su colaboración con el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

Para ello, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Manual de Diseño Gráfico para su utilización para el Gobierno y Administración de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 245/1997, de 15 de octubre.

El Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo podrá establecer las características que a tal efecto deberán reunir los materiales impresos o audiovisuales que elaboren las Entidades promotoras. Junto a ello, y además de la obligación de comunicar a las personas contratadas para la ejecución del proyecto que dichas contrataciones han sido incentivado por el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, tal y como dispone el artículo 10.4 de la presente Orden, la entidad promotora pondrá a disposición de dichas personas la tarjeta identificativa que a tal efecto le será facilitada desde el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

Además, en toda publicidad que se realice del proyecto, la entidad promotora estará obligada a incluir en la misma y según el formato estableci-

do por el Servicio Andaluz de Empleo, que el mismo está siendo financiado por la Consejería de Empleo.

3. El incumplimiento por parte de la entidad promotora de cualquiera de las obligaciones respecto a la publicidad establecidas en este artículo podrá dar lugar al reintegro de la ayuda en los términos dispuestos por el artículo 14 de la presente Orden».

Disposición Adicional Única.

Las entidades sin ánimo de lucro que pretendan desarrollar proyectos de interés social a partir del año 2007 podrán acogerse a las ayudas públicas destinadas a la contratación de personas desempleadas para la realización de proyectos y servicios de interés general y social desarrollados en la presente Orden, como línea unificada de apoyo a las entidades sin ánimo de lucro para este tipo de proyectos.

Disposición Derogatoria Única.

Derogación de normativa anterior.—Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se

opongan a la presente Orden, y en concreto la Orden de 4 de julio de 2002 por la que se desarrolla el Programa de apoyo al empleo en proyectos de interés social, salvo en lo que respecta a aquellos expedientes que se encuentren en tramitación a la fecha de entrada en vigor de ésta.

Disposición Final Primera. *Habilitación para dictar instrucciones.*—

Se faculta a la Dirección General de Fomento de Empleo a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la correcta aplicación e interpretación de la presente orden en el ámbito de sus competencias específicas.

Disposición Final Segunda. *Entrada en vigor.*—

La presente Orden entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

Sevilla, 22 de noviembre de 2006

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

DECRETO 189/2006, de 31 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la habilitación del personal funcionario que ejerce en la Consejería de Empleo labores técnicas de prevención de riesgos laborales para el desempeño de funciones comprobatorias en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOJA núm. 233, de 1 de diciembre de 2006)

La alta sensibilidad de los agentes sociales y económicos y del Gobierno Andaluz, relativa a la problemática de la siniestralidad laboral y de la implantación de la cultura preventiva en nuestro entorno, hace que se establezca como objetivo prioritario la prevención de riesgos laborales y la reducción de la siniestralidad laboral.

Dichos propósitos constituyen el fundamento del Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en

Andalucía, aprobado por el Decreto 313/2003, de 11 de noviembre, cuya acción 25 se refiere al desarrollo del apartado 3 del artículo 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, en lo que respecta a la asunción por parte de los técnicos de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de las facultades comprobatorias propias

de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las misiones que se les encomienden, a tenor de la colaboración prevista en el artículo 9 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

El VI Acuerdo de Concertación Social, suscrito entre la Junta de Andalucía y los agentes económicos y sociales más representativos de Andalucía el 25 de enero de 2005, ratifica el compromiso de las partes firmantes de impulsar el cumplimiento del objetivo general de promoción de la salud laboral, reducción de la siniestralidad y mejora de las condiciones de trabajo, contenidos en el citado Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, así como de la consecución de todos y cada uno de los objetivos estratégicos y acciones específicas fijadas en el mismo.

El artículo 17.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación laboral, en la que se incluye la correspondiente a la seguridad, higiene y prevención de riesgos laborales.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, establece en su artículo 9 la competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para ejercer la función de vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. No obstante, la modificación operada en el apartado 2 del mencionado artículo por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales, establece la colaboración pericial de la Comunidad Autónoma y el asesoramiento técnico entre ambas Administraciones mediante la elaboración y coordinación de planes de actuación para contribuir al desarrollo de actuaciones preventivas en las empresas en sectores de actividad con ma-

yor nivel de riesgo o de siniestralidad, a través de acciones de asesoramiento, información, formación y comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en los centros de trabajo por parte de funcionarios técnicos en prevención de riesgos laborales, dependientes de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La reseñada colaboración pericial y el asesoramiento técnico por parte de la Comunidad Autónoma andaluza se desarrolla en el presente Decreto, de conformidad con el Real Decreto 689/2005, de 10 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social.

Para cumplir, las funciones de colaboración pericial y asesoramiento técnico haciendo uso de las facultades autoorganizativas reconocidas en el artículo 13.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, mediante el presente Decreto se procede a regular la habilitación específica, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales reseñada, que ha de conferir la Administración de la Junta de Andalucía a los funcionarios públicos que ejercen en la Consejería competente en materia de seguridad y salud laboral labores técnicas de prevención de riesgos laborales, para el desempeño de funciones comprobatorias en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Las actuaciones comprobatorias realizadas por los funcionarios y funcio-

narias habilitados en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, han de efectuarse bajo el principio de la coherencia del sistema de inspección, bajo la observancia de criterios comunes y trabajo programado, encomendando las funciones a la Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Empleo, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 39 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con el Consejo Consultivo, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 31 de octubre de 2006.

DISPONGO

Artículo 1.º Objeto y alcance.—

1. El presente Decreto tiene por objeto regular el procedimiento de habilitación del personal funcionario que ejerce en la Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral, labores técnicas de prevención de riesgos laborales, para el desempeño de las funciones comprobatorias en colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 9 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

2. La funciones comprobatorias a realizar por el personal funcionario a que se refiere el apartado 1, se desarrollarán con el régimen y el alcance establecidos en el Título IV del Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

Art. 2.º Requisitos de la habilitación.—Podrán ser habilitados los funcionarios y funcionarias de la Admi-

nistración de la Junta de Andalucía que reúnan los siguientes requisitos:

a) Estar desempeñando labores técnicas en prevención de riesgos laborales en los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral.

b) Pertenecer a cuerpos de los grupos A o B.

c) Contar con la titulación universitaria y la formación mínima prevista en el artículo 37.2 y 3 del Reglamento de los servicios de prevención, aprobado por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, para poder ejercer las funciones de nivel superior en las especialidades y disciplinas preventivas en que estén acreditados a que se refiere dicho reglamento, o haber sido convalidados para el ejercicio de tales funciones de nivel superior, conforme a la disposición adicional quinta del mismo reglamento.

Art. 3.º Procedimiento de habilitación.—

1. El procedimiento de habilitación se iniciará de oficio por acuerdo de la persona que ostente la titularidad de la Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral, teniendo en cuenta los planes y programas que se fijan en dicha materia con la Administración General del Estado, determinándose en el acuerdo de iniciación el número de funcionarios o funcionarias que podrán ser habilitados. El mencionado acuerdo se publicará en BOJA, y se concederá a los interesados un plazo de diez días desde el día siguiente a dicha publicación para que presenten solicitudes y acrediten los requisitos de conformidad con el artículo 2 del presente Decreto.

2. Corresponderá la instrucción del procedimiento de habilitación a la Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral, quien realizará de oficio cuantas actua-

ciones sean necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba dictarse la resolución de habilitación.

3. La Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral, previo informe de la respectiva Delegación Provincial de la Consejería que ostente dichas competencias, elevará propuesta de habilitación atendiendo a criterios organizativos, de experiencia y perfeccionamiento relacionados con las tareas a desarrollar.

Art. 4.º Resolución.—1. A la vista de la propuesta, la persona titular de la Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral, resolverá motivadamente al efecto.

2. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de habilitación será de tres meses contados desde la fecha del acuerdo de iniciación, pudiendo los interesados entender desestimadas sus solicitudes en caso de silencio administrativo, de conformidad con el artículo 44.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. La resolución se notificará a las personas interesadas, comunicándose la misma a la respectiva Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral y a la Administración General del Estado, a través de la Dirección Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral podrá publicar y deberá mantener actualizada, a efectos informativos, la relación del personal técnico habilitado.

4. La resolución de habilitación no afectará a la adscripción al puesto de trabajo que venga desempeñando

el funcionario habilitado y estará limitada al ámbito territorial de la respectiva Delegación Provincial.

Art. 5.º Cursos de perfeccionamiento.—La Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral cooperará con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el diseño e impartición de cursos específicos destinados a los técnicos habilitados por la Administración de la Junta de Andalucía, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición adicional única del Real Decreto 689/2005, de 10 de junio.

Art. 6.º Documento acreditativo de la habilitación.—La persona titular de la Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral expedirá documento oficial que acredite la habilitación, con el formato que se determine reglamentariamente por la Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral.

Art. 7.º Período de validez y pérdida de efectos de la habilitación.—1. La habilitación a que se refiere el presente Decreto tendrá un período de validez de dos años, prorrogable automáticamente por años completos, salvo acuerdo expreso de no renovación adoptado por la misma autoridad que la confirió, a propuesta de la Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral.

2. La habilitación quedará sin efecto en los siguientes supuestos:

a) Cuando el personal habilitado deje de desempeñar labores técnicas en prevención de riesgos laborales en los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral.

b) Cuando el personal habilitado no realice las tareas o actividades para las que fue específicamente habilitado

o las ejecute de forma inadecuada o no ajustada a las instrucciones y directrices fijadas por el órgano habilitante, o se incumplan los deberes previstos en el artículo 63 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

En tales casos se valorará la reiteración, la gravedad, perjuicios ocasionados y el hecho de haberse acordado la revocación de una habilitación anterior.

c) Cuando el personal habilitado no ajuste su actuación a los planes, programas y criterios establecidos por la Comisión Territorial de la Inspección de Trabajo o del grupo de trabajo específico que ésta establezca al efecto.

d) En caso de ineptitud sobrevinida y demás supuestos previstos en la legislación vigente.

3. La pérdida de efectos de la habilitación se declarará previa tramitación del correspondiente procedimiento, que se iniciará de oficio y en el que se dará audiencia al interesado o interesada en la forma prevista en los artículos 84 y 85 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Iniciado el procedimiento de revocación, la autoridad que otorgó la habilitación podrá acordar la suspensión provisional de la habilitación, para asegurar los efectos de la resolución que pudiera recaer.

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de revocación será de un mes a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación del procedimiento. Transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el

artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Disposición adicional única.
Fichero automatizado de datos.—1.

La información contenida en los expedientes de habilitación de los funcionarios y funcionarias a que se refiere este Decreto, se incluirá en un fichero automatizado de datos, de carácter personal, cuyas características se establecerán mediante Orden, que será dictada por la Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. El acceso a estos datos y su publicidad se regirá por lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la normativa que regule los ficheros automatizados de carácter personal gestionados por la Consejería competente en materia de Seguridad y Salud Laboral.

Disposición Transitoria Única.
Habilitación Provisional.—

Durante el primer año desde la entrada en vigor del presente Decreto y para el supuesto de que el número de solicitudes presentadas sea inferior al número de funcionarios o funcionarias a habilitar, según lo establecido en el artículo 3.1 del presente Decreto, la Dirección General competente en materia de Seguridad y Salud Laboral podrá proponer la habilitación de aquel personal funcionario que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 2 del presente Decreto.

Disposición Final Primera. Facultad de Desarrollo.—Se faculta al titular de la Consejería de Empleo, para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en este Decreto.

Disposición Final Segunda. Entrada en vigor.—El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de

su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 31 de octubre de 2006

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

DECRETO 222/2006, de 19 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas (BOJA núm. 246, de 22 de diciembre de 2006)

El artículo 13.22 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de asistencia y servicios sociales.

La Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, dispone en su artículo 14 que podrán establecerse prestaciones económicas, de carácter periódico y no periódico, a favor de aquellas personas que no puedan atender a sus necesidades básicas debido a la situación económica y social en que se hallan.

Por su parte, tanto la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, como la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, ambas en su artículo 40, se pronuncian en igual sentido, disponiendo que la Comunidad Autónoma de Andalucía puede establecer prestaciones económicas para las personas de estos colectivos que carezcan de los recursos necesarios para atender sus necesidades básicas, distintas y compatibles con las del Sistema de la Seguridad Social y con las que pueda otorgar la Administración del Estado.

En este sentido, el Gobierno de la Comunidad Autónoma considera que

las personas beneficiarias de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social se encuentran incursas en este supuesto, en consideración a la cuantía de la prestación que perciben y su bajo nivel de rentas, situación confirmada por el Plan Nacional del Reino de España para la Inclusión Social, que considera a la población beneficiaria de estas pensiones no contributivas un colectivo en riesgo de exclusión, debiéndose promover el establecimiento de mecanismos que ayuden a eliminar las causas que motivan este riesgo.

Por ello, y desde el ámbito propio de competencias que la Comunidad Autónoma tiene atribuido en materia de asistencia y servicios sociales, se considera necesario el establecimiento de una ayuda social de carácter extraordinario para quienes perciben en Andalucía pensiones de jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas.

En su virtud, de conformidad con lo previsto en el artículo 27.20 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 19 de diciembre de 2006

DISPONGO

Artículo 1.º Objeto.—El presente Decreto tiene por objeto el establecimiento de ayudas sociales extraordinarias a favor de las personas beneficiarias de pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas.

Art. 2.º Carácter.—Estas ayudas sociales, personales e intransferibles, tienen carácter extraordinario, sin que se consoliden para el futuro.

Art. 3.º Cuantía y pago.—La cuantía individual de estas ayudas se fija en 89,95 euros, que se abonará mediante un pago único.

Art. 4.º Financiación.—Las obligaciones que se reconozcan como consecuencia de lo dispuesto en el presente Decreto se financiarán con cargo a los créditos existentes en la aplicación 484.01 del Servicio 01 de la Sección Presupuestaria 34.00 «Pensiones Asistenciales».

Art. 5.º Requisitos.—Serán beneficiarios y beneficiarias de estas ayudas sociales de carácter extraordinario las personas receptoras de pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, en las que concurren los siguientes requisitos:

a) Tener esta condición a 31 de diciembre de 2006.

b) Tener la residencia habitual en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Art. 6.º Suspensión y pérdida.—La suspensión y pérdida del derecho a la percepción de estas ayudas de carácter extraordinario se producirá en los mismos supuestos previstos para las pensiones a que se refiere el artículo 1, correspondiendo a la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social la declaración de dichas situaciones.

Disposición final primera. Desarrollo y ejecución.—Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de este Decreto.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.—El presente Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 19 de diciembre de 2006.

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad y Bienestar Social

DECRETO 223/2006, de 19 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas de carácter extraordinario a favor de personas ancianas y enfermas o inválidas incapacitadas para el trabajo, beneficiarias de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del subsidio de garantía de ingresos mínimos (BOJA núm. 246, de 22 de diciembre de 2006)

El Decreto 280/2005, de 20 de diciembre, estableció ayudas económicas complementarias de las previstas

en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del Fondo Nacional de

Asistencia Social a favor de ancianos y de enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, fijándose en su artículo 2 una vigencia limitada al ejercicio de 2006, en la misma línea de protección establecida para ejercicios anteriores mediante Decretos aprobados periódicamente al efecto. Constituye el objeto de estas ayudas la mejora de la cuantía económica de las prestaciones de los actuales beneficiarios y beneficiarias del Fondo de Asistencia Social (FAS) y del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), como expresión de solidaridad social hacia personas con recursos insuficientes, sin perjuicio de que continúen adoptándose las medidas necesarias para que aquéllas que reúnan los requisitos exigidos pasen a percibir las prestaciones no contributivas, en concordancia con el proceso de generalización de dichas prestaciones.

A pesar de que durante los últimos años han sido numerosas las personas beneficiarias de FAS y LISMI que han optado por pensiones no contributivas, resta aún un colectivo que, tras las reiteradas campañas de información y asesoramiento efectuadas por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social y otras Entidades Públicas, por circunstancias diversas, continúa con sus antiguas prestaciones y, por tanto, en condiciones de necesidad protegible.

Por ello, se considera necesario establecer para el año 2007 esta ayuda de carácter extraordinario. En este sentido es preciso dejar constancia de que la cuantía de dicha ayuda está en la línea de fomentar una acción administrativa dirigida a proporcionar a los ciudadanos y ciudadanas socialmente

menos favorecidos un aumento real en sus recursos económicos disponibles.

En su virtud, de conformidad con lo previsto en el artículo 27.20 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 19 de diciembre de 2006,

DISPONGO

Artículo 1.º Objeto.—El presente Decreto tiene por objeto el establecimiento de ayudas sociales complementarias a las ayudas periódicas individualizadas concedidas, con cargo al Fondo Nacional de Asistencia Social, a favor de personas ancianas y enfermas o inválidas incapacitadas para el trabajo y a las personas beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.

Art. 2.º Naturaleza y carácter.—Estas ayudas tendrán la naturaleza de prestación de asistencia social y el carácter de personales, intransferibles y extraordinarias, como consecuencia de quedar limitada su vigencia al año 2007, sin que implique el derecho a seguir percibiéndolas en sucesivos años.

Art. 3.º Cuantía y pago.—La cuantía individual de estas ayudas se fija en 821,87 euros anuales, que se fraccionará en cuatro pagas a lo largo del año, se harán efectivas en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de 2007.

Art. 4.º Financiación.—Las obligaciones que se reconozcan como consecuencia de lo dispuesto en el presente Decreto se financiarán con cargo a los créditos existentes en la aplicación 484.01 del Servicio 01 de la

Sección Presupuestaria 34.00 «Pensiones Asistenciales».

Art. 5.º Requisitos.—Serán beneficiarios y beneficiarias de estas ayudas sociales de carácter extraordinario quienes perciben las ayudas periódicas individualizadas a favor de personas ancianas y enfermas o inválidas incapacitadas para el trabajo y las personas receptoras del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos en quienes concurren los siguientes requisitos:

- a) Tener esta condición al menos durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha establecida en el artículo 3 para el pago de las mismas.
- b) Tener la residencia habitual en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Art. 6.º Suspensión y pérdida.—La suspensión y pérdida del derecho a la percepción de estas ayudas sociales de carácter extraordinario se producirá en los mismos supuestos previstos para las prestaciones que

complementan, correspondiendo a la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social la declaración de dichas situaciones.

Disposición final primera. Desarrollo y ejecución.—Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de este Decreto.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.—El presente Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 19 de diciembre de 2006.

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad y Bienestar Social

**LEY 10/2006, de 26 de diciembre, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales
(BOJA núm. 251, de 31 de enero de 2007)**

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA A TODOS LOS QUE LA PRESENTE VIEREN, SABED:

Que el Parlamento de Andalucía ha aprobado y yo, en nombre del Rey y por la autoridad que me confieren la Constitución y el Estatuto de Autonomía, promulgo y ordeno la publicación de la siguiente

«LEY DEL INSTITUTO ANDALUZ DE
PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el ámbito de la Unión Europea, con el Acta Única Europea y la instau-

ración del Mercado Interior Único, se decidió la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de seguridad y salud en el trabajo, con carácter de disposiciones mínimas, adoptándose en consecuencia un cuerpo normativo específico con la base jurídica del entonces artículo 118 del Tratado de la Comunidad Europea, actual artículo 137 del mismo.

Este conjunto de disposiciones está encabezado por la denominada Directiva Marco (89/391/CEE), que contiene el marco jurídico general de la política de prevención comunitaria y que a lo largo de los años se ha ido

complementando con directivas específicas.

El marco comunitario se completa con el artículo 31.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como con el artículo II-91.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que reconocen el derecho de todo trabajador a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.

Por su parte, la Constitución Española, en su artículo 40.2, establece la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, como uno de los principios rectores de la política social y económica; asimismo, el artículo 35.1 de la Constitución Española reconoce el derecho al trabajo, lo que exige o presupone el fomento de unas condiciones laborales dignas y seguras. En el ámbito andaluz, de acuerdo con los artículos 149.1.7.^a de la Constitución Española y 17.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, corresponde a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación laboral, siendo una de las materias integradas en la mencionada función ejecutiva la correspondiente a la seguridad, higiene y prevención de riesgos laborales.

El mandato de velar por la seguridad e higiene en el trabajo establecido en la Constitución Española se desarrolla esencialmente a través de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que supone la transposición de la Directiva Marco antes citada y de las Directivas 92/85/CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal, y determina una armonización de nuestro ordenamiento con los postulados de la Unión Europea.

La considerada Ley de Prevención de Riesgos Laborales viene a establecer una nueva concepción de la vieja acepción de seguridad e higiene en el trabajo, hoy entendida como prevención de riesgos laborales, integrada en el conjunto de actividades de la empresa, con un marco globalizador que obliga a su consideración preventiva desde una óptica de conjunto.

La Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, entre otros aspectos, reafirma la necesidad de fomentar la cultura preventiva para garantizar el cumplimiento más real y efectivo de la normativa existente en materia de prevención de riesgos laborales.

A nivel autonómico, el Decreto 313/2003, de 11 de noviembre, que aprueba el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, resultado del consenso de los agentes económicos y sociales y de la Administración de la Junta de Andalucía en el seno del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, establece entre una de sus acciones la creación por ley de un Instituto de Prevención de Riesgos Laborales.

Por último, el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, firmado el día 25 de enero de 2005 por la Junta de Andalucía, las organizaciones sindicales Unión General de Trabajadores de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía, y la Confederación de Empresarios de Andalucía, contempla, entre las medidas que se establecen en materia de seguridad y salud laborales, la creación del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

Así pues, la Junta de Andalucía, consciente de su papel como Administración competente en materia de prevención de riesgos laborales y de su condición de servicio público ineludible y fundamental en orden a la seguridad

y salud de la población laboral, hace suyo el principio rector de la acción preventiva, que se dirige a la evitación de los riesgos y, en su defecto, al control en origen de los mismos. Esta concepción directa y práctica requiere instrumentos de análisis y de aplicación específicos, que sirvan realmente para elevar el nivel de protección de la población laboral.

Más allá de esta integración de intereses en el control de las situaciones generadoras de riesgo, hay que hacer surgir una conciencia social preventiva que allane el camino y conduzca a una auténtica cultura preventiva, realmente impregnada en los hábitos de vida.

La salud laboral debe ser un objetivo prioritario de las políticas públicas, pero al ser diversas y complejas las actuaciones en este campo, no es posible desarrollarlas sin el concurso imprescindible de los agentes económicos y sociales, y muy especialmente de los propios trabajadores y trabajadoras, de forma que deben pasar de ser meros destinatarios de las actuaciones en materia de seguridad laboral a convertirse en verdaderos partícipes en la elaboración y adopción de medidas preventivas en el ámbito de la empresa.

Con esta Ley se pretende que el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales sea el organismo público dinamizador de todas estas posibilidades que ha de dirigir, contando para ello con la participación de todos los sectores de la sociedad implicados, especialmente la de los interlocutores sociales, promoviendo la creación, difusión, fomento y desarrollo de iniciativas de todo tipo que han de llegar a la población laboral y deben alcanzar al conjunto de la sociedad, pues no es posible disociar la seguridad y salud laborales de la calidad del trabajo y de la calidad de vida, y en definitiva

del progreso y bienestar sociales.

De esta forma, se pretende avanzar en el fomento y difusión de una cultura preventiva en Andalucía mediante la creación de un organismo que no responda a modelos tradicionales, sino a una nueva visión más cercana a una sociedad compleja, con nuevas formas de relacionarse con el entorno, pero con miras universales y de proyección más amplia.

Asimismo, el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales establecerá un soporte científico que posibilite una Administración Pública actualizada para fijar una política preventiva próxima a la ciudadanía.

De otro lado, los distintos sectores de actividad contarán con la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales, para mejorar los niveles de información, formación y asesoramiento.

CAPÍTULO I

Principios generales

Artículo 1.º Creación y naturaleza.—Se crea el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, como organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de la Junta de Andalucía, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Art. 2.º Adscripción.—El Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, para el cumplimiento de sus fines, queda adscrito a la consejería competente en materia de seguridad y salud laborales, y bajo la autoridad superior del titular de aquélla, dependerá de la dirección general competente en esta materia, que ejercerá sobre él las facultades de dirección, control y

tutela que le atribuyen la normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el resto del ordenamiento jurídico.

Art. 3.º Fines y funciones.—1.

El Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales tiene como fines generales fomentar la cultura preventiva en Andalucía, el análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud laborales, así como la promoción y apoyo de la mejora de las mismas, con especial atención a las pequeñas y medianas empresas, a los trabajadores autónomos y a los sectores de mayor riesgo.

2. El Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, para el cumplimiento de sus fines generales, tendrá las siguientes funciones:

a) El fomento de la cultura preventiva en el ámbito laboral en Andalucía, así como la difusión y enriquecimiento de la misma.

b) El análisis y el estudio de las condiciones de trabajo relativas a la seguridad y salud laborales en Andalucía, sin perjuicio de las atribuidas a la Administración competente en materia de prevención de riesgos laborales.

c) El análisis y el estudio de la siniestralidad laboral, con referencia a la accidentalidad y a las enfermedades profesionales.

d) La realización de actividades de formación en materia de prevención de riesgos laborales, así como la implantación de programas de formación en sectores productivos, con especial atención a las pequeñas y medianas empresas y los colectivos en situación de mayor riesgo, así como a los trabajadores autónomos.

e) La organización de campañas de difusión de la cultura de la prevención en el ámbito laboral entre empresas y personas trabajadoras.

f) La creación de foros de encuentro de los agentes implicados en

seguridad y salud laborales, para debates, propuestas y consultas.

g) La realización de acciones de información y asesoramiento en materia de prevención de riesgos laborales en sectores productivos, con especial atención a las pequeñas y medianas empresas y los colectivos en situación de mayor riesgo, así como a los trabajadores autónomos.

h) El establecimiento de canales de estudio e investigación que sirvan de soporte a la política pública andaluza de seguridad y salud laborales.

i) El apoyo de iniciativas y programas de interés social en materia de seguridad y salud laborales.

j) El seguimiento de la incidencia de las enfermedades profesionales en Andalucía.

k) La divulgación de recomendaciones de carácter técnico.

l) La formación de nuevos empresarios.

m) Cualquiera otra que, por su naturaleza o finalidad, pudiera o debiera ser asumida por el mismo.

n) Las restantes que puedan serle atribuidas por la normativa aplicable.

Art. 4.º Régimen de colaboración.—

El Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales podrá prestar colaboración en materias propias de su competencia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social así como al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, a los centros de prevención de riesgos laborales dependientes de la consejería competente en materia de empleo, a las restantes consejerías, en especial a la consejería competente en materia de salud, y a los organismos de la Administración de la Junta de Andalucía, a los sindicatos y a las organizaciones empresariales y a los institutos y órganos técnicos competentes en materia de prevención de riesgos laborales dependientes de

otras Comunidades Autónomas, así como a cualesquiera otras entidades públicas o privadas.

Art. 5.º Sede.—El Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales tendrá su sede en la ciudad de Sevilla.

CAPÍTULO II Organización

Art. 6.º Órganos.—El Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales se estructura en los siguientes órganos:

1. Órganos de Gobierno.
 - a) La Presidencia.
 - b) El Consejo General.
 - c) La Dirección-Gerencia.

2. Órgano de Asesoramiento y Formación: la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales.

Art. 7.º La Presidencia.—La Presidencia del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales corresponderá a la persona titular de la consejería competente en materia de seguridad y salud laborales, y tendrá las siguientes funciones:

- a) Ostentar la representación legal del organismo.
- b) Convocar, fijar su orden del día, presidir y moderar las sesiones del Consejo General.
- c) Suscribir los contratos, convenios y resoluciones referidas a asuntos propios del organismo, pudiendo delegar aquellas funciones o competencias que considere necesarias.
- d) Velar por el cumplimiento de los acuerdos de los órganos del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

Art. 8.º El Consejo General.—
1. El Consejo General es el órgano superior del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, que

ejerce su alta dirección, gobierna el organismo y establece sus directrices de actuación, y contará con la participación de los agentes económicos y sociales más representativos de Andalucía.

2. El Consejo General estará formado por la Presidencia, cuyo titular será quien lo sea de la Presidencia del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, por la Vicepresidencia y por dieciséis vocales nombrados por la Presidencia del organismo. Podrá funcionar en Comisión Permanente, pudiéndose constituir también Comisiones de Trabajo. El funcionamiento de estos órganos, así como la composición de la Comisión Permanente y de las Comisiones de Trabajo, se determinarán reglamentariamente.

3. La Vicepresidencia del Consejo General será ostentada por la persona titular de la dirección general competente en materia de seguridad y salud laborales.

4. Serán vocales del Consejo General:

- a) Ocho vocales en representación de la Administración de la Junta de Andalucía, designados por la consejería competente en materia de seguridad y salud laborales, uno de los cuales será el Director o la Directora Gerente del Instituto.
- b) Cuatro vocales propuestos por las organizaciones empresariales de carácter intersectorial más representativas en Andalucía, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional sexta del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.
- c) Cuatro vocales propuestos por las organizaciones sindicales más representativas en Andalucía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

5. El Consejo General será asistido por una Secretaría. La persona titular de esta Secretaría será nombrada por el Presidente o Presidenta del Consejo General, de acuerdo con lo que se determine en los Estatutos del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. El titular de la Secretaría asistirá a las reuniones del Consejo General con voz pero sin voto.

6. Corresponderá al Consejo General:

a) Aprobar los criterios de actuación del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

b) Aprobar los planes y programas de actuación a propuesta de la Dirección-Gerencia.

c) Aprobar el borrador de anteproyecto del presupuesto del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

d) Aprobar la memoria anual y las cuentas anuales.

e) El seguimiento y la valoración de las actividades realizadas en las materias específicas del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

f) Proponer la elaboración de estudios específicos en ámbitos sectoriales.

g) Proponer cuantas medidas considere necesarias para el mejor cumplimiento de los fines del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

h) Aprobar las propuestas de la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales.

i) Cualesquiera otras competencias que le sean atribuidas por la normativa aplicable.

Art. 9.º La Dirección-Gerencia.—1. La Dirección-Gerencia ejercerá la dirección, coordinación y control de las actividades del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

La designación y cese del Director o de la Directora Gerente se efectuará por acuerdo del Consejo de Gobierno, a propuesta de la consejería competente en materia de seguridad y salud laborales, previa consulta al Consejo General.

2. Corresponderá a la Dirección-Gerencia:

a) Ejecutar y hacer ejecutar los acuerdos del Consejo General.

b) Elevar al Consejo General, para su aprobación, las propuestas de planes y programas de actuación.

c) Ejercer la jefatura superior del personal adscrito al Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, en los términos establecidos en la legislación vigente y de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine.

d) Autorizar los gastos, efectuar las disposiciones de gastos, contraer obligaciones y ordenar pagos, dentro de los límites fijados por la normativa vigente en materia presupuestaria.

e) Todas aquellas otras competencias que le atribuyan los Estatutos y la normativa vigente, así como las que le sean delegadas.

Art. 10. La Unidad de Prevención de Riesgos Laborales.—1.

La Unidad de Prevención de Riesgos Laborales se constituye como órgano de asesoramiento y formación del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, para proponer la planificación y realización de actividades de información, formación y asesoramiento en materia de prevención de riesgos laborales en los diversos sectores productivos que así lo acuerden.

Para el desarrollo de estas funciones la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales dispondrá de los medios adecuados.

2. La Unidad de Prevención de Riesgos Laborales estará compuesta por seis vocales, nombrados por el

Presidente o Presidenta del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, de acuerdo con lo que sigue:

a) Dos vocales en representación de la Administración de la Junta de Andalucía, designados por la consejería competente en materia de seguridad y salud laborales.

b) Dos vocales propuestos por las organizaciones empresariales de carácter intersectorial más representativas en Andalucía, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional sexta del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

c) Dos vocales propuestos por las organizaciones sindicales más representativas en Andalucía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

3. La composición de la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales responderá a criterios de participación paritaria de hombres y mujeres. A tal efecto, ambos sexos deberán estar representados en, al menos, un cuarenta por cien de los miembros en cada caso designados.

Art. 11. Programas de actuación.—Para desarrollar las funciones de información, asesoramiento y formación, el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales podrá establecer con las organizaciones sindicales y empresariales, y en la forma que estatutariamente se determine, programas temporales de actuación.

CAPÍTULO III

Régimen jurídico-administrativo, de personal, presupuestario y financiero

Art. 12. Régimen jurídico-administrativo.—1. El régimen jurídico de los

actos del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales será el establecido en la normativa reguladora de la Administración de la Junta de Andalucía y demás que resulte de aplicación.

2. Los actos administrativos del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales dictados por su Presidente o Presidenta o por los órganos colegiados que éste o ésta preside agotan la vía administrativa.

3. Contra los actos administrativos del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales distintos de los previstos en el apartado anterior podrá interponerse recurso de alzada ante su Presidente o Presidenta.

Art. 13. Régimen de personal.—El personal del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales podrá ser funcionario o laboral, en los mismos términos y condiciones que los establecidos para el resto del personal de la Administración de la Junta de Andalucía, y de conformidad con la normativa aplicable.

Art. 14. Patrimonio.—Para el cumplimiento de sus fines, el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales tendrá patrimonio propio, constituido por el conjunto de los bienes y derechos de la Comunidad Autónoma de Andalucía que se le adscriban y por los que adquiera por cualquier título conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Art. 15. Régimen presupuestario, de contratación y de contabilidad.—1. El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad e intervención y de control financiero del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales será el establecido en la normativa reguladora de la Hacienda Pública de la Comunidad Autó-

noma de Andalucía y en las demás disposiciones que le sean de aplicación.

Su régimen de contratación será el previsto para las Administraciones Públicas en la normativa en materia de contratación administrativa.

2. Corresponde a la Intervención General de la Junta de Andalucía realizar el control financiero, de legalidad, de eficacia y contable del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, en los términos previstos en la normativa reguladora de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en las demás disposiciones que le sean de aplicación.

Art. 16. Recursos.—Los recursos del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales serán los siguientes:

a) Los créditos consignados en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía a su nombre, a cuyos efectos contará con programas propios específicos, así como las consignaciones presupuestarias para el cumplimiento de los fines que la presente Ley atribuye al organismo.

b) Las subvenciones, aportaciones, donaciones y herencias que reciba.

c) Los créditos que se traspasen conjuntamente con funciones, programas o servicios procedentes de otras Administraciones Públicas y cuya realización sea atribuida al organismo.

d) Los ingresos ordinarios o extraordinarios que esté autorizado a percibir.

e) Cualquier otro recurso que le pueda ser atribuido.

Disposición transitoria única. Asunción temporal de funciones.—

Hasta tanto se proceda a la designación del Director o Directora Gerente del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, las funciones de la Dirección-Gerencia serán asumidas por la Vicepresidencia del Consejo General.

Disposición derogatoria única. Derogación de normas.—

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Disposición final primera. Desarrollo reglamentario.—

Se autoriza al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Ley y, en especial, para la aprobación de los Estatutos del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.—

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

Sevilla, 26 de diciembre de 2006

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

