

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

PRESENTE Y FUTURO DE LA INTERVENCIÓN
PÚBLICA EN LAS RELACIONES LABORALES
Y DE SEGURIDAD SOCIAL

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ

Santiago González Ortega, Joaquín García Murcia
Fernando Elorza Guerrero
Coordinadores

47



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

PRESENTE Y FUTURO DE LA INTERVENCIÓN
PÚBLICA EN LAS RELACIONES LABORALES
Y DE SEGURIDAD SOCIAL

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2011

© Los autores, 2011

ISBN: 978-84-694-4100-8

Imprime: TECNOGRAPHIC, S.L. Artes Gráficas

Depósito Legal: SE- 3898/2011

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

**PRESENTE Y FUTURO DE LA INTERVENCIÓN
PÚBLICA EN LAS RELACIONES LABORALES
Y DE SEGURIDAD SOCIAL**

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ

Santiago González Ortega
Joaquín García Murcia
Fernando Elorza Guerrero
Coordinadores

47



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO



Prof. Dr. Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide
Sevilla

ÍNDICE

PRÓLOGO	17
----------------------	-----------

PARTE I LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Los orígenes de la Administración Laboral en España	23
--	-----------

ALFREDO MONTOYA MELGAR

1. El Estado y la reforma social	24
2. El Instituto de Reformas Sociales y sus precedentes	25
3. El Instituto Nacional de Previsión	30
4. La Inspección del Trabajo	33

Método abierto de coordinación y Derecho del Trabajo	41
---	-----------

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

1. La política de empleo y el método abierto de coordinación	42
2. El proceso de constitucionalización del método abierto de coordinación...	45
3. La incidencia del método abierto de coordinación en los Derechos del Trabajo nacionales	52

La intervención del Estado en materia de prevención de riesgos laborales 59
LEODEGARIO FERNÁNDEZ MARCOS

1. Introducción	60
2. Primeras manifestaciones legislativas en España	61
3. Evolución del tratamiento jurídico del riesgo en el trabajo	63
3.1. Caracterización general de la legislación de prevención de riesgos laborales	64
3.2. La prevención de riesgos laborales en el Estatuto de los Trabajadores de 1980	67
4. La intervención del Estado en materia de prevención de riesgos laborales por vía administrativa	70
5. La intervención jurisdiccional	73
6. La Ley de prevención de riesgos laborales de 10 de noviembre de 1995 ...	74
7. Conclusión.	78

Delimitación conceptual de las competencias constitucionales en materias de Seguridad Social 79
MANUEL GARCÍA MUÑOZ

1. Introducción	80
2. Delimitación conceptual de los términos que expresan las competencias constitucionales sobre la seguridad social	81
2.1. “Legislación básica”	81
2.2. “Régimen económico”	84
2.3. “Seguridad Social”	84
2.4. “Ejecución de servicios”	86
3. Distribución de competencias constitucionales sobre la seguridad social en atención a la delimitación conceptual de los términos en que se expresan	88
4. Asunción de las competencias constitucionales sobre la seguridad social en los estatutos de autonomía.....	91
5. Adecuación de los estatutos de autonomía con la delimitación conceptual de las competencias constitucionales sobre la seguridad social	94
6. Conclusiones	97

Las Comunidades Autónomas como actores de las políticas laborales y de protección social 99

ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS

1. Introducción	100
2. Política de empleo	101
3. Política de inmigración	105
4. Políticas de género en el ámbito laboral	107
5. Protección Social	111
6. Políticas de prevención de riesgos laborales	116
7. La concertación social en el espacio autonómico	117
8. A modo de conclusión	118

El papel de la protección social en las nuevas políticas públicas de empleo: flexi-seguridad y mercados transicionales 119

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA

1. Aproximación general al estado del bienestar desde los distintos tipos de intervenciones en el mercado de trabajo	121
2. Ideas básicas de la flexi-seguridad y de los mercados transicionales	123
2.1. Una concepción menos lineal de la vida activa	124
2.2. El riesgo de perder empleabilidad o de no encontrar una ocupación: la seguridad de los ciudadanos en el mercado de trabajo mediante los sistemas de protección social	125
2.3. Los nuevos sujetos protegidos en un mercado flexi-seguro: desde el trabajador-desempleado como beneficiario de la tutela, hacia el buscador de empleo o de nuevas oportunidades profesionales	129
2.4. Las transiciones en el mercado de trabajo como ejes de la protección social	131
3. Balance sobre las ventajas e inconvenientes de esta nueva orientación de la política de empleo	135

Influencia de la acción pública sobre el concepto social de familia. Fundamentos de la política actual de protección familiar 139

CRISTINA BLASCO RASERO

1. Preámbulo	140
--------------------	-----

2. La familia como realidad incuestionable. la relevancia de la intervención pública en la delimitación del concepto y en la protección del hecho familiar	140
3. Reelaboración del concepto de familia a la luz de los últimos cambios normativos.....	142
3.1. Un punto de partida: las notas esenciales del concepto jurídico común de familia.....	142
3.2. La familia protegida por el Sistema de Seguridad Social. Concepto general y principales reformas normativas	145
4. La protección social de la familia: claves de la política actual	149
5. Reflexiones finales	157

PARTE II

LOS ACTORES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. INSTITUCIONES Y ORGANISMOS

La Inspección de Trabajo en el Estado autonómico español	163
---	------------

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

1. Una breve reseña histórica sobre la Inspección de Trabajo en España ..	164
2. Los nuevos desafíos de la Inspección de Trabajo y su reordenación legal en el año 1997	166
3. La presencia del “Estado Autonómico” en la ordenación postconstitucional de la Inspección de Trabajo	171
4. La asignación estatutaria de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de “función pública inspectora”	177
5. El traspaso de la Inspección de Trabajo a las Comunidades Autónomas: primeras experiencias.....	181

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales: entidades privadas, aunque publicadas, con relevantes funciones públicas ...	185
---	------------

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

1. Presentación	186
2. El proceso de consolidación de las Mutuas: de entidades aseguradoras del accidente de trabajo a entidades colaboradoras de la Seguridad Social	187

2.1. Primera etapa: desde el año 1900 hasta la creación del sistema de la Seguridad Social.....	187
2.2. Desde la creación del sistema de la Seguridad Social hasta la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social	190
2.3. Desde la creación del sistema de la Seguridad Social hasta la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social	191
3. La labor de las Mutuas como entidades colaboradoras de la Seguridad Social.....	193
3.1. Colaboración en la gestión de contingencias profesionales	193
3.2. Actividades de prevención y recuperación	195
3.3. Colaboración en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y en la gestión de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos	197
4. Previsiones legales y manifestaciones de la intervención administrativa en el régimen jurídico de las Mutuas	198
5. Consideraciones finales	201

La institucionalización del Diálogo Social: los Consejos Económicos y Sociales.....

ROSA MARÍA PÉREZ ANAYA

1. El Consejo Económico y Social estatal	204
1.1. El fundamento constitucional del Consejo Económico y Social	204
1.2. El CES como órgano permanente de Diálogo Social	208
1.3. La configuración legal del Consejo: naturaleza, composición y funciones	210
2. Los Consejos autonómicos, en especial el Consejo Económico Social de Andalucía.....	215
3. Breve referencia al Diálogo Social en la Unión Europea	220

PARTE III**LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN MATERIAS CONCRETAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL****El orden público laboral..... 225**

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

1. El orden público laboral como norma de derecho necesario absoluto en la jurisprudencia y en la doctrina laboral 226
2. El concepto de orden público en general 231
3. Acercamiento al concepto y contenido del orden público laboral como concepto autónomo con funcionalidad propia 237

La actuación de la Inspección de visita a los centros de trabajo e inviolabilidad del domicilio 245

JESÚS CRUZ VILLALÓN

1. Facultades de control y visitas de la Inspección de Trabajo 246
2. El respeto a la intimidad personal como condicionante de la visita inspectora 247
3. En particular, la inviolabilidad del domicilio 251
 - 3.1. Finalidad y objeto de la protección constitucional 251
 - 3.2. Titulares del domicilio 252
 - 3.3. Elementos protegidos por la inviolabilidad 256
 - 3.4. Requisitos formales de la visita: autorización judicial 257
4. Régimen Jurídico del desarrollo de la visita 264

Garantías jurídicas de la atribución y ejercicio de potestades administrativas: el principio de reserva de Derecho Administrativo 267

JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLEZ

1. Las potestades administrativas como elemento definidor del Derecho Administrativo: el principio de reserva de derecho administrativo 268
 - 1.1. La personificación de Derecho Público en materia de organización administrativa, como presupuesto subjetivo de la atribución por Ley de potestades administrativas 272
 - 1.2. Prohibición legal de atribución de potestades a entidades del sector público de Derecho Privado 273

1.3. Encomiendas de gestión de funciones administrativas a entes de Derecho privado del sector público, en fraude de la prohibición legal y del principio de reserva de Derecho Administrativo	277
2. La delegación de ejercicio de potestades públicas al sector privado, determinante del sometimiento legal a un estatuto sectorial de Derecho Público.....	281
3. La reserva de ejercicio de potestades administrativas a favor del personal sujeto a estatuto funcional en las Administraciones Públicas y su incidencia en el modelo de empleado público diseñado por la legislación autonómica	282
4. La necesaria positivación general del principio de reserva de Derecho Administrativo del ejercicio de potestades administrativas, en la Ley de Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas	286

La intervención del Estado en la regulación legal de las condiciones laborales de los controladores aéreos

289

FERNANDO ELORZA GUERRERO

1. Introducción	290
2. Motivación y alcance del RDL 1/2010, de 5 de febrero (derogado por la Ley 9/2010, de 14 de abril)	291
3. La fundamentación jurídica de la Sentencia 47/2010 de la Audiencia Nacional en relación con la Ley 9/2010	294
4. Reflexiones sobre el futuro de la relación ley–convenio colectivo y la intervención de la administración en los conflictos colectivos de trabajo a la vista de la doctrina de la Audiencia Nacional	297

El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo: algunas cuestiones pendientes

307

ESTHER CARRIZOSA PRIETO

1. Introducción	308
2. El derecho a adoptar otras medidas de conflicto.....	310
2.1. Otras medidas de conflicto distintas de la huelga	310
2.2. El cierre patronal	312
3. El derecho a participar en sistemas extrajudiciales de conflictos laborales	314

3.1. Sistemas de solución de conflictos heterónomos	315
3.2. Sistemas de solución de conflictos autónomos	316
4. Consideraciones conclusivas	322

PARTE IV

LA JURISDICCIÓN

Las Reformas de la Ley de Procedimiento Laboral (1958-2010)	329
ANTONIO MARTÍN VALVERDE	

1. Litigios de trabajo y de seguridad social en España: el predominio de la solución jurisdiccional por tribunales especializados y mediante procedimientos especiales	330
2. Las reformas de la ley de procedimiento laboral: del texto refundido de 1958 a la disposición adicional décimo quinta de la Ley 35/2010	334
3. El “texto refundido del procedimiento laboral” de 4 de julio de 1958: análisis de contenido al cabo de más de medio siglo	337
4. Las primeras reformas de la Ley de Procedimiento Laboral: del texto refundido de 1958 al texto refundido de 13 de junio de 1980	343
5. La Ley de bases de procedimiento laboral de 1989 y el texto articulado de 1990: reestructuración del sistema de recursos y reordenación de los procesos especiales	348
6. La redacción inicial del texto refundido vigente de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995	353
7. Modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral en el período 1994-2010 (I): el impacto de las reformas de la legislación laboral	356
8. Modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral en el período 1994-2010 (II): el impacto de las reformas procesales de alcance general	360
9. Consideraciones finales	364

La doctrina del Tribunal Constitucional y las relaciones laborales individuales: notas sobre algunas de sus conexiones.....	367
MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ	

1. La libertad sindical individual y el estatuto jurídico del representante de los trabajadores	370
---	-----

2. Derechos laborales inespecíficos. La intensidad de la prohibición de discriminación	374
3. La extensión del derecho a la intimidad.....	381

La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores por los Tribunales del Orden Social

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

1. Introducción	386
2. La competencia de los Tribunales del Orden Social en materia de tutela de derechos fundamentales	387
2.1. La posibilidad de estimar de oficio la incompetencia territorial....	387
2.2. La dimensión del conflicto y su proyección sobre los derechos fundamentales afectados.....	389
2.3. La difusa frontera competencial entre los Órdenes Social y Contencioso-Administrativo	391
3. La legitimación de las partes.....	392
3.1. El sindicato como coadyuvante de las pretensiones del trabajador.....	392
3.2. La legitimación pasiva del comité de empresa	394
4. El objeto del proceso.....	395
4.1. Los derechos fundamentales y libertades públicas objeto de tutela.....	395
4.2. La sumariedad del proceso de tutela de los derechos fundamentales .	396
4.3. El carácter opcional del proceso de tutela de los derechos fundamentales	397
5. La prueba	398
5.1. La aportación de indicios razonables	399
5.2. La alegación de una causa objetiva y razonable	400
6. La indemnización por daños	401

Vida académica e investigadora del Prof. Dr. Fermín Rodríguez-Sa- ñudo Gutiérrez

403

PRÓLOGO

Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez concluye este mismo año su actividad docente universitaria. Discípulo de don Manuel Alonso Olea, del que fue alumno durante el curso académico 1958/1959 -en la Facultad de Derecho de Sevilla, “la antigua Fábrica de Tabacos”-, ha tenido el singular honor de pertenecer, con la condición de Catedrático, a las dos Universidades sevillanas, la más clásica o “Hispalense” en una primera fase, y la más moderna, oficialmente nombrada como “Pablo de Olavide”, en el último tramo de su vida profesional. En la primera contribuyó durante muchos años al pleno asentamiento, al desarrollo y a la expansión de una asignatura joven y pujante como el Derecho del Trabajo (en aquellos tiempos incondicionalmente acompañada por la Seguridad Social), y en la segunda asumió con ilusión y con renovado vigor la nada fácil tarea de poner en marcha nuevas estructuras universitarias dentro de un contexto social e institucional más complejo, y con un marco legal sometido a un constante y profundo proceso de transformación. Para un universitario comprometido, y más aún para un amante de su tierra, como es el caso de Fermín, tales experiencias no dejan de ser un orgullo.

En sus primeros momentos, Fermín Rodríguez-Sañudo compatibilizó su incipiente carrera universitaria con las funciones propias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Cuerpo funcionarial en el que había ingresado por oposición en el año 1965, y en el que causó baja por excedencia voluntaria en el año 1971 para dedicarse de lleno a la preparación de su tesis doctoral y a su ya acreditada vocación docente. Durante aquellos años de ejercicio profesional como Inspector de Trabajo tuvo oportunidad, en cualquier caso, de colaborar como Ayudante en las Cátedras de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid (de 1965 a 1968) y de la Universidad Hispalense (de 1968 a 1970), a la que en el año 1970 se incorporaría de forma estable, primero como Profesor Adjunto y más tarde como Profesor Agregado interino. En el año 1975 obtuvo la plaza de Pro-

fesor Agregado en la Universidad de Oviedo, y tras ese pequeño paréntesis en tierras asturianas, regresó a su Sevilla natal para ocupar la Cátedra de Derecho del Trabajo en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Hispalense, que pocos años antes había inaugurado su nuevo edificio en la calle Ramón y Cajal de la capital sevillana. Algo más de veinte años estuvo prestando servicios en ese ya veterano centro universitario, que dejaría en 1998 para hacerse cargo, sin solución de continuidad, de la enseñanza del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en una Universidad de nueva creación, la Pablo de Olavide.

Esta larga trayectoria docente de Fermín Rodríguez-Sañudo constituye todo un ejemplo, de difícil comparación, de servicio ininterrumpido a la Universidad pública española. De dicción clara, de exposición rigurosa y de lenguaje preciso, el Profesor Rodríguez-Sañudo ha contribuido con sus clases magistrales a la formación de sucesivas generaciones de licenciados universitarios, especialmente juristas pero también expertos en ciencias de la economía y de la empresa. A esa actividad docente se ha entregado siempre de forma diligente y cumplidora, con su proverbial serenidad y su flema aparente, pero sin desmayo, sin ahorro de esfuerzos y con las dosis de ilusión que cabe pedir en una persona por naturaleza discreta. En el capítulo docente puede decirse con tranquilidad que el Profesor Rodríguez-Sañudo ha destacado en todo momento tanto por su rigor profesional como por su honradez académica, tanto por su rectitud de trato con los alumnos como por su lealtad hacia los compañeros de claustro, tanto por su nivel de exigencia como por su actitud general de amabilidad y cortesía. Estamos seguros de que también ha encontrado en la docencia la satisfacción del trabajo bien hecho, propia del buen artesano pero también del intelectual concienzudo; tampoco tenemos dudas de que, como funcionario, se ha comprometido a fondo con las tareas del servicio público universitario.

El reconocimiento y el respeto que ha generado su labor docente también se ha trasladado a su obra científica. Sus trabajos de investigación se han extendido prácticamente a todos los rincones de nuestra disciplina, sin perjuicio de que pronto pudiera advertirse su predilección y su natural inclinación por ciertos temas, particularmente aquellos que en mayor medida pueden reflejar el nivel de organización y las pautas de funcionamiento del sistema de relaciones laborales, esto es, de aquellos que, a la postre, son capaces de mostrar el grado de madurez y de desarrollo del propio sistema social. La configuración de las grandes instituciones laborales (el conflicto colectivo, la negociación colectiva, la participación de los trabajadores en la empresa), el papel de los poderes públicos en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo, o las líneas básicas de los sistemas foráneos que habitualmente nos sirven de referencia, han sido, por ejemplo, aspectos relevantes en su actividad investigadora. Por razones similares, la estructura y el radio de acción de nuestro sistema público de protección social también han figurado con frecuencia entre sus intereses doctrinales. Si hiciera falta

una valoración general, cabría decir que en este terreno de la producción científica Fermín Rodríguez-Sañudo ha tratado sobre todo de indagar en la racionalidad de las normas e instituciones laborales, con un objetivo esencial de aportar claridad y fundamentos sólidos, y con un ánimo indeclinable de proporcionar a los interesados criterios útiles y practicables, avalados por interpretaciones cuidadosas y tomas de posición de gran altura dogmática pero muy cercanos siempre al campo de la aplicación del Derecho. No puede extrañar, por ello, que la obra científica de Rodríguez-Sañudo haya estado muy atenta, por convicción metodológica, a las implicaciones económicas y sociales de las instituciones jurídicas.

Para sus colegas laboristas, Fermín Rodríguez-Sañudo ha sido una persona de trato fácil y llano, de espíritu tolerante y respetuoso, de modales francos y educados. Esa es la razón, junto a su dilatada y provechosa dedicación universitaria -y a sus acreditados méritos científicos-, de que se haya granjeado a su vez el reconocimiento unánime de quienes compartimos con él esta atractiva y exigente profesión. Así lo hemos querido testificar con el libro que aquí se prologa, que gira alrededor de uno de sus temas más queridos y transitados -la intervención pública en las relaciones de trabajo-y que ha servido para reunir, con el objetivo común de dar homenaje al profesor, al maestro y al amigo, a un grupo de universitarios de diversa procedencia y de muy distintas características, aunque todos ellos unidos por su afición al Derecho del Trabajo. Muchos de quienes aquí colaboran han tenido la suerte, además, de ser discípulos directos de Fermín Rodríguez-Sañudo, que sabiamente les ha dirigido en sus primeras investigaciones. Otros son colegas y compañeros de profesión en el más estricto sentido de la palabra, por haber compartido con Rodríguez-Sañudo tiempos de estudio o ciclos señalados de actividad profesional. Otros, en fin, han coincidido con Fermín en los habituales lugares de docencia o en tareas concretas de investigación. Todos, no obstante, hemos aprendido de su magisterio, y todos, desde luego, admiramos su trayectoria vital y profesional.

Santiago González Ortega
Joaquín García Murcia
Fernando Elorza Guerrero

PARTE I

Las Políticas Públicas

LOS ORÍGENES DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL

Alfredo Montoya Melgar
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo
Universidad Complutense de Madrid

*A Fermín Rodríguez-Sañudo, con la firme amistad
crecida a lo largo de más de medio siglo*

ÍNDICE

1. EL ESTADO Y LA REFORMA SOCIAL
2. EL INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES Y SUS PRECEDENTES
3. EL INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN
4. LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

1. EL ESTADO Y LA REFORMA SOCIAL

Las reformas sociales iniciadas en el último cuarto del siglo XIX, que como modelo teórico se presentaban simultáneamente como reformas a cargo de los individuos, de la sociedad y del Estado, fueron en la práctica ante todo reformas desde el Estado y, en consecuencia, obra del intervencionismo estatal al que venían oponiéndose “los jurisconsultos que militan bajo la bandera de una libertad absoluta” (AZCÁRATE). Las materias cuya regulación se proponía el espíritu reformador eran sobre todo aquéllas de carácter social que se encontraban ayunas de ordenación jurídica por el Derecho civil. Así, en particular, los accidentes del trabajo, el trabajo de las mujeres y los menores, las asociaciones profesionales, el contrato de trabajo, los llamados “contratos colectivos”, la huelga y la solución extrajudicial de los conflictos laborales inspirada por fórmulas “menos rígidas y más expeditas que las de los tribunales ordinarios y jurisdicciones, más inclinadas á los dictados de la equidad que a los del *summum jus*”, como decía CANALEJAS, y plasmada en órganos permanentes de conciliación como los consejos del trabajo o los jurados mixtos.

La intervención legislativa del Estado en materia laboral precede así en algunos años a la planificación de la reforma social –encomendada a una Administración “investigadora” antes que gestora o “activa” –, aunque, ciertamente, las primeras ideas de institucionalización de la reforma social y los primeros proyectos de leyes del trabajo sean coetáneos. En efecto, esas ideas se van configurando a mediados del siglo XIX, tanto en el esbozo de Comisiones precursoras de la de Reformas Sociales como en la tentativa de elaborar una legislación específica del trabajo. En cuanto a lo primero, ya en 1842 se formula en el Senado por D. Joaquín F. Campuzano la propuesta de creación de una Comisión encargada de “examinar el estado de la ilustración del pueblo y los medios más adecuados para proporcionarla a las necesidades de su propia convivencia y al bien de toda la sociedad”, y en 1855 se elabora, sin llegar a votarse en las Cortes, por el Ministro de Fomento Sr. Luxán y el Presidente del Congreso Sr. Madoz, un proyecto de Comisión encargada de “reconocer y apreciar en su justo valor las causas de las dificultades suscitadas entre los fabricantes y los trabajadores de nuestras provincias manufactureras y proponer al Gobierno los medios más oportunos de terminarlo felizmente”. A esos empeños frustrados les siguió otro que tampoco prosperó: la propuesta de D. Fernando Garrido y otros diputados (1869) para abrir una “información parlamentaria sobre el estado material, intelectual y moral de las clases trabajadoras”. Otra propuesta del propio Garrido (1871) dio lugar al nombramiento de una Comisión, que abrió un proceso informativo que tampoco alcanzó la debida efectividad.

Como decíamos, estos intentos de institucionalización de la reforma social son paralelos en el tiempo a los primeros proyectos de leyes laborales entre los que debe citarse el de Alonso Martínez (1855) relativo a una frustrada “Ley sobre ejer-

cicio, policía, sociedades, jurisdicción e inspección en la industria manufacturera”. Por pocos años de diferencia, nuestra primera legislación laboral se anticipó a la creación del primer órgano efectivo de la reforma social, la Comisión de Reformas Sociales; en efecto, si ésta se constituyó en 1883, diez años antes se había promulgado la que se considera comúnmente como primera ley laboral española, la de 24 de julio de 1873, a la que siguió, dentro de la misma línea de protección de la mujer y el niño en el trabajo, la de 26 de julio de 1878.

Los propósitos del poder público de habilitar medios con los que afrontar la cuestión social acabaron concretándose en la creación de órganos administrativos específicos. Los tres más importantes de ellos, surgidos a principios del siglo XX, son el Instituto de Reformas Sociales, el Instituto Nacional de Previsión y la Inspección del Trabajo. A esbozar brevemente su significado se dedican las siguientes páginas.

2. EL INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES Y SUS PRECEDENTES

El primero en el tiempo de los órganos creados por el Estado español para afrontar la cuestión social fue la Comisión de Reformas Sociales, constituida en 1883 en el seno del Ministerio de la Gobernación, en parte, según parece, bajo la impresión causada por las acciones terroristas de la sociedad secreta “Mano Negra”. Este primer hito institucional del reformismo social español, precedido por algunos intentos parlamentarios, se inserta dentro de una serie de experiencias internacionales cuyo antecedente común suele situarse en la figura del “Bureau of Labor Statistics” creado por Ley de 22 de junio de 1869 en el Estado norteamericano de Massachussets, y cuyos esfuerzos se dirigieron prioritariamente a un objetivo indispensable para alcanzar un conocimiento científico de la realidad social: la organización de las estadísticas del trabajo. La Comisión se constituyó, efectivamente, con un claro ánimo de rigor técnico e imparcialidad, más allá de las concretas opciones partidistas, para operar “como el centro donde se reúnan y condensen los datos, noticias y opiniones ya formuladas sobre la materia”. Pieza esencial de esa metodología fue la vasta *Información Oral y Escrita* abierta por la Comisión, en consonancia con su propia y larga denominación oficial: “*Comisión para el estudio de las cuestiones que interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras tanto agrícolas como industriales y que afectan a las relaciones entre el capital y el trabajo*”.

La idea de independencia frente al poder político que inspiró la creación de la Comisión de Reformas Sociales presidió también los laboriosos (y finalmente fracasados) esfuerzos por crear un Instituto del Trabajo, e idéntica actitud a favor de la independencia técnica del organismo de la reforma social se observaba en la E. de M. del Real Decreto de 23 de abril de 1903, de creación del Instituto de Reformas Sociales, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el conser-

vador D. Francisco Silvela, que expresaba el “deseo de mantener apartada de las pasiones políticas la delicada tarea” encomendada al nuevo ente.

El proyectado y no nacido Instituto del Trabajo se quiso configurar con criterio ecléctico, como macro-órgano integrado por dos entes de carácter central: la ya existente Comisión de Reformas Sociales y el Consejo Superior del Trabajo, a los que se sumaba una Comisión Permanente. En el ámbito local se preveía la creación de Consejos Locales (art. 2º del proyecto de Ley de 11 de abril de 1902). La vieja Comisión de Reformas Sociales pasaba a ser un “alto Cuerpo consultivo”, que se mantenía respetuosamente “por razones de tradición” y “por gratitud a sus inestimables servicios”, en tanto que el Consejo Superior del Trabajo se configuraba como un órgano de representación obrero-patronal con vocación de llegar a ser “órgano permanente de conciliación social”, constituido a modo de asamblea que serviría “de comunicación del Gobierno con la vida social” (las expresiones entrecomilladas, en la E. de M. del Proyecto de Ley de 1902).

Por su parte, y con los antecedentes indicados, el RD de 23 de abril de 1903 asignaba al Instituto de Reformas Sociales la extensa y relevante misión de “preparar la legislación del trabajo en su más amplio sentido, cuidar de su ejecución, organizando para ello los servicios de inspección y estadística, y favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora o bienestar de las clases sociales” (art. 1º). Del órgano de estudio que era la Comisión de Reformas Sociales, se pasaba con el Instituto de Reformas Sociales a un ente de mayor complejidad administrativa; complejidad a la que contribuyeron las sucesivas y numerosas modificaciones que experimentó la institución. El Instituto se constituyó, en efecto, como un órgano permanente que, por un lado actuaba inicialmente como Cuerpo consultivo de determinados Ministerios y más adelante como Cuerpo consultivo del Gobierno en su integridad, y por otro se configuraba como “centro especial de la Administración activa” (art. 6º del Reglamento de 1903), en el que se prefiguraba el futuro Ministerio de Trabajo, que efectivamente fue creado en 1920. Con carácter adicional recibía el Instituto ciertas funciones (de asesoramiento y mediación en conflictos colectivos) orientadas a la genérica mejora de las clases obreras.

El contenido de las “funciones de carácter consultivo” a que aludía el art. 6 del RD de 1903 se explicaba en el art. 3 del Reglamento: se trataba de “responder a las consultas de los Ministros con que se halla inmediatamente relacionado (el Instituto) y a todas las demandas atendibles”; labor consultiva cuya finalidad era la específica de “preparar la legislación del trabajo”. Así lo confirmaba el art. 43 del Reglamento cuando disponía que “el Instituto en pleno funcionará como Cuerpo consultivo para los efectos de la proposición, reforma y aplicación de las leyes sociales”, fórmula que añadía a la consulta para la elaboración de normas la consulta sobre su aplicación.

En cuanto órgano de la Administración activa, el Instituto de Reformas Sociales tenía la competencia de “cuidar de la ejecución de las leyes del trabajo”, lo que le autorizaba a “organizar los servicios de inspección y estadística en condi-

ciones de la mayor eficacia, lo mismo en las dependencias centrales que en las provinciales y locales” (art. 4º del Reglamento). En fin, la genérica función que se atribuía al Instituto “para favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora y bienestar de las clases obreras” se traducía, además de en la competencia de asesoramiento, en la de mediación “ya para prevenir los conflictos, ya para resolverlos, conciliando los intereses encontrados” (art. 5º del Reglamento).

La estructura del Instituto de Reformas Sociales era traducción de la amplitud de funciones que este organismo ejercía, y que traspasaban las de contenido económico-social. Tal estructura experimentó diversas modificaciones, la más profunda la que llevó a cabo el RD de reorganización del Instituto, de 14 de octubre de 1919. En dicha reorganización se destacó expresamente el cometido de estudio e investigación del Instituto; en efecto, el art. 1º de dicha norma definía al Instituto como “el organismo oficial encargado del estudio, proposición, ejecución y difusión de las disposiciones legales referentes a los problemas económico-sociales en su más amplio sentido...”. “Compete al Instituto de Reformas Sociales –añadía el art. 2º de la misma norma- el estudio e investigación de las modalidades del trabajo en España y en el extranjero, como factor de la producción, y en sus relaciones con el capital, mediante las oportunas informaciones”. Esta labor de investigación de la realidad social y económica del trabajo, que fue también la razón de ser de la Comisión de Reformas Sociales, tenía asimismo una importante proyección jurídica y específicamente jurídico-laboral, en cuanto que servía, como se lee en el mismo precepto citado, para “preparar los elementos científicos y de hecho para la legislación social y del trabajo” cuyos proyectos le cumplía “formular, por su propia iniciativa o a petición del Gobierno”. Además del estudio de la dimensión sociológica y económica del trabajo, indispensable para acometer una regulación adecuada del mismo, el Instituto recibía en la citada reorganización de 1919 la atribución de “estudiar los efectos de (la) aplicación (de las normas), para, en su caso, “adoptar las reformas que aconseje la experiencia” (art. 2º). Por otra parte, este artículo concluía inyectando un toque de modernidad corporativista al encomendar al Instituto “el estudio y fomento de la organización corporativa, profesional y de mutuo auxilio de las mismas clases sociales” (se refería a las “más necesitadas”).

En síntesis, se atribuían, tras la reorganización de 1919, cuatro grandes cometidos al Instituto de Reformas Sociales: a) el que acaba de aludirse de estudio e investigación del hecho económico-social del trabajo, al que se sumaba específicamente el de “llevar las estadísticas que su misión exija y recomiende”; b) el de preparar proyectos de normas laborales (fase pre-normativa indispensable para acometer las reformas), c) el de velar por el cumplimiento de las normas una vez promulgadas (creando un servicio de inspección del trabajo y otro de estadísticas laborales), y, en fin, d) el más difuso pero también más extenso de promover –tomando aquí el RD de 1903 (y repitiendo sustancialmente el de 1919) palabras del art. 1º del RD de creación de la Comisión de Reformas Sociales- “la mejora o bienestar de las clases obreras”. El RD de reorganización de 1919 completó esta

vieja fórmula con una referencia, a la que ya hemos aludido más arriba, al estudio de la organización corporativa y al objetivo de “procurar la atenuación de las anormalidades en la vida del trabajo y su solución jurídica y humanitaria” (art. 2º *in fine*).

La citada reorganización de 1919 supuso la creación de dos Direcciones generales (unidades administrativas que iban ya anunciando la próxima creación de un Ministerio de Trabajo), en las que se integraban las distintas Secciones técnico-administrativas: la Dirección de Legislación y acción social, centrada sobre todo en la realización de estudios, y la de Trabajo e Inspección, a cuyo cargo estaban las estadísticas del trabajo, la inspección de éste, el “estudio de las perturbaciones sociales” (por tales se entendían los conflictos colectivos) y la adopción de “intentos de mediación, conciliación, arbitraje y otras formas de pacificación social” para poner fin a tales perturbaciones.

Curiosamente, el RD de 1903 contemplaba también otras competencias menos obvias del Instituto de Reformas Sociales, como eran las concernientes a “los asuntos relacionados con la policía y el orden público” (precisamente, la materia que el proyectado Instituto del Trabajo no quiso asumir para lo cual previó evitar su encuadramiento en el Ministerio de la Gobernación); pues bien, esos cometidos policiales desaparecieron oportunamente en la reorganización del Instituto llevada a cabo por el RD de 14 de octubre de 1919.

En el plano provincial y local, la reorganización del Instituto en 1919 pretendió, sin llegar a conseguirlo, crear Institutos Regionales de Reformas Sociales; cuestión a la que la E. de M. del RD de 14 de octubre de 1919 dedicaba dos amplios párrafos y la parte dispositiva de la norma su Capítulo VIII. El propósito era atender a las peculiaridades laborales de las regiones españolas, evitando una mecánica uniformización en la ordenación social; ello sin perjuicio del respeto a la “superior unidad espiritual requerida especialmente en la política social”, no sólo justificada en la solidaridad nacional sino también en la “tendencia a la universalización de la legislación del trabajo, que es garantía suprema de la paz social”. Estas nuevas instituciones –los Institutos Regionales– se consideraban por el legislador “parte fundamental” de la reorganización de 1919, y emulaban la estructura descentralizada del Instituto Nacional de Previsión; “la feliz experiencia de esta política social de respeto a las autonomías regionales llevada a cabo en el régimen de previsión por el Instituto Nacional de este nombre”, como señalaba la E. de M. del RD.

Los trabajos del Instituto de Reformas Sociales fueron ingentes, con independencia de que en su mayor parte no llegaron a plasmarse en normas, debido a la sobresaltada vida parlamentaria de la época y, a veces, a las encontradas posiciones dentro del propio Instituto. Así, en materia de contrato de trabajo, eje como es bien sabido del Derecho del Trabajo, el primer cuarto del siglo XX asistió a la elaboración de hasta ocho proyectos de Ley, cuyo punto de partida (objeto de pura repro-

ducción ulterior en varias ocasiones) fue el importante Proyecto del Instituto conocido con el nombre de su presidente, Azcárate (1905). Sobre la base del Proyecto Azcárate se redactaron en 1906 el Proyecto Dávila (mera reproducción de aquél); en 1908 el Proyecto La Cierva (que se aparta sensiblemente del de Azcárate); en 1910 el Proyecto Merino (que vuelve al de Azcárate, seguido por Dávila); en 1914 el Proyecto Sánchez Guerra (que transcribe el de Azcárate con alguna levísima modificación); en 1916 el Proyecto Ruiz Jiménez (idéntico al de Sánchez Guerra); en 1919 el Proyecto Burgos y Mazo (que se separa en diversos tratamientos de los anteriores); y en 1924 un nuevo anteproyecto del Instituto de Reformas Sociales.

Además de estos intentos globales de ordenación del contrato de trabajo, que si no prosperaron sí prepararon la futura promulgación de normas generales sobre contratación laboral (el Código del Trabajo y las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944), el Instituto de Reformas Sociales trabajó en la elaboración de normas sobre aspectos específicos del contrato laboral: salario (Proyecto de ley sobre inembargabilidad del salario, 1905; informes sobre prohibición del *truck-system*, que influyen en el Real Decreto de 18 de julio de 1907), jornada laboral (Proyectos de ley sobre limitación de la jornada en la industria textil, 1915; y en la dependencia mercantil, 1918, etc.), descanso dominical (proyectos acogidos en los reglamentos de 1904 y 1905 y en diversas reales órdenes), trabajo de mujeres y niños (proyectos acogidos en las Leyes de 8 de enero de 1907 y 20 de febrero de 1912, y en los Reales Decretos de 25 de enero de 1908), contrato de aprendizaje (proyecto acogido en la ley de 17 de julio de 1911). Asimismo elaboró el Instituto proyectos normativos en materia de seguridad y salud en el trabajo (proyecto de Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 1906; y otros informes y propuestas en la materia). Por lo que se refiere al llamado “Derecho colectivo del trabajo”, el Instituto elaboró un proyecto de reglamento sobre actuación sindical en las empresas de servicios públicos, que fue acogido en el Real Decreto de 23 de marzo de 1917; los trabajos preparatorios del Instituto influyeron también en el contenido de la Ley de Consejos de Conciliación y Arbitraje, de 1908, y en la de Huelgas y Coligaciones, de 1909; ello sin perjuicio de que varios proyectos en estas materias no prosperasen. En materia de previsión social y accidentes del trabajo el Instituto informó y preparó diversas normas. De gran trascendencia fue su proyecto luego convertido en la importantísima Ley de 27 de febrero de 1908, creadora del Instituto Nacional de Previsión, “feliz combinación de la iniciativa de obreros, patronos y filántropos” (Buylla). Ambos Institutos cooperaron intensa y eficazmente; fruto destacado de ello fue la preparación del Real Decreto de 20 de noviembre de 1919, que estableció un plan de seguros sociales. También preparó el Instituto de Reformas Sociales sucesivos proyectos de reforma de la legislación sobre accidentes del trabajo, que fueron finalmente acogidos en la Ley de Accidentes de 1922 y en su Reglamento; igualmente elaboró el Instituto un proyecto fallido de Ley reguladora de las enfermedades profesionales. En fin, al Instituto se debe la preparación

del proyecto de la Ley de Tribunales Industriales de 1912, modificativa de la de 1908, y su gestión fiscalizadora de las relaciones laborales anticipa la promulgación de la primera Ley de Inspección del Trabajo (1906).

La creación del Ministerio de Trabajo, durante el Gobierno de D. Eduardo Dato (Real Decreto de 8 de mayo de 1920) supuso la “asignación” a él del Instituto de Reformas Sociales (art. 1) y la atribución al Ministerio de la competencia para “entender (...) en las aplicación de las leyes, reglamentos y disposiciones complementarias sobre (...) Juntas de Reformas Sociales (...), Instituto de Reformas Sociales...”, etc. (art. 8 del RD de 24 de mayo de 1920). Tal asignación no supuso todavía la disolución del Instituto, aunque la anunciaba inequívocamente; así, cuando el RD de 29 de abril de 1924 crea el Consejo Superior de Comercio, Trabajo e Industria, deja a salvo aún las “prerrogativas inherentes en su aspecto técnico al Instituto de Reformas Sociales” [art. 5.a)] y cita, como primero de los vocales del Consejo, al presidente del Instituto de Reformas Sociales (art. 2). Sin embargo, poco después, el RD de 2 de junio de 1924 acometió una “reorganización” del Instituto que en realidad implicó su refundición o fusión en el Ministerio y la conversión de las Juntas de Reformas Sociales en delegaciones del Consejo de Trabajo. Consecuentemente, en la organización del Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria llevada a cabo por el RD de 9 de junio de 1924 desaparece cualquier mención específica al Instituto de Reformas Sociales, cuyas funciones básicas se atribuyen a la Dirección General de Trabajo y Acción Social, en la que quedan incluidos genéricamente los “Consejos, Institutos y Juntas que actualmente se relacionan con el Ministerio” (arts. 4.I y 23). La disolución del Instituto de Reformas Sociales ha sido explicada de formas diferentes; se razona así que el Instituto se liquida cuando “resulta un cuerpo extraño en una sociedad que empieza a estructurarse bajo principios corporativos” (PALACIO MORENA), mientras que desde otro punto de vista se sostiene que fue la ruptura del “estatuto de convivencia que era la base del sistema ideado” la causa de la desaparición del organismo (MARTÍN-GRANIZO).

3. EL INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN

El organismo gestor de mayor entidad y más larga vida que ha conocido nuestro régimen de seguros sociales, precedente sin el que nuestro actual Sistema de Seguridad Social resultaría incomprensible, ha sido, sin ninguna duda, el Instituto Nacional de Previsión, “una de las conquistas más impresionantes en el campo de la legislación social española” (CARR), creado hace cien años largos, y sucedido, *mutatis mutandis*, hasta nuestros días bajo un nombre adaptado al nuevo sistema jurídico, el de Instituto Nacional de la Seguridad Social. Como escribió uno de los primeros estudiosos del fenómeno de la previsión social, “la creación del Instituto, en 1908, constituye realmente el paso inicial dado en nuestro país en materia de política social de previsión”, en cuanto que fue “el órgano que preparó o

inspiró cuanto con posterioridad se ha elaborado entre nosotros sobre seguros sociales obligatorios” (Posada).

El legislador español se decantó por la organización de la previsión social en torno a un ente público, el Instituto Nacional de Previsión (INP), creado por la Ley de 27 de febrero de 1908. Nació el Instituto, incluso en su denominación, al amparo de las concepciones que habían inspirado la creación del Instituto de Reformas Sociales en 1903, si bien con finalidades más delimitadas y especializadas que éste. El ideario institucionista de Giner de los Ríos estaba presente en el espíritu de “amplia conciliación” que animaba al INP, según expresión de Maluquer. La misma denominación de “Instituto”, que el Proyecto de Ley elaborado por el de Reformas Sociales prefirió a la de “Caja Nacional de Previsión” que había propuesto la Conferencia sobre Previsión Popular convocada en Madrid por Real Orden de 22 de julio de 1904 y presidida por D. Gumersindo Azcárate, mostraba el perfil pedagógico del organismo y ponía de relieve, como decía el preámbulo del citado proyecto, el “útil magisterio” que se quería conferir al nuevo ente con respecto a la “generación trabajadora actual y (...) a las siguientes”. En tal sentido, no fue el INP sólo un ente gestor de seguros sociales sino, heredero en ello del Instituto de Reformas Sociales, un organismo al que le correspondía legalmente el estudio y la preparación de normas sobre la materia. En efecto, el Instituto surgió con una primera finalidad pedagógica –la de “difundir o inculcar la previsión popular, especialmente la realizada en pensiones de retiro” (art. 1 de la Ley de 1908)- a la que se sumaban funciones de gestión: administrar la “mutualidad de asociados” que había de integrar voluntariamente el Instituto, en régimen de libertad subsidiada, y, en fin, fomentar mediante bonificaciones públicas o privadas el régimen de pensiones de retiro (art. 1 cit.).

Por otra parte, el INP fue, desde su misma gestación, un ente de vocación territorial nacional, como quedó claramente reflejado en su nombre definitivo, y como ya se anunciaba en la idea inicial de “Caja Nacional del Seguro Popular” sobre la que el Instituto de Reformas Sociales encargó un informe; informe efectivamente realizado por Maluquer, y que sirvió de base para la convocatoria de la citada Conferencia de Madrid sobre Previsión Popular, cuyos trabajos, a su vez, fundamentaron el Proyecto formulado en 1905 por el Instituto de Reformas Sociales, del que se derivaron los sucesivos proyectos de Ley presentados por los Ministros Dávila (1906) y La Cierva (1908). El carácter nacional del INP –como se encargaba de aclarar el preámbulo de la Ley de 1908- no significaba que el Estado pretendiera ejercer el “monopolio” de todas las funciones en materia de aseguramiento social, sino más bien que se erigía en ejemplo y modelo de otras iniciativas, públicas y privadas, orientadas al mismo fin.

Prueba de que el Estado no se proponía monopolizar la gestión de la previsión social era el hecho de que de las distintas opciones por las que podía haberse decantado el legislador para configurar la administración de los seguros sociales –gestión directa por el Estado, servicio público descentralizado o creación de un

organismo autónomo-, eligió la última. El INP surgió así como una “institución autónoma, creada por el Estado para regir todos los servicios intervencionistas en materia de seguros sociales y difundir e inculcar la previsión popular” (Jordana de Pozas). Para conseguir las finalidades que el Estado le había asignado, se dotaba al INP de personalidad jurídica, administración y fondos propios, constituidos tanto por el capital fundacional aportado por el Estado como por el importe de las cuotas de los asociados y otros ingresos tales como intereses, subvenciones, donaciones y legados (arts. 2 y 3 de la Ley de 1908).

En su diseño inicial, y pese a los múltiples aspectos de éste merecedores de elogio, el INP seguía apegado a la concepción liberal de la protección social consagrada en la Ley de Accidentes del Trabajo de 1900, sin decidirse a introducir la figura del seguro social obligatorio. Muy probablemente, la sociedad española –y particularmente los que hoy llamamos agentes o interlocutores sociales- de principios del siglo XX no estaban preparados para el establecimiento de un régimen de seguros sociales obligatorios, haciéndose necesario un proceso paulatino de adaptación (que realmente fue muy breve) como el que realmente impulsó el legislador, promoviendo una “importantísima misión educadora al preparar a la masa asegurable para la práctica de los seguros sociales obligatorios que más tarde habrían de implantarse” (UCELAY). Esa etapa de transición al seguro obligatorio se plasmó técnicamente en la institución del “Régimen de Libertad Subsidiada” consistente, como se ha sintetizado con precisión, en que “si bien las operaciones del seguro son de libre contratación, el Estado se obliga a bonificarlas”, de manera que “libremente pueden acogerse [al seguro] quienes así lo deseen” (UCELAY).

Técnicamente, pues, la labor del INP se concretaba en la realización de operaciones voluntarias y bonificadas de “renta vitalicia, diferida o temporal, constituida a favor de las clases trabajadoras, mediante imposiciones únicas o periódicas” (art. 13 de la Ley), de acuerdo con la estricta observancia de las reglas técnicas del seguro (art. 14). Anticipando el régimen de las futuras prestaciones de la Seguridad Social, la Ley de 1908 disponía que las rentas o pensiones de retiro constituidas en el INP no podrían ser objeto de cesión, retención ni embargo (art. 31). Asimismo con carácter precursor, el art. 33 de la Ley reconocía al INP el beneficio de poder “litigar como pobre”. En fin, el principio de participación de los patronos y obreros en la dirección del INP –adelantado ya en la composición del Instituto de Reformas Sociales- quedaba acogido en el art. 16 de los Estatutos provisionales del INP, que configuraba el Consejo de Patronato de la institución de la siguiente forma: un Presidente y siete Consejeros de libre designación del Ministro de la Gobernación, y otros siete Consejeros nombrados por el Ministro a propuesta del Instituto de Reformas Sociales. Entre estos últimos debían incluirse dos de los Vocales elegidos para representar en dicho Instituto respectivamente a la clase patronal y a la clase obrera (art. 16 de los Estatutos provisionales). Era ésta una muestra entre otras de la “constante comunicación” que el legislador establecía entre el INP y el Instituto de Reformas Sociales (art. 9.8º de los Estatutos provisionales); entes ambos que

quedaron adscritos al Ministerio de Trabajo cuando éste se creó por el RD de 8 de mayo de 1920.

El máximo e inolvidable maestro del Derecho español del Trabajo y la Seguridad Social –Manuel Alonso Olea–, expresó el trascendental significado del INP en la creación de nuestro sistema de protección social en unas breves páginas incluidas en la preciosa primera edición (Instituto de Estudios Políticos, 1959) de sus clásicas *Instituciones de Seguridad Social*. Aunando sus profundos saberes teóricos y su exacto conocimiento de la realidad estudiada –al que contribuía su condición de Letrado del Instituto Nacional de Previsión–, supo Alonso Olea sintetizar de modo admirable la significación histórica del INP, al que calificó como “un bastión de unificación y de racionalización administrativa”. “El INP –escribía el maestro– pudo haber sido, y en cierta medida fue, el obstáculo más importante en la aparición de aseguradoras públicas y privadas independientes, que luego habrían de alzarse, a su vez y casi por naturaleza, como el obstáculo más fuerte contra los intentos de unificación”. Con tan sucinta y precisa formulación estaba dicho cuál fue el papel que el INP pudo y debió haber desempeñado (la deseable unificación de la gestión de la previsión social) y cuál el que pudo desempeñar y desempeñó de hecho (un papel director bien relevante, pero en el que las aspiraciones unificadoras quedaron mermadas por la coexistencia con el INP de otras muchas entidades gestoras). No se hacía ilusiones el gran jurista acerca de las posibilidades de reconducir la situación que entonces calificaba de “dispersión suma del aseguramiento social”, cuya superación había de exigir a su juicio “medidas drásticas” de unificación, que debían empezar por “la unificación de la entidad aseguradora”. “Naturalmente –añadía el maestro– tal unificación en la entidad aseguradora ha de verificarse en un organismo público como el Instituto Nacional de Previsión”.

4. LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

El año 1906 es decisivo en la historia de la Inspección de Trabajo española, y, por ello, en la historia de nuestro Derecho del Trabajo. La conciencia del poder político acerca de la necesidad de un servicio público de inspección de trabajo era manifiesta, incluso en un momento en el que la legislación laboral tenía una extensión mínima (Ley de Accidentes del Trabajo de 1900, Ley del Trabajo de Mujeres y Niños del mismo año y Ley de Descanso Dominical de 1904, más algunas otras disposiciones menores).

El “servicio de inspección” se organiza mediante el Reglamento aprobado por RD de 1 de marzo de 1906 en el marco del Instituto de Reformas Sociales, siguiendo la tendencia marcada por normas precedentes, con la finalidad expresa de garantizar el cumplimiento de las leyes citadas y de “las demás leyes y disposiciones protectoras y reguladoras del trabajo dictadas o que puedan dictarse en el futuro” (art. 1). La vocación hacia una Inspección encargada de velar por el

cumplimiento de toda la legislación social era evidente; sólo se excluían de su control las “obras a cargo de los Ministerios de Guerra y Marina” (art. 2). Como obra normativa, el Reglamento ofrecía una alta calidad (Rodríguez-Sañudo).

Desde el punto de vista orgánico, el nuevo servicio se estructuraba mediante una Inspección central, unos Inspectores provinciales, unos Inspectores regionales (que supervisaban a aquéllos) y unos Auxiliares (art. 4). La Inspección central la desempeñaba el personal del Instituto de Reformas Sociales, a cuyo cargo quedaba la organización y vigilancia de todos los servicios de inspección (art. 7), confirmando con ello la dependencia orgánica y funcional de la Inspección respecto al Instituto (cuyas Juntas Locales y Provinciales colaboraban con la nueva Inspección: arts. 31 y 35 del RD, y continuaban ejerciendo funciones inspectoras allí donde no hubiera inspectores: art. 45). Función básica de la Inspección central (denominación ésta que había de alcanzar largo arraigo en la regulación de la institución) era la organización de los servicios inspectores, para lo cual podía girar visitas de “alta inspección” a efectos de comprobar la actuación de los Inspectores; adicionalmente, la Inspección central estaba habilitada para informar los “expedientes de instalación de industrias o modificación de las existentes” y para recabar datos estadísticos (art. 6).

Los inspectores regionales ejercían, como ya se ha dicho, la supervisión de la actividad de los provinciales, sin perjuicio de poder asumir la realización personal de visitas, por propia iniciativa o por orden superior (art. 8.1º). La preocupación del Instituto de Reformas Sociales por el conocimiento de la situación real de la cuestión social se reflejaba en las misiones que se asignaba a los inspectores regionales en orden a la información sobre accidentes del trabajo, y a la elaboración de memorias anuales de servicios e informes sobre el estado de los establecimientos visitados (art. 8.5º y 6º).

Por su parte, los inspectores provinciales desempeñaban tanto funciones de vigilancia, a través de las visitas a los centros de trabajo, como informativas; entre estas últimas, debían remitir a los inspectores regionales los resultados de las visitas, comunicar los accidentes ocurridos cada trimestre, y enviar una memoria anual sobre cumplimiento de la legislación en su demarcación, así como elaborar datos estadísticos sobre condiciones de trabajo, etc. (art. 9).

Dependiendo directamente de los inspectores provinciales, los auxiliares ejercían funciones de sustitución interina de aquéllos y de realización de los servicios que les encargasen. El Reglamento se ocupaba de puntualizar que los auxiliares sólo tenían competencia para señalar infracciones, pero no para proponer sanciones, facultad que correspondía al inspector provincial (art. 10).

Los inspectores, que tenían el carácter de “funcionarios administrativos” dependientes del Instituto de Reformas Sociales del que eran delegados (art. 15), eran nombrados por el Ministro de la Gobernación a propuesta del citado Instituto, y debían reunir una serie de condiciones para ser designados: ser mayores de treinta

años, hallarse en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos y poseer, como se decía en el art. 12 del RD de 1906 vagamente, la “instrucción necesaria”, acreditada por la posesión de “título adecuado” o “competencia reconocida” en las materias propias de la inspección, siendo, como regla general, “todas las profesiones compatibles con este servicio” (art. 13). Además, continuaba el propio precepto con estilo propio de la época, el candidato a inspector debía “ser de moralidad intachable, de carácter firme e independiente, voluntad decidida y poseer trato adecuado a la difícil misión que ha de desempeñar”. Esta caracterización moral de la figura del Inspector, que se repetía en el Reglamento de la Inspección de Trabajo de 1931, desapareció en la Ley de 15 de diciembre de 1939, que se limitaba a exigir a los Inspectores la posesión del título de Ingeniero o Abogado u otros de nivel superior en defecto de aquéllos (art. 6) y en el Reglamento de 23 de julio de 1971, que se limitaba a disponer que podían concurrir a las pruebas de ingreso en el Cuerpo de la Inspección de Trabajo “los españoles seglares de uno u otro sexo mayores de veintiún años, que estén en pleno disfrute de sus derechos civiles, que acrediten estar en posesión de título universitario o de Escuela Técnica Superior y que no padezcan defecto físico o enfermedad que impida el ejercicio de las funciones inspectoras”. Todavía más aséptico resulta el art. 20.1 de la vigente Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se limita a decir que podrán ingresar en los Cuerpos de Inspectores y Subinspectores los españoles mayores de edad con titulación, respectivamente, superior o de diplomado universitario (o equivalente).

La función inspectora más característica –la visita de inspección, a veces llamada por el Reglamento de 1906, con simpática terminología, “excursión de inspección” (art. 32)- podía tener lugar “a todas las horas del día, y por la noche durante las de trabajo” (art. 41), y debía dejarse constancia de ella en el “libro de visita” (art. 42), otro instrumento clásico de la actuación inspectora, que perdura hasta hoy.

La visita de inspección se configuraba con “carácter tanto preventivo como represivo”, y se le atribuía una clara misión pedagógica: “En sus visitas [los inspectores] escucharán las quejas y reclamaciones que por todos se les hagan, haciéndoles comprender el espíritu de las leyes y reglamentos” (art. 21). Esa pedagogía social, tan característica del ideario krausista, se aplicaba en particular a los empresarios, ciertamente muy necesitados en aquella época de ilustración al respecto. El Reglamento preceptuaba en este sentido, anticipándose al rechazo patronal que había de producir la acción controladora, que “la legislación se dirige a proteger al obrero, pero sin causar vejaciones a la industria” (art. 21) y que los inspectores debían observar “la mayor cortesía con los patrones, industriales, etc., recordándoles cuando sea necesario los deberes que les imponen las leyes y reglamentos tutelares del obrero, apoyando sus razones con los textos de dichas leyes” (art. 20). El Reglamento de 1906 erigía así, muy oportunamente, a los inspectores en ocasionales profesores y divulgadores del naciente Derecho Social ante

los principales obligados al cumplimiento de sus normas. Esta visión pedagógica de la Inspección de Trabajo tenía, sin embargo, una notable y sorprendente excepción: en las comprobaciones sobre seguridad e higiene en el trabajo se disponía que “el inspector se limitará a señalar al patrono las faltas que observe con arreglo a lo legislado, sin hacer indicaciones respecto al modo de remediarlas ni sobre las disposiciones de detalle (...) que habrá que adoptar para estar de acuerdo con la ley” (art. 20). En esta importantísima materia, el Reglamento vedaba al inspector cualquier función asesora, entendiéndolo quizá que no correspondía a los funcionarios de la Inspección asumir tareas más propias de los técnicos al servicio de las empresas; la prohibición, con todo, resultaba excesivamente rígida y no resulta aventurado pensar que en más de un caso fuera orillada precisamente por los inspectores más conscientes de su responsabilidad.

Curiosamente, en lugar de establecer una regulación común a todo tipo de visitas, el Reglamento de 1906 las distinguía de un modo casuístico según tuvieran por objeto la prevención de accidentes del trabajo, o el control del cumplimiento de las normas sobre trabajo de mujeres y niños, o la vigilancia en materia de seguridad e higiene en el trabajo o en materia de espectáculos públicos. A la postre, sin embargo, las reglas básicas por la que se regían estas distintas fiscalizaciones (y cualesquiera otras referidas a “las leyes, reglamentos y disposiciones que se dicten o hayan dictado” en materia social: art. 18) eran las mismas: la visita podía realizarse “por iniciativa propia” del inspector actuante o por orden de la autoridad o del Instituto de Reformas Sociales, o por denuncia de particulares, incluidos los obreros y sus sociedades (art. 16).

La visita de inspección con comprobación de infracción podía dar lugar a que el inspector actuante levantara acta de infracción o, a su criterio cuando se tratase de una primera transgresión, empleara el llamado “sistema persuasivo”, propio de una etapa incipiente de la institución en la que el poder público quería ir estableciéndola de modo paulatino y sin despertar excesiva alarma en el empresariado. Mediante ese sistema persuasivo, del que todavía hoy quedan ecos legales, el inspector podía optar por instruir –de nuevo la función educativa de la Inspección de Trabajo– “al patrono o jefe de la industria en sus deberes y obligaciones, asegurándose así que al continuar las infracciones hay resistencia o mala fe” (art. 46). Al infractor meramente ignorante y no doloso se le daba, pues, la oportunidad de conocer sus deberes y cumplirlos con solicitud. El “sistema persuasivo” podía emplearse “solamente por una vez” (art. 46), y, una vez agotado, el inspector procedía al levantamiento de un acta de “apercibimiento” ordenando al patrono la adopción de las medidas necesarias, acta que debía firmar el jefe de la industria (art. 47). El incumplimiento de la advertencia determinaba la formalización de un acta de infracción en la que el inspector proponía la “penalidad” correspondiente.

La propuesta de sanción discurría según los casos por diferentes cauces y ante distintos órganos resolutivos. Así, las actas (un ejemplar de ellas) en materia de prevención de accidentes del trabajo o de infracción de la legislación sobre des-

canso dominical se remitían por el inspector actuante al Instituto de Reformas Sociales (arts. 48 y ss. del Reglamento de 1906), mientras que las actas levantadas por infracción de la legislación sobre trabajo de mujeres y niños se remitían a la Junta Local prevista en la Ley de 1900. Cuando las infracciones de la legislación sobre accidentes del trabajo y sobre descanso dominical daban lugar a la incoación de procedimientos de oficio, ello obligaba al inspector a formular las correspondientes denuncias ante el Juzgado. Tales denuncias ante el Juzgado competían a las Juntas Locales en el caso de que dichas infracciones afectaran a la legislación protectora del trabajo de mujeres y niños (art. 57).

En cuanto a la concepción del sistema de sanciones administrativas adoptada por el Reglamento de 1906, resalta la exigencia de culpabilidad en el infractor, frente a una posible idea de responsabilidad objetiva. Así, el art. 63 de dicha norma disponía que “no se aplicará la multa cuando la infracción tenga por causa error de hecho, independiente de la voluntad del patrono y su representante, cuando lo hubiere”. La responsabilidad administrativa del empresario se hacía sin embargo compatible con la penal, contrariándose el principio, hoy vigente, de “non bis in ídem” (art. 68). La ejecución de la resolución sancionadora se efectuaba por vía de apremio de la multa a cargo del Instituto de Reformas Sociales (art. 77). En caso de infracción reincidente u obstrucción repetida, podía procederse, con independencia de las multas y sanciones penales que procedieran, al cierre del establecimiento hasta tanto el empresario no cumpliera con los deberes por él vulnerados (art. 79 en relación con el 74).

Objeto específico de regulación por el RD de 1906 era la “obstrucción al servicio de la inspección” –entendiendo por tal “todo acto que, en general, impida, perturbe o dilate el servicio de inspección”–, que daba lugar a multa impuesta por el Gobernador y, en su caso, a acción penal (art. 69); figura ésta de la obstrucción a la labor inspectora que también se mantiene en nuestros días.

Complemento utilísimo del Reglamento de la Inspección fueron, aparte otras normas orgánicas (v.g.: la Real Orden de 25 de septiembre de 1906, que estableció los requisitos para acceder a la función inspectora), las *Instrucciones a los Inspectores del Trabajo para el régimen y unidad de su servicio* (de 1 de enero de 1909), firmadas por el general Marvá en su calidad de Jefe de la Inspección Central, en las que se regulaban minuciosamente los programas de visitas, itinerarios, noticias de los servicios efectuados, estadísticas, memorias anuales, formularios, etc., partiéndose de una idea, verdaderamente lúcida, de unidad y coordinación en la organización y funcionamiento de la nueva institución.

Obviamente, la implantación de la Inspección del Trabajo hubo de ser una obra paulatina, que inicialmente tuvo que coexistir con el sistema de Juntas locales y provinciales creado por la Ley de 1900 sobre trabajo de mujeres y menores, y que adoleció de una patente insuficiencia de medios humanos y materiales, además de padecer en sus orígenes la resistencia e incompreensión de amplios sectores de la so-

ciudad, como ha recordado en uno de sus clásicos estudios sobre la Administración laboral el profesor Rodríguez-Sañudo.

Además de la ratificación por normas posteriores de las competencias inspectoras de las Juntas de Reformas Sociales, el crecimiento paulatino de la legislación laboral se tradujo en la lógica ampliación de la materia objeto de fiscalización por la Inspección del Trabajo. Así, se atribuyó competencia a “la Inspección del Trabajo del Instituto de Reformas Sociales” para el control del cumplimiento de la Ley de 27 de febrero de 1912, (“Ley de la silla”); y así también, el RD de 24 de agosto de 1913, regulador de la jornada máxima y la remuneración a destajo en la industria textil, insistía en que “los Inspectores del Trabajo y las Juntas de Reformas Sociales (...) velarán por el exacto cumplimiento de las Leyes del Descanso en domingo y sobre trabajo de mujeres y niños” así como “por el cumplimiento de la Ley de 11 de julio de 1912, que prohíbe el trabajo industrial nocturno de las mujeres”.

Análogamente, la Ley de 4 de julio de 1918, sobre jornada mercantil, encomendaba la vigilancia de su cumplimiento a la “Inspección del Trabajo del Instituto de Reformas Sociales” (art. 13), si bien incidía en los habituales entrecruzamiento y confusión de competencias administrativas y judiciales al declarar que “si por cualquier causa resultase estéril la acción gubernativa (...) los interesados podrán acudir a los Tribunales Industriales” (art. 20).

Por su parte, el Reglamento de la citada Ley sobre jornada mercantil (aprobado por RD de 16 de octubre de 1918) dedicaba todo un capítulo (el IV) a tratar “De la Inspección”, incidiendo una vez más en las conexiones entre la “Inspección del Trabajo” y las Juntas Locales de Reformas Sociales. El Reglamento, cuyo extenso contenido requiere un análisis de cierto detenimiento, proclamaba que estas Juntas tenían carácter de “auxiliares de la Inspección” (art. 31) y que, a través de sus “Comisiones Inspectoras”, “ejercerán la inspección...de acuerdo y con la subordinación necesaria a la Inspección Central e Inspectores del Trabajo” (art. 32). La figura de la Comisión Inspectoras se regía por el canon paritario, y en tal sentido estaba formada por un vocal patrono y otro obrero designados por la Junta Local (art. 33). Estos inspectores “legos” (de inspiración análoga a la de los jueces legos de los Tribunales Industriales) realizaban visitas a los establecimientos mercantiles de las que debían dar cuenta a los Inspectores provinciales y regionales y al propio Instituto de Reformas Sociales (art. 34). Si la función de las Comisiones Inspectoras de las Juntas Locales se circunscribía a la comprobación de la observancia de la Ley de Jornada Máxima en la Dependencia Mercantil, la de la Inspección del Trabajo alcanzaba a los distintos aspectos legales del trabajo realizado en los establecimientos mercantiles y sus anexos, incluido el régimen de “internado” (arts. 35 y 36). Esta doble vía inspectora se convertía en triple, dado que, en las localidades donde no existía Junta Local ni Inspector del Trabajo, era el Alcalde “a través de sus agentes” quien asumía las funciones inspectoras (art. 39).

Además de las funciones de vigilancia –de las que se dejaba constancia en el Libro de Visitas (art. 40)- los Inspectores del Trabajo estaban legitimados para au-

torizar los pactos entre comerciantes y dependientes sobre distribución de la jornada en una serie de establecimientos exceptuados del régimen general de apertura y cierre (farmacias, empresas de servicios fúnebres, cafés y similares, venta de “artículos de comer, beber y arder”, casas de baños, etc.) (art. 42).

El Reglamento de 1918 insistía en el reparto de funciones de propuesta de sanción, a cargo de los Inspectores del Trabajo, y de imposición de la misma, a cargo de los Alcaldes y Gobernadores, según la entidad de la infracción (art. 44); dichas autoridades debían “aplicar un saludable rigor en bien de la eficacia de la Inspección y de la fuerza moral que debe concederse al personal inspector” (art. 64). El Reglamento, tras referirse a las “actas de infracción y reincidencia” y a las conductas de “obstrucción” de la acción inspectora, determinaba el destino de las multas, que habían de ingresarse “en el Instituto Nacional de Previsión, formándose un fondo especial destinado a mejorar las pensiones de retiro que se constituyan por los dependientes” (art. 62).

En fin, las multas eran recurribles ante el Gobernador o el Ministro de la Gobernación (arts. 67 y 68), y su impago abría la vía “defectiva de la administrativa” de reclamación judicial ante los Tribunales Industriales o, donde no estuvieran constituidos, ante los Jueces de Primera Instancia (art. 75).

El reconocimiento de las funciones de la “Inspección del Trabajo del Instituto de Reformas Sociales”, compartidas con las Juntas Locales (a través de sus Comisiones Inspectoras, subordinadas a la Inspección central y a los Inspectores del Trabajo) y las autoridades gubernativas y municipales, se reiteraba en el RD de 3 de abril de 1919, sobre trabajo nocturno en panaderías, cuyo art. 4 permitía la visita “a todas las horas del día y de la noche”.

MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN Y DERECHO DEL TRABAJO

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Catedrático de Derecho del Trabajo

“Ningún desarrollo en la integración europea ha generado mayor interés o mayor controversia en los años recientes que el método abierto de coordinación”¹

ÍNDICE

1. LA POLÍTICA DE EMPLEO Y EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN
2. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN
3. LA INCIDENCIA DEL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN EN LOS DERECHOS DEL TRABAJO NACIONALES

¹ Zeitlin, J. “Introduction: The Open Method of Coordination in Question” en Zeitlin, J. y Pochet, P. (eds.) “The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies”, P. E.-Peter Lang, 2005.

1. LA POLÍTICA DE EMPLEO Y EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN

El debate generado por el método abierto de coordinación (MAC) entre los partidarios y los contrarios a aplicarlo en la Unión Europea a la materia social y laboral ha permitido poner de relieve las peculiaridades y las dificultades del tratamiento del trabajo y de los derechos sociales en la dimensión europea. Según el glosario Europa, el método abierto de coordinación “proporciona un nuevo marco de cooperación entre los Estados miembros, con objeto de lograr la convergencia entre las políticas nacionales para realizar algunos objetivos comunes. En el marco de este método intergubernamental, los Estados miembros evalúan a otros Estados miembros («control de grupo») y la Comisión desempeña únicamente una función de supervisión. El Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia prácticamente no intervienen en el proceso del MAC”. En la Unión Europea el MAC se ha basado, fundamentalmente, en la identificación y definición común con el Consejo de objetivos que deben cumplir los Estados, en el establecimiento de forma conjunta de instrumentos de medición, en planes nacionales y en la “evaluación comparativ” de los resultados por la Comisión para la identificación e intercambio de las mejores prácticas de los Estados miembros².

El MAC tiene su origen en el mundo de la empresa y de la economía como un instrumento de mejora de la gestión³. No se ha generado, así, en la Unión Europea (se usa también p.ej. en la OCDE) ni, dentro de ella, en el campo social y del empleo, aunque haya sido en este campo, junto al de la política macroeconómica, donde se ha “oficializado” como instrumento de regulación y donde se ha tenido un mayor juego en su versión más “fuerte”.

El MAC ha merecido una particular atención de los laboristas por ser un instrumento que en parte salva y en parte agrava las dificultades para la ampliación de “dimensión social” europea mediante reglas vinculantes, pero también porque esta nueva forma de regulación no es del todo extraña al Derecho del Trabajo⁴. A diferencia de otros científicos sociales el iuslaboralista no puede abordar el MAC como

² Robles Carrillo, M. “El método abierto de coordinación”, GJUE, n° 239, septiembre/octubre 2005, págs. 3 y ss.

³ Implica un proceso sistemático y continuo de comparación y evaluación de desempeños y procesos de trabajo propios y de los competidores para medir, definir, dar a conocer y enseñar mejores prácticas y más eficientes para darlas a conocer y enseñarlas a la organización a introducirlas para mejorar sus resultados. Vid. Stapenhurst, T., “The benchmarking book”, Elsevier, 2009, pág. 1 y ss.

⁴ “Sismógrafo que registra de forma particularmente eficaz los cambios institucionales y políticos que lo trascienden y lo contienen” Caruso, B., “Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative”, en Barbera, M. “Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali”, Giuffrè, Milano 2006, pág. 48.

un mero proceso deliberante de adopción de decisiones políticas a diversos niveles, tiene que considerar los “out-puts” jurídicos que genera en el Derecho del Trabajo, en su dimensión nacional y europea, como una posible nueva fase de “europeización” de los ordenamientos laborales a través de principios, de estructuras y de prácticas que hacen penetrar criterios y principios comunes en los heterogéneos ordenamientos nacionales y en el de la Unión, en un delicado y no fácil equilibrio entre unidad y diversidad, coordinación central y autonomía nacional⁵.

El MAC ha surgido en materia laboral tras la introducción del nuevo título «empleo» en el Tratado de la Unión Europea y en la Cumbre Europea de Luxemburgo se aplicó el Método a las políticas nacionales de empleo, mediante una estrategia común y una vigilancia multilateral. Desde entonces la política de empleo ha dejado de ser una responsabilidad exclusivamente nacional, pero no se ha sometido al “método comunitario” de directivas u otras reglas jurídicas, ni se han desplazado competencias reguladoras de los Estados⁶, pero la aplicación del MAC ha supuesto nuevas competencias de la Unión para establecer de forma consensuada con los Estados unas directrices comunes, con objetivos, medidas e indicadores y un sistema de control y de evaluación periódicos.

El MAC no ha tratado propiamente de unificar las políticas nacionales de empleo, ha respetado la diversidad de medios, de reglas y de soluciones nacionales, ha buscado una convergencia de objetivos y de enfoques en esas diversas políticas⁷. Es una coordinación “reforzada”, que respeta las competencias y singularidades nacionales, pero que asegura la coherencia y compatibilidad de las diversas políticas nacionales por medio de unos objetivos establecidos de mutuo acuerdo para lograr un resultado “conjuntado”, contando para ello con la asistencia y el apoyo mutuo de la Unión y de los Estados. Con ello, se busca “conseguir objetivos comunes sin amenazar la soberanía nacional”⁸ y se respetan las regulaciones y opciones políticas nacionales, pero se ven “influidas” por un proceso de convergencia que, sin reducir las competencias nacionales, las condicionan en diverso grado. Los Estados han consentido un mayor grado de “europeización” de las políticas de empleo y la combinación de sus decisiones descentralizadas con formas centrali-

⁵ Olsen, J., “The Many Faces of Europeanization”, RENA, Working Papers, 2002.

⁶ De la Porte, C. y Pochet, P. “Introduction”, en De la Porte y Pochet (Eds), “Building Social Europe through the Open Method of Coordination”, Bruselas, 2003.

⁷ Jacobsson, K. “Soft Regulation and the Subtle Transformation of status: The Case of EU Employment Policy”, JESP, vol. 14 (4), pág. 355 y ss.

⁸ Ashiagbor, D. “L’armonizzazione soft: Il metodo aperto di coordinamento nella strategia europea per l’occupazione”, en “Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali” (Barbera, M. (dir), cit., pág. 124.

zadas de orientación y control⁹, pero han evitado, al mismo tiempo, mayores interferencias de la Unión bajo la forma de reglas vinculantes¹⁰.

La Estrategia Europea de Empleo y la aplicación del MAC ha tenido repercusión en los diversos ordenamientos nacionales, tanto en la forma de hacer las cosas como en las cosas que se han hecho, ha operado como una herramienta potencial para facilitar reformas laborales nacionales¹¹ y medidas de adaptabilidad y de flexibilidad de los mercados de trabajo que difícilmente hubieran podido adoptarse sin él. Además, ha asegurado la coherencia de las políticas de empleo con otras políticas económicas y sociales, en un equilibrio dinámico entre eficiencia económica y objetivos sociales y de empleo¹². El MAC también ha hecho cambiar los hábitos, la forma de proceder y el funcionamiento de las instituciones de la Unión Europea y de las instituciones nacionales¹³. Ha originado nuevos procesos de deliberación que implican nuevos procedimientos a nivel nacional por la participación de los diversos interlocutores en distintos niveles¹⁴, con un mayor papel de las burocracias en el proceso de formación de la voluntad política¹⁵. El MAC ha favorecido

⁹ Smismans ha hablado, por ello, de un “open method of centralisation” (“EU Employment Policy: Decentralisation or Centralisation through the Open Method of Coordination?”, EUI Working Paper Law, n^o 2004/1, pág. 13).

¹⁰ Robles Carrillo, M. “El método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea”, cit., pág. 6 y ss.

¹¹ Pochet, P. “The Open Method of Coordination and the Construction of Social Europe”, en Zeltin, J. y Pochet, P. (eds.), “The Open Method of Co-ordination in Action. The European Employment and Social Inclusion Strategies”, PIE-Peter Lang, Brussels 2005, pág. 21.

¹² Sobre el desarrollo sucesivo de la Estrategia Europea del Empleo, vid., Barbier, J. “The European Employment Strategy, A Channel for Activating Social Protection?” en Zeitlin J., Pochet P.(eds.) “The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies”, cit.; Ashiagbor, D. “L’armonizzazione soft: Il “metodo aperto di coordinamento” nella strategia europea per l’occupazione”, cit. pág. 114 y ss.; Biagi, M. “L’impatto della EESS sul ruolo del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, RIDL, 2000, pág. 413 y ss.; Velluti S. “La costituzionalizzazione di nuove forme di EU governance. La Strategia Europea per l’Occupazione e la sua implementazione tramite il metodo di coordinamento aperto”, RGL, 2005, pág. 431 y ss; Terradillos Ormaetxea, E. “Validez y límites del método abierto de coordinación en la política de empleo comunitaria”, RMTAS, 72, pág. 75 y ss.

¹³ Cfr. Terradillos Ormaetxea, E. “Validez y límites del método abierto de coordinación en la política de empleo comunitaria”, cit. pág. 80 y ss.

¹⁴ “Este método implica un rol diferente de los actores tradicionales en el proceso de toma de decisiones, en el que el Estado es un actor entre otros. El nivel local adquiere un papel relevante por su capacidad de valorar las especificidades locales, identificar necesidades insatisfechas y tratar la diversidad social y económica”(Régent, S., “The OMC: A Supra National Form of Governance?”, Inst. Int. for Labour Studies, Ginebra, 2002, pág. 22).

¹⁵ Barbera, M. “Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell’ordinamento europeo”, en “Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali” (M. Barbera,

un diálogo permanente entre el Consejo, los diversos niveles de gobierno nacionales, la Comisión y las demás instituciones de la Unión y con y entre los interlocutores sociales.

En España la implementación de la Estrategia Europea de Empleo también ha supuesto una nueva forma de gobernanza de la política de empleo con participación de los actores sociales y también de las Comunidades Autónomas y ha facilitado la descentralización de la gestión de la política nacional de empleo y la de su diseño, formulado de acuerdo a las orientaciones europeas pero con la intervención de otros niveles de poder, “proporcionando información y apertura de nuevos espacios de cooperación” a las Comunidades Autónomas, supliendo así la insuficiencia de mecanismos intergubernamentales de colaboración para ejercer competencias compartidas en materia de empleo, y para coordinar la política de empleo a todos los niveles¹⁶

2. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN

Un paso fundamental para la institucionalización del MAC fue la Cumbre de Lisboa del año 2000 que se propuso introducir un “nuevo método abierto de coordinación a todos los niveles” abierto a otras materias sociales¹⁷, lo que se facilitaba,

dir), cit., pag. 311. Con un cierto riesgo de déficit democrático en su puesta en práctica, Cfr. Radaelli, C., “The Open Method of Coordination: A new governance Architecture for the European Union?”, cit., pag. 49. El método puede suponer una nueva marginación de los Parlamentos Nacionales, pero también puede darles nuevas oportunidades al reconocerse a los Estados un espacio mayor y más flexible para su labor legislativa, espacio que no concede el uso del método comunitario. Por otro lado, la existencia de objetivos comunes fijados a nivel comunitario permite a los Parlamentos un mayor control y crítica de las políticas de sus gobiernos en la puesta en práctica de esos objetivos (Duina, F. y Raunio, T. “The Open Method of Coordination and National Parliaments: Further Marginalization or New Opportunities”, en Paper para la 15ª Conference of the Council for European Studies, Chicago, II, Marzo-Abril 2006).

¹⁶ “In this way, in Spain the EES serves as a (overlooked) policy-making “elaborated mechanisms for resolving intergovernmental disputes in devolved systems” (Keating and McEwen 2005) given that it helps to overcome coordination problems and information gaps” (López-Santana, M. “Having a Say and Acting: Assessing the effectiveness of the European Employment Strategy as an intra-governmental coordinative instrument”, en Kröger, S. (ed.) What we have learnt: Advances pitfalls and remaining questions in OMC research, European Integration online Papers (EIoP) Special Issue 1, vol. 13, art. 15).

¹⁷ Sobre la evolución de MAC en la materia social, primero en la exclusión social (2000) y luego en pensiones (2002), mediante el establecimiento a alto nivel de objetivos o guidelines acordados, la fijación de indicadores comunes, la elaboración de planes nacionales de acción, y la evaluación conjunta de esas políticas, vid. Pochet, P., “The Open Method of Co-ordination and the Construction of Social Europe” en Zeitlin, J. y Pochet, P. (eds.) “The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies”, cit. pag. 21 y ss.

además, por la consagración en la Carta de Niza de derechos fundamentales de carácter social¹⁸. Las conclusiones del Consejo de Lisboa describen el método¹⁹ e indican que no supone una imposición externa de normas, sino una nueva forma de actuación conjunta que persigue la compatibilidad, la coherencia y la convergencia de las políticas nacionales, con la aceptación e implementación, gradual y voluntaria, de objetivos comunes comúnmente aceptados²⁰.

Se había institucionalizado una “tercera vía”²¹ entre la integración normativa y la mera cooperación intergubernamental²², que se propone ayudar a los Estados a elaborar y poner en práctica sus propias políticas, en coordinación con las de los demás Estados y en torno a objetivos comúnmente aceptados, para sugerir medidas y buenas prácticas y lograr una mayor convergencia, influyendo así en esas políticas, pero sin “ordenarlas” ni imponer reglas uniformes ni sanciones²³. Se ha hablado de nuevo método más flexible y participativo de gobernanza²⁴ que concilia la acción común europea con las diversidades nacionales. Este enfoque de gobernanza es propio de los politólogos, pero el MAC es también un mecanismo regu-

¹⁸ Armstrong, K. (2003), ‘Tackling Social Exclusion Through the OMC: Reshaping the Boundaries of EU Governance’, en T. Börzel T. y Cichowski T. (eds), *State of the Union: Law, Politics and Society*. Oxford University Press, 2003, pág. 170-196.

¹⁹ Distinguiendo sus cuatro fases: 1) el establecimiento de directrices para la Unión con calendarios específicos para lograr los objetivos que establezcan a corto, medio y largo plazo; 2) la fijación, cuando proceda, de indicadores y puntos de referencia cuantitativos y cualitativos cotejados con los mejores que existan y adaptados a las necesidades de los distintos Estados miembros y sectores con búsqueda mediante su comparación de las prácticas más idóneas; 3) el plasmar estas directrices europeas en medidas de política nacional y regional, fijando objetivos específicos y dando los pasos adecuados, sin desconocer las diferencias nacionales y regionales; y 4) el organizar periódicamente controles y evaluaciones entre homólogos como proceso de aprendizaje mutuo.

²⁰ Jacobsson, K. “Soft Regulation and the Subtle Transformation of Status: The Case of EU Employment Policy”, cit., pág. 355 y ss.

²¹ Kenner, L. “The EC Employment Title and the “Third Way”: Making Soft Law Work?”, *IJCLIR*, 1999, 15, pág. 33 y ss.

²² Goetschy, J. “The Open Method of Coordination and the Lisbon Strategy”, *IIRA 7 European Congress*, Estoril, 2004, pág. 5. La autora destaca que se trata de un proceso interactivo, que envuelve a una multiplicidad de actores sociales y políticos, generando una gobernanza “multi-level”, duradera y con catalizador de la modernización de las formas de la acción política en materias en que Unión Europea carece de prerrogativas, siendo “probablemente la respuesta más sutil en la búsqueda de un nuevo equilibrio entre convergencia y respeto de la diversidad nacional”.

²³ Trubek, M.D. y Mosher, J.S. “New Governance, EU Employment Policy, and the European Social Model”, *Jean Monnet Working Paper*, num. 6/01.

²⁴ Cfr. Borrás S. y Jacobsson K. “The OMC and New Governance Patterns in the EU”, *Journal of European Public Policy*, 2004, 11, (2), pág. 185 y ss.; Radaelli, C. M. “The Open Method of Coordination: A new supranational form of governance?”, *European Law Journal*, vol. 9, núm. 2.

latorio que tampoco se identifica exactamente con los instrumentos típicos del soft law²⁵.

La introducción en la Unión Europea de esta nueva forma de regulación, el MAC, ha afectado al papel del llamado “método comunitario”, o sea, al establecimiento de normas vinculantes en forma de directivas sociales²⁶. Ello ha planteado un debate, no sólo académico, sobre el papel que puede cumplir el MAC en relación con las directivas sociales: si puede ser un “sustitutivo” o sucedáneo de esa normativa social que la debilite o un complemento que fortalezca la dimensión social europea²⁷. En efecto, la “emergencia” del MAC en materia social ha podido ser entendida como la confirmación de la competencia de los Estados miembros en la política de empleo y en la organización y financiación de la protección social (evitando, más que fortaleciendo, una integración formal en este ámbito), pero también como el reconocimiento de una nueva competencia complementaria de la Unión para coordinar la puesta al día del modelo social europeo y de los instrumentos de protección social, acentuando la convergencia de políticas en áreas (como la protección social y el empleo), responsabilidad en principio de los gobiernos nacionales, y fuera de las competencias atribuidas a la Unión, que afectan al conjunto de la Unión Europea, y que requieren establecer objetivos comunes para lograr su convergencia, ampliando, respecto al pasado, nuevas zonas de “comunitarización”²⁸.

Su aplicación en el campo de la política social ha reflejado un nuevo equilibrio institucional, un mayor respeto de la subsidiaridad y de la diversidad pero también la necesidad de búsqueda de alternativas o de complementos a los tradicionales instrumentos comunitarios de armonización, dadas las limitaciones intrínsecas de éstos en materia social y dadas las crecientes dificultades encontradas para su adopción. La Comisión²⁹ ha advertido que “el método abierto de coordinación debe completar y no sustituir a una acción comunitaria” y debe operar cuando la armo-

²⁵ Cfr. Trubek, D.M. y Trubek, L.G. “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination”, *European Law Journal*, vol. 11, núm. 3, pag. 351.

²⁶ De la Porte, C. y Nanz, P. “The OMC-a deliberative-democratic method of co-ordination: the Cases of Employment and Social Inclusion”, *Journal of European Public Policy*, 11, (2), 2002, pag. 267 y ss.

²⁷ Cfr. Rivero Lamas, J. “Unificación y pluralismo jurídico del Derecho social en la Unión Europea”, *RL* 2007, II, pag. 1203 y ss.

²⁸ Laffan B. y Chaw, C. “Classifying and Mapping OMC in different policy areas”, *NewGov*, 2005, 02/DO9 pag. 9.

²⁹ Libro blanco sobre la gobernanza europea, COM(2001) 418, julio 2001.

nización legislativa no fuera posible, o fuera desproporcionada o prematura. Sin embargo, el MAC se ha reafirmado como un medio de animar la cooperación, de intercambiar buenas prácticas y de convenir objetivos y orientaciones comunes a los Estados miembros, no sólo como una forma de gobernanza sino como un medio de regulación.

En contraste con su creciente puesta en práctica, el MAC no había sido reconocido formalmente en los Tratados constitutivos. Su base originaria ha estado, más bien, en una operación intergubernamental. En la elaboración de la llamada Constitución para Europa se planteó dar mayor base constitucional al MAC a través de una cláusula general que determinara las características generales del método, aparte de su referencia en cada área específica³⁰. Sin embargo, la frustrada Constitución para Europa no aprovechó la ocasión de regular el método³¹; sólo hizo referencia expresa o implícita al mismo en diversos artículos relativos a políticas concretas, entre ellas, la política económica (art. III-177) la de empleo (art. III-203) y la política social (art. III-210)³².

Una nueva ocasión para esa constitucionalización ha sido la limitada reforma de los Tratados por el Tratado de Lisboa que tampoco ha regulado las características generales del método y que se ha limitado a utilizar parte de “material” de esa Constitución non-nata. El reformado Tratado de la Unión Europea contiene una llamada “cláusula social horizontal” según la cual, todas las políticas y las acciones de la Unión han de definirse teniendo en cuenta las exigencias ligadas a la promoción de un alto nivel de empleo, a la garantía de una protección social adecuada, a la lucha contra la exclusión social así como a un nivel elevado de educación, de formación y de protección de la salud. Por otro lado, el nuevo Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea ha incluido un art. 2 que establece que “los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en el presente Tratado, para cuya definición la Unión dispondrá de competencia”³³. Ello ha podido ser entendido como una consagración del

³⁰ Sobre el tratamiento del MAC en los trabajos de la Convención y en la elaboración del Tratado constitucional, cabe remitirse a Teló, M. “Il metodo aperto di coordinazione. Dal Consiglio europeo di Lisbona al testo costituzionale”, *Quad.Rass.Sind.* 2004, 1, pág 71 y ss.

³¹ Cfr. Tsakatika, M. “The Open Method of Co-ordination in the European Convention: an Opportunity Lost”, *eucenter. wisc. edu/OMC/Papers/Convention*.

³² Cfr. Giubboni, S. “Social Rights under the European Constitution”, *URGE Working Paper* 8/2004; Ziller, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, 2003, pág. 162; Purcalla, M.A. y Rodríguez Sánchez, R. “Política social de empleo en el Tratado de la C.E, RMTAS, 57, pág. 337 y ss.; Sala, T. y Pedrajas, A. “La Constitución Europea y su contenido sociolaboral” 2004, *aedave.es.*; Rodríguez-Piñero B-F, M. “Constitución Europea, política social y método abierto de coordinación”, *RL*, 21, 2005, pág. 1 y ss.

³³ Con ello parecían situarse en el mismo plano, la coordinación de las políticas económicas y de empleo con las de las políticas sociales, aun sin establecer vínculos formales entre estas formas de co-

MAC en esas políticas y un reconocimiento de una competencia de la Unión para definir las y coordinarlas.

La regla se especifica en relación con la política de empleo en el apartado 2 del art. 5 TFUE, que determina que “la Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas”, Por su parte el art. 141 TFUE establece que los Estados miembros y la Unión se esforzarán por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, debiendo utilizarse para ello el método del art. 148³⁴, y diseña una “estrecha coordinación” de las políticas de empleo de los Estados miembros basada en la definición y el seguimiento de unos objetivos comunes.

En materia de política social el apartado 3 del art. 5 TFUE establece que “la Unión podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros” se prevé y legitima así esa coordinación pero no se impone. Dentro del capítulo de política social el art. 153,2,a) TFUE, revisando el precepto precedente, determina que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. No se excluye, sin embargo, el posible uso del MAC en materias laborales propias de competencias concurrentes o complementarias.

El Tratado de Lisboa han reconocido, aun sin mencionar formalmente al MAC, una nueva competencia *sui generis* de la Unión distinta de las exclusivas, concurrentes y complementarias, que respeta la competencia de los Estados³⁵, pero que concede a la Unión facultades de fomento de dirección y de coordinación, distintas

ordinación, ni asegurar su paridad formal. Cfr. Giubboni, S. “Lavoro e diritti sociali nella “nuova” Costituzione europea. Spunti comparatistici”, Relación al encuentro “The National Constitutional Reflection of European Union Constitutional Reform”, Madrid, septiembre, 2004, pág. 9.

³⁴ El precepto dispone el examen anual de la situación del empleo en la Unión con adopción de unas conclusiones que serán la base de la elaboración de unas orientaciones a tener en cuenta en sus respectivas políticas de empleo por los Estados que han de facilitar un informe anual sobre las principales medidas adoptadas para aplicar su política de empleo según aquellas orientaciones. Esos informes serán objeto de un examen anual por el Consejo que podrá formular recomendaciones a los Estados miembros, si lo considera pertinente. Además se prevé un informe anual conjunto para el Consejo Europeo sobre la situación del empleo en la Unión y la aplicación de las orientaciones para el empleo.

³⁵ El MAC es “nation-state friendly”, facilita el logro de decisiones comunitariamente “coordinadas” de los Estados Cfr. Moreno, L. y Palier, “The Europeanization of Welfare: Paradigm Shifts and Social Policy Reforms”, en “Ideas and Welfare State Reform in Western Europe (Taylor-Gooby, P. (ed.)), Palgrave, 2005.

a las directamente reguladoras e impositivas, que imponen directamente la armonización de las regulaciones de los Estados miembros³⁶. Ha reflejado de forma abierta, la singularidad y especificidad del Método en el área del empleo y de la política social y ha reconocido la necesidad de un tratamiento paralelo, de los tres pilares, la política económica, la de empleo y la social, para reforzar la calidad y la coherencia de la gobernanza socioeconómica global de la Unión y la viabilidad de esas políticas, reconociendo la política social como un elemento fundamental de las estrategias y políticas socioeconómicas y modelos sociales nacionales y de la Unión Europea, aunque solo fuera por el importante impacto que tienen las políticas sociales y de empleo en la economía y las finanzas públicas.

Un caso significativo ha sido el de la lucha contra la pobreza y la exclusión social, la reforma de las pensiones y otros ámbitos de la protección social³⁷. Los Estados han asumido la competencia de la financiación y la organización de sus propios, y diversos, sistemas de protección social, pero, teniendo en cuenta los desafíos y problemas comunes que tienen esos sistemas, la Unión sostiene y completa la acción de los Estados fomentando la coordinación y convergencia de sus políticas, fijando objetivos comunes convergentes para la reforma y modernización de los diversos regímenes nacionales, difícilmente armonizables de momento, en el marco de una estrategia socioeconómica de la que los regímenes de protección social son elementos indispensables³⁸. Un elemento característico de la aplicación del método en la protección social son los informes nacionales periódicos sobre las estrategias de protección social y de lucha contra la exclusión social, examinados por la Comisión y el Consejo y que, a su vez, dan lugar a un Informe conjunto, elaborado por el Comité de Protección Social y aprobado por el Consejo, que evalúa los progresos realizados, determinan prioridades, describe las innovaciones de interés común y destaca las “buenas prácticas”³⁹.

El MAC ha ampliado sus espacios de actuación a otros terrenos (p. ej., la investigación) pero sigue teniendo un importante papel en una de sus formas más in-

³⁶ Trubek, D. y Scott, J. “Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union”, *European Law Journal*, 2002, núm. 8, págs. 1 y ss.

³⁷ Una detenida evaluación del papel del MAC en materia de protección y exclusión social en el documento del Staff Working de la Comisión de 8 marzo 2006 (SEC (2006) 345).

³⁸ Comisión Europea, “Trabajar juntos para trabajar mejor: Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea”(COM (2005) Consejo de la Unión Europea, Informe conjunto sobre protección social e inclusión social, 13 marzo 2006, SOC 126. Tanto el Consejo como la Comisión destacan la importancia del MAC en materia de protección social y el valor añadido que supone. Vid. Ales, E. “La lotta all’esclusione sociale attraverso l’open method of co-ordination: prime riflessioni (2000-2002)”, en “Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali” (M. Barbera, (dir), cit., pag. 173 y ss.).

³⁹ Vid. el Informe Conjunto sobre protección social e inclusión social (COM/2010 25 final).

tensas y completas en la materia social. Reflejo de ello es la Comunicación de la Comisión Europea de 2 de julio de 2008⁴⁰, que ha propuesto reforzar el papel del MAC en materia social, para mejorar sus resultados y darle un marco más sólido. La Comunicación propone reforzar el compromiso político y la visibilidad, fijando metas específicas, haciendo uso de recomendaciones y estableciendo principios comunes como bases del seguimiento y evaluación y también una mejora de la presentación de informes de la comunicación y de la difusión del resultado. También propone fortalecer la integración positiva de las políticas sociales en otras políticas de la Unión Europea, convirtiendo al MAC en un punto de referencia ineludible para las otras políticas, desde una mejor coordinación horizontal. La Comisión ha estimado necesario reforzar las herramientas de análisis y de potenciar la responsabilización mediante la evaluación inter-pares, el aprendizaje mutuo y la implicación de todos los agentes, incluidos los regionales y locales, la sociedad civil y los interesados. Para la Comisión, el reforzamiento del MAC en el ámbito social apoyará el compromiso renovado a favor de una Europa social y tendrá un impacto decisivo en la erradicación de la pobreza y la exclusión social, en lograr pensiones adecuadas y viables, en favorecer la interacción entre los objetivos económicos, de empleo y sociales, y en la mejora de la gobernanza, la transparencia y la implicación de las partes interesadas en el diseño, la ejecución y el seguimiento de las políticas sociales.

La actualidad del método se pone de relieve en la evolución reciente de las políticas de empleo de la Unión. En 2005, el Consejo adoptó la Recomendación 2005/601/CE, sobre las Orientaciones Generales de Política Económica de los Estados miembros y de la Comunidad (2005-2008) y la Decisión 2005/600/CE, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros formando conjuntamente las “Directrices integradas para el crecimiento y el empleo”, invitando a los Estados miembros a tenerlas en cuenta en sus programas nacionales de reforma y en los informes de aplicación que han servido de base a recomendaciones conjuntas sobre crecimiento y empleo dirigidas a los Estados. Desde entonces se elaboran unas directrices integradas para el crecimiento y el empleo que completan a las orientaciones generales de política económica respondiendo a las políticas macroeconómicas y las reformas microeconómicas nacionales⁴¹, abarcando así a la dimensión macroeconómica y la dimensión macroeconómica nacional y de la Unión lo que ha implicado un refuerzo mutuo, pero

⁴⁰ Que afirma que la crisis ha puesto en evidencia la gran diversidad existente en los sistemas de protección social dentro de la Unión Europea, y la desigual capacidad que tienen a la hora de ofrecer la protección adecuada, y ha señalado que la crisis ha puesto de relieve el valor añadido del MAC “social”, señalando la necesidad de su reforzamiento y del incremento de su eficacia y su visibilidad.

⁴¹ Recomendación 2008/390/CE, relativa a las Orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad (2008-2010) y Decisión 2008/618/CE, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros.

también un cierto condicionamiento de las directrices de empleo a las orientaciones de política económica. El creciente uso de “benchmarks” permite descubrir cuando los Estados están logrando y cumpliendo los objetivos, conformándose a las directrices o desviándose de ellas. No puede hablarse jurídicamente de incumplimiento ni es posible que así se declare pero sí de sanciones “morales” que pueden ser efectivas e incisivas, como el desprestigio, el avergonzar (shamming) la imagen negativa y las presiones (sin sanciones) de las instituciones supranacionales, en forma de recomendaciones críticas, y para los Estados que no cumplen los objetivos, también a nivel nacional y local⁴².

3. LA INCIDENCIA DEL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN EN LOS DERECHOS DEL TRABAJO NACIONALES

Como instrumento cognoscitivo el MAC ha permitido aprender unos de otros y generar una útil red de conocimientos a todos los niveles, de abajo a arriba y de arriba abajo, con un alto potencial de policy-learning entre países, niveles de gobierno y políticas⁴³. Las directrices y los indicadores que genera tienen desde luego una función “cognoscitiva” al igual que el “benchmarking” y la revisión entre iguales que permiten ampliar conocimientos, definir mejor los objetivos y los indicadores y generar interpretaciones y opiniones, un aprendizaje común e intercambio de buenas prácticas que es su “razón de ser” y que persigue una armonización de ideas y de perspectivas⁴⁴ influyendo así en las políticas nacionales.

Pero el MAC no se queda sólo en este “mutual learning” es también un instrumento regulador, aunque distinto al tradicional de las reglas legales preceptivas; tiene un efecto normativo que se refleja ante todo en el modo en que las directrices, los objetivos y los indicadores generan a través de los planes nacionales y de su puesta en práctica cambios efectivos en las prácticas y normas de los Estados Miembros para lograr esos objetivos, y también para evitar “malos resultados”⁴⁵ en la “peer reviewing”, la cual permite a los Estados “incumplidores” aprender las

⁴² Heidenreich, M. y Bisschoff, G. ‘The Open Method of Co-ordination: A way to the Europeanization of Social and Employment Policies?’, *Journal of Common Market Studies*, 2008, p. 497 y ss.

⁴³ Radaelli, C.M. “The Open Method of Coordination: A new governance Architecture for the European Union?”, cit., pág. 49 y ss.

⁴⁴ Jepsen, M. Serrano Pascual, A. “The European Social Model: an exercise of deconstruction”, *JESP*, 2005, 15, 3, pag. 240 y ss.

⁴⁵ Laffan, B. y Shaw, C. “Classifying and Mapping the OMC in different policy areas”, *Newgov – New Mode of Governance paper 02/D09 2005.*,

lecciones de las buenas prácticas de otros y también para evitar avergozamientos a través de “nominaciones” e incentivar el cumplimiento de los objetivos comunes, las directrices para conseguir esos objetivos y las recomendaciones dirigidas a cada concreto Estado⁴⁶.

Su enfoque menos jerárquico centrado en solucionar problemas, con mayor respeto de la diversidad y de la subsidiariedad y con una mayor participación y consenso en su elaboración y puesta en práctica le ha dado efectividad en los sistemas nacionales. La evaluación de la consecución de los objetivos compartidos sometida a criterios de medición esta dando lugar a la introducción de normas internas “tradicionales”, es decir vinculantes y justiciables. Pese a que las directrices no se definen en términos jurídicos, sugieren medidas que en muchos casos requieren un enfoque jurídico de derechos y de reglas.

Existe una visión negativa y crítica del método en cuanto puede ser un obstáculo para la introducción de hard law comunitario en materia social⁴⁷, pero esta visión puede estar falseada por un diagnóstico poco realista de las posibilidades actuales de adopción de directivas sociales y de su efectividad⁴⁸. No es fácil comprobar el efecto real del método abierto en las políticas laborales y en los sistemas jurídicos de los Estados ni determinar en que casos ha generado sólo una mera convergencia de ideas o cuando ha facilitado y generado cambios reales en las regulaciones y ha incrementado el grado de convergencia, incluso de forma tan intensa que algunas Directivas⁴⁹. Por otro lado, el método no es tan “suave” como otras fórmulas de soft law, aunque no suponga dictado de preceptos, es un proceso algo

⁴⁶ Radaelli, C.M. “The Open Method Of Coordination: A New Governance Architecture For The European Union?”, Cit., Pág. 43 Y Ss.

⁴⁷ Sobre las posturas “optimistas” y “pesimistas” sobre el MAC en materia social, vid. Buchs, M. “The OMC-Effectively preventing welfare state retrenchment?”, ELOOP, 13, 2009

⁴⁸ Trubek D. y Trubek L. “Hard Law and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination, ELJ, 11, 3, 2005, pág. 343 y ss. No cabe ignorar las dificultades actuales para la aprobación de Directivas “sociales” ni que las existentes no han conseguido siempre los cambios legales uniformadores que se proponían, no siempre se transponen fiel y efectivamente. Por ello se han tenido que hacer cada vez más abiertas y flexibles acercándose al enfoque “por objetivos” del método orientando las políticas nacionales y regulando menos standards mínimos. Sobre el escaso peso regulador de algunas Directivas recientes por “contaminación” del virus debilitador del MAC, vid. Caruso, B. “Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative”, cit., pág. 91.

⁴⁹ Sobre el estado actual de la cuestión del “discurso” del MAC en materia social, vid. La Porte C. Vanhecke B. “Still Building Social Europe through the Open Method of Coordination? Conceptualization, operationalisation and analysis of the OMC in social policy Paper prepared for the Paper for the SGIR Conference Section 24, Estocolmo, septiembre, 2010.

⁵⁰ Según, Jacobsson, la lógica del MAC es que la coordinación de políticas no es una materia de imposición externa de normas sino de aceptación e implementación gradual de nuevas normas en las

vinculante⁵⁰, pues está dotado de objetivos, criterios y un sistema de seguimiento institucionalizado y garantiza resultados que pueden ofrecer un marco de referencia para intervenciones “hard”⁵¹, e incluso han permitido hablar de los “hard effects” del método⁵².

Los resultados del método en materia social y del trabajo no han sido tan negativos⁵³. Se reconoce su “influencia creciente en los procesos de regulación de los mercados de trabajo y de los sistemas de Welfare de los Estados miembros”⁵⁴ por ejemplo en materia de reformas de pensiones⁵⁵, y que ha generado reformas⁵⁶ y cambios en los derechos nacionales que hubiera sido difícil conseguir sin la operatividad del MAC, especialmente en las áreas “sensibles”⁵⁷. Los más recientes estudios de los concretos instrumentos empleados en diversos Estados y de la magnitud y profundidad de la actuación estatal en materia de política de empleo utilizando el MAC, han trazado una escala de medidas internas que van desde los pro-

prácticas de los Estados a través de procedimientos de cooperación, teniendo un impacto en los Estados nacionales sutil y a largo plazo, con una influencia que significa una combinación de deliberación y de disciplina, de aprendizaje y “force/pressure”, no meramente simbólico (“Soft Regulation and the Subtle Transformation of Status: The Case of EU Employment Policy”, cit. Pag. 21).

⁵¹ Régent, S. “The OMC: A Supra Nacional Form of Governance?”, cit. pag. 23. Según Trubek y Trubek, los defensores del hard law mantienen una teoría que les imposibilita comprender el valor de los procesos soft law como único mecanismo de promover y sostener la integración europea, medidas sólo desde la perspectiva de la existencia de reglas judiciales vinculantes, al mismo tiempo, los partidarios del soft law subestiman la importancia de normas vinculantes y justiciables, sin embargo, es necesario tener en cuenta las capacidades relativas de cada uno de estos métodos, aplicando la teoría de los híbridos, y existen experiencias satisfactorias de aproximación híbrida hard/soft, por ejemplo, en el trabajo a tiempo parcial o en la discriminación, lo que muestra que ambos métodos no son excluyentes y pueden combinarse (“Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination”, cit., págs. 363-364).

⁵² Smismans, S. “How to be fundamental with soft procedures”, URGE Working Paper 2/2005, pág. 2 y ss.

⁵³ Vid. para una valoración reciente de que la utilización del MAC para gobernar las políticas sociales ha sido un proceso positivo que ha fortalecido la capacidad de desarrollo posterior del modelo social europea, HAAR, B.P. “The growing potential integration capacity of the *acquis* of the European Social Model”, ELOP, vol. 13 (2009), art. 26.

⁵⁴ Giubboni, S. “La costituzionalizzazione asimetrica dell’Europa sociale” en “Nueve forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali” (M. Barbera, dir.), cit., pág. 272.

⁵⁵ Cfr. Eckardt, M., “The Open method of coordination on pensions: an economic analysis of its effects on pension reforms”, *Journal of European Social Policy*, 15, 3, 2005, pág. 297 y ss.

⁵⁶ Silvana Sciarra ha hablado al respecto de un “reformismo coordinado”. Vid. “La costituzionalizzazione dell MAC, Diritti fondamentali e procedure di soft law”, *Quaderni costituzionali*, 2004, 2, pág. 281 y ss.

⁵⁷ De La Porte C., “Is the OMC appropriate for organising activities at European Level in Sensitive Policy Areas?”, *ELJ*, 8, 2002, pág. 41 y s.

gramas o libros blancos, a instrumentos de soft law (como códigos de conducta o protocolos), a convenios colectivos a normas de hard law, incluyendo las leyes de presupuestos (que tanta importancia tiene para la financiación de las políticas) y también la distinta “magnitud” o profundidad de las reformas introducidas.

Se ha podido llegar a la conclusión, que la Estrategia Europea de Empleo, que la misma ha generado una intensa actividad en los diferentes Estados miembros y que el MAC ha tenido un efecto normativo real a través de instrumentos internos diversos, que han generado cambios en los diversos ordenamientos nacionales. Aunque este “cumplimiento voluntario” haya tenido diversa intensidad. El MAC no ha sido, en contra de lo que han afirmado algunos de sus críticos, mera “palabrería barata”, ha podido y puede crear “ondulaciones (ripples) normativas profundas en los ordenamientos jurídicos nacionales⁵⁸.

La puesta en marcha del MAC en la aplicación de la Estrategia Europea de Empleo ha hecho reconsiderar la potencialidad de este instrumento tanto en el plano normativo, no vinculante formalmente pero muy influyente de facto y que puede servir a la Unión Europea y a los Estados para crear gradualmente un paradigma de política laboral y social respetando las legítimas diversidades nacionales, y ser también un importante mecanismo de coordinación intergubernamental e intragubernamental de las políticas laborales⁵⁹.

El MAC debería ser una nueva oportunidad para facilitar un grado más aceptable de “europeización” de los Derechos del Trabajo nacionales; para que éstos sean un elemento relevante para la construcción de la Europa social, superando dificultades intrínsecas y extrínsecas del método “comunitario” de reglas armonizadoras, al ser difícil encontrar soluciones armonizadoras para sistemas laborales nacionales muy diversos y desde visiones distintas sobre la Europa social, o tratar temas en los que no será fácil el logro de consenso en el diálogo social europeo. El problema no está tanto en el Método sino en su papel y su “correcta” utilización⁶⁰. En todo caso, la legislación social comunitaria y MAC no deben ser alternativas excluyentes ni incompatibles, pueden fortalecerse mutuamente en una relación dinámica y de mutuo apoyo para preparar, ayudar o completar la legislación social comunitaria, sin tratar de reemplazarla⁶¹.

⁵⁸ Copeland P. Haar, “Busting the myth that European soft coordination methods create no “ripples” in national legal orders”. Paper presentado en la V Conferencia Paneuropea ECPR Fifth Pan-European Conference, Oporto 24-26 Junio 2010, pag. 5.

⁵⁹ Vandenbrouke, F., “The EU and Social Protection: What should the European Convention Propose? Max Plank Institute for the Study Of Societies, W.P., 2/6, 2002.

⁶⁰ Cfr. Treu, T. “Le regole sociali europee: quali innovazioni?”, “Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali” (M. Barbera, dir), cit., pag. 34 y ss.

⁶¹ De Burca, G. “New Modes of Governance and the Protection of Human Rights”, cit.

Esa posible complementariedad se comprueba por ejemplo, en materia de discriminación, donde, pese a la existencia de un amplio derecho comunitario “fuerte”, ha sido necesario aplicar instrumentos de *soft law* e integrar dentro de los objetivos de política de empleo la lucha contra la discriminación de género en el mercado de trabajo⁶², completando y reforzando el marco normativo⁶³. También en una materia tan regulada, como la prevención de riesgos laborales⁶⁴ se está poniendo de relieve la necesidad de complementar las reglas comunitarias con medidas de *soft law*, en especial mediante el método abierto de coordinación⁶⁵.

Para aprovechar las capacidades reales y puedan combinarse adecuadamente ambos métodos, deben adaptarse a las circunstancias y desafíos actuales y ponerse al servicio de objetivos específicos⁶⁶ sean funcionales al logro efectivo de una Europa social integrada por el Derecho. Por ello, el MAC debe hablar un lenguaje jurídico para que de su puesta en práctica deriven políticas que aseguren gradualmente derechos y garantías para la persona. Una salvaguardia posible es

⁶² Sobre las implicaciones del MAC en la igualdad de género en la Unión Europea y en la convergencia de procedimientos y de políticas sustantivas y sobre como el mecanismo dual hard y soft puede ser crucial para la consecución de la igualdad de género en el mercado de trabajo. Vid. Aybars, I.A., “Open method of Coordination, Welfare States and Gender Equality, Conference “Governing Work and Welfare in an Enlarged Europe”, Madison, Mayo 2006; Rubery J. “Gender Mainstreaming and the OMC. Is the Open Method Too Open For Gender Equality Policy?”, en Zeitlin J., Pochet P.(eds.) “The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies”, cit.

⁶³ Cfr. Pollack, M.A. M.A. y Hafner-Burton, E. “Mainstreaming Gender in E.U., Harvard Jean Monet Working Paper, 2/2000; O’connor, J.S., “Employment-anchored social policy, gender equality and Open Method of Policy Coordination in the European Union”, European Societies, 2,1, 2005, pág. 37 y ss.

⁶⁴ Vid. Comunicación de la Comisión, de 11 de marzo de 2002, relativa a la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2000-2006), COM (2002),118. Para facilitar la aplicación de la legislación existente la Comisión propone consolidar una política de prevención, una mejor aplicación del Derecho existente y un planteamiento global con vistas a la adaptación del marco jurídico, la integración de la problemática en otras políticas comunitarias y el apoyo a las “gestiones de progreso”, con evaluación comparativa (benchmarking) y la identificación de buenas prácticas, conocidas técnicas deL MAC. Es significativo que en la OIT donde cerca de veinte convenios tratan de la materia, el reciente Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006, hayan adoptado un enfoque MAC en algunos aspectos, y se refiera a “incluir objetivos, metas e indicadores de progreso”, en los planes nacionales de seguridad y salud en el trabajo que impone (art. 5,2,d)). Sobre la aplicación del método en la materia preventiva, vid. Muñoz Ruiz, M. L., “El sistema normativo de prevención de riesgos laborales”, Lex Nova, pag. 115.

⁶⁵ Trubek D. y Trubek L. “Hard Law and Soft Law in the Construction of Sozial Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination, cit.

⁶⁶ Utilizo la expresión de Guarriello, F. “Il contributo del dialogo sociale alla Strategia Europea per l’Occupazione”, cit. pag. 256.

poner el acento en la ciudadanía social y en la garantía de los derechos fundamentales, que ahora se ha asegurado por la consagración del valor jurídico de la Carta de derechos fundamentales.

Tanto las autoridades de la Unión, al ejercer sus competencias de coordinación, como los Estados, al coordinarse y al poner en práctica las medidas coordinadas, deben respetar las exigencias y el contenido de los derechos fundamentales⁶⁷, incluidos los de carácter social, para que en la puesta en práctica del MAC actúen como barreras y puntos necesarios de referencia, permitiendo que sea un instrumento de integración a través del Derecho. Aunque los derechos sociales son llamados cuando se implementa el Derecho de la Unión, se ha de entender que tal Derecho no puede reducirse a la legislación europea y a los actos jurídicamente vinculantes, sino que debe incluir todas las actuaciones europeas y, entre ellas, la puesta en práctica del MAC⁶⁸. La aplicación del Método en conjunción con la Carta de Derechos Fundamentales puede permitir acciones judiciales indirectas cuando esos derechos fundamentales no se respetan, pero también la asunción de objetivos vinculados a esos derechos fundamentales que han de trasladarse, a su vez, en las directrices, los objetivos y las medidas de progreso.

Aun dejando espacio a las diversidades nacionales, los derechos fundamentales y el marco reforzado de derechos sociales han de entrar a formar parte de las políticas de la Unión, ello permitirá configurar dentro del MAC un “benchmarking social”⁶⁹ que implique una “ideational convergence”⁷⁰, una convergencia de ideas y de valores inspirados en y por los derechos fundamentales, no son sólo como garantías de la persona y como límites a las acciones de los poderes de la Unión o de los Estados, sino también como mandatos y fuentes de inspiración para esos poderes⁷¹, pudiendo operar como barrera para la defensa de los Derechos del Trabajo nacionales frente a las frondas liberalizadoras, defensa que la crisis actual ha hecho más necesaria, a la vez que hace difícil que el MAC pueda frenar las presiones externas e internas a que se ven sometidos los Estados para la reducción del Estado social⁷².

⁶⁷ Según de Burca, corresponde el Tribunal de Justicia asegurar que los derechos especificados en la Carta sean ser tenidos en cuenta en la actuación del MAC satisfaciendo las exigencias del derecho en cuestión (“New Modes of Governance and the Protection of Human Rights” in P. Alston y O. de Schutter (eds) “Monitoring Fundamental Rights in the EU” (Hart Publishing, 2005), pág. 25 y ss.).

⁶⁸ Smismans, S. “How to be fundamental with soft procedures”, URGE Working Paper 2/2005, pág. 2 y ss., pág. 9.

⁶⁹ Ashiagbor, D. “L’armonizzazione soft: Il “metodo aperto di coordinamento” nella strategia europea per l’occupazione”, cit. Pág. 135.

⁷⁰ Radaelli, C.M. “The Open Method of Coordination: A new governance Architecture for the European Union?”, cit. pag. 9.

⁷¹ Sciarra, S. “Fundamental Labour Rights alter the Lisbon Agenda”, en De Burca, G., Witte, B. y Ogertschnig, L. (eds), “Social Rights in Europe, OUP, 2005.

⁷² Buchs, M. “The OMC-Effectively preventing welfare state retrenchment?”, cit. pág. 12.

Aunque no sea fácil conciliar “la jerarquía de los derechos fundamentales con la heterarquía del método abierto de coordinación” la gramática sustancial de aquellos con la gramática procedimental de éste⁷³, hay que conseguir que esos derechos fundamentales encuentren o acomodo en el MAC. Acerca el MAC al discurso constitucional de derechos fundamentales es una tarea “complicada”, pero no imposible que permite que pueda ser contemplado “como derecho, en el sentido de expresión de poder normativo, sin debilitamiento de los derechos sociales fundamentales, tanto en su dimensión sustancial como procedimental”⁷⁴. La puesta en conexión del método abierto de coordinación y del reconocimiento de los derechos sociales fundamentales y de valores y objetivos sociales, junto a los económicos, generará así nuevas expectativas corregir la actual asimetría en la Unión Europea de los objetivos sociales y los objetivos económicos, un cometido que no puede ser ajeno al estudioso del Derecho del Trabajo.

⁷³ Lo Faro, A. “Coordinamento aperto e diritti fondamentali: un rapporto difficile”, en “Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali” (M. Barbera, dir), cit. pag. 363.

⁷⁴ Barbera, M. “Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell’ordinamento europeo”, cit. pag. 309.

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Leodegario Fernández Marcos

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PRIMERAS MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS EN ESPAÑA
3. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL RIESGO EN EL TRABAJO
 - 3.1 Caracterización general de la legislación de prevención de riesgos laborales
 - 3.2. La prevención de riesgos laborales en el Estatuto de los Trabajadores de 1980
4. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES POR VÍA ADMINISTRATIVA
5. LA INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL
6. LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1995
7. CONCLUSIÓN

La intervención del Estado en las relaciones laborales en general, que se inicia en los primeros años de los siglos XIX y XX, está en el origen de lo que hoy entendemos por Derecho del Trabajo.

Dentro del específico campo laboral es hecho histórico constatado, que en pleno auge del liberalismo jurídico, político y económico, las primeras normas que suponen la intervención estatal en el campo del trabajo son normas preventivas del riesgo laboral que se inician por vía legislativa, y más adelante, por vía administrativa y judicial.

1. INTRODUCCIÓN

Se puede afirmar que la prevención de riesgos laborales, antes y también conocida como seguridad e higiene en el trabajo está indisolublemente vinculada al nacimiento del Derecho del Trabajo, como disciplina jurídica autónoma.

Basta considerar que las primeras normas que inician la intervención estatal en el ámbito laboral están inspiradas de un elevado componente tuitivo y se orientan a proteger al trabajador y, en especial a ciertas categorías de trabajadores, menores y mujeres, que se estiman más vulnerables a los riesgos que el trabajo comporta.

Superado el sistema gremial, la generalización del trabajo libre por cuenta ajena, con la aparición de la fábrica se produce en una etapa histórica concreta: la que se abre en los albores del siglo XIX, que se conoce como Revolución Industrial y en el momento álgido del liberalismo que circunscribe la función del Estado a la de simplemente mantenedor del orden público.

Los efectos sociales negativos de la Revolución Industrial, como ha puesto de manifiesto Villermé se dejan sentir intensamente, sobre todo, en lo que se refiere al trabajo de mujeres y niños.

Las leyes destinadas a la protección del trabajo de los niños, inspiradas en razones de seguridad higiénicas, morales y de utilidad pública “inician en todos los países la política de protección legal de los trabajadores.

Así, en Inglaterra, país donde primero y con más intensidad se manifestaron las consecuencias sociales de la Revolución Industrial, la primera Ley en 1812 es sobre el trabajo de los aprendices, e impone a los patrones determinadas obligaciones de higiene y seguridad, como las de blanquear las paredes y ventilar los locales.

En Francia, la Ley de 22 de marzo de 1841 limita el trabajo de las niñas en la industria manufacturera y en su promulgación tuvo influencia decisiva, el trabajo de Villermé, “Cuadro sobre el estado físico y moral de las obreras”.

Idéntico fenómeno y tendencia se registra en todos los países industriales, pues los antecedentes históricos, son, hasta cierto punto comunes, con diferencias básicamente cronológicas. Baste decir, en este aspecto, que las legislaciones, en estas

fases iniciales, se muestran unánimes en una reglamentación severa del trabajo de las menores y que la mayor parte los economistas, incluso, los más liberales, como Leroy Beaulieu, sostienen la conveniencia de abandonar el “laissez-faire” y el dogma de la no intervención en esta materia.

2. PRIMERAS MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS EN ESPAÑA

Circunscribiendo la contemplación histórica a nuestra patria, los autores coinciden que, en nuestro país, se inicia la legislación social con la Ley de 24 de julio de 1873, debida al diputado Benot y promulgada en el período republicano de Salmerón. Esta Ley prohíbe todo trabajo a los niños menores de diez años; jornadas superiores a ocho horas a los niños de trece a quince años y a las niñas de quince a diecisiete, y el trabajo nocturno en general, a los menores de quince o dieciséis años, según se trate de varones o mujeres.

Se ha de mencionar igualmente la creación, en el mismo siglo XIX, por Real Decreto de 5 de diciembre de 1883, de la Comisión de Reformas Sociales, conocida con el nombre de Comisión Moret.

Es de destacar la labor que la Comisión de Reformas sociales, verdadera expresión del “intervencionismo científico” en nuestro país, desarrolló para impulsar la incipiente normativa jurídico-laboral.

El trabajo de la Comisión resultó decisivo para la promulgación de la Ley de Accidentes de trabajo de 31 de enero de 1900, siendo don Eduardo Dato, Ministro de la Gobernación. Merece subrayarse la importancia trascendental de esta Ley, verdadera piedra angular del Derecho del Trabajo, y de incidencia fundamental en el campo de la prevención de riesgos profesionales. Por primera vez, el legislador toma plena conciencia de los riesgos del trabajo en la industria y arbitra un sistema de medidas reparadoras y también preventivas de los accidentes de trabajo. Con ella el poder público, pese al ambiente liberal de la época, interviene decididamente en las relaciones de patronos y obreros, y precisamente en su aspecto de más urgente necesidad: los riesgos del trabajo que, con el maquinismo, proliferan y se multiplican extraordinariamente.

Las normas que contiene la ley de 1900 y su reglamento de aplicación de 28 de julio del mismo año conservan, todavía hoy, cuasi-intactos su vigor y lozanía, pese a los tres cuartos de siglo transcurridos. Algunos de sus preceptos aparecen sin apenas retoques en los textos legislativos vigentes. Podemos mencionar, entre otros: el concepto de accidente de trabajo del artículo 1º de la Ley de 1900 está casi literalmente recogido en el Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 y 1994, con la única sustitución del vocablo operario por el de trabajador; el recargo en las indemnizaciones debidas por accidente “cuando se produzca en un establecimiento u otras máquinas o artefactos que carezcan de apa-

ratos de precaución”, que viene recogido en el artículo 5-5 de la Ley que comentamos; este precepto, claramente prevencionista, ha sido incorporado, sin solución de continuidad a la legislación posterior, si bien con matizaciones y ampliaciones.

Como disposiciones más señaladas en la materia de esta época que la doctrina llama “de iniciación del Derecho del Trabajo”, mencionamos las siguientes:

a) En directo e inmediato desarrollo de la Ley de 1900:

- El Real Decreto de 28 de julio de 1900, que aprueba “el Reglamento para la aplicación de la Ley de 30 de enero acerca de los accidentes de trabajo”; dedica su capítulo 5.º, artículos 53 al 66, inclusive, “a la previsión del accidente de trabajo”.

- Real Orden de 2 de agosto de 1900 que establece un “Catálogo de mecanismos preventivos de accidentes de trabajo”, cuya relevancia para la seguridad e higiene no es preciso resaltar.

- Las Reales Ordenes de 5 de agosto, 30 de agosto y 30 de noviembre de 1900, sobre libro-registro de accidentes, estadística y partes de los mismos, preocupación presente en el ánimo del legislador desde los primeros momentos.

- Las Reales Ordenes de 21 de agosto, 16 de octubre y 10 de noviembre del mismo año, sobre sociedades de seguros y mutuas de accidentes.

b) Y ya, sin ser desarrollado inmediato de la Ley:

- Ley de 13 de marzo de 1900, que regula el trabajo de mujeres y niños.

- Reales Órdenes de 2 de junio y 6 de noviembre de 1902, sobre prevención de accidentes, en Ordenanzas Municipales, verdadero precedente de la seguridad en la construcción.

- Real Decreto de 15 de agosto de 1903, que crea el Instituto de Reformas Sociales.

- La ley de 3 de marzo de 1904, que establece el Descanso Dominical.

- La Ley de 8 de enero de 1907, con normas para la protección de la mujer obrera, antes y después del alumbramiento.

- El Real Decreto de 1 de marzo de 1906, que aprueba el Reglamento de la Inspección de Trabajo, estableciendo, como misión de ésta velar por el cumplimiento de la ley de Accidentes de Trabajo, incluida la labor de previsión de accidentes, con exclusión de las obras, a cargo de los Ministerios de Guerra y Marina.

- Real Decreto de 25 de enero de 1908, que prohíbe el trabajo en determinadas industrias insalubres y peligrosas, a los que no tienen dieciséis años cumplidos y a las mujeres menores de edad.

- Real Decreto de 28 de enero de 1910, que aprueba el Reglamento de Policía Minera; en él se prevén medidas para evitar los sucesos desgraciados de las minas, castigándose la omisión de las medidas preventivas, que también fueron de aplicación a los talleres de reparación mecánica y a las fábricas minero-metalúrgicas.

- Ley de 27 de diciembre de 1910 estableciendo para las mismas una jornada máxima de nueve horas.

- Ley de 27 de febrero de 1912, prohibiendo el trabajo nocturno de la mujer trabajadora.

- Real Decreto de 24 de agosto de 1913, que limitaba a diez horas la jornada máxima de la industria textil.

- Ley de la Jornada de la Dependencia Mercantil de 4 de julio de 1918 y su Reglamento de 16 de octubre del mismo año, que establece un descanso continuo de doce horas entre cada jornada de trabajo, con descanso mínimo de dos horas para comer y extiende a los dependientes varones los beneficios de la Ley de la Silla de 27 de febrero de 1912.

- Decreto de 3 de abril de 1919, que fija, ya con carácter general, la jornada de trabajo de ocho horas.

- Y, por último, mencionaremos el Decreto de 8 de junio de 1920, que crea el Ministerio de Trabajo, con lo que la política social experimenta un fuerte y renovado impulso.

Sólo hemos mencionado las normas más importantes por su incidencia en la seguridad e higiene en el trabajo, para dejar constancia de que, de modo general, el proceso de desarrollo histórico de la intervención estatal en el campo laboral toca primeramente el trabajo de menores y mujeres y su jornada de trabajo, la seguridad del trabajo y los accidentes de trabajo.

3. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL RIESGO EN EL TRABAJO

Superado con la creación del Ministerio de Trabajo en 1920, el período inicial de formación del Derecho del Trabajo, las dimensiones de la colaboración que se nos encomienda, impide considerar y hasta simplemente mencionar todas y cada una de las disposiciones legislativas que en materia de prevención de riesgos laborales (antes seguridad e higiene en el trabajo) se han venido produciendo, a lo largo del tiempo.

Nos vemos precisados, por ello, a limitar nuestra exposición a las características generales de la intervención legislativa del Estado en la materia.

Podemos establecer que la intervención del Estado en materia de prevención de riesgos laborales (antes seguridad e higiene en el trabajo), sobre intensa y extensa, es constante; sin duda, la materia laboral más regulada fundamentalmente por vía reglamentaria. Secuencia necesaria de esta intervención estatal, es una legislación extremadamente compleja y de no fácil, no ya de aplicación, sino de mero conocimiento, sometido a constantes revisiones.

La complejidad de esta clase de legislaciones no ha desaparecido ni con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995.

La propia ley de Prevención ha experimentado hasta cinco modificaciones en su texto original.

3.1. Caracterización general de la legislación de prevención de riesgos laborales

Con mayor precisión debíamos decir legislación de “seguridad e higiene en el trabajo”, dado que esta expresión, para referirse a la prevención del riesgo del trabajo que puede poner en peligro la vida, salud e integridad física del trabajador, está, hasta 1995, con la publicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, permanentemente presente en la legislación laboral.

El término de “seguridad e higiene en el trabajo” aparece ya en la primera y más importante disposición laboral del derecho histórico español: la Ley del Seguro de Accidentes de Trabajo de 30 enero de 1900; el término está constitucionalmente consagrado en la Constitución Española de 1978 (art. 40-2); se mantiene en el artículo 19 del Estatuto de los Trabajadores de 1980; y hasta la Ley de Seguridad Social vigente de 1994, rubrica bajo la expresión de “higiene y seguridad en el trabajo” la sección 2ª de su capítulo V.

La Comunidad Económica Europea, por su parte, utiliza el término de “seguridad y salud en el trabajo” para referirse a la prevención de riesgos laborales.

Al margen de disquisiciones semánticas, hemos de concluir que todas estas expresiones son términos sinónimos, siendo indiferente utilizar uno u otro.

La normativa de seguridad e higiene en el trabajo, ha sido y es, incluso después de la publicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995, abrumadoramente reglamentaria e impregnada de un fuerte contenido técnico, lo que la hace especialmente sensible a los acelerados cambios tecnológicos.

Las medidas técnicas de prevención se “petrifican”, al incorporarse al texto legal y las modificaciones reglamentarias son más asequibles que las modificaciones legales.

Durante muchos años, la norma más importante y utilizada en materia de seguridad e higiene en el trabajo han sido los Reglamentos y Ordenanzas Generales: reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 30 de enero de 1940 y la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971, vigente hasta hace escasos años, y que extendió transitoriamente su vigencia después de la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995.

Junto a estas reglamentaciones de general aplicación, abundaban los Reglamentos especiales, bien, para sectores productivos de alto riesgo como la cons-

trucción (Reglamento de 20 de mayo de 1952), trabajos portuarios, etc.; bien para trabajos que utilizan sustancias que implican riesgos específicos, como trabajos en cajones de aire comprimido, amianto, plomo metálico, cloruro de vinilo, etc.

La maraña reglamentaria, se intensifica con la incorporación de España, a la Comunidad Económica Europea, el 8 de junio de 1989, que desde el primer momento, viene centrando a través de sus Directivas, preferentemente, su atención legislativa en la seguridad e higiene en el trabajo, en contraste con la que dedica a otras materias laborales hasta el punto de estimarse en esta época de los años noventa, como “la manifestación cuasi exclusiva de lo que se conoce como la dimensión social del Mercado Común Europeo (Durán).

Característica nada desdeñable de la normativa de prevención de riesgos laborales es su contemplación simultánea desde el ordenamiento jurídico laboral y desde el Ordenamiento de la Seguridad Social que introduce un factor añadido de confusión sobre la verdadera naturaleza jurídica de lo que entendemos por prevención de riesgos.

La primera Ley del Seguro de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1902, de inevitable cita, trata, prioritariamente, como su propio nombre indica de reparar, a través de la técnica del seguro, las consecuencias de los accidentes de trabajo, mediante la creación de un seguro que sustituya la responsabilidad, entonces puramente civil, del patrono. No descuida, sin embargo, y en un plano más secundario la prevención de estos accidentes, a los que dedica en su Capítulo II, cinco artículos, de los 28, que integran su articulado. No hay que olvidar, que como derivación de esta Ley, se publica seguidamente y por Real Orden de 2 de agosto de 1902, el “Catálogo de Mecanismos Preventivos de Accidentes de Trabajo”, primera norma jurídica española netamente preventiva, en la que hemos de ver con todas sus imperfecciones, un primer Reglamento rudimentario de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

El Tratamiento legislativo unitario de los riesgos del trabajo (reparación y prevención) que sienta esta ley, se mantiene y pasa a la gran cantidad de disposiciones, que perfeccionando la protección de los trabajadores se suceden en el tiempo, proyectando su influencia sobre el derecho a la sazón vigente, de lo que buena prueba el relativamente reciente Texto Refundido de la derogada Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, que incluía en su articulado, y, como Sección 2ª del Capítulo V, la denominación de “Higiene y Seguridad en el Trabajo”, a la que incluso define como “normas técnicas y medidas sanitarias de tutela o de cualquier otra índole que tengan por objeto eliminar o reducir los riesgos en los distintos centros y puestos de trabajo y lograr individual y colectivamente un “óptimo estado sanitario” (art.20).

No nos parece que este estado legislativo que contempla la seguridad e higiene en el trabajo desde la Seguridad Social, en los textos legales de esta naturaleza, responda a la moderna concepción que de los riesgos profesionales tiene nuestro ac-

tual Derecho del Trabajo (comprensivo también, como sabemos, de la Seguridad Social) y este estado de cosas, hemos de considerarlo como un lastre histórico, por cuanto las sucesivas Leyes de Seguridad Social, son directamente continuadoras de la primitiva Ley de 1900.

La evolución del Derecho del Trabajo, desde aquellas primitivas etapas históricas, ha seguido en esta materia, otros derroteros, y hoy se distingue, con toda nitidez, entre la prevención de riesgos laborales, inserta en el puro ámbito de la relación laboral o contrato de trabajo que fundamenta la deuda de seguridad del empresario y la reparación de las secuelas negativas o consecuencias del accidente o enfermedad del trabajo, que forma parte del Sistema de Seguridad Social.

El actual Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales es seguro social obligatorio, que se integra, junto a otras, también obligatorias, en el sistema público de Seguridad Social, presidido por los criterios de homogenización y universalidad.

Los textos laborales más recientes (Estatuto de los Trabajadores, Ley de Seguridad Social de 1994) vienen a ratificar la distinta naturaleza, desde el punto de vista normativo, de la prevención y reparación de los riesgos del trabajo, sustrayendo el primer aspecto: la prevención a la Seguridad Social y que culmina, como más adelante diremos con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Insistiendo en la complejidad legislativa que ha caracterizado y sigue caracterizando la intervención estatal en materia de prevención de riesgos laborales, hemos de mencionar la aplicación, en este ámbito específico de la seguridad e higiene, de las llamadas “normas jurídico técnicas”, a las que la hoy derogada Ley 8/88 de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, con gran fortuna, definía como “las que inciden en las condiciones de trabajo, pero que no tienen la calificación directa de normativa laboral, sea reglamentaria o fraccionada, en materia de seguridad, higiene o salud laborales” (artículo 41).

Esta definición legal ampara la plena aplicación en el ámbito laboral de la seguridad e higiene, de los múltiples Reglamentos Técnicos, dictadas por otros Departamentos Ministeriales distintos del de Trabajo, principalmente, por el Ministerio de Industria y Energía, al ordenar técnicamente las diversas actividades industriales. (Reglamentos Electrotécnicos de Alta y Baja Tensión, Aparatos Elevadores, de Transporte de Mercancías Peligrosas, etc.), u otros Ministerios, como Agricultura (en materia de maquinaria agrícola) o Vivienda (Fomento) (Normas Técnicas de edificación).

La aplicación de estas clases de normas conocidas como “normas jurídico-técnicas” en el ámbito de la prevención, y que ya se apuntaba en la Ordenanza General de la Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971 (Disposición Final primera), se ratifica en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 (artículo 9).

Las normas jurídico-técnicas, vienen a suponer una ampliación del ya de por sí amplio ámbito reglamentario laboral de la prevención de riesgos laborales y es de cada día más frecuente aplicación jurisdiccional.

La dimensión laboral de esta clase de normativa, lo es, a los solos y exclusivos efectos de la prevención de riesgos laborales y siempre que la puesta en práctica de las medidas preventivas que puedan contener, hayan de realizarse en el ámbito de la prestación de servicios de carácter laboral y afecten a las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores.

c) Finalmente, cabe destacar, en esta caracterización general de la legislación de prevención de riesgos laborales, su condición de derecho necesario absoluto, que consagra lacónicamente el artículo 2-2- de la Ley de Prevención de 1995; “las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias, tendrán, en todo caso, el carácter de Derecho necesario, mínimo indisponible.

Cierto, que este carácter, no es innovación de la Ley de 1995, sino que ya se venía admitiendo, unánimemente, en la doctrina y jurisprudencia laborales desde siempre, con fundamento en que la vida, integridad física y salud del trabajador, cuya protección es la razón de ser de la normativa de prevención de riesgos laborales, son bienes jurídicos radicales, del más elevado interés comunitario, por lo que la Ley pone especial énfasis en dotar a las obligaciones en esta materia de la máxima imperatividad y coercibilidad.

La normativa preventiva establece condiciones mínimas, como suelo infranqueable de seguridad y salud, que se sustrae a la autonomía individual y colectiva de las partes de la relación laboral y este carácter es predicable de toda la normativa de prevención, con la amplitud con que se define en el artículo 1º de la ley. Solamente, podrán ser desarrolladas y mejoradas por convenio colectivo.

3.2. La prevención de riesgos laborales en el Estatuto de los Trabajadores de 1980

Con un Derecho del Trabajo ya muy desarrollado y perfeccionado, en 1980 se produce un acontecimiento legislativo de primera magnitud, como es la publicación del Estatuto de los Trabajadores.

El compromiso constitucional con la seguridad e higiene en el trabajo del artículo 40-2 se plasma en primer lugar en la regulación que a esta materia da el Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, definidor, del marco jurídico básico de las relaciones laborales.

El Estatuto menciona a la seguridad e higiene fundamentalmente en tres artículos, los artículos 4 y 5, que enumeran los derechos laborales básicos (artículo 4) y correlativos deberes laborales básicos (artículo 5), y en el extenso artículo 19, dentro del contenido del contrato de trabajo, bajo cinco apartados.

El Estatuto, como Ley laboral fundamental da un adecuado tratamiento jurídico a la seguridad e higiene, sobre todo, a la vista del silencio que guardaban sobre ella

las leyes de contratación laboral anteriores, a los que el Estatuto vino a sustituir: Ni la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, ni la Ley de Relaciones Laborales de 1976, contemplaban la materia de seguridad e higiene.

Las menciones estatutarias a la seguridad e higiene, vienen a ratificar legalmente la doctrina jurídica laboral de la doble naturaleza, pública y privada de esta institución con la mera colocación de los artículos mencionados en el articulado del Estatuto. Así, los artículos 4 y 5 “derechos y deberes laborales básicos”, se insertan en la sección 1.^a del capítulo I del Estatuto “Ámbito y fuentes” y responden al evidente interés público y colectivo de la seguridad e higiene, al calificar como “básicos los respectivos derechos y obligaciones en la materia, artículos, por lo demás, de inmediata relación en el artículo 40-2 de la Constitución, antes analizados.

Por lo contrario, el artículo 19, que se titula “Seguridad e Higiene en el Trabajo” se incardina en el capítulo II “contenido del contrato de trabajo”, y en su sección 2.^a, rubricada como “Derechos y deberes derivados del contrato”, destacándose así el origen y naturaleza contractual de la seguridad e higiene.

No cabía esperar de una ley formal, entrar en más detalles reguladores de esta materia cuyo eminente contenido técnico, ha de deferirse a la regulación reglamentaria.

El artículo 19, se desglosa, como decimos, en cinco apartados, relativos respectivamente a:

- Derecho del trabajador a una protección eficaz (apartado 1).
- Deber del trabajador a observar las medidas de seguridad e higiene (apartado 2).
- Derecho del trabajador a participar en la inspección y control de las medidas de seguridad e higiene (apartado 3).
- Especial acento en la obligación del empresario de facilitar formación adecuada en materia de seguridad e higiene (apartado 4).
- Procedimiento de suspensión o paralización de actividades en caso de graves e inminentes riesgos de accidentes, que viene a constituir la admisión, a nivel de derecho positivo del cierto y difuso “jus resistendae” del trabajador.

Sin negar la importancia de todos y cada uno de los cinco apartados, destacamos como de mayor importancia, los dos primeros, pese a su laconismo.

Para el apartado 1 “El trabajador en la prestación de sus servicios, tiene derecho a una protección eficaz, en materia de seguridad e higiene”.

Es un precepto de clara naturaleza contractual, que consagra el derecho del trabajador a trabajar en condiciones de seguridad y a no correr riesgos que amenacen su vida, integridad física y salud. Proyecta en el derecho positivo la deuda de seguridad del empresario.

La deuda de seguridad empresarial, tiene como límite de su contenido, la “protección eficaz”, término indeterminado y de contornos imprecisos, cuya consecu-

ción requiere la concurrencia de múltiples medidas técnicas y de carácter metajurídico que hagan posible esta “eficaz” protección.

En la “protección eficaz” tienen su base y fundamento jurídico las actuaciones técnicas y médicas y de otra índole, que se desarrollan en materia preventiva, reglamentariamente previstas, que al incorporarse al texto reglamentario adquieren relevancia jurídica.

Para el apartado 2, “el trabajador está obligado a observar en su trabajo, las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene en el trabajo”; precepto también de clara naturaleza contractual como obligación del trabajador nacida del propio contrato de trabajo.

En realidad, los dos apartados, 1 y 2, no son, sino la expresión del principio de reciprocidad de las obligaciones contractuales de derecho común, que afecta por igual a las dos partes de la relación laboral, en virtud del cual las posiciones jurídicas de empresario y trabajador han de corresponderse de forma sinalagmática.

Este apartado, reitera desde el contrato de trabajo, el deber básico del artículo 5 estatutario, en cuyo tenor, los trabajadores tienen como deber básico: b) “observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten”.

No debe obviarse, al tratar esta materia el deber del trabajador, que tiene especial intensidad, que se corresponde con su derecho, también enérgicamente protegido, frente al empresario.

Derecho y deber son inseparables y actúan como las dos caras de la misma moneda y así lo ratifica, como hemos visto el Estatuto de los Trabajadores.

La abrumadora intervención del Estado en la prevención de riesgos laborales por vía legislativa culmina con el acceso al texto constitucional de 1978 de la seguridad e higiene en el trabajo, en la expresa mención que hace el artículo 40-2, al establecer que “velar por la seguridad e higiene en el trabajo es uno de los principios rectores de la política social y económica del Estado”.

Más que establecer derechos y obligaciones concretas en esta materia, la declaración constitucional, insta a los poderes públicos a una regulación exigente de la seguridad e higiene. Su reconocimiento de principio rector de la política social y económica, significa que debe actuar como criterio inspirador que ha de estar presente e impregnar la legislación laboral, económica y la actuación administrativa.

En la constante evolución del tratamiento jurídico de la prevención de riesgos laborales, vemos, cómo se pasa de la total ausencia de las Leyes de contratación laboral (leyes del Contrato de Trabajo de 1944 y de Relaciones laborales de 1976) a su categorización en nuestra Ley Fundamental.

4. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES POR VÍA ADMINISTRATIVA

En la panorámica general de la legislación de seguridad e higiene en el trabajo, a lo largo del tiempo, hemos tenido ocasión de comprobar, a grandes rasgos, su extensión y complejidad.

Pero la intervención del Estado en estas materias, no se limita al terreno legislativo, estableciendo una normativa especialmente rigurosa, sino que coexiste con una intervención por vía administrativa, no menos intensa y exigente.

Ya vimos, al comienzo de este trabajo como ya en 1883 se crea la Comisión de Reformas Sociales, que en 1903, se transforma en Instituto de Reformas sociales, a cuyo impulso se debe la creación de la Inspección de Trabajo, cuya misión era la de velar por el cumplimiento de la primera Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, incluida la previsión de accidentes de Trabajo y las no más limitativas del trabajo de niños, menores y mujeres.

En 1920, se crea el Ministerio de Trabajo que desde esta fecha, y sin solución de continuidad hasta nuestros días, es el instrumento del Estado para intervenir en las actuaciones en el orden laboral, en general y de la prevención de riesgos laborales, en particular.

La ley de Prevención de Riesgos laborales de 1995, contempla y regula la intervención administrativa del Estado, en esta materia, en los artículos 7 y 10, nominados, respectivamente: “Actuaciones de las Administraciones Públicas competentes en materia laboral” (art.7) y “Actuaciones de las Administraciones Públicas competentes en materia sanitaria”.

Sabido es que la prevención de riesgos tiene como objetivo primordial la protección de la vida, integridad física y salud del trabajador. La Seguridad e higiene en el trabajo comprende medidas técnicas y sanitarias para garantizar la salud que pueda resultar afectada por el medio ambiente laboral y es la salud del trabajador la que justifica la alusión de la Ley de 1995 a “las Administraciones Públicas competentes en materia sanitaria”.

Si ponemos en comparación ambos artículos, vemos la diferencia cualitativa de las actuaciones o intervenciones de ambas Administraciones Públicas, laborales y sanitarias. Las funciones de las Administraciones Públicas Laborales (Ministerio de Trabajo y correspondientes órganos laborales de Administraciones Públicas autonómicas) son funciones de promoción de a prevención, asesoramiento técnico; vigilancia y control del cumplimiento por los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales y sancionar las infracciones a dicha normativa.

De mucha menor entidad, son las funciones que se asignan a la Administración Sanitaria en el artículo 1, que básicamente, se circunscriben a lo establecido en el

Capítulo IV del Título I de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad y disposiciones de desarrollo.

La Ley General de Sanidad, tiene el capítulo IV que se nomina precisamente de la “Salud Laboral” que es concepto más restringido que el de prevención de riesgos laborales y la propia Ley de Sanidad viene a reconocerlo, al decir, en su artículo 21-1 que es “la actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral”.

Las funciones se limitan a establecer protocolos de evaluación y control de las actuaciones de carácter sanitario; implantación de sistemas de información; supervisión de la formación del personal sanitario y divulgación de estudios, investigaciones y estadísticas en materia preventiva.

La conclusión que podemos extraer de la comparación de ambos textos es que las Administraciones sanitarias no son ajenas a la prevención de riesgos laborales, pero que las Administraciones Públicas que tiene a su cargo la intervención administrativa del Estado en materia preventiva son las Administraciones Públicas competentes en materia laboral que el Ministerio de Trabajo, viene ejerciendo desde su creación en el año 1920.

Para llevar a la práctica la política estatal en materia de prevención de riesgos laborales, la Administración Laboral cuenta con dos instrumentos u organismos fundamentales: la Inspección de Trabajo (ahora llamada Inspección de Trabajo y Seguridad Social) y el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

a) La Inspección de Trabajo

Seguir la actuación de la Inspección de Trabajo desde su creación en 1906, mucho antes de que se creara el Ministerio de Trabajo en 1920, es seguir la actuación de la intervención administrativa del Estado en las relaciones laborales y específicamente en el campo de la prevención de riesgos laborales.

Si como hemos visto, en páginas anteriores, las primeras medidas legislativas, que marcan la intervención del Estado, eran normas de seguridad e higiene en el trabajo, relacionadas con los accidentes de trabajo y la previsión (prevención) de estos y protectores del trabajo de los menores, se hacía necesario un organismo laboral que controlara su cumplimiento.

De nada sirve una perfecta normativa jurídica, si el Estado no garantiza su aplicación. En palabras de OIT, “la legislación laboral sin inspección, es á un ejercicio de ética teórica, que una disciplina social obligatoria”.

La aplicación de esta primitiva y rudimentaria normativa de seguridad e higiene en el trabajo fue la que determinó la creación de un cuerpo de funcionarios, los Inspectores de Trabajo, en algunos países, denominados (Inglaterra) “inspectores de fábrica”.

Son muchas las actuaciones y funciones que la Inspección de Trabajo ha venido desempeñando a lo largo de su más de un siglo de existencia. Básicamente, la función de vigilancia y control del cumplimiento de la legislación laboral.

Sus actuaciones, por supuesto, han evolucionado con el paso del tiempo. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 dedica a la “Inspección de Trabajo y Seguridad Social” el extenso artículo 9. El apartado uno de este artículo, sienta, en primer lugar, el principio básico de que “corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la función de vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales”, tajante pronunciamiento que se reitera en otras disposiciones vigentes con rango de Ley formal, con la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 14 de noviembre de 1992 o la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden social, aprobada por Real Decreto legislativo 5/2000 de 4 de agosto.

Dentro de esta función general se especifican otras:

- Vigilar el cumplimiento de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención (1-a)).
- Asesorar e informar a empresas y trabajadores (1-b)).
- Elaborar informes solicitados por los Juzgados de lo social en procedimientos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (1-c)).
- Informar a la Autoridad Laboral sobre los accidentes de trabajo, mortales, muy graves y graves (1.d))
- Ordenar la paralización inmediata de trabajos, cuando, a juicio del Inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores (1-f)).
- Proponer a la autoridad laboral la sanción correspondiente, cuando compruebe una infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales.

Esta última actuación inspectora es la más conocida y predominante entre las anteriores enunciadas, pero no debe olvidarse las otras funciones que tiene encomendadas y sobre todo la de asesoramiento a empresas y trabajadores, que cada día adquiere más importancia, dada la proliferación de la normativa preventiva

b) El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo

Este Instituto, que conserva, afortunadamente, en mi opinión, la denominación tradicional de seguridad e higiene en el artículo 8 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995, como el “órgano científico especializado de la Administración General del Estado en materia de prevención de riesgos laborales”.

Inmediato antecedente de este Instituto, es el organismo creado en 1971, bajo el desafortunado nombre de Plan Nacional de Higiene y Seguridad en el Trabajo, como Servicio Social dependiente del Ministerio de Trabajo.

El asesoramiento técnico (ya hemos apuntado antes el elevado contenido técnico de la seguridad e higiene en el trabajo) es el cometido fundamental del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que deberá prestar tanto a la Administración Laboral u otras Administraciones Públicas, como a empresarios y

trabajadores y sus respectivas organizaciones empresariales y sindicales; y como función específica de la mayor relevancia: “el apoyo técnico y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el cumplimiento de su función de vigilancia y control.

Sin entrar en mayores detalles podemos concluir que la Administración Pública, competente en materia preventiva, cuenta con dos órganos principales para desarrollar la labor de intervención administrativa en el campo de la prevención: el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (que se contempla en el artículo 8) y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la que tampoco son ajenas funciones de asesoramiento técnico.

Al regular ambos organismos, la ley de Prevención, trata de deslindar, los campos de actuación preferente de uno y otro, poniendo énfasis el artículo 8, en el carácter técnico y asesor del Instituto, al que la Inspección de Trabajo puede requerir y el Instituto debe prestar el apoyo técnico y colaboración necesaria, sobre todo en materias de gran complejidad técnica, como pueden ser materias relacionadas con la higiene industrial.

5. LA INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL

La intervención del Estado en materia de prevención de riesgos laborales, alcanza también al campo penal y civil y su aplicación por el orden jurisdiccional.

En casos determinados, de graves infracciones a la normativa de prevención de riesgos laborales, principalmente, cuando de ellas deriven muerte o lesiones graves para el trabajador afectado, estas infracciones son susceptibles de sanción, tanto desde el ordenamiento laboral como del ordenamiento jurídico penal confluyentes ambos en el mismo objetivo de protección de la vida, integridad física y salud del trabajador.

El ordenamiento penal limita su tutela a los bienes jurídicos que constituyen el “mínimum ético” de una comunidad, cuyo desconocimiento o violación resultan más intolerables para la convivencia en sociedad, y, de modo evidente la vida, integridad física y salud de los trabajadores, que tradicionalmente y de modo constante han constituido el objetivo fundamental de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo participan, sin discusión alguna, de esta naturaleza.

No es nueva la repercusión penal de determinadas infracciones graves de la normativa preventiva, a través de tipos delictivos como el homicidio o lesiones por imprudencia (que se mantienen en el Código Penal vigente) los llamados delitos de resultado. Sin embargo, es en época relativamente reciente (años setenta) cuando se introduce en el Código Penal, una figura delictiva directamente relacionada con la seguridad e higiene en el trabajo.

La Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre que aprueba el Código Penal vigente y en su Título XV, nominado “Delitos contra los derechos de los trabajadores” tipifica en el artículo 316, este delito específico, en los siguientes términos: “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan en peligro grave, su vida, salud e integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

Este artículo del Código Penal, se configura en la doctrina y jurisprudencia como “norma penal en blanco”, en cuanto su contenido se integra y ha de completarse con conceptos extrapenales tomados de disciplinas ajenas al Derecho Penal. Así, conceptos como “infracción de las normas de prevención de riesgos laborales”, “quienes estén legalmente obligados” o “que sean las medidas de seguridad e higiene adecuadas”, nos llevan directamente a la legislación laboral y específicamente de la seguridad e higiene en el trabajo.

Esta figura delictiva, se introduce por primera vez, en la Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del Código Penal de 1973 que la tipificaba en su artículo 348-bis: La redacción de este artículo 316 del Código vigente de 1995, difiere ligeramente de su inmediato antecedente.

El bien jurídico protegido en el transcrito artículo 316 del Código Penal, es la seguridad e higiene en el trabajo o prevención de riesgos laborales, que pasa a convertirse en bien jurídico autónomo, acreedor de la protección penal.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales prevé en su artículo 42, la intervención del Estado, por vía jurisdiccional no solamente en el campo penal, sino también en el campo de la posible responsabilidad civil que se traduce en indemnización de daños y perjuicios, lo hace compatible con la responsabilidad administrativa, en tanto que esto es incompatible con la responsabilidad penal.

6. LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1995

La incesante y progresivamente más rigurosa intervención del Estado en materia de prevención de riesgos laborales que, a grandes rasgos hemos expuesto en páginas anteriores, culmina con la promulgación de esta Ley de 10 de noviembre de 1995.

A partir de la publicación de esta Ley, ésta se convierte en la fuente principal de la ordenación jurídica de la prevención de riesgos laborales, complementada, en los aspectos técnicos de la prevención por los numerosos Reglamentos que la han desarrollado.

La Ley de Prevención es la traducción o transposición al derecho interno español de la conocida como “Directiva-Marco”, alumbrada por el Consejo de las Comunidades Europeas con fecha 8 de junio de 1989, “relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo”.

Su condición de Directiva-Marco, la constituye en la base de todas las Directivas específicas y todas las disposiciones comunitarias relacionadas con la seguridad y salud de los trabajadores (término que utiliza la Unión Europea, para referirse a esa materia). Establece los criterios generales de la política comunitaria de seguridad y salud en el trabajo, definiendo un nuevo y amplio marco jurídico básico entre cuyos límites han de moverse las normas nacionales de armonización. Su contenido es preponderantemente de carácter jurídico; las concreciones técnicas se abandonan a las Directivas específicas muy numerosas, que se han multiplicado, a raíz de la publicación de la Directiva Marco.

Podemos ver un cometido muy parecido o similar entre el papel que desempeña la Directiva-Marco de 1989 respecto de las Directivas específicas, con el que se asigna a la Ley de Prevención de Riesgos laborales de 1995, respecto de la pléyade de normas reglamentarias que la desarrollan.

La promulgación de esta ley de azarosa redacción, en su largo proceso de gestación prelegislativa, alumbra con el adecuado rango normativo de ley formal una nueva ordenación de la prevención de riesgos laborales, absolutamente necesaria por razones de índole interna y externa que se explicitan en su Exposición de motivos:

Establece, de un lado, un marco jurídico básico y unitario, como vértice de la dispersión normativa hasta entonces vigente, en gran medida desfasada por su antigüedad en el tiempo, y armoniza, de otro, nuestra legislación de seguridad e higiene con el acervo comunitario europeo, que representa la cascada de Directivas sobre protección de la seguridad y salud de los trabajadores y muy singularmente la Directiva Marco 89/391 relativa a “la aplicación de medidas para promover la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo”.

Nos hallamos ante una ley laboral especial, aplicable en el ámbito laboral específico de la seguridad e higiene, o prevención de riesgos laborales. Su aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas, tradicionalmente excluidas del ámbito laboral, la convierte también simultáneamente en una norma administrativa, con el carácter de norma básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

Esta doble naturaleza jurídica de la ley, laboral y administrativa, no deja de manifestarse y proyectar su influencia a lo largo de su articulado con las numerosas cautelas y reglas especiales que se establecen para su aplicación en el ámbito administrativo.

Es una Ley de Prevención, como su propio título indica, y como tal norma exclusivamente “preventiva”, incorpora los preceptos que, relativos a la seguridad e higiene se contenían en las sucesivas leyes de Seguridad.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, viene a ser, al mismo tiempo, culminación y punto de partida: corona el edificio jurídico de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, poniendo orden y unidad en la dispersa y heterogénea legislación de esta naturaleza; y es soporte y punto de arranque de una intensa y extensa actividad legislativa reglamentaria que, bajo su cobertura, ha de desarrollar y concretar los aspectos técnicos de la prevención que, por razones obvias, no se contemplan en la Ley.

La seguridad e higiene se caracteriza por el elevado contenido técnico que comportan sus normas preventivas. Con la incorporación de estos elementos técnicos, aportados por ciencias y disciplinas extrajurídicas, al texto legal adquieren relevancia jurídica los aspectos técnicos de la prevención que se abandonan a la regulación reglamentaria.

Punto de partida es también la Ley para la futura negociación colectiva. El carácter de “derecho necesario, mínimo e indisponible”, predicable de ésta y normas reglamentarias de desarrollo, constituyen “suelo” o límite inferior infranqueable, que no admite modificación convencional “in peius” y es soporte básico del que ha de partir la negociación colectiva, para desarrollar, mejorándolas, las medidas de prevención que se puedan convenir colectivamente.

Prescindiendo en esta caracterización general de toda otra consideración sobre el contenido de la Ley, hemos de destacar fundamentalmente, la trascendencia y repercusión de esta Ley en el ámbito de las relaciones laborales, y en su caso, administrativas. La Ley define, de hecho, un régimen jurídico peculiar de la seguridad e higiene en el trabajo, que se distancia considerablemente del régimen jurídico laboral general, delimitando un espacio laboral específico, diferenciado del ámbito laboral común u ordinario. Juegan, en este espacio delimitado por la Ley, principios y reglas, asimismo específicas, no predicables ni extensibles al ámbito laboral general.

Se pone la primera piedra de lo que ha de ser un Derecho de Seguridad e Higiene en el Trabajo, susceptible de tratamiento jurídico autónomo sin perder su conexión y dentro del más amplio marco del Derecho Laboral.

Se contienen en la Ley más que suficientes elementos de diferenciación que avalan este criterio, entre lo que mencionamos, como más destacados:

El *ámbito aplicación* de la ley, es distinto y más amplio, desbordando el ámbito laboral marcado por el Estatuto de los Trabajadores.

El ámbito de aplicación de toda norma jurídica, no hace, sino acotar la realidad social a la que ordena y regula y es el principal de sus rasgos característicos. No ya la Ley sino toda la normativa de seguridad e higiene, es de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales, contempladas en el Estatuto, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas, excluidas del ámbito laboral. Esta ampliación del ámbito de aplicación es, sin duda, una de las mayores innovaciones de la Ley.

Por si esto fuera poco, alcanza también el ámbito de aplicación de la Ley, a sectores no laborales, como fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo o no estrictamente vinculados por relación laboral como trabajadores autónomos y socios-trabajadores de cooperativas de producción.

Derechos y obligaciones cualitativamente distintos. Hasta los derechos y obligaciones que para empresarios y trabajadores nacen de la relación laboral presentan acentos y matices especiales, distintos del común de las obligaciones laborales, cuando de seguridad e higiene en el trabajo se trata.

La normativa de seguridad e higiene es de “derecho necesario, mínimo e indisponible”, y por su condición de “contenido mínimo” se halla enteramente sustraída a la autonomía individual y colectiva. La extensa y minuciosa regulación reglamentaria en desarrollo de la Ley deja escaso margen de actuación a la autonomía colectiva, primando, a diferencia de otras materias e instituciones laborales, la heteronomía de las fuentes reguladoras, representada por la abrumadora ordenación reglamentaria.

Los términos que se utilizan en la Ley para referirse a las obligaciones que se hacen recaer sobre el empresario en materia de seguridad e higiene agotan las propias posibilidades del lenguaje: conseguir una “protección eficaz”; “garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, etc.

A diferencia de otras obligaciones empresariales más determinadas, o fácilmente susceptibles de determinación, la deuda de seguridad del empresario, se hace en la Ley omnicompreensiva, hasta parecer ilimitada, y no cabe dudar que las obligaciones del empresario alcanzan un mayor rigor y exigencia en materia de seguridad e higiene que en el ámbito laboral ordinario.

Distinto régimen de participación de los trabajadores. Los órganos de representación y participación de los trabajadores en la empresa en materia de seguridad e higiene, son específicos y distintos de los órganos representativos y de participación de carácter general.

Si el régimen ordinario de participación de los trabajadores se realiza a través de los Comités de Empresa, y Delegados de Personal, la participación en materia de seguridad e higiene, se articula a través de los Comités de Seguridad y Salud, órgano paritario y colegiado de participación, y de los Delegados de Prevención, representantes unipersonales de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos del trabajo, que coexisten con los Comités de Empresa y/o Delegados de Personal.

Se trata de órganos de representación específicos, o con competencia circunscrita al ámbito de la seguridad e higiene, a los que la Ley reconoce importantes competencias y facultades de mayor entidad participativa, que las que se establecen para los órganos de representación general (Comités de Empresa y Delegados de Personal) en el Estatuto de los Trabajadores.

El, o, los Delegados de Prevención, figura representativa creada por la Ley, van a ser, en mayor medida que el propio Comité de Seguridad y Salud, la figura representativa clave, a través de los cuales se materializa específicamente la participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos.

Régimen sancionador administrativo distinto. Establece la Ley un régimen administrativo sancionador especialmente riguroso y cualitativamente distinto en materia de seguridad e higiene, que se sustrae al régimen sancionador general.

A partir de la vigencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cuenta con un exhaustivo y excepcionalmente riguroso régimen sancionador administrativo completamente autónomo, que se segrega y distancia considerablemente del laboral sancionador común, hasta obligar a modificar las competencias sancionadoras de las autoridades Laborales, previstas en la Ley 5/2000 de 4 de agosto.

7. CONCLUSIÓN

La conclusión que cabe extraer de cuanto dejamos dicho, es que la intervención del Estado en materia de prevención de riesgos laborales es exhaustiva por las distintas vías legislativa, administrativa y judicial; y apenas deja resquicio alguno para la intervención de las partes de la relación laboral, individuales y colectivas.

Queda la vía de la contratación colectiva para esta intervención privada, en la que pueda practicarse medidas de prevención de riesgos, siempre que desarrollen y mejoren lo establecido en las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias (art. 2.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales) y cuya aplicación, también obligatoria, se circunscribe al ámbito del Convenio Colectivo de que se trate (sectorial, de empresa, de centro de trabajo).

La complejidad normativa subsiste después de la vigencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, sobre todo, al amparo de la definición que de la normativa de prevención de riesgos laborales nos da el artículo 1º de la Ley: “La normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida, por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito”.

Ambiciosa definición legal, que encabeza la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y que, por su indeterminación, hemos de interpretar extensivamente.

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES EN MATERIAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Manuel García Muñoz
*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad Pablo de Olavide

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS TÉRMINOS QUE EXPRESAN LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - 2.1. “Legislación básica”
 - 2.2. “Régimen económico”
 - 2.3. “Seguridad social”
 - 2.4. “Ejecución de servicios”
3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ATENCIÓN A LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS TÉRMINOS EN QUE SE EXPRESAN
4. ASUNCIÓN DE LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA
5. ADECUACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA CON LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL
6. CONCLUSIONES
7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 (CE) configura, política y administrativamente, al Estado español como una estructura orgánica plural y compleja, en la que los poderes públicos, con mayor o menor mimetismo, se constituyen paralelamente en los distintos territorios que lo conforman y que exige, por tanto, una distribución ordenada de las competencias que el texto constitucional y las normas infraconstitucionales les atribuyen. Asimismo, el propio texto constitucional, en primer lugar, establece, a modo de normas transitorias, en los artículos 148 y 149, un reparto general de las competencias que les corresponden, sobre todo, a los poderes legislativos y ejecutivos en los ámbitos, territoriales y funcionales, denominados genéricamente estatal y autonómico (también identificado el poder ejecutivo, en estos ámbitos, como Administración central y Administración autonómica o, simplemente como Estado y Comunidad Autónoma, respectivamente), y que es, en segundo lugar, desarrollado y completado por las disposiciones contenidas en los Estatutos de Autonomía, en las normas de transferencias y los demás instrumentos normativos complementarios. Este reparto competencial, como es lógico, comprende los sectores y las materias que conforman el ordenamiento jurídico español sobre las que estos poderes públicos ostentan algún tipo de competencia. Entre estos sectores y materias se encuentra la Seguridad Social, la salud y la asistencia social, concebidas como instituciones individualizadas e integrantes de la protección social prevista por el texto constitucional. Concretamente, respecto a estas materias, la CE dispone, por una parte, que el Estado tiene competencia exclusiva sobre *“legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”* (art. 149.1.17) y sobre *“sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos”* (art.149.1.16); y, por otra, dispone también que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre sanidad (art. 148.1.20) y sobre asistencia social (art. 148.1.21).

No obstante, pese al intento de la norma constitucional de establecer un nítido reparto de competencias sobre estas materias entre el poder legislativo y el poder ejecutivo estatal y autonómico, como es sabido, su aplicación no ha sido pacífica en todos sus términos ni en todo momento entre sus titulares. La generalidad de las expresiones utilizadas, tanto en referencia a las materias como a las competencias, ya que jurídica y disciplinalmente admiten más de una interpretación sobre su contenido y extensión, ha determinado que no en pocas ocasiones el Tribunal Constitucional (TC) haya tenido que revolver los conflictos de competencias suscitados entre el Estado y la Comunidad Autónoma sobre el alcance, la asunción y el ejercicio de las competencias constitucionales sobre estas materias. Por ello, tras más de treinta años de vigencia de la CE, y consecuentemente de elaboración de doctrina constitucional por el TC, y de la aprobación, en el último lustro, de los denominados Estatutos de Autonomía de segunda generación, así como del siempre

permanente debate político sobre todo lo relacionado con las competencias constitucionales estatales y autonómicas, puede resultar de cierto interés, en estos momentos, sistematizar, analizar, clarificar y reflexionar, siquiera sea muy brevemente, sobre la evolución y la concreción actual de la distribución de competencias constitucionales entre los poderes públicos estatales y autonómicos sobre la protección social y, específicamente, sobre la Seguridad Social

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS TÉRMINOS QUE EXPRESAN LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL

La delimitación conceptual de las competencias asignadas a los poderes públicos estatales y autonómicos por el texto constitucional, así como de las materias Seguridad Social y asistencial social, han propiciado, desde un primer momento, diferentes interpretaciones y posiciones políticas por parte de estos poderes públicos que han reclamado la intervención dirimente e interpretativa del TC. Ciertamente, la falta de univocidad de las expresiones utilizadas por los preceptos constitucionales sobre estas competencias y materias determinó que pronto el TC tuviera que delimitar, de un lado, el significado de cada una de estas competencias, al no existir uniformidad ni coincidencia sobre su contenido entre el Estado y las CC.AA, pese a la aparente claridad en la distribución competencial expresada por el texto constitucional y, de otro, de las materias de la protección social sobre las que estas competencias se ejercen. Efectivamente, según el art. 149.1.17 de la CE, en materia de Seguridad Social, al Estado le corresponde en exclusiva la competencia sobre la legislación básica y su régimen económico y a las CC.AA y la ejecución de los servicios. Así pues, si bien el reparto de competencias sobre esta materia es fácilmente comprensible, no lo es tanto el contenido de sus términos, ya que son susceptibles de evocar más de un concepto jurídicamente relevante.

2.1. “Legislación básica”

En primer lugar, el término “*legislación*” puede entenderse en su acepción formal o en su acepción material, repercutiendo enormemente en el ejercicio de su competencia la acepción en la que se considere que se expresa el texto constitucional, puesto que la acepción formal se refiere exclusivamente a los instrumentos normativos con rango de ley y la acepción material se refiere a los instrumentos normativos con rango de ley y con rango reglamentario. El sentido formal o material del término legislación no es, por tanto, irrelevante para los poderes públicos a los que la CE les atribuye competencia legislativa, ya que su sentido formal determina

que al Estado le corresponde la competencia para aprobar las normas legales y a las CC. AA. las normas reglamentarias de ejecución o desarrollo, propiciando una suerte de colaboración normativa entre el poder legislativo estatal y el autonómico en un sector concreto del ordenamiento jurídico o en una materia determinada. En cambio, el sentido material reserva toda la actividad normativa para el Estado, correspondiéndole la competencia para crear todas las normas legales y reglamentarias sobre ese sector o materia concretos y sin contar con la colaboración normativa de las CC. AA. a las que el sentido material de legislación les niega cualquier competencia normativa sobre ese sector o materia concretos. En orden a la defensa de sus legítimos intereses, como no podía ser de otro modo, el Estado siempre ha considerado que el término legislación expresado en el texto constitucional debe entenderse en su sentido material y no en su sentido formal, de la misma manera que las CC. AA. han considerado que debe entenderse en su sentido formal y no material. La interpretación constitucional del término legislación no se hizo esperar y el TC, (STC 18/1982, de 4 de mayo), declaró -si bien con referencia a la competencia exclusiva del Estado sobre la *“legislación laboral”*- que este término *“incluye también ... los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir aquellos que aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así, se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, que solo mediante una colaboración entre Ley y Reglamento ... puede lograrse”*, sin que esta interpretación haya variado sustancialmente desde entonces, manteniéndose, con una u otras expresiones similares, la acepción material del término legislación (STC 51/2006, de 16 de febrero, entre las más reciente).

En segundo lugar, el adjetivo *“básica”* que acompaña al sustantivo legislación también ha sido, ante su polivalencia semántica, objeto de precisión por el TC desde sus primeros pronunciamientos, sobre todo con la finalidad de relacionarlo con el término legislación expresado en el articulado constitucional. Ciertamente, el significado de básica es menos tangible o más difícilmente aprensible que el de legislación, lo que ha generado que el TC se haya referido a él a través de diversas definiciones que, a su vez, han suscitado distintas interpretaciones doctrinales sobre su sentido y extensión. Así, en una de sus primeras sentencias (STC 32/1981, de 27 de julio), se refirió a él, si bien de una manera tautológica, para señalar que le corresponde al Estado *“la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado”*, destacando así la idea, repetida en posteriores pronunciamientos, de que la legislación básica *“exige un tratamiento normativo uniforme en todo el territorio nacional”* (STC 48/1988, de 22 de marzo) y que, en nuestra opinión, es la que mejor define esta expresión constitucional. Con ella, se pone de manifiesto que el término básica alude a una regulación unitaria de aplicación en todo el territorio nacional sobre un determinado sector o materia jurídica, evocando, por tanto, la acepción cualitativa (sector o materia) y no cuantitativa (mínimo o elemental) de su significado.

No obstante, no todas posiciones doctrinales sobre el significado de la expresión legislación básica, concretamente en materia de Seguridad Social, evidencian que el término básica debe ser entendido en su acepción cualitativa. Así pues, en nuestra opinión, en atención a la acepción cualitativa o cuantitativa de este término, se elaborando diversas teorías que, como ha señalado la doctrina científica, pueden agruparse en las denominadas “*tesis de la reducción funcional*” o “*tesis de la invariabilidad funcional*” respectivamente (Suárez Corujo). En esta última, se integran las interpretaciones inspiradas en concretas expresiones del TC que, entre otras equivalentes, se refieren a la legislación básica como la que establece un “*mínimo común normativo en el sector material de que se trate*” (STC 14/2004, de 12 de febrero), “*mejorable por así decirlo para adaptarlo a cada Comunidad Autónoma*” (STC 102/1995, de 26 de junio) y que, por tanto, permiten definir, en sentido contrario, la legislación no básica como la regulación complementaria o de mejora de aquella. Pero también, en estos casos, entendemos que el adjetivo mínimo es mencionado en su acepción cualitativa y no cuantitativa para referirse con él a la materia mínima, y no al mínimo de materia, que debe ser común en todo el territorio del Estado y que la legislación no básica es, en contraste, la que regula la materia no considera mínima en un sector concreto. Es, en este sentido, en el que, en nuestra opinión, puede decirse que la legislación no básica es complementaria de la legislación básica, al contener la normativa necesaria que junto con la básica regulan un sector concreto, pero que no tiene porqué ser común en todo el territorio y que, por tanto, puede constituir, también, una mejora, al adaptarse a cada Comunidad Autónoma, tanto en la regulación completa de dicho sector, como en comparación con la normativa (no básica) aprobada sobre ese sector por otra Comunidad Autónoma.

Asimismo, la acepción cualitativa del adjetivo mínimo explica que la relación de la legislación básica con la legislación no básica no sea, como parece indicar el TC, necesariamente cronológica, de manera que la promulgación de aquella siempre haya de preceder a ésta, como sí tendría que serlo, en todo caso, si el adjetivo mínimo se expresara en su sentido cuantitativo, ya que la normativa de la Comunidad Autónoma siempre sería posterior a la normativa del Estado para poder mejorar (aumentar) los mínimos de materia establecidos previamente por éste (STC 32/1981, de 27 de julio). A ello no obsta, que normalmente la normativa básica sea anterior a la normativa no básica, pues, como ha precisado el TC, corresponde al Estado calificar la materia que tiene este carácter, sin perjuicio de que, por su relevancia constitucional, corresponda comprobar y declarar su correcta calificación, en su caso, al TC, ya que la Comunidad Autónoma puede aprobar la normativa no básica con anterioridad, si bien, como también señala el TC, en este caso estará sometida a un a cierta provisionalidad hasta que Estado declare la materia que tiene carácter básico y que, por tanto, no ha sido regulada por la Comunidad Autónoma (STC 32/1981, de 27 de julio) .

2.2. “Régimen económico”

La expresión “*régimen económico*”, igualmente, ha sido delimitada conceptualmente por el TC, ante la diversidad de interpretaciones sobre el significado de sus términos. De un lado, según el TC, el término régimen de una determinada materia alude a que sobre ella se ejerce “*la totalidad de las competencias normativas sobre la misma*” (STC 84/1982, de 23 de diciembre y 38/1983, de 21 de octubre) y además “*puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario*” (STC 195/1996, de 28 de noviembre). Así pues, la atribución constitucional de un régimen sobre una materia concreta a un determinado titular, como el Estado o la Comunidad Autónoma, conlleva la asignación de la competencia normativa de la legislación básica y de la legislación no básica, en los términos antes descritos, y de la competencia ejecutiva sobre esa materia, de modo que cualquier actuación por parte de un sujeto que no es titular de estas competencias, en nuestra opinión, solamente puede ejercerse de forma delegada.

De otro lado, el término económico se refiere a los recursos necesarios para desarrollar una materia concreta, tanto en relativo a su obtención como a su dispensación, esto es, tanto a los aspectos relativos a los ingresos como a los gastos que el desarrollo de la materia pueda generar. La extensión y el contenido de estos aspectos dependerán, igualmente, de la interpretación, amplia o restrictiva, que se realice para la configuración de un régimen de esta naturaleza con relación a la materia de que se trate y de los principios y reglas sobre los que se pretenda asentar su construcción, como pueden ser, entre otros, solidaridad, igualdad, unidad, diversidad, etc. En definitiva, al titular de la competencia para el establecimiento del régimen económico de una materia corresponde la determinación de estos aspectos y principios, sin perjuicio de que posteriormente, pueda ser sometida al control del TC, si se trata de una materia con relevancia constitucional.

2.3. “Seguridad Social”

La expresión “*Seguridad Social*”, como actividad atribuida por la CE a los poderes públicos, no es definida por el texto constitucional, aunque al referirse a ella mencione los principios en los que parte de la doctrina científica ha encontrado las líneas conceptuales para establecer uno u otro modelo constitucional de Seguridad Social previsto por la norma fundamental. No obstante, aparte de la descripción doctrinal del modelo de Seguridad Social basada en estos principios, la ubicación de esta actividad de lo poderes públicos en el Capítulo III del Título I de la CE, determina que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.3 de la CE, corresponde al legislador, estatal o autonómico, según proceda de acuerdo con la distribución de competencias constitucionales, dotar a esta expresión de contenido y,

en consecuencia, configurar sus elementos estructurales como técnica o institución de protección social, en el sentido indicado por las previsiones constitucionales sobre esta materia. Así pues, es función del legislador infraconstitucional establecer los cuatro elementos o ámbitos estructurales que conforman el Sistema de Seguridad Social, de acuerdo con las previsiones de la CE que sucinta y genéricamente prescriben que sus ámbitos subjetivo, objetivo, económico y gestor, deben sustentarse en los principios de universalidad, suficiencia y publicación respectivamente (art. 41 CE). Para ello, no obstante, como precisa el TC, se debe partir de la legislación vigente en el momento de aprobarse la CE que estructuraba al sistema de Seguridad Social *“sobre un doble pilar: el principio contributivo y la cobertura del riesgo que se hubiera efectivamente producido”*, con objeto de superarla, ya que *“el régimen público de la Seguridad Social se configura como una función de Estado destinada a garantizar la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad, lo que supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias. En definitiva, el sistema de Seguridad Social es de configuración legal, si bien debe garantizarse en todo caso su reconocimiento institucional en los términos expuestos”* (STC 239/2002, de 11 de diciembre). Esto es, cobertura de asistencia y prestaciones suficientes, tanto de carácter contributivo como no contributivo, en situaciones de necesidad, por parte de los poderes públicos competentes.

Ciertamente, la noción constitucional de Seguridad Social basada en la cobertura de situaciones de necesidad no condicionada a la previa contribución de sus beneficiarios, como exigía la legislación de la Seguridad Social anterior a la aprobación de la CE, puede solaparse o coincidir con la noción de otras técnicas próximas de protección social, también prevista por la CE y atribuidas igualmente a los poderes públicos, como sucede específicamente con la denominada asistencia social. Así pues, la delimitación conceptual entre una y otra técnica de protección social no sólo es necesaria para la comprensión del significado de cada una de ellas, sino también para determinar las competencias constitucionales que los poderes públicos pueden ejercer sobre las mismas. Por ello, el TC, con objeto de resolver supuestos conflictos de competencias constitucionales, igualmente, se ha referido a la definición de asistencia social y a algunos de los elementos que permiten diferenciarla de la Seguridad Social. En contraste con la mención de la CE al sistema de Seguridad Social, el texto constitucional no establece ningún principio que permita inferir la noción constitucional de asistencia social, por lo que, como señala el TC, *“ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general”*, en la que *“aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de la población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social”* (STC 239/2002, de 11 de diciembre). De esta definición puede extraerse, en nuestra opinión, una noción residual de asistencia social con relación a la Seguridad Social, consistente en la cobertura de situaciones de ne-

cesidad por aquélla no previstas por ésta (ámbito objetivo) o para colectivos no incluidos en ésta (ámbito subjetivo) y, del mismo modo, no condicionada a la contribución económica previa de sus beneficiarios. Con ello, destaca el carácter complementario en la cobertura de situaciones de necesidad por la asistencia social con respecto a la Seguridad Social, como elemento diferenciador, entre otros posibles (carácter extraordinario o financiación con cargo a presupuestos distintos a los de la Seguridad Social), de ambas técnicas de protección social, expresados por el TC (STC 239/2002, de 11 de diciembre).

2.4. “Ejecución de servicios”

Finalmente, la expresión “*ejecución de servicios*”, aunque en menor medida, también es susceptible de más de una interpretación conceptual. Por una parte, el término ejecución alude a una de las actividades encomendadas a los poderes públicos, concretamente, al poder ejecutivo, y que consiste en aplicar el contenido de las normas establecidas por el poder legislativo o por los centros productores de normas jurídicas establecidos por la CE o por la ley (en el ordenamiento jurídico español, no sólo tienen competencias normativas los órganos que integran el poder legislativo, sino también otros órganos o sujetos a los que la texto constitucional ha atribuido capacidad normativa: Gobierno, Comisiones constituidas por representantes de los trabajadores y de los empresarios para negociar convenios colectivos o sociedad en general, como comunidad organizada). Esta actividad aplicativa la desarrollan los órganos, entidades, departamentos o unidades administrativas, de diversa denominación, previamente configurados, constituidos y dotados de los medios necesarios de todo tipo por las normas jurídicas, para el ejercicio de las funciones que en cada caso tienen asignadas legalmente. Así pues, el poder legislativo no sólo regula el contenido de una actividad concreta, sino que regula también la estructura organizativa imprescindible y los procedimientos oportunos para su ejercicio efectivo. Existe, por tanto, al menos teóricamente, una nítida distinción entre las funciones del poder legislativo, consistentes en la ordenación jurídica de una materia determinada y de los medios idóneos para su aplicación, y las del poder ejecutivo, que se concretan precisamente en la aplicación de la ordenación jurídica de esa materia.

Sin embargo, el término ejecución también identifica a un tipo de norma jurídica, el denominado reglamento de ejecución o ejecutivo, y que ha motivado que, en ocasiones, se haya considerado que este término alude a la función legislativa y que, por tanto, su mención en el texto constitucional, se refiere, asimismo, a esta función. De este modo, la competencia constitucional de ejecución sobre una materia concreta significaría que su titular ostenta la capacidad para aprobar los reglamentos ejecutivos o de desarrollo de las leyes que la regulen. En nuestra opinión, la interpretación del TC sobre el sentido material del término legislación, en cuanto

atribución de competencia, tanto para aprobar las normas legales como las reglamentarias, no permiten sostener que el término ejecución se refiera a la competencia normativa de dictar los reglamentos ejecutivos, sino a la competencia para aplicar precisamente el contenido de la regulación, legal y reglamentaria, de una materia determinada, es decir, a la puesta en práctica de las prescripciones normativas para alcanzar un resultado concreto. Además, la clara separación literal establecida por la CE en la atribución de competencias normativas y ejecutivas sobre una materia específica, como sucede con la Seguridad Social, es un elemento más para interpretar que el término ejecución exclusivamente se refiere a la capacidad para aplicar el contenido de las normas jurídicas. A ello, no obsta, en absoluto, que la competencia de ejecución faculte a su titular para poder elaborar las normas internas necesarias (denominados reglamentos organizativos) para organizar la institución, entidad o departamento encargados de aplicar la regulación de la materia que se trate, así como para comunicarse o interaccionar con los destinatarios de esa regulación, esto es, principalmente con los ciudadanos y, por su puesto, los actos administrativos o de cualquier naturaleza que expresan o contienen la aplicación de dicha regulación. Pero no entendemos, en cambio, que faculte a su titular para dictar normas legales o reglamentarias, aunque éstas no tengan el objetivo de innovar o integrar con carácter general y unitario el ordenamiento jurídico, como se ha señalado por la doctrina científica (Casas Baamonde), ya que ésta facultad, como se ha expuesto, corresponde al poder legislativo. Por tanto, según ha precisado el TC, la competencia de ejecución *“incluye la de la emanación de reglamentos internos de organización de servicios necesarios para ello y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y, en general, el desarrollo del conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora”* de una materia (STC 51/2006, de 16 de febrero, con referencia otras anteriores).

Por otra parte, el término servicios, igualmente, es susceptible de distintas interpretaciones, en función la acepción restrictiva o amplia que se considere que contiene la CE. Así, en su acepción restrictiva solamente alcanza a las actuaciones del poder público que se concretan en el reconocimiento, dispensación o puesta a disposición de los ciudadanos de prestaciones de carácter técnicas para subvenir cualquier tipo de necesidad y, por tanto, no económicas, aunque lógicamente comporten un coste para el sujeto que las facilita y un beneficio para el sujeto que la recibe. En su acepción amplia, en cambio, junto con las prestaciones técnicas, alcanza también a las prestaciones económicas, en cualquiera de sus modalidades posibles (indemnizaciones, asignaciones, subsidios, pensiones y otras), en función de la materia de que se trate. Ante esta alternativa, no sólo relevante conceptualmente, sino sobre todo jurídicamente en cuanto a la atribución de competencias constitucionales, el sentido restrictivo o amplio del término servicios se puede deducir de la materia a la que se refiera y de la relación de ésta con otras materias en el contexto constitucional. Así, referido a la Seguridad Social, el término servicios alude, sin duda, a su contenido institucional, esto es, al ámbito objetivo o a la acción protec-

tora establecida por el sistema de Seguridad Social y, específicamente, a las medidas reparadoras de las situaciones o contingencias protegidas legalmente. Estas medidas, ciertamente, pueden ser de carácter técnico, pero principalmente, son de carácter económico, debido a que el sistema de Seguridad Social tiene una función esencialmente correctiva, que se materializa precisamente en el reconocimiento y dispensación de cantidades dinerarias, y sólo indirectamente y en muy menor medida, tiene una función preventiva, que se desarrolla, en cambio, en el reconocimiento y dispensación de bienes y acciones no dinerarias. Este primer hecho, en nuestra opinión, revela que el termino servicios se recoge en el texto constitucional en su acepción amplia, puesto que se refiere con carácter general a la materia de Seguridad Social y ésta despliega su actividad directa, prioritaria y básicamente a través de prestaciones económicas. Además, en el ámbito en el que la protección de la Seguridad Social se desarrolla mediante la dispensación de prestaciones técnicas, como es la salud, es objeto de reconocimiento individualizado por la CE (art. 43), cuya competencia (ejecución y legislación) es, asimismo, atribuida, por la CE a las CC.AA. De esta forma, carecería de sentido que se asignara exclusivamente a las CC.AA la competencia ejecutiva de un tipo prestaciones de la Seguridad Social sobre la que se ostenta, por razón de la materia, a través de otro título constitucional. Igualmente, puede decirse del otro ámbito en el que la protección de la Seguridad Social, también, se materializa en la dispensación de prestaciones técnicas, como es la asistencia social y servicios sociales, cuya competencia (ejecución y legislación), del mismo modo, está atribuida a las CC.AA. Este segundo hecho, permite, asimismo, concluir que la competencia ejecutiva, en los términos expuestos, sobre los servicios de la Seguridad Social se extiende tanto a las prestaciones técnicas como a las prestaciones económicas que integran la protección de su ámbito objetivo, puesto que si no fuera así la competencia ejecutiva encomendada a las CC.AA en esta materia sería, además de excesivamente limitada, innecesaria, al haber sido asignada a través de otros títulos constitucionales.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ATENCIÓN A LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS TÉRMINOS EN QUE SE EXPRESAN

La delimitación conceptual de los términos en que se expresan las competencias constitucionales establecidas en el art. 149.1.17 de la CE, en el sentido expuesto, determina que la distribución competencial entre el Estado y las CC. AA. en materia de Seguridad Social se ordena en atención a los siguientes extremos. En primer lugar, al poder legislativo del Estado le corresponde la competencia exclusiva para aprobar todos los instrumentos normativos con rango de ley y con rango reglamentario, en cualquiera de sus modalidades previstas por el sistema de fuentes

del ordenamiento jurídico español, con objeto de poder conseguir la uniformidad de la regulación del régimen económico de la Seguridad Social y de las materias básicas que la conforman. En este sentido, el legislador estatal, está facultado, por una parte, para establecer la regulación legal y reglamentaria sobre el ámbito económico de la Seguridad Social que preserve su unidad, bajo los principios de solidaridad financiera y unidad de caja (STC 124/1989, de 7 de julio). Por otra parte, está facultado también para determinar el contenido de las normas que tiene carácter básico y, por exclusión, el que tiene carácter no básico, sin perjuicio del posterior control de constitucionalidad al que puede someterse esta determinación, puesto que no es absolutamente ilimitada ni discrecional, sino que tiene que respetar las prescripciones establecidas por la CE y las interpretaciones elaboradas por el TC sobre la Seguridad Social y que la definen como una función del Estado de configuración legal destinada a garantizar asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad, de acuerdo con los principios de universalidad subjetiva, suficiencia prestacional y publicación gestora y económica (art. 41 CE y STC 239/2002, de 11 de diciembre). Con este propósito, el legislador estatal dispone que la Ley General de la Seguridad Social configura esta función del Estado (art. 1) y que, por tanto, el contenido de sus normas tiene carácter básico, salvo el referido al ejercicio de las competencias de las CC. AA. asumidas en su correspondientes Estatutos Autonomía (D.F 1ª).

En consecuencia, como puso de manifiesto parte de la doctrina científica, nada más promulgarse la CE (De la Villa y Desdentado), puede deducirse que tienen carácter básico las materias referidas al ámbito subjetivo y al ámbito objetivo del sistema de Seguridad Social y carácter no básico la materia relativa a su gestión, salvo en lo atinente a su régimen económico que en todo caso tiene carácter básico. Y que, por tanto, corresponde al poder legislativo del Estado aprobar las normas legales y reglamentarias para regular la estructura (niveles y regímenes), el campo de aplicación (criterios de inclusión subjetiva y de encuadramiento) la acción protectora (contingencias, situaciones de necesidad protegidas y prestaciones), la financiación (recursos económicos y sistema financiero) y la gestión económica (órganos económicos, procedimientos recaudatorios y ordenación de pagos) del sistema de Seguridad Social. La importancia de las materias consideradas básicas conlleva, por tanto, que se identifique su legislación con la legislación sustantiva o fundamental de la Seguridad Social, como señala una de las posiciones científicas que defiende la denominada por la doctrina “*tesis de la reducción funcional*” (Suárez Corujo).

En segundo lugar, al poder ejecutivo del Estado le corresponde aplicar la legislación relativa al régimen económico del sistema de Seguridad Social, con objeto de garantizar su unidad e impedir diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las CC. AA. Así pues, la Administración del Estado, configurada por la legislación estatal, está facultada para realizar la “*gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, en aplicación de*

los principios de solidaridad financiera y caja única”; “la gestión y control de la cotización y recaudación de las cuotas y demás recursos de financiación del sistema” y, por consiguiente, de su “aplazamiento o fraccionamiento”; “la ordenación de pagos de las obligaciones de la Seguridad Social y la distribución en el tiempo y en el territorio de las disponibilidades dinerarias para satisfacer dichas obligaciones y evitar los desajustes financieros” y “la apertura de cuentas en instituciones financieras destinadas a financiar los fondos de la Seguridad Social” (STC 124/1989, de 7 de julio).

En tercer lugar, al poder legislativo de las CC. AA. le corresponde la competencia para aprobar todos los instrumentos normativos legales y reglamentarios para regular la materia no básica de Seguridad Social que, con base en las prescripciones constitucionales y en la doctrina del TC, el legislador estatal ha determinado, en contraste y por exclusión de la materias básicas, que es toda la materia relativa a la gestión del sistema de Seguridad Social, salvo la referida a su régimen económico. Así pues, el legislador autonómico está facultado para aprobar las normas legales y reglamentarias para configurar las unidades administrativas públicas, en cualquier de sus modalidades admitidas por el ordenamiento jurídico (entidades, organismos, departamentos, órganos, etc.), y atribuirles las funciones necesarias para la aplicación de la normativa sobre la acción protectora y el ámbito subjetivo en cuanto esté relacionado con la acción protectora del sistema de Seguridad Social, así como, sobre su régimen económico, pero en este caso exclusivamente las funciones *“que no puedan comprometer la unidad del sistema, o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social”* (STC 124/1989, de 7 de julio).

En cuarto lugar, al poder ejecutivo de las CC. AA. le corresponde, correlativamente, aplicar la normativa, legal y reglamentaria, establecida por el poder legislativo estatal, para regular los servicios del sistema de Seguridad Social. En consecuencia, de acuerdo con el sentido amplio del término servicios, recogido en el texto constitucional, la Administración autonómica, configurada por el poder legislativo autonómico, está facultada para realizar la gestión de la acción protectora, consistente en reconocer y administrar todas las prestaciones económicas y reconocer, administrar y dispensar todas las prestaciones técnicas, así como para gestionar las actuaciones relativas al ámbito subjetivo que tengan repercusión en la acción protectora, como sucede específicamente con la solicitud, tramitación y resolución de los actos de encuadramiento, y, exclusivamente, las relacionadas con el régimen económico que observen las limitaciones señaladas sobre esta facultad por el TC, y que, como se acaba de exponer, solamente pueden ser aquellas que no comprometan, ni perturben la unidad ni el funcionamiento uniforme del sistema, ni engendren directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos. De esto

modo, la actuación del poder ejecutivo autonómico sobre el régimen económico se reduce al ejercicio delegado de los actos de recaudación de recursos y de ordenación de pagos del sistema de Seguridad Social previstos, establecidos y dictados por la Administración estatal.

4. ASUNCIÓN DE LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Las CC. AA. en los Estatutos de Autonomía, denominados de primera generación, acogieron las competencias constitucionales, en materia de Seguridad Social, aunque no con la misma extensión ni intensidad, en atención, básicamente, al procedimiento por que el que las distintas Comunidades accedieron a la autonomía, a través de los siguientes términos o expresiones jurídicas similares:

a) *“el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la Seguridad Social”* y la *“gestión del régimen económico de la Seguridad Social”* (País Vasco y Cataluña,), añadiendo algunos que el Estado se reserva *“la alta inspección conducente al cumplimiento de las facultades y competencias”* expresadas (Andalucía, Galicia, Navarra y Valencia o, de forma sintética, el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de *“Seguridad Social, excepto su régimen económico”* (Canarias);

b) la función ejecutiva en la *“gestión de las prestaciones y servicios sociales: INSERSO”*, precisando con relación a ello que *“la determinación de las prestaciones del sistema, los requisitos para establecer la condición de beneficiario y la financiación se efectuará de acuerdo con las normas establecidas por el Estado en el ejercicio de sus competencias”* (Cantabria, La Rioja, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid, Castilla-León), algunos, añaden, *“el desarrollo legislativo y la ejecución de la coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social”* (Asturias, Murcia) y otro precisa *“la ejecución de la legislación general del Estado en materia de “gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”* (Aragón).

Así pues, de acuerdo con el contenido de estos Estatutos de Autonomía, como ha señalado la doctrina científica, podían distinguirse dos bloques de CC. AA., en función de las competencias asumidas en materia de Seguridad Social. De un lado, las CC. AA. que asumieron todas las competencias constitucionales que podrían deducirse del art. 149.1.17 de la CE, esto es, el desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado, la aprobación de la legislación no básica, la ejecución de la legislación básica del Estado y la gestión del régimen económico (Andalucía, Canarias, Cataluña, Galicia, País Vasco, Navarra y Valencia). De otro, las CC. AA. que se limitaron a la ejecución de la legislación básica del Estado referida a la gestión de las prestaciones y servicios sociales atribuidos al INSERSO (Asturias, Cantabria,

Castilla-La Mancha, Castilla-León, Extremadura, Islas Baleares, La Rioja y Madrid) y de la asistencia sanitaria (Aragón), si bien previendo expresamente, la mayoría de ellos, la posibilidad de incorporar las competencias que *“no estén atribuidas en exclusiva al Estado o que sólo estén atribuidas las bases o principios, por algunos de los procedimientos establecidos en los art. 148.2 y 150.1 y 2. de la CE”* (Palomeque).

No obstante, para el desarrollo efectivo de estas competencias es precisa la aprobación de las correspondientes normas de transferencias, por las que se traspasa por el Estado a las CC. AA. los medios de toda naturaleza necesarios para su ejercicio, hasta ese momento constituidos y organizados por la Administración estatal. Así pues, como ha precisado el TC, mientras que el traspaso de estos medios no se efectúe, corresponde al Estado continuar ejerciendo las competencias atribuidas a las CC. AA. por la CE y asumidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, sin que ello, como es lógico, suponga que la adquisición de la titularidad de las competencias no se haya producido o está pendiente de producirse, perfeccionarse o completarse a través de las normas de transferencias, puesto que no son éstas, sino aquéllas las normas que atribuyen y acogen respectivamente las competencias constitucionales sobre cualquier materia, en general, y sobre la Seguridad Social, en particular (STC 25/1983 de 7 de abril y 124/1989, de 7 de julio). Así, mediante las correspondientes normas de transferencias, se traspasaron a todas CC. AA., si bien en distintas fechas y períodos, las funciones y servicios del Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y del Instituto Social de Marina (ISM), en este último caso, referidos a la asistencia sanitaria y, como es lógico, solamente en las CC. AA. que, por su localización geográfica, desarrolla su actividad esta Entidad Gestora.

Posteriormente, las reformas operadas en el último lustro en la redacción original de un número determinado de Estatutos de Autonomía, denominados de segunda generación, en cuya aprobación, seguramente, la doctrina del TC sobre la distribución de competencias constitucionales ha supuesto un importante referente, han precisado con más detalle y especificación las competencias asumidas por las CC. AA. en materia de Seguridad Social. Las expresiones utilizadas para la recepción de estas competencias en cada uno de los Estatutos reformados, si bien no son literalmente idénticas, coinciden en su contenido, aunque no completamente en su extensión ni en la forma de denominar las competencias. Así, algunas CC. AA. se refieren a competencias compartidas en materia de Seguridad Social (Cataluña y Aragón), otras no mencionan el carácter exclusivo o compartido de la competencia en materia de Seguridad Social (Islas Baleares, Valencia, Andalucía y Castilla y León) y otras, aparte de la materia de Seguridad Social, limitan la competencia exclusiva a la asistencia social o los servicios sociales (Andalucía. Cataluña y Castilla y León) o a la acción social (Aragón).

Asimismo, en sus respectivos Estatutos de Autonomía, unas CC. AA., asumen *“en el marco de la legislación básica del Estado”*, *“el desarrollo legislativo y la*

ejecución” de la “Seguridad Social”, “exceptuando las normas que configuran su régimen económico”, así como “en los términos que se establezcan en las leyes y normas reglamentarias que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado, la función ejecutiva” del “régimen económico de la Seguridad Social, respetando los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la Seguridad Social” (Islas Baleares Castilla, aunque ésta no recoge expresamente la gestión del régimen económico de la Seguridad Social; Valencia y Aragón, no menciona la expresión en el marco, sino que aluden directamente al “desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado” y, añade, además, de la gestión del régimen económico que “la Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar para aquellas finalidades, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con estas materias y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y Seguridad Social, y se reservará el Estado la alta inspección para el cumplimiento de estas funciones y competencias”; Extremadura y Cataluña también se refieren al “desarrollo normativo y ejecución de la Seguridad Social y a la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, respetando los principios de unidad económico-patrimonial y de solidaridad financiera”), y Andalucía solamente establece que “en materia de Seguridad Social, corresponde a la Comunidad Autónoma las competencias ejecutivas que se determinen en aplicación de la legislación estatal, incluida la gestión del régimen económico, con pleno respeto al principio de unidad de caja”.

En todo caso, independientemente de las expresiones concretas recogidas por las normas de reformas de estos Estatutos de Autonomía, se puede deducir que las competencias constitucionales en materia de Seguridad Social asumidas por las CC. AA. se pueden clasificar del siguiente modo:

a) competencias, denominadas exclusivas o compartidas, de desarrollo de la legislación “básica” (Islas Baleares, Valencia, Aragón) o “estatal” (Cataluña y Castilla y León) o “legislación sin denominación adicional” (Extremadura) de la Seguridad Social (Islas Baleares, Valencia, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Islas Baleares);

b) ejecución de la legislación (Andalucía, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Islas Baleares, Valencia, Aragón, Castilla);

c) como competencia, al parecer independiente de la ejecutiva de la legislación, la gestión del régimen económico de la Seguridad Social (Andalucía, Aragón, Cataluña, Extremadura, Islas Baleares y Valencia);

d) como competencia, parece que también independiente de la ejecutiva de la legislación, la gestión, el reconocimiento y gestión de las prestaciones no contributivas (Cataluña);

e) como competencia exclusiva, la legislación y la ejecución de los complementos de la Seguridad Social no contributiva (Islas Baleares).

5. ADECUACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA CON LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL

La asunción de competencias constitucionales en materia de Seguridad Social en los Estatutos de Autonomía, tanto de primera como de segunda generación, evidencia que no existe una exacta coincidencia entre las competencias que corresponden al Estado y las que corresponden a las CC. AA., en atención a su delimitación conceptual. En primer lugar, en los Estatutos Autonomía de primera generación, correspondientes a las denominadas comunidades históricas, se establece, como competencia autonómica, el desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de Seguridad Social. Esta competencia, sin embargo, no se menciona expresamente por la CE, sino que se deduce, seguramente, de una interpretación cuantitativa de la doctrina del TC sobre la competencia de legislación básica de titularidad estatal, que, como se ha señalado, la define como aquella que faculta a su titular para *“la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el territorio del Estado”* (STC 32/1981, de 27 de julio) o para establecer *“un mínimo normativo en el sector material de que se trate”* (STC 14/2004, de 12 de febrero). *“mejorable por así decirlo para adaptarlo a cada Comunidad Autónoma”* (STC 102/1995, de 26 de junio). De acuerdo con esta definición, se ha entendido por parte de la doctrina científica (defensora de las interpretaciones incluidas en la citada *“tesis de invariabilidad funcional”*) e, incluso, parece que también, en principio, por el legislador que el término básico es equivalente al adjetivo mínimo, en su acepción cuantitativa, y, que, por tanto, puede ser ampliado y aumentado, mediante el desarrollo autonómico. Sin embargo, como se ha precisado anteriormente, el término básico, en nuestra opinión, se contiene en el texto constitucional en su acepción cualitativa, de forma que no se refiere a un mínimo de materia, sino a una materia mínima, cuya regulación legal y reglamentaria corresponde en su totalidad al Estado. En este sentido, parece pronunciarse el TC, al calificar los aumentos o mejoras de prestaciones del sistema de Seguridad Social, financiadas con fondos autonómicos y con otras características particulares, como materia de asistencia social y no como desarrollo de la legislación básica de la Seguridad Social (STC 239/2002, de 11 diciembre), así como el legislador estatal, al disponer que *“cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios”* de unidad e igualdad entre otros, de modo que las CC. AA. solamente pueden establecer ayudas (prestaciones) de otra naturaleza (no pertenecientes al ámbito de la Seguridad Social), en el ejercicio de sus competencias (asistencia social), en beneficios de los pensionistas residentes en ellas (art. 38.4 y art. 2 de la LGSS).

Por ello, la competencia autonómica de desarrollo de la legislación básica asumida en los Estatutos de Autonomía se refiere, en nuestra opinión, a la función que desempeña respecto a la normativa del sistema de Seguridad Social la regulación de materias distintas a la de la Seguridad Social que son competencia de la Comunidad Autónoma, pero que afectan a esa normativa. Aparte de esta función, entendemos que la competencia de desarrollo de la legislación básica de la Seguridad Social, no coinciden con las previsiones constitucionales y con la doctrina del TC sobre la distribución competencial entre el Estado y las CC. AA. en materia de Seguridad Social.

En segundo lugar, en los mencionados Estatutos de Autonomía, se recoge como competencias autonómicas, tampoco expresamente mencionada por la CE, la gestión del régimen económico de la Seguridad Social. Sin embargo, la doctrina elaborada por el TC, por una parte, sobre el término régimen, que incluye tanto la función legislativa como la función ejecutiva, y por otra, sobre el término económico, que comprende toda la materia relativa a los recursos financieros y a la ordenación de pagos del sistema de Seguridad Social y que reduce cualquier actuación gestora sobre el mismo a aquellas que, en ningún caso, puedan comprometer ni perturbar la unidad ni el funcionamiento del sistema, ni engendren directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos (STC 124/1989, de 7 de julio), anula en la práctica esta competencia, limitando su ejercicio a la función que por delegación la Administración del Estado pueda encomendarle a la Administración autonómica. Así pues, la asunción de esta competencia, reiterada por algunos Estatutos de Autonomía de segunda generación, probablemente, sustentada en la atribución de la competencia de ejecución de la Seguridad Social a las CC. AA. prevista por la CE, igualmente, no coincide con las previsiones constitucionales y, sobre todo, con la interpretación del TC sobre la distribución competencial entre el Estado y las CC. AA. relativa al régimen económico de la Seguridad Social.

En tercer lugar, particularmente, el nuevo Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares incorpora, como competencia exclusiva de esta Comunidad, la legislación y ejecución de los complementos de la Seguridad Social no contributiva. Esta competencia, del mismo modo no prevista por la CE, pese a aludir expresamente a la materia de Seguridad Social, parece que se refiere más otro ámbito de la protección social que al de la Seguridad Social, como puede ser el de la asistencia social u otro similar, en el que, seguramente, puede encontrar mejor encaje constitucional. Efectivamente, de un lado, la legislación sobre la acción protectora de la Seguridad Social, tanto en su ámbito contributivo como no contributivo y tanto con relación a la prestaciones directas como a las prestaciones complementarias, corresponde al Estado, careciendo consecuentemente la Comunidad Autónoma de facultades normativas, salvo las que puedan estar exclusivamente relacionadas con su gestión. De otro lado, la ejecución de la legislación sobre la acción protectora de la Seguridad Social, contributiva y no contributiva, directa y complementaria, se atribuye a las CC. AA. que la asuman en sus correspondientes

Estatutos de Autonomía, como específicamente se realiza en este Estatuto. Así pues, probablemente, esta competencia alude a las facultades legislativa y ejecutiva de la Comunidad Autónoma para establecer y aplicar medidas de protección social distintas a las de la Seguridad Social, a favor de los beneficiarios de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, en los términos dispuestos por la LGSS para delimitar la acción protectora del sistema y que prevén expresamente esta posibilidad (art. 38.3 y 4 de la LGSS). En sentido contrario, esto es, una interpretación literal de esta competencia, concretada en la facultad de legislar, no así de ejecutar, complementos de la Seguridad Social no contributiva, por ser materia básica de Seguridad Social, no coincidiría con las previsiones constitucionales y con la doctrina del TC sobre la distribución competencial entre el Estado y las CC. AA. en materia de Seguridad Social.

El resto de competencias en materia de Seguridad Social asumidas por los Estatutos de Autonomía, tanto de primera como de segunda generación, en materia de Seguridad Social, esto es, legislación no básica y ejecución de la legislación básica del Estado y de la no básica de la Comunidad Autónoma, así como otras expresamente previstas, pero que no son más que reiteración individualizada de la competencia de ejecución (por ejemplo, el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña prevé expresamente la competencia de gestión y reconocimiento de las prestaciones no contributivas) coinciden plenamente con las previsiones constitucionales y con la doctrina del TC sobre la distribución de competencias en esta materia. No obstante, pese a la recepción de estas competencias, en parte o en su totalidad, por los correspondientes Estatutos de Autonomía, aún no se han transferido completamente por el Estado a cada una de las CC. AA. y, por consiguiente, no están siendo ejercidas plenamente por ellas, sino que continúan desarrollándose por el Estado.

Efectivamente, como se ha expuesto, hasta este momento, únicamente se han traspasado, total o parcialmente, funciones y servicios del INSERSO, del INSALUD y del ISM, pero no se ha transferido el resto de funciones y servicios atribuidos a otras entidades gestoras prestacionales (INSS) u organismos autónomos con funciones prestacionales en materia de Seguridad Social (INEM) ni, tampoco, las funciones sobre los actos de encuadramiento encomendadas al Servicio Común de carácter económico del sistema de Seguridad Social (TGSS). Consecuentemente, la falta de transferencia de estas competencias impide que las CC. AA. puedan desarrollar su facultad legislativa sobre la materia no básica (gestión del sistema) y su facultad ejecutiva sobre la legislación básica y no básica, limitándose únicamente el ejercicio de estas facultades a las prestaciones no contributivas. La explicación de esta limitación puede deberse a que la incorporación del nivel no contributivo en el sistema de Seguridad Social sustituyó en parte la acción que con este objetivo efectuaban las CC. AA. hasta entonces, así como la acción que el propio sistema de Seguridad Social realizaba a través de la denominada asistencia social “*interna*” gestionada por el INSERSO. Así pues, al traspasarse en bloque las funciones de esta entidad gestora a las CC. AA., que a su vez, estaban desempe-

ñando una actividad con una finalidad similar (carácter asistencial) a la que cumplen las prestaciones no contributivas, determinó que se le encomendaran todas las funciones de gestión, reconocimiento, administración, dispensación e, incluso, pago de las estas prestaciones del sistema de Seguridad Social.

No obstante, no parece que actualmente suponga una prioridad para el Estado ni para las CC. AA. la transferencia de la gestión de las prestaciones contributivas, probablemente, porque la dificultad técnica es mayor que en relación con las prestaciones no contributivas, ya que cualitativa y cuantitativamente no son comparables. Y porque la competencia legislativa y ejecutiva del Estado sobre el régimen económico de la Seguridad Social, en la que se incluye la ordenación de pago de las prestaciones, tampoco incita, al revelarse menos atractiva políticamente para sus destinatarios, ni la reclamación por parte de las CC. AA. de esta competencia ni la iniciativa del Estado dirigida a su traspaso. Las iniciativas legislativas del Estado en el ámbito de la gestión, como, por ejemplo, la ya tradicional propuesta, nuevamente reactivada por el reciente Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, de creación de la Agencia Estatal de la Administración Única de la Seguridad Social en la que se concentren todas las funciones prestacionales, económico-financieras y de encuadramiento (Disposición adicional séptima), confirman la intención de Estado de mantener esta competencia.

6. CONCLUSIONES

La aportación de la doctrina del TC sobre el significado de los términos y expresiones que contiene el art. 149.1.17 de la CE constituye un elemento esencial para delimitar conceptualmente las competencias del Estado y de las CC. AA. en materia de Seguridad Social y, consecuentemente, para determinar las facultades que les corresponden a sus poderes legislativo y ejecutivo respectivamente. Las competencias establecidas en los Estatutos de Autonomía, de primera y segunda generación, revelan, sin embargo, que no coinciden exactamente en su totalidad con su delimitación conceptual, a no ser que sean interpretadas un en sentido concreto.

Asimismo, la competencia de ejecución y, correlativamente, de legislación no básica en materia de Seguridad Social, solamente ha sido transferida por el Estado a las CC. AA. respecto de las prestaciones no contributivas, pero no con relación a las prestaciones contributivas, estando aún pendiente de traspaso. Diversas razones explican esta falta de transferencia y suscitan la reflexión, sobre todo, en estos momentos, en los que se sugiere desde distintos sectores de índole política, económica, jurídica y social, un cierto replanteamiento del “modelo autonómico”, acerca de si todo lo que, en teoría, es jurídicamente posible debe aplicarse en la práctica, independientemente de su resultado, positivo o negativo, y sin excepción

alguna. Entre ellas, destacan de manera esencial, en nuestra opinión, el acantonamiento del régimen económico de la Seguridad Social a favor del Estado previsto en la CE, en los términos señalados por el TC, y, fundamentalmente, la complejidad técnica alcanzada, por la acción protectora del nivel contributivo del sistema, que requiere criterios de aplicación uniformes en todo el territorio del Estado para salvaguardar la igualdad de todos ciudadanos en sus derechos y obligaciones de Seguridad Social. Estas dos razones son, por tanto, decisivas para orientar el debate sobre la conveniencia o no, en sus diferentes vertientes, de que se perfeccione completamente la transferencia de esta competencia a las CC. AA. o, por el contrario, se continúe desempeñando por el Estado.

No quisiera terminar sin expresar el honor que supone poder contribuir con esta modesta aportación al reconocimiento público de la labor docente e investigadora del profesor Rodríguez-Sañudo, de quien he tenido el privilegio de aprender, entre otras muchas cosas, el rigor, el valor y la generosidad del conocimiento científico, así como la fortuna de haber compartido día a día Universidad durante tantos años.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CASAS BAAMONDE, M.E. “*Relaciones laborales y autonomías territoriales: nuevas perspectivas*”, Relaciones Laborales, 1991.

DE VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A.: “*Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en la Constitución de 1978 (las relaciones laborales y la Seguridad social)*”, en AA.VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “*Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social*”, en AA.VV.: “*Derecho de la Seguridad Social*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

SUÁREZ CORUJO, B.: “*La protección social en el Estado de las Autonomías*”, Iustel, Madrid, 2006.

LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS COMO ACTORES DE LAS POLÍTICAS LABORALES Y DE PROTECCIÓN SOCIAL

Estefanía Rodríguez Santos
*Profesora Colaboradora Dra. de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social*
Universidad Pablo de Olavide

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. POLÍTICA DE EMPLEO
3. POLÍTICA DE INMIGRACIÓN
4. POLÍTICAS DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL
5. PROTECCIÓN SOCIAL
6. POLÍTICAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
7. LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN EL ESPACIO AUTONÓMICO
8. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la autonomía política de las Comunidades Autónomas (CC. AA.) implica un alto grado de compromiso en la promoción de las condiciones que hagan reales y efectivas la libertad y la igualdad de los individuos en los términos del art. 9.2 de la Constitución Española (CE), contribuyendo a la instauración de un auténtico Estado Social y Democrático de Derecho.

Durante los últimos años se ha producido un efecto expansivo del principio de autonomía territorial, que ha de comprenderse en el contexto evolutivo que ha sufrido nuestra sociedad, en el que los problemas y necesidades han ido cambiando, siendo aconsejable que el reparto de poderes competenciales se acomode a estos escenarios. Las nuevas demandas de la sociedad española, cada vez más complejas, requieren superar el esquema tradicional de monopolio competencial del Estado Central en determinadas materias, o al menos redefinirlo, pues en ciertas ocasiones resulta inoperante en la práctica para resolver determinados problemas planteados en el marco de la Política Social. Esta situación se ha hecho patente en materias, entre otras, como el empleo, la inmigración, las políticas de género o la formación profesional, que por su carácter transversal afectan a un variado conjunto de competencias donde comparten espacio el Estado Central, los Estados Autonómicos y las Corporaciones Locales.

La CE ofrece respaldo suficiente para que las CC. AA. puedan desarrollar una Política Social propia, sin que se ponga en riesgo la cohesión social del conjunto de la ciudadanía española. La diversidad constituye una característica del mercado de trabajo español que justifica la intervención singularizada de la Comunidad Autónoma en su ámbito territorial, sin que exista riesgo de mantener una relación conciliadora con la garantía de igualdad básica de todos los españoles.

No obstante, nos encontramos ante una realidad territorial con un elevado grado de complejidad, pues la reivindicación de espacios propios de actuación por parte de los Gobiernos Autonómicos siempre generan tensiones entre los poderes que coexisten en un mismo escenario, sobre todo, si tenemos en cuenta que la CE ha dibujado un modelo de Estado de las Autonomías abierto, que permite la evolución de las relaciones entre Estado y CC. AA. Es lo que ha ocurrido en España en esta última etapa, una intensificación del proceso de descentralización territorial por voluntad de los Gobiernos Autonómicos, fenómeno que ha tenido como colofón la reforma de algunos Estatutos de Autonomía, (Estatutos de Andalucía, Aragón, Castilla-León, Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares), significando más que una modificación, toda una redefinición institucional de los poderes territoriales, pretendiendo dar un paso más allá en cuanto a su conformación competencial, al intentar llegar al máximo techo reconocido por la CE¹.

¹ Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, M.T.: "El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales", en AA.VV. (coord. Prados De Reyes,

Los Estatutos de Autonomía de segunda generación no sólo se reconocen como la Norma Institucional Básica de las CC. AA., sino además aparecen como garantes de los derechos y del bienestar de los ciudadanos de su territorio, de tal suerte que una de las novedades que puede destacarse en algunos de estos Textos es la inclusión de un título de derechos, generalmente derechos sociales, cuyo ejercicio se vincula al ejercicio de las competencias autonómicas, centrando su interés particular en la regulación de los aspectos socio-laborales en sentido amplio.

Esta situación acontece en un nuevo escenario más amplio en el que el reconocimiento del hecho regional por las Instituciones Comunitarias constituye una realidad y es potenciada en dichos Estatutos², aunque no puede olvidarse que a pesar de la voluntad clara de la Unión Europea por fortalecer el papel de las entidades regionales en la participación activa de las distintas políticas, ello se hará dentro del reparto competencial establecido por la CE³.

Pues bien, situándonos en este contexto, el objeto de este trabajo es analizar la importancia del papel que actualmente asumen las Comunidades Autónomas como actores de las políticas laborales y de protección social. Sólo una consideración previa: El tema a investigar no es la delimitación de las competencias de las CC. AA. en esta materia; no obstante, lo cierto es que resulta muy difícil examinar la labor que desarrollan actualmente los Entes Autonómicos en el marco de las políticas sociolaborales sin aludir a la cuestión competencial, al menos para determinar los presupuestos desde los que partimos para situar nuestras reflexiones.

2. POLÍTICA DE EMPLEO

Las CC. AA. asumen una función muy relevante en la política de empleo, contribuyendo al incremento de la efectividad de las medidas aplicadas, pues ésta se encuentra claramente condicionada por la cercanía del proceso de toma de decisiones con los ciudadanos.

Como se ha podido constatar a nivel europeo, las deficiencias de la Estrategia Europea de Empleo (EEE), unidas al escaso éxito de las medidas propuestas, se han intentado paliar llevando al relanzamiento de la propia EEE en 2005, con la implicación de todos los sujetos con capacidad de actuación en materia de empleo en

F.J.). Políticas Laborales y de Protección Social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008, pág. 81.

² Documento "Fortalecimiento de la dimensión local de la Estrategia Europea de Empleo" COM (2001) 629 final.

³ STCO 33/2005, de 17 de febrero.

el diseño, desarrollo y control de la efectividad de la política de empleo, permitiendo la participación de las regiones, entidades locales e interlocutores sociales. Sin embargo, en la práctica, la función de las CC. AA. queda limitada a dar cumplimiento a los objetivos comunitarios dentro de las restricciones competenciales impuestas por la CE, siendo los principales protagonistas los Estados Miembros en la configuración y puesta en funcionamiento de las medidas de política de empleo.

En cualquier caso, la política de empleo cobra especial interés en la última década como ámbito de intervención en el renovado Estado de las Autonomías. Se ha revalorizado el empleo como uno de los principales objetivos a cumplir por los Gobiernos territoriales, debido, por una parte al carácter transversal de esta materia, lo que permite el refuerzo del papel de las CC. AA. en este ámbito, y por otra parte, por los importantes desequilibrios que existen en el mercado de trabajo español derivados, fundamentalmente, de la actual crisis económica.

Se observa en este último período la ampliación del espacio competencial autonómico en el ámbito sociolaboral, impulsado no sólo por la expansión de las competencias ejecutivas, sino por el proceso de transferencias, de modo que gran parte de las competencias de ejecución y de las políticas activas de empleo ya han sido transferidas a la mayor parte de las CC. AA.⁴

Por lo que se refiere a las competencias ejecutivas (art. 149.1.7ª CE), las CC. AA., además de legislar sobre el servicio público de empleo autonómico, su gestión y organización, intervienen en la ejecución de la política de empleo del Estado, considerada en un sentido amplio (intermediación laboral, fomento de empleo y formación profesional ocupacional)⁵.

En lo relativo a las políticas activas, todas las CC. AA. sitúan el empleo como uno de los ejes fundamentales de sus políticas públicas y todas han reforzado las mismas, sobre todo, en esta última etapa, planteando estrategias y empleando sus recursos para conseguir unos objetivos razonables, porque a todas, en mayor o menor medida, afecta la situación actual. Asimismo, en los nuevos Estatutos de Autonomía la materia de empleo sitúa la aspiración del legislador autonómico en su punto álgido, reivindicando el desarrollo de una política económica propia dentro de los márgenes constitucionales establecidos, que permiten la aplicación de medidas dirigidas a influir sobre el empleo como variable económica.

Estas políticas activas de empleo autonómicas son diseñadas y desarrolladas por los Pactos Territoriales de Empleo, que sientan las bases para que estas me-

⁴ La Ley 56/2003, 16 de diciembre, de Empleo procedió a la transferencia en fomento y políticas de empleo.

⁵ La dificultad de tratamiento competencial de la materia del empleo reside en que en la CE no aparece recogido “el empleo” en ningún título competencial, aunque desde la STCO 195/96, se ha entendido incluido en el art. 149.1.7ª CE.

didas se desarrollen en otras normas o acuerdos. Entre los criterios de ordenación de estas políticas se prioriza la calidad y la estabilidad, en el entendimiento de que el empleo constituye un instrumento de integración social de los individuos y de contribución a la productividad; además, el empleo de calidad se recoge como principio rector orientador de las políticas públicas en la mayoría de los nuevos Textos Autonómicos (p.e. E.A. de Andalucía)⁶. No obstante, se advierte que hasta el momento estos Planes se han limitado en general a reproducir en buena medida el contenido del Plan Nacional de Empleo, sin que se haya observado un verdadero esfuerzo en proponer acciones innovadoras que respondan a las necesidades particulares de su respectivo territorio, que sin duda, presentan singularidades propias en sus mercados de trabajo.

Si partimos del esquema general de la planificación (medidas de fomento y medidas de creación de empleo), es claro que, sin perjuicio de la posibilidad de gestionar y controlar las ayudas de fomento previstos por el Servicio Público Estatal de Empleo, las medidas de fomento de empleo, por su carácter de competencias exclusivas⁷, constituyen básicamente las medidas de política de empleo autonómicas, las cuales se dirigen, a través del establecimiento de subvenciones, a incentivar la contratación de determinados colectivos con dificultades de acceso al mercado de trabajo. A pesar del mimetismo con la política central, se aprecian algunos rasgos propios en las medidas adoptadas a nivel autonómico, como los programas de fomento al empleo de personas en exclusión social, abarcando más colectivos que los que considera la normativa estatal (víctimas de violencia de género, inmigrantes, ciudadanos del medio, rural), así como las ayudas para lograr el incremento del nivel de empleo distribuyendo el trabajo para promover la conciliación de la vida laboral y familiar. Ello sin olvidar que en los últimos años se ha recurrido a la técnica de ayuda de la subvención a tanto alzado, pudiéndose añadir a las bonificaciones estatales a la cotización.

Asimismo, atendiendo a las exigencias de estabilidad del empleo, se regulan incentivos destinados a la reducción de la temporalidad en el empleo, ya sea mediante fórmulas de conversión de contratos de duración determinada, o a través de incentivos a la contratación indefinida, siendo cada Comunidad Autónoma la que regula los requisitos de concesión, exigidos tanto a los empresarios (p.e. no haber sido sancionado por incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales,

⁶ Rodríguez-Piñero Royo, M. y Pérez Guerrero, M. L.: “Las Políticas Laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía (un estudio a partir del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007)”. En AA.VV. (coord. Prados De Reyes, F.J.). Políticas Laborales y de Protección Social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008, pág. 234.

⁷ Por aplicación del art. 148.1.13 CE, se comprende en el marco del “fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica general”.

o por actos discriminatorios) como a los trabajadores contratados (programas de inserción, orientación y formación profesional desarrollados por la propia Comunidad).

E incidiendo en la mejora de la empleabilidad, que como es sabido, tiene su base en la cualificación de los desempleados, las CC. AA. asumen las competencias de formación para dar cumplimiento del objetivo comunitario de responder a los requerimientos del mercado de trabajo, generalmente a través de Planes Autonómicos de Formación Profesional, así como también mediante la gestión de los programas estatales de Formación Profesional Ocupacional.

En relación con las medidas de creación de empleo, las CC. AA. han centrado sus puntos de atención principalmente en el desarrollo y crecimiento empresarial y en el fomento del autoempleo. En general, casi todas coinciden en el establecimiento de ayudas económicas para la formación, para la tecnificación de los sistemas productivos, así como fórmulas de simplificación de trámites administrativos. Igualmente se regula la concesión de subvenciones dirigidas al trabajador autónomo, bien para cubrir la inversión inicial de su negocio, o para su formación, aunque se tornan en medidas con escaso éxito por la insuficiencia de recursos o por la restricción de la concesión en determinados sectores productivos, lo que las hace ser muy selectivas. Asimismo se articulan medidas que impulsan fórmulas como la economía social (p.e. Andalucía), pero sólo las establecen algunas CC. AA.

Todas estas medidas se enmarcan en un contexto de regionalización de las Oficinas de Empleo, a través de las transferencias de competencias a las CC. AA., que actualmente se encuentran en fase de modernización, lo que supone el reforzamiento de la eficacia de su gestión y de resultados a través, sobre todo, de la incorporación de las nuevas tecnologías y de la creación de servicios de orientación laboral propios.

Recapitulando, podemos afirmar que el papel de las CC. AA. en materia de política de empleo cobra cada vez más importancia, pues son éstas las que deben ejecutar la mayoría de las directrices comunitarias, diseñando y poniendo en marcha las diversas medidas de empleo. El conjunto de acciones desarrollado es amplio y diverso, respondiendo principalmente a Acuerdos entre los Gobiernos Autonómicos y los interlocutores sociales, fundados en la diversidad estructural y en la necesidad de los territorios. No obstante, si bien es cierto que en los últimos años se han adoptado variadas iniciativas autonómicas, entre las que destaca la elaboración de Libros Blancos por algunas CC. AA. a semejanza del nacional, en general, los Gobiernos Autonómicos han desaprovechado la oportunidad de analizar más en profundidad las diferencias territoriales para conocer los rasgos que caracterizan las necesidades del mercado de trabajo de su territorio y así poder elaborar un diagnóstico de la situación y planificar acciones que respondan de manera más eficaz a las mismas. Nos referimos en este punto a la orientación de las políticas autonómicas, que hasta el momento se han centrado en el logro de la estabilidad y segu-

ridad y salud en el trabajo, sin abarcar en toda su extensión la consecución del objetivo de calidad que expresamente se recoge en la legislación positiva y en los planes de empleo y cuyo alcance se precisa por las Instituciones Comunitarias. Esta tarea exigiría incidir, por un lado, en la calidad de las características de los puestos de trabajo (retribución, jornada, cualificación profesional, formación, promoción, etc.) y por otro lado, en las características del mercado laboral (acceso al empleo, igualdad y no discriminación, conciliación de la vida personal, familiar y profesional, seguridad y salud, flexibilidad, diálogo social, participación de los trabajadores, etc.)⁸. Ello sin olvidar la necesidad de reforzar los instrumentos de coordinación y colaboración entre la Administración del Estado y las Administraciones Autonómicas, pues sigue constituyendo un problema importante por resolver. En este empeño, el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo propone mecanismos que garanticen la coordinación y cooperación entre el SPEE y los SE autonómicos en los respectivos ámbitos de competencia en materia de empleo, formación, y política laboral de inmigración, con especial atención a las políticas activas de empleo.

3 POLÍTICA DE INMIGRACIÓN

El fenómeno migratorio producido en las últimas dos décadas en España se ha convertido en uno de los temas centrales de las políticas públicas autonómicas y específicamente de las políticas laborales y de integración social. Sobre todo, en aquellas que acogen a un mayor número de inmigrantes, han tenido que enfrentarse además a los problemas de financiación y los relativos a la inmigración ilegal.

La atribución de la competencia exclusiva del Estado en materia de inmigración (art. 149.1.1ª CE) no significa que se excluya absolutamente a las CC. AA., ya que éstas asumen competencias en materia de empleo, género, asistencia social y servicios sociales, facetas en las que se incluye la problemática de la población inmigrante. Es, por tanto, el carácter transversal de la materia de inmigración el que ha permitido que se refuerce el papel de las CC. AA. en este ámbito.

A pesar de que la Ley 4/2000 no haga referencia alguna a la realidad autonómica, la inmigración no ha sido origen de conflicto entre Estado y CC. AA., como en otras materias, creándose un espacio de colaboración para lograr los objetivos perseguidos por la política estatal, respetando los límites competenciales que atribuyen el régimen de entrada y permanencia y salida de extranjeros al Estado, permitiendo que el resto de materias puedan ser asumidas por ambas Administraciones

⁸ Comunicación de la Comisión "Políticas sociales y de empleo. Un marco para intervenir en la calidad" (COM (2001) 313 final, de 20 de junio).

en el ámbito de sus competencias. Se intenta responder así a las recomendaciones de la Comunicación de la Comisión Comunitaria sobre inmigración, integración y empleo (2003(COM 336), que plantea el reto de la integración de los inmigrantes de manera global (mercado de trabajo, educación, servicios sanitarios, servicios sociales y respeto a la diversidad), siendo necesaria para su consecución la cooperación de las distintas Administraciones. En España, los Planes Estatales para la Integración Social han posibilitado este marco de cooperación.

Pues bien, partiendo de estas consideraciones, las CC. AA. actualmente ejercitan importantes funciones en materia de inmigración. Las primeras de carácter ejecutivo, pero no por ello desmerece su importancia, en el procedimiento de autorizaciones de trabajo, así como de participación en la determinación del contingente de inmigrantes que aprueba cada año el Gobierno Central. Las segundas, de plena competencia autonómica, y por tanto, las de mayor calado, conectan la política de inmigración con la del empleo e igualdad, donde encuentran espacios de intervención autonómica. En este espacio se contempla a los inmigrantes como un grupo específico de población necesitado de protección, de modo que las medidas adoptadas por la Administración Autonómica desarrolladas en distintos Planes (Planes de empleo, de exclusión social y de igualdad) se han dirigido principalmente a garantizar la igualdad de trato y la integración económica, social y cultural.

Precisando sobre las medidas introducidas a nivel autonómico, cabe destacar, por una parte, el importante esfuerzo realizado en los últimos años en el control e inspección de la explotación laboral de los inmigrantes, con la finalidad de eliminar las discriminaciones de este colectivo. Por otra parte, en relación con las políticas de empleo, se aprecia que las acciones emprendidas no han ido tanto dirigidas a la incentivación de la contratación, como a la mejora de su empleabilidad, a través de la información y la formación. Por último, se constata que las más desarrolladas por las CC. AA. son las medidas que alcanzan distintos ámbitos de atención personal: atención sanitaria, asistencia social, vivienda, educación...

Pues bien, a pesar del avance experimentado desde el año 2005 en la política de inmigración en el ámbito autonómico, que se ha centrado en la búsqueda del equilibrio entre el control y la integración social a través del reconocimiento de derechos, especialmente, en el orden social y económico, y a pesar de la creación de Comisiones de Cooperación entre Estado y CC. AA. que incluye, entre otras materias, la inmigración como objetivo común, todavía no se han desarrollado de manera suficiente y con eficacia estas políticas, por lo que se hace necesario que todas las Administraciones hagan un mayor esfuerzo de colaboración para lograr la integración social y cultural de este colectivo, estableciendo objetivos comunes.

4. POLÍTICAS DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL

Sabido es que en materia laboral las CC. AA. no tienen competencia legislativa, pero sí asumen competencias propias en el ámbito de la igualdad de trato e integración social y económica. Además, el carácter transversal del tratamiento de la igualdad de género permite la intervención de éstas en las parcelas que se ven afectadas por las manifestaciones discriminatorias. Muestra de ello es que la igualdad de género constituye hoy uno de los objetivos más importantes de las políticas autonómicas, como se refleja a través de su reconocimiento en las normas principales de las CC. AA. (generales y específicas), y en la actuación de casi todas sus políticas públicas (de empleo, inmigración, inclusión social, discapacitados...). Estas regulaciones constituyen desarrollos, mejoras o implementaciones a las medidas reconocidas en las disposiciones generales, siguiendo esquemas muy parecidos; sin embargo, el poder de autogobierno autonómico conlleva un cierto margen de ordenación que determina la posible existencia de tratamientos diversos.

A lo largo de estos últimos años se ha reforzado el compromiso de las CC. AA. en la exigencia del cumplimiento del principio de igualdad entre hombres y mujeres en todas las parcelas de la sociedad, pero especialmente en el ámbito sociolaboral. La Ley 3/2007, 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres ha supuesto un importante cambio en la perspectiva del tratamiento del derecho de igualdad de género y se ha reflejado en las normas y políticas autonómicas, sobre todo, en lo referente a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Siguiendo esta línea, los nuevos Textos Estatutarios han puesto especial hincapié en los aspectos vinculados al factor género, repercutiendo la reforma en los cambios previstos en este ámbito específico y en la asunción de nuevas funciones de las CC. AA. en las políticas de igualdad de oportunidades. Desde un planteamiento general, el reconocimiento expreso del derecho de igualdad de género supone la aparición a nivel autonómico de auténticas obligaciones de garantía de la consecución de este derecho y la disposición de los medios precisos propios para su logro. Es de destacar así las menciones a las medidas de acción positiva para lograr la igualdad de oportunidades dentro de la Comunidad. Además, la perspectiva de género constituye un principio informador de las competencias ejercidas por las CC. AA., lo que significa la integración activa de la dimensión de género en la elaboración y la aplicación de todas las acciones y políticas que lleven a cabo todos los poderes públicos autonómicos en el desarrollo de sus competencias.

Desde una perspectiva más específica, se refuerzan las exigencias de igualdad de género en todos los espacios laborales en los que se ve afectada, recogiendo como objetivo básico en la actuación de la Administración Autonómica el empleo estable y de calidad, incidiendo en el aspecto de la especial garantía de empleo para las mujeres, la protección contra el acoso en el trabajo y la violencia sexista, así como la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, aunque dichas exi-

gencias se encuadran en la dimensión básicamente promocional y de fomento que asumen las CC. AA. en materia laboral.

Estas referencias estatutarias no significan que se haya partido de cero en materia de igualdad, pues los Gobiernos Autonómicos venían adquiriendo en esta última etapa compromisos claros en la lucha antidiscriminatoria con regulaciones y políticas específicas, y en algunos casos, con entidades creadas al efecto. La transformación que se ha producido deriva de la institucionalización de esta materia al elevar sus elementos a la condición de estatutarios, lo que significa reforzar las garantías para su consecución, conformando un nexo de unión entre los derechos reconocidos y las políticas para lograr su efectivo ejercicio. Ciertamente, las innovaciones introducidas se reflejan en las Leyes de Igualdad Autonómicas, que atienden las peculiaridades de cada territorio a través de la regulación de mejoras respetando el mínimo legal establecido por la normativa estatal. Estas Leyes formulan una política global de protección de los derechos de las mujeres, pero no desconocen la prioridad de las actuaciones en el ámbito laboral, concediendo especial atención como áreas preferentes de actuación al empleo, la formación, las condiciones de trabajo, la conciliación de la vida familiar y personal y el acoso sexista en el trabajo. Evidentemente, el planteamiento y desarrollo de las medidas reguladas es diferente y no todas las CC. AA. conceden el mismo tratamiento a las áreas citadas, pero en términos generales han contribuido de manera importante al avance en la aplicación de la igualdad en todos los aspectos, los más tradicionales y otros novedosos.

En primer lugar, en relación con el acceso al empleo, se programan políticas de fomento del empleo de calidad en términos de estabilidad, a través del establecimiento de ayudas destinadas a empresas para fomentar la contratación femenina, algunas de ellas dirigidas exclusivamente a sectores y categorías laborales en los que las mujeres se encuentran subrepresentadas, o a colectivos de mujeres con mayores dificultades de acceso al trabajo. Y en similares términos se prevén ayudas para incentivar el autoempleo femenino.

En segundo lugar, y como complemento indispensable de la inserción laboral, la norma autonómica incide en el reforzamiento de la formación profesional, a través del establecimiento de diversas medidas que se concretan en mecanismos de apoyo para posibilitar su ejercicio en el horario laboral o sistemas semipresenciales alternativos, así como fórmulas de prioridad en el acceso a dicha formación.

En tercer lugar, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, se concede especial relevancia a la garantía de la Administración autonómica en relación con la igualdad de retribución, fomentando el diálogo entre las partes negociadoras en el sector privado a efectos de realizar actuaciones en este sentido. Y además, se regulan fórmulas que conectan con las medidas de conciliación, como los mecanismos de flexibilización del tiempo de trabajo (flexibilización horaria y jornadas parciales), modalidades de prestación de servicios no presencial, o concesión de ayudas económicas en períodos de permiso o excedencia.

En cuarto lugar, conviene reparar en la aportación del legislador autonómico en la lucha contra el acoso sexista en el trabajo, materia insuficientemente regulada hasta hace pocos años por la normativa española, a pesar de las directrices marcadas por el Derecho Comunitario (D/89/391/CE y D/2002/73/CE). En líneas generales se prevén intervenciones destinadas fundamentalmente a definir, prevenir y adaptar la normativa general para reaccionar eficazmente contra estos comportamientos dentro de la Comunidad Autónoma. Y en particular, se dispone por parte de algunas CC. AA. la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas y el impulso de protocolos de actuación para garantizar la rapidez y confidencialidad de las denuncias y el impulso de las medidas cautelares.

Por último, cabe destacar la especial atención que estas Leyes conceden a las medidas que promueven la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. La incorporación de la idea de la corresponsabilidad en las nuevas acciones abre la previsión de nuevas iniciativas públicas para el logro de una igualdad real o la reformulación de algunas ya establecidas. En general estas iniciativas se han concretado en la creación por parte de las Administraciones de infraestructuras y servicios para facilitar el cumplimiento de las responsabilidades familiares y el cuidado y atención de menores y de personas en situación de dependencia, la incentivación a las empresas para crear centros infantiles en polígonos industriales y parques tecnológicos y el impulso de medidas que favorezcan en la empresa la conciliación. Dentro de este último grupo se encuadran la promoción de formas de organización del trabajo que favorezcan la conciliación, campañas de sensibilización sobre la compartición de responsabilidades, incentivos a las empresas que establezcan excedencias, permisos o cualquier otra medida que facilite la conciliación y la concesión del “distintivo de igualdad” a aquellas empresas que se hayan distinguido por el desarrollo e implantación de políticas de igualdad de mujeres y hombres entre su personal.

Ahora bien, si las normas autonómicas sitúan en un primer plano el compromiso de consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres en la agenda de los Gobiernos autonómicos, los principales instrumentos de implementación en esta materia lo constituyen los Planes de Igualdad, por cuanto priorizan las necesidades y las demandas sociales y profundizan mediante la concreción de objetivos, ámbitos de actuación y medidas, en los programas y planes comunitarios y nacionales. Ello supone la exigencia de un mayor esfuerzo por parte de las instituciones y organismos públicos en la aplicación de estos instrumentos, así como una mayor implicación de los agentes sociales a favor de la igualdad.

Poco a poco los Planes de Igualdad se han ido ajustando a los nuevos planteamientos y objetivos perseguidos por la Ley 3/2007 y por las leyes autonómicas de igualdad, en su caso, emergiendo la *transversalidad* como un área específica para consolidar la perspectiva de género en el conjunto de políticas y actuaciones de los Gobiernos Autonómicos. Estos planes han evolucionado hacia un enfoque más estructural, menos centrado en las mujeres, implicando a toda la sociedad, compuesta

por hombres y mujeres y dejan de cumplir una simple función de planificación, para asumir una más estratégica, definiendo prioridades con las que alcanzar la igualdad real y efectiva entre las mujeres y los hombres en un marco temporal determinado. Sin embargo, en su contenido, la acción de planificación sigue atendiendo con prioridad a la cuestión económico-laboral, destacando entre las principales medidas el impulso de la contratación de mujeres en aquellas ocupaciones en las que se encuentran subrepresentadas, la inclusión de cláusulas de igualdad en los convenios colectivos, la intensificación de la formación en materia de igualdad, el favorecimiento del acceso de las mujeres a los puestos más altos de la jerarquía profesional, el fomento de la adopción de planes de igualdad en las empresas, el establecimiento de acciones para prevenir el acoso sexual o por razón de sexo en el ámbito laboral y medidas de conciliación por parte de las empresas, así como el diseño de planes y programas concretos para reforzar las acciones desde la nueva perspectiva de la corresponsabilidad⁹.

Finalmente, a pesar de ser conscientes del protagonismo de las CC. AA. actualmente en el desarrollo de las políticas de género, no puede obviarse el hecho de que la enorme complejidad de las relaciones que se generan en torno a situaciones con distintos enfoques como el derecho de igualdad de género ha influido de manera importante a la tendencia hacia las competencias compartidas, asumiendo Estado y CC. AA. funciones en los distintos niveles competenciales, sobre todo en los últimos años. Esta situación ha desembocado en la duplicidad de instrumentos (normativos y de acción) en la Administración Central y Autonómica (también Local), circunstancia que ha desembocado hacia una situación de dispersión en la gestión y de solapamiento de medidas que dificultan su eficacia¹⁰. Justamente por ello, la necesidad de coherencia de las políticas de género, máxima de la regulación comunitaria, convierte a la coordinación entre las distintas Administraciones en una pieza fundamental en la estrategia a seguir para lograr la igualdad real, que puede llevarse a cabo, bien a través de organismos creados al efecto (Consejos, Comisiones), bien a través de convenios o acuerdos de colaboración en asuntos de interés común, debiendo alcanzar a todas las instancias, tanto a nivel territorial como a

⁹ En Galicia se aprueba el Plan de Fomento de la Corresponsabilidad en 2007, cuyo objetivo fundamental es ser el inicio del camino que implique a todos los actores de las diferentes áreas de actuación que se consideran prioritarias para compartir responsabilidades. En Andalucía se establece un Programa para el fomento de la conciliación (Orden de 5 de marzo de 2009, por la que se regulan y convocan los Premios Andalucía-Concilia). Son unos premios destinados a distinguir a aquellas entidades que contribuyen a favorecer la conciliación de la vida laboral, personal y familiar de las trabajadoras y trabajadores andaluces, por el desarrollo de ideas innovadoras y viables y por la aplicación de aquellas medidas de conciliación más innovadoras. En Cataluña, se regula mediante ley (Ley de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña, de 22 de junio de 2006).

¹⁰ Es lo que ha ocurrido con la gestión de las bonificaciones establecidas por la Ley 43/2006, que no se ha llevado a cabo sobre la base de una adecuada coordinación entre Estado y CC. AA..

nivel funcional dentro de cada ámbito territorial (Igualdad y Empleo). En este sentido, la Ley 3/2007 contribuye a solucionar el problema regulando dos nuevos mecanismos de coordinación: Por un lado, la Conferencia Sectorial de la Mujer, como órgano de encuentro entre Administraciones Central y Autonómicas, para intercambiar información, colaborar en la fijación de objetivos y acciones comunes, así como elaborar planes conjuntos de actuación y acciones concertadas (art. 76). Y por otro lado, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011), instituido como mecanismo de coordinación entre los diversos niveles de las Administraciones Públicas y los distintos estamentos sociales, con el cometido de especificar los objetivos, ámbitos y medidas de actuación en los que los poderes públicos han de centrar sus acciones, encauzando la actuación de la Administración Central y Autonómica hacia una dirección común (art. 17).

5. PROTECCIÓN SOCIAL

A pesar de que el Estado es el actor principal en materia de protección social, se permite un margen amplio de actuación autonómica al amparo de los títulos competenciales de legislación no básica, ejecución de Seguridad Social (con reserva del límite del régimen económico) y la asunción de la asistencia social.

Partiendo de esta premisa, las CC. AA. han defendido su interés en desarrollar políticas sociales propias, justificadas por la aspiración de una protección más completa de los ciudadanos de su territorio, al entender que ésta resulta más eficaz cuanto más cercana y que en todo caso, cualquier complemento redundaría en una mejora general de la protección social. Sobre este argumento las reivindicaciones del poder autonómico resultan razonables, pues no tienen que ir necesariamente en la línea de establecer sistemas competitivos entre CC. AA., sino que pueden plantearse desde la base del respeto de la función que asume el Estado como garante del principio de solidaridad, principio que preserva la protección básica en todo el territorio español.

No obstante, si bien los títulos competenciales permiten varias vías de actuación autonómica en el ámbito de la protección social dentro del respeto de los principios de igualdad y solidaridad, el principal problema que se plantea en este ámbito es la propia indefinición del término “protección social”, que no aparece recogido en la CE y que comporta una importante complejidad en cuanto al reparto de funciones entre Estado y CC. AA.. Acogiéndonos al concepto amplio que utiliza M. R. Alarcón Caracuel, constituiría *“el conjunto de medidas destinadas a ayudar a los individuos a hacer frente a las situaciones de necesidad en que puedan encontrarse, especialmente las originadas por un defecto de ingresos (ya sea por pérdida –temporal o definitiva– de sus rentas profesionales habituales, ya sea por no haber conseguido siquiera llegar a obtenerlas) o por un exceso de gastos (básicamente,*

*los problemas derivados de la alteración de la salud o del aumento de las cargas familiares; aunque también se pueden contemplar aquí como otras circunstancias adversas como, por ejemplo, las muy actuales de la carestía de la vivienda o de la necesaria atención a un creciente número de personas dependientes)".*¹¹ Así entendida, abarcaría la salud, la Seguridad Social y la asistencia social, divisiones que no siempre aportan claridad en su delimitación, pues las fronteras entre unos bloques y otros tampoco quedan nítidamente definidas, planteando problemas en orden a la posibilidad de la entrada del poder autonómico en su tratamiento, básicamente entre las dos últimas, pues la separación actualmente pacífica de la salud y la Seguridad Social no introduce serias complicaciones en cuanto a la atribución de funciones asumidas por las CC. AA., sobre todo, una vez culminado el proceso de transferencias de la Sanidad Pública.

En este contexto, cabe afirmar que cada Comunidad Autónoma ha asumido con mayor o menor eficacia sus competencias sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de servicios y centros sanitarios, y aunque ello ponga en evidencia a veces las deficiencias sanitarias de algunas zonas y las importantes mejoras en otras, hoy se puede hablar de convivencia del Sistema Nacional de Salud con los diecisiete sistemas autonómicos, con autonomía financiera propia y con diferencias interterritoriales admitidas constitucionalmente, siempre que no constituyan privilegios sociales o económicos y respetando el nivel mínimo de protección garantizado en cualquier parte del territorio nacional.

Pues bien, dando por sentado el protagonismo que las CC. AA. han asumido en el ámbito de la salud, extraña al menos que, a pesar del importante desarrollo de nuestro modelo de protección social, acompañado por el proceso de profunda reorganización de la estructura territorial en los últimos años, se haya avanzado poco en cuanto a la clarificación de las posibilidades del Estado Autonómico en este ámbito.

Los conflictos planteados por iniciativas autonómicas sobre esta materia se han intentado resolver, aunque con poco éxito, desde la división Seguridad Social estatal y asistencia social autonómica, manteniéndose actualmente viva la discusión de la intervención de las CC. AA. en materia de Seguridad Social, más allá de las actualmente reconocidas. Generalmente la tendencia de las CC. AA. ha sido la de utilizar el título de la asistencia social, en la que es plenamente competente, para introducir iniciativas propias en este ámbito (art. 148.1.20ª CE), dejando aparcada la otra opción posible, de desarrollo normativo de la legislación no básica de Seguridad Social. Evidentemente, este hecho sólo cabe atribuirlo a la voluntad de los

¹¹ Alarcón Caracuel, M.R.: "Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía". En AA.VV. (coord. Prados De Reyes, F.J.). Políticas Laborales y de Protección Social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008, págs. 20 y 21.

propios Gobiernos Autonómicos, que se han sentido más cómodos en el marco de la asistencia social, evitando así que los Tribunales entrasen a conocer si realmente se enmarcaba la medida en la segunda vía. Y por ello sigue siendo la opción adoptada en la mayoría de los casos en estos últimos años en los que la protección social ha despertado mayor interés para las CC. AA., a pesar de que existan claras dudas sobre el debido encuadramiento de algunas medidas autonómicas.

Cabe añadir que la regulación estatal del segundo nivel de protección de la Seguridad Social (Ley 26/1990) ha sido entendida por un sector como un acto de apoderamiento por parte del Estado de una materia que había sido tradicionalmente encuadrada en el marco de la asistencia social¹². Este espacio queda por tanto, vedado a las CC. AA., aunque la ampliación del ámbito de las prestaciones no contributivas y de la Asistencia Social ha difuminado los márgenes de actuación del Estado y de las CC. AA., planteando no pocos conflictos entre ambos.

Sin entrar en la discusión de cuál sería la vía más adecuada en cada caso para el tratamiento autonómico de la protección social, porque excede del objeto de este estudio, sí cabe destacar el papel cada vez más relevante de las CC. AA. en este ámbito, potenciándose la iniciativa autonómica con la finalidad de perfeccionar el sistema español de protección de las necesidades sociales de la población.

Durante un tiempo la asistencia social fue una materia infravalorada, pues era entendida como un conjunto de medidas destinadas a erradicar la extrema pobreza, protegiendo situaciones de necesidad vinculadas a las situaciones de falta de recursos económicos en las que no entraba la Seguridad Social. Este tradicional concepto contribuyó sin duda al incremento de las iniciativas autonómicas en el ámbito de la protección social, regulando todo un catálogo de prestaciones de diversa naturaleza para dar respuesta a diferentes situaciones merecedoras de protección, no siempre unidas a la exigencia de la carencia de rentas, ampliando su campo de actuación a necesidades de los ciudadanos del propio territorio de ejercer otros derechos sociales (salud, vivienda, formación, cultura...). Sin embargo, no constituye un sistema unitario, sino que de su conexión con el fenómeno de la exclusión resulta un conjunto variado y asimétrico de mecanismos de protección que asumen de forma compartida Estado, CC. AA., Entidades Locales e Instituciones privadas, permitiendo configuraciones diferentes en los territorios respectivos.

Así pues, bajo el título de asistencia social (o el de protección social utilizado en algunos textos autonómicos) las CC. AA. han regulado todo un conjunto de medidas distinguiendo, por un lado, el establecimiento de rentas mínimas de inserción (que combaten situaciones de extrema necesidad no amparadas por la Seguridad Social, proporcionando un nivel mínimo de ingresos a personas sin re-

¹² Un sector de la doctrina considera que este nivel debería haber formado parte de la Asistencia Social. En este grupo, De La Villa Gil, L.E. Prólogo de la obra *La protección social en el Estado de las Autonomías*, de B. Suárez Corujo. Iustel, Madrid, 2006, pág. 18).

cursos económicos); y por otro lado, el establecimiento de prestaciones de emergencia social (prestaciones económicas no periódicas o ayudas destinadas a atender de manera inmediata necesidades básicas de personas sin recursos), complementos de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, prestaciones distintas a las reguladas por la Seguridad Social (p.e. prestaciones temporales de carácter extraordinario como las ayudas de la Junta de Andalucía) y prestaciones de servicios sociales (dirigidas a determinados colectivos, como inmigrantes, personas mayores, reclusos...). Incluso, también se han establecido complementos de las prestaciones contributivas (p.e. complementos de la pensión de viudedad y de pensiones de invalidez y vejez que no llegan a un determinado nivel de renta).

Actualmente la asistencia social ha evolucionado en su propia concepción, superando la idea de la no contribuidad a su sostenimiento, la simple acreditación de la situación de necesidad, la utilización de técnicas distintas a la Seguridad Social y la discrecionalidad en la concesión de las ayudas. Más bien, el elemento que la define es la situación objetiva de necesidad, lo que la sitúa como instrumento complementario de la acción prestacional de la Administración Central, pues su finalidad es la cobertura de aquellas situaciones no cubiertas (o no cubiertas suficientemente) por la Seguridad Social, contribuyendo de manera efectiva al bienestar de sus ciudadanos¹³.

Consideración aparte merece la importante labor ejercida por las CC. AA. como complemento de protección al cubrir situaciones que han alcanzado especial importancia por la atención prestada a nuevos riesgos sociales, contribuyendo a la progresiva consolidación de los sistemas autonómicos de protección asistencial. Nos referimos en particular a la atención de las personas con discapacidad o dependencia, que vino determinada por la preocupación de la Administración Autonómica por los cambios demográficos, convirtiéndose en un problema social principal que debía atender con sus propios recursos. Así pues, la protección de estos colectivos que inicialmente quedaba inserta en el ámbito genérico de los servicios sociales evolucionó hasta configurarse como un sistema de protección social con perfiles propios. La normativa autonómica de servicios sociales abrió el camino a la consideración de esta problemática, con referencias expresas a situaciones de necesidad que debían ser atendidas por la actuación pública, singularizando posteriormente la Ley 39/2006 este derecho subjetivo de modo definitivo: la atención a las situaciones de dependencia.

Ciertamente se ha introducido un elemento más de conflictividad en el espacio autonómico, ya que se trata de un sistema de protección *sui generis*, atípico, que queda situado entre la Seguridad Social y la asistencia social, configurado como un conjunto de medidas de distinta naturaleza (sanitarias, sociales, laborales, etc.) que

¹³ Suárez Corujo, B. La protección social en el Estado de las Autonomías. Iustel. Madrid, 2006, pág. 267.

dan respuesta a nuevas exigencias sociales de atención difícilmente encuadrables en uno u otro sistema¹⁴. Dentro de este nuevo marco, la Ley de Promoción y Atención de la Autonomía y Atención de la Dependencia ha querido destacar el papel que han de desempeñar las CC. AA. en este ámbito, debiendo asumir las funciones de planificación, ordenación, coordinación y dirección de los distintos Servicios de Atención; la gestión de los servicios y recursos para la valoración y atención de la dependencia; el establecimiento de los procedimientos de coordinación socio-sanitaria; la creación y actualización del Registro de Centros y Servicios; aseguramiento de la elaboración del PIA y la inspección y en su caso, sanción de los incumplimientos sobre los requisitos de calidad de los Centros.

Como se puede deducir, la puesta en marcha del Sistema de Atención de la Dependencia está en manos, sobre todo, de las CC. AA., las cuales pueden establecer sus propios modelos de protección, pero su actuación debe enmarcarse dentro de los principios, derechos y requisitos que fija la normativa nacional, que es la que determina el mínimo de derechos común para todas las personas que se encuentren en esta situación. Se configura, por tanto, como un sistema de protección basado en el principio de cooperación y colaboración entre las distintas Administraciones Públicas, que intentando superar las discusiones competenciales surgidas en otras materias, sirvan a un fin común como es la adecuada protección de los ciudadanos. Tarea nada fácil, sobre todo si se contemplan los progresos de la primera fase de implantación del sistema, ya que no todas las CC. AA. han realizado el mismo esfuerzo para poner en marcha el proceso, generando situaciones de desprotección en algunas zonas.

De cuanto llevamos expuesto, puede concluirse que en los últimos años el ámbito autonómico se ha conformado como un espacio de ensayo que ha probado la capacidad de las normas propias para intentar hacer frente a los nuevos fenómenos sociales. Ha sido necesario compatibilizar unidad y diversidad para conceder la mejor protección posible a los ciudadanos buscando la posibilidad de un incremento de mejora de ese mínimo común por parte de los legisladores autonómicos en el ámbito de sus competencias. Ciertamente, puede que las CC. AA. no hayan agotado todas las posibilidades, pues una mayor autonomía política y financiación da lugar a un incremento de las iniciativas autonómicas en las políticas de protección social, pero no necesariamente tienen que venir sólo de la renovación de las estructuras de la Asistencia Social, sino que también podría partir del desarrollo de la legislación no básica de Seguridad Social, espacio de actuación autonómico aún muy reducido, lo que supondría un reforzamiento de la participación de las CC. AA. en la definición de las políticas sociales. Sea como fuere, no cabe duda de que ac-

¹⁴ El fundamento de la protección de la dependencia (art. 149.1.1ª CE) ha sido muy discutido por la doctrina: Un sector considera que constituye un recurso de carácter excepcional y que debería encuadrarse dentro de la Asistencia Social y otro sector lo encuadran dentro de la Seguridad Social en base al art. 149.1.17ª CE.

tualmente estamos en presencia de una diversidad de políticas territoriales de protección social que redundan en una más satisfactoria protección social global.

6. POLÍTICAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A pesar de sus limitaciones competenciales (funciones ejecutivas), el papel de las CC. AA. tiende a ocupar un creciente protagonismo en materia preventiva, sobre todo, si se tiene en cuenta que el contenido de lo que entiende por “ejecutivo” ha sido precisado por la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha admitido su concepción con cierta amplitud (STC 195/1996). En esta línea, se han incrementado sus competencias, alcanzando la posibilidad de establecer mecanismos propios contra la siniestralidad laboral, llegando incluso a asumir funciones de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa de prevención, éstas últimas situadas entre los objetivos de los Estatutos de Autonomía de nueva generación.

Las políticas autonómicas en materia preventiva se incluyen dentro del marco de las políticas sociolaborales y se justifican por las particularidades de cada sector económico en el territorio específico. En los últimos años se han impulsado y reforzado estas políticas, que incluyen todo un conjunto de funciones de diversa naturaleza: promoción de la prevención para combatir la siniestralidad laboral, asesoramiento técnico, vigilancia y control, y en su caso, sanción, por incumplimiento de obligaciones en materia preventiva.

De entre todas, la faceta que cobra más protagonismo actualmente es la promocional, con un enfoque más de concienciación, ya que la normativa de prevención es una legislación ya consolidada y lo que se pretende reforzar son los mecanismos de cumplimiento de la normativa. Dicha faceta se ha desarrollado a través de Planes Autonómicos, que con más o menos éxito, han contribuido a mejorar los compromisos de todos los sujetos implicados en la actividad preventiva. Asimismo, se establecen medidas que se concretan en incentivos para estimular el progreso en materia preventiva a través de programas específicos y programas de investigación.

No obstante, no pueden infravalorarse las funciones de control, vigilancia y sanción de los órganos que ejercen la potestad de policía preventiva, siempre dentro de los límites que marca la normativa nacional, que atribuye fundamentalmente esta tarea a la Inspección de Trabajo, pero que poco a poco, con las reformas de los Estatutos de Autonomía, puede acabar consolidándose como un modelo cooperativo. En este ámbito, las CC. AA. han ejercido una tarea autorizadora y de registro, con la finalidad de verificar el cumplimiento de los requisitos de acceso al mercado. Aunque también destacan las políticas de policía preventivo-laboral (normativa sobre órganos y procedimientos de control y vigilancia y en su caso, sanción (publicación de sanciones), permitiendo que el personal funcionario de las dependencias autonómicas en materia de empleo colaboren con la Inspección en labores técnicas de comprobación (p.e. Andalucía).

7. LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN EL ESPACIO AUTONÓMICO

Las políticas sociolaborales autonómicas no se entenderían sin la referencia al conjunto de compromisos alcanzados por los actores de las relaciones laborales a través de los Acuerdos de Concertación Social.

Trasciende, sin duda alguna, la relevancia que ha cobrado el diálogo y la concertación en el ámbito autonómico en los últimos diez años. Como es sabido, a partir de los noventa la Concertación comenzó a abandonar el ámbito centralizado nacional para pasar a un modelo de concertación más flexible y más descentralizado, alcanzando un mayor desarrollo en ámbitos reducidos, fundamentalmente en las CC. AA., llegándose a Acuerdos tripartitos de materia económico-social, que conviven actualmente con los Acuerdos Nacionales, ya centrados en materias muy concretas.

Aunque su reflejo normativo en el ámbito autonómico es escaso (salvo algunos Estatutos de Autonomía), su escenario político es bastante amplio, constituyendo un instrumento político habitual en las CC. AA. como demuestra la práctica política.

Ciertamente el fomento del Diálogo Social y los fenómenos de Concertación Social han contribuido al progreso de la negociación dentro de las CC. AA., consiguiendo mejorar el contenido de los convenios colectivos, facilitando los procedimientos negociadores, elevando el nivel de cobertura, así como promocionando los instrumentos de resolución extrajudicial de los conflictos laborales. Sobre todo, cobran especial importancia las prácticas autonómicas de Concertación Social, ya vengan de la vía de los Consejos Económicos y Sociales, como de los Acuerdos de Concertación Social. Los primeros constituyen un lugar de encuentro y de diálogo entre las distintas representaciones de intereses económicos y sociales dentro de la Comunidad Autónoma. Los segundos, suscritos por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de la Comunidad y el Gobierno autonómico, constituyen el mecanismo más adecuado para hacer frente a los problemas económico-sociales del territorio, más específicamente los relativos al empleo, regulación de condiciones sociolaborales, políticas de protección social, aunque también se extienden a otros aspectos como el desarrollo económico y social de la Comunidad Autónoma.

Otro aspecto que no debe olvidarse es la creación de sistemas de resolución extrajudicial de los conflictos laborales autonómicos, que como el andaluz, han evitado situaciones claras de conflicto a través del acuerdo y la negociación, potenciando la autonomía colectiva y la paz social.

En definitiva, la Concertación y el Diálogo Social han cumplido un papel relevante en las CC. AA., configurándose como un de los pilares fundamentales de las políticas de desarrollo económico y social, pues han favorecido el desarrollo de las actividades productivas y el proceso de creación de empleo, contribuyendo igualmente a aumentar la eficacia de la política económica y al reforzamiento de las políticas sociales.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN

La construcción de una política social autonómica ha tenido que enfrentarse a la discusión sobre el reparto de competencias a partir de los Estatutos de Autonomía, pues su formulación parca dejaba margen al debate en torno a las materias que podían ser objeto de regulación por parte de las CC. AA. Intentando superar todo tipo de dificultades, lo que no cabe negar es que las CC. AA. han cumplido un papel relevante en el campo de la planificación y desarrollo de las políticas sociolaborales. Ciertamente la voluntad política ha sido uno de los factores que han pesado en la configuración de esta realidad, pues los Gobiernos territoriales han buscado actuar sobre las necesidades de sus ciudadanos por cualquiera de las vías posibles.

De este modo se han convertido en los verdaderos protagonistas en la gestión del sistema de relaciones laborales, a través de los instrumentos de asunción de competencias previstos por la propia CE y de la creación de nuevos instrumentos propios de intervención pública en el ámbito laboral y social en ejercicio de su competencias originarias o transferidas (pactos territoriales de empleo, programas de empleo, salarios de inserción, complementos de pensiones, concertación social en el ámbito autonómico, sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos y medidas de control e intervención en las relaciones laborales, etc.).

Con la reforma de la mayoría de los Estatutos de Autonomía en los últimos años se da un paso más en este proceso de construcción de marcos autonómicos de relaciones laborales y de bienestar social, dando forma institucional a lo que se venía manifestando en la práctica. Estos textos de segunda generación, con la pretensión de ampliar el espacio de competencias regulativas en el ámbito sociolaboral, han impulsado la renovación del marco normativo-institucional de las políticas sociolaborales en aras de una redefinición del Estado Social Autonómico de Derecho.

No obstante, la convivencia de diversos órdenes jurídicos requiere la armonización entre unidad y autonomía. Y para ello resulta imprescindible perfeccionar los mecanismos de cooperación y colaboración entre Estado y CC. AA., que permita la tutela de los intereses generales en todo el territorio y la tutela diferenciada de los intereses específicos en el territorio autonómico, respetando el principio de solidaridad e igualdad básica. Consecuentemente, el principio de colaboración entre Administraciones debe constituir uno de los principios básicos del Estado de las Autonomías.

EL PAPEL DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LAS NUEVAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EMPLEO: FLEXI-SEGURIDAD Y MERCADOS TRANSICIONALES

María José Gómez-Millán Herencia
*Profesora interina sustituta de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO

1. APROXIMACIÓN GENERAL AL ESTADO DEL BIENESTAR DESDE LOS DISTINTOS TIPOS DE INTERVENCIONES EN EL MERCADO DE TRABAJO.
2. IDEAS BÁSICAS DE LA FLEXI-SEGURIDAD Y DE LOS MERCADOS TRANSICIONALES.
 - 2.1. Una concepción menos lineal de la vida activa.
 - 2.2. El riesgo de perder empleabilidad o de no encontrar una ocupación: la seguridad de los ciudadanos en el mercado de trabajo mediante los sistemas de protección social.
 - 2.3. Los nuevos sujetos protegidos en un mercado flexi-seguro: desde el trabajador-desempleado como beneficiario de la tutela, hacia el buscador de empleo o de nuevas oportunidades profesionales.
 - 2.4. Las transiciones en el mercado de trabajo como ejes de la protección social.
3. BALANCE SOBRE LAS VENTAJAS E INCONVENIENTES DE ESTA NUEVA ORIENTACIÓN DE LA POLÍTICA DE EMPLEO.

Desde las primeras intervenciones en el mercado de trabajo, la prestación por desempleo o, lo que es igual, la atención de los poderes públicos ante la carencia de rentas derivadas de la pérdida de la ocupación o la falta de trabajo, ya sean más o menos emergentes, han estado siempre presente el diseño de las políticas de empleo, como lo demuestra su más reciente formulación mediante las teorías de la flexi-seguridad, y su plasmación en la construcción doctrinal de los mercados transicionales. Pese a que su existencia haya quedado estrechamente vinculada a distintas orientaciones que han ido acortando la protección, según la voluntariedad o no del riesgo o la situación de necesidad que se atiende, incluso defendiendo la necesidad de evitar una tutela general ante la pérdida del empleo. Ahora nos encontramos con una nueva propuesta de intervención en el mercado de trabajo, la flexi-seguridad y los mercados transicionales, que plantea, con independencia de los posibles controles sobre su disfrute fraudulento o indebido, el fortalecimiento no sólo de la prestación por desempleo, sino también, en términos más amplios, de todo el sistema de protección social; haciendo el seguro de paro más flexible en cuanto a su acceso y disfrute, con todo lo que ello comporta en cuanto a la existencia de nuevos beneficiarios y de nuevas situaciones cubiertas.

En este contexto, el presente trabajo se inserta en la línea de reflexionar, de forma general, sin pretender ahondar en su configuración en cuanto al análisis de los requisitos subjetivos y objetivos, que han sido suficientemente tratados en otros trabajos, la relevante función que pueden alcanzar los sistemas de protección social, concretamente, aquellas prestaciones o subsidios que atienden a las situaciones de riesgo relacionadas con la participación del ciudadano en el mercado de trabajo. Para ello, se analizan las distintas intervenciones de los poderes públicos en el terreno del empleo, ya no sólo desde una concepción estrictamente de Seguridad Social, que identifica la prestación como la pérdida de la ocupación, sino también desde el papel que puede protagonizar estas intervenciones en quienes ni siquiera consiguen insertarse por primera vez en el empleo, o han permanecido inactivos por un período tan prolongado que transitan, prácticamente, sin acreditar una carrera de seguros solvente que les permita acceder a las prestaciones o a los subsidios relacionados con la pérdida de la ocupación.

Como es obvio, dicho análisis nos lleva inevitablemente a una revisión del propio concepto de las políticas activas de empleo, en tanto que su plasmación directa en las intervenciones en el mercado de trabajo, que ha discurrido estrechamente ligada o vinculada a la obligación de acreditar un comportamiento activo, por parte del beneficiario de la protección social, resulta un tanto anacrónica con los propios postulados que se defienden desde la teoría de la flexi-seguridad, como se podrá comprobar en las siguientes páginas. Pero, también, interesa, a modo de introducción, destacar que este trabajo pretende subrayar la importante función de la prestación por desempleo, así como de las rentas o subsidios asociados a la pérdida de la ocupación, reflexionando en torno a los posibles beneficiarios y situaciones cubiertas.

1. APROXIMACIÓN AL ESTADO DEL BIENESTAR DESDE LOS DISTINTOS TIPOS DE INTERVENCIONES EN EL MERCADO DE TRABAJO

Tras el final de la II Guerra Mundial, las políticas de empleo experimentaron un importante desarrollo como consecuencia del valor que adquirió el trabajo en la puesta en marcha y construcción de un modelo de Estado concreto, denominado del Bienestar, por su interés y preocupación en las cuestiones sociales. Dicho modelo ha ido extendiéndose a todos los países europeos, entre ellos a España, según se recoge en el artículo 1 de la CE¹, hasta convertirse en el paradigma que inspira la intervención pública, así como las relaciones que mantienen los ciudadanos con el Estado.

Esta preocupación social, que es fruto de un pacto entre los distintos actores públicos y privados, ha quedado articulada mediante distintas políticas, así como a través de un importante entramado institucional, de redes y servicios sociales, cuya finalidad es la atención de las situaciones de riesgo y de necesidad colectivas. Estas realidades que deben tutelarse se concretan en problemas que trascienden del plano individual, dando origen a la insuficiencia de recursos económicos (personales y propios), para hacer frente a los gastos ordinarios y extraordinarios. Sin que, por el contrario, las aspiraciones o deseos individuales, así como las frustraciones particulares, sean atendidas por los poderes públicos.

A pesar de que las situaciones de necesidad se pueden corregir de maneras muy diversas, ensayando distintas fórmulas de cooperación, e incluso de intervención exclusiva, en las que participen otros sujetos públicos distintos del Estado, como son las Comunidades Autónomas o los Entes Locales, e incluso diferentes sujetos más o menos privados, particularmente, la familia, los empresarios, los sindicatos o las organizaciones no gubernamentales. Lo cierto es que la plasmación del Estado del Bienestar se ha concretado en una fuerte presencia de los poderes públicos en la atención de las situaciones de riesgo y necesidad colectiva; entre las que se encuentran, como no podría ser de otra manera por la importancia que tiene el trabajo en la sociedad actual, aquellas derivadas de la carencia o pérdida del empleo. Esto ha dado origen a un sistema de protección social más o menos estable, según las diferentes decisiones legislativas, donde el Estado ha desplazado a la familia en la procura existencial, al mismo tiempo que la Administración territorial (las Comunidades Autónomas y los Entes Locales), así como las organizaciones privadas sin ánimo de lucro, en el plano más de la colaboración con los actores públicos, y ocupando siempre los espacios o escenarios donde el Estado no interviene, han adquirido una presencia destacada en la atención de las necesidades sociales.

¹ Montagut, T.: *Política Social*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 44.

En este sentido, según las relaciones que pueden establecer los ciudadanos con los sistemas de protección social, con el mercado de trabajo (en concreto, su dependencia o independencia del empleo), y con la familia (por lo que respecta a la procura de las rentas que precisen sus componentes), es posible diferenciar cuatro modelos distintos de Estado del Bienestar: el liberal o mínimo, el mediterráneo, el corporativista, y el social-demócrata.²

Todos ellos, como característica en común, intervienen en la atención de las necesidades o riesgos sociales, aunque la presencia de los sistemas de protección social es más intensa en función de la propia responsabilidad de los poderes públicos, como del compromiso que tienen los ciudadanos en la solución de sus propios problemas sociales. Así, frente a un sistema prácticamente de seguros, y no tanto de Seguridad Social, fuertemente asistencial y marginal en cuanto a las rentas dispuestas, presente en aquellos países del modelo liberal (Estados Unidos o Reino Unido). Nos encontramos, en el extremo opuesto, con un sistema de protección de los riesgos y necesidades sociales más desarrollado, exponente de un modelo de Seguridad Social evolucionado y arraigado, donde la tutela trasciende de los trabajadores para ocuparse de los ciudadanos, como concurre en los países social-demócratas (Dinamarca, Suecia, Noruega o Islandia). En una zona intermedia, los Estados mediterráneos y corporativistas, con un sistema de Seguridad Social más evolucionado que el modelo liberal, pero más centrado en la protección de los trabajadores que en la tutela de los ciudadanos, se caracterizan por la relevancia que tiene el estatuto profesional en cuanto al acceso y disfrute de las prestaciones organizadas en los sistemas de protección social, aunque algunos de los países cuentan con una tutela residual que se dirige a proteger a los ciudadanos, lo que les acerca a los países social-demócratas. Así, especialmente, en los Estados pertenecientes al modelo mediterráneo, como lo son España, Portugal, Grecia o Italia, se aprecia claramente dicha fragmentación, mientras que la diferencia de estatutos jurídicos no es tan evidente en los países corporativistas; concretamente, Alemania o Francia se aproximan más al modelo social-demócrata, al contar con medidas asistenciales que se dirigen a proteger a los ciudadanos.

Esta participación desigual del Estado, por lo que respecta al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, también se plasma en una función distinta de la intervención de los poderes públicos en el mercado de trabajo, así como en el diseño de las políticas de empleo y de las prestaciones derivadas de la carencia o pérdida de ocupación. Pues, en los países corporativistas y mediterráneos, la intervención de los poderes públicos se concreta y articula en la protección del puesto de trabajo;

² Titmuss, R.: *Política social*, Ariel, Barcelona, 1981; Esping-Andersen, G.: *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, Edicions Alfons El Magnànim, Valencia, 1993; Ferrera, M.: "Los Estados del Bienestar del Sur en la Europa Social", en Sarasa, S. y Moreno, L. (Coord.): *El Estado del Bienestar en la Europa del Sur*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1995, pp. 85-109.

mientras que, en los más cercanos al modelo social-demócrata, se presta menos atención a la continuidad del vínculo laboral, para ocuparse prioritariamente de la permanencia de los ciudadanos en el mercado de trabajo. Por tanto, como la participación del Estado no es la misma en todos los modelos, teniendo de referencia a los países con un Bienestar más desarrollado, que son los pertenecientes al modelo social-demócrata, es preciso analizar la articulación más reciente efectuada en las políticas de empleo: la flexi-seguridad y los mercados transicionales. En tanto que estas teorías están ocupando un lugar relevante en el diseño de las políticas públicas europeas³, dando lugar a una nueva orientación de las intervenciones de empleo, que ha afectado directamente a la protección social, erigiéndose como el modelo o paradigma de las nuevas y futuras políticas de empleo.

2. IDEAS BÁSICAS DE LA FLEXI-SEGURIDAD Y DE LOS MERCADOS TRANSICIONALES

La existencia de estos distintos modelos de Estado del Bienestar, así como los diferentes enfoques que las políticas de empleo pueden adoptar en su marco general, justifican el análisis de las nuevas propuestas en las que se basa la flexi-seguridad. Este examen se debe realizar, no sólo desde el papel que protagoniza el Derecho del Trabajo (pese a que sea la perspectiva más estudiada y analizada, al menos por lo que respecta a la doctrina española); sino también, desde una visión más amplia, mediante la intervención del Estado, u otros sujetos públicos, a través de los sistemas de protección social.

Teniendo presente esta idea, como la flexi-seguridad responde a un cambio en la política, pero se funda básicamente en una transformación de los escenarios laborales, es preciso analizar previamente la nueva concepción de la carrera profesional, así como las incertidumbres que esta orientación comporta. Para ocuparse, con posterioridad, de los beneficiarios y de los tipos de transiciones en el mercado de trabajo que se tutelan desde la flexi-seguridad y los mercados transicionales.

³ Decisión del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para el período 2005-2008; Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, sobre la modernización del Derecho del trabajo; Dictamen del CES Europeo, de 30 de Mayo de 2007, en relación con el mencionado Libro verde; Comunicación de la Comisión sobre principios comunes de flexi-seguridad, de 27 de Junio de 2007; Documento del Consejo europeo de Lisboa, de 5 y 6 de diciembre de 2007; Dictamen del CES Europeo, de julio de 2007, sobre flexi-seguridad; Decisión del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para el período 2008-2010. En este sentido, entre otras obras, Rodríguez Piñero, M.: "Flexi-seguridad: el debate europeo en curso", en VVAA: *Aportaciones al debate comunitario sobre la Flexi-seguridad*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 3 y ss.

2.1. Una concepción menos lineal de la vida activa

Desde los años noventa, algunos países del modelo social-demócrata, teniendo como máximo exponente a Dinamarca, se han ocupado de los riesgos que implica la participación en el mercado de trabajo de una forma distinta, haciendo frente a una realidad que, en otros países, está poniendo en tela de juicio la propia supervivencia del propio Estado del Bienestar. Pues, la importante función que el empleo ha tenido y tiene en su construcción, al proporcionar las rentas necesarias para el reparto solidario y servir como motor para el desarrollo del sistema productivo⁴, sin embargo, contrasta con la escasez de empleo, la alta temporalidad y el incremento del trabajo a tiempo parcial. Todos estos factores han creado una importante dualidad en el mercado de trabajo: de un lado, los trabajadores que disfrutaban de una seguridad laboral óptima, vinculados mediante contratos estables y el desempeño de su ocupación a tiempo completo; y, de otro, una parte importante de la población activa que encuentra importantes obstáculos en su participación laboral, cuya presencia discurre entre constantes interrupciones, propiciadas por la temporalidad de sus contratos laborales y su ocupación sólo a tiempo parcial⁵.

Así, la presencia en las actividades por cuenta propia o ajena, iniciadas normalmente a edades tempranas, o inmediatamente después de finalizar la etapa formativa, han quedado sustituidas, para muchos trabajadores, por una participación menos estable, debido a la ruptura del esquema habitual o clásico de empleo, en el que se habían inspirado tradicionalmente las relaciones laborales. Este empleo estándar que se caracterizaba por tratarse de un trabajo a indefinido, desempeñado a tiempo completo, y con una remuneración suficiente para subsistir, incluso de manera holgada, sin necesidad de recurrir a la protección social. Se concentraba en el cabeza de familia, que generalmente era un trabajador del sexo masculino, cuya estabilidad en la relación laboral le permitía alcanzar no sólo una carrera profesional segura (un alto nivel de empleabilidad), sino también los derechos prestaciones necesarios para completar una carrera de seguros estable. De tal manera que el ciudadano/trabajador alcanzaba la seguridad en el mercado de trabajo mediante el contrato que realizaba con el empresario. Pues este acuerdo, gracias a la intervención que el Estado hacía en las relaciones laborales, le proporcionaba al trabajador una participación estable en el mercado.

⁴ Beveridge, W.: *Social Insurance and Allied Services*, London, United Kingdom, 1942; Beveridge, W.: *Full employment in a free society*, George Allen&Unwin, London, United Kingdom, 1945.

⁵ Lindbeck, A. and Snower, D.: *The insider-outsider theory of employment and unemployment*, The MIT Press Cambridge, Massachusetts, 1988; Polavieja, J. G.: *Estables y precarios: Desregulación laboral y estratificación social en España*, Centro de Investigaciones Científicas, Madrid, 2003.

Frente a este empleo estándar han aparecido otros tipos de ocupaciones, caracterizadas por: a) la temporalidad en los vínculos concertados; b) la parcialidad con la que se ejecuta las prestaciones de servicios; c) la precariedad en cuanto a la necesidad de recurrir a varios empleos para satisfacer las rentas necesarias; d) la inserción de nuevos colectivos (entre ellos las mujeres, pero también quienes se dedican al cuidado de sus familiares, los excluidos sociales, los discapacitados) que habían permanecido segregados o apartados del mercado laboral; e) el transcurso de la trayectoria profesional en varias empresas, sin garantías en cuanto a la carrera profesional, ni en términos de empleabilidad, ni respecto del nivel de cualificación, ni tampoco una carrera de seguros estable, como consecuencia de las continuas interrupciones. Es más, el trabajo ofertado, en estos nuevos mercados laborales, no siempre reúne las notas características que lo definen como una prestación de servicios por cuenta ajena y dependiente, sino que existen otras realidades, como el trabajo autónomo o el tele-trabajo, que permanecen fuera de las instituciones laborales (y, por ende, al margen del estatuto jurídico de protección que el Derecho del Trabajo le aporta, en términos de seguridad en el mercado de trabajo, a quien se encuentra incluido en su ámbito de aplicación).

Este nuevo escenario impulsa a concebir la vida activa de una manera menos lineal, admitiendo como algo natural la sucesión de distintas etapas de empleo y desempleo. Sin que estas desconexiones del mercado de trabajo se conciban de forma traumática. Como soporte clave a esta idea, las intervenciones en el mercado de trabajo adquieren un papel distinto, ocupándose de incrementar la empleabilidad de los ciudadanos, con el fin de asegurar que el trabajador adquiera una mayor independencia de la ocupación concreta que desempeña en una empresa (o, lo que es igual, del puesto de trabajo que ostenta en un determinado momento). Una vez garantizada esta independencia, el concepto de transición, así como las distintas manifestaciones que pueden expresar esta idea de participación menos lineal en el mercado de trabajo, no sólo fundamentan una nueva visión de las políticas de empleo, sino que también explican nuevas formas de intervenir por parte de los poderes públicos, e incluso nuevos espacios de protección social que han de ser atendidos para contribuir a la consolidación de la flexi-seguridad.

2.2. El riesgo de perder empleabilidad o de no encontrar una ocupación: la seguridad de los ciudadanos en el mercado de trabajo mediante los sistemas de protección social

Junto a esta concepción menos lineal de la vida activa, es obvio que los poderes públicos pueden diseñar, con el fin de proporcionar la seguridad necesaria a quienes participan en el mercado de trabajo, distintos tipos de intervenciones, tanto estrictamente laborales, como también exclusivamente de protección social. No obstante, en el contexto antes descrito, donde el trabajo estándar es cada vez menos

habitual, se ha aceptado de forma unánime que los participantes en el mercado de trabajo se sienten mejor protegidos por unas prestaciones sociales adecuadas que por una política de mantenimiento en la ocupación, muy basada en la protección frente al despido, que poco protegería a quienes sólo alcanzan una presencia poco estable e intermitente en el empleo.

De esta manera, el concepto de “flexi-seguridad”, que sirve de base a la creación de los mercados transicionales, trata de aunar o equilibrar dos conceptos que tradicionalmente han sido antitéticos, la flexibilidad y la seguridad, ofreciendo una nueva interpretación acerca de cómo se consigue este equilibrio mediante las intervenciones públicas en el mercado de trabajo.

Así, de entre todas las formas o posibilidades de seguridad relacionada con la participación laboral, las medidas de empleo más clásicas se ocupaban, sobre todo, de procurar la continuidad o la permanencia del trabajador en la empresa, centrándose en la protección del puesto de trabajo, lo que hacía muy rígida la salida o expulsión de quienes habían concertado su prestación de servicios por cuenta ajena. Esto implicaba que la estabilidad en el mercado de trabajo se obtenía mediante la permanencia en un empleo concreto, sin que los sistemas de protección social aportaran la confianza necesaria para asegurar la participación efectiva en las actividades laborales, en tanto que el empleo estándar (de duración indefinida y a tiempo completo) garantizaba la estabilidad en el mercado de trabajo. De ahí que la prestación por desempleo tanto sólo se ocupara de procurar unos ingresos suficientes cuando había fracasado la seguridad que le aportaba al trabajador la permanencia en un empleo concreto. En este sentido, el empresario asumía una parte importante de los riesgos como se constata por las elevadas sumas económicas que debía abonar cuando extinguía el contrato sin motivo aparente. Y, en este escenario, los sistemas de protección social tenían siempre un papel, como se ha señalado, más residual o marginal, ocupándose tan sólo de los efectos adversos de la pérdida del empleo en términos básicamente económicos (carencia de recursos económicos suficientes), sin atender al perjuicio profesional que entraña para el trabajador la ruptura del vínculo contractual. Pese a que, en el contexto de un mercado rígido, el cese de la relación provoca un elevado riesgo de sufrir una pérdida de las competencias profesionales irreparable⁶.

⁶ En este sentido, la seguridad en el puesto de trabajo garantiza la permanencia en la misma ocupación, con normas que atienden al despido, pero que también podrían incidir en la movilidad funcional o geográfica, así como en el incremento de los permisos, al tratarse todas ellas de instituciones que favorecen la estabilidad en la ocupación y, por tanto, en el mercado de trabajo. Por otro lado, la seguridad en el empleo o en el mercado laboral, se entiende como la seguridad de permanecer en activo, es decir, ocupado gracias a la empleabilidad, o lo que es igual, a la capacidad de empleo. Finalmente, la seguridad en los ingresos, se refiere a la suficiencia de recursos económicos para hacer frente a las necesidades actuales y emergentes, como son aquellas que se derivan de riesgos concretos: la enfermedad, la pérdida de la ocupación, la maternidad, el cuidado de familiares, el retiro o la jubilación. Véase, Wilthagen, T. y Tros, F.: “The concept of Flexicurity: a new approach to regulating employment a labour markets”, *Transfer: European review of labour and research*, n.º, 2004.

Frente a esta idea, la flexi-seguridad, en este esquema renovado, propone una gestión distinta de los riesgos, con el fin de responder a una nueva forma de organización social, informada por constantes incertidumbres: la ruptura del trabajo a tiempo completo, el nacimiento de nuevas formas de prestar servicios, el incremento previsible del trabajo a tiempo parcial, así como la habitualidad con la que se suceden distintos tipos de empleo⁷. Así, pese a que el concepto de flexi-seguridad no está cerrado, sino que admite distintas plasmaciones en las políticas públicas de cada uno de los Estados, la nueva gestión de los riesgos que esta teoría promulga se basa en una regulación más dúctil o menos rígida de las condiciones laborales, lo que facilita la ruptura del vínculo contractual, haciendo más fácil la salida o el cese de la empresa. Por este motivo, existe un elevado consenso acerca de que la protección social, en un mercado de trabajo flexi-seguro, se convierte en un pilar básico o en un eje estratégico de las intervenciones públicas. Pues, como contrapeso o equilibrio a la flexibilidad, el sistema de protección social, que en las medidas de empleo más clásicas tenía un papel escaso, adquiere una función esencial, al aportar la seguridad necesaria para facilitar las distintas transiciones que realizan los ciudadanos en el mercado de trabajo.

Esto significa que la flexi-seguridad se ocupa, en términos generales, muy poco de proteger la permanencia del trabajador en un empleo concreto, desplazando, siempre que puede, hacia los sistemas de protección social, la seguridad que se precisa para garantizar la estabilidad en el mercado laboral. O, también, expresado de otra forma, que la flexi-seguridad intensifica, de las distintas posibilidades de seguridad relacionada con la participación laboral, sólo un tipo de ellas: la seguridad en el mercado de trabajo, sin ocuparse de la estabilidad en una ocupación concreta, ni tampoco de la seguridad en los ingresos. De tal manera que esta teoría otorga una menor importancia al puesto que el trabajador ocupa en un determinado momento, haciendo descansar la intervención en el fomento de la permanencia en el mercado de trabajo, es decir, en la empleabilidad a lo largo de toda la vida.

Por tanto, esto comporta nuevas inseguridades para quienes participan en el mercado, como son los riesgos relacionados con la inestabilidad de la carrera laboral o la interrupción por motivos personales o por la descualificación profesional, los riesgos relacionados con la edad (jóvenes) y el envejecimiento poblacional, básicamente la expulsión prematura del mercado de trabajo ocasionada por las jubilaciones o el retiro anticipado, pero también por los prejuicios sociales (la inexperiencia laboral en el caso de los jóvenes, así como el menor rendimiento productivo o el riesgo de sufrir una enfermedad incapacitante en el supuesto de los trabajadores de edad avanzada).⁸

⁷ Beck, U.: *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998.

⁸ Schmid, G. and Schömann, K.: "La gestión de los riesgos sociales por medio de los mercados de trabajo transicionales: hacia un modelo", en Toharia, L. (compilador): *Los mercados transicionales: Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados europeos*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pp. 10-50.

Todo lo anterior significa una intervención pública más flexible no sólo para quienes están ocupados, sino también para quienes permanecen inactivos o desempleados, ya sea de forma transitoria o más permanente, por circunstancias tanto personales como sociales. Pese a que la flexibilidad no es equiparable siempre a la ausencia de regulación legal, sino que significa un desplazamiento del responsable último de los riesgos y de las incertidumbres. En este sentido, la protección del puesto de trabajo, que inspiraba el diseño de las medidas de empleo más clásicas, significaba la derivación o traslación del riesgo de participar en el mercado de trabajo (cuya tutela a priori corresponde a los poderes públicos en el Estado del Bien-estar), al empresario, casi de forma exclusiva. Por el contrario, la flexi-seguridad traslada dicha incertidumbre a los ciudadanos, quienes son responsables de elegir aquellas oportunidades laborales que les permitan asegurar una trayectoria profesional más estable. Pero, también, a los poderes públicos, de manera prioritaria, ya que son los responsables de crear los cauces necesarios para favorecer la seguridad laboral.

Dicha estabilidad, en un mercado flexi-seguro, determina un papel del Estado concreto, que se orienta a favorecer la permanencia o estabilidad de los ciudadanos en el mercado de trabajo, aunque no sea en un empleo particular. Un objetivo que se consigue, básicamente, utilizando distintas herramientas o instrumentos. En primer lugar, a través de los sistemas de protección social, concretamente, mediante la prestación por desempleo, cuya función es asegurar las transiciones laborales, soportando económicamente aquellos cambios que signifiquen, a corto o a largo plazo, una oportunidad de progresar laboralmente. En segundo lugar, mediante los servicios públicos de empleo, cuya función es más bien de colaboración en las estrategias laborales que decidan los ciudadanos seguir; aunque no se determine en qué términos o condiciones, ni siquiera en qué grado, deben participar.

Por tanto, la flexi-seguridad no supone, al menos en una primera aproximación, un recorte de los derechos sociales, sino la atribución de responsabilidad a un sujeto de provisión social distinto, así como la creación de mecanismos que faciliten o hagan más dúctil los distintos pasos o cambios de los ciudadanos en el mercado de trabajo, sin restringir la entrada o el acceso al primer empleo, pero tampoco la salida o expulsión de una empresa en concreta, ni la reinserción o el retorno laboral.

En consecuencia, esta intervención tan necesaria sobre los riesgos, que también podría recaer, como se viene haciendo de manera generalizada con la extensión de la Seguridad Social, mediante los sistemas de protección públicos (ayudas o servicios), supone una alternativa a la propia función del Derecho del Trabajo, que se ha ocupado desde el siglo XIX de proteger la pérdida del empleo, sin atender tanto a la tutela de la estabilidad o permanencia en el mercado de trabajo. Pues esta intervención pública ha permanecido relegada a un segundo plano, prácticamente, hasta la generalización de las políticas activas de empleo, que trataron de incidir en este aspecto, a principio de los años noventa.

Por lo que parece que la flexi-seguridad también plantea cambios en la función del Derecho del Trabajo⁹, siendo necesario, como paso previo a la definición de las políticas públicas de empleo, delimitar los espacios o las zonas de intervención, con el fin de diseñar un sistema que atienda realmente a los riesgos no cubiertos. Pero, también, reclama una visión distinta de la protección social, en tanto que esta concepción menos lineal de la vida activa tiene evidentes repercusiones en el papel que protagonizan las prestaciones sociales, concretamente el seguro de empleo y de paro; en tanto que la gestión, tanto de los riesgos como de las necesidades sociales, es necesariamente distinta según el tipo de empleo predominante. Esta visión más amplia de la protección social también debe incidir en otros recursos o herramientas que son distintos a las prestaciones económicas. Pues las políticas públicas deben atender, en un mercado flexi-seguro, a otras situaciones que se desligan de la participación en el mercado de trabajo, como son la educación inicial, la formación reglada o la reconversión profesional, que tanta relevancia tienen para asegurar la estabilidad en el mercado de trabajo, gracias a su contribución en el incremento de las competencias personales y profesionales (empleabilidad).

2.3. Los nuevos sujetos protegidos en un mercado flexi-seguro: Desde el trabajador-desempleado como beneficiario de la tutela, hacia el buscador de empleo o de nuevas oportunidades profesionales

Desde esta perspectiva, la estabilidad en un mercado de trabajo flexi-seguro, como se viene apuntando, se formula fuera de la relación laboral, alejada de los esquemas clásicos de estabilidad y de certidumbre que proporcionaba, originariamente, el empresario fordista mediante el contrato de trabajo. Por este motivo, los sistemas de protección social han de tutelar, necesariamente, a otros sujetos distintos del trabajador asalariado, que ha sido el beneficiario más tradicional de la intervención pública, atendiendo a quienes permanecen inactivos, a los parados forzosos, a los desempleados o simplemente a los desocupados.

Esto significa el nacimiento de un nuevo sujeto de protección, el buscador de empleo¹⁰ o de oportunidades profesionales, cuya relación con el mercado de trabajo no está totalmente cerrada o descrita, ni desde las teorías de la flexi-seguridad, ni

⁹ Supiot, A.: *Trabajo y empleo: Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, ob. cit. pp. 9-20; Landa Zapirain, J.P.: "Constitución y futuro del modelo español de Derecho del Trabajo del próximo siglo", *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, nº 2, 2000, pp. 817-839; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "La nueva dimensión del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, nº 1, 2002; pp. 87-100; Jemmaud, A.: "Mercado de trabajo y Derecho del Trabajo", *Revista de Derecho Social*, nº 39, 2007, pp. 9 y ss.

¹⁰ Pérez Domínguez, F.: "Il jobseeker: La tutela delle transizioni nel mercato del lavoro", ejemplar multicopiado, 2009.

desde las soluciones que nos aportan los mercados transicionales. En este sentido, los estudios sobre las políticas de empleo han aplicado las teorías sobre la activación de las intervenciones en el mercado, que restringían o limitaban el disfrute de la prestación por desempleo sólo a quienes demostraban su voluntad de buscar un nuevo empleo, con el fin de limitar también a los sujetos tutelados en los escenarios flexi-seguro. De tal manera que suelen definir, como individuos protegidos por los sistemas de protección social, a quienes participan en acciones formativas o de orientación laboral que les proporcionen, no sólo los servicios públicos de empleo, sino también las agencias de colocación u otros intermediarios que actúan en colaboración con el Estado.

Sin embargo, otras formas de mejorar las oportunidades profesionales, acordes también con la teoría de los mercados transicionales, como son la educación o la formación, incrementan de la misma forma la empleabilidad de los posibles participantes en estos nuevos escenarios laborales¹¹. Esto justifica que se tutelen, mediante los sistemas de protección social, siempre que el cambio realmente favorezca la integración plena de quienes se disponen a realizar cualquiera de los tránsitos protegidos. Por tanto, los poderes públicos deberían atender a todos aquellos sujetos (ya sean activos, o bien inactivos, parados o desempleados) que traten de alcanzar, con la transición que realizan o se disponen a efectuar, una mejora de sus cualidades y habilidades para trabajar o una promoción profesional. De ahí que, junto al buscador de empleo, cuya situación de incertidumbre debería quedar cubierta por las prestaciones asociadas a la pérdida de la empleabilidad, en una dimensión quizás más amplia que el tradicional seguro por desempleo, también nazcan otros nuevos beneficiarios, como “buscador de nuevas oportunidades profesionales”, cuya protección pública se fundaría en el riesgo de no encontrar trabajo o de efectuar una transición especialmente peligrosa.

Esta nueva reinterpretación, más flexible que las proporcionadas por las teorías sobre la activación de las políticas de empleo, permite extender la tutela a un grupo poblacional más amplio, incluyendo a quienes ni siquiera han estado insertos con anterioridad en el mercado de trabajo (los estudiantes, los excluidos sociales, los inactivos); pero, también, a quienes, tras haber cesado en su prestación de servicios, desean formarse antes de reinserirse en el mercado de trabajo. Y, al mismo tiempo, disminuye la presión que venían sufriendo los beneficiarios de la prestación por desempleo antes de la puesta en práctica de la flexi-seguridad. Pues muchos perceptores se encontraban sujetos a controles excesivamente estrictos, donde siempre se les exigía demostrar un comportamiento activo. A pesar de las dificultades que esto comporta en cuanto al riesgo inherente de demostrar, sin generar o albergar ningún tipo de dudas, la voluntad o disposición de trabajar.

¹¹ Babier, J.C.: “Activación de los sistemas de protección social y el seguro de desempleo”, en Toharia, L. (compilador): *Los mercados transicionales: Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados europeos*, ob. cit., pp. 227.

Este nuevo diseño de los sistemas de protección social se muestra como la forma más certera de facilitar las transiciones laborales, tanto de quienes ni siquiera han tenido un trabajo previo, como de quienes han quedado, por las razones que sean, excluidos de la protección social (por ejemplo, quienes han sufrido cortes en su trayectoria profesional debido al padecimiento de una enfermedad o por la atención de sus familiares, los excluidos sociales o las personas en riesgo de exclusión social). Con todo, al acentuar la teoría de la flexi-seguridad los riesgos de participación laboral, desplazando la intervención de los poderes públicos hacia las incertidumbres que pueden sufrir quienes transitan a un empleo mejor; lo cierto es que parece inevitable la creación de un estatuto jurídico, no sólo en función de las distintas transiciones, sino también de las circunstancias personales o sociales que propician una participación social desigual en el terreno del empleo, como son el género, la discapacidad, la edad, la nacionalidad, la exclusión social o la responsabilidad familiar.

2.4. Las transiciones en el mercado de trabajo como ejes de la protección social

Todos los elementos que se han venido destacando en los anteriores apartados (la concepción menos lineal de la vida activa, los nuevos riesgos que han sido subrayados, los nuevos sujetos que pueden ser protegidos por las prestaciones asociadas al empleo), nos llevan, necesariamente, a examinar cómo se pueden corregir las incertidumbres que cabe esperar de esta participación menos estable o más intermitente que se atiende desde la flexi-seguridad, recurriendo para ello a la teoría de los mercados tradicionales.

En una primera aproximación terminológica, el concepto de transición, según la definición recogida en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, significa una acción o efecto de pasar, repentinamente, de un estado a otro distinto, sin que el cambio a la nueva situación se realice de forma traumática. Su aplicación a las distintas etapas de actividad y desempleo, que pueden concurrir de forma intermitente, pero también con cierta estabilidad entre una u otra fase, permite distinguir hasta cinco tipos distintos de transiciones en el mercado de trabajo, relacionadas con riesgos concretos de participación laboral: a) la transición entre la educación/formación y el empleo; b) la transición entre un empleo y otro (desde un trabajo a tiempo completo a otro a tiempo parcial, desde un trabajo temporal a uno indefinido), y donde se podría incluir también la movilidad geográfica, tanto interna como externa, e incluso la reconversión profesional; c) la transición del desempleo al empleo; d) la transición de la vida privada al empleo, que promueve en la formulación originaria la integración de las mujeres en el mercado de trabajo, pero que también podría ampliarse con el fin de proteger a quienes no pueden insertarse en el mercado de trabajo por distintas razones asociadas igualmente a su circunstancias personales (la exclusión social y la enfermedad transitoria o perma-

nente), entre las que se podría incluir la tutela de los responsables del cuidado familiar, si este factor se convierte, como parece que lo será en una fecha no muy lejana, en un rasgo segregador y excluyente de la participación laboral; e) la transición del empleo o del desempleo a la jubilación¹². Estos cambios pueden ocurrir de forma lineal, dando paso cada una de ellas a una nueva transición, pero también es posible que los participantes sólo pasen por alguna de ellas.

Estas transiciones se definen de manera positiva, haciendo referencia a los cambios o distintas situaciones en el curso de la propia vida, como una forma de obtener mejores oportunidades, al mismo tiempo que se desarrollan las cualidades, no sólo cualidades innatas o naturales, sino también aquellas que se han obtenido tras la participación en los sistemas de protección social¹³. Pese a que otra visión de la flexi-seguridad admite igualmente el tránsito hacia una situación de inactividad temporal que poca relación puede tener con una oportunidad de empleo o de trabajo mejor. Pues, la teoría de los mercados transicionales se ocupa de diseñar estrategias preventivas para evitar que la población en edad de trabajar se localice, de manera permanente, en la inactividad, sin poder remover los obstáculos que originan esta situación, pero admitiendo que el buscador de empleo o de oportunidades profesionales decida, de manera temporal, permanecer desocupado. De tal manera que, como señalamos, cada transición, incluso cuando el cambio se traduce un período de inactividad, se concibe como una forma de progresión o mejora profesional, en tanto que los distintos tránsitos significan un tiempo de desconexión con el mercado de trabajo, precisamente, para promover una permanencia más estable en el empleo cuando el buscador de empleo o de oportunidades profesionales se encuentre en condiciones óptimas para trabajar.

A este respecto, una interpretación excesivamente flexible de estas ideas podría poner en peligro la supervivencia de los sistemas de protección social. Esto ha justificado que se establezcan ciertas restricciones o límites, no sólo a los tránsitos protegidos, cuyo tipos se concretan exclusivamente en los antes señalado, sino también a la propia interpretación del concepto de transición. En este sentido, se ha considerado que la transición o el cambio es acorde con los fines inspiradores de la flexi-seguridad cuando: a) no produce una descualificación profesional, sino que comporta una ventaja u oportunidad, aunque sus efectos únicamente sean aprecia-

¹² Schmid, G.: "Transitional labour market and the European Social model: Towards a new employment compact", en VVAA: *The dynamic of full employment: Social Integration Transitional Labour Markets*, Edward Elgar, Cheltenham, United Kingdom, 2002.

¹³ Moreno Vida, N.: "El Debate Sobre La Flexi-Seguridad En Europa", En Vvaa: *Xx Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2010, pp. 362 y ss.; Pérez Domínguez, F.: "Los mercados de trabajo transicionales: proyección normativa", en VVAA: *XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, ob. cit., pp. 547 y ss.

bles a largo plazo; b) el paro no se prolonga excesivamente en el tiempo, sino que su duración se ajusta al tiempo imprescindible para adquirir o recuperar las cualidades laborales y las competencias profesionales necesarias; c) se utilizan de forma adecuada los servicios de gestión y de orientación al empleo, así como los recursos de formativos; d) la transición no supone un coste excesivo para el sistema público de protección social.¹⁴

Sin perjuicio de las bondades que pueden aportar la fijación de limitaciones o restricciones que siempre serán necesarias, aunque sea difícil determinar en qué grado o medida, con el fin de favorecer un uso eficiente de los fondos públicos. Es preciso llamar la atención sobre los riesgos que comportan el establecimiento de condiciones que restrinjan excesivamente el acceso a los sistemas de protección social. Pues muchos países están viviendo importantes transformaciones en sus mercados laborales, sin que la intervención de los poderes públicos se adecue a las características del nuevo contexto laboral. Estas incertidumbres, lejos de resolverse por sí mismas, generan una importante desconfianza en aquellos ciudadanos que, obligados por las circunstancias, realizan estos cambios, sin contar con la protección necesaria.

Por este motivo, algunos países han adoptado algunas medidas que vienen a satisfacer las carencias de quienes se encuentran afectados por estas nuevas transiciones, con el fin de incrementar su independencia, no sólo respecto del mercado laboral, sino también en relación con otros sujetos de provisión social, como la familia, que debe mantenerse en un segundo plano, al quedar sustituida su función por el papel del Estado. Tales son el subsidio para el primer empleo; las rentas básicas o las rentas mínimas, que se han ido articulando para favorecer la integración efectiva de quienes tienen dificultades para participar en el mercado de trabajo por circunstancias personales o sociales; y los programas de reconversión profesional. Pero, también, las formas de disfrutar de manera más flexible las prestaciones públicas (concretamente, la compatibilidad entre el desempleo y el trabajo a tiempo parcial, la reactivación de la prestación causada por la pérdida del empleo después de un período breve de ocupación), la jubilación anticipada y flexible o la capitalización de la prestación por desempleo.

Pese a que, como se puede deducir de los distintos niveles de desarrollo que ha alcanzado el Estado del Bienestar, sólo aquellos países con sistemas de protección más evolucionados, precisamente, los que se encuentran más cercanos al modelo social-demócrata, han contado con un sistema más completo ante todas las transiciones mencionadas. De tal manera que las intervenciones en el mercado de trabajo han sido distintas en los países que han adoptado medidas para hacer frente a la flexibilidad de las relaciones laborales, pero existe un cierto consenso sobre el futuro de la protección social.

¹⁴ Pérez Domínguez, F.: "Los mercados de trabajo transicionales: proyección normativa", ob cit., pp. 559.

Dicha coincidencia parte de ideas muy básicas, como lo son la transformación de los sistemas de protección social, las respuestas que aporta a estas incertidumbres la flexi-seguridad, o la idea de que es posible articular una protección social basada en las propuestas formuladas por la teoría de los mercados transicionales. Pero, a modo de reflexión final sobre el ámbito objetivo de esta nueva forma de diseñar la protección social, la articulación concreta plantea muchas incertidumbres, sobre todo, por lo que interesa en este momento, una de las incógnitas a resolver es, sin lugar a dudas, si la prestación que trate de hacer frente al riesgo de perder empleabilidad o de efectuar una transición concreta con el fin de mejorar o progresar profesionalmente, se trata de la única herramienta que permite facilitar estos cambios. Si, por el contrario, como ya ha sucedido en otros países, los seguros de indemnización frente a la extinción contractual, ya sean pagados por el empresario, o bien de forma conjunta entre el trabajador y el empleador, se convertirán en una alternativa a la propia protección social.

A este respecto, existe un cierto consenso en cuanto a la relevante función que pueden protagonizar también los sistemas privados de seguro en estos escenarios flexibles, hasta el extremo que ambos se han considerado como complementarios¹⁵. Pese a lo anterior, este desplazamiento del riesgo puede significar un cierto recorte del Estado del Bienestar, ya que se plantean, en el contexto de un mercado de trabajo, donde habitualmente se efectúan cambios o transiciones que únicamente se protegen, según hemos visto, mediante las políticas activas de empleo (recursos de gestión y orientación al empleo, así como medidas de formación) y la protección social; esto es, sin contar con medida que incidan la continuidad del contrato de trabajo. Por esta razón, al margen de que la reforma de los sistemas de protección social tenga presente otras realidades distintas a las prestaciones sociales, como son los seguros privados e incluso los impuestos, es preciso subrayar que la nueva funcionalidad de la prestación por desempleo, al menos en los países social-demócrata, gira en torno a la creación de mecanismos que les proporcionen a los ciudadanos una mayor independencia del mercado laboral. Esta seguridad o certidumbre, según se anunció, se hace más real cuando los sistemas de protección social alcanzan niveles óptimos de cobertura; lo que nos llevaría a seguir considerando que el camino correcto es su fortalecimiento, al margen de que a los sistemas privados se les asigne una labor de cooperación. Sólo de esta forma se podrá garantizar el cumplimiento de la importante misión que se le atribuye a la protección social desde la teoría de los mercados transicionales.

¹⁵ Babier, J.C.: "Activación de los sistemas de protección social y el seguro de desempleo", en Toharia, L. (compilador): *Los mercados transicionales: Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados europeos*, ob. cit., pp. 227.

3. BALANCE SOBRE LAS VENTAJAS E INCONVENIENTES DE ESTA NUEVA ORIENTACIÓN DE LA POLÍTICA DE EMPLEO

Como se acaba de comprobar, nos encontramos en una nueva fase de las políticas públicas de empleo, que precisa la transformación y el fortalecimiento de los sistemas de protección social, siendo necesaria la revisión de los elementos básicos, con el fin de encontrar aquellos aspectos que aún resultan anacrónicos o desfasados desde el nuevo marco que nos plantea la flexi-seguridad, a cuyo estudio se ha dedicado, en parte, este capítulo.

Esta nueva intervención del Estado debe procurar que los derechos sociales se adapten a una carrera profesional inestable, sin que se determinen o definan en función del empleo estándar, admitiendo precisamente la transición como un hecho natural de la vida activa de los ciudadanos. Para ello, al margen de lucha contra los prejuicios asociados al trabajo de duración determinada o el trabajo a tiempo completo, facilitando la flexibilidad del mercado, también es necesario disponer de recursos públicos que actúen en una doble dirección: de un lado, incrementando la empleabilidad de los ciudadanos con servicios públicos de empleo, el acceso a la formación, los itinerarios formativos; de otro lado, fomentando la independencia del ciudadano del mercado de trabajo, a través de seguros que se destinen a facilitar la distintas transiciones que pueden efectuar en el empleo.

A este respecto, esta teoría no se funda en una apuesta por la desregulación o la exclusiva capacidad individual de hacer frente a las cuestiones sociales, sino que la flexi-seguridad requiere, sobre todo, la intervención de los poderes públicos para hacer frente a las incertidumbre de participación laboral que nacen en un mercado de trabajo más flexible: el riesgo de perder la empleabilidad o de no encontrar una ocupación. En este sentido, como se ha dicho, la protección social desempeña un relevante papel en la implantación definitiva de la flexi-seguridad, en tanto que esta teoría propugna o defiende una mayor facilidad para contratar y despedir a los trabajadores, junto a una red de cobertura social, más estable y amplia, que les garantice a los ciudadanos su independencia del mercado de trabajo. De ahí que la aplicación práctica de los mercados transicionales precise la creación de nuevas instituciones y herramientas que favorezcan los cambios o pasos entre las distintas fases de empleo e inactividad.

Un sistema de protección social como el propuesto, sin lugar a dudas, mejora la transición a un mejor empleo; la inversión en formación de quienes acceden a las primeras ocupaciones (pero también de quienes pierden el trabajo y realizan alguna experiencia para incrementar la empleabilidad); facilita la separación del mercado laboral favoreciendo una decisión menos prematura o precipitada de acceso o reinserción al empleo, lo que puede resultar esencial para acertar a la hora de rechazar una oferta de trabajo poco favorable o elegir entre las mejores disponibles; e incluso evita que los trabajadores acepten empleos que no se corresponden con

sus perfiles profesionales. Por el contrario, mucho se ha discutido en torno al efecto perverso que pueden tener los sistemas de protección social, especialmente la prestación por desempleo, en el ánimo o disposición para trabajar de quienes, estando aún en edad activa, pueden trabajar, pero no están satisfechos con la profesión o el empleo que habitualmente desempeñan o carecen de ocupación efectiva. De manera que, para evitar este la perversión de los sistemas de protección social, se ha vuelto a poner de manifiesto la necesidad de equilibrar los derechos y los deberes de los ciudadanos, otorgando la protección social únicamente a quienes demuestren un comportamiento activo o responsable en cuanto a su participación en el mercado de trabajo.

Esta idea, que nos recuerda al cambio del Welfare State al Wofare State, no deja de plantear múltiples interrogantes precisamente sobre el concepto de “activación”, que admite desde una interpretación rígida (búsqueda del empleo) hasta un sentido más flexible (participación en cursos de formación). De la misma forma que tampoco se especifica, y plantea muchas dudas, si la intervención pública debe ir en la misma línea de sancionar y reprender a quienes no demuestren un comportamiento activo, o si por el contrario, las políticas de empleo han de ocuparse más bien de apoyar a quien transita en el mercado laboral, otorgándole su confianza en cuanto a las actividades que realiza mientras percibe la prestación, sin exigirle al beneficiario que demuestre un comportamiento activo. De tal forma que la intervención pública se limitaría a proteger la carencia de rentas, disponiendo medidas que se dirijan a facilitar, si el beneficiario de la prestación considera de utilidad su uso, el acceso a un conjunto de recursos públicos dirigidos a facilitar la empleabilidad (cursos de formación para el empleo, de reciclaje profesional, de recualificación o cambio de la actividad desempeñada, tutores que programen las ofertas de empleo o la participación en las mencionadas acciones formativas). Unos recursos que pueden invertirse en la creación de servicios públicos, pero también permiten ensayar fórmulas, de participación privada, en la gestión de las ofertas de trabajo.

Además de estas incertidumbres, como también sucedió con la puesta en marcha de las políticas activas de empleo, la creación de una red de servicios públicos que faciliten y mejoren las cualidades profesionales de los ciudadanos, así como su sostenimiento y mejora, e incluso su adecuada coordinación con los intermediarios privados, precisan de una inversión económica constante. Por este motivo, todas estas teorías que hacen descansar la seguridad en el mercado de trabajo en sujetos distintos al empresario, ya sea en el propio ciudadano incrementando su responsabilidad en cuanto al comportamiento activo hacia la búsqueda del empleo o la participación en acciones formativas, bien en los poderes públicos, plantean importantes incertidumbres, sobre todo, en épocas de recesión económica.

Por otro lado, los conceptos clásicos de Seguridad Social parecen que se ajustan poco a la flexi-seguridad, tanto en lo que hace a los distintos niveles de protección existentes (contributivo, no contributivo, asistencial), como en la forma de

acceso a las prestaciones en su cuantía máxima, al fundarse en requisitos como la carrera de seguro estable o la trayectoria profesional sin interrupciones relevantes, que tienen poca equivalencia con realidad actual de los mercados laborales. Así, las fronteras que existen entre las prestaciones contributivas y las prestaciones no contributivas, las ayudas asistenciales, e incluso otras como las que se articulan mediante los programas específicos de protección social, reclaman una redefinición más clara de sus objetivos y sus condiciones de acceso. Esto implica determinar, entre otras cuestiones, el alcance de la tutela dispensada, mediante una definición más evidente de los sujetos protegidos por la intervención pública, pero también de las situaciones o contingencias tuteladas, en tanto que los sujetos destinatarios de estas intervenciones serán beneficiarios de la protección sólo si cumplen los requisitos para incluirse en alguna de las contingencias previstas.

De ahí que sea necesario analizar las posibles incertidumbres que se manifiesta en un mercado un mercado flexi-seguro, recurriendo para ello a la teoría de los mercados transicionales, con el fin de señalar o de identificar los espacios que deberían atenderse por la protección social. Pese a que el estudio ya plantea, desde sus inicios, muchas incógnitas en cuanto a su formulación teórica, que suscita dudas en cuanto a la ampliación o el recorte de las transiciones, según el ideal de tutela comprenda unos riesgos u otros. Pero, también, por lo que respecta a la plasmación, e integración efectiva, de las ideas que se defienden desde los mercados transicionales, en los países que tienen, como modelo de organización social, el Estado del Bienestar. Pues éstos ya cuentan con sistemas de protección social muy consolidados que precisarán, con toda probabilidad, de ajustes significativos y reformas de gran calado.

Estas mismas dudas se suscitan en cuanto a la correcta y adecuada articulación de la protección social. Pues, es preciso destacar, y así se ha hecho en notar en todo el capítulo, que existe una conexión clara entre la flexi-seguridad y los sistemas de Seguridad Social, aunque las fórmulas puedan caminar en una dirección opuesta, hacia el fortalecimiento de los sistemas de seguro privado. Por este motivo, las reformas del sistema de protección social no deben centrarse exclusivamente en la prestación por desempleo o el seguro de paro, sino que también otros instrumentos o herramientas facilitan la puesta en marcha de los mercados tradicionales, como son la educación, los servicios sociales. En consecuencia, también estas políticas han de ser examinadas, con independencia de que este trabajo haya tratado de acercarse sólo a una parte de ellas: el papel que puede protagonizar la protección social en las políticas públicas de empleo.

INFLUENCIA DE LA ACCIÓN PÚBLICA SOBRE EL CONCEPTO SOCIAL DE FAMILIA. FUNDAMENTOS DE LA POLÍTICA ACTUAL DE PROTECCIÓN FAMILIAR

Cristina Blasco Rasero
*Profesora Contratada Dra. de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*
Universidad Pablo Olavide

ÍNDICE

1. PREÁMBULO.
2. LA FAMILIA COMO REALIDAD INCUESTIONABLE. LA RELEVANCIA DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y EN LA PROTECCIÓN DEL HECHO FAMILIAR.
3. REELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA A LA LUZ DE LOS ÚLTIMOS CAMBIOS NORMATIVOS.
4. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA: CLAVES DE LA POLÍTICA ACTUAL.
5. REFLEXIONES FINALES

1. PREÁMBULO

Hace unos años, coincidiendo con los últimos del siglo XX y los primeros del XXI, me encontraba realizando mi tesis doctoral, precisamente codirigida por el Profesor Rodríguez-Sañudo, sobre un tema cercano al que ahora me ocupa: la protección de la familia en el Derecho de la Seguridad Social. Con aquel estudio pretendíamos, básicamente, dos objetivos: uno, descubrir el concepto o la idea de familia presente en esta rama del ordenamiento, y otro, determinar las características de la protección que el Sistema de Seguridad Social confiere a la familia, a la realidad familiar y/o a sus miembros.

Pasada prácticamente una década de la conclusión de aquella investigación, vistas las reformas que se han materializado en este tiempo (tanto en la regulación civil de la institución familiar, como en los mecanismos de protección social) teniendo en cuenta los cambios que se aventuran, y especialmente, con ocasión de este libro homenaje al Profesor que me ha acompañado (o, más bien, al que yo he acompañado) desde que empecé mi carrera universitaria, parece presentarse un buen momento para volver a reflexionar sobre el tema que me inició en la investigación jurídica. Lógicamente, partiré de los conceptos y de las conclusiones alcanzadas en aquel trabajo para conseguir el objetivo que ahora pretendo: reelaborar la noción de familia protegida a la luz de las últimas acciones legislativas y encontrar los principios actuales de la intervención pública en materia de protección familiar.

En estos párrafos iniciales, además, cumpliré el principal fin de esta publicación: manifestar mi personal agradecimiento a uno de los profesores que más me han apoyado durante todo este tiempo, ofreciéndome su ayuda y consejo, y que constituye un modelo de responsabilidad, honradez y sencillez que deberíamos seguir las nuevas generaciones de profesores universitarios. Con él ha sido muy fácil convivir y compartir el trabajo en las dependencias universitarias.

2. LA FAMILIA COMO REALIDAD INCUESTIONABLE. LA RELEVANCIA DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y EN LA PROTECCIÓN DEL HECHO FAMILIAR

Al margen de connotaciones ideológicas, que pretendo mantener alejadas de este estudio, creo que nadie puede dudar de la importancia y del papel que desempeña la familia en la historia, en la organización social presente y, posiblemente, en el futuro de la humanidad. Sólo teóricamente podría plantearse la existencia de una sociedad tan impersonal como para que todos sus miembros se mantuvieran y actuaran de forma totalmente independiente, sin contraer vínculos ni mantener relaciones duraderas con nadie, y tan dirigida como para que todas las personas que

dependen de otras para vivir estuvieran a cargo del Estado o de instituciones que se crearan para su atención y cuidado. Fuera de esta posibilidad (hoy, de ciencia ficción) la familia constituye en cualquier período histórico, en toda sociedad y cultura, una realidad incuestionable.

Pero una cosa es la configuración de la familia como forma natural de organización de la especie humana y otra distinta es el eventual reconocimiento de un único modelo de familia, así como el carácter cerrado o inmutable de ese modelo. Frente a ello, también es hoy incuestionable la libertad que corresponde a cada individuo para decidir y dirigir su propia existencia y, en este aspecto, para mantener las relaciones personales que desee, en la forma y con el contenido que igualmente se ajuste a su forma de pensar y/o a sus necesidades. Por ello, se han de admitir y, en la medida de lo posible, reconocer eficacia jurídica a aquellos otros modelos de familia que se manifiesten en la sociedad.

Con todo, y como sucede en cualquier ámbito, la libertad de cada persona ha de coexistir con aquellos límites llamados a proteger otros derechos e intereses igualmente legítimos, como, en esta ocasión, el que procura la protección de ciertos individuos sin capacidad de decisión en muchos casos y, en todos, con necesidades específicas de atención (como los menores y los dependientes) o el interés de la sociedad en su conjunto de reconocer (con la dosis necesaria de seguridad jurídica) y atribuir efectos jurídicos a aquellas relaciones que cumplan una función específica o que, por su aceptación social, merezcan un régimen propio. En esta tensión entre intereses que, si bien no tienen porqué ser contrarios, sí pueden ser diversos, el ordenamiento jurídico ha de ofrecer respuestas seguras y equitativas, comunes a todos y útiles para arbitrar la convivencia del conjunto de la población. Por estas razones, resulta también imprescindible delimitar un concepto de familia, esto es, reconocer y atribuir efectos jurídicos a la modalidad o modalidades de familias concretadas en la normativa en vigor, admitiendo, no obstante, el carácter mutable del concepto y su adaptación a los cambios sociales que se produzcan en cada período histórico.

Además de la necesaria regulación de las relaciones que están en el origen de cualquier grupo familiar, también es clara la importancia de la intervención pública en la protección del hecho o de las relaciones familiares, no ya por la necesidad o conveniencia de respaldar la institución familiar (menos, un determinado modelo) sino en atención a las esenciales funciones que se desempeñan en su seno. Social y jurídicamente, la familia se constituye y actúa, principalmente, como un ámbito de convivencia, de afecto, de solidaridad y ayuda mutua, de recíproca colaboración para alcanzar el bien común, de formación de un patrimonio económico con las aportaciones de aquellos miembros que reciban ingresos y que constituye la fuente de subsistencia de todos sus integrantes, de atención y cuidado de aquellos sujetos que no pueden valerse por sí mismos; funciones todas ellas que, sin duda, la hacen merecedora de la consideración social y de la protección pública. En este aspecto, huelga subrayar el interés de los poderes públicos y de la sociedad en

su conjunto porque la familia continúe siendo el núcleo primario y principal de satisfacción de las necesidades básicas de los individuos.

Partiendo de ambas premisas, es mi intención seguir el curso de la actuación pública, haciendo especial hincapié en las principales reformas ejecutadas en estos años, para concluir señalando cuál es, concluida la primera década de este siglo, la noción (renovada) de familia implícita en el ordenamiento social, así como las claves de la política actual de protección familiar.

3. REELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA A LA LUZ DE LOS ÚLTIMOS CAMBIOS NORMATIVOS

3.1. Un punto de partida: las notas esenciales del concepto jurídico común de familia

Como ya se ha adelantando, la libertad de los individuos no permite calificar como familia a toda forma de relación o convivencia entre los hombres. Aunque cada persona puede vivir y/o convivir cómo y con quiera, el ordenamiento jurídico sólo puede atribuir carácter familiar (con los efectos correspondientes) a las relaciones que presenten ciertos rasgos esenciales. En este sentido, y aunque ni el Texto Constitucional ni el Código Civil contiene una definición explícita de familia, que podría ser de común aplicación a todo el ordenamiento, puede deducirse de su articulado una serie de principios o características que permiten delimitar, con cierta precisión, el hecho familiar.

Para que exista una familia es imprescindible la intervención de una pluralidad de personas; un solo individuo nunca podría ser considerado una familia. Pero no toda agrupación de personas constituye una familia; para ello es indispensable que se encuentren unidas entre sí, bien por un vínculo conyugal, bien por lazos de filiación, bien por relaciones de parentesco (otro tipo de relaciones se sitúan al margen de la realidad familiar). En estas últimas, es igualmente esencial la fijación de un criterio de delimitación del grupo familiar que permita acotar su extensión y diferenciarlo de otros: en nuestra cultura y ordenamiento se utiliza, a estos efectos, el grado de parentesco, si bien no se precisa un grado concreto con relevancia jurídica (a unos efectos, se considera exclusivamente la familia nuclear, formada por los padres y los hijos menores o dependientes, en otras ocasiones se integra en el grupo a todos los ascendientes y descendientes, en otras normas se alude al parentesco por afinidad o consanguinidad, otras se limitan a este último, etc.). Con todo, y al margen de las relaciones entre ascendientes y descendientes (que el paso del tiempo se encarga de limitar a la tercera o, a lo sumo, a la cuarta generación) en la línea colateral se suele conceder relevancia jurídica a las relaciones de parentesco no más allá del segundo o, en algunas cuestiones, del tercer grado.

Dos tipos de hechos pueden dar lugar, a su vez, a la formación de una familia: el primero y principal, la filiación, el segundo y contingente, el matrimonio. En cuanto a la primera, es hoy clara, de un lado, la importancia de la filiación como la principal causa de la existencia y de la protección de la familia; de otro, la igualdad de derechos y obligaciones de ambos progenitores; y de otro, la equiparación de todos los hijos, sea cual sea su vía de integración en la familia (ya hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, ya sean biológicos o adoptados, ya hayan sido concebidos de forma natural o por la aplicación de las técnicas de reproducción artificial).

Más complicado resulta precisar el papel que juega hoy el matrimonio en la configuración del hecho familiar. Por un lado, porque si bien es verdad que con la celebración de un matrimonio se genera un vínculo entre las partes (y entre sus respectivas familias) que se ubica en el ámbito de las relaciones familiares (no olvidemos la existencia del parentesco por afinidad) y que constituye todavía el origen fundamental de un alto porcentaje de las unidades familiares existentes, también es cierto que no existe entre sus miembros un vínculo estrictamente familiar, sino una relación propia, la relación conyugal, de la que deriva una pluralidad de derechos y obligaciones singulares (con todo, en este tema hay diversidad de opiniones, entre las que se puede destacar la emitida por el TC en varias sentencias en las que ha incluido en la definición social de familia, también, a la relación matrimonial de un hombre y una mujer sin descendencia, vid. SSTC 45/1989, 192/1991, 200/1991 y 222/1992).

Por otro, por las consecuencias que las situaciones de crisis matrimonial generan sobre la constitución y funcionamiento de la familia. Baste recordar, a estos efectos, cómo la nulidad supone la ineficacia originaria del vínculo (aunque se mantengan las consecuencias generadas a favor de los hijos y del contrayente de buena fe); cómo la separación de los cónyuges supone el cese de la convivencia y la modificación de los derechos y obligaciones hasta entonces existentes entre las partes (que pasan a regirse por lo establecido en el convenio regulador); y cómo el divorcio supone la disolución del matrimonio, la liquidación de la sociedad de gananciales y el cese de la mayoría de derechos y obligaciones hasta entonces existentes entre las partes (aunque subsisten algunos). La nulidad, la separación y el divorcio permiten la formación de otros modelos de familia (familias monoparentales o familias reconstituidas) y, en todo caso, un diverso funcionamiento de las relaciones existentes entre los miembros del grupo (cesa la relación de convivencia, se suprimen algunos de los derechos y deberes implícitos al vínculo, se alteran las relaciones económicas entre las partes, etc.).

Aún más difícil resulta concluir acerca de la configuración y eficacia jurídica de las relaciones extramatrimoniales. En parte, porque es una cuestión que se ve normalmente influida por valoraciones ideológicas; sobre todo, por los problemas que derivarían de la regulación en los mismos términos o de la atribución de idénticos efectos a relaciones que, al menos jurídicamente, tienen un contenido diverso.

En particular, porque resulta imposible aplicar el régimen civil del matrimonio a individuos que han optado por una relación extramatrimonial, precisamente, para huir de esos efectos (aún así, también surgen dudas a este respecto ya que esa ausencia de derechos y obligaciones entre las partes puede generar, y de hecho genera, efectos perversos, sobre todo, cuando cesa la relación de convivencia entre las partes y se producen situaciones reales de abandono, falta de recursos, conflictos en la titularidad o reparto del patrimonio común acumulado, etc.). Por ello, y en principio, sería factible el reconocimiento jurídico de este tipo de relaciones (para lo que sería necesario su definición o, al menos, la delimitación de sus elementos fundamentales) pero no su completa equiparación al matrimonio (todo ello dejando al margen la doctrina que señala la preferente atención debida al matrimonio, entre otros motivos, por el reconocimiento explícito del derecho a contraerlo que aparece en el artículo 32 de la CE).

Pero independientemente de las implicaciones civiles de ambas realidades, llamadas, en exclusiva, a regular las relaciones entre las partes, el problema se centra en determinar la consideración externa de ambas relaciones; dicho en otras palabras, se cuestiona si se puede considerar únicamente el matrimonio, con exclusión de las relaciones extraconyugales, como supuesto de hecho de ciertas normas y de esta forma limitar los derechos o ventajas que en las mismas se disponen a los cónyuges. Tampoco este tema presenta una fácil solución: como se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia (señaladamente del TC) no se puede dar una respuesta unívoca, de común aplicación, a todos los supuestos, sino que es necesario analizar cada disposición (su supuesto de hecho, la finalidad pretendida y los efectos jurídicos derivados) para encontrar una solución adecuada a cada caso.

En mi opinión, si se atribuyen consecuencias jurídicas al matrimonio teniendo en cuenta la relación de convivencia existente entre las partes, el vínculo de afecto, solidaridad y ayuda mutua, o la formación de una unidad en la que se comparten recursos y gastos, hay que disponer los medios que permitan la atribución de idénticas consecuencias a aquellas unidades extramatrimoniales en las que se demuestre existir el mismo tipo de relaciones. Quizá ésta constituya una de las diferencias fundamentales entre ambas realidades: mientras en el matrimonio existe un vínculo formal del que derivan una serie de derechos y obligaciones cuyo cumplimiento se presume, en la convivencia extramatrimonial es necesario demostrar la voluntaria satisfacción de los mismos (otra diferencia sería la posibilidad, limitada al primer caso, de exigir el cumplimiento coactivo de tales obligaciones cuando no se satisfacen espontáneamente, cumplimiento que es incoercible en el segundo, en el que no existen obligaciones judicialmente exigibles entre las partes). Si se producen esas relaciones, en el caso de las uniones extramatrimoniales porque se demuestra, se da una sustancial identidad de ambos vínculos que los hacen merecedores de idéntico tratamiento. No obstante, y más allá de esta apreciación, general y teórica, coincido con el TC en la necesidad de contemplar de forma singularizada, las normas que atribuyen efectos jurídicos a las relaciones conyugales

para concluir acerca de la eventual equiparación, en cada cuestión, de la unión libre al matrimonio.

Por lo demás, hay que diferenciar la eficacia de las uniones de hecho en las relaciones horizontales, entre los miembros de la pareja (ya referidas) de las relaciones verticales que derivan de la filiación y el parentesco. Fundamentalmente, respecto a las relaciones paterno-filiales, porque resulta también indudable el debido reconocimiento de la condición familiar a las unidades constituidas por aquellas parejas no casadas que conviven con sus hijos, comunes, menores o dependientes. En este aspecto, las normas dirigidas a la familia deben aplicarse en los mismos términos a la creada por el matrimonio como a la constituida a través de una unión libre, teniendo por supuesto los hijos no matrimoniales los derechos generales previstos en la legislación vigente, en idénticos términos a los nacidos dentro de un matrimonio. Respecto a otro tipo de vínculos, y aunque no existe parentesco alguno de afinidad entre cada miembro de la unión y los familiares de su pareja, porque, al menos sociológicamente, no se le puede negar la condición familiar a las unidades de convivencia en las que, además de los miembros de la unión de hecho, participe algún otro componente de sus respectivas familias. Cosa distinta es que a esta situación se le atribuya (o, en su defecto, se pueda reclamar el reconocimiento de) alguno de los efectos, derechos o beneficios, que el ordenamiento vigente reconoce a otro tipo de unidades familiares.

3.2. La familia protegida por el Sistema de Seguridad Social. Concepto general y principales reformas normativas

Las nociones expuestas, deducidas de los preceptos y principios civiles y constitucionales, tienen un indudable reflejo en la rama social del Derecho. En ésta se parte, lógicamente, de los conceptos suministrados por el Derecho común para construir una definición propia. Con todo, el legislador se preocupa de reelaborar o matizar tales nociones para ajustarlas a la identidad del Derecho de la Seguridad Social y, en particular, a la finalidad de cada una de sus instituciones y disposiciones. Por ello, como se pudo comprobar en aquel trabajo, las normas de Seguridad Social utilizan en su articulado un concepto de familia singular, parcialmente distinto al señalado en el anterior epígrafe.

En concreto, y como se expuso con más amplitud en aquella investigación, de la diversidad de definiciones contenidas en la normativa de Seguridad Social se pueden extraer los elementos constitutivos de la realidad familiar, fundamentales para la existencia de un grupo que merezca este nombre (dado que en ningún precepto de la ordenación legal o reglamentaria del Sistema se contiene un concepto general de familia de común aplicación a este sector del ordenamiento). Para que un grupo de personas pueda constituir una familia deben concurrir alguno o algunos de los siguientes elementos: primero, es necesaria la existencia de un vínculo

conyugal, de filiación o parentesco entre ellos; segundo, debe acreditarse alguna de las condiciones personales previstas –relativas a la edad, estado civil, incapacidad o minusvalía- y que justifican la extensión de la protección social del trabajador o pensionista a sus familiares; tercero, ha de existir una situación de convivencia entre las partes; y cuarto, se exige la constatación de una relación de dependencia (normalmente económica) entre los integrantes del grupo. Ahora bien, aunque son éstos los únicos elementos utilizados por el legislador social para la descripción del hecho familiar, ni es imprescindible la confluencia de todos ellos, ni ninguno esencial en la definición (en este sentido, se puede comprobar cómo en ciertas normas no se exige relación de dependencia entre las partes, cómo se excepciona el requisito de convivencia en algunos casos, cómo en ocasiones basta el vínculo familiar para la atribución de efectos jurídicos, o cómo incluso, se extiende la protección social a relaciones que no son estrictamente familiares).

Con todo, resulta imprescindible basar el concepto de familia protegida en alguno de estos elementos, siendo así que, obviamente, ha de considerarse la existencia de una relación conyugal, de filiación o parentesco entre las partes como nota esencial de la definición. Lo que sucede (y por ello es por lo que en ocasiones esa relación no se exige) es que el legislador ha equiparado a las relaciones familiares otras realidades, fácticas, con un contenido semejante (es lo que sucede en los casos de acogimiento o, actualmente, con las parejas de hecho). Por ello, decíamos entonces que “para el Derecho de la Seguridad Social la familia es siempre y en todo caso, un grupo de personas unidas por matrimonio, por una relación de filiación o parentesco o por una situación de hecho asimilada a las anteriores”. Ahondando en aquel análisis, podemos recordar las características esenciales de las relaciones señaladas y, junto a las mismas, las significativas modificaciones que, en este concepto (en sus elementos esenciales) se han ido introduciendo al hilo de las reformas normativas ejecutadas estos años.

Respecto a las relaciones que están en el origen del grupo familiar, se mantienen las características básicas de los vínculos derivados de la filiación y el parentesco: las normas de Seguridad Social ya hace años que se hicieron eco de la reforma constitucional para proclamar la equiparación de derechos de los hijos (y, por extensión, del resto de parientes) con independencia de la naturaleza de la filiación. Sólo se ha producido un cambio relevante respecto a los vínculos derivados del acogimiento familiar de menores que el legislador equipara, a ciertos efectos, a la filiación. En concreto, en sendas reformas normativas se han modificado los términos legales para permitir, de un lado, la extensión de la asignación económica por hijo a cargo al acogimiento de menores, preadoptivo y permanente (antes de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, se limitaba a los hijos, cualquiera que fuera la naturaleza legal de la filiación) y, de otro, la ampliación del subsidio de maternidad al acogimiento simple (antes de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, se circunscribía a las anteriores modalidades de acogimiento) situaciones, todas ellas, configuradoras de la situación protegida por el actual subsidio de paternidad.

Con estas reformas se consolida la tendencia a equiparar, a efectos de protección social, el acogimiento a la filiación, esto es, una situación que, aunque formal (no se trata de un hecho espontáneo, sino de una situación regulada por el ordenamiento civil y controlada por las instancias competentes) no genera vínculos familiares entre las partes, en mi opinión, tanto con la intención de favorecer el acogimiento de menores desasistidos por sus padres en el seno de una unidad familiar, como por considerar la sustancial igualdad del bien protegido en ambas relaciones: en todo caso, quienes procrean, adoptan o acogen a un menor necesitan un período inicial de descanso en el trabajo para atenderlos o cuidarlos convenientemente y, asimismo, pueden tener necesidad de una asignación económica que les ayude a su sostenimiento.

Más modificaciones se han producido, por el contrario, en la configuración y efectos de las relaciones horizontales, entre los miembros de la pareja. Primero, porque si en el año 2003 hablábamos, sin ambages, del matrimonio celebrado entre un hombre y una mujer (las relaciones extramatrimoniales, por el mismo hecho de ser libres, podían tener diversa configuración) actualmente se han de aplicar las normas de Seguridad Social, como el resto del ordenamiento jurídico, tanto al matrimonio heterosexual como al matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo. A estos efectos, se ha procedido a eliminar (o, en aquellos supuestos en los que no han desaparecido estos términos, se han de entender superada esa distinción) las referencias al sexo de los miembros de la pareja para entender referidas dichas disposiciones, en general, a los cónyuges (como se dispone en la DA 1ª de la Ley 13/2005, de 1 de julio).

Segundo, porque en los últimos años se ha reconocido y atribuido efectos jurídicos a las parejas extramatrimoniales en el ámbito de la Seguridad Social. Con esta decisión política se ha ejecutado un cambio fundamental en la ordenación de la protección pública; si durante años, y a pesar de los numerosos recursos planteados ante los tribunales de justicia, era clara (por reiterada) la negativa a reconocer derechos en materia de Seguridad Social a las uniones extramatrimoniales, con la reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, se da un giro de ciento ochenta grados a la política social para atribuir los derechos derivados del fallecimiento del trabajador o pensionista, también, al miembro superviviente de una pareja de hecho. Lo que hasta ese momento era una misión imposible (los tribunales superiores, en aplicación de la doctrina constante del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, rechazaban cualquier petición en este sentido) desde entonces es una realidad manifiesta.

Sin embargo, ni los términos de la Ley permiten reconocer la pensión de viudedad a cualquier tipo de unión, ni se ha procedido a equiparar los derechos de las parejas matrimoniales y extramatrimoniales. En el primer aspecto, porque el legislador ha limitado el derecho a las llamadas “parejas de hecho”, esto es, a aquellas unidades de convivencia estables, con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento, con o sin hijos a su cargo,

que no se hallen impedidos para contraer matrimonio, y que hayan formalizado su relación en la forma y con la antelación exigida, bien mediante inscripción en el registro de parejas de hecho, o bien mediante documento público celebrado al efecto, en ambos casos, constituido con un período de antelación mínimo de dos años al fallecimiento del causante. En el segundo, porque a diferencia de lo que sucede en el matrimonio, en el que se atribuye al cónyuge superviviente un derecho incondicionado a la pensión de viudedad tras el fallecimiento del causante, para el acceso a la pensión en los supuestos de parejas de hecho se exige la concurrencia de un vínculo económico entre las partes, bien consistente en una relación de dependencia económica anterior al fallecimiento (relación de dependencia que se presume cuando los ingresos del superviviente no alcanzan el 50% de los ingresos comunes, o el 25% en caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad) bien en la constatación de una situación de necesidad posterior al óbito (que se acredita probando que los ingresos del sobreviviente son inferiores a 1,5 veces el salario mínimo interprofesional vigente, límite que se incrementará en 0,5 puntos por cada hijo en común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el superviviente).

No creo aventurado decir que se puede tratar de unos requisitos similares a los que, en un futuro más o menos cercano, se podría exigir al cónyuge superviviente para acceder a la pensión de viudedad en la reforma que ya se anuncia del régimen jurídico y de acceso de esta pensión que parece querer aplicarse a los que hayan nacido después del 1 de enero de 1967. Y digo esto, porque serían requisitos llamados a eliminar una de las críticas que, desde hace años, se viene realizando en torno a la pensión de viudedad, concretamente, desde que se equipararon los derechos de hombres y mujeres, se extendió el trabajo femenino y perdió la pensión su fundamento originario de protección de las mujeres casadas que no realizaban ninguna actividad remunerada y que por ello, tras el fallecimiento de su marido, se quedaban sin recursos para subsistir.

En la misma línea, de protección de relaciones económicas concretas entre las partes, se configura actualmente, después de la reforma introducida por la Ley 40/2007 citada, el derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio. A diferencia de lo que sucedía en la regulación anterior, en la que se reconocía el derecho a la pensión de viudedad al cónyuge separado o divorciado sin exigírseles requisitos adicionales, tras la reforma, también se condiciona el derecho a la demostración de una relación económica efectiva entre ambas partes, en este caso sustanciada por el reconocimiento y abono, en vida del causante, de una pensión compensatoria que se pierde tras su fallecimiento. En mi opinión, no se puede hablar de una relación estricta de dependencia económica ya que la pensión compensatoria tiene como única finalidad compensar el desequilibrio económico que padece una de las partes tras la ruptura, y ello no es incompatible con la posesión y disfrute, por la parte beneficiaria, de ingresos o recursos propios y en cualquier cuantía.

Por el contrario, ninguna modificación relevante a estos efectos se ha introducido en los últimos años en el régimen jurídico de la pensión de orfandad ni de las prestaciones en favor de familiares. Sigue reconociéndose las primeras a los hijos propios, menores de 18 años, mayores incapacitados, o con edades comprendidas entre los 18 y los 22 ó 24 años cuando tengan ingresos inferiores al límite señalado (antes del 75% del SMI y ahora, tras la Ley 40/2007, del 100% de esa misma cifra) y a los hijos del cónyuge del causante en las condiciones clásicas. Constituye esta última una ampliación de la protección de la orfandad que, si bien aparece en el ordenamiento social desde los orígenes del Sistema, permite fácilmente su adaptación a un nuevo modelo de familia reconstituida procedente del divorcio de alguno de sus miembros. Continúan atribuyéndose las segundas a los familiares del trabajador o pensionista que las normas disponen y en las que se combinan los criterios clásicos de parentesco, edad o incapacidad para el trabajo, estado civil, relación de convivencia y dependencia económica, manteniéndose las diferencias de trato por razón de sexo vigentes a principios del siglo (relativas a las diversas condiciones exigidas a las madres y ascendientes del sexo femenino frente a las referidas a los padres y ascendientes varones para el acceso a la pensión).

En fin, estas reformas insisten en la razón que, a mi juicio, constituye el fundamento de la protección social de la familia. Si ya en 2003 existían motivos suficientes para situar la relación económica entre las partes (entre el trabajador o pensionista y su cónyuge, hijos u otros familiares) en el núcleo de la protección social, los cambios comentados añaden nuevos argumentos para esta conclusión. Es más, es perfectamente posible que en la reforma que se anuncia, básicamente, de las prestaciones de muerte y supervivencia, el requisito de dependencia o la existencia de una relación económica efectiva entre las partes se constituya como principal condición para la atribución de eficacia jurídica a las relaciones familiares.

4. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA: CLAVES DE LA POLÍTICA ACTUAL

Como idea general, se puede partir de la doctrina constitucionalista que justifica la existencia de una política singular de protección a la familia (que constituye un grupo carente de personalidad jurídica propia diferenciada de la de cada uno de sus miembros) distinta de la aplicable al común de los individuos (únicos sujetos de derechos) en la constatación, en el seno de la unidad familiar, de una relación de dependencia entre aquellas personas que sustentan o atienden al grupo y quienes dependen de ellos en su existencia diaria.

Esta doctrina es igualmente aplicable a la rama social del Derecho, donde la intervención pública se justifica, básicamente, en atención a las relaciones de dependencia que se producen entre los miembros del grupo familiar. En el ordenamiento de la Seguridad Social, a mi juicio, y con objeto de ofrecer una no-

ción común aplicable al conjunto de la acción protectora, es imprescindible interpretar este término en un sentido amplio capaz de abarcar tanto las relaciones estrictas de dependencia económica en las que unos sujetos no tienen ingresos propios suficientes y viven a expensas de otros, como aquellas otras que surgen entre quienes comparten su vida y sus bienes formando un patrimonio familiar común con los ingresos que obtienen y del que todos participan, como las relaciones de dependencia material que se entablan entre aquellos individuos que no tienen capacidad para mantener una vida autónoma y dependen en su existencia diaria de los cuidados y atenciones que otros les prestan. En este sentido amplio, puede constituirse la existencia de esa relación de dependencia entre los miembros del grupo como el fundamento principal de la política de protección familiar dispensada por los poderes públicos a través de los instrumentos suministrados por el Sistema de Seguridad Social.

Con todo, y a pesar de ese argumento común al conjunto de las prestaciones que atienden al hecho familiar, para encontrar las claves de la política actual de protección a la familia es imprescindible ahondar en el objetivo, explícito o implícito, de cada prestación o grupo de prestaciones, dada la diversa configuración y, por extensión, el distinto fundamento de aquellas que, de alguna manera, protegen la realidad familiar. En esta referencia (por lo demás sucinta) a las prestaciones sociales en las se materializa la protección familiar, se expondrán también los cambios normativos más significativos realizados en el último decenio con la intención ya manifestada de reincidir o, en su caso, encontrar los nuevos principios de la política actual de protección a la familia.

La protección inmediata de la familia se ha venido actualizando, en el Derecho de la Seguridad Social, a través de las llamadas prestaciones familiares que, en 1967, mantenían la importancia y las características atribuidas a la protección familiar en el régimen anterior (me refiero, básicamente, a las prestaciones por hijo a cargo, por esposa o marido incapacitado dependiente –además de los premios de natalidad, las ayudas a las familias numerosas o las asignaciones al contraer matrimonio y por nacimiento de un hijo– con las que se pretendía ayudar al trabajador o pensionista, titular de la protección, al levantamiento de las cargas familiares). Con la transición y el cambio de régimen, la política familiar pasó a un segundo plano: las prestaciones familiares perdieron su posición en el conjunto de la acción protectora, reduciéndose el número de prestaciones sociales (la protección se limitó a las asignaciones por hijo a cargo) y consolidándose la cuantía de las existentes que perdieron, con el paso de los años y bajo los efectos de la depreciación monetaria, su valor económico. Sólo en 1991 se alteró, en cierta medida, el sentido de esta tendencia al introducirse las asignaciones por hijo a cargo para sujetos no trabajadores como una medida protectora más del catálogo –limitado– de prestaciones no contributivas que se reconocieron en aquella reforma.

A este cambio inicial se han añadido, en el último decenio, otros. El primero, realizado con la Ley 52/2003 (ya citada) que reordenó el esquema de la protección

familiar para calificar como prestación contributiva, exclusivamente, el primer año (posteriormente, desde la Ley Orgánica 3/2007, también el segundo) de excedencia para el cuidado de hijos o de otros familiares, y ubicar, entre la protección no contributiva, a todas las medidas de contenido económico. El segundo, ha supuesto una ampliación notable del esquema anterior de protección familiar. En un primer momento (con la Ley 52/2003) con el reconocimiento de dos nuevas prestaciones de pago único dirigidas a compensar el aumento de gastos ocasionados, una, por el nacimiento o adopción del tercer o sucesivos hijos, y otra, por parto o adopción múltiples. Más tarde, en la Disposición Final 2ª de la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, se reordena el cuadro de la protección familiar, por un lado, con la incorporación de una nueva prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de un hijo, en este caso, en el seno de familias monoparentales, familias numerosas o madres discapacitadas; y, por otro, por la sustitución de la anterior prestación por nacimiento o adopción de un hijo a partir del tercero, por una nueva que se ha venido abonando a quienes no fueran beneficiarios de la deducción en la cuota del IRPF regulada en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, y que se ha reconocido, en general, por nacimiento o adopción de un nuevo hijo. Sin embargo, una de las medidas adoptadas por el legislador para intentar paliar el grave deterioro sufrido en los últimos años por las finanzas públicas ha sido, precisamente, la supresión de ambas ayudas (supresión llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, con efectos desde el 1 de enero de 2011).

Aparte de la significativa ampliación de las prestaciones familiares (más por el número de ayudas que actualmente prevé el ordenamiento social que por el nivel de la protección –aunque se ha actualizado y mejorado su contenido, siguen siendo prestaciones de cuantía reducida- y, en relación con el mismo, por el papel que la protección familiar desempeña en el conjunto de la acción protectora) es de reseñar las condiciones en las que hoy por hoy se satisfacen. Singularmente, por la limitada aplicación del requisito de necesidad económica a las asignaciones por hijo a cargo no discapacitado y a la prestación a tanto alzado por nacimiento o adopción de un hijo en supuestos de familias numerosas o monoparentales y en los casos de madres discapacitadas, en las que el reconocimiento del derecho se supedita a la constatación de unos ingresos inferiores a los límites señalados (en la forma prevista en el artículo 182.1. c) de la LGSS, reformado por la Ley 35/2007). En las demás prestaciones familiares no se exige condición económica alguna, de tal modo que la ayuda se extiende a todo ciudadano que tenga un hijo discapacitado a su cargo y a todo aquel que haya tenido o haya adoptado simultáneamente a dos o más niños. Por su parte la ayuda de 2.500 € por nacimiento o adopción de un hijo también se ha venido abonando, durante su vigencia, a todo tipo de unidades familiares (bien haya sido como una deducción en la cuota del IRPF, bien como una prestación no contributiva del Sistema).

En este aspecto, entiendo que el reconocimiento de prestaciones asistenciales debe supeditarse, en todos los casos, a la acreditación de un estado de necesidad real

derivado de la falta de recursos suficientes para vivir. Aunque el nacimiento o la adopción de un niño, especialmente cuando se trata de un parto o adopción múltiple, así como la responsabilidad y el mantenimiento de un hijo discapacitado, generan una situación de necesidad protegible (bien sea por el aumento de gastos derivado de su sostenimiento o de la contratación de una persona ajena para su cuidado, o bien sea por la pérdida de ingresos que sufre la unidad familiar cuando uno de los miembros ha de abandonar el empleo o alterar las condiciones de trabajo – por ejemplo, reduciendo su jornada- para dedicarse a su atención) se presume una situación de debilidad económica que no tiene porqué existir en el caso concreto, principalmente, porque puede tratarse de una unidad familiar con recursos suficientes o incluso holgados, para su cobertura. Por todo ello, a mi juicio, si se califican como prestaciones no contributivas con las que se pretende ayudar a los padres (únicos sujetos obligados al sostenimiento económico de sus hijos dada las obligaciones que derivan de la patria potestad, del deber de custodia y de alimentos) debería someterse a todas las unidades familiares a las mismas condiciones de acceso a la protección, en este caso y fundamentalmente, porque la configuración asistencial de la medida exige que el reconocimiento del derecho se supedita a la acreditación de un estado de necesidad económica efectivo.

Junto a las prestaciones familiares, el Derecho de la Seguridad Social regula y reconoce otras medidas que, de alguna forma, protegen la realidad familiar. En este aspecto, y aunque se podrían analizar cuantas ayudas se prevén con la finalidad de proteger la realidad familiar (por ejemplo, en los complementos por mínimos o en las prestaciones de desempleo las cargas familiares acreditadas por el beneficiario condicionan la cuantía de la protección en la medida en que se pretende conceder una prestación suficiente para atender las necesidades de todos sus miembros) voy a limitar las siguientes páginas al estudio de aquellas prestaciones que, bien se vinculan al nacimiento y/o adopción de un hijo, o bien suponen una protección directa a aquellos individuos que acrediten una relación conyugal, de filiación o parentesco con el titular de la protección.

Según se ha dicho, el hecho básico y nuclear en la existencia de una familia, así como la razón principal de la protección que les brinda los poderes públicos, son los hijos, especialmente, cuando éstos tienen una edad (o se encuentran en otras situaciones de dificultad personal) en las que necesitan o dependen de otros para vivir. Como se deduce del Texto Constitucional (art. 39 CE) la protección de los niños justifica suficientemente la intervención de los poderes públicos en un ámbito estrictamente familiar y privado. En el otro extremo del ciclo vital, se encuentran las personas de edad avanzada, o al margen de la edad, las personas discapacitadas y dependientes, esto es y en todo caso, individuos que pueden necesitar algún tipo de ayuda, o incluso, quienes dependen de otros para realizar los actos habituales de la vida cotidiana. En cualquier caso, la situación de dependencia material (no económica) en la que se encuentran todas estas personas (la necesidad de ayuda de niños, ancianos y dependientes) justifica sobradamente la acción de los

poderes públicos que, en este ámbito, deben ofrecer cuantos medios sean necesarios para proveer a la atención y cuidado de estos individuos. Esta función se cumple en nuestro ordenamiento jurídico con una diversidad de instrumentos significativa; en los párrafos siguientes, me limitaré a aquellos que se materializan en fórmulas de atención que se integran en el sistema español de protección social.

En primer lugar, para proteger a los niños recién nacidos o a los que acaban de incorporarse a una nueva familia, el ordenamiento social dispone distintos tipos de medidas, todas inspiradas en una idea común de favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores (también en este aspecto se han producido cambios fundamentales en los últimos años, algunos de los cuales evidencian líneas de tendencia constatadas en la política social del último decenio). Concretamente, para permitir o favorecer la satisfacción de las obligaciones familiares por parte de las personas trabajadoras, se les ha venido ofreciendo derechos sociales propios concretados, básicamente, en permisos, reducciones de jornada, suspensiones del contrato y excedencias laborales. De todas las medidas de conciliación, sólo me detendré en aquellos derechos laborales que resultan cubiertos con prestaciones públicas.

Esta condición tiene, concretamente, el derecho que se concede a los trabajadores por cuenta ajena a suspender su contrato de trabajo durante un período determinado de tiempo, compensado, cuando se cumplen las condiciones de afiliación, alta y cotización requeridas, con una renta social sustitutiva del salario. En este sentido, la primera fórmula de protección del hecho familiar fue el descanso por maternidad, causa de suspensión cubierta, desde los orígenes del Sistema, con cargo a un subsidio económico, primero de incapacidad laboral y posteriormente, de idéntico nombre. En los últimos años se han producido también cambios significativos en la ordenación de la suspensión del contrato y en el subsidio por maternidad, así como en distintos derechos o situaciones cercanas, a los que paso a referirme, por supuesto, de forma concisa y ordenada, no por orden cronológico, sino en función de la finalidad de cada medida. También en este aspecto es mi intención poner de manifiesto, únicamente, las claves de la política actual de protección familiar.

Una primera fórmula de protección la constituyen aquellas prestaciones cuya principal finalidad es la protección de la salud de las personas. Con este objetivo, en mi opinión, apareció en la reforma de 1999 (Ley 39/1999, de 5 de noviembre) la suspensión y el subsidio por riesgo durante el embarazo, y con el mismo surge, en la LO 3/2007, la suspensión y el subsidio por riesgo durante la lactancia natural. En esta última reforma, además, se refuerza la protección de esta contingencia mediante la atribución a ambas prestaciones de naturaleza profesional lo que repercute tanto en las condiciones de acceso al derecho (de un lado, porque se les aplica el mecanismo de alta presunta y, de otro, porque se elimina el requisito de carencia antes exigido) como en el contenido de la ayuda (en este aspecto, porque se utiliza ahora la base reguladora prevista para el subsidio de incapacidad temporal por con-

tingencias profesionales y porque a esa cifra se le aplica un porcentaje del 100% para concretar la cuantía del subsidio).

Con ambas prestaciones, así como con los derechos laborales que en la LPRL (en la versión actual) se contemplan para proteger sendas situaciones, se trata de evitar, por encima de cualquier otra cosa, cualquier afección en la salud de la madre o del hijo derivada de la realización del trabajo en un puesto de riesgo. Se concreta de esta forma el derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo, si bien, con ocasión del embarazo y la reciente maternidad, se trasciende la protección de la mujer trabajadora para llegar, a través de estas medidas, a la salvaguarda de la salud del feto o del niño recién nacido. La protección de la salud, especialmente, cuando se trata de menores vuelve a ser una razón de peso extraordinaria para apoyar la intervención de los poderes públicos, en este caso, justificando el incumplimiento por parte de la mujer trabajadora de obligaciones que surgen en un ámbito de relaciones privadas (del trabajador con su empresa) y concediendo una ayuda sustitutiva de la pérdida de ingresos salariales. Todo ello, además, previa imputación del riesgo a la empresa y a la actividad productiva; en otras palabras, en mi opinión, el cambio introducido por la LO 3/2007 ha supuesto un cambio importante en el fundamento de la protección social que, de entenderse provocada por un riesgo inherente a la mujer trabajadora –derivado del estado de embarazo– ha pasado a considerarse un riesgo procedente del funcionamiento de la empresa –de la existencia de puestos de trabajo en los que se dan condiciones o procedimientos, o se evidencian agentes o sustancias, capaces de afectar a la salud de las personas–.

Una segunda línea de tendencia la encontramos en la incesante mejora de la suspensión y el subsidio de maternidad que, desde su regulación originaria, viene siendo objeto de constante atención por los poderes públicos. Limitándonos a los cambios efectuados en este siglo son de destacar las novedades introducidas por la Ley de Igualdad que, de una parte, mejoran la cobertura (por ejemplo, introduciendo nuevos supuestos para la suspensión del contrato o para la ampliación de su duración); de otra, suavizan ciertos requisitos impeditivos u obstativos del derecho (en este sentido, se alteran las reglas relativas al período de carencia para facilitar la obtención del subsidio); y, de otra, amplían la protección social para atender individuos y situaciones hasta entonces desprotegidas (es lo que sucede con el nuevo subsidio especial previsto para las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, no puedan acceder al subsidio contributivo por incumplimiento del período de carencia exigido). Se trata de mejorar la cobertura del Sistema y de favorecer el acceso a la protección social a quienes necesitan disfrutar de un período de descanso cubierto con una prestación social suficiente, tanto para el restablecimiento de la propia salud, como para atender convenientemente al niño recién nacido o al menor que acaba de incorporarse a una familia. De nuevo, la intervención pública se legitima en el Texto Constitucional en el que se ordena la protección de los niños y de las madres (artículo 39 de la CE).

Un tercer paso significativo en esta evolución de las normas sociales se puede situar en el reconocimiento de derechos derivados de los vínculos familiares a los varones, lo que supone una apuesta decidida por el reparto de tareas y responsabilidades (tanto de índole laboral como familiar) entre ambos sexos. En este sentido, se ha de poner el acento en las diferentes modificaciones introducidas por la Ley de Igualdad: de un lado, en las reglas de distribución del derecho al descanso (y al subsidio) de maternidad entre ambos progenitores, fundamentalmente, por la posibilidad de que el padre disfrute del derecho al descanso cedido por la madre aunque ésta se encuentre, en el momento de incorporación al trabajo, en situación de incapacidad temporal; por la extensión al padre de la suspensión del contrato en caso de fallecimiento de la madre, realizara ésta o no algún trabajo, y por la atribución del descanso al otro progenitor cuando la madre no pueda disfrutar del citado beneficio por no tener derecho a suspender su actividad profesional. De otro lado, por la incorporación a la acción protectora del Sistema de una nueva prestación, el denominado subsidio de paternidad, que con independencia de que lo reciba un hombre o una mujer, permite interrumpir la prestación laboral y, por ello, participar en el cuidado del hijo a quien no haya disfrutado del descanso por maternidad.

En definitiva, durante este decenio se ha seguido avanzando en la política de conciliación iniciada a finales del siglo XX, si bien ahora desde una nueva perspectiva llamada a implicar a ambos progenitores en el cuidado de los niños. Con ello, no sólo se amplía la política familiar (con el reconocimiento de nuevos derechos y prerrogativas a favor de los trabajadores con responsabilidades familiares) sino que, además, se abunda en una política general de promoción de la igualdad (que, al margen de los aciertos y errores de cuantas medidas se hayan dispuesto o llevado a la práctica, es igualmente necesaria) y de fomento del empleo femenino incidiendo, en este aspecto, sobre uno de los factores determinantes (la maternidad) de las diferencias en el empleo y en las condiciones laborales de hombres y mujeres.

También constituyen medidas de protección familiar, siquiera sea por beneficiar a los familiares del sujeto que causa el derecho a la protección del Sistema, las prestaciones por muerte y supervivencia, prestaciones que tratan de compensar la pérdida de ingresos que sufre el cónyuge, los hijos y otros familiares del trabajador o pensionista a su fallecimiento. Se trata de un conjunto de prestaciones que, a fecha de hoy, se encuentran en medio de un proceso de transformación; el tiempo dirá el sentido de esa evolución y los resultados, en su caso, de esa eventual reforma.

En este aspecto, el legislador ha empezado por alterar algunas condiciones concretas del régimen jurídico de la pensión de viudedad. Como ya se ha señalado en un epígrafe anterior, aunque la Ley 40/2007 ha extendido la pensión a las parejas de hecho, se ha condicionado la obtención del beneficio en estos casos y en los supuestos de separación y divorcio, a la acreditación de una relación económica efectiva entre las partes que se extingue con el fallecimiento del causante y que el ordenamiento trata de compensar con cargo a la prestación social. Nada de ello se

exige, actualmente, a las relaciones matrimoniales no disueltas. En los próximos años se verá si se ahonda en esta reforma y se alteran las condiciones generales de acceso a la pensión de viudedad para todos los beneficiarios o se perpetúa el régimen jurídico de una pensión que, en su fundamento y finalidad, permanece inalterable desde 1983 (fecha en la que el TC declaró injustificada la aplicación de diversos requisitos de acceso al derecho a hombres y mujeres y se extendió a los primeros el régimen vigente hasta entonces para las segundas –esto es, desde aquel momento, se reconoce al cónyuge viudo el derecho a recibir la pensión de viudedad derivada del fallecimiento sin exigirle condiciones adicionales acreditativas de una relación de convivencia, dependencia o necesidad económica-).

Tampoco se han producido cambios en el régimen jurídico de la pensión de orfandad y de las prestaciones en favor de familiares que hayan repercutido sobre el fundamento de la protección. Respecto a la primera, porque permanece prácticamente inalterable la regulación resultante de las reformas realizadas a finales de los noventa y principios de 2000, con los que se pretendía extender la protección a los jóvenes mayores de 18 años (y menores de 22 ó 24) inactivos o que realicen una actividad productiva de la que obtengan ingresos inferiores a ciertos límites. En definitiva, permanece en nuestro ordenamiento un sistema dual de protección de la orfandad que concede un derecho absoluto e incondicionado a los menores o discapacitados, al margen de la relación existente entre éstos y el sujeto causante antes del óbito y de la situación generada tras el mismo, frente a unas normas que limitan el reconocimiento del derecho a los mayores de edad a la demostración de un estado de necesidad efectiva.

No obstante, en mi opinión, no se han dispuesto condiciones suficientes para limitar la protección a los huérfanos mayores de edad en situación de precariedad económica, de un lado, porque el límite de ingresos se aplica, exclusivamente, a los recursos derivados de una actividad productiva (no a los procedentes de otras fuentes) y de otro, por la irrelevancia de los ingresos del otro progenitor o de cualquier otro familiar que pueda hacerse cargo del huérfano entre los requisitos de acceso o mantenimiento del derecho. Por su parte, las condiciones referidas a los hijos del cónyuge del causante para acceder a la pensión sí exigen la acreditación de una relación de convivencia y dependencia económica.

Con todo, son las prestaciones de supervivencia en favor de familiares las que conservan más elementos de su regulación originaria. Salvo las reformas que se introdujeron en la década de los noventa (una, por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre y otra, por el RD 1670/1990, de 28 de diciembre) para extender las prestaciones a los parientes varones del causante (eliminando las anteriores disposiciones que restringían la protección a las hijas y hermanas) en todos estos años no se han materializado cambios suficientes para alterar el fundamento de la protección. Las reformas realizadas por el RD 4/1998, de 9 de enero, y el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, para extender la pensión a favor de familiares regulada en el art. 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967, a los nietos y hermanos

del causante con edades comprendidas entre los 18 y los 22 años que no efectúen un trabajo lucrativo o cuando, realizándolo, obtengan unos ingresos inferiores al 75% del SMI, limitando de esta forma el subsidio temporal del artículo 25 a los hijos y hermanos mayores de 22 años, tiene como única finalidad, en mi opinión, permitir una correcta articulación en la protección de los huérfanos (que tendrían derecho, hasta los 22 años, a la pensión de orfandad y, posteriormente, el subsidio temporal a favor de familiares) así como la equiparación de las condiciones de acceso de una (pensión de orfandad) y otras prestaciones (pensión y subsidio de supervivencia en favor de familiares).

Por lo demás, continúan siendo prestaciones encaminadas a proteger la carencia de rentas que sufren, a su fallecimiento, aquellos familiares del trabajador o pensionista que convivían con él y a sus expensas, y reúnan las condiciones personales establecidas (justificativas de la relación de dependencia); es decir, constituyen medidas protectoras del nivel contributivo que, no obstante, condicionan la protección a la acreditación de una relación de dependencia económica anterior al óbito y una situación de necesidad posterior individuos sin recursos, quizá vaya siendo hora de sustituir una fórmula de protección contributiva, derivada del vínculo familiar, por una prestación asistencial directa a favor de aquellas personas que acrediten una situación real de necesidad y carezcan de toda forma de subsistencia.

En fin, y aunque no se trate de prestaciones del Sistema de Seguridad Social, hay que hacer una última mención a uno de los principales cambios introducidos en estos años en la protección social española: la creación y puesta en práctica de un Sistema para la promoción de la autonomía personal y atención a los individuos en situación de dependencia. Independientemente de la organización y estructura del Sistema, de las prestaciones y servicios dispuestos, de las condiciones de acceso al derecho, del contenido de la protección, etc. me interesa destacar el fundamento de la intervención pública: la atención a las personas que, debido a su edad o discapacidad, no pueden valerse por sí mismas y por ello necesitan la asistencia de un tercero para realizar los actos más esenciales de la vida diaria. La previsión de los medios que permitan la atención a este colectivo por personal especializado y/o en centros específicos, en sustitución o colaboración con las familias, constituye uno de los principales retos actuales de los poderes públicos. Lástima que, en la situación actual y ante la falta de personal, centros o residencias adecuadas, la protección se esté concentrando en muchas Comunidades Autónomas, en la concesión de ayudas económicas, principalmente, en la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales.

5. REFLEXIONES FINALES

De lo expuesto en los epígrafes anteriores se pueden extraer, lógicamente, un significativo número de conclusiones. No obstante, la limitada extensión de estas

páginas exige poner el acento en las más relevantes. Por este motivo, sólo voy a apuntar dos reflexiones finales, una relativa al concepto de familia protegida y otra al fundamento de la política de protección familiar.

Las instancias públicas (fundamentalmente, el poder legislativo, con su capacidad normativa, pero también el ejecutivo y el judicial, con las facultades que les corresponden en orden a adoptar decisiones políticas, aplicar y exigir el cumplimiento de las normas) desempeñan un papel sustancial en la configuración del hecho familiar y en la definición de sus funciones. Como se ha podido comprobar, ha bastado la decisión del poder legislativo constituido durante una determinada etapa de nuestra historia para cambiar la noción de familia protegida. En cierta forma, incluso, la protección diferenciada que los poderes públicos ofrecen a las distintas unidades familiares y, en concreto, la preferente atención que prestan a una determinada modalidad (como viene sucediendo, en los últimos años, con la protección de las familias monoparentales) puede condicionar o, al menos, influir sobre el modelo de familia que eligen los ciudadanos. Por ello, a mi juicio, y al margen de mi propia opinión sobre un determinado modelo o una concreta opción personal, se ha de cuestionar la influencia que puede ejercer la acción pública sobre la adopción de decisiones o el desarrollo de relaciones que son puramente privadas.

Insistiendo en la misma idea se puede decir que, si la constitución de una familia (así como la extensión del grupo, la permanencia de ciertos vínculos, las relaciones efectivas entre las partes, etc.) constituye una decisión personal que el ordenamiento jurídico (concretamente, el Derecho Civil) sólo puede regular para evitar situaciones de inseguridad, desigualdad o injusticia, la atribución de efectos jurídicos a las relaciones familiares en otros ámbitos del ordenamiento debe ser aún más limitada.

En el ámbito de la Seguridad Social, tienen plena justificación las medidas públicas dirigidas a la satisfacción de derechos individuales. En esta línea considero fundamental el mantenimiento y la promoción de una política de conciliación que permita compatibilizar el cumplimiento de las responsabilidades familiares con la satisfacción de las obligaciones profesionales. Todo ello, además, desde una perspectiva que favorezca el reparto equitativo de las cargas familiares entre ambos sexos.

Pero al margen de las prestaciones sociales encargadas de atender las expectativas de los trabajadores con responsabilidades familiares, es necesario revisar el cuadro general de la acción protectora desde dos ideas fundamentales. La primera, por la posibilidad de sustituir ciertos derechos derivados, vinculados a la condición familiar, por derechos propios a favor de quienes acrediten una situación de necesidad protegible. Por otro, por la necesaria limitación de las medidas económicas de protección familiar a las unidades con bajos recursos. En este último aspecto, en mi opinión, la acción de los poderes públicos habría de centrarse, en particular, en la prestación de aquellos servicios que facilitan a los ciudadanos el

cumplimiento de sus responsabilidades privadas (especialmente a favor de quienes carecen de medios propios para su satisfacción) en lugar de proceder al reconocimiento de ayudas económicas, costosas para las finanzas públicas, que si beneficiarían a todos los ciudadanos, pueden ser tan innecesarias para un sector de la población como insuficientes para otro.

PARTE II

Los Actores de las Políticas Públicas Instituciones y Organismos

LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL ESTADO AUTONÓMICO ESPAÑOL

Joaquín García Murcia
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

“...Que la vigilancia del cumplimiento de esa legislación única quede confiada a un servicio administrativo dotado de una cierta unidad organizativa no puede ser tampoco calificado como arbitrario ni irracional desde el punto de vista de la eficacia administrativa...”

(FRS, “Sobre la transferencia del sistema de Inspección de Trabajo a las Comunidades Autónomas”, 2008)

ÍNDICE

1. UNA BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN ESPAÑA.
2. LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SU REORDENACIÓN LEGAL EN EL AÑO 1997.
3. LA PRESENCIA DEL “ESTADO AUTONÓMICO” EN LA ORDENACIÓN POSTCONSTITUCIONAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.
4. LA ASIGNACIÓN ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE “FUNCIÓN PÚBLICA INSPECTORA”.
5. EL TRASPASO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: PRIMERAS EXPERIENCIAS.

1. UNA BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN ESPAÑA

La Inspección de Trabajo hace su aparición en España mediante un Real Decreto de 1 de marzo de 1906, en un momento histórico especialmente dinámico y fructífero desde el punto de vista de la programación, elaboración y puesta en vigor de normas laborales¹. Enraizada también en las estructuras de la Comisión de Reformas Sociales, y en los trabajos preparatorios que condujeron al Instituto del mismo nombre, la Inspección de Trabajo española nace prácticamente a la par que otras numerosas instituciones de carácter laboral y social, y se pone en marcha a fin de cuentas para contribuir, junto a buena parte de esos otros instrumentos, a la aplicación efectiva de unas previsiones y exigencias legales que implicaban un cambio profundo en la manera de abordar los problemas del trabajo asalariado. Como se reconocería con ocasión de posteriores reformas en la propia labor inspectora, “de nada sirve que el Parlamento dicte leyes encaminadas a mejorar la condición del obrero, a hacer más humanas las relaciones del capital y del trabajo, encauzando los conflictos sociales por medio de una legislación justa y previsora, si luego en la práctica esas leyes son letra muerta y la tutela del Estado no alcanza la eficacia debida”².

A partir de 1906, la Inspección de Trabajo fue implantándose de modo progresivo en todo el territorio nacional, asumiendo, en su caso, las funciones de vigilancia y control que hasta esos momentos ejercían las Juntas Locales y Provinciales de Reformas Sociales, procedentes de aquellos primeros gérmenes de la todavía inexistente Administración laboral³. Su función preferente en aquella primera fase no era otra que la vigilancia y supervisión de las normas laborales existentes, aunque ya se vislumbraba la posibilidad de desarrollar una serie de funciones complementarias que con el paso del tiempo adquirirían gran relevancia, como la de colaboración con empresas y trabajadores, o la de asesoramiento técnico para la puesta en marcha de nuevas disposiciones legales. El inspector de trabajo ya empezaba a concebirse, asimismo, como persona íntegra (de “moralidad intachable”, con capacidad acreditada para actuar con diligencia e imparcialidad)

¹ Por esos años fue creado el Instituto Nacional de Previsión (1908) y fueron implantados los primeros tribunales laborales (1908 y 1912); poco antes habían sido aprobadas las leyes de accidentes de trabajo (1900), trabajo de mujeres y niños (1900) y descanso dominical (1904), y tres años más tarde fue aprobada nuestra primera regulación legal de las “huelgas y coligaciones” (1909).

² Preámbulo del Real Decreto de 21 de abril de 1922, por el que se aprueba la Reglamentación provisional para el Servicio de Inspección de las leyes de carácter social (Gac. 22 abril).

³ Vid. A. Montoya Melgar, “El reformismo social en los orígenes del Derecho del Trabajo”, *Revista del MTAS*, núm. ext. (2003), pp. 99 ss., y “La Inspección de Trabajo: orígenes de una institución centenaria”, AAVV, *Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, MTAS, 2005, pp. 349 ss.

y como profesional “idóneo” (en el sentido de especialmente formado, en el plano técnico, para el desarrollo de esa delicada y especializada tarea). Era, en definitiva, portador y representante de un servicio público de excepcional importancia para la virtualidad y la buena aplicación de la legislación laboral y social.

Desde aquel punto de partida la Inspección de Trabajo en sentido estricto fue contando a su alrededor con otros cuerpos también dedicados a la labor de vigilancia en el terreno social pero con un radio de acción más localizado, como los inspectores de emigración (Ley de 1907) o, algo más tarde, los inspectores de seguros sociales (nacidos al calor del “retiro obrero” y reordenados en 1935). En 1931 fue reformada para adaptarla a las directrices de la Organización Internacional del Trabajo y a las “orientaciones del moderno derecho social”, y mediante una Ley de 1939 (desarrollada reglamentariamente en 1940) se procedió a una nueva reorganización y a la unificación de todos aquellos profesionales en el Cuerpo Nacional de Inspección de Trabajo, al que ya se asignarían competencias más amplias y diversas: en materia laboral, de previsión social, de accidentes de trabajo, de colocación obrera, de trabajo de extranjeros, de emigración, y de “higiene y comodidad de los trabajadores en los centros de trabajo”. Se dan en esos años, así pues, los primeros pasos para la construcción efectiva de un “sistema de inspección”, aunque normas posteriores provocarían en más de una ocasión nuevas rupturas de tal unidad (en 1948 se crea la Inspección Técnica de Previsión Social), que también quedaría afectada por la atribución, en ciertos ámbitos de actividad, de labores inspectoras a otros profesionales (como los ingenieros y facultativos de minas)⁴.

Con la Ley 39/1962, de 21 de julio (aprobada pocos años después de la ratificación por España del Convenio núm.81 de la OIT)⁵, se puso en pie un marco de rango legal más completo y ordenado que sus precedentes, y se llevó a cabo la reunificación en un solo Cuerpo Nacional de los inspectores laborales y los inspectores de previsión social (que mantuvieron no obstante cierta singularidad funcional y orgánica). En esencia, la Ley de 1962 insistió en la “exigencia social de desarrollar una acción constante y eficaz en defensa del trabajador y su familia”, y se dedicó a trazar, con bastante sencillez y claridad, las grandes líneas de organización y de funcionamiento de la Inspección de Trabajo en España, una vez más conforme a las directrices internacionales del momento. En el apartado funcional, acotó con cierto detalle el ámbito de actuación de la función inspectora (desglosado en “ordenación

⁴ La historia normativa de la Inspección de Trabajo hasta ese último año puede consultarse en 1906–2006. *100 años de Inspección de Trabajo* (con apéndice normativo de J. García Murcia e I.A. Rodríguez Cardo), Consejería de Industria y Empleo del Gobierno del Principado de Asturias, Oviedo 2007.

⁵ Convenio adoptado en el año 1947, relativo a la Inspección de Trabajo en la industria y el comercio, y completado en el año 1969 por el Convenio número 129, relativo a la Inspección de Trabajo en la agricultura. Sobre la labor de la OIT en esta materia, I. Vázquez González, “La Inspección de Trabajo en España: antecedentes y desarrollo histórico. Derecho internacional y comparado”, AAVV, *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 34 ss.

del trabajo”, “seguridad social” y “migraciones y empleo”, con un cuarto apartado para la labor de “asistencia técnica”), previó la posibilidad de encomendar a los inspectores otras “misiones” o cometidos singulares (de índole “directiva, ejecutiva o de asesoramiento o informe”), identificó las diferentes instituciones e instancias públicas con deberes de colaboración o auxilio hacia la Inspección (desde los distintos Ministerios a las mismas empresas, con inclusión de sindicatos, organismos gestores de seguridad social y entidades privadas colaboradoras de los mismos), y sistematizó las vías de intervención, los modos de actuación y las facultades de los inspectores, reiterando el carácter público de “la acción para denunciar el incumplimiento de la legislación social”. En el apartado orgánico, diseñó la estructura de la Inspección (con inspectores generales e inspectores provinciales), atribuyó a sus funcionarios el carácter de autoridad pública, les reconoció “plena independencia” en el ejercicio de sus funciones, y precisó sus requisitos de idoneidad y sus deberes institucionales⁶.

2. LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SU REORDENACIÓN LEGAL EN EL AÑO 1997

La Ley 39/1962, como es natural, nació anclada en su contexto institucional y político. Muchas de sus líneas de regulación respondían a la trayectoria histórica de la propia Inspección de Trabajo, pero buena parte de sus previsiones reflejaba de manera muy patente la influencia de los principios y criterios de organización propios del régimen franquista. Muestra de ello era la reiterativa alusión a instituciones muy características de esa época (la Organización Sindical, los Seguros Sociales, las Mutualidades Laborales o los jurados de empresa), así como la utilización en exclusiva de la provincia como ámbito territorial de referencia para la estructuración orgánica y la descentralización funcional de la labor inspectora. Nadie dudaba, en consecuencia, de que la puesta en marcha del sistema constitucional iba a provocar, necesariamente, una remodelación a fondo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Obviamente, ni la institución era incompatible con la Constitución de 1978, ni todos y cada uno de los rasgos que la venían caracterizando chocaban con las líneas marcadas por el nuevo sistema constitucional. A la altura de esos años, la Inspección de Trabajo estaba firmemente asentada en nuestra organización social, y a lo largo de su dilatada historia había dado pruebas suficientes de distancia y autonomía respecto de los distintos regímenes políticos que se habían ido sucediendo en nuestro país desde su creación en los inicios del siglo XX⁷. Pero

⁶ La Ley de 1962 no sería desarrollada reglamentariamente hasta el año 1971, con la aprobación de los Decretos 2121/1971 y 2122/1971, de 23 de julio.

⁷ La ubicación histórica y política de la Inspección de Trabajo hasta los años setenta del siglo XX puede consultarse en F. Pérez-Espinosa Sánchez, *Las infracciones laborales y la Inspección de Trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1977, pp. 59 ss.

también es verdad que todo cambio político o incluso gubernamental tiene alguna influencia sobre las instituciones públicas, y que la puesta en escena del nuevo marco constitucional exigía, particularmente, determinadas modificaciones en el régimen jurídico de esa venerable institución social, en distintos planos. Por lo pronto, era necesario adaptar su regulación básica al nuevo contexto legal e institucional, prestando especial atención tanto a sus referencias y remisiones normativas como a su terminología y a sus usos del lenguaje. Adicionalmente, era conveniente revisar su organización interna y sus esquemas de funcionamiento, no sólo por las transformaciones que había vivido la Administración española desde la reforma política, sino también, y sobre todo, por la nueva estructura del Estado diseñada por el texto constitucional. No podía olvidarse, en fin, que el contexto social, económico y productivo había cambiado extraordinariamente desde los años sesenta del siglo pasado, y que todo ello actuaba, ineludiblemente, como un potente factor de renovación.

El nuevo marco legal de la Inspección de Trabajo española, tantas veces anunciado, tardó no obstante en aparecer. Es verdad que durante los dos o tres lustros inmediatamente siguientes a la aprobación de la Constitución de 1978 se fueron adoptando diversas medidas de actualización o reajuste, pero hubo que esperar a la última década del siglo pasado para que se abordara su completa reordenación jurídica, mediante un proceso de cierta dificultad que se inició de forma fragmentaria, mediante cambios coyunturales o incidentales, y que no logró culminar sino al cabo de bastantes años, con la aprobación de una nueva legislación básica. Varios acontecimientos legales vale la pena citar en este sentido: la Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, que creó los “controladores de la Seguridad Social”, como nuevo cuerpo de gestión que, tras diversos cambios en su regulación y en su denominación, acabaría plenamente integrado en el sistema de Inspección; la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que creó, entre los Cuerpos de funcionarios de la Administración del Estado, el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y el Cuerpo de Controladores Laborales (como Cuerpo de Gestión en materia de inspección en el que pudieron integrarse los controladores de seguridad social y de empleo)⁸; la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el orden social (refundida en el año 2000), que abordó de manera específica la obstrucción a la labor inspectora y proporcionó determinadas pautas sobre el levantamiento de actas y la puesta en marcha del procedimiento sancionador; la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de reforma del Estatuto de los Trabajadores, que añadió una nueva disposición adicional a la citada Ley de infracciones y sanciones en el orden social para reafirmar el carácter de Cuerpo

⁸ El cuerpo de “controladores”, luego subinspectores, nació del RDL 36/1978 de Gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo (controladores de empleo) y de la Ley 40/1980 sobre Inspección y Recaudación de la Seguridad Social (controladores de seguridad social). Fue regulado sucesivamente por RD 221/1981 (Seguridad Social), RD 1638/1981 (empleo), y RD 341/1986 y RD 1667/1986 (ambos sobre controladores “laborales”).

Nacional del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y seguridad Social y, al mismo tiempo, para abrir posibilidades para la participación de las Comunidades Autónomas en su configuración orgánica y su adscripción funcional, y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de riesgos laborales, que fijó una serie de pautas, eminentemente de carácter funcional, para la actuación de los funcionarios inspectores en el terreno específico de la seguridad y salud en el trabajo (y que, tras las reformas del año 2003, abrierá la posibilidad de que otros profesionales asumieran también ciertas labores de control y vigilancia).

El proceso de transformación que fue construyéndose mediante esas sucesivas disposiciones legales culminó con la Ley 42/1997, de 14 de noviembre (LIT), de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (sin perjuicio de alguna previsión posterior, como las que proporcionó el texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social aprobado en 2000). La pretensión principal de esta nueva disposición legal no era otra que la adaptación de esa institución a los cambios de carácter político y legal experimentados en nuestro país desde la transición política (especialmente, la consagración constitucional de los principios de autonomía política y autonomía colectiva), pero sin olvidar las necesidades de modernización y acondicionamiento de un régimen jurídico que ya empezaba a dar signos de obsolescencia. Insistiendo en algunas de las orientaciones básicas de la Organización Internacional del Trabajo, la LIT dio a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la calificación de servicio público (de vigilancia, de exigencia de responsabilidades, de asistencia y, en su caso, de pacificación y solución de conflictos), y procedió a configurarla expresamente como un “sistema” (entendido como conjunto de principios legales, normas, órganos, funcionarios y medios materiales destinados a ese fin). Bajo esas premisas, y distribuido en dos grandes capítulos (funcional y orgánico), el articulado de la Ley 42/1997 fue ocupándose sucesivamente del alcance material y funcional de la actividad inspectora, de las facultades de los inspectores y subinspectores, de las medidas derivadas de su actuación, de los deberes de auxilio y colaboración, de la composición y estructura orgánica de la Inspección, y de las competencias y atribuciones de las Administraciones públicas implicadas⁹.

Si bien se mira, la Ley 42/1997 –con sus pequeños retoques posteriores– trató de hacer frente a los retos modernos de la Inspección de Trabajo. Formalmente llevó a cabo una actualización de su régimen jurídico, pero en el fondo pretendía dar respuesta, más o menos explícita, a la nueva situación que desde el punto de

⁹ De nuevo con algo de retraso, el RD 138/2000, de 4 de febrero, aprobó el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, modificado con posterioridad por RD 1.125/2001, de 19 de octubre, RD 689/2005, de 10 de junio, y RD 107/2010, de 5 de febrero. El reglamento de procedimiento para la imposición de sanciones en el orden social fue aprobado por RD 928/1998, de 14 de mayo, también modificado en diversas ocasiones. El RD 707/2002, de 19 de julio, aprobó el procedimiento especial de actuación de la ITSS en el ámbito de la prevención de riesgos laborales dentro de la Administración General del Estado.

vista político, social y económico se presentaba para la organización y el funcionamiento de dicha institución, dejando a salvo, desde luego, la posibilidad de “eventuales modificaciones posteriores”¹⁰. Ni que decir tiene que en el momento de preparación y elaboración de ese nuevo texto legal la Inspección de Trabajo, plenamente consolidada entre nosotros, contaba con el respaldo unánime de la sociedad española (la sociedad política y la sociedad real), tanto por su efectividad como por su prestigio. Pero no carecía de problemas ni en la definición de sus líneas estructurales ni en la planificación de sus actividades, ni estaba tampoco a salvo de los grandes cambios que se iban registrando tanto en el ámbito de la producción y el empleo como en la configuración del propio sistema de convivencia social, con la emergencia de nuevos valores, la consagración de nuevos derechos y nuevos principios, y la reafirmación de nuevos grupos de intereses. Tres grandes desafíos cabía identificar, cuando menos, para la organización y actuación de la Inspección de Trabajo.

El primero de ellos derivaba de la cambiante realidad económica y social en la que necesariamente se inscribe la actividad inspectora. Los cambios en el sistema económico y productivo (con actividades muy distintas de las que tradicionalmente habían sido objeto de la labor inspectora), los procesos de liberalización y globalización de la economía (con la consolidación de redes financieras transnacionales y con nuevos focos de economía oscura o sumergida), o la incesante transformación de las formas de trabajo, con nuevos factores de riesgo (por influencia de las nuevas tecnologías, o por otras variadas razones), suscitaban para la Inspección de Trabajo otros tantos problemas a la hora de identificar supuestos de elusión o incumplimiento de la ley, de definir prioridades, o de delimitar su ámbito territorial de actuación, por citar tan sólo algunas de las cuestiones de mayor relevancia. En esta línea han de inscribirse, desde luego, los debates que desde hace tiempo se desenvuelven acerca del mejor modo de ejercicio de la función inspectora en el contexto de la Unión Europea, en el que empiezan a darse algunos pasos en pro de unas directrices comunes y en el que las reglas de coordinación y colaboración entre sistemas nacionales se alzan ya como necesidades imperiosas¹¹. En esa misma estela se pueden ubicar, por otro lado, las nuevas tendencias hacia la especialización o la creación de áreas funcionales específicas para el más adecuado desarrollo de la actividad inspectora, algo que ya cuenta con cierta tradición en el campo concreto de la seguridad social, y que desde hace algún tiempo también parece detectarse en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo (al menos, mediante el establecimiento de canales especiales de colaboración institucional y de apoyo téc-

¹⁰ Vid. J. Minondo Sanz, *Fundamentos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, MTAS, 2000, pp. 67 ss.

¹¹ Vid. A. Arufe Varela, *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, MTAS; 2007, pp. 16 ss.

nico). Como era de esperar, una y otra preocupación cuentan ya con algún reflejo en el texto legal de 1997¹².

El segundo desafío tiene que ver con la configuración actual del sistema de relaciones de trabajo y, en especial, con la relación más pertinente entre la Inspección de Trabajo y los actores típicos de dicho sistema, esto es, las representaciones de trabajadores y empresarios. Aunque la Inspección nunca ha estado lejos de esas instancias (tanto en las etapas de sindicalismo libre como en los periodos de sindicalismo corporativo), no cabe duda de que el reconocimiento pleno de la autonomía colectiva, la extensión de las competencias de representación y participación en la empresa, y, en fin, el desarrollo creciente del diálogo social a partir del nuevo marco constitucional, han conferido un protagonismo mayor, en todos los aspectos, a quienes asumen funciones de representación de intereses en el mundo del trabajo, tanto en el ámbito de la empresa como en el concierto general de las relaciones laborales. Dejando al margen la importante labor de auxilio y asistencia técnica que tradicionalmente ha desplegado y que aún despliega en relación con las empresas, con los trabajadores y con las representaciones profesionales de unas y otros, es evidente que la Inspección de Trabajo difícilmente puede organizar y programar su actividad hoy en día a espaldas de las invocaciones o sugerencias de los llamados agentes sociales, como tampoco puede desarrollar sus funciones de visita o seguimiento de la actividad laboral en las empresas sin la colaboración de los representantes de los trabajadores en dicho ámbito (unitarios, sindicales o “especializados”), que también gozan de algunas competencias relevantes en el ámbito de la vigilancia y control de las normas laborales. De nuevo la legislación vigente ofrece patentes muestra de ello, ya sea porque ha previsto expresamente que la Autoridad Central de la Inspección se relacione con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas con vistas a la propuesta y definición de estrategias, objetivos, recursos y proyectos normativos que de forma directa afecten al sistema, ya sea porque en determinados casos (sobre todo, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales) ha previsto que las actuaciones inspectoras vayan acompañadas de la presencia de representantes de los trabajadores, que podrán hacer observaciones al respecto¹³.

De cualquier manera, no cabe duda de que el mayor reto para la Inspección de Trabajo en España tras la Constitución de 1978 estaba ligado a la construcción del

¹² La necesaria colaboración administrativa en el seno de la Unión Europea está contemplada, por ejemplo, en el art.18.3 LIT a la hora de enunciar las competencias de la Autoridad central de la ITSS, y la posibilidad de diseñar áreas especializadas se contempla tanto en el art.19 LIT, a propósito de la estructura funcional de la ITSS, como en el art.17 LIT, a propósito de la cooperación con las Comunidades Autónomas.

¹³ La Orden TAS/3.869/2006, de 20 de diciembre, regula la Comisión Consultiva Tripartita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, compuesta por representantes de la Autoridad central y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, y con funciones de asesoramiento y propuesta sobre estrategias, objetivos, recursos y proyectos normativos.

Estado autonómico. Es sabido que la Inspección de Trabajo fue concebida con un marcado carácter unitario, como instrumento del Estado¹⁴ especializado en el buen cumplimiento de la legislación laboral y de seguridad social, que no dejaba de ser, al fin y al cabo, una legislación única para todo el territorio nacional. La Constitución, en sí misma, no supone ninguna descalificación ni contraindicación para ese modelo de Inspección de Trabajo, máxime cuando, precisamente para mantener esa esencial unidad, atribuye al Estado las competencias más potentes en el terreno de la legislación social (competencia “exclusiva” en materia de legislación laboral y competencia de “legislación básica” en materia de seguridad social). Pero el texto constitucional, al mismo tiempo, ha dado algunos pasos que desde luego pueden afectar a la estructura tradicional de la Inspección de Trabajo, al prever la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asuman competencias de ejecución de la legislación laboral y de seguridad social (sin perjuicio, en este segundo caso, de las conocidas reservas en relación con el “régimen económico” de dicho sistema, y, en general, de la “alta inspección” del Estado que los Estatutos de Autonomía fueron dejando a salvo). Por otro lado, de las competencias reconocidas a las Comunidades Autónomas con vistas a su organización interna y a la determinación de su propio régimen jurídico (dentro de las “bases” estatales) podrían surgir nuevos motivos para una eventual revisión del modelo histórico de nuestra Inspección de Trabajo, ya sea porque al amparo de las mismas pueden aprobar “reglamentos organizativos” (para la configuración de sus servicios y la realización de sus funciones), ya sea porque les abren un amplio campo de intervención en relación con sus empleados (por ejemplo, en materia de seguridad y salud en el trabajo).

3. LA PRESENCIA DEL “ESTADO AUTONÓMICO” EN LA ORDENACIÓN POSTCONSTITUCIONAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

Lo cierto es que este último reto no ha dejado de estar presente en la experiencia española desde que las Comunidades Autónomas empezaron a cobrar protagonismo en el nuevo esquema de organización política. Como veremos después, la primera generación de Estatutos de Autonomía no fue muy explícita a este respecto, pero al iniciarse el traspaso de competencias en materia de ejecución de la legislación laboral ya se pudo advertir la relevancia del problema. El ejercicio efectivo de sus atribuciones por parte de las Comunidades Autónomas y su creciente presencia en el gobierno de los asuntos públicos, por otra parte, llevaron inexorablemente a la demanda progresiva de mayores espacios para el desarrollo de sus actuaciones, con la consiguiente afectación a los servicios organizados o gestionados tradicionalmente por el Estado. En ese escenario era prácticamente inevitable que,

¹⁴ En términos de la Ley 39/1962, se trataba de una “misión” que debía ejercer el Estado “de modo exclusivo e indelegable como función propia de su soberanía”.

más temprano que tarde, se hiciera alusión a la Inspección de Trabajo, como función que el Estado había desplegado en exclusiva desde su fundación histórica pero que por su conexión con la ejecución de la legislación laboral estaba llamada potencialmente a ser objeto de reconsideración a la luz del nuevo sistema de organización institucional y política. La cuestión estaba planteada, aunque ciertamente no era fácil de abordar ni de encauzar, por muchas razones. Una de ellas era la propia esencia de la Inspección de Trabajo, indisolublemente unida a la idea de Estado y escasamente sensible a la descentralización política. Otra residía en su configuración orgánica, como Cuerpo de funcionarios que, además de pertenecer formalmente a la Administración del Estado, había ido adquiriendo con el paso del tiempo una elevada conciencia acerca de su carácter nacional, único y centralizado. Otras, en fin, podían relacionarse con la dificultad –y los riesgos– de transformar a fondo un sistema perfectamente maduro y especialmente acreditado por su formación, su eficacia y sus buenos resultados.

Aun contando con estas posibles resistencias, lo cierto es que la legislación posterior a la Constitución difícilmente podía dejar a un lado ese particular desafío en su aspiración general de actualización normativa y de acomodación institucional a las nuevas estructuras del Estado. De ahí que desde los primeros años de rodaje del vigente texto constitucional se dieran pasos sucesivos con el objetivo final de conjugar la tradicional configuración de nuestra Inspección de Trabajo con aquel proceso de asunción de competencias de ejecución en materia laboral y social por parte de las Comunidades Autónomas, que ya se preveía de signo creciente. Antes vimos que mediante diversas reformas previas a la aprobación de la Ley de 1997 el legislador estatal procedió a la apertura de algunos espacios para la participación de las instancias autonómicas en la ordenación y programación de la Inspección de Trabajo. Más adelante veremos también cómo los primeros trasposos de competencias en materia laboral fueron aprovechados para ir definiendo las posibilidades de intervención de las Comunidades Autónomas (las “históricas” en primer término) en este terreno. Pero faltaban, con seguridad, criterios claros y firmes acerca de cómo llevar a cabo una operación que se antojaba ineludible y que al mismo tiempo presentaba grandes obstáculos, entre otras cosas porque, como ya se ha dicho, suponía la ruptura de unas pautas muy tradicionales en la organización y el funcionamiento de la Inspección de Trabajo española. La nueva disposición adicional que en el año 1994 fue añadida a la Ley 8/1988 era muy elocuente al respecto, como lo quiso ser unos años más tarde la propia Ley 42/1997, al insistir –ambas– en el carácter de “Cuerpo Nacional” de la Inspección de Trabajo y dejar, sin embargo, notables resquicios para la intervención autonómica. En resumen, la nueva regulación legal de la Inspección de Trabajo no podía dar la espalda a las nuevas tendencias y a la nueva configuración institucional de nuestro sistema político, aunque daba la impresión de que se carecía no sólo de un modelo alternativo –y perfectamente definido– para esta concreta institución laboral, sino también de las dosis de convicción y decisión necesarias para remover con todas las conse-

cuencias la situación preexistente. En cualquier caso, y aun cuando intentara mantener sus principales anclajes en la Administración del Estado, es indudable que la Ley de 1997 supuso para la Inspección de Trabajo el inicio de un nuevo camino, caracterizado por un acercamiento progresivo de la Inspección a las Comunidades Autónomas, tanto en el plano funcional como, incluso, en el plano orgánico.

Desde el punto de vista orgánico, la LIT siguió encomendando la labor de inspección en materia laboral y de seguridad social al “Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social”, al que se siguió otorgando, como hemos dicho, la ya tradicional condición de “Cuerpo Nacional”, aplicada también al “Cuerpo de Subinspectores de Empleo y seguridad Social”, a cuyos miembros se adjudicaron funciones “de apoyo, colaboración y gestión que sean precisas para el ejercicio de la acción inspectora”, siempre “bajo la dirección y supervisión técnica” del inspector responsable del equipo al que estén adscritos (arts. 2.2 y 8 LIT)¹⁵. En el ejercicio de sus funciones, los inspectores siguieron teniendo “el carácter de autoridad pública” (art. 5 LIT), siguieron gozando de “plena autonomía técnica y funcional” y de la consabida independencia “frente a cualquier influencia exterior indebida” (art. 6 LIT), y siguieron sujetos a los clásicos deberes de sigilo y secreto y a las pertinentes reglas de incompatibilidad (art. 12 LIT). Todos ellos habían de actuar, por lo demás, bajo la jefatura y dirección de una “Autoridad Central” adscrita a la Administración laboral del Estado, que iba a desempeñar funciones básicas de coordinación, fiscalización, alta inspección y representación, y que también asumiría tareas esenciales tanto en la definición de los criterios técnicos y operativos comunes para el desarrollo de la función inspectora, como en la organización de los procesos de ingreso, formación, perfeccionamiento y especialización para la Inspección. La LIT, así pues, mantuvo los rasgos característicos de esa institución y, en particular, ratificó formalmente la subsistencia de una Inspección única y unificada, dependiente de una autoridad centralizada.

Pero también contenía otras muchas previsiones con una orientación más matizada, en tanto que daban pie para la presencia y la intervención, con importantes competencias de organización y dirección, de otros centros de poder: las instancias autonómicas. La emergencia de estos otros poderes comienza en la LIT con la atribución a las Comunidades Autónomas (concretamente, a las que hubieran recibido “el traspaso de los servicios del Estado en materia de ejecución de la legislación laboral”) de competencias para organizar, dentro de su ámbito, “el ejercicio de las actuaciones inspectoras con sujeción a los principios de concepción única e integral del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social” (art.15.1 LIT), de tal modo que, a partir de ese momento, la “dependencia funcional” de la Inspección podía estar dirigida o bien a la Administración General del Estado o bien a la res-

¹⁵ La principal operación de reordenación y clasificación de los distintos cuerpos nacionales de funcionarios había sido efectuada por la Ley 30/1984, cuyas disposiciones adicionales novena y decimosexta dedicaban distintos pasajes a la actividad de inspección en materia laboral y de seguridad social.

pectiva Comunidad Autónoma, en virtud de las competencias asumidas respecto de “la materia sobre la que recaiga cada actuación” (art.19.2 LIT). Con ello se abrían, inevitablemente, nuevos escenarios para la organización y el funcionamiento de la Inspección, que se iba a ver afectada, al menos en hipótesis, por una doble corriente de influencia, con la consiguiente necesidad de implantar y poner en marcha nuevas plataformas de coordinación y colaboración entre Administraciones, tanto en sentido orgánico como en sentido funcional.

En el primero de esos planos el protagonismo empezó a recaer en las Comisiones Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que fueron diseñadas atendiendo a los contornos autonómicos (a partir, en su caso, de la agrupación de las correspondientes Inspecciones Provinciales) y construidas mediante la participación conjunta de la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de referencia, con el fin de que pudieran actuar como “órgano de cooperación bilateral para facilitar el cumplimiento de los cometidos propios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” (art. 15.2 y 3 y art.17.1 y 4 LIT). En el segundo, el papel estelar se encomendaba a los “acuerdos bilaterales” entre el Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma, que podían ocuparse desde luego de “los objetivos y programas de actuación” (ordinaria o especial), que en principio estaban concebidos como cauce de “colaboración institucional recíproca” (y como soporte para precisar las pertinentes obligaciones recíprocas de auxilio y asesoramiento técnico), pero que también podían “prever la adscripción orgánica de funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la Administración Autonómica” (art.17.2 y 3 LIT), incluida la eventual “transferencia” de tales funcionarios a la Comunidad Autónoma, conforme a los procedimientos previstos en su Estatuto de Autonomía para el traspaso de funciones (DA 7ª LIT)¹⁶. Esencial en todo este contexto era, como se comprende fácilmente, la “cooperación” interadministrativa, cuya garantía se encomendó con carácter general a la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales (art.16 LIT) y cuyo principal reflejo legal fue el deber de adoptar “las medidas necesarias para garantizar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesarios a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, impuesto a las dos Administraciones implicadas, estatal y autonómica (art.2.3 LIT, ratificado por art.9.2 LPR para el ámbito específico de la prevención de riesgos laborales)¹⁷.

¹⁶ El acuerdo bilateral empezó a erigirse desde entonces en un instrumento habitual de coordinación entre las Administraciones implicadas, con el fin principal de ajustar la composición de la correspondiente Comisión Territorial, precisar sus funciones, programar actividades, identificar cargos y puestos de trabajo y habilitar medios materiales y personales. Véanse, como ejemplo, los Convenios de colaboración suscritos en el año 1999 entre el Ministerio de Trabajo y las Comunidades Autónomas de Cataluña y Galicia (BOE 30 junio 1999).

¹⁷ La Conferencia Sectorial también se concibió legalmente como cauce para la participación de las Comunidades Autónomas en la selección y formación de los funcionarios inspectores (20.3 LIT), actividad encargada a la Escuela de la ITSS por RD 1223/2009, de 17 de julio.

Pese a que las líneas de regulación no eran del todo claras, cabía pensar razonablemente que con esa renovada estructura podía quedar afectada la “concepción única e integral” que con tanto énfasis quiso preservar la Ley de 1997. Diversos síntomas podían detectarse en ese sentido, y tal vez uno de los más claros fuese la reiterada derogación de la disposición adicional tercera de la Ley 8/1988, en un primer momento a través de la disposición derogatoria LIT, y más tarde mediante la refundición del año 2000 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social (disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto). Ciertamente, el contenido de dicha disposición adicional –incorporada al texto de la Ley 8/1988 con ocasión de la reforma laboral de 1994– pasó prácticamente sin alteraciones al texto vigente de la LIT (en 1997), que reafirmó de ese modo sus dos principales ingredientes: la atribución formal del carácter de “Cuerpo Nacional” a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la posibilidad, pese a ello, de proceder a la “adscripción orgánica y funcional” de sus funcionarios a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. Pero lo que importa señalar ahora es que la mencionada derogación fue programada con diferencia de fecha para “cada territorio autonómico”, pues quedaba condicionada a que se alcanzara “el respectivo acuerdo” entre el Estado y la correspondiente Comunidad (siguiendo las pautas previstas en el art.17 LIT para los ya citados “acuerdos bilaterales”), lo cual daba a entender, muy probablemente, que desde ese momento se traspasaba a la Comunidad Autónoma el papel protagonista en las tareas de inspección, aunque legalmente se siguiera hablando de un “Cuerpo Nacional” (art.2.1 LIT)¹⁸. Las Comunidades Autónomas, en definitiva, parecían cobrar creciente relevancia con ese proceso¹⁹.

No puede negarse, en cualquier caso, que el diseño legal que comienza su andadura en el año 1997 –sin perjuicio de aquellos precedentes– resulta complejo y un tanto esquivo. No resulta fácil en verdad identificar con absoluta nitidez los

¹⁸ Aunque el art.2.1 LIT mantiene una indicación equivalente (sin que tal vez se haya reparado mucho en ello), vale la pena señalar que la disposición adicional de la Ley 8/1988 entonces derogada atribuía esa condición de Cuerpo Nacional “a los efectos previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico”, lo cual, a tenor del contenido de tales preceptos, significaba entre otras cosas que “las funciones propias” de la Inspección (como las de los restantes Cuerpos o Escalas que gozaran de esa misma calificación) “deberán ser desempeñadas en las Comunidades Autónomas por funcionarios procedentes de los mismos”, y que tales funcionarios “podrán participar en los concursos que convoquen la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas, para la provisión de puestos de trabajo de dichos Cuerpos existentes en éstas”.

¹⁹ Con esa operación derogatoria quedó formalmente sin vigor una regla según la cual los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no obstante su adscripción orgánica y funcional, podrían “desarrollar la totalidad de los cometidos que dicho Cuerpo tiene encomendados, cualquiera que fuere la Administración pública a la que estuvieren adscritos”. Una previsión similar, de todas formas, aparece en posteriores acuerdos bilaterales sobre el desarrollo de la función inspectora.

rasgos actuales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, especialmente desde el punto de vista orgánico. Enseguida vamos a ver que esta falta de claridad se ha ido reflejando también en otros segmentos de regulación, resultantes ya del proceso de asunción o recepción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas en materia de trabajo. Alguna explicación objetiva puede encontrarse para que las normas se encuentren en tal estado, al margen de que pueda tomarse o no como justificación. Hay que reconocer, a la postre, que estamos ante una cuestión de especial dificultad: por un lado, la función típica de la Inspección de Trabajo encaja con naturalidad en las tareas de ejecución de la legislación laboral, mientras que, por otro, difícilmente se puede eludir el hecho de que tales tareas hayan sido desempeñadas tradicionalmente por un cuerpo de funcionarios de gran cohesión interna y muy identificado con la política del Estado. Como en otras muchas materias, la transferencia de tal función a las Comunidades Autónomas debería entrañar, en buena lógica, el correspondiente traspaso de medios (materiales y personales), pero es evidente que, si así fuera, se daría un paso irremediable hacia la dispersión y fragmentación de un Cuerpo que fue construido con criterios unitarios y que ha tratado de mantener su identidad a lo largo del tiempo.

Desde esa perspectiva quizá puedan entenderse mejor algunas innovaciones legales de los últimos años relativas a la función inspectora, que no afectan propiamente a la Inspección de Trabajo pero que de alguna manera giran a su alrededor. Las de mayor relieve por el momento son las que derivan de la reforma efectuada en el año 2003 en la legislación sobre prevención de riesgos laborales, en tanto que abrieron la posibilidad de que las Administraciones públicas, incluidas las Comunidades Autónomas, asignaran a sus propios funcionarios –a los encargados de realizar “labores técnicas” en materia de prevención de riesgos laborales– “funciones de asesoramiento, información y comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo”, con capacidad de requerimiento y de denuncia de infracciones, bien es cierto que en estrecha conexión con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y dentro de la programación de la correspondiente Comisión Territorial (art.9.2 y 3 y art.43.3 Ley 31/1995)²⁰. Otra previsión de cierto interés –con un radio de acción potencialmente más amplio, aunque con mayor distancia respecto de la materia estrictamente laboral– se recoge desde el año 1997 en la propia Ley de la Inspección de Trabajo, en la que se contempla la hipótesis de que las Comunidades Autónomas “con competencias legislativas plenas en materia de orden social” atribuyan la pertinente función inspectora “a funcionarios distintos” de los que componen los Cuerpos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (D.A.6ª LIT).

²⁰ Su régimen jurídico se desarrolla en los artículos 59 y siguientes del RD 138/2000. Vid. M. Palomeque López, “El sistema institucional integrado de Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, AAVV, *Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, MTAS, 2005, pp. 424 ss.

4 LA ASIGNACIÓN ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE “FUNCIÓN PÚBLICA INSPECTORA”

Como ya advertimos, la primera generación de los Estatutos de Autonomía no hizo referencias explícitas a la función inspectora en materia laboral como ingrediente de las competencias autonómicas. Los primeros Estatutos, en efecto, se limitaron a consignar una competencia genérica de la correspondiente Comunidad Autónoma en lo que se refiere a la ejecución de la legislación laboral, con alusión, a lo sumo, a las facultades y competencias que hasta ese momento ostentaba el Estado y a la facultad de organizar, dirigir y tutelar los pertinentes servicios. Sólo con las normas de traspaso de competencias en materia laboral empezó a abordarse esa concreta cuestión, con ocasión de la transferencia a las instancias autonómicas de algunas de las funciones que en este terreno venía desempeñando el Estado a través de la Inspección de Trabajo. En síntesis, se previó la posibilidad de que las Comunidades Autónomas utilizaran también la Inspección de Trabajo para ejercer las pertinentes labores de ejecución y seguimiento de la legislación laboral. Concretamente, se dispuso la obligación de la Inspección de Trabajo de “cumplimentar” los servicios que le encomendara la correspondiente Comunidad Autónoma dentro del marco de sus funciones y competencias, y se precisó que tal tarea se extendería, en particular, a la “fiscalización” de la prevención de accidentes y la seguridad e higiene en el trabajo, que se llevaría a cabo, asimismo, “a través de la Inspección de Trabajo”²¹. Se daba paso, de esa forma, a una primera fase de adscripción funcional de la Inspección a las Comunidades Autónomas, sin discutir su relación orgánica con la Administración del Estado, de la que los inspectores también seguían dependiendo funcionalmente respecto de las materias pertinentes²².

El escenario ha variado notablemente con el proceso de revisión de los Estatutos de Autonomía iniciado hacia la mitad de la primera década de este siglo. Pro-

²¹ Recuérdese que el acceso a las competencias de ejecución de la legislación laboral se produjo con diferencia de fecha entre las Comunidades Autónomas “históricas” (con el añadido de algunas otras que alcanzaron ese mismo nivel por cauces especiales) y las que canalizaron su autonomía a través de la vía ordinaria del art.143 CE, que se equipararon a las anteriores a raíz de la LO 9/1992, de 23 de diciembre (que dio cumplimiento a los “Acuerdos autonómicos” celebrados en los primeros meses de ese mismo año) y la correspondiente reforma de sus Estatutos, seguida del traspaso de funciones y servicios en esta materia. El proceso, condensado, puede consultarse en M.C. Palomeque López, “El reparto constitucional de competencias en materia laboral a la prueba de las reformas estatutarias”, AA.VV., *La dimensión laboral de los Estatutos de Autonomía*, Carla/Mergablum, Sevilla, 2007, p. 133 ss.

²² Una fase, no obstante, en la que aún no estaban completamente definidas las facultades y posibilidades de actuación de cada una de las Administraciones (estatal y autonómica). Las sentencias TC 249/1988, de 20 de diciembre, y 185/1991, de 3 de octubre, tuvieron que dar respuesta a sendos conflictos positivos de competencia promovidos por la *Generalitat* de Cataluña en relación con decisiones administrativas y actas levantadas por la Inspección de Trabajo.

blemente haya que destacar, en ese nuevo contexto, el nuevo Estatuto de la Comunidad Autónoma de Cataluña (aprobado por LO 6/2006, de 19 de julio), no sólo por su singular impacto político sino también por su influencia en otros textos posteriores. Tras enunciar sus competencias ejecutivas en materia laboral y de empleo, se atribuye a la *Generalitat* catalana en dicho Estatuto “la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en todo lo previsto en este artículo”, precisando, a tal efecto, que “los funcionarios de los Cuerpos que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Generalitat”, y añadiendo que “a través de los mecanismos de cooperación previstos en el Título V se establecerán las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de la función inspectora en el ámbito social” (art.170.2). Este mismo esquema fue empleado después por los nuevos Estatutos de Andalucía y Aragón (aprobados por LO 2/2007, de 19 de marzo, y LO 5/2007, de 20 de abril, respectivamente), que tan sólo añaden alguna precisión complementaria acerca de los aludidos instrumentos de coordinación entre las Administraciones implicadas²³. Más escueto, pero seguramente con un alcance similar, es el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura (LO 1/2011, de 28 de enero), que atribuye a dicha Comunidad competencias de ejecución en “Trabajo y relaciones laborales, incluyendo la función pública inspectora, que se coordinará con el Estado” (art.11.7)²⁴.

Dos datos podemos destacar de esta nueva regulación estatutaria, en la que, dicho sea de paso, los “mecanismos de cooperación” entre la Comunidad Autónoma y la Administración del Estado siguen estando muy presentes. El primero de esos datos es la asunción directa por parte de las Comunidades Autónomas de competencias relativas a “la función pública inspectora”, de tal modo que, a diferencia de aquellas normas precedentes, la norma estatutaria no se limita a prever la posibilidad de que la Administración autonómica utilice un instrumento estatal preexistente (la Inspección de Trabajo), sino que declara su ánimo de integrar la actividad de inspección de trabajo en su propia organización y en sus propios servicios, como un ingrediente más de sus facultades organizativas con vistas a la ejecución de la legislación laboral. El segundo dato de interés es la superación definitiva del estadio de “dependencia funcional” que hasta esos momentos prevalecía, con el fin de pasar, ya de modo expreso y pleno, al nivel más intenso de “adscripción orgánica”, con la posibilidad añadida de transferencia a la Administración autonómica de “los funcionarios de los Cuerpos que realicen dicha fun-

²³ El Estatuto de Andalucía añade competencias específicas destinadas “a garantizar la seguridad y salud laboral de los trabajadores”, con la posibilidad de diseñar “instrumentos precisos de control” y “mecanismos de inspección y prevención de los riesgos laborales” (arts.171 y 173).

²⁴ Ninguna mención específica a este tipo de competencias se hace en la LO 1/2006, de 10 de abril (reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana), la LO 1/2007, de 28 de febrero (reforma del Estatuto de Autonomía de las *Illes Balears*), la LO 14/2007, de 30 de noviembre (nuevo Estatuto de Castilla y León), o la LO 7/2010, de 27 de octubre (reforma del Estatuto de Navarra).

ción”, bien es cierto que sin precisar cuáles son o cuáles pudieran ser éstos. Aunque la nueva regulación estatutaria trata de ubicarse en el marco legal de la LIT de 1997 (sobre todo, al retomar sus previsiones sobre cooperación y comunicación inter-administrativa), no parece difícil de advertir en ella un diseño bien distinto de las funciones públicas de inspección y control de la legislación laboral. La asunción formal de competencias en materia de “función pública inspectora” por parte de las Comunidades Autónomas mencionadas podría traducirse en hipótesis o bien en la recepción de los medios tradicionalmente dispuestos por el Estado para tal fin (incluidos los medios personales), o bien en la creación de medios propios (con personal específico) en sustitución de los estatales, pero en ambos casos quedaría afectada, sin duda, la conformación actual de la Inspección de Trabajo en España.

La aludida afectación es fácil de comprender, en cualquiera de esas posibles opciones. La asunción y adscripción orgánica a la Administración autonómica de parte de los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Nacional de Inspectores de Trabajo entrañaría inevitablemente un factor de diversidad o dispersión en un sistema que hasta el momento ha venido actuando con unidad orgánica y con dirección centralizada; el cuerpo actualmente existente, en la proporción correspondiente y a través del correspondiente traspaso, se desdoblaría para pasar a formar parte de la Administración autonómica. La creación de un cuerpo propio de funcionarios con funciones equivalentes al de Inspección de Trabajo supondría, por su parte, una fragmentación directa de dicho sistema; implicaría, sencillamente, la puesta en marcha de sistemas adicionales o paralelos de inspección, y la pérdida consiguiente de presencia, dentro de ese ámbito territorial, de la Inspección estatal²⁵. Ello no quiere decir que en sí mismo el nuevo diseño estatutario de la función inspectora sea contrario a las previsiones constitucionales, pues, si bien se mira, las tareas de inspección y control encajan sin mayores tensiones en el concepto de “ejecución” de la legislación laboral. Como apuntó la sentencia TC 31/2010, de 28 de junio (a propósito del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña), “asumida por la Generalitat de Cataluña la competencia de ejecución de la legislación laboral, le corresponde por consecuencia también la autoorganización de los servicios correspondientes, es decir, el establecimiento del sistema de organización y funcionamiento de la acción inspectora y sancionadora orientada al cumplimiento de dicha legislación, lo que incluye la posibilidad de establecer que los funcionarios encargados de tales funciones estén adscritos orgánica y funcionalmente a la Generalitat”²⁶; como también señala esa resolución constitucional, la nueva regulación

²⁵ Con una dimensión estructuralmente mayor, desde luego, que el mero encargo de labores técnicas de inspección en materia de prevención de riesgos laborales a funcionarios de la Administración autonómica, ya previsto como sabemos en la reforma de 2003 de la Ley 31/1995.

²⁶ Cita en su apoyo la ya mencionada sentencia TC 249/1988, de 20 de diciembre (FJ 3). La sentencia TC 195/1996, de 28 de noviembre, también había dejado abierta la posibilidad de intervención de las Comunidades Autónomas en esta materia, al observar que la regulación legal cuestionada (la Ley 8/1988, en sus referencias a la Inspección de Trabajo) “no impide que la Comunidad actora se dote de su propio servicio de inspección, ni que, eventualmente, éste pueda actuar en el ámbito competencial que le corresponda” (FJ 16).

estatutaria abre distintas opciones organizativas y, en particular, no impide el mantenimiento de “la actual dualidad de funciones de los funcionarios del cuerpo nacional de Inspección de Trabajo y Seguridad Social” (para realizar cometidos correspondientes a materias tanto de competencia autonómica como de competencia estatal), ni implica necesariamente “la ruptura de la unidad del cuerpo nacional de funcionarios”.

Tampoco resulta fácil afirmar que estas normas estatutarias se sitúen extra-muros del Convenio núm.81 de la OIT, pues ni la palabra “sistema” que en el mismo se utiliza ni su conocida alusión a una “autoridad central” parecen tener en ese contexto un sentido muy preciso, al menos un sentido ineludiblemente centralizador, aunque sí parece claro que, en todo caso, el Estado “miembro” es el responsable último del adecuado funcionamiento del “sistema de inspección”²⁷. La controversia puede situarse más bien en otros planos: el de los criterios técnicos más eficaces para el desarrollo de la labor inspectora respecto de una legislación que es común (y que, en buena lógica, debería ser exigida y aplicada con criterios comunes), y el de la forma de organización más adecuada para un servicio público tan especial y tan decisivo para el devenir del sistema económico y productivo como la inspección y el control de las normas de trabajo²⁸. Ya hemos dicho que las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas por los nuevos Estatutos toman una dirección bien distinta de la trayectoria histórica seguida por nuestra Inspección de Trabajo, e incluso de la que está presente aún en el marco legal vigente, por lo que no dejan de suscitarse fundadas incógnitas acerca de la eficacia de estas nuevas fórmulas, más complejas y recargadas, frente a unas pautas de funcionamiento bien definidas y muy experimentadas, y que según todos los indicios han dado hasta el momento resultados razonablemente positivos²⁹. En una actividad que sin duda entraña ejecución pero que también parece comprender algo más (por su extrema proximidad con el puro ingrediente normativo), cabría preguntarse incluso por las perspectivas reales de preservación hacia el futuro de unos principios –solidaridad,

²⁷ La valoración del Convenio OIT núm.81 desde esta perspectiva no es en cualquier caso pacífica ni uniforme. Vid. C. Molina Navarrete, “La segunda fase en la construcción del nuevo Estado social autonómico: claves socio-laborales del estatuto de Andalucía”, AA.VV., *La dimensión laboral de los Estatutos de Autonomía*, Carla/Mergablum, Sevilla, 2007, p. 111, y J.L. Monereo Pérez y M.T. Díaz Anarte, “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, *XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Carl/Mergablum, Sevilla, 2008, p. 101.

²⁸ Vid. J.I. Domínguez García de Paredes, “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la España Autonómica”, AAVV, *Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, MTAS, 2005, pp. 111 ss.

²⁹ No olvidemos que la “eficacia” en la actividad inspectora puede ser también una exigencia constitucional, como tuvo ocasión de decir el TC a propósito de la recaudación tributaria (sentencia 76/1990, de 26 de abril). Vid. F. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, “Sobre la transferencia del sistema de Inspección de Trabajo a las Comunidades Autónomas”, *XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Carl/Mergablum, Sevilla, 2008, p. 115.

igualdad y unidad de mercado—que cuentan con acogida expresa en la legislación de 1997 y que parecen esenciales tanto para el sistema de relaciones laborales como para una equilibrada convivencia social³⁰.

5. EL TRASPASO DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: PRIMERAS EXPERIENCIAS

De cualquier modo, tras la descrita revisión de las normas estatutarias de referencia, el RD 206/2010, de 26 de febrero, dio el primer paso —pocos meses antes de pronunciarse el TC sobre los recursos entonces pendientes— en la puesta en marcha de un nuevo proceso de traspaso de funciones y servicios en materia de ejecución de la legislación laboral, en este caso con referencia específica a la “Función Pública Inspectora”. Referido a Cataluña y respaldado por los acuerdos alcanzados en la correspondiente comisión bilateral (en los que se consignó el compromiso de que la función inspectora fuese “ejercida en exclusividad por funcionarios de los cuerpos de carrera de los cuerpos de inspección”), el RD 206/2010 transfiere “los órganos, funcionarios y medios materiales que contribuyen al adecuado cumplimiento de las normas de orden social en las materias competencia de la Generalitat”, y, concretamente, las funciones y servicios “que ejerce la Administración del Estado en relación con los funcionarios que, integrando el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y el Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, pasen a depender orgánica y funcionalmente de la Generalitat de Cataluña”³¹.

El RD 206/2010 contiene algunas previsiones de carácter estructural que vale la pena poner de relieve: 1) consigna de forma expresa que “el traspaso se realiza sobre la base de una concepción única e integral del Sistema de Inspección, del principio de unidad de función y actuación de los funcionarios del Sistema y del

³⁰ Precisa la sentencia TC 31/2010, no obstante, que la eventual opción a favor del mantenimiento del cuerpo nacional de inspectores de trabajo “no viene exigida por la necesidad de garantizar la igualdad básica de las condiciones de trabajo de todos los españoles así como el igual tratamiento ante la ley de los empresarios, pues es a la legislación laboral —competencia exclusiva del Estado (art.149.1.7 CE)—, y no a una determinada modalidad de organización de la acción inspectora, a la que corresponde garantizar dicha igualdad”.

³¹ A resultados de dicho traspaso fueron aprobadas en Cataluña las siguientes normas: el Decreto 25/2010, de 2 de marzo, de organización y estructura de la Inspección de Trabajo de la Generalitat de Cataluña (con la finalidad prioritaria de crear una Dirección General de Inspección de Trabajo dentro del departamento de Trabajo); la Ley 11/2010, de 19 de mayo, de la Agencia Catalana de Inspección de Trabajo (con referencia a sus competencias, funciones, principios rectores y composición orgánica y personal), y el Decreto 86/2010, de 29 de junio (para regular transitoriamente la estructura territorial y las áreas especializadas de la Inspección de Trabajo en Cataluña y para proceder a la adscripción orgánica del personal técnico habilitado, básicamente).

principio de eficacia en la ejecución de la función inspectora”; 2) especifica –recordando alguna previsión legal precedente– que los inspectores y subinspectores traspasados “podrán realizar actuaciones de investigación y adoptar medidas inspectoras en todas las materias del orden social, aun cuando sean de la competencia de una Administración distinta a la de su dependencia orgánica”, con el deber en todo caso de “dar completo cumplimiento a los servicios encomendados, adoptando las medidas que correspondan dentro de su ámbito de facultades y competencias, con independencia de su dependencia orgánica, de acuerdo con lo establecido en los convenios de colaboración”; 3) enumera las funciones reservadas al Estado, entre las que figura la de “legislación sobre la función pública inspectora de Trabajo y Seguridad Social, en los términos previstos en el artículo 149.1.7ª, 17ª y 18ª de la Constitución Española”, y 4) insiste en las ya conocidas “fórmulas institucionales de cooperación”, que se plasman básicamente en el “convenio de colaboración”, como “mecanismo de cooperación bilateral” al que se encomienda sobre todo la garantía de “una prestación eficaz y coordinada del servicio público de Inspección”, la puesta en marcha de un servicio común de información y atención a los ciudadanos, la elaboración de “planes y programas de Inspección” conjuntos, y la colaboración “en relación con la unidad de ingreso y provisión de puestos”.

Aunque no se excluyen otros mecanismos de “análogo” alcance, figura clave en ese objetivo de colaboración bilateral parece ser el “consorcio” entre las dos Administraciones implicadas (estatal y autonómica). A tenor de los acuerdos alcanzados con posterioridad, tal consorcio se contempla como “organización instrumental de la Administración General del Estado y la Administración de la Generalitat de Cataluña”, dirigida por un órgano colegiado de composición paritaria, y con objeto de prestar de forma coordinada el servicio público de Inspección, “para garantizar su ejercicio eficaz en el marco de una oficina unificada con una gestión, servicios administrativos y de atención a la ciudadanía comunes y con recursos compartidos”, sin que ello suponga limitaciones para “las competencias que corresponden a cada una de las Administraciones constituyentes, especialmente las referidas a la autoorganización, la división del territorio y a la planificación de actuaciones inspectoras en el ámbito de sus competencias materiales”³².

No cuesta mucho advertir, dentro de este proceso, orientaciones de distinto signo aun dentro de una misma regulación, sin duda por la dificultad de encontrar un adecuado punto de equilibrio entre dos polos de atracción (unidad corporativa

³² El Consorcio fue previsto y diseñado en sus grandes líneas por un Convenio de Colaboración celebrado a estos efectos en los primeros meses de ese mismo año 2010 (publicado por Resolución de 5 de marzo de 2010). Unos meses más tarde, mediante un Convenio complementario (publicado por Resolución de 4 de mayo de 2010), se constituyó en efecto el “Consorcio Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Cataluña”, con la condición de entidad de derecho público dotada de personalidad jurídica y con patrimonio propio para el cumplimiento de sus fines, y se aprobaron sus primeros Estatutos.

y pluralidad orgánica) que responden, a la postre, a diferentes contextos y distintas concepciones legales. Las normas aprobadas hasta el momento, y particularmente los convenios de colaboración a los que nos acabamos de referir, dejan traslucir constantemente un esfuerzo de conjugación que tiene mucho mérito pero que no acaba de ofrecer suficiente luz sobre el nuevo escenario institucional. Diversas cláusulas del Convenio de colaboración suscrito en los inicios de 2010 pueden resultar ilustrativas de todo ello. Al menos dos de ellas vale la pena exponer ahora: la cláusula segunda, que concede a cada una de las Administraciones firmantes “plena autonomía para establecer o modificar planes o programas de inspección en materia de su competencia material”, sin perjuicio de su posterior integración en “la planificación y programación general del Consorcio”, y la cláusula tercera, que dispone la “homogeneidad de condiciones de trabajo” de todos los inspectores pero que al mismo tiempo contempla “modificaciones en la estructura o cuantía retributivas” (que en todo caso “deberán introducirse de manera progresiva y acompañarse, en la medida de lo posible, en las dos Administraciones competentes”).

Aspecto sin duda crucial dentro de esta primera operación de traspaso es el relativo a los procedimientos de selección de personal e ingreso en los correspondientes cuerpos de Inspección de Trabajo. El RD 206/2010 garantiza “los principios de ingreso único y convocatoria única en ambos cuerpos y de movilidad entre Administraciones”, pero también hace constar, al mismo tiempo, que el carácter nacional de ambos cuerpos y la existencia de convocatorias únicas “es compatible con el ejercicio por la Generalitat de Cataluña de sus funciones sobre los procesos de ingreso, selección, formación, perfeccionamiento, especialización, provisión de puestos y régimen disciplinario, con la excepción de la sanción de separación del servicio”, y que la movilidad entre Administraciones “será compatible con la convocatoria, por parte de la Generalitat, de procesos de provisión de puestos internos en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña”. A su vez, la cláusula quinta del Convenio de colaboración al que nos acabamos de referir prevé la posibilidad de que los concursos sean convocados, para su ámbito territorial, por la Comunidad Autónoma de Cataluña, aunque también incluya “criterios de participación” de la *Generalitat* “en la determinación de los aspectos generales sobre acceso, pruebas de selección y cualesquiera otras cuestiones relacionadas con los procesos de ingreso, selección, formación, perfeccionamiento, especialización, provisión de puestos y régimen disciplinario”³³.

No debe extrañar, a la vista de todo ello, que ese mismo Convenio de colaboración haya reflejado —cláusula cuarta— el acuerdo de las dos partes firmantes “en la necesidad de adaptación del vigente marco normativo regulador de la Inspección

³³ El RD 1223/2009, regulador de la Escuela de la ITSS, prevé la celebración de “acuerdos de colaboración” para el desarrollo y ejecución de los cursos selectivos de formación “de forma descentralizada en colaboración con las comunidades autónomas que hayan recibido el traspaso orgánico del personal funcionario de los Cuerpos Nacionales del Sistema” (DA 3ª).

ción de Trabajo y seguridad Social a la mayor complejidad del sistema derivada de los nuevos espacios competenciales”, aunque de nuevo se muestre la aspiración de mantener en todo caso “la coherencia e integración del sistema de Inspección”. En palabras del propio acuerdo, tal reforma legal debería “impulsarse a la mayor celeridad posible”, y habría de encaminarse, fundamentalmente, “a reforzar los mecanismos de colaboración para garantizar la eficacia y calidad del servicio público de Inspección, así como la participación de las Comunidades Autónomas en los ámbitos multilateral y bilateral regulando fórmulas adecuadas para posibilitar estos objetivos”, sin perjuicio de que también se tengan a la vista las necesidades de “adaptación” del sistema “a las nuevas realidades”. La revisión del actual marco legal, aun estando en ciernes, está pues en marcha.

LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES: ENTIDADES PRIVADAS, AUNQUE PUBLICADAS, CON RELEVANTES FUNCIONES PÚBLICAS

Margarita Arenas Viruez
*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*
Universidad Pablo de Olavide

ÍNDICE

1. PRESENTACIÓN
2. EL PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DE LAS MUTUAS: DE ENTIDADES ASEGURADORAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO A ENTIDADES COLABORADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - 2.1. Primera etapa: desde el año 1900 hasta la creación del sistema de la Seguridad Social
 - 2.2. Desde la creación del sistema de la Seguridad Social hasta la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social
 - 2.3. Desde la Ley 42/1994, de 31 de diciembre, hasta la actualidad: El incremento de la colaboración de las Mutuas
3. LA LABOR DE LAS MUTUAS COMO ENTIDADES COLABORADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - 3.1. Colaboración en la gestión de contingencias profesionales
 - 3.2. Actividades de prevención y recuperación
 - 3.3. Colaboración en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y en la gestión de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos
4. PREVISIONES LEGALES Y MANIFESTACIONES DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL RÉGIMEN DE LAS MUTUAS
5. CONSIDERACIONES FINALES

1. PRESENTACIÓN

En las ciudades de Madrid, Vitoria y Barcelona, en los iniciales años del siglo XX, nacieron las primeras Mutuas de Accidentes de Trabajo: La Previsión, Sociedad Mutua contra Accidentes de Trabajo (registrada el 23 de julio de 1901), La Previsora, Mutualidad de Seguros Sociales (registrada el 30 de septiembre de 1903) y La Mutua de Contratistas de Obras y Maestros Albañiles de Barcelona (registrada el 30 de septiembre de 1903), por poner varios ejemplos. Desde entonces hasta la actualidad han transcurrido más de cien años, a lo largo de los cuales las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (Mutuas, en adelante) han sabido adaptarse y adecuarse a los diversos cambios jurídicos, políticos, económicos y sociales por los que ha atravesado la historia reciente de nuestro país, siendo capaces de sobrevivir a lo largo de tantos años. Es más, durante estas once décadas de historia no sólo han subsistido sino que han incrementado de forma notable su labor, desempeñando en la actualidad una relevante función como entidades colaboradoras en la gestión del sistema de la Seguridad Social, en el que tienen un importante peso.

Prueba de ello es la cuota de mercado en contingencias profesionales, medida por la asociación de empresas a las Mutuas, respecto del total del sistema, que ha sido en septiembre de 2010 de 97,84% (esto es, 1.511.083 empresas), mientras que la cuota, medida por la pertenencia de trabajadores, respecto del total del sistema, ha llegado en septiembre de 2010 al 95,14% (esto es, 13.401.778 trabajadores). Respecto de las contingencias comunes, la cuota de mercado, medida de igual forma que las profesionales, ha alcanzado, también en septiembre de 2010, el 74,62%, lo que se corresponde con 1.091.652 empresas, siendo la cuota de afiliación de trabajadores, respecto del total del sistema, de un 70,47%, que equivale a 11.364.384 trabajadores. En cuanto a la cuota de mercado de las Mutuas, medida por la incorporación de trabajadores por cuenta propia, respecto del total del sistema, ha sido, también en la misma fecha, para las contingencias profesionales de un 84,05% y para las contingencias comunes de un 73,47%¹.

Estas cifras ponen de manifiesto que, a pesar de que es reducido el número de Mutuas que existe en la actualidad –veinte, si bien es cierto que a lo largo de sus más de cien años de historia se han creado doscientos setenta Mutuas², que han sufrido un profundo proceso de concentración mediante absorciones, fusiones, disoluciones

¹ Datos extraídos de la página web de AMAT, Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo: http://www.amat.es/cd_afiliacion.php#

² Para conocer la relación de Mutuas que desde 1900 hasta la actualidad han existido, así como su denominación, su domicilio social, la fecha de registro y, en su caso, la fecha y causa del cese de su actividad, podemos ver la página web de AMAT, Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo: http://www.amat.es/ms_historia.php

y liquidaciones—, éstas, al menos desde un punto de vista cuantitativo, tal y como se desprende de los datos que hemos destacado, lejos de reducir su labor, se han afianzado como un elemento importante en nuestro sistema de Seguridad Social.

Pero, en nuestra opinión, la relevancia actual de las Mutuas no se puede explicar si no se hace un recorrido, aunque sea breve, por sus más de ciento diez años de historia.

Es, por ello, por lo que vamos a conocer algunos de los más importantes hitos normativos, que nos permitan comprender cómo se ha ido configurando su régimen jurídico y su funcionamiento, centrándonos, sobre todo, en el análisis de cómo se ha ido acentuando y acrecentando su labor como entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social. Ello nos va a permitir conocer, por un lado, la importante función pública que vienen desarrollando las Mutuas al día de hoy y, en consecuencia, el lugar que ocupan en nuestro sistema de la Seguridad Social —ahora ya desde un punto de vista cualitativo— y, por el otro, el proceso de publicación que ha acompañado a estas entidades privadas, centrándonos en los diversos actos de intervención de la Administración Pública en la constitución, funcionamiento, organización y régimen económico de las Mutuas. Como comprobaremos de inmediato, esta intervención pública se explica y justifica, precisamente, por la labor que desarrollan las Mutuas, esto es, por el desempeño de importantes funciones públicas.

2. EL PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DE LAS MUTUAS: DE ENTIDADES ASEGURADORAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO A ENTIDADES COLABORADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Para analizar el proceso de consolidación de las Mutuas, vamos a hacer un recorrido por las disposiciones normativas que consideramos de mayor relevancia por lo que su aprobación supuso respecto del régimen jurídico y de la configuración del actual papel de estas entidades en el sistema de la Seguridad Social. Para abordar este proceso, tenemos que remontarnos al año 1900, en el que situaremos el punto de partida de este repaso histórico, que abarcará hasta el día de hoy. En este sentido, a efectos expositivos, hemos considerado oportuno distinguir, a lo largo de estos más de ciento diez años, tres grandes etapas, que, en buena lógica, se inician y finalizan con la aprobación de significantes normas jurídicas, en los términos que exponemos.

2.1. Primera etapa: desde el año 1900 hasta la creación del sistema de la Seguridad Social

El 30 de enero del año 1900, siendo Eduardo Dato Iradier Ministro de la Gobernación, se aprobó la Ley de Accidentes de Trabajo, que, como es sabido, instauró

el sistema de responsabilidad empresarial objetiva derivada del riesgo profesional. Los patronos eran responsables, tal y como disponía su artículo 2, de los accidentes que sufrieran sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realizasen, salvo que el accidente se debiera a fuerza mayor, extraña al trabajo en que se produjese el accidente. Ahora bien, los patronos podían sustituir las obligaciones definidas en esta ley, esto es, indemnizaciones por incapacidades, indemnizaciones por muerte del operario y pensiones vitalicias, por el seguro hecho a su costa en una sociedad de seguros debidamente constituida, que sea aceptada para este efecto por el Ministerio de Gobernación (artículo 12 de la citada ley).

Y es que la responsabilidad objetiva del empresario y la posibilidad de que éste pudiera sustituir sus obligaciones por el seguro hecho a su costa constituyen, precisamente, los dos grandes pilares sobre los que, a partir de entonces, nacieron, se sustentaron y evolucionaron las Mutuas, vinculadas, pues, desde su nacimiento a la protección del accidente de trabajo y, posteriormente, de la enfermedad profesional. Es más, del mencionado artículo 12 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, se pueden extraer tres de los caracteres que la Mutua ha mantenido desde su nacimiento hasta la actualidad: en primer lugar, la incorporación a la Mutua por parte de los empresarios es de carácter voluntario, lo que no significa, por supuesto, que no sea obligatorio el seguro contra el accidente de trabajo, tal y como se estableció años después; en segundo lugar, las Mutuas tienen naturaleza privada, sin que ello signifique que la Administración se mantenga totalmente al margen de su constitución y funcionamiento; y, en tercer lugar y en conexión con el segundo rasgo característico, las Mutuas han de ser debidamente autorizadas³.

Pero también desde sus orígenes, en concreto, desde la Orden de 10 de noviembre de 1900, que estableció el régimen jurídico de las asociaciones mutuas, perviven, aunque con algunas diferencias, los principales requisitos de constitución y funcionamiento de las Mutuas. En efecto, el artículo 1 de la mencionada orden consideraba asociaciones mutuas a las asociaciones legalmente constituidas cuyas operaciones de seguro se limitaran a repartir entre los asociados el equivalente de los riesgos sufridos por una parte de ellos, sin participación directa ni indirecta en los beneficios, debiendo asegurar a un número mínimo de obreros, componerse de más de veinte patronos y, asimismo, debiendo establecerse en sus estatutos la responsabilidad solidaria de sus asociados. De esta forma, la ausencia de ánimo de lucro –consustancial a la actual definición de Mutua–, la exigencia de un número mínimo de empresarios y trabajadores –en cuanto requisitos para la constitución de las Mutuas– y la responsabilidad de sus asociados –que de responsabilidad solidaria pasó, en el año 1922, a la responsabilidad mancomunada que existe en la actualidad–, son otras de las exigencias que configuraron el régimen jurídico de las Mutuas.

³ Estos tres rasgos fueron destacados por Sempere Navarro, A.V.: *Régimen jurídico de las Mutuas Patronales*. Civitas, 1986, pág. 55.

Así pues, la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 y la Orden de 10 de noviembre del mismo año conforman la base jurídica sobre la que nacieron las primeras Mutuas, si bien es cierto que en los años posteriores se aprobaron otras disposiciones normativas que introdujeron cambios de relevancia al respecto. En efecto, con la Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922 y su Reglamento de 22 de diciembre del mismo año, se creó el Fondo de Garantía de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo, que permitía que en caso de insolvencia del empresario se pudiera indemnizar al trabajador, lo que supuso una ruptura de los esquemas privatistas de la protección del accidente de trabajo⁴. Asimismo, se incluyó la imprudencia profesional entre los riesgos a los que se extendía la responsabilidad del empresario y se convirtió la responsabilidad solidaria de los empresarios asociados en la actual responsabilidad mancomunada.

La Ley de Bases del Seguro Social sobre Accidentes de Trabajo de 4 de julio de 1932 estableció, ahora así, la obligatoriedad del seguro social contra los accidentes de trabajo y creó la Caja Nacional del Seguro, ente público con el que los empresarios podían asegurar los accidentes de trabajo, en el caso de que no lo hubieran hecho con una mutualidad patronal o con una sociedad de seguros. Por su parte, el Texto Refundido sobre Accidentes de Trabajo de 8 de octubre de 1932 y su Reglamento de 31 de enero de 1933 dispusieron que las Mutuas estaban obligadas a depositar en la Caja Nacional los capitales necesarios para el pago de las pensiones correspondientes a los trabajadores de los empresarios que estuvieran asegurados en dichas Mutua; obligación que, en los términos que exponemos más adelante, también pervive al día de hoy.

La Ley de 13 de julio de 1936 estableció la responsabilidad empresarial respecto de la enfermedad profesional, atendiendo a la distinta forma en que ésta se manifiesta en comparación con el accidente de trabajo, si bien es cierto que hubo que esperar hasta el Decreto de 10 de enero de 1947, para el establecimiento del seguro de enfermedades profesionales. Inicialmente, sólo se implantó el seguro de silicosis y posteriormente, en el año 1951, el seguro de enfermedades de los mineros; sin embargo, no fue hasta la aprobación del Decreto 792/1961, de 13 de abril, cuando se implantó una protección específica y completa de las enfermedades profesionales, cuya protección, conjuntamente con la del accidente de trabajo, constituía la histórica, naciente y esencial actividad de las Mutuas.

De esta forma, al finalizar esta primera etapa los empresarios podían asegurar los riesgos profesionales con las Mutuas, con las compañías de seguros o con la Caja Nacional, lo que ponía de manifiesto que las Mutuas entraban en competencia con otras entidades privadas que sí tenían ánimo de lucro y, tal y como ocurre en la actualidad, con las entidades gestoras de entonces. Esta situación experimentó un cambio relevante con la aprobación de la Ley 163/1963, de 28 de diciembre, de

⁴ Véase a Blasco Lahoz, J.F.: *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales* (Doctrina, jurisprudencia, formularios y legislación). Tirant lo Blanch, 2008, pág. 22.

Bases de la Seguridad Social (LBSS, en adelante) y el Decreto 907/1966, de 21 de abril, Texto Articulado de la LBSS (LSS, en adelante), que marcaron el inicio de la siguiente etapa.

2.2. Desde la creación del sistema de la Seguridad Social hasta la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social

Uno de los principios sobre los que se constituyó el actual sistema de Seguridad Social fue, según se contemplaba en la Exposición de Motivos de la LBSS, el principio de prohibición de ánimo de lucro, que supuso la eliminación de las compañías mercantiles de la gestión del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional. Y es que, según se indicaba en la base decimoséptima de la LBSS, la gestión de la Seguridad Social se efectuaba por las entidades gestoras (Instituto Nacional de Previsión y Mutualidades Laborales), quedando la gestión del régimen de accidente de trabajo y enfermedades profesionales atribuida a las Mutualidades Laborales, si bien dicha gestión era compatible con la asignada a las Mutuas.

La LSS supuso un cambio importante en la naturaleza y funciones de las Mutuas, puesto que se configuraron como entidades colaboradoras en la Seguridad Social, que pasaron de gestionar de forma automática un seguro social a ser entidades colaboradoras del sistema de Seguridad Social. En coherencia con este importante cambio, el Decreto 1563/1967, de 6 de julio, que regulaba el Reglamento general sobre colaboración en la gestión de las Mutuas, estableció su régimen jurídico, su definición –en términos similares a los actuales– y la delimitación de su actividad, que todavía se limitaba a las contingencias profesionales.

Especial mención merece la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, que modificó el sistema de cotización para todas las contingencias, incluidas las profesionales. Las primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales tienen la condición de cuotas de la Seguridad Social y los ingresos que las Mutuas obtienen como consecuencia de las primas aportadas por los empresarios a ellas asociados forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta; previsiones, ambas, que se contemplaban en el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y que, como es sabido, tienen plena validez al día de hoy.

Con la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, las Mutuas pasaron a tener la denominación que tienen en la actualidad, modificándose también los requisitos necesarios para su constitución y exigiéndose, desde entonces, un mínimo de 50 empresarios y de 30.000 trabajadores. La gran diferencia que existía en relación con los requisitos exigidos para la constitución y funcionamiento de las Mutuas, si comparamos el artículo 69 del actual Real De-

creto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, en adelante) con el correspondiente precepto que estaba en vigor entonces, la hallamos en que las Mutuas, según la letra de ambos preceptos, han de limitar su actividad a la protección, en régimen de colaboración, de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, si bien es cierto que el artículo 69 de la LGSS, a diferencia del artículo 203 del Decreto 2065/1974, añade la siguiente previsión: “*sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional undécima de esta Ley*”, la cual regula la formalización de la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal, permitiendo que el empresario pueda optar por la cobertura de esta prestación derivada de contingencias comunes por una Mutua. El origen de esta ampliación del ámbito de actuación de las Mutuas lo encontramos en la Ley 42/1994, de 31 de diciembre, de medidas administrativas y del orden social, que supuso un salto cualitativo puesto que implicó el abandono del principio de especialidad⁵, y que pone fin a esta segunda etapa.

2.3. Desde la Ley 42/1994, de 31 de diciembre, hasta la actualidad: el incremento de la colaboración de las Mutuas

Desde la entrada en vigor de la mencionada Ley 42/1994, de 31 de diciembre, hasta la actualidad, se han aprobado multitud de disposiciones normativas que han afectado, en mayor o menor medida, a la regulación de las Mutuas. Nos vamos a limitar a destacar aquellas normas que han supuesto un incremento en la labor de las Mutuas en cuanto entidades colaboradoras en la gestión del sistema de la Seguridad Social, con el objetivo de poner de manifiesto cómo su labor actual excede, con creces, de la tradicional y principal actividad de protección de las contingencias profesionales.

En efecto, como hemos adelantado, la Ley 42/1994, de 31 de diciembre, da una nueva redacción a la disposición adicional undécima de la LGSS, permitiendo que el empresario que opte por formalizar la protección de las contingencias profesionales con una Mutua pueda, asimismo, optar por la cobertura de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes por la misma Mutua. Asimismo, los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA, en adelante) también podrán formalizar dicha prestación económica con una Mutua, siendo obligatorio formalizar la cobertura de esta prestación con una Mutua para los trabajadores que hayan solicitado o soliciten el alta en

⁵ Así se pronuncian López Gandía, J.: *Las Mutuas y la gestión de la Seguridad Social*. Bomarzo, 2006, pág. 21 y Pomed Sánchez, L.: *Naturaleza de las Mutuas de Accidentes de Trabajo*, en VV.AA., *Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*. La Ley, 2007, pág. 45.

tal régimen a partir de 1 de enero de 1998, según se exigió por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. Por su parte, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, añadió la disposición adicional trigésima cuarta de la LGSS, que extendió la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores del RETA y que, a los efectos que nos interesan, supuso la posibilidad de que las Mutuas cubrieran tales contingencias.

De esta forma, las Mutuas podían –y en algunos casos, debían– cubrir la protección de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, incluso de los trabajadores por cuenta propia, así como las contingencias profesionales de éstos, lo que supuso una doble ampliación de la labor que, hasta entonces, desarrollaban las Mutuas, que se limitaba a la gestión de los riesgos profesionales de los trabajadores asalariados que prestaban servicios para las empresas asociadas. A partir de ahora, se amplía el colectivo de sujetos beneficiarios –los trabajadores autónomos– y los riesgos cubiertos –la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y las contingencias profesionales para los trabajadores por cuenta propia–.

Otras prestaciones que se pueden cubrir por las Mutuas y que han supuesto, por tanto, una ampliación de su ámbito de actuación, son las prestaciones por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia (incorporadas por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), que tienen la consideración de contingencias profesionales, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, incluidos los del Régimen Especial del Mar, regulada por la Ley 32/2010, de 5 de agosto.

Al margen de la colaboración de las Mutuas en las prestaciones y contingencias que hemos indicado, hemos de destacar que dicha colaboración también se ha extendido a la realización de actividades de prevención, siendo de especial importancia la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL, en adelante), que permitió que las Mutuas pudieran actuar como Servicio de Prevención Ajeno; sin embargo, esta labor de las Mutuas se ha visto modificada por la citada Ley 32/2010, de 5 de agosto, en los términos que exponemos en el siguiente epígrafe, en el que vamos a analizar con más detalle cómo las Mutuas, tal y como hemos puesto de manifiesto siguiendo las disposiciones normativas que hemos resaltado y agrupado en estas tres fases, han pasado de ser entidades aseguradoras del accidente de trabajo a entidades colaboradoras de la Seguridad Social con una relevante función pública, interviniendo más allá de la gestión de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

3. LA LABOR DE LAS MUTUAS COMO ENTIDADES COLABORADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El breve recorrido normativo que hemos hecho, nos permite comprender el alcance de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social de las Mutuas, que comprende, según dispone el artículo 68.2 de la LGSS, las siguientes actividades: la colaboración en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; la realización de actividades de prevención, recuperación y demás previstas en la propia LGSS; la colaboración en la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes; y, finalmente, las demás actividades, prestaciones y servicios de seguridad social que le sean atribuidas legalmente, entre las que se encuentra la relativa a la colaboración en la gestión de la incapacidad temporal, de la prestación por cese de actividad y de las contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta propia.

No pretendemos, ni sería éste el lugar oportuno, hacer un análisis detenido del papel de las Mutuas como entidades colaboradoras en todas estas actividades; pero sí vamos a destacar, al menos, los aspectos más significativos de la labor de estas entidades privadas, que concreten y pongan de manifiesto que las Mutuas actúan como instrumento de colaboración en el ejercicio de una función pública. De hecho, estas asociaciones de empresarios nacen para cumplir con el principal objetivo de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, lo que constituye, como es sabido, un elemento definitorio de las Mutuas.

3.1. Colaboración en la gestión de contingencias profesionales

La originaria colaboración de las Mutuas en la gestión de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales presenta diversas peculiaridades, que se manifiestan en tres momentos relevantes: en el aseguramiento de las contingencias profesionales; en la financiación de las mismas; y en la protección de las situaciones de necesidad que se producen cuando se actualizan tales contingencias.

En efecto, los empresarios, como requisito previo e indispensable al inicio de su actividad, deben solicitar a la TGSS su inscripción, debiendo hacer constar la entidad gestora (INSS o, en su aso, ISM) y/o entidad o entidades colaboradoras (Mutuas) a las que optan para la protección de las contingencias profesionales de los trabajadores a su servicio, sin que esta opción se presente para la cobertura de las contingencias comunes, salvo para la prestación económica por incapacidad temporal. En el convenio de asociación para la integración de la Mutua se determinan los derechos y obligaciones de las empresas asociadas y de la propia Mutua, haciéndose constar en un documento que se llama documento de asociación.

Por lo que respecta a las peculiaridades en cotización por contingencias profesionales en comparación con la cotización por contingencias comunes, destacamos, aparte de su propia denominación (primas), las reglas especiales que existen para calcular su base de cotización y para determinar los tipos de cotización, que son diferentes para las distintas actividades, industrias y tareas, debiendo destacarse, asimismo, que las primas no se pueden aplazar ni fraccionar y que el sujeto obligado al pago es sólo y exclusivamente el empresario⁶. Es la TGSS la que, en virtud del principio de caja única, recauda las cotizaciones por contingencias profesionales, si bien éstas son transferidas a las Mutuas para que puedan desarrollar su labor como entidades colaboradoras de la gestión del sistema de la Seguridad Social. Ahora bien, las Mutuas tienen que aportar a la TGSS determinadas cantidades económicas, con la finalidad de garantizar el pago de las prestaciones que gestionan —entre las que destacamos la obligación de proceder a la capitalización del importe de las pensiones de incapacidad permanente y muerte, habiéndose equiparado, desde la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, el tratamiento de tales pensiones derivadas de accidentes de trabajo a las derivadas de enfermedades profesionales— y para compensar los servicios que presta al respecto la TGSS, sin olvidar la obligación de las Mutuas de constituir provisiones y reservas, con las que se pretende que estas entidades puedan responder por las obligaciones futuras⁷.

Finalmente, en relación con la protección de las situaciones de necesidad que se generan al producirse un accidente de trabajo o al padecerse una enfermedad profesional, destacamos que las Mutuas asumen el coste de las prestaciones causadas por tales contingencias (artículo 68.3 a) de la LGSS). Y es que, a tenor del artículo 126 de la LGSS, las Mutuas son las responsables del pago directo de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, tanto de prestaciones periódicas como de pago único, siempre, por supuesto, que exista convenio de asociación entre la empresa en la que presta servicios el trabajador enfermo o accidentado y la Mutua⁸. Pero, además, las Mutuas han de proceder, en virtud del principio de automaticidad y en función de los criterios que ofrece el TS para mo-

⁶ Destacamos el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. Esta norma pretende incentivar la adopción de medidas que contribuyan a reducir la siniestralidad laboral y, en última instancia, atender a la prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

⁷ Véase al respecto a Moreno Vida, M^o N.: “Actuación en el ámbito de las contingencias profesionales”, en VV.AA., *Perfiles de las Mutuas de Accidentes de Trabajo*. Editorial Aranzadi, 2005, pág. 71.

⁸ Véase la Resolución de 27 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones en materia de cálculo de capitales coste y sobre constitución por las Mutuas del capital coste correspondiente a las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales.

derar la responsabilidad empresarial⁹, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en los supuestos en los que las empresas sean responsables por haber incumplido las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización, evitándose así que el trabajador quede desprotegido y sin perjuicio de que la Mutua se subrogue en los derechos y obligaciones de los beneficiarios.

Junto a la gestión de la protección respecto de las contingencias profesionales del personal al servicio de las empresas asociadas, las Mutuas también gestionan la protección de tales contingencias de los trabajadores por cuenta propia. En efecto, los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial del Mar podrán optar por formalizar la gestión de la cobertura de las contingencias profesionales con una Mutua, de la misma forma que los trabajadores del RETA que protejan, con carácter voluntario u obligatorio, estas contingencias deberán formalizar dicha cobertura con la misma Mutua con la tengan formalizada o formalicen la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Asimismo, los trabajadores incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, deberán formalizar la protección por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia con una Mutua.

Tras la formalización, que se ha de hacer en los términos previstos en el artículo 86 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas (RGM, en adelante), las Mutuas asumen la gestión de las prestaciones que correspondan atendiendo a lo establecido en la normativa de la Seguridad Social que regule la cobertura de las contingencias profesionales. En concreto, la Mutua expide los partes médicos de baja, confirmación de baja y alta, así como la declaración del derecho al subsidio, su denegación, suspensión anulación y declaración de extinción, en los procesos de incapacidad temporal derivados de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Para financiar tales actividades y funciones, se entregará a las Mutuas, a través de la TGSS, el importe de las cotizaciones efectuadas por estas contingencias por los trabajadores por cuenta propia, con las deducciones que procedan.

3.2. Actividades de prevención y recuperación

A los efectos de conocer la labor que las Mutuas desempeñan en relación con la prevención de riesgos laborales –labor que está en estrecha vinculación con la actuación de las Mutuas como entidades que colaboran en la gestión de las contingencias profesionales, puesto que los esfuerzos que se hagan en el ámbito preventivo tendrán su reflejo en el ámbito reparador– hemos de diferenciar cuatro etapas diferentes.

⁹ Véanse, por ejemplo, la STS de 8 de mayo de 1997 y la STS de 28 de junio de 2006.

2.1.– Durante la primera etapa, que abarca desde la LBSS hasta la aprobación de la LPRL, las Mutuas vinieron desarrollando actividades relacionadas con la seguridad y salud laboral, si bien es cierto que su labor se centró, sobre todo, en el ámbito reparador.

2.2.– La segunda etapa comienza con la LPRL, que supuso una gran novedad puesto que permitió que las Mutuas desarrollaran para las empresas a ellas asociadas las funciones correspondientes a los servicios de prevención, es decir, podían actuar como servicios de prevención ajeno. La participación de las Mutuas en materia preventiva se manifestaba, pues, de dos formas diferentes: por un lado, realizando labores de prevención y recuperación que se incluyen en la cobertura de las contingencias profesionales; y, por el otro, actuando como servicio de prevención ajeno.

2.3.– La tercera fase se inicia con la aprobación del Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, que pretende dar solución a los problemas que se habían detectado en la etapa anterior, debido al desarrollo de la actividad de las Mutuas como servicio de prevención ajeno, con la utilización compartida de medios, lo que acarreó dificultades para controlar a estas entidades en su condición de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social. Esta disposición normativa dio una nueva redacción al artículo 13 del RGM, que distingue con claridad los dos ámbitos de la actividad preventiva: las actividades que, en su condición de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, pueden desarrollar para la prevención de las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo¹⁰ y las funciones que las Mutuas pueden desarrollar como servicios de prevención ajenos para sus empresas asociadas, que se podían desarrollar a través de dos modalidades diferentes (por medio de una sociedad de prevención, sea sociedad anónima o limitada, o directamente por la Mutua, a través de una organización específica e independiente de la correspondiente a las funciones y actividades de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social).

2.4.– Finalmente, la cuarta etapa se ha iniciado con la reforma del artículo 32 de la LPRL, llevada a cabo por la disposición final sexta de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. La nueva redacción de este precepto supone un cambio sustancial desde dos puntos de vista diferentes: por un lado, desde la entrada en vigor de esta disposición normativa, el 6 de noviembre de 2010, se elimina la modalidad de prestación de labores de prevención consistente en la creación de una organización específica e independiente; y, por el otro, las Mutuas pueden participar en sociedades de prevención que se constituyan al efecto, sin que el capital social de dichas sociedades tenga que pertenecer íntegramente a una

¹⁰ Véase la Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre, por la que se regulan las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social.

Mutua y sin que, en consecuencia, la labor de prevención de estas sociedades se limite a las empresas asociadas a la Mutua que participe en su capital social¹¹. Se avanza, pues, en el camino hacia la distinción de las dos vertientes preventivas de las Mutuas a las que se refiere el artículo 68.2 b) de la LGSS.

De esta forma, podemos concluir que si bien queda patente la pretensión, manifestada claramente en las fases tercera y cuarta, de independizar las dos vertientes mencionadas, lo cierto es que, en nuestra opinión, es fundamental la conexión entre el servicio de prevención y la actividad de la Mutua a los efectos de la prevención, determinación y reparación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

3.3. Colaboración en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y en la gestión de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos

Los empresarios que opten por formalizar la protección respecto de las contingencias profesionales de su personal con una Mutua, podrán optar por que la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de ese mismo personal, se lleve a efecto por la misma Mutua. De la misma forma, los trabajadores del RETA que incluyan dentro de su acción protectora la prestación económica por incapacidad temporal –inclusión obligatoria, salvo excepciones–, deberán formalizar su protección con una Mutua. En ambos casos, tanto para cubrir al personal al servicio de las empresas asociadas como para cubrir a los trabajadores del RETA, es necesario proceder a la formalización de la opción, lo que se hace, respectivamente, mediante un anexo al documento de asociación del empresario a la Mutua y mediante la suscripción del documento de adhesión.

Tras la formalización, la Mutua asume la cobertura de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes del personal al servicio de las empresas asociadas así como de los trabajadores del RETA, en los mismos términos y con igual alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social. Especial atención debemos prestar al contenido de la gestión de esta prestación, que se regula en el artículo 80 del RGM, en virtud del cual las Mutuas conceden la prestación económica por incapacidad temporal en la cuantía y demás condiciones que resulten de las normas de la Seguridad Social que sean aplicables,

¹¹ Mientras se procede al desarrollo reglamentario del artículo 32 de la LPRL, debemos atender a las instrucciones contempladas en la Resolución de 5 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones a las Mutuas en relación con la aplicación del artículo 32 de la LPRL.

correspondiendo a estas entidades la declaración del derecho al subsidio –que supone la determinación definitiva del importe de la prestación, puesto que las cantidades que percibe el trabajador en concepto de subsidio por incapacidad temporal tienen carácter provisional durante el plazo de dos meses a contar desde la liquidación y pago, durante los cuales las Mutuas pueden revisar sus actos y regularizar la cuantía (artículo 81 del RGM)–, así como la de su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción, que se hará mediante actos que deben ser motivados y formalizados por escrito.

Y es que, en conexión con la gestión de la prestación por incapacidad temporal, las Mutuas asumen el coste del subsidio de esta prestación, el de la gestión administrativa que realicen de estas prestaciones y de las actuaciones de control y seguimiento de la prestación económica y de la situación de incapacidad temporal, así como el de las actuaciones sanitarias de urgencia que se regulan en el artículo 82 del RGM. Al efecto, la financiación de las funciones y actividades que desarrollan las Mutuas se efectuará mediante la entrega a las mismas, a través de la TGSS, de la fracción de cuota que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Finalmente, destacamos que la Ley 32/2010, de 5 de agosto, ha optado por las Mutuas como órgano gestor del sistema de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, puesto que la protección deriva de la cobertura de las contingencias profesionales. Se ha considerado a estas entidades *“las más adecuadas desde el punto de vista del encaje jurídico para gestionar el sistema y en particular la prestación económica para el trabajador autónomo en situación de cese de actividad”* (Exposición de Motivos). De esta forma, corresponde a las Mutuas –en concreto, a la Mutua con la que el autónomo tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales– la gestión de las funciones y servicios derivados de la prestación económica por cese de actividad de los trabajadores autónomos, debiendo proceder al reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de las prestaciones, así como a su pago (artículo 16 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto).

4. PREVISIONES LEGALES Y MANIFESTACIONES DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MUTUAS

Como es sabido, entre los principios rectores de la política social y económica, encontramos el artículo 41 de la Constitución Española (CE, en adelante), que encomienda a los poderes públicos mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos. La protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como una función del Estado (STC 213/2005, de 21 de julio), de manera que la garantía institucional del sistema de la Seguridad Social lleva aparejado el carácter público de dicho sistema, que debe ser apreciado en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto (STC 37/1994, de 10 de

febrero), siendo compatible con fórmulas de gestión o responsabilidad privada siempre que no se quiebre ese carácter público.

Así, la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social es compatible con la garantía institucional del artículo 41 de la CE, puesto que se trata, y así lo hemos expuesto en el epígrafe anterior, de una actividad de colaboración en el desempeño de funciones públicas. Ahora bien, la participación de estas entidades privadas en la gestión del sistema público de la Seguridad Social, desempeñando una relevante función pública, tiene sus consecuencias en la configuración del régimen jurídico de las Mutuas, que obedece a la necesidad de salvaguardar el régimen público de la Seguridad Social¹². En este sentido, vamos a conocer cuáles son los actos de intervención administrativa en la determinación del régimen jurídico de las Mutuas, cuya razón de ser y justificación la hallamos en la función pública que desempeñan estas entidades colaboradoras de la gestión de la Seguridad Social. Y es, precisamente, el objeto de las Mutuas lo que nos permite comprender también las limitaciones y condiciones establecidas por el legislador en los siguientes aspectos.

a) En la constitución y cese de las Mutuas

Hemos de partir de la propia definición de Mutua, en cuanto asociación de empresarios, que ha de ser debidamente autorizada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, al que corresponden las facultades de dirección y tutela, así como de inspección y control sobre estas entidades privadas. Y es que dicho Ministerio es el que ha de aprobar los Estatutos —que han de tener un contenido mínimo, según disponen el artículo 70.4 de la LGSS y el artículo 20 del RGM— y ha de autorizar la constitución y actuación de las Mutuas, que, asimismo, han de cumplir determinados requisitos para su constitución, que responden a la trascendencia de la función pública que van a desarrollar, sobre todo, la exigencia de prestar fianza para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Una vez aprobada la constitución de la Mutua y constituida la fianza, se procederá a la inscripción de la entidad en el correspondiente Registro, dependiente de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Por otro lado, cuando la Mutua cese en su actividad ha de comunicarlo al Ministerio de Trabajo e Inmigración, que procederá a practicar la oportuna liquidación, pudiendo también retirar la autorización cuando dejen de concurrir las condiciones y requisitos exigidos para su constitución.

¹² Pomed Sánchez, L.: Naturaleza de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, en VV.AA., *Mutuas de Accidentes de Trabajo*, op. cit., págs. 52 y 53.

b) En la relación de la Mutua con los empresarios asociados y con los trabajadores por cuenta propia adheridos

Son varias las condiciones legales exigidas en el marco de la relación que surge entre la Mutua y las empresas asociadas o, en su caso, los trabajadores por cuenta propia adheridos: en primer lugar, los empresarios asociados a una Mutua han de proteger en la misma entidad a la totalidad de sus trabajadores correspondientes a centros de trabajo situados en la misma provincia; en segundo lugar, las Mutuas han de aceptar toda proposición de asociación por empresarios o por trabajadores por cuenta propia comprendidos en su ámbito de actuación, sin que resulten de aplicación los principios de la autonomía de la voluntad y libertad de contratación del Derecho Civil¹³; y, en tercer lugar, la falta de pago de las cuotas por un empresario asociado o por un trabajador por cuenta propia no puede dar lugar a la resolución del convenio de asociación o, en su caso, de adhesión, evitándose, así, que los trabajadores queden desprotegidos. Y ello sin perjuicio de que se exija el requisito de estar al corriente para acceder a las prestaciones por parte de los trabajadores por cuenta propia, en cuyo caso es de aplicación el mecanismo de la invitación al pago.

c) En la organización de las Mutuas

Las Mutuas carecen de libertad para la organización y funcionamiento internos. Y es que los artículos 32 a 37 del RGM regulan sus órganos de gobierno –Junta General y Junta Directiva, así como un Director Gerente– y de participación –Comisión de control y seguimiento y Comisión de prestaciones especiales–, hallándose en tales preceptos numerosas manifestaciones de la necesaria intervención administrativa en cuestiones diversas. A modo de ejemplo, destacamos cómo se requiere la autorización administrativa para la reforma de los estatutos y cómo es necesario que los miembros de la Junta Directiva sean confirmados por la Administración. Asimismo, las Mutuas han de comunicar las convocatorias de las reuniones de sus Juntas Generales al Ministerio de Trabajo e Inmigración y han de remitir al mismo una copia de las actas, pudiendo el Ministerio designar un representante para que asista a la celebración de tales reuniones. Al Ministerio de Trabajo e Inmigración le corresponde la fijación del número de miembros de la Comisión de control y seguimiento, así como la aprobación de sus reglas de funcionamiento. Además, los artículos 75 y 76 de la LGSS regulan las incompatibilidades y prohibiciones de los órganos de gobierno y participación.

d) En la actividad de las Mutuas

Las Mutuas tampoco deciden libremente cuál es su campo de actuación, puesto que la propia definición legal concreta cuál es su principal objeto y, además, su co-

¹³ González Ortega, S., Barcelón Cobedo, S. y Quintero Lima, M.G.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, 2010, pág. 122.

laboración en la gestión de la Seguridad Social comprende las actividades delimitadas y precisadas por el artículo 68.2 de la LGSS. La actividad que desarrollan las Mutuas está sometida a la dirección y tutela del Ministerio de Trabajo e Inmigración, exigiéndose numerosas autorizaciones y controles administrativos en su acción. Al respecto destacamos los siguientes: necesaria autorización por el Ministerio para el establecimiento de servicios sanitarios, recuperadores y preventivos, quedando sujetos los servicios sanitarios y recuperadores a la inspección y control de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social (artículo 12 del RGM); los modelos de “documento de asociación”, de “documento de proposición de asociación”, del anexo para la formalización de la prestación por incapacidad temporal por contingencia comunes y de “documento de adhesión” de los trabajadores por cuenta propia han de ser aprobados por el Ministerio de Trabajo e Inmigración; y, finalmente, destacamos que en los procesos de disolución y liquidación y de fusiones y absorciones de las Mutuas la intervención administrativa es bastante intensa, tal y como se puede comprobar en los artículos 38 a 49 del RGM.

e) En el régimen económico y financiero de las Mutuas

Consideramos conveniente partir de una afirmación previa: los ingresos que obtienen las Mutuas de las primas de accidentes de trabajo y los bienes en que pueden invertirse forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta.

Son también numerosas las manifestaciones de la intervención administrativa en el régimen económico y financiero de las Mutuas y de las exigencias legales al respecto. Sin pretender ser exhaustivos, destacamos algunas de estas manifestaciones: las Mutuas serán objeto, anualmente, de una auditoría de cuentas, que se realiza por la Intervención General de la Seguridad Social (artículo 71.2 de la LGSS); el Ministerio de Trabajo e Inmigración podrá adoptar medidas cautelares cuando la Mutua se encuentre en determinadas situaciones de dificultad económica (artículo 74 de la LGSS), pudiendo también acordar, cuando se den los supuestos previstos en el artículo 71.3 de la LGSS, la reposición de las reservas obligatorias de la Mutuas; y la regulación detallada sobre los excedentes anuales obtenidos por las Mutuas y acerca de la constitución de reservas.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Finalizamos insistiendo y corroborando, a tenor de lo expuesto, la idea con la que hemos iniciado estas páginas: a lo largo de su historia, las Mutuas han consolidado su papel, su labor como entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, convirtiéndose en un pilar fundamental, en un instrumento esencial para nuestro sistema de Seguridad Social. Sus actividades se han incrementado

progresivamente, excediendo, con creces, de la colaboración en la gestión de las contingencias profesionales, siendo el exponente más reciente la asignación a estas entidades privadas de la gestión de las funciones y servicios derivados de la prestación económica por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

Es la eficiencia y eficacia de la labor de las Mutuas lo que nos permite explicar, no sólo la elevada cuota de mercado en las contingencias profesionales y comunes que éstas presentan, sino también la permanente y constante apuesta del legislador por asignarles un protagonismo cada vez mayor en la gestión de la Seguridad Social, que se traduce asimismo en una descarga de las Entidades Gestoras. Es, por ello, por lo que no les falta razón a aquellos autores que, desde hace ya bastante tiempo, vienen reclamando un cambio en la denominación de las Mutuas, que se ajuste y refleje el presente alcance de la actividad que desarrollan y que evite la confusión a la que puede conducir su nombre actual. En este sentido, la denominación de Mutuas de la Seguridad Social¹⁴ o de Mutuas de Prevención y Protección de la Seguridad Social¹⁵ podría permitir salvar esta imprecisión conceptual.

En cualquier caso, no podemos olvidar que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como una función del Estado de carácter público, que, como ha dicho el TC y así hemos expuesto en este capítulo, es compatible con fórmulas de gestión o responsabilidad privada siempre que no se quiebre ese carácter público. Las Mutuas, sin duda, participan en el desarrollo de esta función pública como entidades colaboradoras, no gestoras, siendo conveniente que no se rebase la imprecisa e indeterminada línea que permite identificar el carácter público de la gestión de la Seguridad Social, que se podría poner en peligro, en nuestra opinión, si continuase incrementándose el abandono o desatención de los poderes públicos —en concreto, de las Entidades Gestoras— de la labor de gestión de la Seguridad Social, en una dinámica de asignación y encomienda de funciones a favor de las Mutuas, que se asemejan, cada vez más, a verdaderas entidades gestoras. Y es, precisamente, esta semejanza la que nos permite entender el proceso de publicación que han vivido las Mutuas, así como las constantes y continuas intervenciones administrativas y limitaciones legales a las que se ven sometidas.

¹⁴ Cruz Villalón, J.: “El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal”. *Relaciones Laborales*, número 4, 1996, pág. 6.

¹⁵ Piñeyroa De La Fuente, A.J.: “Una nueva reordenación de la gestión de la Seguridad Social. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y la Incapacidad Temporal”. *Relaciones Laborales*, número 14, 1997, pág. 110–111.

LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL DIÁLOGO SOCIAL: LOS CONSEJOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Rosa María Pérez Anaya
*Profesora Colaboradora Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad Pablo de Olavide

ÍNDICE

1. EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESTATAL
 - 1.1. El fundamento constitucional del Consejo Económico y Social
 - 1.2. El CES como órgano permanente de Diálogo Social
 - 1.3. Configuración legal del Consejo: naturaleza, composición y funciones
2. LOS CONSEJOS AUTONÓMICOS, EN ESPECIAL EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA
3. BREVE REFERENCIA AL DIÁLOGO SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

1. EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESTATAL

La creación legal de un Consejo que asumiera la finalidad señalada en la CE referida a la participación en la planificación global de la economía nacional, llegó a ser una pretensión sucesivamente reclamada por los agentes sociales desde la entrada en vigor de la Constitución. De hecho, hubo varios intentos de regulación normativa del Consejo hasta que se aprueba la Ley 21/1991 de 17 de junio y su desarrollo reglamentario el 25 de febrero de 1993. Esta Ley, lejos de admitir el papel atribuido por la CE, determina expresamente en su Exposición de Motivos la finalidad principal que debía asumir el órgano, erigiéndose como instrumento de participación de las distintas organizaciones económicas y sociales en la vida económica y social de nuestro país. Por este motivo, no podemos afirmar que el desarrollo legal realizado colmase completamente las expectativas que la creación de un Consejo Económico y Social había generado en ellos.

1.1. El fundamento constitucional del Consejo Económico y Social

Una cuestión tradicional en la doctrina que ha investigado el Consejo Económico y Social (CES) ha sido la determinación del fundamento constitucional que justifica la creación de tal órgano¹. La búsqueda de tal justificación, nos será de utilidad para solucionar algunas cuestiones que se suscitan alrededor del CES, tales como: la determinación de si el CES es o no un órgano constitucional, si está o no relacionado con el único precepto de la CE en el que se menciona la creación de un consejo, e incluso, si el desarrollo legal del CES responde a los postulados constitucionales.

¹ Tradicionalmente ha existido cierto debate entre la doctrina científica respecto al posible fundamento constitucional del CES; debate centrado en torno a dos preceptos principalmente: artículos 105 a) que recordemos señala: “La ley regulará: a) la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”; y 131.2. Entre otros autores, son partidarios de ubicar al órgano en torno al art.105 a): A. Ojeda Avilés. *Derecho Sindical*. Tecnos. Madrid. 2003, pág. 247; L. Moreno Cabello de Alba. *La participación institucional del sindicato*. CES. 2008, pág. 89; además, este precepto es empleado en el debate del Proyecto de ley en el Congreso por el entonces Ministro de Trabajo, asegurando que el papel principal de este órgano no es la intervención en la planificación global de la economía nacional sino que la finalidad del mismo es ser un órgano de encuentro entre los interlocutores sociales, como aparece en: J. L. García Ruiz. *El Consejo Económico y Social*. CES. Madrid. 1994. Págs. 92 y ss. Por otro lado, parecen partidarios de ubicarlo en el art. 131. 2: J. Cruz Villalón/ A. Santana Gómez. “Una vía de institucionalización de la concertación social: el Consejo Económico y Social.” RL II–1989, pág.134; J. L. Monereo Pérez. *Concertación y Diálogo social*. Lex Nova. Valladolid. 1999, pág. 102; M. Rodríguez-Piñero. “*El Consejo Económico y Social, un reto para las partes sociales*”. RL I– 1991, pág. 62; entre otros.

Resulta evidente y, por tanto no produce ninguna clase de controversia, la admisión del art. 9.2 como fundamento constitucional del CES principalmente porque este precepto es utilizado como tal en la presentación del Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados². Este precepto señala: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.” Atendiendo al contenido del mismo, resulta indudable que la creación del CES puede insertarse en el mismo, especialmente si atendemos a su composición y a las competencias que legalmente tiene atribuidas, y en este precepto se hace referencia a un derecho genérico de participación de los ciudadanos sin que se especifique la forma en la que se va a realizar dicha participación. No obstante, también existen otros preceptos constitucionales que se refieren a la promoción de la participación de los ciudadanos tanto en instituciones como en actos concretos que también podrían aceptarse como fundamento constitucional (art. 129.1 CE; art. 105 a); etc). A nuestro parecer, y sin negar el vínculo que el CES tiene con este precepto (art. 9.2), entendemos que la decisión del Gobierno que redactó la ley lo eligió como fundamento para evitar la utilización del art. 131. 2 y la complejidad que implica. La participación genérica de los ciudadanos proclamada en el art. 9.2 pudo ser una salida, quizás la menos compleja, ya que facilita la creación de un órgano que, como posteriormente analizaremos, no tiene incidencia directa y preceptiva en los ámbitos político, económico, cultural y social en los que va a participar, y no vincula ni al Gobierno ni al órgano creado con la realización de una planificación global de la economía.

Mayores problemas plantea la ubicación del CES en el entorno del art. 131.2 CE. El contenido del precepto determina que: “El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.” Para decidir si existe o no tal relación es necesario analizar detenidamente el contenido de las cuestiones más relevantes del precepto.

En primer lugar, el inicio del precepto hace referencia a la necesidad de que el Gobierno efectúe o elabore una planificación de la economía (está ubicado en el Título VII bajo la rúbrica “Economía y Hacienda”). En este párrafo nos encontramos con la primera cuestión controvertida ya que ni actualmente ni en períodos posteriores a la entrada en vigor de la CE en nuestro país se ha procedido por los distintos gobiernos a una planificación general o global de la economía. Si bien es cierto

² J. L. García Ruiz. El Consejo Económico..., cit. págs. 92 y ss. El autor incluye las cuestiones más relevantes del entonces Ministro de Trabajo relativas al fundamento constitucional principal del CES.

que no se produce tal planificación económica en los términos en los que parece que se desprende del contenido del precepto, en nuestra opinión, sí se han producido y en la actualidad se producen intervenciones por parte de los Gobiernos en materia económica. Esta intervención no se realiza con una periodicidad expresa y previa al inicio del mandato (por cada Gobierno) sino de forma sucesiva sin que tengan carácter general o global sino parcial o por sectores y ámbitos. Muchas de estas intervenciones acordadas por los gobiernos adoptan la forma de ley o real decreto—ley y van a suponer medidas económicas que afectan a los ciudadanos como ocurre, por ejemplo, con las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Todas estas normas en su conjunto van a suponer la planificación de nuestra economía aunque, como hemos señalado, no se realice de forma genérica o global ni se prevea para un período más o menos amplio de tiempo. Por tanto, la obligación de crear un Consejo que asuma de forma preceptiva la función principal proclamada en el precepto referida a la participación en la planificación de la economía carece de sentido, ya que el propio Gobierno no realiza tal planificación en los términos que proclama el artículo 131.2; aunque ello no impide, en nuestra opinión, que se constituya un órgano para el ejercicio de otras funciones consultivas en materia económica y social. De tal manera, que si los Gobiernos deciden realizar en un futuro una planificación global de la economía, a partir de entonces se le podría atribuir al CES la función de asesoramiento y colaboración en el sentido del precepto constitucional. Consideramos que la creación de un órgano encargado de participar en la planificación de la economía de la forma establecida en la CE limitaría y vincularía de alguna forma las decisiones futuras del Gobierno en materia económica, quizás por tal razón desde el Gobierno no se defendió el CES como manifestación del art. 131.2 CE.

En segundo lugar, el precepto exige la intervención de las Comunidades Autónomas en la planificación por el Gobierno de la economía; esta intervención consiste según el precepto constitucional en la aportación de datos relevantes en materia económica con la intención de que sean tenidos en cuenta en tal planificación global de la economía. Resulta indudable que al no existir una planificación general o global de la economía, la intervención de las CC. AA. en la adopción de medidas de contenido económico puede efectuarse de igual forma a la realizada actualmente, esto es, a través de reuniones del Gobierno con los distintos Presidentes o Consejeros de las CC. AA. para conocer la situación de las mismas, negociar medidas y actuar en consecuencia. Este hecho, enlaza con otra condición extraída de la relación interna del contenido del precepto, relativa a la obligada presencia de las CC. AA. en el Consejo. Para ello resulta necesario extraer de la ley la composición del CES. Atendiendo al contenido de la norma, observamos que no se han reservado puestos para representantes de las CC. AA., hecho que podría suponer otro incumplimiento del mandato constitucional por la ley que desarrolla el CES. En este sentido, la exclusión de las CC. AA. parece estar justificada por la ausencia de la atribución legal de la competencia que la CE le asigna al CES (la planificación global de la economía).

Sin embargo a nuestro parecer, las CC. AA. deberían haber sido incluidas en la composición del CES ya que las CC. AA. tienen derecho a participar en las medidas de carácter económico y social que, de alguna forma, les va a afectar. Esta exclusión fue una decisión política previamente consensuada entre el Gobierno y las CC. AA. que pudo estar justificada en el escaso interés de las CC. AA. en formar parte de un órgano de carácter consultivo y no decisorio.

En este sentido y como analizaremos en un epígrafe posterior, entre las competencias del CES se encuentra la realización de dictámenes preceptivos en los Anteproyectos de ley y proyectos de reales decretos legislativos en materia económica y social; por ello, podríamos admitir que aunque no asume la competencia principal que determina el precepto, las competencias consultivas atribuidas permiten a los representantes sociales intervenir en las medidas (parciales o no genéricas) de contenido económico y social que van a ser adoptadas por el Gobierno.

Por último, del precepto constitucional también se extrae la necesaria intervención de los agentes sociales en la planificación. Esta intervención consiste en asesorar y colaborar en la planificación económica que el Gobierno tiene encomendado constitucionalmente realizar. Ante la inexistencia de una planificación económica en los términos que parecen derivarse del precepto, la intervención de los agentes sociales actualmente en las medidas económicas, sociales y laborales que van a ser abordadas por el Gobierno se realiza bien de forma genérica a través de la concertación social o de forma específica en cada una de las normas de contenido económico y social que el Gobierno tiene previsto aprobar a través de la consulta a determinados organismos públicos. Al hilo de esta intervención, el contenido del precepto también parece exigir la necesaria presencia en el Consejo de representantes sindicales, de asociaciones empresariales, profesionales y económicas; presencia que como veremos posteriormente está confirmada en la ley.

Atendiendo a lo expuesto, consideramos que el actual CES, tal y como está configurado en la ley, encuentra relación con el art. 131.2 CE a pesar de que el contenido preceptivo del mismo anteriormente expuesto no encuentre correlación completa y expresa en el desarrollo legal del órgano. Esta falta de correspondencia se produce, a nuestro parecer, en la comentada ausencia de planificación económica general en nuestro país por el Gobierno aunque ello no impide que el legislador haya optado por la creación de un Consejo con otras funciones específicas. De esta forma, podríamos calificar la relación del actual CES con el art. 131.2 CE como indirecta aunque tal relación existe en todo caso y a pesar de que ello nos impida catalogar al CES como un órgano de “relevancia constitucional”³. Somos conscientes

³ En similar sentido: J. L. Monereo Pérez: *Concertación y...*, cit. págs. 102 y 103. El autor añade expresamente: “Es así que el Consejo de planificación es una potestad del Estado no actuada, pero aunque el CES es un Consejo no previsto explícitamente en el artículo 131 CE no parece que deba quedar fuera del mismo ni menos aún que su constitución quede constitucionalmente impedida o prohibida”; M. Rodríguez-Piñero: *“El Consejo Económico y Social, un reto...”*, cit. pág. 62, aunque el autor considera que el CES no es un órgano de relevancia constitucional.

de que esta afirmación no encuentra correspondencia en la Exposición de Motivos de la ley que regula el CES ya que en ella no se hace mención alguna al art. 131.2 CE como fundamento constitucional del desarrollo legal emprendido así como de las opiniones doctrinales divergentes sobre este particular.

1.2. El CES como órgano permanente de Diálogo Social

Tal y como se declara en la Exposición de Motivos de la ley 21/1991 de 17 de junio, el CES está configurado como una “plataforma institucional permanente de diálogo y deliberación” entre los representantes sociales; por tanto, partimos de tal calificación legal en nuestro análisis.

Para corroborar el papel principal atribuido por la ley al CES, podemos decir que el diálogo social supone un intercambio de opiniones y de información entre los representantes sociales con el objetivo de superar las posibles opiniones divergentes relacionadas con los intereses que cada bloque representa. El diálogo social persigue el consenso entre los sujetos que representan a los distintos grupos sociales que, sin embargo, no tiene que materializarse necesariamente en un acuerdo y, por tanto, no tiene que suponer un compromiso futuro que les vincule.

El CES proporciona el necesario encuentro entre los distintos sectores de la sociedad, en el que debaten y exponen sus puntos de vista aún cuando no se realice directamente por ellos sino por los sujetos que representan a los grupos sociales mayoritarios. El debate propiciado en el seno del órgano facilita acercar posturas entre los representantes sociales que lo componen sobre cuestiones económicas y sociales que les va a afectar individualmente a los sujetos que representan, permitiéndoles y a su vez obligándoles a adoptar una posición común en las materias establecidas en la ley o en los temas solicitados por el Gobierno. De esta forma, la necesaria emisión de informes o dictámenes sobre las materias establecidas convierte en obligado el consenso al que deben llegar sus integrantes. Los representantes sociales deben superar el habitual conflicto que suele existir entre ellos a través del diálogo propiciado en el seno del CES.

Además, el CES aparece configurado como un instrumento de contacto entre los representantes sociales y el Gobierno, a pesar de que la composición del CES no incluye la participación del mismo. Las competencias legalmente asignadas permiten una intervención previa y preceptiva que facilita al Gobierno conocer la opinión de los grupos representados sobre las materias que van a ser reguladas en un futuro más o menos próximo; además, de conocer voluntariamente la opinión de los mismos en materias que el propio Gobierno decida. El dilema se produce en la decisión final adoptada por el Gobierno y plasmada en el contenido de la ley dictaminada o informada ya que en ningún momento se va a ver vinculado por tales informes o decisiones. Por ello, la relación existente entre los sujetos que com-

ponen el CES y el Gobierno únicamente es de comunicación o si se quiere de información de la opinión sobre medidas concretas de los componentes del CES.

Sin embargo, el CES no está configurado como un órgano de concertación social tal y como admitió el Consejero de Trabajo en el debate de la ley en el Congreso, especialmente si consideramos que la concertación social es un proceso en el que están implicados indistintamente los agentes sociales y el Gobierno que tiene como finalidad principal adoptar decisiones conjuntas en materia económica y social que pueden llegar a ser plasmadas en acuerdos. El objetivo principal en la concertación es la consecución de un compromiso efectivo entre las partes que vincule de alguna forma sus actuaciones futuras.

Podemos admitir como ya ha expuesto la doctrina científica en reiteradas ocasiones que la concertación social es “un proceso político”⁴ o “un intercambio político entre los agentes sociales y el Estado”⁵. Es incuestionable que a través de la concertación social se produce la intervención de los agentes sociales en la política económica y social de nuestro país, a pesar de que el resultado de este proceso no siempre se plasme en un acuerdo vinculante para los sujetos firmantes y para el Gobierno. En cierta medida, la concertación social permite al Gobierno actuar en una determinada dirección ya que va a recibir el apoyo de los agentes sociales a sus futuras intervenciones en materia económica y social.

No podemos negar el claro vínculo existente entre ambos actos o procesos, esto es, entre diálogo social y concertación social. De hecho, el diálogo social es un acto previo y necesario para la concertación social aunque no es la única manifestación del mismo. La concertación social no puede existir sin diálogo social entendido este como intercambio mutuo de opiniones necesario y previo entre los agentes sociales que puede desembocar en actos o actividades de concertación social entendida como compromiso de las partes de superar en la medida de lo posible los intereses que le son propios con la intención de obtener algún resultado que se van a plasmar en futuros acuerdos vinculantes para ambas partes.

Se trata de intervenciones que, de alguna forma, limitan o reducen el poder decisorial del Gobierno ya que tras el desarrollo legal expreso de las formas de par-

⁴ J. L. Monereo Pérez: *Concertación y...*, cit. pág. 23. Señala el autor: “La concertación social constituye un proceso político que comporta un encuentro entre diferentes formas de poder político con la posibilidad de alcanzar acuerdos entre los interlocutores sociales y el gobierno u otro poder público con funciones de gobierno”.

⁵ T. Sala Franco/ I. Albiol Montesinos: *Derecho Sindical*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, pág. 293. Los autores hacen referencia a un cambio de papeles entre el Estado y los agentes sociales, interviniendo unos y otros en la actuación que cada sujeto tiene legal y constitucionalmente atribuida. En similar sentido, M. C. Palomeque: *Derecho Sindical* Tecnos. Madrid. 1994, pág. 438, admite: “La concertación social es un proceso de interrelación o de “intercambio político” entre Estado y autonomía colectiva como respuesta a las exigencias de gobernabilidad de las sociedades complejas y corrección del esquema constitucional clásico procedente de la tradición liberal.”

ticipación institucional, este delimita claramente las materias y los asuntos, e incluso, el sentido de las intervenciones de los agentes sociales. Tales intervenciones pueden realizarse a través de: propuestas, informes, o decisiones, e incluso, negociación colectiva (pactos o acuerdos tripartitos) que suponen distintas formas en las que se puede materializar el diálogo social.

Además, la labor de los Consejos aunque favorecen el diálogo y el intercambio de opiniones y aunque pueden influir en la futura concertación social en sus respectivos ámbitos; sin embargo, en la práctica tal y como ha ocurrido actualmente tal influencia no se ha manifestado de igual forma. Así mientras que, en Andalucía parece que la conflictividad habitual entre los interlocutores sociales resultó ser menos acentuada ya que el VII Acuerdo de Concertación Social para Andalucía fue suscrito el 24 de noviembre de 2009, en el ámbito estatal, la decisión consensuada entre los interlocutores sociales plasmada documentalmente ha presentado una mayor complejidad aunque finalmente se ha producido.

Por último, a nuestro parecer, la composición tanto del CES como de los Consejos Autonómicos es determinante en la calificación de tales órganos como instrumento de diálogo social y no como instrumento de concertación social ya que se insertan otros colectivos que no son los sujetos de la concertación social.

1.3. La configuración legal del Consejo: naturaleza, composición y funciones

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de la norma legal que ha sido ya analizada anteriormente por la doctrina emprendemos a grandes rasgos la exposición de aquellas cuestiones legales que consideramos más relevantes:

a) La naturaleza jurídica del Consejo. La naturaleza jurídica del órgano aparece resuelta en la propia ley, así el artículo 1 lo configura como un ente público con personalidad jurídica propia y plena capacidad, financiado con dinero público (art. 9). Se trata de un órgano independiente y con autonomía organizativa y funcional⁶. El carácter independiente del órgano respecto del Gobierno se manifiesta reiteradamente tanto en la EM como en el articulado, de ahí su ausencia en la composición del mismo, pretendiendo de esta forma garantizar la imparcialidad (política) de los dictámenes e informes. No obstante en nuestra opinión, desde el momento en el que el Gobierno se reserva tanto la designación como la destitución de determinados miembros, como analizaremos posteriormente, tal independencia puede quedar de alguna forma limitada.

Entre otras características del órgano podemos citar que el CES está configurado como un órgano de deliberación y encuentro entre los agentes sociales que

⁶ En este sentido, el CES está compuesto por los siguientes órganos: Pleno del CES; Comisión Permanente; Comisiones de trabajo; Presidente; Secretario General y Vicepresidentes (arts. 5; 6 y 8)

componen el órgano y entre estos y el Gobierno como hemos expuesto en el epígrafe anterior y al que nos remitimos.

En segundo lugar, algunos autores han apuntado el carácter político del CES⁷, no por su composición ya que como hemos señalado no está integrado por partidos políticos ni por el Gobierno sino por el valor que pueden tener los informes y dictámenes emitidos por el mismo. El contenido de estos informes incluirá la opinión unificada de los representantes de los distintos grupos sociales que conforman el CES. Las intervenciones del Consejo son previas a la aprobación de la norma; por tanto, pueden influir en cierta medida en la redacción final de la misma. Este puede ser el motivo por el que puede admitirse que los informes y dictámenes del CES pueden tener relevancia política; aunque en nuestra opinión, únicamente adquirirá tal relevancia en la medida que su contenido influya en la decisión del Gobierno. Ello no impide que admitamos la relevancia que pueden tener las intervenciones del CES ya que de esta forma el Gobierno conocerá directamente la opinión de los agentes sociales sobre las materias o temas económicos, laborales o sociales ya sean facultativos o preceptivos. En todo caso, reiteramos que la influencia de las intervenciones del CES depende de la inclusión de la opinión del mismo en la norma final que va a ser aprobada o al menos si tales informes son capaces de modificar de alguna forma el contenido de las futuras actuaciones del Gobierno.

En tercer lugar, el CES es un órgano en el que participan los representantes sociales. De esta forma, es una manifestación del art. 9.2 CE que promueve la necesaria participación de los ciudadanos en la vida económica, política, social y cultural aunque tal participación se efectúa a través de sus representantes. Asimismo, es una manifestación de la participación de sindicatos y asociaciones empresariales en la defensa de los intereses que les son propios y que afectan de forma general a los ciudadanos (art. 7 CE). En este sentido, esta participación está reservada a las organizaciones empresariales y sindicales que ostentan la condición de más representativas ya que el desarrollo legal de la misma vincula esta prerrogativa a la obtención de dicha condición⁸.

Recordemos brevemente que la participación institucional supone la participación de tales sujetos colectivos en organismos de carácter público para desarrollar las tareas encomendadas por la Constitución (art. 7 y 9.2; 129.2) así como las atribuidas por las distintas normas que regulan dichos organismos. Por tanto, podemos decir que la legitimación para participar en tales organismos no es genérica, esto es, no le está atribuida a cualquier sindicato o asociación empresarial

⁷ Apuntan este posible carácter político: J. L. Monereo Pérez: *Concertación social...*, cit. pág. 99. M. Rodríguez Piñero: *"El Consejo Económico y social..."*, cit. pág. 64.

⁸ Sobre la participación institucional existen distintos pronunciamientos jurisprudenciales entre otros: STC 53/1982 de 22 de julio; STC 20/1985 de 14 de febrero; STC 98/1985 de 29 de julio; STC 39/1986 de 31 de marzo; STS de 22 de mayo de 2001 (Ar. 5477); etc.

válidamente constituida sino que tal legitimación es especial o específica y aunque de forma genérica derive de tales preceptos constitucionales la especificación de los requisitos de legitimación han sido establecidos por una norma legal (LOLS).

Esta regulación legal en referencia a los sindicatos se encuentra en el art. 6.3 LOLS relativo a los SMR de ámbito estatal y en el art. 7.1 LOLS relativo a los SMR de ámbito de CC. AA. que señalan que tienen derecho a: "...ostentar representación institucional ante las administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista". Tal prerrogativa debe ser desarrollada sucesivamente por el Gobierno (D. A. 1ª.2 LOLS) resultando ser el CES una manifestación de tal mandato legal. En relación a las asociaciones empresariales la participación institucional aparece atribuida en la D. A. 6ª ET concretamente a las asociaciones empresariales más representativas en idénticos ámbitos que los sindicatos aunque como sabemos con distintos requisitos para ostentar esta condición. Tal prerrogativa vinculaba directamente la composición del CES que exigía que en el mismo estuviesen representados los sindicatos y las asociaciones empresariales que ostentasen la condición legal exigida; esta exigencia legal se materializó en la ley 21/1991 de 17 de junio que regula el Consejo.

b) La Composición del CES. Aparece regulada en el art. 2 de la ley que determina un número total de 61 miembros, incluido el Presidente, repartidos en tres grupos⁹. Actualmente la efectiva composición del CES es la siguiente; el primer grupo está integrado por representantes de los SMRE y SMRCC. AA. en proporción a su representatividad conformado efectivamente por: 9 miembros en representación de UGT, 9 por CCOO, 1 de CIG y 1 de ELA/STV. El segundo grupo está compuesto por AEMR, por tanto, los 20 puestos que representan a este grupo están ocupados por CEOE y CEPYME. Por último, el tercer grupo en el que están representados otros grupos sociales y económicos está integrado por: 1 representante de ASAJA; 1 de COAG; 1 de UPA; 1 de ARVI; 1 de la Federación Nacional de Cofradías de Pescadores, 1 de ONPROA; 1 de CEAUCLU; 1 de HISPACOO; 1 de

⁹ El contenido del precepto determina la siguiente composición: Un Presidente; 20 miembros designados por los sindicatos que ostenten la condición de más representativos, conforme a los criterios y requisitos establecidos en los artículos 6.2 y 7.1 LOLS y siempre en función del porcentaje de representatividad; 20 miembros designados por las asociaciones empresariales más representativas conforme a requisitos y criterios establecidos en la DA 6ª del ET en función de su representatividad; y, por último, 20 miembros entre los que están representados distintos sectores económicos y sociales, distribuidos legalmente el número exacto de representantes entre cada uno de los grupos El reparto que la norma hace entre el resto de grupos económicos y sociales es el siguiente (art. 2.4 y 5): 3 al sector agrario designados por organizaciones profesionales con implantación; 3 al marítimo-pesquero designados por organizaciones con implantación; 4 a consumidores y usuarios designados por el Consejo de Consumidores y Usuarios; 4 a la economía social designados por las asociaciones de cooperativas y sociedades laborales y 6 expertos en materia económica y social nombrados por el Gobierno a propuesta de los Ministros de Trabajo y de Hacienda previa consulta a todas las organizaciones que componen en CES.

OCU; 1 de UCEC; 4 de CEPES y 6 Expertos. Esta composición prácticamente se ha mantenido inamovible desde su constitución; no obstante, nos parece oportuno detenernos en aquellos integrantes que no son designados directamente por las asociaciones u organizaciones que representan a los grupos sociales, concretamente en la designación del presidente y de los expertos.

Tras la lectura de la norma admitimos que resulta significativa la intervención del Gobierno en el nombramiento de estos componentes, recordemos que la designación del Presidente del CES (art. 3.1) se realiza a partir de una propuesta conjunta de los Ministros de Trabajo y de Hacienda resultando necesaria la previa consulta a las organizaciones representadas en el órgano y que el candidato propuesto obtenga el respaldo de 2/3 de los miembros del Consejo¹⁰. De la misma forma, el Gobierno se reserva la potestad de designar a los 6 expertos (art. 2.5) que van a integrarse en el tercer grupo representado en el CES. En este caso, la designación está exenta del consentimiento expreso de un determinado número de componentes del CES; correspondiendo, por tanto, a la única decisión del Gobierno.

La intervención directa del Gobierno en el nombramiento de estos integrantes puede influir de alguna forma como ya expusimos en la aceptación del CES como un órgano totalmente independiente, a pesar, de que la designación del presidente y de los expertos no resulten ser totalmente coincidentes. En nuestra opinión, la designación de estos miembros estará dirigida hacia personas cercanas a las ideas políticas del Gobierno que esté en el poder en el momento en el que se designen, máxime cuando la duración del mismo es de 4 años renovables (art. 3.4); por tanto, influirán los cambios políticos producidos en el mismo. Acrecentado, por lado, por la facultad del propio Gobierno de destituir al Presidente, decisión que únicamente exige dictamen previo del Consejo que ni siquiera es vinculante (art.7.1.1c) de la ley y art. 23.3 del Reglamento) y, por otro, por la nula intervención del Consejo en la designación de los asesores.

c) Las competencias del Consejo. Tal y como aparece definido en la EM de la ley el CES es un órgano consultivo de deliberación y de diálogo; por tanto, tal definición nos aproxima al contenido de las funciones que va a desarrollar¹¹. Estas

¹⁰ El Gobierno también nombra al Secretario General (art. 3.3) aunque no tiene atribuido ni voz ni voto en las sesiones del Pleno ni en la Comisión Permanente (art. 8.2 b).

¹¹ De forma resumida, las competencias del CES consisten en emitir dictámenes con carácter preceptivo sobre: los anteproyectos de Leyes de Estado (está excluida el Anteproyecto de ley de los Presupuestos Generales del Estado); Proyecto de Reales Decretos Legislativos; proyectos de Reales Decretos en materia económica, social y laboral; Anteproyectos de ley o proyecto de disposiciones administrativas que afecten al Consejo (tales como organización, funcionamiento y competencias) y sobre la separación del presidente y de 1 Secretario General (art. 7.1.1). Asimismo, es preceptivo la elaboración de una memoria anual en los cinco primeros meses de cada año sobre la situación económica, social y laboral del país (art. 7.1.5). También están facultados para emitir dictámenes facultativos decididos por el Gobierno (art. 7.1.2), así como para elaborar informes por su propia iniciativa o a solicitud del Gobierno en las materias relacionadas en art. 7.1.3.

funciones aparecen establecidas en el 7 de la ley y se reducen a funciones consultivas algunas preceptivas y otras facultativas aunque ninguna de ellas tiene carácter vinculante para el Gobierno como se encarga de señalar la propia ley (art. 6.1d)). Ello supone que el resultado de las consultas emitidas en informes únicamente “informará” al Gobierno de la opinión vertida en el seno del órgano sobre cuestiones relevantes en materia económica, social y laboral que puedan afectar directamente a los ciudadanos representados. Completa el carácter consultivo del CES la necesaria elaboración de una memoria anual sobre la situación económica, social y laboral de nuestro país (art. 7.1.1.5). Resulta evidente el valor que pueden tener los informes, dictámenes y la Memoria anual del CES para que el Gobierno pueda conocer el grado de aceptación de sus próximas medidas (más o menos inmediatas), e incluso, de las medidas ya adoptadas en las materias a las que está vinculada su actuación; sin embargo, la influencia real y efectiva de posibles modificaciones o recomendaciones que desde el seno del Consejo se realice queda en todo caso a la voluntad del propio Gobierno. Aunque el Gobierno se sienta, en cierta forma vinculado a seguir y plantear tales opiniones vertidas en los documentos en las futuras normas y en general en sus futuras intervenciones socioeconómicas y laborales; especialmente, cuando también componen el CES especialistas de reconocido prestigio en las materias en las que el CES está llamado a intervenir y que han sido designados directamente por el propio Gobierno.

Si atendemos al contenido de la última Memoria correspondiente al año 2009 y sin realizar un análisis exhaustivo de la misma, debemos admitir que el Pleno del Consejo efectúa una valoración extensa y bastante completa de la situación económica, laboral y social de nuestro país y de la UE, llegando a realizar concretas recomendaciones para rectificar o mejorar determinados aspectos que no han resultado ser positivos o que consideran pueden mejorarse. En similar sentido, tanto el último dictamen como el último informe emitidos por el órgano incluyen una valoración sobre la norma o sobre el tema planteado realizando recomendaciones al respecto¹². En función del contenido de las últimas actuaciones del CES si bien, por un lado, podemos admitir el valor económico, social y laboral que pueden tener tales documentos; sin embargo por otro lado, reiteramos que no queda garantizada la efectividad de tales recomendaciones ya que acatarlas o no, depende directamente de la voluntad del Gobierno.

A modo de conclusión, tales funciones vuelven a influir en la determinación del CES como un órgano eminentemente consultivo como ya era definido en la EM y cuyas opiniones expuestas en los informes, dictámenes y estudios emitidos carecen de obligatoriedad en las posteriores decisiones del Gobierno, aunque la necesaria

¹² El Dictamen 13/2010 sobre el Anteproyecto de ley por el que se modifica la ley 10/1997 de 27 de abril sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria y el Informe sobre desarrollo autonómico, competitividad y cohesión social en el sistema sanitario.

expresión de estos instrumentos exigen un cierto grado de consenso entre los diferentes grupos que componen el órgano. Hecho que sí lo sitúa como un órgano especialmente relevante en el ejercicio y materialización del diálogo social que además requiere en sus actuaciones de un esfuerzo importante de diálogo y de consenso para poder plasmarlo documentalmente. Las intervenciones del CES proporcionan al Gobierno el conocimiento directo sobre el grado de aceptación por los representantes sociales de las actuaciones planteadas que van a ser informadas o dictaminadas por el órgano.

En estos momentos de crisis económica el papel que debe desempeñar el CES debe ser impulsado no sólo por sus integrantes sino también por el propio Gobierno. El escaso o nulo consenso social entre los agentes sociales principales, esto es, sindicato y asociaciones empresariales debe potenciar la actividad de este órgano público creado con determinadas finalidades que se concretan en la propia norma de desarrollo. En el seno del CES, máxime cuando parte de sus componentes son los interlocutores sociales que asumen la concertación social, deben potenciarla con la intención final de plasmar los futuros acuerdos que van a regir la relaciones de trabajo y la actuación económica y social del Gobierno. ELCES debe ser uno de los primeros puntos de encuentro de los representantes sociales.

2. LOS CONSEJOS AUTONÓMICOS, EN ESPECIAL EL CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL DE ANDALUCÍA

El CES estatal coexiste con distintos consejos creados en las CC. AA., de hecho, actualmente todas las CC. AA. cuentan con un Consejo similar al nacional con la excepción de la Ciudad Autónoma de Melilla que está en trámite de constitución¹³. Algunas CC. AA. contaban con un consejo con funciones similares a las actuales incluso antes de que en 1991 se creara el Consejo nacional. El papel que están llamados a cumplir y que efectivamente cumplen puede variar en función la CC. AA. y de sus atribuciones legales aunque tales variaciones, en nuestra opinión, no serán demasiado relevantes.

En el caso del Consejo andaluz y a modo de introducción, el fundamento en el Estatuto de Autonomía de Andalucía aprobado por la Ley Orgánica 2/2007 de 19

¹³ La regulación legal actual de los distintos Consejos Autonómicos son las siguientes: Andalucía: Ley 5/1997 de 26 de noviembre; Aragón: Ley 9/1990 de 9 de noviembre; Asturias: Ley 2/2001 de 27 de marzo; Baleares: Ley 10/2000 de 30 de noviembre; Canarias: Ley 1/1992 de 27 de abril; Cantabria: Ley 6/1992 de 26 de junio; Castilla-la Mancha: Ley 2/1994 de 26 de julio; Castilla y León: Ley 13/1990 de 28 de noviembre; Cataluña: Ley 7/2005 de 8 de junio; Extremadura: Ley 3/1991 de 25 de abril; Galicia: Ley 6/1995 de 28 de junio; La Rioja: Ley 3/1989 de 23 de junio; Madrid: Ley 6/1991 de 4 de abril; Murcia: Ley 3/1993 de 16 de julio; Navarra: Ley Foral 2/2006 de 9 de marzo; País Vasco: Ley 9/1997 de 27 de junio; Valencia: Ley 1/1993 de 7 de julio; Ciudad Autónoma de Ceuta: Reglamento 17 de abril de 1996; Ciudad Autónoma de Melilla: aún se ha constituido.

de marzo que justifica la creación de un Consejo Económico y Social andaluz podemos encontrarlo con dos preceptos; por un lado el art. 10. 1 incluye entre los objetivos básicos de nuestra Comunidad Autónoma la promoción de “las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social. A tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias”; y por otro lado, el art. 10.3. 19º, que hace referencia a: “La participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociada en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una democracia social avanzada y participativa”.

Sin embargo, además de los preceptos señalados, el vigente Estatuto de Autonomía realiza una mención expresa del CES de Andalucía, de esta forma, le dedica el art. 132, señalando expresamente bajo la rúbrica “Consejo Económico y Social”: “1. El Consejo Económico y Social de Andalucía es el órgano colegiado de carácter consultivo del Gobierno de la Comunidad Autónoma en materia económica y social, cuya finalidad primordial es servir de cauce de participación y diálogo permanente en los asuntos socioeconómicos. 2. Una ley del Parlamento regulará su composición, competencia y funcionamiento.” El Estatuto de Autonomía incluye al CES de Andalucía en el Capítulo VI entre otras instituciones de Autogobierno, zanjando el dilema que existe con el CES estatal sobre su fundamento constitucional aunque el Estatuto andaluz al ser de fecha reciente ha adaptado su contenido a las instituciones ya existentes y a la realidad económica, social, laboral y cultural de nuestra CC. AA. Sin embargo, como sabemos, la creación en Andalucía del Consejo es anterior a la entrada en vigor del Estatuto ya que el Parlamento de Andalucía siguiendo la dinámica del resto de CC. AA., aprobó a partir de la Ley 5/1997 de 26 de noviembre la norma reguladora del CES de Andalucía; que fue desarrollada por el Reglamento de Organización y Funcionamiento de 12 de enero de 2000.

La finalidad que está llamado a cubrir el CES Andaluz viene establecida en la Exposición de Motivos de la Ley, que en términos similares al CES estatal señala que va a “servir de cauce de participación y diálogo en los asuntos socioeconómicos y laborales.” La creación de CES andaluz se debió a la pretensión de los agentes sociales de crear un mecanismo de participación en el sistema productivo, así el 17 de mayo de 1993 en el Acuerdo para el Desarrollo Económico y Social de Andalucía firmado por la Junta de Andalucía, Confederación de Empresarios de Andalucía, CCOO de Andalucía y UGT de Andalucía, deciden (apartado IX) la creación de un CES andaluz. La intención que lleva a los agentes sociales a su creación es la necesidad de que sus opiniones sean oídas por el Gobierno de la CC. AA., principalmente en aquellas decisiones que puedan afectar a los intereses de los sujetos a los que representan.

1– Características del CES de Andalucía. El CES andaluz se define como órgano colegiado de carácter consultivo, de participación y diálogo, autónomo e in-

dependiente en el ejercicio de sus funciones, coincidiendo plenamente con los caracteres del CES estatal. Tales características nos lleva a hacer idéntico análisis y críticas y para no resultar reiterativos nos remitimos al análisis de estos caracteres realizado en epígrafes anteriores. El CES andaluz está adscrito a la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía y también está financiado con dinero público (art. 23.1).

2- Competencias. Las competencias del CES andaluz vienen establecidas en el art. 4 (de la ley y del reglamento), como órgano consultivo tales funciones se reducen a la emisión de informes y dictámenes que carecen de carácter vinculante para el órgano encargado de recibirlos (art. 5). Los documentos que emiten pueden tener carácter preceptivo o potestativo.

a) Los informes de carácter preceptivo que debe emitir están afectos a los anteproyectos leyes y proyectos de decretos en materia económica, social y laboral excluyendo los Anteproyectos de Ley de Presupuestos de la CC. AA. aunque deja abierta la posibilidad de que el CES de Andalucía sea informado sobre su contenido. No obstante según señala el precepto, la emisión de tales informes están vinculados al criterio del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación a la trascendencia de la regulación en estas materias. Por tanto a nuestro parecer, este aspecto incluido en el precepto va a afectar a la cantidad de informes preceptivos que van a emitirse ya que no están vinculados, en principio, a todos los anteproyectos de la Junta de Andalucía sobre materias de índole económica, social o laboral. Este aspecto, además de reducir considerablemente el número de informes preceptivos, podríamos incluso decir que de alguna forma los convierte en facultativos ya que exige legalmente que sean solicitados por el Consejo de Gobierno cuando considere que la materia regulada es relevante, o al menos, exige una declaración previa en la que realice una valoración sobre la influencia o trascendencia del anteproyecto en las materias en las que la intervención del CES Andaluz están afectas.

b) Los informes o dictámenes potestativos pueden emitirse bien a solicitud del Consejo de Gobierno bien por propia iniciativa sobre materias de índole económica y social (arts. 4.2 y 4.3). El contenido de los últimos dictámenes emitidos por el CES de Andalucía incluye una valoración de los proyectos así como algunas recomendaciones al respecto, en términos muy similares a los que realiza el CES Estatal¹⁴.

¹⁴ Los últimos dictámenes elaborados por el CES andaluz son los siguientes: Dictamen 2/2011 sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 10/2003 de 6 de noviembre de Colegios Profesionales de Andalucía y la Ley 6/1995 de 29 de diciembre de Consejos andaluces de Colegios Profesionales. (Publicado el 8 de febrero de 2011) y Dictamen 1/2011 sobre el Proyecto de Decreto por el que se regula la Organización y Funcionamiento desregistro de Comerciantes y actividades comerciales de Andalucía. (Publicado el 1 de febrero de 2011).

c) El CES de Andalucía debe elaborar una Memoria de actividades dentro de los cinco primeros meses de cada año y ser remitida al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (art. 4.4). En esta competencia encontramos una diferencia respecto al CES estatal que a nuestro parecer es esencial en la labor efectiva que va a cumplir el CES andaluz, y consiste en el contenido de ambos documentos. Así como hemos expuesto en la Memoria anual del CES, el Pleno del órgano realiza una valoración de la situación socioeconómica y laboral del país llegando a realizar recomendaciones sobre futuras medidas o actuaciones tendentes a mejorar la situación; sin embargo, si atendemos al contenido de la norma, la Memoria del CES andaluz únicamente debe contener preceptivamente un resumen de sus actividades anuales. No obstante, es el Reglamento de organización y funcionamiento del CES andaluz en su art. 19 i) el que reconoce entre las funciones del Pleno del Consejo “aprobar anualmente un informe sobre la situación general socioeconómica de la Comunidad Autónoma” que deberá ser remitido al Consejo de Gobierno y al Parlamento de Andalucía. En cumplimiento de este precepto el CES de Andalucía ha elaborado tales informes y como aparece en la presentación del Informe del ejercicio de 2009 tienen como objetivo realizar una valoración de las “variables socioeconómicas” en Andalucía en los distintos años sin pretender “profundizar en las causas o factores” que contribuyeron a la situación socioeconómica anual que se analiza. Atendiendo de forma general al contenido de este último informe, a nuestro parecer, el CES de Andalucía realiza una valoración de la situación socioeconómica de nuestra CC. AA. aunque no realiza recomendaciones para paliar o mejorar los posibles efectos que las variables socioeconómicas analizadas producen en los sujetos que representan los componentes del CES de Andalucía.

3— La organización del CES de Andalucía. Los órganos del Consejo Andaluz están regulados en los artículos 11 de la ley y 17 del Reglamento distinguiendo entre órganos y unipersonales. Los órganos colegiados son: Pleno (art. 12); Comisión Permanente (art. 13); y la posibilidad de crear Comisiones de Trabajo que requiere la decisión del Pleno del CES andaluz pudiendo tener carácter permanente o temporal (art. 12 f) de la ley y art. 24 del Reglamento). En relación con los órganos unipersonales encontramos: el Presidente (art. 14), el Secretario General (art. 16) y los Vicepresidentes (art. 15). Según lo expuesto y en líneas generales podemos admitir la coincidencia organizativa con el CES estatal, incluso, en la intervención de la Junta de Andalucía en el nombramiento tanto del Presidente del Consejo, de los Expertos y del Secretario General en el CES andaluz. Por ello, reiteramos nuestra crítica respecto al carácter independiente de todos miembros del Consejo ya que políticamente los designados pueden resultar más cercanos al partido político que esté gobernando en el momento de los respectivos nombramientos.

La válida adopción de los acuerdos en el seno del Pleno requiere el voto favorable de la mayoría de los asistentes pudiendo existir votos particulares (art. 17.3) sobre el texto que va a ser dictaminado. Además, el Presidente tiene asignado voto de calidad para solucionar posibles empates (art. 14 e).

Tras el análisis general realizado de la norma legal reguladora del CES de Andalucía, podemos decir a grandes rasgos, que coincide casi en su totalidad con la regulación legal del CES estatal aunque también existen algunas divergencias quizás de escasa relevancia que exponemos a continuación.

En primer lugar, y aunque no resulte excesivamente relevante sobre el papel que asumen tales órganos, debemos hacer referencia a la extensión de la regulación; si bien por un lado, la ley que regula el Consejo estatal consta de 9 artículos, una Disposición Transitoria y tres Disposiciones Finales; por otro lado, la norma andaluza incluye 25 artículos, una Disposición Adicional, dos Disposiciones Transitorias, una Derogatoria y tres Disposiciones Finales¹⁵. Esta diferencia nos lleva a afirmar que, en principio, la dedicación legal del Consejo Andaluz puede ser más completa aunque principalmente nos lleva a admitir que la regulación legal de este último está mejor estructurada presentando un orden lógico en la exposición del articulado.

En segundo lugar, el número de integrantes de los Consejos es también diferente, así el CES de Andalucía está integrado por un Presidente y 36 miembros (art. 8 de la ley) frente a un número considerablemente más elevado en el CES estatal (61). La justificación en este aspecto es bastante lógica y está relacionada en todo caso con el ámbito de actuación de cada uno de ellos, resultando la extensión territorial de las CC. AA. más reducida, además del claro vínculo con la siguiente diferencia.

En tercer lugar, y a pesar de que los componentes del Consejo también se dividen en tres grandes grupos, la diferencia la encontramos en los sujetos que integran el tercer grupo, en el que están representados los siguientes grupos sociales (art. 8): consumidores y usuarios (2); Economía social (2); 1 de las Corporaciones Locales; y la Universidades (1). Esta diferente composición encuentra justificación en la importancia tanto cuantitativa como cualitativa de los distintos sectores económicos y sociales en nuestra CC. AA., no resultando ser totalmente coincidente con la importancia de otros sectores en la totalidad del país. La composición real del Consejo es, además del Presidente, la siguiente: en el grupo 1 están representadas las organizaciones sindicales más representativas en la CC. AA. de Andalucía, asignando 6 puestos a CCOO de Andalucía y otros 6 a UGT Andalucía. En el grupo 2, están representadas las organizaciones empresariales más representativas en la CC. AA., por tanto, los 12 representantes han sido designados por la Confederación de Empresarios de Andalucía (CEA). Por último, en el grupo 3 están representados otros sectores sociales y económicos y los puestos han sido repartidos de la siguiente forma: 2 miembros designados por las Asociaciones de Consumidores y Usuarios; 2 miembros del sector de Economía Social, de los cuales 1 ha sido

¹⁵ También los Reglamentos de organización y funcionamiento tienen una extensión distinta; el CES Estatal consta de 49 artículos frente a los 57 del Reglamento del CES de Andalucía.

designado por el Consejo Andaluz de Cooperación y otro por la Confederación en representación de las Sociedades Anónimas Laborales; 1 en representación de las Corporaciones Locales; 1 por el Consejo de Universidades y 6 Expertos en materia económica, social y laboral.

En cuarto y último lugar, hemos advertido algunas diferencias en relación con el funcionamiento del Pleno del Consejo establecidas en el art. 17 de la norma reguladora, entre otras, las cuestiones relativas a la periodicidad de las reuniones ordinarias debiendo celebrarse cada 2 meses en el Consejo Andaluz frente al carácter mensual de las reuniones del Pleno en el CES Estatal (art. 6.1.a) de su norma específica).

En general, tales diferencias como ya hemos puesto de manifiesto, carecen de importancia efectiva respecto a la finalidad del Consejo y sobre el papel que está llamado a cumplir.

A modo de conclusión, podemos afirmar la coincidencia casi plena entre los Consejos estatales y andaluz; por ello, el análisis quizás más exhaustivo realizado sobre el CES estatal lo hacemos extensivo al CES de Andalucía incluidas las críticas. De esta forma, el CES andaluz se convierte en una institución de promoción del diálogo social con el objetivo de procurar un acercamiento entre los distintos grupos sociales que están representados y que habitualmente están en situación de enfrentamiento y conflicto. Esta institución pública se ha configurado como un lugar de conocimiento de las diferentes opiniones de los distintos grupos que la integran y, a su vez, de debate de las cuestiones que en materia económica, social y laboral van a afectarles. Admitimos que en la práctica los Consejos propician un acercamiento entre los distintos representantes sociales, e incluso, que las decisiones plasmadas en informes o dictámenes pueden favorecer la futura concertación social entre los antagonistas sociales; sin embargo, reiteramos que los Consejos no son propiamente órganos de concertación social sino de diálogo pues son términos jurídicamente distintos aunque estén conectados.

3. BREVE REFERENCIA AL DIÁLOGO SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

La importancia del diálogo social en la UE se manifiesta en distintos documentos de las instituciones de la UE, tal y como ocurre por ejemplo, en la Comunicación de la Comisión Europea sobre “Colaboración para el cambio en una Europa Ampliada: Potenciar la contribución del diálogo social europeo” con fecha 12/08/2004. En el contenido de este documento se pone de manifiesto la evolución que ha experimentado el diálogo social europeo desde sus inicios en 1985, manifestada en el aumento considerable de las intervenciones de los interlocutores sociales. No obstante, la continua utilización del término diálogo social en el ámbito

de la UE tiene un referente común dirigido a la potenciación de la concertación social en la cumbre¹⁶. Por ello, la Comisión asume el refuerzo de mejora del diálogo social adoptando medidas concretas e incentivadoras de la concertación social. El diálogo social europeo es considerado en el seno de la UE como un elemento único del modelo social europeo e integrado por debates, consultas, negociaciones y actuaciones comunes de las organizaciones representativas de los interlocutores sociales (empleadores y trabajadores)¹⁷.

No obstante como ya hemos expuesto, a nuestro parecer diálogo social y concertación social no son términos con igual significado aunque la concertación social requiere previo contacto entre los interlocutores sociales y de la previa existencia de diálogo entre ellos. De esta forma, el diálogo social europeo que abordamos tiene la finalidad principal de encontrar el consenso entre los distintos representantes económicos y sociales en el ámbito de la UE, constituyéndose con este objetivo un Consejo Económico y Social Europeo (CESE). Este órgano aparece en el Tratado de la CEE dedicándole únicamente 5 artículos (concretamente del arts. 257 a 262). Aunque en el ejercicio de sus funciones el CESE elabora un reglamento interno de funcionamiento que ha sido sucesivamente modificado, entrando en vigor la última versión el 24 de octubre de 2006.

El CES europeo aparece configurado en el Preámbulo del Reglamento interno (RCESE) como un órgano de carácter consultivo e integrado por representantes económicos y sociales de la sociedad europea, es un órgano de diálogo entre los consejeros que lo integran, un lugar de debate de la sociedad civil organizada y un interlocutor privilegiado entre la sociedad civil y las instituciones de la Unión. De la misma forma, aparece como un órgano políticamente independiente aunque sus componentes son designados por los EM.

Está compuesto por un número máximo de 350 miembros repartidos entre los países de la UE en función de la población de cada uno de ellos (art. 258)¹⁸; actualmente está integrado por 344 miembros distribuidos al igual que el CES estatal en tres grupos. El grupo 1 lo conforman representantes de los empresarios y cuenta con miembros de los sectores privado y público de la industria, las PYMES, las cámaras de comercio, el comercio al por mayor y al por menor, la banca y los seguros, el transporte y la agricultura. En el grupo 2 están representados los trabajadores a través de las organizaciones sindicales. Y el grupo 3 incluye com-

¹⁶ A. Ojeda Avilés: *Derecho Sindical...*, cit., pág. 249; el autor analiza el diálogo social europeo relacionándolo con la concertación europea.

¹⁷ Tal y como aparece en la Web de la Unión Europea.

¹⁸ Bélgica: 12; República Checa: 12; Dinamarca: 9; Alemania: 24; Estonia 7; Grecia: 12; España 21. Francia: 24; Irlanda: 9; Italia: 24; Chipre 6; Letonia 7; Lituania 9; Luxemburgo: 6; Hungría 12; Malta 5; Países Bajos: 12; Austria: 12; Polonia 21; Portugal: 12; Eslovenia 7; Eslovaquia: 9; Finlandia: 9; Suecia: 12; Reino Unido: 24.

ponentes de carácter económico y social de la sociedad civil organizada (art. 27.1 RCESE)¹⁹.

El elevado número de componentes debido a la necesaria integración de representantes de todos los Estados Miembros permite que en cada uno de los tres grupos que integran el CESE se incluyan a los distintos sectores relevantes en cada país miembro, exigiendo a su vez cierta complejidad orgánica y de funcionamiento, que completa en el Reglamento interno. La estructura de la institución incluye, entre otros, los siguientes órganos: Asamblea (arts 44 y ss. RCESE); La Mesa (arts. 3 y ss. RCESE); La Presidencia (el Presidente y 2 Vicepresidentes) (arts. 11 y ss. RCESE); 6 Secciones Especializadas (arts 14 y ss.)²⁰; Subcomités (temporales) (art. 19 RCESE); Observatorios, audiencias y expertos (art. 21 RCESE); Comisiones Consultivas (art. 24 RCESE) y Comités Consultivos Mixtos (art. 26 RCESE).

Las funciones de este órgano se centran en la emisión de informes tras las consultas preceptivas o facultativas de distintas instituciones de la UE (arts. 262 TCEE). De forma resumida, la actividad del CESE se centra en: a), labor de asesoramiento al Consejo, Comisión y Parlamento pudiendo ser realizada previa solicitud de tales órganos o de motu propio (art. 29.1 RCESE); b), labor de incentivación a la participación dirigida a los ciudadanos de la UE en la elaboración de las políticas de la UE; y c), labor de relación con países no pertenecientes a la UE fomentando la creación de órganos consultivos. En la práctica, las opiniones vertidas por el CESE en forma de dictámenes o informes parecen ser “muy apreciadas” por las instituciones encargadas de la elaboración de las normas en la UE²¹.

¹⁹ De forma específica, están representados los siguientes grupos: productores, agricultores, transportistas, trabajadores, comerciantes y artesanos, así como de las profesiones liberales, de los consumidores y del interés general (art. 257 TCEE).

²⁰ Las Secciones Especializadas son: Agricultura, Desarrollo Rural y Medio Ambiente; Unión económica y monetaria, cohesión económica y social; Empleo, asuntos sociales y ciudadanía; Relaciones Exteriores; Mercado único, producción y consumo; y Transportes, energía, infraestructuras, sociedad de la información.

²¹ A. Ojeda Avilés: *Derecho Sindical...*, cit. pág. 246, el autor cita a su vez: a Molina del Pozo: *El sistema institucional de la CEE*. Madrid. 1986, pág. 212.

PARTE III

La Intervención Pública en materias concretas laborales y de Seguridad Social

EL ORDEN PÚBLICO LABORAL

Santiago González Ortega
Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

ÍNDICE

1. EL ORDEN PÚBLICO LABORAL COMO NORMA DE DERECHO NECESARIO ABSOLUTO EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA LABORAL
2. EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN GENERAL
3. ACERCAMIENTO AL CONCEPTO Y CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO LABORAL COMO CONCEPTO AUTÓNOMO CON FUNCIONALIDAD PROPIA.

1. EL ORDEN PÚBLICO LABORAL COMO NORMA DE DERECHO NECESARIO ABSOLUTO EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA LABORAL

Tanto en la jurisprudencia constitucional como en la ordinaria de la Sala IV del Tribunal Supremo (TS) es posible encontrar referencias al orden público laboral. Si bien, hay que anticiparlo, el recurso a dicho concepto no va acompañado de una definición clara y detallada de su fundamento o de su contenido, presumiéndose normalmente un significado que no se explicita y atribuyéndole una función que tampoco se explica excesivamente. De forma que la mención del orden público laboral en estos pronunciamientos judiciales se hace dando por sentado su significado y subrayando sólo su función de límite a la autonomía convencional y también, aunque menos frecuentemente, a la contractual o privada. Dicho sintéticamente, a juicio tanto del Tribunal Constitucional (TCo) como del TS, la negociación colectiva (y el contrato individual) no puede intervenir en las materias que pertenecen a ese inconcreto orden público laboral; o, si excepcionalmente lo hace, sólo será legítimo bajo condiciones muy restrictivas. No obstante lo lacónico de estos pronunciamientos, es posible intuir algunos rasgos de lo que, tanto el TCo como el TS, entienden que es el orden público laboral y qué función tiene atribuida.

En lo que se refiere al TCo, media docena de Sentencias han hecho uso de ese concepto, si bien todas ellas referidas a dos cuestiones. De una parte, si el derecho a la indemnización por despido del trabajador (en este caso, por razones derivadas de la reorganización de la empresa), o su cuantía legal, pueden quedar afectados por lo establecido en un acuerdo colectivo suscrito entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Más concretamente, se trataba de trabajadores de la empresa Etnacar, despedidos en el marco de un despido colectivo, en relación con los cuales el acuerdo colectivo estableció que, si retornaban a la empresa de la que había sido transferidos a Etnacar (en el supuesto, Renfe), deberían devolver a Etnacar, según los casos, todo o parte de la indemnización (afectando, en esta segunda hipótesis, al mínimo fijado en la ley). Esta problemática se aborda en las Sentencias 99/2001 y 100/2001, ambas de 23 de abril, 117/2001, de 21 de mayo, 99/2001 y 137/2001, de 18 de junio. De otra parte, si la negociación colectiva puede establecer la llamada jubilación forzosa por edad, en la medida en que puede afectar a derechos fundamentales como el de igualdad y de no discriminación por razón de edad o a derechos constitucionales como el derecho al trabajo previsto en el art. 35 de la Constitución (CE). Son las Sentencias 22/1981, de 8 de julio y 95/1985, de 29 de julio.

En las anteriores resoluciones puede apreciarse que el recurso a la cláusula de orden público laboral se realiza en todos los casos en supuestos de confrontación entre la negociación colectiva y derechos constitucionales, como sucede con los vinculados con la jubilación forzosa (igualdad de trato, no discriminación y de-

recho al trabajo, arts. 14 y 35 CE), pero también legales, como es el caso del derecho a la indemnización por despido o de la prohibición de renuncia de derechos (reconocidos, respectivamente, en los arts. 51 a 56 y 3.5 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, ET). Como se ha dicho ya, pues, el orden público laboral aparece como un límite a la autonomía colectiva y al derecho, también constitucional, a negociar, reconocido a los representantes de trabajadores y empresarios (art. 37 CE). Una connotación, la de su función limitadora, que suele acompañar a todas las nociones de orden público, incluido el laboral.

El discurso sobre el orden público laboral como límite a la negociación colectiva puede encontrarse también, además de en las Sentencias del TCo, en los alegatos de las partes y en las Sentencias de Tribunales inferiores que aceptaron su reclamación y frente a las que se interpone el correspondiente recurso de amparo. Así, es el Ministerio Fiscal el que, según recoge la STCo 95/1985, considera que es el orden público laboral el que impone a la negociación colectiva límites, relacionados con los derechos constitucionales mencionados, que impiden que se establezca la jubilación forzosa; si bien, en la STCo 22/1981, el TCo ya había sostenido, como una declaración de carácter general, que la autonomía colectiva y la negociación, instrumentos de regulación de las relaciones de trabajo, se reconocen en la CE como piezas clave del modelo laboral, lo que significa, aceptar “un campo de actuación legítima dentro de los límites derivados del orden público laboral”; cuya definición es, según el TCo, la de “conjunto normativo estatal que con el carácter de lo necesario se impone a las partes negociadoras”. Una afirmación particularmente significativa en un modelo laboral en el que se atribuyen importantes funciones reguladoras a la negociación colectiva, incluso amparadas por una especie de espacio vital constitucionalmente establecido, más allá de la función de desarrollo o ejecución habilitada por la ley. Un modelo, pues, en el que la negociación colectiva y sus productos son las herramientas centrales de disciplina de las relaciones laborales; permitiéndoles, con bastante frecuencia, que dispongan del propio dictado de la ley (cuando se trata de normas legales dispositivas) o que, respetándolas como un mínimo, procedan a mejorarlas (normas mínimas o supuestos, muy abundantes, de derogabilidad *in melius*). El límite que el orden público laboral impone a la negociación es, por tanto, excepcional y significativo; lo que hace más importante identificar su contenido de forma precisa.

En cuanto al asunto relacionado con la indemnización por despido y su devolución o reintegro, tanto los demandantes como alguna de las sentencias recurridas ante el TCo sostienen que el orden público laboral, en su vertiente individual, se materializa en el derecho al trabajo o derecho a acceder a un puesto de trabajo si se cumplen los requisitos de capacitación, sin condicionar tal derecho al reintegro de una indemnización (STCo 117/2001); o que la indemnización legal mínima establecida en la ley es una cuestión de orden público laboral que no puede quedar afectada por una cláusula de un acuerdo o convenio colectivo. En relación con este

segundo litigio, la STCo 100/2001 se plantea, además, si la cláusula del convenio colectivo de reintegro de la indemnización es contraria al orden público laboral por cuanto la indemnización es un mínimo legal garantizado, o si, acumulativa o alternativamente, es la parte del orden público laboral que impide la renuncia de derechos, también reconocida en el ET, la que queda vulnerada al imponer la negociación colectiva esa renuncia al trabajador individual.

Por lo que se refiere al TS, son varias las sentencias en las que se hace recurso al orden público laboral en relación con una amplia serie de cuestiones. Así, las Sentencias de 24 de enero de 1992 y 29 de abril de 1993 (TOL 232.352 y TOL234.128), respecto del personal civil no funcionario, sostienen la aplicación preferente del convenio colectivo frente a la norma reglamentaria que regula esta relación laboral, afirmando que la norma paccionada debe prevalecer sobre la estatal, siempre que no viole “normas estatales de derecho necesario, que configuran el orden público laboral”, o, acumuladamente, “ni perjudique los mínimos de derecho necesario”. Por su parte, la STS de 27 de diciembre de 1993 (TOL 233.946), en relación con la jubilación forzosa por convenio colectivo y respecto de la legitimidad de dicha cláusula sin que, junto a ella, se prevea la cobertura de la vacante originada por el jubilado (en cuanto medida de empleo compensadora y justificadora de la limitación personal que supone la jubilación forzosa), afirma que el mantenimiento a ultranza de los puestos de trabajo en términos absolutos “no es configurador del orden público laboral”. Por su parte, la STS de 11 de julio de 2001 (TOL66.152), así como la STS de 10 de abril de 2001 (TOL 32.017), en relación con la retribución del trabajo nocturno y si la regulación establecida en convenio colectivo creando un complemento salarial de programas que integra la retribución especial del trabajo nocturno respeta lo establecido en el art. 36.2 ET, afirma que “se ha respetado el nivel marcado por el convenio para la nocturnidad con lo que se cumple la exigencia del art. 36.2 ET y, en consecuencia, la autonomía privada actúa aquí dentro del margen que le es propio, sin vulnerar el orden público laboral (en cuanto exigencia de una retribución específica del trabajo nocturno en el convenio) ni el principio de norma mínima”, concluyendo que lo establecido en el art. 36.2 ET no es materia de derecho necesario absoluto. Con carácter más general, la STS de 30 de septiembre de 2010 (TOL1.990.404) sostiene que “lo salarial forma parte del derecho necesario relativo por no afectar al orden público laboral”.

Sin citar expresamente el orden público laboral, pero sosteniendo una argumentación donde la referencia al mismo parece implícita, la STS 4 de mayo de 1994 (TOL233.322), respecto de la exclusión, operada por el convenio colectivo, de los contratos de aprendizaje del cómputo de la antigüedad, y remitiéndose a la STS de 9 de marzo de 1992, afirma que, en la difícil relación entre ley y convenio, ha de mantenerse la primacía de la ley en “aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible”, en la medida en que las normas de derecho necesario penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada; lo que no sucede en el caso, al no existir norma alguna que impida la cláusula con-

vencional ya que, en materia de antigüedad, sólo es derecho necesario (era, ya que este extremo del art. 25 ET ha sido derogado) el tope máximo fijado al complemento de antigüedad. En una línea semejante, la STS de 20 de diciembre de 2007 (TOL1.302.943) respecto de un convenio colectivo que modifica el procedimiento de contratación temporal en relación con la norma reglamentaria, afirma que el convenio colectivo está desde luego sometido a la ley debido a su inferior rango jerárquico y al respeto de los derechos fundamentales; esto es, a normas de derecho necesario y a las exigencias de lo que es inderogable, inalterable e indisponible.

Por último, merece la pena mencionar la STS de 4 de diciembre de 2007 (TOL1.292.550), la cual, en un supuesto referido a la devolución total, en caso de despido disciplinario (calificado finalmente de improcedente) de los préstamos recibidos por los empleados bancarios de su entidad financiera empleadora, conforme al tenor de una cláusula de la póliza de seguros (el convenio colectivo no preveía nada al respecto), considera abusiva dicha cláusula, por constituir una exigencia propiciada por el desequilibrio contractual de las partes, de forma que es contraria al orden público laboral y atentatoria del principio de libertad de trabajo. Sin duda que, el que la facultad de anticipar el vencimiento de la póliza de préstamo quede al criterio de una de las partes, pudiendo provocarlo con sólo despedir, incluso si improcedentemente, al trabajador, ha condicionado la decisión del TS ya que, finalmente, se atenta a la regla civil básica de que el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes (art. 1256 Código Civil).

De las resoluciones anteriores puede extraerse algunas primeras conclusiones en relación con el concepto, contenido y función del llamado orden público laboral. En primer lugar que la alegación del orden público laboral se realiza normalmente en el contexto de la confrontación entre la norma legal y el convenio colectivo, en el sentido de que la negociación colectiva tiene como límite el orden público laboral, cuyo contenido no puede ser modificado, alterado o ignorado por ésta; no obstante lo anterior, el orden público laboral también juega limitativamente en la relación entre ley y contrato de trabajo o acuerdo individual. De forma que puede decirse que el orden público laboral es un límite a la autonomía contractual, ya se manifieste ésta mediante la negociación colectiva, ya mediante acuerdos o cláusulas individuales. En segundo lugar, el orden público laboral está integrado por el respeto de los derechos fundamentales y de las libertades constitucionales, aunque también por reglas contenidas en normas legales (prohibición de renuncia de derechos, derecho a una indemnización mínima o derecho a una retribución específica por el trabajo nocturno). En tercer lugar y muy significativamente, el orden público laboral se hace equivaler a las normas de derecho necesario absoluto, es decir, las que contienen exigencias o derechos inderogables, inalterables o indisponibles; frecuentemente vinculadas a derechos fundamentales o a normas legales, pero también, aunque no tan claramente, a principios básicos del ordenamiento laboral que pueden no estar recogidos expresamente en la ley (prohibición de abuso, respeto del equilibrio contractual).

En cuarto lugar que, con un fuerte parentesco con el orden público laboral, pueden identificarse normas que establecen mínimos de derecho necesario pero relativo, es decir mejorables por la autonomía contractual (derogación in melius); lo que conduce a identificar el respeto de ese derecho necesario relativo con el funcionamiento del principio de norma mínima. Y, aunque podría sostenerse que el derecho necesario relativo es también orden público laboral en cuanto al mínimo¹, esta afirmación llevaría a extender de forma demasiado amplia el campo del orden público laboral, constituido entonces por todas las normas imperativas laborales, al margen de su naturaleza absoluta o relativa. Por este motivo, el concepto de orden público laboral suele identificarse más bien sólo con lo que se llaman normas de derecho necesario absoluto. Así se aprecia, claramente, en las ya citadas STS de 24 de enero de 1992 y 29 de abril de 1993 (TOL 232.352 y TOL234.128), cuando afirman, distinguiendo, que la norma colectiva prevalece sobre la estatal, siempre que no viole “normas estatales de derecho necesario, que configuran el orden público laboral” (es decir, normas de derecho necesario absoluto), frente a la prohibición de que “perjudique los mínimos de derecho necesario” (esto es, normas de derecho necesario relativo); o, incluso en el tenor del art. 3.3 ET, que se refiere a los “mínimos de derecho necesario”(relativos), obviando toda referencia a los mínimos absolutos. O, directamente, la STS de 30 de septiembre de 2010 (TOL1.990.404) cuando afirma que lo salarial forma parte del derecho necesario relativo por no afectar al orden público laboral; que debe considerarse, siguiendo esta misma línea de argumentación, derecho necesario absoluto.

En una línea semejante se mueve la mayoría de la doctrina, la cual ha abordado directamente el concepto de norma de derecho necesario absoluto sin necesidad, por cierto, de vincularlo expresamente con el de orden público laboral. Se afirma, en este sentido, que las normas de derecho necesario absoluto prohíben la intervención de la negociación colectiva ya que se trata de normas inderogables e inmodificables debido a que implican bienes o valores constitucionalmente relevantes y prevalentes frente al convenio colectivo; o que implican intereses públicos o de terceros que trascienden los intereses representados por las partes negociadoras y que éstas no pueden pretender alterar².

Como puede apreciarse, cuando se aborda el tema del derecho necesario absoluto no suele hablarse de principios (el terreno más propio, como se verá, del orden público laboral) sino de normas o preceptos concretos. Por este motivo, cuando se trata la cuestión del derecho necesario absoluto, el interrogante central

¹ En este sentido se mueve la obra de N. Meyer. *L'Ordre public en Droit du Travail* (Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé), LGDJ, París, 2006, pp. 89/94, siguiendo una orientación clásica de la doctrina francesa.

² I. García-Perrote Escartín. *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. Ministerio de Trabajo. 1987, especialmente las págs. 253/322).

es la identificación de las normas que tienen esa naturaleza. Por eso se sostiene³ que no cabe una catalogación apriorística de cuáles son las normas de derecho necesario absoluto ya que, mientras algunas lo expresan abiertamente, de otras es necesario deducirlo analizando cada institución legal y cada precepto. El de derecho necesario absoluto es, así pues, un concepto jurídico indeterminado que hay que precisar en cada caso, en función de las finalidades y de los intereses implicados en cada regulación. Concluyéndose con la oferta de una relación de normas dotadas de esa naturaleza, como: a) normas que regulan materias que implican a terceros y desbordan el ámbito del Derecho del Trabajo y cuya ejecución no corresponde a los protagonistas de la negociación (ámbito de aplicación de las normas laborales, normas procesales, normas administrativas respecto de instituciones laborales, privilegios del salario, capacidad de las partes, cargas impositivas y de seguridad social de empresario y trabajador); b) normas que regulan estructuras institucionales del Derecho del Trabajo (el contrato, la eficacia general del convenio y la legitimación para negociarlo, la calificación de relaciones laborales de carácter especial); c) normas que están integradas en la imprecisa reserva de ley laboral; y, d) normas que regulan aspectos esenciales de la protección laboral (trabajo de menores, responsabilidad empresarial en materia de contrataciones, cesión de trabajadores y, sin duda, causas de extinción del contrato de trabajo). Un catálogo normativo que ha sido recientemente actualizado en sede doctrinal⁴.

2. EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN GENERAL

Según se desprende de la anterior exposición, en el ámbito del Derecho del Trabajo es habitual identificar el orden público laboral con las normas de derecho necesario absoluto; de manera que, en realidad, el concepto de orden público laboral, careciendo de un contenido autónomo, sólo sirve, de forma limitada, como instrumento interpretativo (por demás, algo inconcreto) para establecer si un determinado precepto legal forma parte o no del derecho necesario absoluto. Y, a veces, ni siquiera para eso, ya que el carácter de derecho necesario absoluto de una norma se hace derivar del propio tenor del artículo, con frecuencia lo suficientemente tajante como para deducir que su mandato queda, por propia decisión del legislador, excluido de disposición por obra de la autonomía privada, sea colectiva o individual. El concepto, pues, de orden público laboral sirve entonces como cobertura explicativa del mandato legal, como una justificación a posteriori de su naturaleza absolutamente imperativa, basándola en la tutela de valores o intereses

³ García-Perrote, cit., págs. 263 ss.

⁴ A. Bejarano Hernández. Convenio Colectivo versus Ley. La Ley, 2008, pp. 93/377.

generales; como los que por sí mismos expresan los derechos fundamentales cuyo respeto se hace habitualmente parte integrante, y a veces exclusiva, del orden público laboral.

Sin embargo, al menos en otros ámbitos jurídicos, el orden público es un concepto independiente cuyo contenido, de la misma forma que el derecho necesario absoluto en el terreno laboral, se alza, cuando se trata del ámbito del derecho privado, como un límite a la autonomía de la voluntad contractual, normalmente de tipo individual. La cuestión es, pues, establecer si, en Derecho del Trabajo, es posible hablar, como conceptos separados y con contenidos diferenciados, de derecho necesario absoluto y de orden público laboral. Así, se ha aceptado⁵ una diferencia entre derecho necesario absoluto y orden público laboral, en el sentido de que la imperatividad absoluta de la norma laboral no necesariamente afecta siempre a materias de orden público, si bien ambos conceptos se suelen utilizar como si fueran sinónimos. Concluyendo que, en todo caso, el que una norma sea o no de orden público (lo que sucederá normalmente con muchas de las normas de derecho necesario absoluto en la medida en que quede afectado un interés general) es una cuestión secundaria ya que lo importante es que la imperatividad de la norma se deduzca claramente de su tenor, de su contenido o de su fundamento. Una conclusión que está claramente determinada por el hecho de que no se atribuye al orden público laboral otro papel que inspirar, y no siempre, a las concretas normas de derecho necesario absoluto; es decir, al entender que el derecho necesario absoluto siempre se materializa en normas concretas.

Pero, una interpretación de este tipo es, como se verá ahora, limitativa del propio concepto y de la función del orden público laboral como cláusula general. Lo que se intentará establecer a continuación tras exponer sintéticamente el alcance del concepto de orden público, tanto en general como en relación con determinados sectores del ordenamiento jurídico. Y ello, no obstante sea ya tradicional la afirmación de la dificultad de definir el concepto de orden público de una forma general, válida para todos los sectores del ordenamiento; hasta el extremo de que, ante esa dificultad, se ha sostenido la conveniencia de recurrir a conceptos diferenciados o específicos de orden público.

Pese a ello, puede intentarse una definición general del concepto de orden público que comprendería las siguientes ideas: a) en cuanto orden, el orden público es el estado ideal de las cosas para lograr y mantener el equilibrio, la concordia y la cohesión social, y con la necesaria trascendencia general que reclama su naturaleza de público⁶; b) en un orden jurídico dado, la función del orden público es la

⁵ Bejarano Hernández, cit. pp. 43/52.

⁶ J.C. De Bartolomé Cenzano. El orden público como límite al ejercicio de derechos y libertades. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 85 ss.

de garantizar que todas las exigencias de orden (material o jurídico) que, en el seno de ese sistema jurídico aparecen como esenciales a los ojos de las autoridades competentes, serán siempre satisfechas⁷; c) está compuesto por los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que constituyen elementos esenciales del orden social, ideas inspiradoras de la organización jurídica de la comunidad, principios informadores de la institución de que se trate cuya lesión afecta a la esencia misma de dicha institución⁸, o que, como señala la STS (Sala de lo Civil) de 5 de abril de 1966, son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada; d) está integrado por principios jurídicos, público-privados, con entidad propia respecto de las disposiciones legales, que se refieren a la organización de la comunidad, recogiendo los principios rectores y aquellos que integran el llamado orden constitucional⁹; e) es el conjunto de principios o directivas que constituyen el fundamento jurídico de la organización social y que incorporan los valores que informan a las instituciones (STS (Sala de lo Civil) de 21 de febrero de 2006 (RJ 2006/827)); f) en cuanto incorpora la idea de orden, significa la arquitectura jurídica básica de la sociedad, los elementos centrales del sistema, con un efecto general sobre los intereses en juego y sobre el funcionamiento mismo del sistema, haciendo que éste sea eficiente y útil¹⁰; y, en fin, g) es el conjunto de reglas que la conciencia colectiva juzga indispensables para el buen funcionamiento de la sociedad y que constituyen una especie de contrato social tácito que tiene como finalidad el mantenimiento de la paz social mediante el respeto a unos valores comúnmente aceptados¹¹;

De los anteriores intentos de definición del orden público, pueden derivarse una serie de elementos o rasgos característicos del orden público general. En primer lugar, que se trata de una noción clave, jurídicamente omnipresente, si bien difícil de definir, de naturaleza evanescente, expresión típica de la categoría de los conceptos jurídicos

⁷ E. Picard. "Introduction générale: la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique", en el volumen, AAVV. *L'ordre public: ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*. Némesis, Bruselas, 2001, pp. 56/61.

⁸ J.L. Argudo Pérez. "Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Concepto de orden público: doctrina y jurisprudencia", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 76/2008, p. 44. Es, "un complejo de principios y valores que informan la organización política y económica de la sociedad" (M.M. Sánchez Álvarez. "Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima (STS de 30 de mayo de 2007, RJ 2007/3608)". *Revista de Derecho de Sociedades*, 30/2008, pp. 516. STS (Civil) de 11 de febrero de 2002 (RJ 2002/3107).

⁹ I. Tena Piazuelo. "Nulidad de acuerdos por oposición al orden público societario", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 79/2009, p. 59.

¹⁰ J. Carrascosa González. "Orden público internacional y externalidades negativas". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* 2065/2008, pp. 2359 ss.

¹¹ G. Lebreton. *Ordre public et dignité de la personne humaine: un problème de frontière*, en AAVV. *L'ordre public: ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*. Némesis, Bruselas, 2001, pp. 353/362.

indeterminados, cuyo contenido, además, en cuanto vinculado a la organización y a la estabilidad social, es esencialmente dinámico y mutable, sometido, por tanto a la propia evolución social¹². En segundo lugar, el orden público está integrado por principios considerados esenciales para el funcionamiento y la estabilidad social e incorpora valores que comparten con esos principios esa esencialidad; en consecuencia, no es posible asimilar el orden público exclusivamente a determinadas normas jurídicas, en la medida en que, frecuentemente, tales principios no adoptan la forma escrita¹³ y deben deducirse a partir de una operación interpretativa que los identifique al margen de su normatividad concreta, entendiéndola ésta como su incorporación a un precepto obligatorio. En tercer lugar, por tanto, el orden público, como institución jurídica, tiene una relación compleja con la norma escrita; de tal forma que se trata de principios frecuentemente no escritos, pero que también pueden estar recogidos en normas, en la medida en que el legislador normativiza los principios o valores incorporándolos a normas concretas y dotándoles de precisión, jerarquía y eficacia directa, lo que puede suceder más frecuentemente en determinados sectores del ordenamiento (derecho público) que en otros (derecho privado). En cuarto lugar, y en consecuencia, el orden público no puede identificarse sólo con los derechos fundamentales y las libertades públicas (aunque, como es obvio, éstos incorporen muchos de los valores que, al considerarse centrales, acaban integrando el contenido del orden público¹⁴), ni con el llamado orden constitucional¹⁵, ni con sólo normas jurídicas concretas¹⁶, aunque sean de tipo imperativo¹⁷. Como se ha dicho, aunque frecuentemente los principios que integran el orden público laboral deban deducirse de las leyes, es necesario diferenciar entre éstas y aquél ya que, si se centra la atención en su papel limitador de la autonomía de la voluntad, en el caso de las leyes esa limitación es expresa, mientras que en los principios, siendo contenido de ellos, debe considerarse implícita en el texto legal¹⁸.

¹² Meyer, cit. pp. 5/6, Picard, op.cit. pp. 23/33, De Bartolomé, pp. 35 ss. y 83, Sánchez Álvarez., cit. pp. 519/522, afirmando que el concepto de orden público es una creación de juristas y de la jurisprudencia. STS (Civil) de 18 de mayo de 2000 (RJ 2000/3934), STS (Civil) de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006/7477).

¹³ Picard. cit. p. 33.

¹⁴ De modo que, como se ha dicho, A. Elvira Perales. Libertad de circulación comunitaria y orden público en España. Cuadernos de Derecho Público, 30/2007, pp. 35 ss., el respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas establecidas en la Constitución es un componente esencial del orden público.

¹⁵ Sánchez Álvarez, cit. p. 520.

¹⁶ STS (Civil), de 11 de febrero de 2002 (RJ 2002/3107), para la que el orden público, en la medida en que está integrado por principios, va más allá de las leyes concretas.; por lo que (STS (Civil) de 6 de julio de 2006 (RJ 2006/4715) no pueden identificarse con la norma imperativa

¹⁷ (STS (Civil) de 6 de julio de 2006 (RJ 2006/4715).

¹⁸ Sánchez Álvarez, cit. p. 524.

Concluyendo. Con carácter general, puede sostenerse que el orden público, integrado por valores esenciales e irrenunciables, que expresan la tutela de los intereses generales necesarios para la conservación social, con un contenido indeterminado y variable, se materializan mediante directrices y principios, no necesariamente normativizados¹⁹, aunque deducibles del conjunto del sistema jurídico, sobre todo de las normas que ocupan una posición preeminente, fundamentalmente y por este orden, la Constitución y las leyes ordinarias que proporcionan los elementos básicos de la arquitectura jurídica de la comunidad. Una definición que es una síntesis de las dos visiones del orden público: la metajurídica, para la cual el orden público es el conjunto de reglas no escritas cuya observancia, de acuerdo con las concepciones ético-morales del momento, se consideran condición básica o primera para la convivencia próspera y ordenada; y la positiva, según la cual el orden público es el conjunto de principios éticos y políticos y de las normas que rigen la organización fundamental y la regulación de un Estado y cuya violación supone un peligro para la estabilidad y la existencia misma de éste²⁰.

Este concepto general de orden público ha encontrado materialización en distintos sectores del ordenamiento hasta configurar conceptos de orden público diferenciados, aunque sobre la base de los rasgos comunes que se han descrito antes. Así, por ejemplo, y manteniéndonos en el ámbito del derecho privado, se entiende que el orden público societario queda afectado cuando se adoptan acuerdos en el seno de las sociedades privadas que tienen como finalidad privar a los accionistas ausentes, a los minoritarios o a los terceros, del acceso a la tutela judicial efectiva; por ello, la STS (Civil) de 4 de marzo de 2002 (RJ 2002/2421) considera que vulneran el orden público societario los acuerdos que afecten a la esencia de dicho derecho societario y a las normas relativas a derechos fundamentales. En el mismo sentido se pronuncia al STS (Civil) de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006/7477), al considerar que lesionan el orden público los acuerdos que afecten a los principios básicos del sistema societario. También se llega a la conclusión de que se lesiona el orden público en este mismo ámbito si se priva al socio, por acuerdo mayoritario, de los derechos económicos de los que es titular (en el caso, un acuerdo de donación o enajenación gratuita de activos que excluía el derecho del socio a participar del patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad). Para la STS (Civil) de 29 de noviembre de 2009, dicha privación es una vulneración patente del orden público, constituido por los principios configuradores del ente societario, determinados no sólo por la proyección de los derechos fundamentales sino por los derechos que constituyen la esencia del sistema societario o principios esenciales de la sociedad²¹. Igualmente se considera que el orden público, como conjunto de

¹⁹ Carrascosa González, cit. pp. 2359/2366.

²⁰ De Bartolomé, cit. pp. 130/131.

²¹ Un comentario a esta Sentencia, en Tena Piazuelo, cit. pp. 41/77.

valores y principios, puede determinar, por ejemplo, la anulación de los contratos con fin ilícito, de los suscritos para cometer ilícitos o delitos, de los que son perjudiciales para la administración de justicia o para la familia, para la moral sexual, entre otros valores. Y si la Constitución es una referencia básica, no obstante, existe un orden público económico (entendido como las directrices básicas sobre las que se asienta el modelo económico y la estructura de la sociedad), que teniendo como referente la denominada constitución económica²², es más amplio que ésta.

En otro plano, se diferencia entre orden público interno y orden público internacional y/o comunitario; definido éste último, por la Declaración del Consejo y de la Comisión acerca de la Directiva 96/71, como que abarca las disposiciones obligatorias a las que no puede hacerse excepción y que, por su naturaleza y objetivo, responden a exigencias imperativas del interés público. Así se suscita en qué medida las normas nacionales referidas al matrimonio (poligamia) o a la exclusión de la sucesión hereditaria de los hijos ilegítimos, pueden ser de aplicación en España, merced al art. 9.1 del Código Civil, según el cual “La Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”; entendiéndose que su aplicación, aun amparada por el Código Civil, vulnera el orden público y las previsiones constitucionales internas. Como así lo prevé expresamente el art. 12.3 del Código Civil cuando establece que “En ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. En estos casos, el orden público internacional funciona como referencia que excluye el normal funcionamiento de la norma de conflicto, descartándose la aplicación de la ley extranjera por ser contraria a los principios fundamentales vigentes en el país; el orden público preserva así la cohesión de la sociedad nacional y defiende los intereses generales²³.

²² Entendida ésta como el conjunto de normas constitucionales que establecen las reglas básicas sobre la actividad económica (libertades en este plano, iniciativa económica privada, derecho de propiedad y sus límites), instrumentos y medidas de actuación pública en este plano. Pero sin que puedan comprenderse en ella las reglas obligatorias básicas concernientes a las relaciones contractuales (Sánchez Álvarez, cit., pp. 525/528).

²³ Carrascosa González, cit. 2353/2358; I. Garrote Fernández-Díez. Sucesiones internacionales y orden público internacional: la sucesión mortis causa en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición islámica. *Revista de Derecho Privado y Constitucional* 23/2009, pp. 149 ss.; A. Fernández Coronado. Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 85/2009, pp. 125/156. En relación con este tema puede citarse, en el orden social, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia, de 2 de abril de 2002 (AS 899/2002), que recurre igualmente a la noción de orden público para establecer las reglas aplicables a la pensión de viudedad en un supuesto de poligamia.

3. ACERCAMIENTO AL CONCEPTO Y CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO LABORAL COMO CONCEPTO AUTÓNOMO CON FUNCIONALIDAD PROPIA

Se ha sostenido antes que, en el ámbito del Derecho del Trabajo, el concepto de orden público laboral no es coextenso con el de norma de derecho necesario absoluto ya que no todas las normas de esta naturaleza adquieren esa condición. No siempre esas normas de derecho necesario absoluto incorporan, ni siquiera implícitamente, los principios y valores que forman parte del orden público laboral. Por tanto, existen normas de derecho necesario absoluto que lo son sólo en la medida en que el legislador así lo ha considerado pertinente, rechazando la intervención derogatoria (ni siquiera en mejor) de la negociación colectiva o del contrato individual. Se trata, por tanto, de un juicio de valor o de oportunidad que el legislador laboral hace sustrayendo esa determinada materia a la intervención de la autonomía privada. Muchos son los ejemplos de estas normas.

Así, el que el art. 8 ET, referido a la forma del contrato, deba considerarse como derecho necesario absoluto no implica que esa exigencia legal, inmodificable por la negociación colectiva, traduzca valores que forman parte del contenido del orden público laboral, sino sólo una opción del legislador por una determinada disciplina de la forma contractual, exigiéndola escrita en una serie de supuestos, seguramente con una finalidad de control de dichos contratos; como el requerir en este mismo artículo del ET que se entregue una copia básica a los representantes no es sino la traducción normativa de una facultad de control sindical del número, tipo y contenido de los contratos, que tampoco necesariamente ha de asociarse al concepto de orden público laboral, salvo que se considere que lo son todas las normas que recogen derechos sindicales, lo que parece excesivo. Lo mismo puede afirmarse de lo relativo a las modalidades contractuales y sus rasgos o contenido (arts. 11 a 15 ET) que, siendo en gran parte derecho necesario absoluto (y, en otra, también derecho necesario relativo), no obstante es difícil de conectar, en su integridad con el orden público laboral. O las normas sobre el pacto de no concurrencia o de permanencia en la empresa (art. 23), o las normas sobre ascensos (art. 24), o las relativas a las gratificaciones extraordinarias (art. 31), o las que tratan de la movilidad funcional (art. 39), o las que abordan la subcontratación de obras o servicios (art. 42), por acabar una relación que arriesga convertirse en interminable²⁴.

Que éstas son normas de derecho necesario pero no integrantes del orden público laboral (o, lo que es lo mismo que decir que no es posible identificar impenetrabilidad absoluta con orden público laboral) es una afirmación que requiere, para ser convincente, explicitar, finalmente, qué debe entenderse por ese inconcreto

²⁴ Un listado amplio y detallado, en Bejarano Hernández, cit. pp. 93/390.

orden público laboral y dotarlo de contenido. Si se consigue, se podrá apreciar que el orden público laboral está presente en algunas, seguramente muchas, normas de derecho necesario absoluto pero que no se identifica en su totalidad con él; y que, incluso en los casos en que, en la trastienda de las normas, pueden encontrarse elementos o rasgos del orden público laboral, no siempre este concepto influye o determina la imperatividad absoluta de la norma en su totalidad, siendo sólo relevante como principio inspirador general, determinante en lo particular de alguna dimensión de su imperatividad y sólo de forma indirecta y marginal de la obligatoriedad inmodificable del resto del precepto.

De los tres criterios de clasificación de las normas de derecho necesario absoluto que se han ofrecido²⁵ (en atención al interés perseguido por la norma; en razón de la formulación técnica que expresa la imperatividad absoluta de la norma; en función del tipo de relación que el precepto de derecho necesario absoluto establece con la norma colectiva), es el primero de ellos el que se conecta con el concepto de orden público laboral. Efectivamente, si un concepto se relaciona con el de orden público es el de interés general, que también puede quedar afectado obviamente en el ámbito laboral, prevaleciendo sobre el interés privado implicado tanto en la negociación colectiva como en el contrato individual. Un interés general que, por su parte y como sucede frecuentemente en el terreno laboral, puede materializarse en una regla o principio de protección de los intereses de una de ellas; de forma que es la protección de una de las partes el valor o principio que, al estar dotado de la carga o componente de interés general, se incorpora al concepto de orden público laboral. O, dicho de otra forma, no siempre el interés general componente del orden público laboral significa interés compartido o común de las partes, sino interés superior a ambas aunque beneficie a una de ellas, a las que se les niega la capacidad de afectar dicho interés mediante el ejercicio de la autonomía colectiva.

Con ello se llega a la pregunta fundamental que está sobrevolando toda la presente reflexión y que no es otra que la de identificar el contenido de lo que se llama el orden público laboral. A sabiendas de que, tratándose de un concepto vago (un auténtico concepto jurídico indeterminado), impreciso y dinámico, el procedimiento para identificar dicho contenido no puede ser sino indirecto. De manera que, partiendo de la idea del interés general (como interés esencial de la sociedad, como valor superior y común, como principio clave de la organización social en relación con el específico ámbito laboral), dicho interés pueda concretarse en específicos valores o principios, la suma de los cuales da entidad y contenido a ese orden público laboral. Una relación de valores o de principios (a veces traducidos en normas y reglas) respecto de los que, de forma individualizada, hay que establecer y demostrar esa conexión con el interés general.

²⁵ Bejarano Hernández, cit. pp. 44/49.

En primer lugar, es indudable que forman parte del orden público laboral, los valores y derechos constitucionales. No sólo por estar incorporados a la norma de máximo rango del sistema normativo, sino también por lo que la norma constitucional significa en cuanto a su papel de diseñar un sistema jurídico y de establecer las bases del mismo. La Constitución cumple aquí el papel mediador entre lo que son los valores o principios pre o extranormativos y la norma jurídica, incorporando los primeros tras la pertinente selección por obra del poder constituyente y traduciéndolos en textos jurídicos a los que esa incorporación presta normatividad. En esa operación selectiva, la norma fundamental elige aquellos criterios, principios, máximas, reglas de comportamiento y de actuación, formas de tratamiento de intereses y de solución de los conflictos sociales que considera esenciales para el tipo de sociedad que diseña; que se caracteriza por esos valores y que se estructura sobre la base de ellos. En cuanto al ámbito laboral, esos valores constitucionales que integran el orden público laboral se materializan en valores como los de libertad, dignidad personal, pluralismo, participación e igualdad; en principios como los de justicia social o material, de autonomía individual y colectiva, en objetivos como los de igualdad material, de protección social y de remoción de los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de la personalidad individual y la participación social.

Todos estos valores y principios, con repercusión fundamental en el ámbito laboral, ya determinan contenidos del orden público laboral, al margen se insiste de su concreta normatividad, operando, en lo que aquí interesa, como frenos, no tanto de la actuación de los poderes públicos, sometidos a ellos por propio imperativo directo constitucional (que, además, deben tener respecto de los mismos una actitud no sólo abstencionista sino promocional), sino también de la actividad privada autónoma (ya se trate de la autonomía individual o colectiva). De tal manera que, en primer lugar, forma parte del orden público laboral, el respeto a la autonomía como trasunto de la libertad, del pluralismo y de la participación; pero no sólo del individuo, sino también de los grupos en los que se inserta, como ampliamente expresa el art. 9.2 de la Constitución, en materialización también de la autonomía colectiva como instrumento de la igualdad social y de la justicia material (una nueva proyección de los valores constitucionales sobre el contenido del orden público laboral).

En segundo lugar, forman parte del orden público laboral los derechos, de naturaleza laboral y de rango fundamental, ya sean individuales o colectivos, específicos de lo laboral o genéricos o comunes a la condición de ciudadano, debido en este caso al mantenimiento indiscutible de esa condición del sujeto que queda personalmente implicado en la prestación de su trabajo asalariado; mucho más cuando todos expresan el valor de la dignidad personal y, los específicamente laborales, los derechos de participación y de intervención social en búsqueda de la igualdad material (otro valor) que la Constitución encomienda, en parte al menos, a la propia acción de los sujetos implicados, si bien articulando esa acción a través de formas de organización libre.

De nuevo, la autonomía colectiva se presenta como un valor constitucional esencial en el diseño del sistema de relaciones laborales y, por ello mismo, integrante del orden público laboral; aunque en ningún momento la Constitución se exprese directamente de esta forma (salvo lo que pueda derivarse de la especial valoración de los sindicatos en el art. 7) y sí mediante el reconocimiento de las manifestaciones o del contenido de dicha autonomía. Que se proyecta tanto en el ámbito subjetivo (libertad de representación y de elección de la forma cómo articular y encauzar la defensa legítima de esos intereses colectivos o grupales; libertad sindical en lo específico), como en el ámbito instrumental o activo (derecho a negociar creando normas que integran el ordenamiento jurídico procedentes de un poder normativo que es paralelo al estatal, cuyo monopolio en la producción de normas jurídicas la norma fundamental rompe; y derecho de acción o de presión colectiva a través de los medios variados que se simbolizan bajo la denominación de derecho de huelga).

En tercer lugar, existen otros valores constitucionales con relevancia para el orden público laboral como es, sin duda alguna, el valor de protección de los individuos y grupos sociales débiles o menos favorecidos. Se trata de un valor general (con conexiones con el omnipresente principio de igualdad, no sólo formal sino también material) pero que en el ámbito laboral (y, en lo que aquí interesa, del orden público laboral) alcanza determinadas peculiaridades. Debido, de una parte, a la propia peculiaridad de la relación jurídica contractual en la que el trabajador se inserta; la cual, respondiendo a exigencias derivadas del sistema de organización económica seleccionado por la norma fundamental, traduce fielmente en el terreno contractual la debilidad esencial de uno de los contratantes. En la medida, pues, en que el contrato de trabajo es un tipo contractual que se basa en y expresa la desigualdad, el principio de protección del contratante débil se constituye en una parte esencial de la totalidad del ordenamiento laboral y, por ello mismo, del orden público laboral; que se manifiesta, además, no sólo de forma activa sino, sobre todo, de manera prohibitiva, limitando un principio básico (valor también en cuanto contenido del orden público laboral) como es la autonomía individual frente a su titular en situación de inferioridad mediante reglas impeditivas de la disposición incondicionada de derechos. Haciendo así que la prohibición de renuncia sea o forme parte también del orden público laboral, como instrumento jurídico de defensa de derechos, no sólo estrictamente laborales, sino también de índole constitucional (dignidad, libertad, intimidad, etc.). Además, y al margen de que la acción colectiva sea igualmente expresión por sí misma del pluralismo y de la participación social (y, por tanto, como se ha dicho, parte del orden público laboral), el fundamento de su existencia es igualmente la debilidad social y jurídica del trabajador individual, que la autonomía colectiva ayuda a reequilibrar. El principio de protección, en su vertiente colectiva, consolida y enraíza aún más la autonomía colectiva en el orden público laboral.

Otros valores y derechos constitucionales con repercusión en el orden público

laboral se encuentran en los artículos 33 y 38 de la Constitución. También aquí el constituyente ha realizado una selección entre alternativas organizativas en el terreno económico y se ha decantado por la que se fundamenta en la propiedad privada (no obstante la matización que le impone su uso o función social), y sus proyecciones inevitables: la economía de mercado, la libertad de empresa, la libre iniciativa económica y la defensa de la productividad y del beneficio empresa. Lo que en el ámbito laboral (constituyendo principios básicos del mismo, o, lo que es igual, contenido del orden público laboral) supone que los poderes empresariales de organización, dirección y disciplina forman parte de ese orden público laboral, así como la libertad de contratación que se vincula inevitablemente a dicho poder organizativo. Aunque estos principios acepten límites (como los expresados en la constitución en aras del interés general que se condensa materialmente en la llamada función social e, instrumentalmente, en la función estatal de limitación; lo que el art. 38 de la Constitución llama exigencias de la economía general y de la planificación) y no queden afectados (por cuanto no vinculados a la dignidad personal al ser principios meramente organizativos y por referirse a un titular que no se encuentra, sino todo lo contrario, en situación de debilidad persona, social y contractual) por la prohibición de renuncia o de modificación, condicionamiento o atenuación por parte del titular. El poder de dirección empresarial, por simbolizar ese principio, no forma parte, como sucede en ordenamientos autoritarios, del orden público laboral; o, mejor dicho, sí que es integrante del mismo pero no su imposibilidad de renuncia o limitación consentida (ya sea a nivel individual o colectivo).

También el art. 35 de la Constitución, por acabar este repertorio de valores, principios o derechos que forman parte del orden público laboral, recoge algunos relevantes. Desde la libertad de elección de la profesión u oficio (traducción en el plano de la actividad profesional de la libertad personal general), al derecho a la promoción (manifestación del principio de participación a nivel individual, como participación en el plano del desempeño profesional como herramienta de mejora de las condiciones personales de vida), a la remuneración suficiente (proyección del principio de tutela del contratante débil, que, en cuanto integrante del grupo social de los asalariados, también comparte con el conjunto de ellos, su debilidad social como colectivo), pasando por el derecho al trabajo. Un derecho que no supone, obviamente, el derecho al (específico: el que se tiene), o a un (genérico: del que se carece) puesto de trabajo, pero que implica, de nuevo, una protección del estatus profesional del trabajador asalariado. En el sentido del principio de conservación del puesto (lógicamente, en la medida en que sea compatible con otros principios de los que se ha hablado y que forman también parte del orden público laboral) que se pone de manifiesto en instituciones variadas del Derecho del Trabajo, fundamentalmente, en la de la suspensión del contrato y de la causalidad, ya sea en la contratación como en el despido; o, alternativamente (y aquí se pone de manifiesto esa dinamicidad característica de todo tipo de orden público) como el tratamiento de la condición laboral como un estatus profesional que debe ser tutelado (como forma de desarrollo profesional y de participación: otros principios generales, ya

vistos, que tienen impacto en el orden público laboral) en sus diversas fases o circunstancias: derecho a la formación, derecho a un empleo sin discriminación, derecho a la conservación del mismo salvo sacrificio en aras de otros intereses igualmente relevantes (e integrantes, ya se ha dicho, del orden público laboral), derecho a la protección económica en caso de pérdida o carencia, derecho al retorno o reinserción profesional.

Junto a estos componentes del orden público laboral derivados del reconocimiento constitucional, otros componentes del orden público laboral se conectan con instituciones que reflejan, incorporan o protegen el interés general, como interés superior al de las partes, ya sea individual o colectivo. Así todo lo relacionado con los derechos procesales forma parte, en su conjunto del orden público laboral; de manera que está sustraído a la voluntad y a la autonomía privada el conjunto de normas procesales que aseguran la tutela judicial y los instrumentos judiciales de solución de conflictos. El valor superior de la administración de justicia, como pilar esencial de la organización social, refleja instrumentos y fórmulas de composición social que, en su fundamento y en su articulación concreta, responden al principio de justicia y a la ordenación de valores e intereses que ésta refleja. Quedan, pues, al margen de toda disposición privada, todas las normas relacionadas con la tutela judicial y con la forma concreta en que el ordenamiento soluciona los conflictos de intereses: principio de competencia, organización judicial, derecho de defensa, principio de contradicción, derecho al recurso en las condiciones legales, derecho a una respuesta judicial conforme a los principios de congruencia y de respeto a la ley, derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, etc. Como también las normas que establecen, previa selección normativa, las formas de representación de intereses que, aunque basadas en la autonomía colectiva, han de organizarse insertándose en el esquema representativo que la Constitución y la ley regulan: formas de representación, reglas de organización, derechos y facultades instrumentales, capacidades e instrumentos de actuación vinculados al principio de autodefensa. Como también todo lo relativo a la protección social, y en su centro las formas institucionales de esa protección (la seguridad social, en su eje) que igualmente están sustraídas a la disposición de las partes, siendo como son manifestaciones de los compromisos públicos de tutela de las situaciones de debilidad social en la que pueden encontrarse sobre todo la parte de la población que se encuentra en situación de inferioridad social.

La propia libertad contractual, individual y colectiva, forman también parte del orden público laboral (relacionada con la libertad y la autonomía como principios generales. Así, en el plano individual, el orden público incorpora valores como los de prohibición de acordar conforme a una causa ilícita (la nulidad del contrato como sanción típica aplicable en estos supuestos), garantía de un consentimiento válido y consciente de insertarse en una relación contractual desequilibrada, normas sobre capacidad contractual, de prohibición de discriminación en el acceso, mantenimiento y pérdida del vínculo contractual, y, de nuevo, de conservación del con-

trato y de protección del contratante débil. En el plano colectivo: derecho a la libre determinación del contenido de los acuerdos (obviamente con la limitación derivada de otras dimensiones del orden público laboral antes descrito), capacidad de creación de normas en un espacio libre de la intervención pública, derecho a la utilización de instrumentos de presión (ciertamente singulares en cuanto niegan, en aras del valor autonomía colectiva, otros principios del ámbito contractual como la posibilidad de negarse al cumplimiento de lo pactado individualmente mediante el recurso colectivo a medios de acción de rechazan temporalmente ese cumplimiento como una forma legítima de presión), derecho a crear formas alternativas de solución de conflictos en coherencia con las exigencias derivadas del principio de tutela judicial.

En este orden de cosas, y retornando a la hipótesis común de las resoluciones judiciales citadas al inicio de este trabajo, este valor de la autonomía colectiva e individual queda limitado por las exigencias del orden público laboral del que forma parte también dicha autonomía. Un ejemplo paradigmático de que, incluso dentro del orden público laboral, se produce una jerarquización o subordinación de unos principios o valores a otros, aunque sea siempre bajo las exigencias de la necesidad, la limitación mínima y la proporcionalidad. Así la autonomía privada se expresa legítimamente sólo en el respeto de esos otros valores que le imponen limitaciones y sacrificios que se materializan en la prohibición de disponer de tales derechos. Un orden público laboral, pues, complejo, integrado por valores y principios de índole variada y en evolución conforme a la dinámica social, que han de primar sobre otros derechos o facultades que no forman parte de dicho orden público y que, de hacerlo, han de encontrar una tutela que debe ajustarse, de forma razonable, a las exigencias de otros valores con los que coinciden en el terreno común de pertenecer ambos al propio orden público laboral. Un frecuente ajuste que remite, inevitablemente, a la elaboración jurisprudencial que, por otra parte es la herramienta de identificación y de dotación de contenido a ese mismo orden público laboral. Una elaboración más fácil cuando se trata de valores o principios normativizados pero que, más allá de la norma, también proyectan sus exigencias en el desarrollo y en el ejercicio de la autonomía privada y que, igualmente, deben ser identificados, protegidos y aplicados por los órganos judiciales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Argudo Pérez, J.L. “Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Concepto de orden público: doctrina y jurisprudencia”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 76/2008.
- Bejarano Hernández, A. *Convenio Colectivo versus Ley. La Ley*. Madrid, 2008.
- Carrascosa González, J. “Orden público internacional y externalidades negativas”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia 2065/2008.

- De Bartolomé Cenzano, J.C.. “El orden público como límite al ejercicio de derechos y libertades”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Elvira Perales, A. “Libertad de circulación comunitaria y orden público en España”. Cuadernos de Derecho Público, 30/2007.
- Fernández Coronado, A. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”. Revista Española de Derecho Constitucional. 85/2009.
- García-Perrote Escartín, I. “Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo”. Ministerio de Trabajo. 1987.
- Garrote Fernández-Díez. I. “Sucesiones internacionales y orden público internacional: la sucesión mortis causa en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición islámica”. Revista de Derecho Privado y Constitucional 23/2009.
- Lebreton, G. “Ordre public et dignité de la personne humaine: un problème de frontière”, en AAVV. L’ordre public: ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux. Némesis, Bruselas, 2001.
- Meyer, N. “L’Ordre public en Droit du Travail (Contribution à l’étude de l’ordre public en droit privé)”, LGDJ, París, 2006.
- Picard, E. “Introduction générale: la fonction de l’ordre public dans l’ordre juridique”, en el volumen, AAVV. L’ordre public: ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux. Némesis, Bruselas, 2001.
- Sánchez Álvarez, M.M. “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima (STS de 30 de mayo de 2007, RJ 2007/3608)”. Revista de Derecho de Sociedades, 30/2008.
- Tena Piazuelo, I. “Nulidad de acuerdos por oposición al orden público societario”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 79/2009.

LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE VISITA A LOS CENTROS DE TRABAJO E INVIO- LABILIDAD DEL DOMICILIO

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

“...se produce en este punto una evidente colisión de intereses: de una parte, el interés público por dotar a la Administración laboral de medios útiles, suficientes y eficaces para que ésta alcance el efectivo cumplimiento de su función de control; de otra parte, el interés de los administrados por poder limitar –y, en su caso, eliminar–, la reacción de la Administración que pudiera extralimitarse en la aplicación de aquellos medios”

Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez¹

ÍNDICE

1. FACULTADES DE CONTROL Y VISITAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO
2. EL RESPETO A LA INTIMIDAD PERSONAL COMO CONDICIONANTE DE LA VISITA INSPECTORA
3. EN PARTICULAR, LA INVIO-
LABILIDAD DEL DOMICILIO
 - 3.1. Finalidad y objeto de la protección constitucional
 - 3.2. Titulares del domicilio
 - 3.3. Elementos protegidos por la inviolabilidad
 - 3.4. Requisitos formales de la visita: autorización judicial
4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESARROLLO DE LA VISITA

¹ Garantías jurídicas para el empresario ante la actuación sancionadora de la Inspección de Trabajo, en *Actualidad Laboral* nº 6 (2007), tomo 1, págs. 684 ss.

1. FACULTADES DE CONTROL Y VISITAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

Desde el surgimiento histórico de la legislación laboral la actuación de la Inspección de Trabajo ha venido constituyendo una institución muy destacada de control de su efectivo cumplimiento en las empresas y centros de trabajo. A pesar de las múltiples transformaciones producidas en la evolución y desarrollo de las relaciones laborales, la Inspección de Trabajo mantiene su función de orden público laboral, como indudable vehículo de aseguramiento del efectivo cumplimiento de la legislación laboral, por mucho que hayan ido adquiriendo relevancia otros mecanismos complementarios y por mucho que la propia normativa laboral en ciertas ocasiones haya logrado su objetivos más a través de fórmulas de fomento o de incentivos que por la vía sancionatoria, sin que ésta última deje de desempeñar un lugar relevante e insustituible en muchas ocasiones.

Y precisamente como un instrumento inestimable para el desarrollo de su labor Inspector, a los funcionarios públicos que la integran se les otorga la decisiva facultad de personación en los centros y establecimientos de trabajo, a los efectos de efectuar su laboral de comprobación de la situación laboral y de Seguridad Social de las empresas y los trabajadores que prestan servicios en los mismos. Se trata de una labor instrumental de primer orden, que permite el acopio en persona de datos fácticos y jurídicos para la constatación del cumplimiento de la correspondiente legislación por parte de las empresas. Se trata de una facultad otorgada a la Inspección como autoridad pública desde el arranque de su regulación, con extensión generalizada a nivel internacional; prueba palpable de ello se encuentra en su pleno reconocimiento en la normativa reguladora de la Inspección a este nivel, en concreto a través del correspondiente convenio de la Organización Internacional de Trabajo: “Los Inspectores del Trabajo que acrediten debidamente su identidad estarán autorizados: a) para entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección; b) para entrar en cualquier lugar, cuando tengan un motivo razonablemente para suponer que está sujeto a inspección”². Casi literalmente esta misma previsión es la que se contempla en la legislación laboral en España: “En el ejercicio de sus funciones, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social tienen el carácter de autoridad pública y están autorizados para: 1. Entrar libremente en cualquier momento y sin previo

² Art. 12.1 Convenio nº 81 (1947) sobre la inspección de trabajo en la industria y el comercio, ratificado por España el 14 de enero de 1960 (BOE 4 de enero de 1961). En parecidos términos, art. 16.1 Convenio nº 129 (1969), sobre la inspección de trabajo en la agricultura, ratificado por España el 11 de marzo de 1971 (BOE 24 de mayo); art. 5.2 Convenio nº 178 (1996), sobre la inspección de trabajo (gente del mar), este último no ratificado por España hasta el momento presente.

aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo. Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial. Al efectuar una visita de inspección, deberán comunicar su presencia al empresario o a su representante o persona inspeccionada, a menos que consideren que dicha comunicación pueda perjudicar el éxito de sus funciones. 2. Hacerse acompañar en las visitas de inspección por los trabajadores, sus representantes y por los peritos y técnicos de la empresa o habilitados oficialmente que estimen necesario para el mejor desarrollo de la función inspectora”³.

Se trata con carácter general de una regulación suficientemente clara, con escasas dudas de interpretación y que, como tal, se aplica con notable fluidez y facilidad en la actividad cotidiana de la Inspección de Trabajo, por lo que provoca poca litigiosidad judicial y una muy excepcional inseguridad jurídica por parte de quienes ejercen la facultad inspectora así como de los destinatarios de la misma.

No obstante, en algunos casos singulares no dejan de suscitarse ciertas dificultades aplicativas o impedimentos en su ejercicio, algunos de ellos de indiscutible alcance jurídico. Tal es el objeto inmediato del presente estudio, dirigido a analizar la aplicación práctica de la actividad de personación en los centros de trabajo por parte de la Inspección de Trabajo.

2. EL RESPETO A LA INTIMIDAD PERSONAL COMO CONDICIONANTE DE LA VISITA INSPECTORA

En esta clave de análisis de los aspectos más problemáticos, nos parece oportuno comenzar por los de mayor alcance jurídico, aun cuando puedan ser los menos significativos desde el punto de vista cuantitativo. Nos referimos en concreto a la posible colisión de la actividad inspectora durante la visita con el respeto a los derechos fundamentales, en particular por aquél que pudiera verse más directamente afectado, como es el relativo al respecto a la intimidad personal, reconocida con el máximo rango como derecho fundamental y libertad pública (art. 18 CE).

Como punto de arranque a estos efectos debe tenerse en cuenta que los establecimiento y centros donde se presta una actividad laboral, salvo contadas excepciones, son lugares públicos, con lo cual la presencia física del Inspector en los

³ Art. 5 Ley 42/1997, de 14 de noviembre (BOE 15 de noviembre), ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante LIT), desarrollado reglamentariamente por medio del RD 138/2000, de 4 de febrero (BOE 16 de febrero), por medio del que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante RDIT), en particular arts. 3, 7 y 8.

mismo no puede ser objetada desde el punto de vista de su afectación a las personas que se encuentran en el centro de trabajo. Más aún, con carácter general el conjunto de elementos materiales, incluso de documentos a los que puede acceder el Inspector para el acopio de información contienen datos que escasamente inciden sobre la intimidad de las personas, motivo por el que el criterio de partida debe igualmente entenderse que la visita inspectora no comporta lesión alguna al derecho a la intimidad a tenor de la información deducible de la misma.

Al propio tiempo, ha de tenerse presente que la condición de autoridad pública le faculta a los correspondientes funcionarios de la Inspección a una labor de investigación respecto de información que puede ser sensible, incluso reservada para el conjunto de los ciudadanos, de modo que en la medida que tal inspección vaya dirigida a actuar con la estricta finalidad de desarrollar su labor de control del cumplimiento de la legislación laboral, las comprobaciones desplegadas durante las visitas deben presumirse como lícitas desde la perspectiva de la garantía de la intimidad de los afectados. Tal posición se funda precisamente en la consideración de los Inspectores de Trabajo como Autoridad competente a los efectos de la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen, conforme a la cual se consideran correctas y por tanto no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley⁴. Ello permitirá, por ejemplo, que el Inspector durante la visita proceda a captar imágenes por medios electrónicos de los locales, de los medios en ellos existentes, incluso de la propia imagen de quienes se encuentren en su interior. Eso sí, como contrapunto a lo anterior, y como garantía de la intimidad personal, el conjunto del expediente administrativo, con toda la información en la misma recogida, goza de la correspondiente reserva, no accesible a su contenido por parte de terceros salvo los directamente afectados por el mismo; del mismo modo que se impone a la Inspección de Trabajo de un relevante deber de sigilo profesional⁵.

En todo caso, ello no puede entenderse con una capacidad absoluta e indiscriminada de intromisión de la Inspección de Trabajo en la totalidad de los locales y medios allí existentes, ni en el control personal de los sujetos que en el mismo se puedan encontrar.

Al respecto no puede establecerse una valoración ilimitada de que todo control a estos efectos nunca incide sobre la intimidad de las personas. Por el contrario, por mucho que se trate de espacios públicos y el control lo lleve a cabo una autoridad competente como es la Inspección de Trabajo, no puede descartarse que en todo

⁴ Art. 6.3 LIT, con remisión al art. 8 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (BOE 14 de mayo), de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen.

⁵ Art. 12.2 LIT.

caso ello sea ajeno al respeto a la intimidad de las personas. El derecho a la intimidad de las personas alcanza su mayor intensidad de protección cuando éstas se encuentran en ámbitos estrictamente privados, pero ello no excluye que también en el ámbito de las relaciones laborales y en el centro de trabajo abierto al público en general los trabajadores, incluso el propio empleador, se encuentren protegidos en cierta medida frente a la indagación de aspectos que refieren al ámbito de su privacidad. Tan es así que la normativa laboral reconoce como derecho básico del trabajador el correspondiente “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad” (art. 4.2.e ET). Es indiscutible que ese reconocimiento se verifica en la normativa de referencia en el momento de regular los derechos derivados de la relación laboral y, por tanto, tienen su referente esencial en la persona del empleador y, por tanto, en los límites o condicionantes que se le imponen al empleador en el ejercicio de sus facultades de control de la actividad laboral por parte de sus empleados; pero de igual forma ha de resaltarse que ello no puede agotar las garantías deducibles del derecho a la intimidad del trabajador, que también, como sucede en su origen con el conjunto de los derechos fundamentales, también se dirigen a los poderes públicos. Incluso, aunque tal labor inspectora la efectúe la autoridad competente como garante de la legalidad, más aún con una fuerte impronta finalista de tutela de los intereses de los trabajadores como parte más débil de la relación contractual, ello no implica una ilimitada capacidad de intromisión inspectora en todos los ámbitos de la actividad laboral en sus visitas a los centros de trabajo.

En definitiva, la actividad del funcionario público a estos efectos queda legitimada en la medida en que vaya dirigida a efectuar esa labor inspectora y, por tanto, habilitada las labores de comprobación de la situación de los trabajadores y personas en general físicamente presentes en el centro de trabajo en la medida en que sea precisa para el ejercicio de sus funciones de control. Podría incluso aceptarse que concurre una presunción de partida de que la labor de comprobación en el centro por parte del Inspector va dirigida a cumplir con la función pública que le viene asignada, pero ello no descarta que su labor deba estar igualmente presidida por cierta prudencia, en el sentido de que no puede ser invasiva de la privacidad del trabajador cuando ello resulte innecesario a los efectos del cometido legal que tiene asignado.

Lo anterior no puede ser interpretado en el sentido de que el Inspector tenga vedado el acceso a específicos espacios dentro del centro de trabajo, por el mero hecho de que se trate de ámbitos no dedicados a la actividad productiva o de prestación de servicios, que incluso habitualmente pueden tener el carácter de más reservados: lavabos y servicios higiénicos, lugares de descanso del personal, espacios de trabajo reservados a la dirección de la empresa, etc. Y no lo pueden ser en la medida en que tales espacios siguen formando parte del establecimiento, en sentido estricto locales destinados a la actividad empresarial en el sentido amplio del término y, a la postre, lugares respecto de los cuales el empleador también tiene que cumplir con carácter general con las obligaciones derivadas de la legislación laboral. In-

sisto, lo relevante es la funcionalidad de la actividad del Inspector dirigida no a la mera curiosidad personal sino a la comprobación de la situación conforme a la finalidad de garante de la legalidad laboral que tiene asignada.

De igual forma, ha de tenerse presente que el respeto a la intimidad también abarca a la persona del empleador. Más allá de que el reconocimiento de este derecho en el ámbito de la legislación laboral se encuentra directamente enfocado a la tutela del trabajador, ello no excluye a la persona del empleador, particularmente cuando lo referimos a un derecho de rango constitucional que ampara a todos. Ello comporta que el Inspector de Trabajo debe efectuar su labor de control en los términos menos invasivos posibles respecto de la intimidad del empleador; es decir, debe respetar la esfera de privacidad del empleador, afrontando tan sólo el control de su actividad como sujeto obligado al cumplimiento de la legislación laboral y de Seguridad Social.

Más aún, ha de tenerse presente que la jurisprudencia constitucional ha venido a afirmar que los derechos fundamentales y, por ende, también el relativo a la intimidad, se dirige a tutelar también a las personas jurídicas, de modo que también cuando el empleador tenga esta condición ha de valorarse desde esta perspectiva de tutela de su esfera de privacidad⁶. Eso sí, una vez más, la esfera de lo privado no puede utilizarse como una especie de coraza que bloquee la capacidad de control asignada a la Inspección de Trabajo. A tal efecto, ha de destacarse que el conjunto de la documentación empresarial de relevancia laboral, incluso de los locales que pueden recibir la consideración de espacios que forman parte del centro de trabajo, son accesibles para el Inspector, una vez más en la medida en que vaya funcionalizada a la labor de control que precisa realizar en su labor de garante de la legalidad laboral. Por ello, no coincidimos con algunas posiciones que han defendido que ese derecho a la intimidad del empleador abarca a su vida profesional privada y, por tanto, comprende el despacho que el mismo hubiera dispuesto dentro del centro de trabajo para uso personal de su gestión directiva, aislado del acceso del público o de sus trabajadores⁷. De ser así, el empleador tendría una fácil posibilidad de ocultamiento de documentación empresarial de carácter laboral a la que tiene derecho de acceso la Inspección de Trabajo, por lo que, insisto, no puede entenderse que existan espacios inmunes al posible control de la Inspección, siempre que tenga esa funcionalidad de ejercicio de sus competencias legales. El reconocimiento del derecho a la intimidad de la persona jurídica no puede confundirse con el de la persona física que actúa profesionalmente en su representación, pues ha de tratarse de una tutela específica y propia de la persona jurídica titular de la empresa; por ejemplo, lo que ello protegería a la sociedad mercantil es el acceso del Inspector a

⁶ Por todas, STC 137/1985, de 17 octubre.

⁷ En este sentido, M. Gámez Orea. El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo, Relaciones Laborales 1991, págs. 1387 ss.

las reuniones del consejo de administración de la sociedad mercantil, incluso a reuniones de gestión empresarial por parte de los directivos de la empresa en sus funciones de actuación como persona jurídica; pero no la imposibilidad de acceso a ciertos espacios por su propia finalidad o actividad.

3. EN PARTICULAR, LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

3.1. Finalidad y objeto de la protección constitucional

Especial atención merece lo que pueda afectar a la inviolabilidad del domicilio en el desarrollo de la visita inspectora. Y el tratamiento singularizado se debe, ante todo, a un tratamiento específico otorgado por el propio texto constitucional en la tutela de un espacio tan sensible como es el domicilio de las personas, al extremo de que el mismo se declara como inviolable, sin permitir entrada ni registro alguno sin el consentimiento de su titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito (art. 18.2). Pero también tratamiento singularizado por cuanto que esa limitación constitucional general presenta una particular aplicación a la actuación de la Inspección de Trabajo: “si el centro de trabajo sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”⁸.

Antes de entrar en mayores detalles sobre el alcance de la presente garantía respecto de su proyección en el ámbito de las relaciones laborales, conviene precisar que los pronunciamientos interpretativos que se han producido al respecto por parte de nuestro Tribunal Constitucional, ninguno de ellos lo ha sido respecto de un asunto laboral. En las más de las ocasiones lo ha sido respecto de un ingreso en el domicilio por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad en relación con la presunta comisión de algún delito; o bien, asunto algo más cercano al que nos ocupa, a una inspección de carácter administrativo por parte de los funcionarios de la Inspección de Hacienda en relación a las competencias que asumen en el ámbito fiscal y tributario. Por ello, tales pronunciamientos siempre han de ser valorados con la cautela correspondiente e interpretados finalistamente en atención a la visita inspectora laboral.

Entrando en los criterios interpretativos más destacados señalados por las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional, la inviolabilidad del domicilio se considera como un derecho fundamentalmente negativo, en el sentido de que garantiza ante todo la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier

⁸ Art. 5 LIT, completado por el art. 7.1.1. RDIT.

persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro⁹; lo que tiene un indudable alcance, como no podía ser de otro modo, para la labor encomendada a la Inspección de Trabajo. Como derecho constitucional se diseña con autonomía propia¹⁰, aun cuando presenta una evidente conexión con el derecho a la intimidad personal en tanto que se constituye en un espacio singularmente protegido en la medida en que es el ámbito por excelencia donde se protege la intimidad personal. Por ello, se entiende que el mismo se define por su aptitud para desarrollar la vida privada de las personas¹¹.

De este modo, se declarará en concreto que el domicilio tutelado constitucionalmente incluye a las habitaciones de hoteles¹², así como a las residencias militares¹³. Por contraste a lo anterior, y con alta relevancia para el objeto de lo que estamos tratando, se interpreta que no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales, y que, en particular, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación —como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales¹⁴—, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad¹⁵. Por tanto, la inviolabilidad del domicilio no abarca a cualquier local cerrado¹⁶; ni específicamente a un almacén de mercancías¹⁷; ni al bar o almacén¹⁸. Por el contrario, para la jurisprudencia resulta irrelevante la periodicidad en el uso del local como domicilio¹⁹.

3.2. Titulares del domicilio

A la vista de los pronunciamientos precedentes, y por lo que afecta a la incidencia que pueda tener todo ello sobre la visita inspectora, lo primero a destacar es

⁹ STC 22/2003, de 10 de febrero.

¹⁰ STC 10/2002, de 17 de enero.

¹¹ STC 209/2007, de 24 de septiembre.

¹² STC 10/2002, de 17 de enero.

¹³ STC 189/2004, de 2 de noviembre.

¹⁴ STC 228/1997, de 16 de diciembre; ATC 171/1989, de 3 de abril.

¹⁵ STC 228/1997, de 16 de diciembre.

¹⁶ STC 69/1999, de 26 de abril.

¹⁷ STC 228/1997, de 16 de diciembre.

¹⁸ STC 283/2000, de 27 de noviembre.

¹⁹ STC 94/1999, de 31 de mayo, con cita de la STEDH 24 de noviembre de 1986.

que pueden ser muy diversos los sujetos titulares del derecho a la inviolabilidad de su domicilio. La propia legislación ordinaria es muy consciente de esta circunstancia, de que son varios los sujetos imaginables cuyo domicilio pudiera ser invadido por una visita inspectora; prueba de ello es que no identifica con precisión el titular del domicilio, pues apela genéricamente al “domicilio de la persona física afectada”. Por ello, es obligado relacionar quién puede ser el titular de ese domicilio.

Desde luego, el primero en el que se puede pensar es en el domicilio del propio empleador, particularmente cuando éste es una persona física. A su vez, respecto del domicilio del empleador cabe imaginar básicamente tres situaciones.

La primera de ellas, cuando la actividad laboral se desarrolla por parte del empleado en el propio domicilio del empleador, siendo caso típico de ello (aunque no necesariamente el único posible) el correspondiente a la relación laboral de carácter especial de servicio doméstico. Tanto la normativa general reguladora de la Inspección de Trabajo, como la específicamente reguladora de la relación especial de servicio doméstico, de manera implícita, da por supuesto que el control de legalidad viene asumida igualmente por la Inspección; la única salvedad que se efectúa es la relativa al necesario respecto del derecho constitucional que estamos comentando: “La acción de control de cumplimiento de la legislación laboral relativa al contrato de trabajo doméstico, a cargo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sólo podrá realizarse salvaguardando los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al debido respeto a la intimidad personal y familiar²⁰. Indiscutiblemente ello constituye una muy importante salvedad y limitación de la actividad controladora de la Inspección, pero no comporta en modo alguno una exclusión plena de la actividad inspectora ni siquiera la viabilidad de desarrollar la correspondiente visita inspectora, aunque naturalmente debe realizarse con todas las garantías exigidas constitucional y legalmente. Por tanto, todas las consideraciones que formulemos a continuación al respecto resultarán referibles al presente supuesto.

La segunda hipótesis de afectación al domicilio del empleador se produciría cuando hay una cierta colisión entre el centro de trabajo y el domicilio particular del empleador, siendo el supuesto prototípico aquel de una microempresa donde en el mismo local se ubica el lugar de prestación de servicios y la residencia particular del empleador, con cierta traslación de algunas actividades profesionales de la empresa en el propio domicilio. Ello comporta proceder a identificar con exactitud los espacios afectos a la actividad estrictamente de vida privada del empleador, aplicándoles a los mismos las garantías constitucionalmente establecidas de tutela de su inviolabilidad.

²⁰ Art. 11 RD 1424/1985, de 1 de agosto (BOE 13 de agosto), por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

La tercera de las hipótesis se produciría cuando, no concurriendo ninguno de los dos supuestos precedentes, alguna documentación de carácter laboral que pudiera ser necesaria su revisión por parte de la Inspección de Trabajo se encontrase en el domicilio particular del empleador. Se trata del supuesto más excepcional y, por tanto, el que más difícilmente justificaría una penetración en el domicilio particular del empleador. El más excepcional por cuanto que, de un lado, es en el centro de trabajo donde se efectúa la comprobación de la legalidad laboral, incluido todo lo relativo a la documentación que resulta necesario analizar; y, de otro lado, porque por principio siempre es factible la exigencia de la entrega de esa documentación en la sede oficial de la Inspección, de no encontrarse en el centro de trabajo, y sin necesidad de proceder a efectuar una personación directa en el domicilio particular del empleador. A mayor abundamiento, ha de tenerse muy en cuenta que el control de la Inspección refiere en todo caso a presuntas infracciones de naturaleza administrativa, nunca de alcance delictivo, por lo que la habilitaciones para el ingreso en el domicilio particular y, con ello, una cierta invasión de la esfera de privacidad del afectado, se encuentran justificadas en mucho menor medida. Más aún cuando para la jurisprudencia constitucional la inviolabilidad del domicilio protege a cada uno de los que moran en el domicilio, es decir en nuestro caso no solo al propio empleador sino a todas cuantas otras personas convivan con el mismo²¹. Todo lo anterior, lleva a concluir que en esta tercera hipótesis debe jugar una muy fuerte presunción acerca de la imposibilidad de que la visita inspectora se desarrolle en el domicilio del empleador.

Adviértase para concluir que la legislación ordinaria cuando impone cautelas respecto de la visita al domicilio lo refiere exclusivamente al correspondiente al de una persona física. Ello comporta que para la legislación ordinaria no es posible imaginar una situación que provoque limitación de la visita inspectora para lo que se pudiera considerar el “domicilio” del empleador persona jurídica. Y tal criterio resulta plenamente compartible, en la medida en que si por domicilio se entiende aquí la sede social de la persona jurídica, ha de tenerse en cuenta que éste viene a coincidir espacialmente con un local donde se lleva a cabo una actividad de prestación de servicios, de modo que extender la tutela constitucional a este ámbito espacial supondría impedir sustancialmente la actividad inspectora sin fundamento, sin que concurra riesgo razonable de invasión de la esfera de la privacidad de nadie. Ni siquiera el hecho de que la jurisprudencia constitucional haya entendido que también las personas jurídicas son titulares de los derechos fundamentales y, en particular, los relativos a la intimidad, puede convertirse en elemento restrictivo para que la Inspección de Trabajo visite la sede social de la empresa titularidad de una persona jurídica, por cuanto que no es el espacio físico concreto el que determina la privacidad del empleador persona jurídica, sino actividades o documentos propios del mismo. Ha de tenerse presente que nuestro Tribunal Constitucional también ha precisado que

²¹ STC 209/2007, de 24 de septiembre.

el reconocimiento del derecho a la intimidad de las personas jurídicas ha de entenderse en relación con la naturaleza y especialidad de fines de dichas personas. Es decir, ha de valorarse en atención a la finalidad del interés y bien jurídico protegido y aquí lo que se protege esencialmente no es un espacio físico, sino sobre todo lo que hay en él que es emanación de una persona física y de su esfera privada, lo que no concurre en el caso de las personas jurídicas; por tanto este derecho constitucional tiene un contenido enteramente idéntico con el que se predica para las personas físicas²². Ello conduce a interpretar que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar: “Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros”²³.

Más allá de la persona del empleador, cabe pensar en otros sujetos tutelados por la inviolabilidad del domicilio en relación con la visita inspectora. En el otro lado de la relación laboral hay que mencionar por necesidad al propio trabajador. Y es obligado mencionarlo en el caso fácil de imaginar de que la prestación de servicio se efectúe en el propio domicilio del trabajador, específicamente en los supuestos de trabajo a domicilio y de teletrabajo²⁴. Ciertamente, como advertimos ya, la labor inspectora en el control de la legalidad, en las más de las ocasiones se realiza con voluntad de tutela del propio trabajador. Sin embargo, ello no comporta que la posible visita se tenga que realizar a su domicilio particular y, como tal, debe efectuarse con respeto a las pertinentes garantías de inviolabilidad del domicilio. Aunque se trate también de un supuesto excepcional, cabe mencionar el caso del trabajador que tiene su domicilio en el propio centro de trabajo, muy tradicional en

²² STC 22/1984, de 17 de febrero.

²³ STC 69/1999, de 26 de abril.

²⁴ Sobre el particular, F. J. Fernández Orrico. El uso del teletrabajo como relación laboral y su conexión con la actuación de la Inspección de Trabajo a la luz del artículo 18 de la Constitución, en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo, X Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2000.

los casos de porteros y vigilantes, aunque es bien sabido que este tipo de situaciones son cada vez más reducidas, salvo en algunos casos todavía en la actividad agrícola. Eso sí, de verificarse alguna situación de este tipo todavía, habría que hacer, como en el segundo de los supuestos mencionados para el caso del empleador, el correspondiente deslinde de espacios, entre lo que constituye estricto espacio afecto a la vida privada del trabajador y el resto (la mayoría) destinados a la actividad productiva.

Finalmente, tampoco es descartable que la inviolabilidad del domicilio afecte a terceras personas, distintas del empleador y del trabajador. Particularmente hay que mencionar en estos casos cuando afecta al domicilio de clientes de la empresa, singularmente el caso ya citado de la consideración como domicilio de las habitaciones de los hoteles, obviamente en tanto que se encuentren ocupados por clientes de los mismos.

3.3. Elementos protegidos por la inviolabilidad

Ante todo, la referencia al domicilio como ámbito protegido constitucionalmente por la garantía de inviolabilidad alude al ámbito en el que se desenvuelve la esfera de privacidad del sujeto protegido. Por tanto, la inviolabilidad alude sobre todo al espacio físico en el que se sitúa el domicilio, entendiéndose que todo él se encuentra protegido por la garantía de inviolabilidad. Eso sí, incluso dentro de ese espacio físico debe considerarse que pueden existir unos más reservados e íntimos y otros menos; por ejemplo, dentro del mismo puede haber espacios dedicados a actividad de trabajo que, sin dejar de formar parte estricta del domicilio y como tal protegido, pueden ser más idóneos para desarrollar la actividad inspectora. Quiere ello decir que, anticipando algo de lo que desarrollaremos a continuación, cuando se produce la autorización legalmente prevista para el ingreso en el domicilio por parte del Inspector, resulta razonable que su presencia sea lo menos invasiva posible y, por ende, si no fuera imprescindible no acceda a los espacios que por entendernos hemos calificado como más reservados e íntimos.

Por otra parte, conviene recordar que para el Tribunal Constitucional la inviolabilidad del domicilio no sólo protege el espacio físico del mismo, sino todo lo que en él hay que pueda mostrar la vida privada del sujeto protegido²⁵. Ello supone igualmente que, incluso cuando posee la correspondiente autorización, la visita debe ser lo menos invasiva posible y, por tanto, limitarse a comprobar lo imprescindible a los efectos de la función inspectora que se pretende desplegar.

Incluso podría pensarse en la hipótesis de que respecto de un teletrabajador, técnicamente sería posible acceder desde el centro de trabajo a la documentación alo-

²⁵ STC 209/2007, de 24 de septiembre.

jada en el ordenador personal del empleado que se encuentra en su domicilio. En la medida en que esa información se encuentre materialmente en el domicilio del trabajador, y no en un servidor, e igualmente en la medida en que en ese ordenador pudiera existir documentación privada del propio empleado, lo guardado en el mismo habría que considerarlo como parte integrante del domicilio y amparado por su inviolabilidad. Lo mismo cabría afirmar si se tratase del mismo ordenador personal ubicado en el domicilio particular del empleador.

3.4. Requisitos formales de la visita: autorización judicial

El hecho de que nos encontremos ante espacios o elementos que forman parte o se encuentran en un domicilio no excluye plenamente la visita inspectora, pero sí que la condiciona, en la medida en que está sometida a previos requisitos formales, derivados de lo ya referido en términos constitucionales y legales.

Recordar, así, ante todo, que se autoriza de manera inmediata y sin condicionantes adicionales la penetración en el domicilio en los casos muy singulares de que se produzca una situación de “flagrante delito”, en los términos previstos constitucionalmente (art. 18.2 CE). Sin embargo, este supuesto no consta expresamente en la regulación legal relativa a la Inspección de Trabajo, mientras que sí figura el resto de la previsión constitucional (art. 5 LIT). La omisión no puede en modo alguno interpretarse como un olvido, sino que queda plenamente justificada en la medida en que la actuación de la Inspección de Trabajo se desenvuelve exclusivamente en el ámbito del ilícito administrativo, al extremo de que carece de competencias directas de investigación respecto de la comisión de delitos, incluso cuando estos afectan al ámbito de las relaciones laborales y, en particular, de la seguridad en el trabajo. Diferente es que la Inspección pueda actuar, a requerimiento judicial, como autoridad administrativa colaboradora del Juez Penal o bien del Fiscal, pero en tal caso no se encuentra realizando una visita con la mirada puesta en lo que constituyen sus funciones de control en el ámbito de la legalidad administrativa, sino de las correspondientes al poder judicial; y, en todo caso, actúa previa autorización y a requerimiento de las autoridades judiciales.

En cambio, en la esfera estricta de su actuación autónoma administrativa, cuando nos situamos en el ámbito de la actuación inspectora en el marco de la comprobación de la legalidad laboral y de seguridad social, que puede desembocar en el levantamiento de un acta de infracción, la previsión legal consiste en la admisión de la visita inspectora a un domicilio, pero ello siempre y cuando se produzca el expreso consentimiento de la persona física afectada o bien la correspondiente autorización judicial (art. 18.2 CE y art. 5.1 LIT).

En principio la primera de las opciones, el consentimiento del afectado, no presenta particular problemática desde el punto de vista de su alcance jurídico y res-

pecto del modo como ha de obtenerse dicho consentimiento por parte del Inspector de Trabajo. Más allá de la dificultad material que pudiera comportar la obtención del consentimiento del afectado, así como del posible riesgo de inmediato ocultamiento de datos cuando se produce una negación del consentimiento que pudiera provocar una pérdida de efectividad de la posterior visita autorizada judicialmente, en términos aplicativos el requisito legal no suscita dudas interpretativas: debe tratarse de un acto expreso de consentimiento, concedido para una determinada e individualizada visita, con conocimiento pleno del interesado del alcance de su consentimiento y de la finalidad de la actuación Inspectora, así como que la forma de prestarse el consentimiento permita al funcionario público su posterior demostración de haberse obtenido.

Respecto de la segunda opción, hasta el momento presente no hay expresa previsión legal del Juzgado competente para conceder la autorización judicial, pues ni la Constitución lo predetermina a la vista de que pueden ser actuaciones administrativas de Autoridades competentes muy diversas y sobre la base de regulaciones muy distintas, ni sobre la base de la legislación ordinaria (procesal o administrativa) lo establece respecto al caso concreto de la visita de la Inspección de Trabajo. En el pasado existía una regulación genérica, que atribuía dicha competencia al Juez de Instrucción, si bien se trata de un precepto que fue derogado hace ya tiempo²⁶. Realmente no tenía sentido remitir esta autorización exclusivamente al orden penal de la jurisdicción, porque tan sólo contemplaba la actuación judicial respecto de los supuestos de ejecución forzosa de actos de la Administración (art. 87.2) y encomendaba la función autorizatoria a los Jueces de Instrucción, encuadrados en el orden penal, quizá porque ésta se produce con habitualidad para la investigación policial²⁷.

Por su parte la legislación reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa atribuye a los Juzgados de este orden jurisdiccional la competencia para conocer de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública²⁸. Se trata de un precepto que no resulta aplicable al caso aquí analizado, pues se contempla la autorización tan sólo respecto de la ejecución forzosa de actos administrativos, mientras que en el

²⁶ Cfr. Art. 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su versión originaria (Ley 6/1985, de 1 de julio): "Corresponde también a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración", apartado 2 suprimido por art. único.6 de Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio.

²⁷ STC 50/1995, de 23 de febrero, en un caso de autorización judicial para una visita por parte de un Inspector de Hacienda.

²⁸ Art. 8.6 Ley 29/1998, de 13 de julio (BOE 14 de julio), de la jurisdicción contencioso administrativa.

presente caso de lo que se trata es de algo distinto en el curso de la función investigadora de la Inspección de Trabajo²⁹.

Inexistente una regla específica de atribución competencial, a nuestro juicio ha de interpretarse que el conocimiento es instrumental respecto de la concreta competencia administrativa ejercida por la correspondiente Autoridad competente. En nuestro caso, por ejemplo, lo que debe tenerse en cuenta es que la actuación de la Inspección de Trabajo en estos casos queda enmarcada en el ámbito del ejercicio de la potestad de control y subsiguiente sancionadora en el orden social. Y, a tal efecto, en estos momentos, corresponde al orden contencioso-administrativo resolver los recursos de revisión de los procedimientos administrativos sancionadores en el orden social³⁰. En la medida en que la visita inspectora se presenta como una facultad instrumental en orden al desarrollo de la labor pública de aplicación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, formando parte del mencionado procedimiento administrativo, es en estos momentos al orden contencioso-administrativo a quien ha de corresponder conceder la pertinente autorización judicial para efectuar la visita.

Ahora bien, conviene tener en cuenta que en los momentos de redactar el presente trabajo se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Social, a través del cual se procede a residenciar en el orden social de la jurisdicción la revisión de la “impugnación de resoluciones administrativas de la Autoridad laboral...las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical”³¹. Donde, por añadidura, se recoge una precisa regulación del procedimiento de concesión de la autorización judicial que venimos comentando: “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en su caso, la Administración Laboral, en el ejercicio de sus funciones, cuando el centro de trabajo sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona afectada, podrá solicitar la correspondiente autorización judicial, si el titular se opusiere o existiese riesgo de tal oposición, en relación con los procedimientos administrativos de los que conozca o pueda conocer posteriormente la jurisdicción social, o para posibilitar cualquier otra medida de inspección o control que pudiera afectar a derechos fundamentales o libertades publicas” (art. 76.6 proyecto de Ley).

De este modo, a partir de la entrada en vigor de este proyecto de Ley, si finalmente se aprueba en los términos del actual proyecto, se desplazará el conocimiento de la autorización al orden social de la jurisdicción respecto del ejercicio de la po-

²⁹ En estos términos para la correspondiente de la Inspección de Hacienda, STC 50/1995, de 23 de febrero.

³⁰ En los mismos términos, Consulta de 10 de diciembre de 2003, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo.

³¹ Art. 2.n Proyecto de Ley reguladora de la jurisdicción social (Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, 25 de febrero de 2011, núm. 110-1).

testad sancionadora en materia laboral y sindical. Eso sí, importante matización, la actuación Inspectora puede que se desarrolle también en lo que afecta al cumplimiento de la normativa de seguridad social, en particular en el ámbito de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, materia que incluso a partir de la aprobación del mencionado proyecto de Ley queda excluida del orden social la revisión de los correspondientes actos administrativos; revisión que permanecerá en el ámbito competencial del orden contencioso-administrativo³². Eso sí, conviene advertir que esta dualidad de conocimiento jurisdiccional no dejará de suscitar ineludibles problemas prácticos, especialmente teniendo presente la fuerte conexión de la normativa laboral y de Seguridad Social, de modo que una visita inspectora puede advertir la presencia de incumplimientos respecto de unos mismos trabajadores tanto de la normativa sobre contratación laboral y de prevención de riesgos laborales, como en materia de alta y cotización a la seguridad social. Ello debe permitir que, por medio de una misma y única autorización judicial que autoriza a la visita inspectora se pueda proceder a comprobar simultáneamente el cumplimiento de la legislación tanto laboral como de seguridad social, con independencia de que posteriormente la revisión judicial de la posible sanción administrativa vaya a corresponder a uno u otro orden jurisdiccional. En concreto, a nuestro juicio, de concederse una autorización judicial a la Inspección de Trabajo para proceder a personarse en el interior de un domicilio, el funcionario podrá comprobar el cumplimiento de la legislación social en su conjunto, de modo que el material probatorio obtenido pueda ser válido tanto a efectos laborales como de seguridad social.

Respecto de la vertiente más procedimental de la autorización judicial, la misma se contempla como un trámite judicial autónomo, a pesar de que la legislación procesal que comentamos la contemple dentro de la sección relativa a los “actos preparatorios y diligencias preliminares”. Es cierto que la visita de la Inspección puede desembocar en el levantamiento de un acta de infracción, de la que derive la imposición de la correspondiente sanción administrativa y, a su vez, la misma de lugar a una impugnación judicial; pero en el sentido técnico del término no se puede considerar como un acto preparatorio de una actuación judicial sino de una intervención administrativa en su caso.

Se contempla su inicio necesariamente a solicitud de la Inspección de Trabajo, entendiéndose por tal la jefatura de la Inspección y no por parte de un concreto Ins-

³² Art. 3 del proyecto de Ley: “Materias excluidas. No conocerán los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social...f) De las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria, incluidas las resoluciones dictadas en esta materia por su respectiva entidad gestora en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social y, en general, los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social; así como de los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas”.

pector de Trabajo, o bien por parte de la autoridad laboral competente en materia laboral y social. Eso sí, no es descartable que dicha solicitud se efectúe previa iniciativa de un trabajador interesado o de la propia representación colectiva de los trabajadores, conforme a la regulación general relativa a la incitación externa de la actuación inspectora. En estos casos, la visita inspectora puede tener dos finalidades diferentes. Una primera, la derivada de los supuestos aquí comentados de la labor de control del cumplimiento de la legislación social, que podrían desembocar en el levantamiento de un acta inspectora. Una segunda, deriva de la pretensión de un justiciable que quisiera preconstituir con la colaboración de la Inspección una prueba para la presentación de una posterior demanda laboral; no es el supuesto de hecho estrictamente contemplado en el precepto que venimos comentando, pero sí de manera implícita en el apartado precedente (arts. 76.5 y 90.5), pues la labor de la Inspección de colaboración con el Poder Judicial podría permitir que la misma fuera dirigida a una comprobación previa de hechos que posteriormente es difícil demostrar en el acto de juicio ni siquiera reconstruir por la vía de las diligencias para mejor proveer. En todo caso, en la medida en que esta segunda posibilidad se sitúa al margen de lo que nos ocupa directamente aquí, baste con la mera referencia a su viabilidad legal.

Respecto del momento de solicitar la autorización judicial, debe resaltarse que se trata de una alternativa autónoma y en plano de igualdad con la opción del consentimiento del afectado; es decir, la Inspección de Trabajo puede elegir libremente entre acudir al consentimiento del afectado o bien a solicitar la correspondiente autorización judicial. Dicho en sentido negativo, la autorización judicial no se presenta como una opción subsidiaria para la hipótesis de que, intentada la primera, el afectado manifiesta su oposición a conceder el mencionado consentimiento. Es cierto que la regulación legal introduce cierta confusión al indicar que ello se producirá en su defecto: “si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial” (art. 5.1. LIT). Sin embargo, ello no puede ser interpretado en un sentido de subsidiariedad, de modo que el Inspector tan solo pueda solicitar la autorización judicial una vez intentada con fracaso la primera opción de lograr el consentimiento del afectado. Primer argumento a favor de lo aquí defendido es que la previsión legal ha de interpretarse en conexión con la previsión constitucional, donde se aprecia de forma más clara que no se contemplan como opciones principal y subsidiaria, sino como alternativas sin prevalencia temporal de ninguna de ellas, pues no aparece la expresión “en su defecto”. Segundo argumento, porque la intervención judicial es suficientemente garantista de los intereses en juego, asegurando el equilibrio de tutela del derecho fundamental y del control de legalidad. Tercero, una interpretación finalista: en ciertas ocasiones resulta plenamente justificado pensar que un conocimiento previo de la visita inspectora permite un ocultamiento de pruebas, que se puede evitar acudiendo al procedimiento de la autorización judicial. Finalmente, en coherencia con todo lo

anterior, para el caso concreto de la autorización por parte del Juzgado de lo social, conforme al proyecto de Ley que venimos comentando, se deja meridianamente claro que se puede solicitar dicha autorización “si el titular se opusiere o existiere riesgo de tal oposición”.

Respecto del contenido concreto de la solicitud, la misma se encuentra estrechamente conectada con la finalidad de la actuación judicial autorizatoria. Debe tenerse en cuenta que en estos casos concurre un intenso contraste de intereses, dado que con ello se pretende conciliar la inviolabilidad del domicilio y la eficacia de la actividad de la Administración, exigible también constitucionalmente (art. 103 CE), que debe ser oportunamente ponderado por el Juzgado competente. Como viene a indicar la jurisprudencia constitucional, “El Juez, por otra parte, actúa no para controlar la legalidad y ejecutividad del acto administrativo, bastando la mera apariencia de tal, sino de la entrada domiciliaria, excepción de la inviolabilidad, para lo cual ha de comprobar que se identifica al sujeto pasivo de la medida, así como que la entrada es realmente necesaria para la efectividad de la ejecución forzosa de la decisión administrativa una vez hecho lo cual ha de adoptar las medidas precautorias imprescindibles a fin de garantizar que la irrupción se produzca sin más menoscabo de la inviolabilidad que el estrictamente conducente a su finalidad. La autorización judicial no es, por tanto, automática y exige un análisis de las circunstancias ya mencionadas, habiendo de ser motivado no sólo como carga inherente a su propia naturaleza formal sino a su contenido, consistente en la limitación de un derecho fundamental”³³. De ahí que la resolución judicial deba encontrarse suficientemente motivada³⁴.

A tenor de todo lo anterior, el escrito de solicitud por parte de la Inspección o de la Administración laboral no puede ser de mero trámite, cuyo contenido se limite a la simple petición al Juzgado de concesión de la correspondiente autorización. Por el contrario, debe identificar con precisión el domicilio a visitar, su titular y las personas que pueden residir en el mismo, los hechos o documentos que se pretenden comprobar, la identificación de la finalidad de la visita y, especialmente, la justificación de la necesidad de proceder a la visita de un domicilio en que no es viable una comprobación del cumplimiento de la legislación social por medios alternativos menos invasivos de la intimidad personal.

El contenido de la solicitud y, por tanto objeto de la resolución judicial, no es otro que el que se autorice a efectuar la pertinente visita al domicilio. Eso sí el proyecto de Ley que venimos comentando también lo contempla al objeto de “posibilitar cualquier otra medida de inspección o control que pudiera afectar a derechos fundamentales o libertades públicas” (art. 76.6). No cabe la menor duda de que cualquier actividad de control del cumplimiento de la legislación social por parte

³³ STC 50/1995, de 23 de febrero.

³⁴ STC 139/2004, de 13 de septiembre; 136/2000, de 29 de mayo.

la Inspección de Trabajo debe ser respetuosa con el conjunto de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluso en relación con el derecho a la intimidad personal cuando se procede a una visita que no se desarrolla en el domicilio de la persona afectada. Ahora bien, esa es una regla general de conducta de la Inspección de Trabajo, que se debe desarrollar en cualquier tipo de visita, incluso cuando es a un centro de trabajo que no requiere de autorización judicial. Por ello, no es fácil alcanzar a comprender esa mención tan genérica por parte de la Ley a una autorización para posibilitar una Inspección que pudiera afectar a derechos fundamentales y libertades públicas, especialmente cuando la normativa propia de la Inspección no contempla la necesidad de otra autorización judicial previa al objeto de desarrollar su labor de comprobación. De este modo, a nuestro juicio, la previsión adicional tan solo puede venir referida a un supuesto singular contemplado constitucionalmente; en concreto, cuando “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” (art. 18.3 CE). Es este caso, obviamente, también la Inspección de Trabajo se encuentra obligada a solicitar la pertinente autorización judicial para interceptar las comunicaciones por esas vías. Pero, de igual forma, más allá de este concreto supuesto, no es necesario que la Inspección de Trabajo solicite autorización judicial para desarrollar su actuación inspectora, aun cuando ello pudiera afectar a derechos fundamentales y libertades públicas, pues ninguna norma constitucional ni sustantiva se lo impone, por lo que no puede hacerlo por vía implícita una disposición procesal.

En cuanto a la tramitación procesal de la autorización, nada se contempla en la legislación correspondiente. Tratándose de una cuestión incidental, dentro de lo que formalmente se consideran actos preparatorios, sin estar constituida la relación procesal, ha de entenderse que tras la solicitud se procede sin más trámites a dictar el correspondiente auto judicial de otorgamiento o denegación de la autorización judicial. En particular, no está contemplada la realización de vista contradictoria alguna, ni siquiera de notificación al interesado para que exprese su posición al respecto. En este incidente debe estar presente sobre todo la concesión de la autorización de la visita, la garantía del control judicial imparcial e independiente, a lo que se añade el riesgo de que cualquier tipo de audiencia al interesado en una actuación preprocesal de estas características abre paso a la total ineficacia de la visita, en la medida en que posibilita el ocultamiento de las pruebas que se pretenden obtener con la visita en cuestión. Y no consideramos que ello sea contrario a ningún tipo de garantía constitucional, siempre y cuando se residencie en el órgano judicial la ponderación del respeto al principio constitucional de proporcionalidad entre la finalidad de la visita al domicilio y la invasión en el domicilio del afectado por parte de la Inspección de Trabajo; y, naturalmente sin perjuicio de las reclamaciones judiciales que procedan por el posible perjudicado en caso de actuación en sentido contrario lesivo para sus derechos constitucionales. Hubiera sido más acertado atender a la propuesta formulada por el Consejo Económico y Social

al dictaminar sobre el correspondiente anteproyecto de Ley, que proponía que el texto contemplase la audiencia al interesado titular del domicilio, salvo en el supuesto de que existieran indicios fundados de posibilidad de ocultamiento de pruebas por parte del titular del domicilio³⁵; aunque el no haberlo hecho no puede entenderse como contrario a las garantías constitucionales.

El proyecto de Ley establece que contra la resolución judicial denegando la práctica de esta diligencia no cabrá recurso alguno, sin perjuicio del que en su día pueda interponerse contra la sentencia (art. 76.7). Quiere esto decir en sentido negativo que cuando la resolución judicial conceda la autorización, la resolución será recurrible en todo caso, entendiéndose que lo que procede es interponer el recurso de reposición ante el propio Juzgado de lo Social, sin perjuicio de lo cual se llevará a efecto la resolución impugnada (art. 184 LPL). Por el contrario, cuando la resolución judicial deniegue la autorización no cabrá recurso alguno. Es cierto que el precepto abre paso a una salvedad, pero ello es referible a otros supuestos contemplados en el precepto pero en modo alguno viable materialmente para el caso que estamos analizando. En efecto, la excepción es la posibilidad de recurrir la sentencia que en su día pueda interponerse, pensando que nos encontramos ante un típico acto preparatorio, pero que no lo es en este caso: caso de que se deniegue la visita inspectora, en las más de las ocasiones no se podrá efectuar plenamente la actuación de control de la legalidad social, por lo que no sería posible proceder a levantar acta de infracción y, al no procederse a sancionar, nada se puede recurrir posteriormente que sea resuelto por medio de sentencia; por otro lado, si en algún caso excepcional, sin visita inspectora al domicilio resultó posible levantar acta de infracción sobre la base de pruebas obtenidas por otras vías, carece de todo sentido que en la posterior impugnación por parte del empleador de la sanción administrativa se proceda a reclamar frente a la resolución judicial denegatoria de la visita inspectora al domicilio.

4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESARROLLO DE LA VISITA

Legalmente se le atribuye la facultad de efectuar la visita tanto a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (art. 5.1. LIT), como a las Subinspectores de Empleo y Seguridad Social (art. 8.3 LIT). A estos efectos no se realiza ningún tipo de diferenciaciones entre ambos cuerpos de funcionarios, de modo que ambos podrán efectuar la visita inspectora, aunque sea con competencias diferenciadas, lo que incluye, por ende, también la posibilidad de que ambos sean autorizados judicialmente para efectuar la visita al domicilio.

³⁵ Dictamen 11/2010, sesión del pleno de 30 de noviembre de 2010.

La norma establece una serie de personas que pueden acompañar a la Inspección de Trabajo durante la inspección: “En el ejercicio de sus funciones, los inspectores de Trabajo y Seguridad Social tienen el carácter de autoridad pública y están autorizados para...hacerse acompañar en las visitas de inspección por los trabajadores, sus representantes y por los peritos y técnicos de la empresa o habilitados oficialmente que estimen necesario para el mejor desarrollo de la función inspectora” (art. 5.2 LIT). Téngase en cuenta que la facultad de acceso a la visita alcanza a “cuantos funcionarios públicos acompañen al inspector en su gestión comprobatoria” (art. 7.1.1 RDIT). Más aún, también se contempla la posibilidad de que el Inspector efectúe un requerimiento de presencia del representante de la empresa (art. 7.1.2 RDIT). Asimismo conviene recordar que a los Delegados de Prevención se les faculta para acompañar a los Inspectores de Trabajo en las visitas y verificaciones que realicen en los centros de trabajo (art. 36.2.a LPRL). A nuestro juicio, sin embargo, se trata de una regla general, que debe trasladarse con todas sus cautelas a los supuestos en los que la visita lo es al domicilio de una persona. En estos casos ha de interpretarse la autorización judicial de forma restrictiva, de modo que si la misma no dice nada, tan solo el Inspector podrá proceder a efectuar la visita, siendo solo viable el acceso con acompañantes si se trata de otras autoridades públicas o bien expresamente así lo ha autorizado la resolución judicial.

Legalmente se prevé que la visita debe ser notificada al empleador, si bien, tal como está contemplado este requisito formal, no se exige que ello se haga con carácter previo (art. 5.1 LIT). Ni siquiera tras el añadido posterior por vía reglamentaria del preaviso en caso de que la visita afectara a centros o dependencias de la Administración pública³⁶, pues ello fue considerado *ultra vires* en el desarrollo reglamentario por nuestro Tribunal Supremo³⁷.

Más aún, ni siquiera es obligado que la notificación se realice al inicio de la visita, por cuanto que se admite que ello quede postergado a un momento posterior: “Al efectuar una visita de inspección, deberán comunicar su presencia al empresario o a su representante o persona inspeccionada, a menos que consideren que dicha comunicación pueda perjudicar el éxito de sus funciones” (art. 5.1 p. 2 LIT). Eso sí, para el caso específico de que la visita afecte a un domicilio, como ya hemos advertido, es obligado que se obtenga el consentimiento del afectado o la correspondiente autorización judicial; lógicamente el consentimiento ha de obtenerse antes del inicio de la visita y cuando la misma se realiza previa autorización judicial la lógica lleva a que se le notifique la correspondiente resolución judicial a quienes se encuentren en la misma en el momento de iniciar dicha visita.

³⁶ Art. 3.3. RD 138/2000, de 4 de febrero.

³⁷ STS 13 de febrero de 2003, RJ 2262.

Finalmente recordar que cualquier tipo de impedimentos a la visita inspectora se considera una conducta obstaculizadora de la labor inspectora, que determina el levantamiento de la correspondiente acta de obstrucción³⁸; conducta identificable como de mayor gravedad allí donde se le notifique al interesado la existencia de una resolución judicial que habilita para la visita al correspondiente domicilio.

³⁸ Art. 50 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

GARANTÍAS JURÍDICAS DE LA ATRIBUCIÓN Y EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS: EL PRINCIPIO DE RESERVA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

José Ignacio López González
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide

ÍNDICE

1. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS COMO ELEMENTO DEFINIDOR DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL PRINCIPIO DE RESERVA DE DERECHO ADMINISTRATIVO
 - 1.1. La personificación de Derecho Público en materia de organización administrativa, como presupuesto subjetivo de la atribución por Ley de potestades administrativas
 - 1.2. Prohibición legal de atribución de potestades a entidades del sector público de Derecho Privado
 - 1.3. Encomiendas de gestión de funciones administrativas a entes de Derecho privado del sector público, en fraude de la prohibición legal y del principio de reserva de Derecho Administrativo
2. LA DELEGACIÓN DEL EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS AL SECTOR PRIVADO, DETERMINANTE DEL SOMETIMIENTO LEGAL A UN ESTATUTO SECTORIAL DE DERECHO PÚBLICO
3. LA RESERVA DE EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS EN FAVOR DEL PERSONAL SUJETO A ESTATUTO FUNCIONARIAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU INCIDENCIA EN EL MODELO DE EMPLEADO PÚBLICO DISEÑADO POR LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA
4. LA NECESARIA POSITIVACIÓN GENERAL DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE DERECHO ADMINISTRATIVO DEL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS, EN LA LEY DE BASES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS COMO ELEMENTO DEFINIDOR DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL PRINCIPIO DE RESERVA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

En el marco de las potestades públicas, poderes jurídicos que el Ordenamiento reconoce a los Poderes Públicos para el cumplimiento de sus funciones constitucionales, las potestades administrativas representan el conjunto de poderes jurídicos exorbitantes y de prerrogativa que el legislador atribuye al Poder Ejecutivo y más específicamente a las Administraciones Públicas para la satisfacción de los intereses generales que el artículo 103.1 de la Constitución les encomienda.

Hace ahora justamente cien años desde que Maurice Hauriou, en su Prefacio a la 7ª edición (1911) del *"Précis de Droit Administratif et de Droit Public"*, constataba que las prerrogativas de las Administraciones Públicas rigurosamente sometidas a la realización del bien público, eran la realidad más llamativa del Derecho Administrativo, siendo el privilegio de la decisión ejecutoria y los medios de acción directa, los elementos cardinales que lo diferenciaban del Derecho Civil y sobre los que era preciso construir el edificio del Derecho Administrativo. Unos años más tarde, en 1927, en el Prefacio a la 11ª edición, afirmaba que de las dos nociones principales del régimen administrativo francés (servicio público y poder público), no son los fines o servicios a realizar por la Administración sino los medios de realización, esto es el poder público, las prerrogativas y potestades para alcanzar dichos fines, las que fundamentan nuestro Derecho Administrativo.

Podemos concluir hoy –después de un siglo– que la constatación de HAURIU, uno de los principales creadores del sistema de Derecho Administrativo francés, ha venido a confirmarse plenamente con el progresivo desarrollo y fortalecimiento del Derecho Administrativo. En efecto, frente a la proteica y cambiante realidad de los fines y actividades a realizar por las Administraciones Públicas, son las prerrogativas de estos sujetos y las potestades administrativas que reciben para la satisfacción de los intereses generales, lo determinante del Derecho Administrativo.

Sin embargo resulta que así como en los albores de la construcción del Derecho Administrativo continental, el ejercicio de potestades administrativas por las Administraciones Públicas, representaba lo más genuino y definitorio de este nuevo ordenamiento frente al Derecho Civil, siendo una realidad entonces la ecuación existente entre funciones públicas y régimen de Derecho Administrativo, con el paso del tiempo el legislador español vino a crear –justo 50 años después de que HAURIU redactase en 1927 el prefacio a la 11ª edición del *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, sobre “*el poder público y el servicio público*”– un modelo de entidad administrativa instrumental mixta, denominado “*Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado*”. Tal originalidad fue

obra de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, que excediéndose de su función normativa natural como es la regulación de los aspectos económico-financieros del sector público, se metió a diseñar una nueva estructura jurídico-organizativa del Sector Público español, con grave perjuicio para el Derecho Público Administrativo y las garantías de los particulares. El régimen jurídico de la actividad de tales Entidades de Derecho Público, no obstante estar motivada su creación por el obligado ejercicio de funciones públicas y potestades administrativas, venía a someterse de modo general –sin otras exigencias concretas– al Derecho Privado.

La Ley General Presupuestaria de 1977, significó la más grave ruptura perpetrada –en el ámbito de la Organización administrativa– contra el régimen de Derecho Administrativo en Derecho español, llevada a cabo precisamente por quienes desde un observatorio inadecuado (Ministerio de Hacienda), innovaron con carácter general un nuevo modelo de Entidad de Derecho Público (nueva Administración instrumental) desde el prisma parcial de una Ley de carácter económico, cuyo ámbito objetivo de aplicación es exclusivamente el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero del sector público, con olvido absoluto del régimen de Derecho Público aplicable al ejercicio por estas Entidades de potestades administrativas, sin las cuales su personificación pública carecería absolutamente de sentido alguno.

El diseño consagrado por el famoso artículo 6º, apartado 1, letra b de la Ley General Presupuestaria, que ha estado vigente por desgracia algo más de 15 años (hasta su derogación por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), afectaba directamente al ámbito más genuino de toda Administración Pública, como es el régimen de Derecho Público a que queda sujeta necesariamente cuando ejerce funciones públicas administrativas; tal realidad quedaba difuminada en el régimen jurídico que se establecía para las Entidades de Derecho Público que por Ley someten su actividad al Derecho Privado.

Todo el fenómeno de las Entidades Administrativas instrumentales de régimen administrativo singular, que se fueron consolidando al amparo del artículo 5º de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, frente al régimen común previsto en la citada Ley, así como el conjunto de servicios públicos y actividades de la Administración que especialmente desde los años 40 del pasado siglo se prestan mediante sociedades mercantiles de titularidad pública, resultan una anécdota desde el punto de vista de la huida del Derecho Administrativo General, frente al grave quebranto de la ecuación Personificación de Derecho Público y Régimen Jurídico de Derecho Administrativo aplicable, que vino a significar en esta materia la aprobación de la Ley General Presupuestaria de 1977. El legislador de la Ley General Presupuestaria de 1977 olvidó absolutamente las exigencias y garantías jurídicas del Derecho Público Administrativo.

Junto a la gravedad e inseguridad jurídica que representó la regulación por vez primera en Derecho español de esta nueva tipología de Entidades de Derecho Público sujetas al Derecho Privado, que de forma tan sintética trasladaba irresponsablemente al legislador sectorial la tarea de tener que delimitar en cada caso las fronteras de lo público y lo privado en el régimen jurídico aplicable a cada nueva Entidad a constituir, se ha de añadir una nueva valoración como fue su incidencia negativa –dada la fecha de 1977– en las Comunidades Autónomas que tras la Constitución de 1978 y en base a sus respectivos Estatutos de Autonomía, comenzaron a diseñar por sí mismas su propio sector público, encontrando precisamente en el artículo 6.1.b de la citada Ley un atractivo especial para vestir con dicho ropaje jurídico formal las más importantes organizaciones y entidades administrativas instrumentales a nivel autonómico, con la consiguiente pérdida todavía mayor de garantías, desvaneciéndose así los límites entre lo público y lo privado en la Organización administrativa. No fue una mera huida del Derecho Público Administrativo, protagonizado por ejemplo por la hipertrofia del sector público mercantil y fundacional creado por la Administración, sino la vulneración frontal por el legislador estatal del régimen administrativo inherente a la atribución y ejercicio de potestades administrativas a estas Entidades de Derecho Público sujetas al Derecho Privado.

Posteriormente y a través de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, se vino a modificar la estructura jurídico-organizativa del sector público, diseñada por la Ley 11/1977 en sus artículos 4º a 6º, incorporando al elenco de Entidades (Organismos Autónomos, Entidades de la Seguridad Social y Sociedades estatales –en sus modalidades de sociedades mercantiles de participación mayoritaria del Estado o sus Organismos Autónomos, y las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado–), un nuevo apartado en el artículo 6º de la Ley 11/1977, que fue el apartado 5º, que venía a dar cobertura al *“resto de los Entes del Sector Público estatal no incluidos en estos preceptos, que se regirán por su normativa específica”*. Este nuevo apartado 5º, reproducido por el texto refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988, ha estado vigente hasta el año 2002 en que es modificado y sustituido por la Ley 50/2002, de Fundaciones, que en su Disposición Final 2ª incorpora a la Ley General Presupuestaria de 1988 (nuevo artículo 6.5) el concepto de fundaciones del sector público estatal, como nuevo tipo de entidades instrumentales.

Al amparo del apartado 5º del artículo 6º de la Ley 11/1977, General Presupuestaria, se crearon importantes Entidades de Derecho Público como fueron: la Comisión Nacional del Mercado de Valores (artículo 14 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) y la Agencia Estatal de Administración Tributaria (por el artículo 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991). Pues bien se trata de las primeras Disposiciones –con anterioridad a la Ley 30/1992 de Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas– que otorgan un tratamiento específico y diferenciado,

de Derecho Público Administrativo en todo caso, al ejercicio de las potestades administrativas y funciones públicas encomendadas por el legislador a estas Entidades, estableciendo que se sujetarán al ordenamiento jurídico público (artículo 103.2 de la Ley 31/1990) y actuarán con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo (artículo 14 de la Ley 24/1988).

Hubo que esperar a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, para garantizar una reserva legal de Derecho Administrativo en los supuestos de ejercicio de potestades administrativas por las Entidades de Derecho Público (Administraciones Públicas) vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas territoriales (artículo 2.2). Importante determinación legal de carácter general, que dada la naturaleza de la norma en la que se concreta la función constitucional del Estado definida en el artículo 149.1 18ª de la Constitución, posee además la fuerza vinculante suficiente para no poder ser desconocida por la legislación sectorial reguladora de nuevos entes instrumentales de Derecho Público, tanto a nivel estatal como autonómico y mucho menos por la propia Administración Pública.

A partir del artículo 2.2 de la Ley 30/92, se establece con carácter general desde una Ley de eminente carácter administrativo, que *“las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas..., sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”*. Con ello se repara la grave y perjudicial fisura abierta por la deficiente regulación de la Ley General Presupuestaria de 1977, por lo que en adelante el régimen jurídico administrativo resultará aplicable de modo necesario a todas las Entidades de Derecho Público, en el ejercicio de potestades administrativas.

El artículo 2.2 de la Ley 30/1992 de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas protagoniza en esta materia una de las aportaciones más oportunas, urgentes y de salvaguarda de nuestro Derecho Administrativo, garantizando frente al legislador (estatal y autonómico) y frente a las propias Administraciones Públicas, el principio de indisponibilidad del régimen jurídico aplicable a la atribución y ejercicio de potestades administrativas, que necesariamente será en todo caso un régimen de Derecho Administrativo, sin que las normas de creación y estatutarias de dichas Administraciones instrumentales puedan disponer otra cosa. Podemos afirmar que el precepto de la Ley 30/1992 lleva implícito –sin proclamarlo expresamente– un principio general de Derecho Público, como es el principio de reserva de Derecho Administrativo –reserva de régimen administrativo– en relación con la atribución y ejercicio de potestades y funciones públicas administrativas en Derecho español.

El principio de reserva de Derecho Público de la atribución y ejercicio de potestades administrativas, se fundamenta asimismo en el régimen constitucional de

las Administraciones Públicas y en las garantías constitucionales de los administrados frente a la actividad de estas, en los términos en que se expresan los artículos 103.1 y 149.1, 18ª de la Constitución. La determinación del artículo 149.1, 18ª de la Constitución, atribuyendo al Estado *“las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas”*, representa bastante más que un mero reparto constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sobre una materia compartida (bases y desarrollo del régimen de las Administraciones Públicas). Por el contrario, la determinación estatal del régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas, significa a su vez el haz de garantías nucleares del régimen constitucional de las mismas en cuanto Poderes Públicos así como de garantías jurídicas de los administrados, protagonizadas todas ellas, por exigencias de los artículos 9.3, 103.1 y 106.1 de la Constitución.

En definitiva, estimamos que el artículo 2.2 de la Ley 30/1992 en el que justificamos la existencia en Derecho español de un principio de reserva de Derecho Administrativo en relación con la atribución y el ejercicio de potestades administrativas, se fundamenta en el régimen constitucional del principio de legalidad de la Administración (necesaria adecuación entre ejercicio de funciones públicas y régimen de Derecho Público), así como en las garantías constitucionales de los administrados cuyo tratamiento común frente al ejercicio de potestades administrativas hace indisponible para el legislador y la propia Administración, el sometimiento de aquéllos a las garantías jurídicas del Derecho Administrativo.

1.1. La personificación de Derecho Público en materia de organización administrativa, como presupuesto subjetivo de la atribución por ley de potestades administrativas

La ecuación clásica existente entre forma de personificación y régimen jurídico aplicable, continúa siendo una exigencia tratándose de la atribución de competencias que representen el ejercicio de potestades administrativas. Sólo la personificación de Derecho Público posibilita que la Ley atribuya funciones administrativas a entidades instrumentales de esa naturaleza.

Existe por tanto un núcleo indisponible para el legislador como es que la atribución de potestades administrativas queda reservada a las personas jurídico-públicas, por su condición de sujetos pertenecientes al Poder Público Administrativo, en nuestro caso. La condición de Administración Pública exige que los entes administrativos instrumentales hayan de ostentar necesariamente personalidad de Derecho Público, manifestación del conjunto de poderes jurídicos y prerrogativas que el legislador les reconoce, en cuanto medios de poder público para satisfacer los intereses generales.

No es posible en el ámbito de la Organización administrativa, crear sujetos con personalidad de Derecho Público, entes administrativos de Derecho Público, sin que el legislador les atribuya expresamente un núcleo formal de competencias estrechamente vinculadas a las funciones públicas del ente administrativo matriz promotor de su creación. De otro modo resultaría contradictorio crear entidades de Derecho Público sin atribuirles funciones y potestades administrativas. El principio de adecuación de formas jurídicas a fines de la Administración (Fernando Garrido Falla y José María Fernández Pastrana en *“Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas”*, 2ª edición, 1995. Página 73), exigirá la creación de entes instrumentales de Derecho Privado (sociedades mercantiles y fundaciones) cuando el objeto social de tales entidades sean actuaciones que material y formalmente no representan la atribución de potestad administrativa alguna; en caso contrario resultará obligado para asumir competencias de Derecho Público la creación de Entidades de Derecho Público.

El fenómeno de la personificación de Derecho Público se conecta directamente con la atribución de poderes y funciones administrativas a la Entidad, lo que representa necesariamente el sometimiento sustancial a un régimen de Derecho Administrativo, sin perjuicio del sometimiento instrumental en mayor o menor medida al Derecho Privado. En consecuencia no resultan correctas las expresiones utilizadas por el legislador con referencia al régimen jurídico de los entes administrativos instrumentales de las Administraciones Públicas, cuando se afirma *“ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, que somete su actividad al Derecho Privado”*. La actividad de una Entidad de Derecho Público es la función administrativa típica para la que se crea, que en modo alguno puede remitirse al Derecho Privado; además de ser equívoca la definición de la entidad en tales términos, se omite con ello el régimen jurídico sustantivo de Derecho Administrativo que disciplina la formación de la voluntad de estas entidades y el ejercicio por las mismas de potestades administrativas que tienen atribuidas por el legislador. Es esta realidad la que justifica su personificación de Derecho Público; el uso del Derecho Privado es instrumental, en la medida de su compatibilidad con las garantías del Derecho Público exigidas por la propia naturaleza de la entidad. Así pues la definición de estas entidades debería expresar, a modo como se afirma en el artículo 2.2 de la Ley 30/1992: *“Entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, que someten a Derecho Administrativo el ejercicio de potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”*.

1.2. Prohibición legal de atribución de potestades a entidades del sector público de Derecho Privado

La primera regulación que de forma expresa viene a prohibir el ejercicio de potestades administrativas por entidades de Derecho Privado pertenecientes al sector

público, la encontramos en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones. Esta Ley vino a diseñar por vez primera, en su Capítulo XI, el régimen aplicable a las fundaciones constituidas mayoritariamente por entidades del sector público estatal, aportando una regulación específica más allá del mero reconocimiento de la capacidad de las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones (artículo 6.4 de la vieja Ley 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones). El artículo 46.1 letra a) de la Ley 50/2002 estableció como una de las limitaciones a que están sujetas las *fundaciones del sector público* estatal, la de que “*no podrán ejercer potestades públicas*”. Esta prohibición legal se corresponde plenamente con el principio de reserva de Derecho Administrativo postulado por nuestro Ordenamiento Jurídico constitucional, que sintetiza y regula el artículo 2.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en su condición de legislación estatal básica.

Llama la atención como tantas veces se ha denunciado que determinadas fundaciones públicas tengan atribuidas potestades administrativas y las sigan ejercitando en fraude del principio de reserva de Derecho Administrativo establecido en Derecho español. El caso de la denominada equívocamente Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, que es una Fundación pública estatal, resulta especialmente llamativo.

La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en su artículo 32 establecía que mediante Acuerdo de Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria, el Gobierno autorizará la constitución de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación. Es cierto que no obstante la denominación de la Entidad, sólo a partir del año 2006 (Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos) se establece en España un régimen jurídico general de las Agencias Estatales, por lo que el mandato de la Ley Orgánica 6/2001, en dicha fecha, habría de canalizarse necesariamente a través de la tipología más adecuada de Entidades de Derecho Público dependientes del Estado, como eran a partir de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, las *Entidades Públicas Empresariales* de sus artículos 53 y siguientes (que posibilita el ejercicio por tales entidades de potestades administrativas) o las *Entidades de sus Disposiciones Adicionales 9ª y 10ª*, en las que la propia LOFAGE alojaba a determinadas Agencias Estatales existentes en esa fecha (la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y la Agencia Española de Protección de Datos).

No se precisa argumentar mucho para demostrar que –con independencia del órgano administrativo del Ministerio de Educación que exteriorice finalmente los actos administrativos– la ANECA tiene encomendados fines fundacionales de indudable carácter público como son actividades de evaluación, de certificación y acreditación (artículo 5º de los Estatutos), de establecimiento de protocolos de verificación y acreditación de Títulos Oficiales, con emisión de informes preceptivos y determinantes (artículo 25 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el

que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales), establecimiento de normas constitutivas del Código Ético cuyo incumplimiento puede determinar la propuesta de revocación de la condición de miembro de la Comisión de Acreditación correspondiente (artículo 8 del Real Decreto 1312/2007, de 5 de diciembre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios), etc.

Sin embargo el Gobierno decidió crear la ANECA por Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002, como Fundación Pública Estatal. Tras la aprobación cinco meses después de la Ley 50/2002, de Fundaciones, que regulaba de forma específica en su Capítulo XI las Fundaciones del sector público estatal, la Disposición Transitoria Segunda de la misma ordenaba que *“las fundaciones del sector público estatal ya constituidas deberán, en su caso, adaptar sus Estatutos a lo dispuesto en el Capítulo XI de la presente Ley, en el plazo de dos años a contar desde la fecha de su entrada en vigor”*. Por consiguiente resultaba obligatorio para el Estado modificar el régimen jurídico de la ANECA, inviable a partir de enero de 2005 como Fundación Estatal a la vista de sus fines fundacionales (dos años a partir de la entrada en vigor de la Ley 50/2002 previsto en su Disposición Final Quinta para el 1 de enero de 2003). Esto no ha sido así y actualmente ocho años después de la entrada en vigor para la ANECA, de la prohibición del artículo 46.1, letra a) de la Ley 50/2002, que de forma expresa y clara establece para las fundaciones del sector público estatal que *“no podrán ejercer potestades públicas”*, continuamos incomprensiblemente contemplando la realización de típicas funciones administrativas que representan sin duda alguna ejercicio de potestades administrativas por parte de una Entidad de Derecho privado de titularidad estatal, sujeta necesariamente –su régimen estatutario es puramente reglamentario– a las disposiciones que sobre Fundaciones del Sector Públicos Estatal se contemplan (Capítulo XI) en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Insistimos una vez más en la obligación legal de adecuar la forma jurídica de los entes instrumentales del sector público a las funciones que se les encomienda; en tal sentido y por mucho que se pretenda deslindar entre el plano interno y el plano externo de la función administrativa encomendada, lo cierto es que formalmente y en el caso de la ANECA, el principio de reserva de Derecho Administrativo que nuestro Ordenamiento Jurídico garantiza para la atribución y ejercicio de potestades administrativas, se ve vulnerado frontalmente con el mantenimiento de esta situación.

La segunda referencia legislativa de la prohibición en nuestro Derecho de ejercicio de potestades administrativas por entidades privadas del sector público, en este caso en relación con las *sociedades mercantiles*, tuvo lugar en el año 2003 a través de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que vino a modificar en su Disposición Final 1ª nº 3, la Disposición Adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), estable-

ciendo con referencia a las sociedades mercantiles estatales que *“en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”*. La expresión es del todo equivalente a facultades que impliquen ejercicio de potestades públicas o potestades administrativas, en definitiva poderes exorbitantes del Derecho Privado, de conformidad con su propia naturaleza, que en modo alguno podrán atribuirse a estas entidades como objeto social de su actividad.

Asimismo y por lo que se refiere al ámbito de las Entidades Locales, fue la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, la que introdujo en la modificación de la Ley 7/1985 de las Bases del Régimen Local, un nuevo apartado 3º del artículo 85, estableciendo que *“en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”*. Es cierto que esta expresión referida a servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad no tiene el mismo ámbito material tratándose de la gestión indirecta de servicios públicos (a través por ejemplo de un concesionario de servicio público, artículo 253, letra a de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público) que de la creación de sociedades mercantiles del sector público local, donde la expresión es necesariamente más amplia y del todo equivalente a potestades administrativas. A los concesionarios de servicios públicos el ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de ejercicio de potestades administrativas como expresa el artículo 2, letra d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el que se establece que el orden jurisdiccional Contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con *“los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente”*.

Por lo que se refiere al ámbito del sector público de las Administraciones Autonómicas, los respectivos legisladores de las Comunidades Autónomas han ido asumiendo determinaciones semejantes con ocasión de la aprobación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas autonómicas. En el caso de Andalucía, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en reiteradas ocasiones (artículos 12.1; 52.3 y 75.2) preceptúa que las entidades instrumentales privadas (sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz) *“no podrán ejercer potestades administrativas”*.

La prohibición legal impide no sólo atribuir potestades administrativas a las entidades privadas del sector público, con ocasión de la delimitación en sus respectivos estatutos, del objeto social o los fines fundacionales de la entidad, sino asimismo encomendarles —en su condición de medio propio instrumental de la Administración— el ejercicio de potestades, funciones o facultades sujetas al Derecho

Administrativo, como acertadamente establece el artículo 106 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

1.3. Encomiendas de gestión de funciones administrativas a entes de Derecho Privado del sector público, en fraude de la prohibición legal y del principio de reserva de Derecho Administrativo

Nos parece importante destacar aquí el interés para esta materia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 (Sala 3ª, Secc. 5ª, Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 1823) en la que se viene a anular en casación el Decreto 117/1998, de 9 de junio del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se ampliaba el objeto social de la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A. (EGMASA) de la Junta de Andalucía. La disposición, dado que innova y modifica el objeto social de la empresa pública ambiental, fue impugnada por un sindicato de funcionarios primero ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que no le reconoció legitimación y posteriormente en casación, siendo declarada nula por el Tribunal Supremo, que tras reconocer la legitimación del sindicato, aprecia la nulidad radical del Decreto impugnado por omisión del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de la disposición.

A nuestros efectos resulta de interés comentar y criticar la argumentación realizada por la Sentencia en sus Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo, cuando afirma:

“Consideramos nosotros que estamos claramente ante una disposición de carácter general, que innova el ordenamiento jurídico autonómico porque, como ya hemos apuntado, dicho Decreto modifica el objeto social de la empresa pública ambiental.

En la nueva configuración del objeto social se prevé expresamente que la empresa pueda desarrollar algunas actividades que tradicionalmente eran desempeñadas, de manera directa, por la Administración y que en algunos casos, dependiendo de su ejercicio, supone el desapoderamiento de ésta y por tanto de sus funcionarios, de facultades que implican el ejercicio de potestades públicas, si bien así será según se desarrolle ese objeto social.

El texto del artículo 2.1 del Decreto declara que se incluye dentro del objeto social en general la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente y, a continuación enumera un amplio listado de actividades a desarrollar como parte de dicho objeto societario.

Dentro de ese objeto social, la mayoría de las actividades nominativamente contempladas no han de suponer un riesgo de privatización de potestades públicas, pero en otros casos puede no ser así.

El conflicto estriba en que no nos encontramos, estricta y formalmente, ante una norma atributiva de competencias, debiéndose recordar que desde el punto de vista del Derecho Mercantil el objeto social de la empresa constituye el giro que se pretende alcanzar, determinando las actividades que lo integran, con independencia de que finalmente dicho tráfico se materialice y que, por tanto, las previsiones que se contemplen en el objeto social de la empresa pública no determinan necesariamente que esas actividades no puedan seguir siendo desempeñadas por la Administración de la que depende, pues, desde un prisma mercantil, la empresa pública sólo puede realizar aquello que esté dentro del giro o tráfico propio de su objeto social, pero el hecho de que ciertas actuaciones estén incluidas en el mismo no significa necesariamente que las desarrolle de manera que incidan en las potestades Públicas...

Depende por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas...

Ahora bien, que el incumplimiento efectivo de las normas de Derecho Público no quede acreditada no implica que la potencial trascendencia de la norma que se impugna y la existencia o, al menos, apariencia de ese riesgo cierto exijan que a la elaboración de la disposición se le dote de mayores garantías formales, garantías que se refuerzan con la negociación colectiva, la participación ciudadana y la intervención de órganos consultivos de naturaleza científico-jurídica.

Serán las concretas encomiendas de gestión, y en general las actuaciones que EGMASA desarrolle como medio propio de la Administración, las que en su caso determinen la atribución a los empleados de la empresa pública de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas..."

Como hemos indicado anteriormente el Tribunal que es crítico con la elaboración de disposiciones generales precisadas de mayores garantías formales, centra su análisis en la causa generadora de estos problemas protagonizada por la omisión del trámite audiencia en el procedimiento de elaboración de la norma. Sin embargo creemos que la invalidez del Decreto por este motivo, del todo razonable, no impide que en nuestra opinión se estimara el recurso también por vulneración del principio de reserva de Derecho Público para la atribución y ejercicio de potestades administrativas, que en la fecha de aprobación del Decreto 117/1998, era preciso derivar del artículo 2.2. de la Ley 30/92 de Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en los términos expuestos anteriormente.

El principio de reserva de Derecho Administrativo para la atribución y ejercicio de potestades administrativas, que consagra el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, impide que a través de un amplio listado de actividades a desarrollar como parte del nuevo objeto social de la entidad mercantil, pueda la Administración competente atribuirle potestades públicas. No es posible que la ampliación del objeto social de

la empresa pueda capacitarla para recibir encomiendas de la Administración que representen ejercicio de potestades administrativas. Los propios estatutos de la entidad mercantil deben reflejar expresamente los límites jurídicos de las nuevas actividades que formalmente se le atribuyen a la entidad mercantil, por razones de seguridad jurídica y de evitar fraudes de ley: expresamente se diseñan estatutariamente y a favor de la entidad mercantil actividades genéricas que amplían su objeto social, con lo que no se vulnera expresamente el principio de reserva de Derecho Administrativo del ejercicio de potestades administrativas y posteriormente, mediante encomiendas de gestión que pueden pasar más desapercibidas para la generalidad, se le atribuyen actuaciones que protagonizan el ejercicio de auténticas potestades públicas o de autoridad. En definitiva si en los Estatutos se opta por fórmulas como la utilizada por el Decreto 117/1998 que el Tribunal Supremo invalida, estimamos que el principio de reserva de Derecho Administrativo que afecta al ejercicio de potestades administrativas, exige por razones de seguridad jurídica que expresamente se haga constar que el desempeño de tales actividades no podrá implicar ejercicio de potestades administrativas.

De conformidad con lo dicho hasta aquí, el principio de reserva al Derecho Administrativo de la atribución y ejercicio de potestades administrativas, garantizado por el artículo 2.2 de la Ley 30/1992 de Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, no puede ser desconocido por el propio legislador, dado que la función constitucional asignada a la legislación estatal básica vincula también al propio legislador estatal en tanto no se modifique por este. En este sentido queremos llamar la atención acerca de la reordenación llevada a cabo en la actividad de Loterías y Apuestas del Estado a través del Real Decreto–Ley 13/2010, de 3 de diciembre, sobre actuaciones liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. En lo relativo a Loterías y Apuestas del Estado (artículo 14) se crea la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, tras cuya inscripción en el registro Mercantil, se extinguirá el ente público empresarial Loterías y Apuestas del Estado que ha venido gestionando en exclusiva y hasta la fecha los juegos de titularidad estatal.

Pues bien el apartado 3º del artículo 14 del Real Decreto–Ley 13/2010 determina lo siguiente, en contra del principio de reserva de Derecho Administrativo de la atribución y ejercicio de potestades administrativas:

“Tres. Se encomienda a la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado el ejercicio de las competencias administrativas que pudieran corresponder en relación con los puntos de venta de la red comercial de la extinta entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado que, en virtud de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, continúan rigiéndose transitoriamente por la normativa administrativa que resultare de aplicación. A estos efectos, el personal de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, ejercerá en virtud de la presente enco-

mienda de gestión, las potestades administrativas necesarias en relación con los citados puntos de venta, con excepción de las de carácter sancionador que se ejercerán por el órgano al que se refiere el apartado Cuatro siguiente.

Cuatro. Un vez se extinga la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado, las competencias relacionadas con el ejercicio de las funciones reguladoras del mercado del juego a nivel estatal, y especialmente, las recogidas en el artículo 5, 5 bis y 3.1 in fine del Estatuto de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado, aprobado por Real Decreto 2069/1999, de 30 de diciembre, se atribuirán al Ministerio de Economía y Hacienda, y serán ejercidas por el órgano directivo del departamento que se designe en el Acuerdo del Consejo de Ministros al que se refiere el apartado Uno de esta Disposición

La encomienda de gestión en la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado que establece el artículo 14.3 del Real Decreto-Ley 13/2010, es una actuación contraria y de derogación singular de la Disposición Adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, que afirma rotundamente que “*en ningún caso* –con referencia a las sociedades mercantiles del Estado– *podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública*”. Pero simultáneamente el Real Decreto-Ley representa un fraude al artículo 2.2. de la Ley 30/1992, que es legislación estatal básica en materia de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. El principio de reserva de Derecho Administrativo vinculante para toda atribución y ejercicio de potestades administrativas, expresado en el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, es expresión del régimen constitucional de garantías jurídicas frente a la actuación de los Poderes Públicos; no es posible ejercicio de actos de autoridad sin estar disciplinados por las garantías del Derecho Público Administrativo, como elemento nuclear y exigencia del Estado de Derecho.

Hasta tal punto no existe un tratamiento claro del alcance y significado de la prohibición legal de ejercicio de potestades administrativas por entes instrumentales de Derecho privado de la Administración, que no sorprende observar en la legislación importantes imprecisiones generadoras de inseguridad jurídica para los administrados. Recientemente por Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de reordenación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, modifica el objeto y funciones de la empresa pública “Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha, S.A.”, a la que después de delimitar de forma excesivamente genérica su objeto social, concluye afirmando que “*la empresa pública Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha, S.A., en ningún caso podrá disponer por sí misma de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública*”. El precepto puede dar a entender que sería posible el ejercicio por esta sociedad mercantil de potestades administrativas mediante encomienda de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, lo cual significa una interpretación errónea y del todo equívoca. Sin duda el legislador al introducir la ex-

presión “por sí misma”, transmite que el alcance de la prohibición no afecta a posibles facultades que se le encomienden. Frente a estas imprecisiones legales, relevantes para la seguridad jurídica de los administrados, es necesario concluir que la atribución y ejercicio de potestades administrativas en Derecho español queda reservada al régimen de Derecho Público, por lo que a un ente del sector público sujeto al Derecho privado no les es posible el ejercicio de tales potestades ni como facultades propias ni delegadas u objeto de una encomienda de gestión.

2. LA DELEGACIÓN DE EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS AL SECTOR PRIVADO, DETERMINANTE DEL SOMETIMIENTO LEGAL A UN ESTATUTO SECTORIAL DE DERECHO PÚBLICO

Los fenómenos de autoadministración y delegación de funciones administrativas (T. Ramón Fernández en “*Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración*”, 1972) constituyen una manifestación clásica en Derecho Administrativo, para explicar los múltiples supuestos en los que el legislador habilita a sujetos privados para el ejercicio de determinadas potestades administrativas, para cuyo desenvolvimiento la ley articula el correspondiente estatuto sectorial de Derecho Público. Los ejemplos más tradicionales que protagonizan el ejercicio de potestades administrativas por sujetos privados, son sin duda los concesionarios de servicios públicos y las denominadas entidades colaboradoras de la Administración (entidades de certificación, de inspección, de control, auditoría, verificación, etc.).

En ambos supuestos de ejercicio de funciones públicas administrativas por sujetos o empresas privadas, el legislador sectorial (legislación de contratos del sector público, seguridad industrial, ambiental, seguridad aérea, etc.) establece y somete a estos particulares —en relación con las potestades administrativas delegadas— a un verdadero estatuto sectorial de Derecho Público (régimen jurídico específico de normas de habilitación, obligaciones legales, control por la Administración, régimen disciplinario, etc.), que salvaguarda tanto el concreto ejercicio de dichas actividades como las garantías de los administrados afectados por su actividad. En definitiva tales funciones se someten a un régimen de Derecho Administrativo cuyo control corresponde a la Administración titular de la actividad.

En tales casos el principio de reserva de Derecho Administrativo aplicable a la atribución y ejercicio de potestades administrativas, queda respetado en la medida en que los fenómenos de autoadministración quedan sujetos a normas de Derecho Administrativo, correspondiendo su fiscalización jurisdiccional a los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo.

Siendo así que los concesionarios de servicios públicos tienen atribuidas por la legislación facultades administrativas, hasta el punto de que la Ley 29/1998, de 13 de

julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa (artículo 2º, letra d) determina que este orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: “*d) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente*”, es preciso aclarar el alcance del actual artículo 251.1 (contratos de gestión de servicios públicos) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando afirma que “*en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*”. Tal prohibición viene recogida en términos idénticos en la legislación española de contratos administrativos desde la Ley 13/1995, de 18 de mayo (artículo 156.1) y el anterior texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (artículo 155.1), contemplándose también para el contrato de servicios (artículo 196.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000 y artículo 277.1 de la Ley 30/2007). Igualmente esta prohibición se recoge en la Ley de Bases del Régimen Local, a partir de la reforma de 2003, en el artículo 85.3, en los siguientes términos; “*en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad*”.

Es obvio que en tales casos la expresión “*servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*”, resulta más restrictiva que la relativa a “*potestades administrativas*” a que se refiere por ejemplo el artículo 2º de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso–administrativa. Se trata en tales supuestos del desempeño de *servicios de autoridad* que como tales no son susceptibles de gestionarse o prestarse indirectamente sino tan sólo a través de funcionarios y de la propia Organización administrativa. Por el contrario el ejercicio de determinadas potestades administrativas es perfectamente compatible con su desempeño por sujetos privados, a los que en su condición de concesionarios de un servicio público el legislador somete a un régimen sectorial de Derecho Administrativo, en congruencia con el ejercicio de las funciones públicas atribuidas

3. LA RESERVA DE EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS A FAVOR DEL PERSONAL SUJETO A ESTATUTO FUNCIONARIAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SU INCIDENCIA EN EL MODELO DE EMPLEADO PÚBLICO DISEÑADO POR LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

En el seno de las Organizaciones administrativas, el artículo 9.2 de la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, establece que

“en todo caso el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezcan”. El precepto conecta con lo dispuesto en el artículo 6 del propio Estatuto Básico del Empleado Público, que con referencia al desarrollo del mismo afirma que las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas.

En los términos en que se expresa el artículo 9.2 de la Ley 7/2007, pudiera parecer a primera vista que la reserva legal del ejercicio de funciones que impliquen potestades administrativas a favor de los funcionarios públicos, va a depender del desarrollo que del Estatuto Básico hagan las distintas Comunidades Autónomas en sus respectivas Leyes de la Función Pública. Estimamos sin embargo que el precepto tan sólo pretende ser respetuoso con la competencia propia de las Comunidades Autónomas que deberán desarrollar lo que en el precepto se ordena con absoluta nitidez, esto es la atribución exclusiva a los funcionarios públicos del ejercicio de funciones que impliquen directa o indirectamente el ejercicio de potestades administrativas.

No obstante es posible que las Comunidades Autónomas diseñen diferentes modelos de ordenación y gestión de su Función Pública, con predominio de personal sujeto a estatuto funcional o de personal laboral, por lo que la incidencia del mandato legal puede plantear mayor o menor dificultad y problemas diversos según el modelo que se adopte.

El modelo de la Ley 10/2010 de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valencia, responde a un modelo de funcionarización de los empleados públicos, como lo demuestran por ejemplo los artículos 15, 17, 37 y 38. En efecto, se afirma que con carácter general, los puestos de trabajo se clasificarán de naturaleza funcional y, en todo caso, aquellos cuyo desempeño implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales (artículo 37). Sólo podrán ser clasificados como puestos de naturaleza laboral aquellos que impliquen el ejercicio de un oficio concreto (artículo 38). El personal funcionario de carrera desempeñará las funciones que se atribuyen a los puestos clasificados con dicha naturaleza en la presente ley y, en todo caso, y con carácter exclusivo, aquellas cuyo ejercicio implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales (artículo 15.3). Finalmente y con referencia al personal laboral, se afirma que únicamente podrá llevar a cabo las funciones que se atribuyen a los puestos clasificados con dicha naturaleza según la presente ley. El personal laboral no podrá ocupar puestos de trabajo clasificados para personal funcionario. El quebrantamiento de esta prohibición dará lugar a la nulidad del acto

correspondiente (artículo 17.4 y 5). En consecuencia, las disposiciones adicionales y transitorias de la Ley 10/2010, de ordenación y gestión de la Función Pública de Valencia, abordan importantes procesos de funcionarización de personal laboral junto a procedimientos de regularización.

En el caso de Andalucía, si bien es cierto que todavía no se ha elaborado una Ley de Función Pública en desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público (sustituyendo a la todavía vigente Ley 6/1985), no es menos cierto que con ocasión del Decreto–Ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del Decreto–Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, se acogen determinaciones que afectan a la materia que nos ocupa, con ocasión de las modificaciones introducidas por estos Decretos–Leyes en la Ley 9/2007, de 12 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. La urgencia de tal modificación es tributaria de la pretendida reordenación de entidades del sector público y del modelo subyacente de laboralización del empleo público –no expresamente declarado por la norma– pero resultante a partir del régimen de las agencias públicas empresariales, que resultan una tipología mayoritaria en el sector público andaluz.

En este modelo resulta llamativo el esfuerzo de ingeniería jurídica para no desatender y vulnerar lo preceptuado por el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público. Con esta finalidad parece redactarse la modificación introducida en el nuevo artículo 69 de la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía:

“2. Las agencias públicas empresariales ejercerán únicamente las potestades administrativas que expresamente se les atribuyan y sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad...”

3. En el caso de que se trate de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales que deban corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública, podrá llevarlas a cabo, bajo la dirección funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita. A tal fin, podrán configurarse en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial.

La dependencia de este personal supondrá su integración funcional en la estructura de la agencia, con sujeción a las instrucciones y órdenes de servicio de los órganos directivos de la misma, quienes ejercerán las potestades que a tal efecto establece la normativa general. El decreto por el que se aprueben los estatutos de la agencia contendrán las prescripciones nece-

sarias para concretar el régimen de dependencia funcional, la jornada y horario de trabajo y las retribuciones en concepto de evaluación por desempeño; asimismo, contendrá las relativas al sistema de recursos administrativos que procedan contra los actos que se dicten en ejercicio de las potestades administrativas atribuidas a la agencia”.

El diseño resulta tan novedoso como complejo en su realización. Si se crean agencias públicas empresariales es porque la Entidad de Derecho Público instrumental precisa realizar funciones públicas administrativas; de no ser así se habría de acudir a un ente instrumental de Derecho Privado (sociedad mercantil del sector público, normalmente), por lo que resulta disfuncional que tales potestades administrativas atribuidas a la agencia y asignadas por los estatutos expresamente a determinados órganos de la misma, hayan de ser ejercidas por funcionarios que sólo funcionalmente se integran en la agencia y dependen del personal directivo de la misma, a cuyas instrucciones y órdenes de servicio quedan sujetos.

Tal planteamiento resulta a primera vista puramente instrumental, en orden a salvaguardar el objetivo de laboralización del personal de las Agencias Públicas empresariales y poder refundir en ellas el personal laboral procedente de las múltiples sociedades mercantiles del sector público que será preciso suprimir. En todo caso el planteamiento se hace de espaldas a la urgente y obligada ordenación de la Función Pública en Andalucía.

Recientemente se ha aprobado la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía (BOJA, nº 36, de 21 de febrero), que trae causa del Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre. En esta importante Ley se aborda además de la reordenación del sector público, una incisiva modificación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que resulta especialmente relevante en materia del régimen jurídico de las Agencias Públicas Empresariales. Con referencia al presente trabajo se ha de llamar la atención acerca de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 1/2011, dedicada al “*Personal directivo de las Agencias*” y en la que con referencia al mismo se determina lo siguiente: “*Los puestos de trabajo que tengan asignadas tareas de dirección que estén relacionadas con el ejercicio de potestades públicas serán desempeñados, en todo caso, por personal directivo que tenga la condición de funcionario de carrera o por quienes sean nombrados por el Consejo de Gobierno como gerentes o jefes de personal de las agencias*”. Una vez más la disyuntiva viene a vulnerar la reserva que en términos de exclusividad establece el artículo 9.2 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público; la Disposición Adicional Quinta de la Ley 1/2011 cuando menos resulta equívoca, por lo que conviene concluir afirmando que los puestos de dirección que estén relacionados con el ejercicio de potestades públicas –sean nombrados o no por el Consejo de Gobierno– deberán ser desempeñados siempre por funcionarios de carrera, dado que cualquier otra interpretación del texto desconocería el mandato (artículo 9.2) de la legislación básica del Estado.

4. LA NECESARIA POSITIVACIÓN GENERAL DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE DERECHO ADMINISTRATIVO DEL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS, EN LA LEY DE BASES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La Ley 30/1992, de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, debería establecer una regulación global acerca del ejercicio de potestades administrativas, comprensiva de este fenómeno tanto en el seno de la Organización administrativa (entes instrumentales de la Administración), como con referencia a los particulares (supuestos de delegación por ley de funciones administrativas), exigiendo en todo caso el sometimiento necesario al Derecho Administrativo de las actividades que protagonizan el ejercicio de potestades administrativas.

Como ha podido comprobarse a lo largo del presente trabajo existe una gran dispersión a nivel estatal, autonómico y local acerca del régimen jurídico y tratamiento que el legislador formula acerca de la atribución y el ejercicio de potestades administrativas, que exigiría una regulación unitaria –por razones de seguridad jurídica– en un texto legislativo básico como la Ley 30/92, de aplicación transversal y vinculante para todas las Administraciones Públicas; ningún texto normativo más adecuado para acoger una regulación de esta materia y proclamar en términos generales el principio de reserva de Derecho Administrativo, sin fisuras y en términos claros.

En cuanto al contenido de la regulación, el principio de reserva de Derecho Administrativo del ejercicio de potestades administrativas, ha de contemplar necesariamente las siguientes determinaciones:

- a En el ámbito de la Organización administrativa, las potestades administrativas sólo son susceptibles de ser atribuidas y ejercidas por Entidades de Derecho Público, vinculadas o dependientes de la Administración Pública. Entes instrumentales de la Administración de Derecho Público. En el sector público el ejercicio de potestades administrativas queda exclusivamente reservado a las entidades dotadas de personalidad jurídica de Derecho Público.
- b La regulación de esta materia debe contemplar además y expresamente, la prohibición legal de atribuir (objeto social o fin fundacional) potestades administrativas a entidades de Derecho Privado del Sector Público al igual que se debe prohibir que a través de encomiendas de gestión a estas entidades pueda atribuírseles el ejercicio de potestades administrativas. En definitiva en el ámbito de la Organización administrativa es preciso que la forma jurídica de personificación se corresponda necesariamente con el ejercicio o no de potestades administrativas, al objeto de salvaguardar la seguridad jurídica y los derechos de los administrados.

- c Tal y como ya establece hoy el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, estas Entidades de Derecho Público sujetarán su actividad a la presente Ley en el ejercicio de potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.
- d Se ha de aprovechar al propio tiempo para reconducir a la regulación del ejercicio de las potestades administrativas, a llevar a cabo por la Ley 30/1992, el contenido explícito del artículo 9.2 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, en lo relativo a que corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y demás Administraciones Públicas.
- e En cuanto al ejercicio de potestades administrativas por particulares, fenómeno este del que nuestro ordenamiento jurídico nos ofrece múltiples manifestaciones, es preciso proclamar asimismo el principio de reserva de Derecho Administrativo, sin perjuicio de la remisión a la legislación sectorial que resulte de aplicación, en la que se encontrarán auténticos estatutos de Derecho Público que disciplinan el ejercicio de dichas potestades administrativas.

Finalmente hay que decir que el incumplimiento del principio de reserva de Derecho Administrativo, más frecuente en el ámbito de la Organización administrativa, ha de conllevar la nulidad de los actos que puedan dictarse vulnerando el mandato legal. Los actos contrarios a las normas prohibitivas, dice el artículo 6.3 del Título Preliminar del Código Civil, son nulos de pleno derecho. En tales términos de nulidad se expresa como ya quedó dicho, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana.

Razones de seguridad jurídica y las garantías jurídicas de los administrados, demandan hoy que en Derecho español el régimen de atribución y ejercicio de potestades administrativas, se someta al principio de reserva de Derecho Administrativo y se proclame este de modo expreso y claro en una Ley básica de aplicación general a todas las Administraciones Públicas.

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS CONDICIONES LABORALES DE LOS CONTROLADORES AÉREOS

Fernando Elorza Guerrero

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

“No se nace hecho. Cada día uno se va perfeccionando en lo personal y en lo laboral, hasta llegar al punto más alto, a la plenitud de cualidades, a la eminencia. Esto se conoce en lo elevado del gusto, en la pureza de la inteligencia, en lo maduro del juicio, en la limpieza de la voluntad. Algunos nunca llegan a ser cabales, siempre les falta algo; otros tardan en hacerse. El hombre consumado, sabio en dichos, cuerdo en hechos, es admitido, e incluso deseado, en el grupo singular de los discretos”.

Oráculo manual y arte de prudencia
Baltasar Gracián, 1647

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. MOTIVACIÓN Y ALCANCE DEL R.D.-L. 1/2010, DE 5 DE FEBRERO (DEROGADO POR LA LEY 9/2010, DE 14 DE ABRIL)
3. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA 47/2010 DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN RELACIÓN CON LA LEY 9/2010
4. REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LA RELACIÓN LEY – CONVENIO COLECTIVO Y LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO A LA VISTA DE LA DOCTRINA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

1. INTRODUCCIÓN

Creo oportuno, antes de entrar en materia, realizar alguna consideración sobre la razón que me ha llevado a elegir este tema como contribución al libro en homenaje a mi querido maestro, y con el tiempo entrañable amigo, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez. Y en ese sentido comienzo recordando algunas de sus primeras palabras en su libro *La intervención del Estado en los conflictos colectivos de trabajo*, publicado por el Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla en 1972 – en cuyo origen está su tesis doctoral dirigida por el maestro Manuel Alonso Olea y la razón del tema por el que he optado –, donde ya entonces se advertía que (pág. 1) “*Las responsabilidades que el Estado ha tomado sobre sí frente a la sociedad han venido creciendo incesantemente. Pero no se trata tan sólo de un aumento de funciones: paralelamente a este crecimiento, se ha producido la aparición de nuevas técnicas de intervención, la transformación y desaparición de otras. Quiero esto decir que es necesario enfrentarse, no solamente con un problema de comparación de grado de intervención, sino también y muy principalmente de un cambio de tipo de intervención. El cambio ha sido de tal naturaleza que ha podido decirse que, posiblemente, no se trate ya del mismo Estado que el que actuaba a principios del siglo XX*”.

Pues bien, en la historia reciente de la conflictividad laboral española posiblemente el desencuentro entre los controladores de tránsito aéreo y sus sucesivos patronos – en un principio el Ministerio de Transportes (1966 – 1992), con posterioridad el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) (a partir de 1992)– que puede considerarse que comenzó con la huelga de celo de 13 de agosto de 1976, y que a lo largo de los años ha pasado por períodos de intensidad distinta, constituye uno de los conflictos más duraderos en el tiempo y también con mayores repercusiones sociales. Hasta la fecha, dicho conflicto ha alcanzando su punto álgido con los “sucesos” (no entro en su calificación por no ser objeto del tema que me ocupa en este momento) que determinaron el cese en su actividad de la mayoría de los controladores aéreos los días 3 y 4 de diciembre de 2010, que provocó la paralización total e injustificada del tráfico aéreo, imposibilitando con ello el desplazamiento por aire de miles de españoles, al tiempo que se perjudicaba gravemente la economía nacional, y que determinó al Gobierno a declarar el estado de alarma por primera vez desde la aprobación de la vigente Constitución española.

El agravamiento del más o menos larvado, e intermitente en su continuidad, conflicto laboral, tuvo un primer hito significativo en estos últimos meses en la promulgación por el Gobierno del Real Decreto-Ley 1/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, y que se dictó tras concluir éste que las negociaciones del II convenio colectivo no terminaban de evo-

lucionar en la dirección del acuerdo¹. Señalaba el maestro Alonso Olea en el prólogo a la obra antes indicada, y coincidiendo con el profesor Rodríguez-Sañudo, que con carácter general la intervención del Estado en los conflictos colectivos podía calificarse bien como “intervención dirimente”, cuando “el Estado busca, con o sin la interposición de los buenos oficios de sus funcionarios una solución paccionada”, bien como “intervención no dirimente” que “sucede a la anterior, y que es normalmente consecuencia de su fracaso, en la que el Estado norma porque las partes no han podido obtener el acuerdo que es requisito inexcusable para el ejercicio de su potestad conjunta de normar”. Indudablemente, el R.D.-L 1/2010, de 5 de febrero, reviste los caracteres propios de lo que debe considerarse una intervención no dirimente. Intervención que, sin embargo, atesora unas características que la hacen sumamente significativa por las implicaciones que, a nuestro juicio, tiene en cuanto a la forma de concebir el gobierno de las relaciones laborales y el diálogo entre la ley y la negociación colectiva.

Como resulta conocido, la aprobación de dicho R.D.-L., derogado posteriormente por la Ley 9/2010, de 14 de abril, provocó la interposición de sendas demandas de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional, por parte de la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA), contra Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) y el Ministerio de Fomento y Obras Públicas, fundamentalmente, que dieron lugar a sendas sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, concretamente la núm. 47/2010, de 10 de mayo de 2010, y la núm. 49/2010, de 12 de mayo. No obstante, en el caso de la sentencia 49/2010, se ha de advertir que la misma apreció de oficio la existencia de litispendencia en relación con el procedimiento 41/2010 – que fue resuelto por la sentencia de 10 de mayo de 2010 – por lo que desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto. Por ello, nuestra reflexión se centrará en la consideración de la fundamentación jurídica y fallo de la dictada en primer término, la 47/2010.

2. MOTIVACIÓN Y ALCANCE DEL R.D.-L 1/2010, DE 5 DE FEBRERO (DEROGADO POR LA LEY 9/2010, DE 14 DE ABRIL)

Hemos señalado anteriormente que el conflicto colectivo laboral que ha dado lugar a dos sentencias sucesivas de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

¹ Sobre esta cuestión puede ser de utilidad la consulta de: García Quiñones, J.C.: “Aspectos laborales del Real Decreto-Ley 1/2010, de 5 de febrero, y de la posterior Ley 9/2010, de 14 de abril, sobre los controladores civiles de tránsito aéreo”, La Ley, núm. 7408, mayo de 2010; Molina Navarrete, C.: Ley, orden socioeconómico y autonomía colectiva: “metiendo en vereda” a los controladores aéreos”, CEF Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 327, 2010; Nieto Menor, M.: “Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo”, Revista de Derecho del Transporte, núm. 4, 2010.

concitó algunos elementos fácticos que desde luego lo convierten en un conflicto con una repercusión social notable, y que también entendemos marca un cierto hito en la forma en que en pleno siglo XXI puede producirse la intervención de la Administración en los conflictos laborales, y cómo ésta puede, o debe, relacionarse con la autonomía colectiva consagrada en nuestra Constitución. Comencemos en ese sentido por recordar que el R.D.-L 1/2010, de 5 de febrero, justificó su existencia por la necesidad de establecer la *“garantía de la seguridad y continuidad en la prestación de servicios de tránsito aéreo, la viabilidad económica de nuestro sistema de navegación aérea en el marco europeo, así como el cumplimiento de los requisitos impuestos por los reglamentos comunitarios sobre Cielo Único Europeo, [que] exigen que se adopten medidas inmediatas y urgentes en relación con la entidad pública AENA”*.

Concretamente, el Gobierno – que en este caso recordemos actuó al amparo del art. 86 de la Constitución, norma que prevé la acción normativa directa del Gobierno en *“caso de extraordinaria y urgente necesidad”* – esgrimió en primer término los elevados costes de la navegación aérea de AENA en el entorno europeo (uno de los más altos se afirma) como una de las razones que precipitaron la acción gubernamental, y concretamente sus costes laborales, ejemplificado en el coste que supone la retribución de las horas *“de ampliación laboral”*, una suerte de horas extraordinarias, que se pagan a 2,65 veces la retribución de la hora ordinaria. En segundo lugar, señaló a la *“traslación del conjunto de las facultades inherentes al poder de dirección de la empresa a sus controladores que ha tenido lugar en virtud de los derechos reconocidos a éstos en el I convenio colectivo profesional suscrito en 1999”*. Por último, se esgrimió la necesidad insoslayable de una reestructuración de nuestro sistema de navegación aérea, para dotarlo de estabilidad y garantizar su futuro, lo que para el Gobierno pasaba por un lado por la instalación de los sistemas AFIS (servicios de información de vuelo de aeródromo) en aeródromos de escaso volumen de tráfico, prescindiendo por tanto de los correspondientes controladores de tránsito aéreo, y por otro porque se posibilitara el acceso de otros proveedores de servicios, debidamente certificados por una autoridad europea de supervisión, a la prestación de servicios de control de tránsito aéreo en aeródromos españoles.

En base a las circunstancias antes señaladas en la Exposición de Motivos del R.D.-L se señaló la *“necesaria y urgente”* necesidad de proceder a: a) la adopción de medidas que se consideran imprescindibles para posibilitar la apertura de la prestación de servicios de navegación aérea a nuevos proveedores certificados; b) la modificación transitoria de ciertas condiciones laborales de los controladores de AENA para garantizar que dicha entidad, en tanto continúe siendo el único prestador de servicios, sea capaz de prestarlos de forma segura, eficaz, continuada y económicamente sostenible. En relación con el primer aspecto, destacan tres medidas centrales: 1º atribución a los proveedores de servicio de tránsito aéreo con carácter indisponible de las facultades de organización, planificación, dirección,

gestión, supervisión y control de su prestación; 2º establecimiento de nuevas reglas relativas al tiempo de actividad y descanso del personal de tránsito aéreo, que debe complementarse por el Gobierno mediante R.D. (en concreto, R.D. 1001/2010, de 5 de agosto, modificado en parte por el R.D.-L. 13/2010, de 3 de diciembre); 3º fijación de un régimen de incumplimientos que tenga por destinatarios tanto a los proveedores del servicio como a su personal. Por lo que respecta a la modificación transitoria de ciertas condiciones laborales las actuaciones principales se centraron en: 1º suspender el derecho de los controladores a obtener la denominada licencia especial retribuida – que permitía que los controladores dejaran de trabajar a los 52 años, percibiendo el salario ordinario fijo hasta alcanzar la edad de jubilación ordinaria –, no condicionada a las necesidades del servicio ni sujeta a conformidad del empleador, a efectos de garantizar la continuidad y seguridad de la prestación de servicios de tránsito aéreo; 2º establecer como jornada de necesaria realización 1.750 horas con carácter anual – la media de 2009, incluido el tiempo de descanso y las guardias localizadas –; 3º facultar a AENA, con ciertas limitaciones, para que, en tanto no se acordara y publicara un nuevo convenio colectivo, pudiera decidir el desplazamiento temporal de sus trabajadores conforme a lo dispuesto en el ET.

Como es conocido, la regulación de las condiciones de trabajo contenidas en el R.D.-L. modificaron de forma transitoria, pero efectiva, algunas de las condiciones laborales más relevantes que venían disfrutando los controladores de tránsito aéreo en aplicación de I Convenio colectivo entre AENA y el colectivo de controladores de circulación aérea, vigente desde 1 de enero de 1999, ultraactivo a partir del 1 de enero de 2005, y que tras el vencimiento el 1 de abril de 2010 de los pactos extraestatutarios de prolongación de jornada, había vuelto a cobrar pleno protagonismo, destacando en ese sentido el establecimiento de una jornada laboral obligatoria de 1200 horas, que contrastaba con la referida media del año 2009 – de 1.750 horas –, lo que ciertamente complicaba la prestación con garantías del servicio. No en vano, en la propia Exposición de Motivos del R.D.-L. se advertía que la jornada obligatoria prevista en el I Convenio (1.200 horas) “*haría necesaria una reducción global de todas las operaciones de transporte aéreo equivalente al 40% de la demanda prevista*”, cuando no situaría los costes de personal en unos niveles difícilmente asumibles en la actual coyuntura económica general, y del propio sector en particular, pues recordemos que las denominadas “horas de ampliación laboral” (horas extraordinarias), se retribuían a 2,65 veces la hora ordinaria.

Esta derogación de facto del referido I Convenio colectivo entre AENA y los controladores de tránsito aéreo por el R.D.-L. constituyó el leitmotiv de la acción procesal del sindicato USCA. No obstante, conviene advertir desde un principio que las demandas interpuestas por USCA no se dirigieron concretamente contra el R.D.-L., sino que la pretensión principal se centraba en solicitar que se declararan nulos y sin efectos los actos que habían privado a los controladores aéreos, a su juicio, de derechos reconocidos convencionalmente, de forma que se les repusiera en los mismos. Por ello, aunque inicialmente el Gobierno impidió la aplicación del con-

venio colectivo mediante la promulgación del R.D.-L., a partir del 15 de abril de 2010 la norma que desempeñó ese cometido es la Ley 9/2010, de 14 de abril, que vino a derogar el mencionado R.D.-L., razón por la que finalmente la Audiencia Nacional se concentró en el estudio de dicha Ley, pues nada reclamó concretamente el sindicato USCA en relación con el referido R.D.-L.

3. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA 47/2010 DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN RELACIÓN CON LA LEY 9/2010

Los argumentos fundamentales de la sentencia, expuestos de la manera más resumida posible al tratarse de una sentencia de 64 páginas, son los siguientes:

Primero.— La intervención del legislador en los contenidos de la negociación colectiva no comporta en modo alguno vulneración del principio de autonomía colectiva consagrado por el art. 37.1 CE, sobre todo cuando el empleador es la Administración Pública, pues ésta se rige por el principio de legalidad. No en vano, los Tribunales españoles (STS de 9 de marzo de 1992, con cita de la STC 11/1981) han establecido que no es admisible que “*el derecho a la autonomía colectiva equivalga al reconocimiento de una bolsa de absoluta y total autonomía*”, afirmándose la primacía de la ley respecto de la autonomía colectiva en aquellos aspectos en que ésta tiene un carácter inderogable, inalterable e indisponible.

Segundo.— Es totalmente ajustado a derecho que el legislador se reserve espacios concretos que se regularían normalmente mediante la negociación colectiva cuando “*concurran situaciones excepcionales o casos especiales*” (STS de 16 de enero de 2008).

Tercero.— Partiendo de la base de que ningún derecho fundamental es absoluto y que todos registran límites ante la necesidad de hacer compatibles los mismos con los demás derechos y bienes jurídicos protegidos por la Constitución, ha de tenerse en cuenta que “*no basta que la intervención del legislador sea adecuada y necesaria, sino que es obligado que supere razonablemente el juicio de proporcionalidad*”, en definitiva: “*que no suponga un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la restricción del derecho*”.

Cuarto.— De conformidad con la doctrina de la STC 281/2005 debe tenerse en cuenta que el contenido del derecho fundamental de libertad sindical “*no se agota en ese doble plano, esencial y adicional de fuente legal o convencional, dado que pueden también existir derechos sindicalmente caracterizados que tengan su fuente de asignación en una concesión unilateral del empresario*” (STC 132/200 y 269/2000), si bien “*la posibilidad de invalidación de lo previamente concedido tendrá su límite en que no se verifique la supresión con una motivación antisindical*” (STC 269/2000).

Quinto.— Se rechaza que la Ley 9/2010 pueda considerarse una “*ley de caso*”

único”, cuya finalidad sea privar de derechos, reconocidos en convenio colectivo estatutario prorrogado. Por el contrario debe, recordarse que la doctrina constitucional *“ha admitido la regulación específica de leyes, que afecten a sectores concretos, aunque puedan concurrir restricciones de derechos, que respeten en todo caso su contenido esencial, cuando concurren circunstancias excepcionales, que pongan en peligro otros bienes y derechos protegidos constitucionalmente”* (STC 166/1986; STS (Sala 4ª) 16 de enero de 2008). Nos encontramos en ese sentido ante *“una ley reguladora de la prestación de servicios del tránsito aéreo, cuyo acometimiento era inexcusable (...) para garantizar la continuidad de un servicio, cuya esencialidad es notoria, que se había puesto precisamente en claro peligro como consecuencia de la negociación colectiva”* (F.J. 12º).

Sexto.— Para valorar la acción legislativa cuestionada se ha de tener en cuenta que la Dirección General de Aviación Civil ha concluido que AENA se ha convertido en uno de los proveedores de servicio más ineficientes de nuestro entorno europeo y que no se encontraba en condiciones de cumplir ajustadamente el Reglamento comunitario 2096/2005/CE, por el que se establecen requisitos comunes para la prestación de servicios de navegación aérea. Y que EUROCONTROL ha puesto de manifiesto que la actual situación de AENA, especialmente en su relación coste –eficiencia, arroja unos resultados tan alejados de la media europea que si se hubieran mantenido imposibilitarían la consecución de los objetivos marcados en el Reglamento 1070/2009/CE, así como los objetivos de la Comisión Europea para la red de gestión del tráfico aéreo a partir de 2011.

Séptimo.— Las ineficiencias esenciales de AENA se deben específicamente a razones como: a) elevado déficit crónico de la jornada obligatoria; b) incremento significativo de la jornada adicional que pasó de 170 horas en 1999 a 600 horas en 2008; c) incremento de la tasa de navegación aérea, como consecuencia de la evolución de los costes de personal, en un 60% entre 2000 y 2003 y un 17,5% entre 2004 y 2009 (en definitiva un 50% más alta que la media europea en 2009). Todos estos factores explican el déficit de AENA (más de 200 millones de euros respecto a la tasa de aproximación para 2010), que cuestiona su sostenibilidad económica y financiera, al tiempo que le imposibilita competir adecuadamente, dado que su tarifa de ruta supera en un 50% la media europea, y le impide el cumplimiento del Reglamento comunitario 2096/2005, sin que la decisión de congelar la citada tarifa para 2010 impida que continúe siendo la más alta de Europa. En atención a todo ello, puede *“concluirse razonablemente, que la intervención del legislador no sólo era obligada, sino que era imprescindible para corregir en el plazo más breve posible de tiempo una situación calamitosa, debiendo resaltarse, a estos efectos, que la Ley 9/2010, de 14 de abril, se ha ajustado básicamente a las recomendaciones, realizadas por la Dirección General de Aviación Civil”*.

Octavo.— El I Convenio colectivo *“es un convenio atípico (...) cuyo denominador común consiste en que se prima siempre los intereses de los controladores aéreos y nunca el servicio público de tránsito aéreo, que resulta preterido ante*

cualquier colisión con los intereses de la categoría” (F.J. 13^a). Además, AENA comparte con USCA una parte sustancial de sus competencias sobre *“organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación del servicio, mediante la delegación de parte de las mismas en las denominadas Comisiones Permanentes”*. Se produce así un desplazamiento del poder de dirección y control de la actividad laboral – e incluso una renuncia del ente público a sus derechos en materia disciplinaria – desde la dirección de AENA a esta Comisión Permanente *“lo que ha tenido influencia decisiva para producir los resultados calamitosos en el servicio”* señalados. Puede afirmarse que el estatuto obtenido por vía convencional *“constituye indudablemente la mejor regulación de las condiciones de trabajo para una categoría de trabajadores, que se ha producido jamás en la historia de la negociación colectiva española”* – incluido un fondo social millonario financiado por AENA cuyo tomador es USCA, por lo que sólo beneficia a su afiliados –.

Noveno.– Pese a todo, la especificidad más significativa de la negociación colectiva lo constituyen los acuerdos que precedieron al I Convenio – Acuerdos de 21 de febrero de 1992 en el que se estableció el “Estatuto del Controlador Aéreo” (recogido en su integridad posteriormente en el convenio), y los acuerdos de prolongación de jornada vigentes desde 1999 hasta el 31 de marzo de 2010 – y que nunca tuvieron la autorización de la CECIR, *“careciendo por tanto, de un requisito constitutivo para su validez, dado que las leyes de presupuestos dejan perfectamente claro que los acuerdos que no cuenten con dicha autorización serán nulos de pleno derecho”* (F.J. 13).

Décimo.– La intervención legislativa incide sobre los contenidos concretos de la negociación colectiva que han causado la situación descrita, se debe de calificar de *“idónea”*, pues la situación creada sólo podía resolverse mediante la mencionada intervención legislativa, al tiempo que *“proporcionada”*, pues *“aunque se hayan restringido derechos reconocidos mediante convenio colectivo estatutario, que estaba prorrogado, (...) el sacrificio, impuesto a los controladores, ha sido el mínimo posible para garantizar la seguridad y continuidad del servicio, cuya viabilidad se puso precisamente en peligro como consecuencia de la negociación colectiva controvertida”* (F.J. 13).

Undécimo.– No cabe duda de la constitucionalidad del art. 2.2 de la Ley 9/2010 – que otorga al proveedor civil de servicios de tránsito aéreo, en exclusiva, la organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación de dichos servicios – toda vez que se trata de un precepto que se proyecta sobre todos los proveedores civiles, argumento éste que también avala la viabilidad legal de la D.A. 4^a de dicha ley en lo referente al establecimiento de límites al desempeño de funciones operativas, situación de reserva activa y jubilación. Igualmente, nada se ha de objetar a la indisponibilidad de las facultades reconocidas a los mencionados proveedores toda vez que la medida pretende fortalecer su poder de dirección, o a la limitación de los tiempos de actividad y descanso (art. 3), al tiempo que no cabe

apreciar violación del principio de presunción de inocencia – de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal (STC 30/1992) – en la posibilidad que establece el art. 4.2 de la ley de poder ordenar la suspensión provisional de empleo y sueldo con ocasión de la incoación de un expediente disciplinario (F.J. 14).

4. REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LA RELACIÓN LEY – CONVENIO COLECTIVO Y LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO A LA VISTA DE LA DOCTRINA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

La intervención de la Administración española en el conflicto sostenido en el tiempo entre el ente público AENA y sus controladores civiles de tránsito aéreo, en un primer momento mediante la promulgación del R.D.-L. 1/2010, posteriormente mediante la aprobación por el Parlamento español de la Ley 9/2010, acogida con general satisfacción por parte de la ciudadanía, plantea sin embargo, a nuestro juicio, algunos interrogantes sobre su adecuación tanto desde una perspectiva jurídica como de desarrollo de nuestro sistema de relaciones laborales.

Ciertamente, la intervención administrativa en este conflicto constituye un hito relevante en lo que es el devenir de nuestras relaciones laborales en los últimos treinta años, aunque sólo sea por el carácter extraordinario de la misma y el contexto en que ésta se produce. No obstante, debe recordarse que no es una situación única, pues tiempo atrás el sector aeronáutico también conoció intervenciones por Decreto-Ley con incidencia sobre el convenio colectivo vigente, bien es verdad que de un tenor distinto al que nos ocupa, pues en el caso del R.D.-L. 6/1999, de 16 de abril, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia – antecedente al que nos referimos –, lo que se hizo es modificar la Ley 48/1960, de 21 de julio, a efectos de ajustar la misma al marco de la libre circulación de trabajadores, posibilitando a todo ciudadano europeo, en posesión del título de piloto y la licencia correspondiente, el acceso al puesto de comandante de aeronave civil, modificación normativa que afectó en última instancia a lo dispuesto por el entonces V Convenio colectivo de Iberia L.A.E. y sus tripulantes pilotos, que vio derogado en la práctica sus arts. 23 y 38, ante la exigencia legal de tratar en igualdad de condiciones a los pilotos de Estados miembros de la UE que pretendieran acceder al mencionado puesto de comandante en España. Recordemos en ese sentido, como ya se ha señalado y por contraste, que la intervención administrativa de 2010 se produce tras un largo desencuentro en el proceso negociador que se venían desarrollando por AENA y el sindicato USCA desde el 31 de diciembre de 2004, y al que el ente público empresarial pone fin el 5 de febrero de 2010 tras constatar, tras más de 65 reuniones, la imposibilidad de un acuerdo.

Como es conocido, ese mismo día el Gobierno publica en el BOE el R.D.-L. 1/2010, una norma que si bien en la práctica impone la derogación en gran medida

del I Convenio colectivo, curiosamente se presenta como la consecuencia de dos necesidades muy distintas como son (párrafo 14º Exposición de Motivos): a) la garantía de la seguridad y continuidad en la prestación de servicios de tránsito aéreo, y la viabilidad de nuestro sistema de navegación aérea en el marco europeo; b) el cumplimiento de los requisitos impuestos por los Reglamentos comunitarios sobre Cielo Único Europeo. Y sin embargo lo cierto es que las medidas que se adoptan de forma “*necesaria y urgente*” se orientan a quebrar la posición preeminente en el sistema aeronáutico español obtenida por el colectivo de controladores, con la anuencia, todo sea dicho, del propio poder público.

En ese sentido, la intervención pública nos suscita básicamente dos interrogantes: uno que tiene que ver con la concurrencia de factores suficientes como para apreciar la existencia de una “extraordinaria y urgente necesidad” en el sentido del art. 86 CE; el otro con la consideración del derecho de negociación colectiva y las dudas que legítimamente se pueden plantear sobre si la intervención de la Administración ha sido respetuosa con la autonomía colectiva que reconoce nuestra Constitución.

Como sabemos, la Audiencia Nacional no entró a considerar si concurrían los requisitos del art. 86 CE por la sencilla razón de que el sindicato USCA no planteó esta cuestión, sino que centró el *petitum* de su demanda en solicitar la declaración como nulos y sin efectos de los actos que privaron a sus afiliados de los derechos reconocidos por el I Convenio colectivo, por lo que al entrar en vigor la Ley 9/2010 el mismo día de su publicación (15 de abril de 2010), que es el día en que tuvo lugar la comparecencia en la Audiencia Nacional, ésta se centro en analizar la Ley, al estar derogado el R.D.-L. Y sin embargo, pese a no haberse planteado, estimamos que cabe plantearse importantes dudas sobre su oportunidad constitucional.

Comencemos en ese sentido recordando que el art. 86 CE establece tanto unos límites materiales al uso del Decreto-Ley, como unos límites formales. Los primeros tienen que ver con las consabidas materias excluidas de su ámbito, de forma que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general. Cuándo se puede considerar afectada algunas de estas materias constituye una de las primeras dificultades a enfrentar en esta materia, por su carácter jurídico indeterminado, de forma que como cabe deducir de la jurisprudencia del TC (STC 111/1983; 60/1986 o 3/1988), ni la interpretación hermenéutica del término “afectar” puede ser demasiado extensa, so pena de convertir en inútil el instrumento normativo establecido por el art. 86 CE, ni tampoco excesivamente reducida, pues se correría el riesgo de perjudicar el disfrute y ejercicio de los derechos constitucionales en unos niveles constitucionalmente inaceptables; no en vano, recuérdese que el TC en más de un caso ha recordado que además de los expresados límites materiales, tampoco podrá afectarse por Decreto-Ley “*las materias reservadas a la Ley Orgánica, o aquellas otras para las que la Constitución prevea ex-*

presis verbis la intervención de los órganos parlamentarios bajo forma de Ley” (STC 60/1986).

Los segundos, los formales, guardan relación con la apreciación de la existencia del presupuesto habilitante para la adopción de un Decreto-Ley, y concretamente con la concurrencia de una “extraordinaria” y “urgente necesidad”. Concepto jurídico indeterminado respecto del que el propio TC, en sus primeros años de actividad, señaló en su momento que la actuación gubernativa debe estar motivada por “una necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de leyes” (STC 6/1983; 60/1986; 225/1993; ó 228/1993). De tal forma que el control de constitucionalidad *ex post* debería centrarse por un lado en determinar la existencia de una situación urgente en sí misma, y por otro en verificar la existencia de un nexo causal entre la premura estimada por el Gobierno y las medidas puestas en marcha para enfrentarlas (STC 11/2002).

Esta doctrina contribuyó en parte a que a lo largo de los años los sucesivos Gobiernos se habituaran a recurrir con frecuencia a fórmulas casi rituales para justificar el Decreto-Ley de turno, cuando no se obviaba cualquier consideración mínimamente detenida sobre la concurrencia de la urgente y extraordinaria necesidad, de forma que resulta altamente significativo el que en los últimos años la media de Decretos-Leyes emitidos ronde anualmente los quince, dato que manifiesta un uso bastante regular de la institución jurídica. Situación que, sin embargo, ha registrado una novedad significativa con la doctrina sentada en fechas más recientes por el TC en su sentencia 68/2007, en relación con el R.D.-L. 5/2002, de 24 de mayo, sobre medidas urgentes para la reforma de la protección por desempleo y la mejora de la ocupabilidad, en la que el Alto Tribunal realizó un control de constitucionalidad de carácter más estricto que los realizados hasta ese momento, y que concluyó con la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del mencionado R.D.-L.

Como resulta conocido, la STC 68/2007 advirtió en su día que para controlar la concurrencia del presupuesto habilitante – recuérdese, la situación de “extraordinaria y urgente necesidad” – resulta preciso analizar por un lado “los motivos que, habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, hayan sido explicitados de una forma razonada”, y por otro “la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma”. En cuanto al primer factor, el Tribunal descartó considerar como tales las “razones de justicia social” esgrimidas – criticando de forma contundente “la utilización de fórmulas rituales de una marcada abstracción” –, así como el argumento explicitado en el preámbulo del R.D.-L. que refería la necesidad de “evitar comportamientos que impidan o dificulten alcanzar los objetivos” previstos en el mismo, de tal manera que para el TC el deseo de inmediatez “no constituye en sí mismo una razón en términos de justificación

constitucional”, toda vez que no se apreciaban en el caso enjuiciado “*las alegadas razones relacionadas con eventuales actuaciones o comportamientos que pudieran impedir u obstaculizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos*”. En ese sentido, recordaba el Alto Tribunal que, si bien no podrá considerarse que el R.D.-L. sea un instrumento jurídico circunscrito a situaciones de “*fuerza mayor o emergencia*”, lo cierto es que sí resultaba exigible “*la concurrencia de ciertas notas de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que determinen la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, bien sea por el procedimiento ordinario o por el de urgencia*”, pues la no satisfacción de los “*estrictos límites a que la Constitución ha sometido el ejercicio del poder legislativo del Gobierno (...) supondría excluir prácticamente en bloque del procedimiento legislativo parlamentario el conjunto de la legislación laboral y de Seguridad Social*”.

En cuanto al segundo factor a considerar en estos casos – recordemos, la conexión entre la urgencia definida y la medida o medidas planteadas en el R.D.-L. –, en el caso concreto analizado el TC consideró que se constataba que las medidas decretadas respondían “*más que a una actuación de urgencia para hacer frente a una problemática emergente en los ámbitos económico y del empleo, a una exigencia de mejor adaptación de la regulación existente*” a la evolución del mercado y la economía. De tal manera que para el Alto Tribunal las medidas que integraban el R.D.-L. respondían “*más al esquema propio de los tratamientos continuados preventivos y de acompañamiento que al de las acciones quirúrgicas de emergencia*”. A más, y en esta ocasión se hace una consideración que resulta especialmente interesante desde la perspectiva que nos ocupa, el TC llegó a afirmar que: “*las consecuencias que en el procedimiento legislativo hayan de extraerse de los resultados obtenidos en el diálogo social previo y del acuerdo o de la falta de acuerdo con las organizaciones empresariales y sindicales participantes en el mismo habrá de valorarse y, en su caso, articularse debidamente por los titulares de la potestad legislativa, pero no pueden quedar predeterminadas o condicionadas, en lo que constituiría una flagrante vulneración del procedimiento legislativo parlamentario, mediante decisiones adoptadas al amparo de la potestad reconocida al Gobierno para dictar disposiciones legislativas de urgencia cuando no concurra el presupuesto habilitante de éstas*”. Advirtiéndose además que “*en ningún momento se ha justificado cuáles serían los perjuicios y obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario, en su caso por el trámite de urgencia*”.

Pues bien, en nuestro caso nos encontramos con que el R.D.-L. 1/2010, tras una larga exposición de razones y hechos, concreta en su párrafo 14º la adopción de “*medidas inmediatas y urgentes en relación con la entidad pública AENA*” en la necesidad de: 1º garantizar la seguridad y continuidad en la prestación de servicios de tránsito aéreo; 2º posibilitar la viabilidad económica de nuestro sistema de nave-

gación aérea en el marco europeo; 3º cumplir con los requisitos impuestos por los Reglamentos comunitarios sobre Cielo Único Europeo. Si se observa con detenimiento estas tres razones, se ha de advertir que la justificación de la acción normativa del Gobierno se concentra en tres argumentos de distinta naturaleza, en unos casos de carácter estructural y sostenido en el tiempo, en otros de carácter puntual, y casi se podría afirmar, inmediato.

En efecto, en el primer grupo entendemos que pueden incluirse los motivos reseñados en 2º y 3º lugar, por tanto la garantía de la viabilidad económica de nuestro sistema de navegación aérea y el cumplimiento de los requisitos impuestos por la UE en relación con el Cielo Único Europeo. Motivaciones respecto a las que hay que advertir su carácter duradero en el tiempo, y por tanto previsible, y respecto de las que difícilmente se puede apreciar las notas exigidas por la STC 68/2007 para considerar justificada la acción normativa del Gobierno: excepcionalidad, relevancia, gravedad e imprevisibilidad. En ese sentido, cabe preguntarse si el cumplimiento de los mencionados motivos no podría haberse obtenido por la vía del procedimiento legislativo ordinario – tramitación ordinaria de una ley –, cuestión a la que creemos se puede responder afirmativamente, por lo que podemos concluir, parafraseando a la propia STC 68/2007, que en el presente caso no se aprecia *“la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes”*, justificativa de la adopción de medidas legislativas por Real Decreto–Ley. Es más, nos parece que es mucho aventurar, como hace el propio R.D.-L. como argumento justificativo de la urgente actuación gubernativa, que *“no puede desconocerse que la modificación del régimen jurídico vigente que se acomete, de ser conocido con anticipación, podría generar el efecto indeseado de provocar conductas que podrían poner en grave riesgo la eficacia de la reforma misma, dadas las capacidades de presión absolutamente exorbitantes adquiridas por los controladores aéreos a través de la negociación colectiva”*.

Distinta es, sin embargo, la conclusión a la que, en nuestra opinión, se puede llegar en el caso de la motivación esgrimida en primer lugar, aquella que hace referencia a la garantía de la seguridad y continuidad de la prestación de servicios de tránsito aéreo. Y ello porque en el presente caso sí entendemos que hay elementos, empleando palabras ya citadas del TC en su sentencia 68/2007, que pueden justificar la necesidad de una acción normativa de carácter inmediato ante la amenaza de colapso del sistema. Básicamente, la justificación, a nuestro juicio, se concentra sobre todo en el déficit crónico de la jornada obligatoria a realizar por los controladores aéreos, y que como se recoge en la propia sentencia de la AN supuso que la jornada adicional del controlador (horas extraordinarias) pasara de 170 horas en 1999 a 600 horas en 2008, *“deteriorándose los índices de productividad e incrementándose de manera extraordinaria el coste de la jornada adicional pasando a representar en torno al 50% del coste de control”*, circunstancia ésta a la que contribuyó la desmesurada retribución de dicha jornada adicional – que recordemos se

estableció en 2,65 veces la hora ordinaria –. A nuestro juicio, la situación económica general, y de AENA en particular, hacían difícilmente sostenible en el tiempo el mantenimiento de una situación como esta, que visto además el fracaso absoluto del diálogo AENA – representación de los controladores aéreos no hacía presagiar nada bueno para nuestro sistema aeroportuario. En ese sentido, no se puede tampoco desconocer el peligro evidente de colapso que podía plantearse como consecuencia de un desarrollo ordinario del régimen de la jornada y turnos de trabajo pactados en el I Convenio colectivo, donde la prolongación de la jornada era voluntaria –resultando clave para el funcionamiento correcto del sistema aeroportuario– y la programación de turnos registraba una significativa rigidez.

Con todo, y pese a que en relación con algunos aspectos del R.D.-L. podemos advertir la concurrencia de razones justificativas en el sentido indicado, cabe plantearse si, por un lado, la intervención del Estado es razonable, dada la naturaleza de AENA en cuanto entidad pública empresarial, y por otro, si se trata de una actuación evitable por otros cauces susceptibles de dar una solución razonable a la conflictiva realidad laboral. Cuestiones ambas que vamos a entroncar con la posterior promulgación de Ley 9/2010, ley que antes que convalidar el R.D.-L. 1/2010, derogó el mismo como sabemos (D.D. Única), introduciendo incluso novedades en la regulación de las condiciones laborales de los controladores aéreos no contempladas por el propio R.D.-L. – recuérdese, D.A. 4ª (límites al desempeño de funciones operativas, situación de reserva activa y jubilación); D.A. 6ª (enfoque preventivo de la seguridad e introducción de la doctrina de la cultura justa de seguridad); algunos aspectos de la D.A. 1ª (medidas transitorias en relación al actual prestador de servicios de tránsito aéreo), y de la D.F. 3ª (desarrollo reglamentario del tiempo de actividad y descanso en el sector de los servicios de tránsito aéreo) –. Toca en definitiva reflexionar sobre el segundo aspecto sobre el que nos interrogamos al principio de este análisis: hasta qué punto la intervención administrativa, primero por R.D.-L., después por Ley, ha sido respetuosa con la autonomía colectiva, y en definitiva con el derecho de negociación colectiva que reconoce el art. 37.1 CE.

Comencemos en ese sentido por reconocer que, como bien hace la sentencia de la AN, se ha de recordar que tanto la doctrina constitucional como la del Tribunal Supremo (STC 166/1986 y STS 16 de enero de 2008) han venido admitiendo la regulación específica por ley de sectores concretos de actividad concurriendo circunstancias excepcionales. Sin embargo, debemos tener en cuenta que si bien tanto el R.D.-L. como la propia Ley 9/2010 contienen regulaciones que tienen un carácter o dimensión sectorial, en otros casos se trata de normas orientadas específicamente a AENA y su personal de control aéreo. Por tanto, se puede afirmar que tanto en un caso como en otro se legisla no sólo *ad hoc* para un sector, sino también para un ente público empresarial. Ente al que la AN, por cierto, le atribuye la condición de “*Administración Pública, que se rige por el principio de legalidad*”. Esta sujeción de los entes públicos a la legalidad vigente es un argumento recu-

rente, que también se emplea para explicar la ilegalidad del I Convenio colectivo desde el momento en que los acuerdos alcanzados en sede negociación colectiva no tuvieron nunca la autorización de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones (CECIR), lo que en buena lógica es un requisito constitutivo de validez, pues como es conocido las leyes de presupuestos del Estado vienen tradicionalmente estableciendo la nulidad de pleno derecho de los acuerdos que no cuenten con la mencionada autorización. Lo llamativo en este caso es que el Estado esgrima la nulidad de los acuerdos colectivos suscritos estos años, cuando durante este tiempo, todo sea dicho, no ha mostrado con actos el más mínimo interés por que tales acuerdos se ajustaran a la legalidad. De la misma manera que tampoco puede pasar inadvertido el interés de la AN por subrayar el carácter público del ente AENA, lo que no puede desconocerse, aunque tampoco estaría mal que no se olvidara que, pese a esa naturaleza y a su sujeción al EBEP (art. 7 EBEP), la relación de los controladores aéreos con AENA tiene un marcado carácter laboral, por lo que habrá que tener en cuenta a la hora de ordenar dicha relación la legislación laboral, cuyo marco jurídico otorga una posición destacada a la autonomía colectiva, por contraposición a las relaciones de trabajo que se sitúan en el ámbito de la Administración Pública, en las que el peso de la ley, y en definitiva la que podríamos denominar dimensión “estatutaria” pesa bastante más.

En el fondo de toda esta situación subyace una histórica dejación de funciones por parte de AENA, que a lo largo de los años consintió en bilateralizar el poder de dirección – en incluso el disciplinario – que el art. 20 ET reconoce a todo empleador, en favor del concurso necesario para la adopción de decisiones organizativas de los propios controladores, con los resultados expresados por la propia sentencia de la AN en su fundamentación jurídica: *“AENA pasa a compartir llamativamente con USCA (...) una parte sustancial de sus componentes sobre organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación de servicio, mediante la delegación de parte de las mismas en las denominadas Comisiones Permanentes y Temporales (...) que afectan, entre otras funciones estratégicas para el aseguramiento del servicio, a la introducción y desarrollo de nuevas tecnologías y nuevos métodos de organización de la actividad y control, planes operativos y de creación, transformación o supresión de dependencias de control y estrategias nacionales e internacionales en materia de navegación aérea”*. No en vano, la propia AN concluye que el *“Estatuto de los controladores de la navegación aérea”* contenido en el I Convenio colectivo *“valorado en su conjunto, constituye indudablemente la mejor regulación de las condiciones de trabajo para una categoría de trabajadores, que se ha producido jamás en la historia de la negociación colectiva española”*, si bien para el propio Tribunal ello *“no merecería reproche alguno, si la contrapartida no hubiera sido la pérdida de la viabilidad económica del sistema de tránsito aéreo, así como la garantía de la continuidad y seguridad del mismo”*.

Lógicamente el gran interrogante en este caso es, pese a los argumentos esgrimidos por la AN, si esa intervención legisladora, primero vía R.D.-L., posterior-

mente mediante Ley, no supone una vulneración del derecho de negociación colectiva reconocido por el art. 37.1 CE, pues en la intervención del Estado hay una declarada intención, así percibida también por el Tribunal, de restituir la situación a lo que podría considerarse sus “justos términos” al parecer de la Administración española, residenciando el poder de organización y dirección, así como el poder disciplinario, exclusivamente en manos de AENA, e imponiendo, por ejemplo, una regulación del tiempo de trabajo de los controladores aéreos más acorde con las necesidades del ente público empresarial. Al respecto, recordemos que el reconocimiento del derecho de negociación colectiva por el art. 37.1 CE implica, entre otras consideraciones que podrían realizarse, el derecho a que se respete un espacio de autorregulación de las relaciones laborales por parte de los propios agentes sociales, de tal manera que éstos puedan influir efectivamente en la configuración de las mismas. Este respeto es dudoso que haya tenido lugar por lo menos en aquellos aspectos que el R.D.-L. regula no existiendo una fundamentada extraordinaria y urgente necesidad en el sentido planteado por la STC 68/2007, circunstancia que también cabe predicar de la Ley 9/2010, en relación con todos aquellos aspectos que no están vinculados directamente con lo que son condiciones laborales claves en el funcionamiento del sistema aeroportuario español – en el caso de los controladores aéreos sobre todo las que forman parte del régimen de tiempo de trabajo –.

Desde luego, lo que si parece claro, y así se ha expresado por distintos analistas, con independencia de las dudas que desde el punto de vista del respeto al derecho a la negociación colectiva ha suscitado esta intervención del Estado, es que sería deseable que una actuación de este carácter no volviera a repetirse. Y ello porque, afortunadamente, en los últimos treinta años nuestro sistema de relaciones laborales ha demostrado una madurez notable, que ha permitido un desarrollo razonable tanto de las potestades legislativa y reglamentaria, como del derecho de negociación colectiva que ha incrementado su peso en la ordenación de las relaciones laborales mediante una operación medida de reducción consciente y calculada del peso de nuestro Derecho imperativo, de forma que sólo en muy contadas ocasiones podría decirse que ha existido, empleando las palabras del prof. Rodríguez-Sañudo, una “*intervención no dirimente*” del Estado destinada a normar sobre una realidad laboral sobre las que las partes no llegaron a un acuerdo, con el agravante en este caso de la existencia de un convenio colectivo vigente aunque sólo fuera en virtud del mecanismo de la ultraactividad (art. 86 ET).

En definitiva, la intervención del Estado en la regulación de las relaciones laborales de AENA estimamos que debe servir para realizar una necesaria reflexión sobre la necesidad de actualizar los mecanismos de que dispone nuestro ordenamiento jurídico para resolver la situaciones de desencuentro que puedan producirse en el habitual y sano diálogo que debe establecerse entre las empresas y sus trabajadores, y en definitiva en los procesos de negociación colectiva. Necesitamos en ese sentido un replanteamiento de la institución del arbitraje, de tal manera que cuando los procesos de negociación lleguen a un punto muerto sea posible recurrir

a este medio de solución. Hasta donde conocemos, y en el momento en que se escriben estas líneas, la reforma de la negociación colectiva que se está fraguando en estos días parece haber tomado nota de situaciones como la que nos ha ocupado y se estudia en qué situaciones una negociación fallida podría derivar en un arbitraje obligatorio. Pero al mismo tiempo, supuestos como el analizado también nos llevan a estimar que sería oportuno – y algo de esto también parece estar siendo considerado por los intervinientes en el proceso de diálogo en torno a la futura reforma de la negociación colectiva – una reconsideración de la institución de la ultraactividad del convenio colectivo, pues la experiencia nos enseña hoy día que esta institución suele generar más perjuicios a las relaciones laborales que beneficios. El caso que nos ocupa, aún siendo extremo, resulta ilustrativo: el I Convenio colectivo ha estado en vigor diez años y sólo ha sido posible combatir la ultraactividad mediante R.D.-L. De todas formas no debe olvidarse a la luz de este caso que, pese a las consideraciones realizadas, toda mejora de nuestras instituciones jurídico-laborales será de poca utilidad si el empleador persiste, por la razón que sea, en hacer dejación de sus funciones como tal.

Por último, no quiero terminar estas líneas sin expresar mi impresión de que esta aportación científica podría ser mejorable. No sé si será la insatisfacción propia de quien siempre piensa que todo es perfectible, o la del discípulo que siente que la gratitud al maestro por tantos años de enseñanzas y acompañamiento en modo alguno puede compensarse mínimamente con esta modesta aportación – homenaje. En cualquier caso, la deuda de gratitud siempre quedará ahí, lo mismo que la amistad.

Va por ti maestro, amigo...

EL DERECHO A ADOPTAR MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO: ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES

Esther Carrizosa Prieto
*Profesora Contratada Doctora de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Pablo de Olavide

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DERECHO A ADOPTAR OTRAS MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO
 - 2.1. Otras medidas de conflicto distintas de la huelga
 - 2.2. El cierre patronal
3. EL DERECHO A PARTICIPAR EN SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE CONFLICTOS LABORALES
 - 3.1. Sistemas de solución de conflictos heterónomos
 - 3.2. Sistemas de solución de conflictos autónomos.
4. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

1. INTRODUCCIÓN

De los derechos laborales plasmados en el texto constitucional, uno de los que más controversia jurídica puede suscitar es aquel que se reconoce en el art. 37.2 CE, y ello por la reiteración que supone respecto de la regulación del derecho de huelga que, como por todos es conocido, se plasma en el art. 28.2 CE. Efectivamente, con carácter adicional al reconocimiento constitucional del derecho de huelga en su grado máximo, esto es, como derecho fundamental con eficacia directa e inmediata, la Constitución Española insta un más genérico derecho constitucional a adoptar medidas de conflicto colectivo que, si tenemos en cuenta el paralelismo que existe entre las redacciones consideradas (arts. 28.2 y 37.2 CE), presenta un sentido muy similar al reconocimiento de la huelga. No obstante, la dicción literal contiene algunas diferencias que no pueden pasar desapercibidas en cuanto pudieran tener importantes consecuencias en el régimen jurídico aplicable al ejercicio de este derecho.

El art. 37.2 CE establece: “*Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad*”. Frente a esta regulación, el art. 28.2 CE reconoce el derecho de huelga (únicamente) a los trabajadores para la defensa de sus intereses, a la vez que conmina a la Ley que regule el ejercicio del derecho a establecer las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Se puede afirmar, por tanto, que las únicas diferencias en la redacción literal se refieren, de un lado, al ámbito subjetivo, pues el derecho de huelga se reconoce sólo a los trabajadores y el más genérico derecho a adoptar medidas de conflicto se atribuye (indistintamente) a trabajadores y empresarios; de otro lado, y centrados en un ámbito objetivo, podríamos destacar que no existe referencia expresa a la posibilidad de que la Ley límite el derecho de huelga mientras que sí existe dicha previsión respecto del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo¹. Ambas circunstancias van a tener una relevancia decisiva a la hora de determinar el contenido constitucional del derecho que analizamos, si bien antes de ponerlo de manifiesto es necesario destacar la contextualización de cada una de estas regulaciones, pues mientras la primera aparece justo después del reconocimiento del derecho de libertad sindical, la segunda es posterior al reconocimiento de la autonomía colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios.

¹ Sobre la posibilidad de limitar el derecho de huelga, Carrizosa Prieto, E., “El principio de proporcionalidad como mecanismo para controlar las injerencias en el derecho de huelga”, *TL*, núm. 77/2004.

Obviamente, existen otras diferencias con una importancia decisiva en la forma de proteger y de desarrollar cada uno de estos derechos, fundamentalmente su distinta ubicación en el texto constitucional, que provoca que el derecho de huelga se considere un derecho fundamental que goza de un amplio cúmulo de garantías constitucionales (Sección Primera, Capítulo II, del Título I), mientras que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivos se reconoce como un simple derecho constitucional (Sección II, Capítulo II, Título I). A pesar de esta distorsión, y dado que ambos derechos se encuentran estrechamente conectados con el derecho de libertad sindical (tanto uno como otro forman parte de su contenido esencial)², el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo termina contagiándose de la fundamentalidad de aquel, si bien en ningún caso alcanza la determinación (legal, doctrinal y jurisprudencial) respecto al contenido y al sistema de protección que lo caracterizan.

Efectivamente, ni el derecho de huelga ni el más genérico derecho de adoptar medidas de conflictos colectivo constituyen ejemplos paradigmáticos de precisión en torno al contenido constitucional garantizado, aunque la situación es mucho más imprecisa respecto del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo. A estos efectos, conviene recordar que el derecho de huelga cuenta con cierta regulación sistemática (aunque preconstitucional), mientras que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo se ha visto afectado tangencialmente por las regulaciones de otros derechos constitucionales (sustancialmente, libertad sindical y negociación colectiva), circunstancias que han provocado una inusual extensión de la jurisprudencia constitucional en el caso del primero y el desarrollo de múltiples prácticas negociadoras por parte de los agentes sociales en el caso del segundo.

Nos encontramos, por tanto, con un derecho de huelga muy desarrollado en el ámbito jurisprudencial y un más genérico derecho al conflicto sobre el que no existe ni regulación legal sistemática, ni alusiones jurisprudenciales que puedan resultar de interés. Podríamos decir que la doctrina científica ha establecido claramente (y, en este sentido, es casi unánime) que el art. 37.2 CE plasma dos derechos distintos, o más correctamente, dos facultades de un mismo derecho: de un lado, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo distintas de la huelga; de otro, el derecho a articular procedimientos no jurisdiccionales para la solución de conflictos laborales; y aunque ambas facultades serían manifestaciones de un mismo precepto, la primera se considera una medida de autotutela colectiva, mientras que la segunda, y ahí es donde adquiere importancia la ubicación sistemática, se considera una manifestación del derecho a la negociación colectiva, lo que tendrá importantes repercusiones en su régimen jurídico.

² SSTC 98/1985, de 29 de julio (F. J. 3º); 39/1986 de 31 de marzo (F. J. 3º b); 217/1991, 14 de noviembre (F. J. 3º); 105/1992, de 1 de julio (F. J. 5º); 90/1997, de 6 de mayo (F. J. 3º); 145/1999, de 22 de julio (F. J. 3º).

2. EL DERECHO A ADOPTAR OTRAS MEDIDAS DE CONFLICTO

La primera manifestación del art. 37.2 CE, quizá la mas importante por dar nombre al derecho, es la de adoptar medidas de conflicto colectivo que, en virtud de lo que ya hemos avanzado, debe consistir en ejercer otras medidas de conflicto (por parte de trabajadores y empresarios) distintas de la huelga. Dicha facultad, aunque obvia, es la que menos atención ha recibido por parte de doctrina y jurisprudencia, que han centrado sus estudios en el derecho a articular mecanismos no jurisdiccionales de solución de conflictos, como veremos en seguida.

2.1. Otras medidas de conflicto distintas de la huelga

No cabe duda de que, ante la regulación del art. 28.2 CE y las concreciones efectuadas en relación a su contenido por la STC 11/1981, de 8 de abril, que examina el recurso de inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (en adelante DLRT), el art. 37.2 CE es el precepto que debe cobijar otras formas de conflicto colectivo distintas de la huelga. Como se ha puesto de manifiesto en otros estudios, tanto la regulación legal de la huelga como la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional han incidido en una concepción bastante restrictiva, en virtud de la cual la huelga consistiría en la cesación del trabajo en cualquiera de las modalidades que esta pueda adoptar exceptuando aquellas que, bien por su finalidad o por la forma en que se llevan a cabo, deban considerarse ilegales o abusivas³. En consecuencia, el resto de perturbaciones del proceso productivo estaría al margen del derecho de huelga y, por tanto, serían susceptibles de encuadrarse en el art. 37.2 CE, empezando por las conductas que no suponen cesación en la prestación de servicios sino otro tipo de alteraciones (huelga a la japonesa, huelga de celo o huelga de trabajo lento) y terminando con conductas que, sin constituir huelga, suponen actos de acompañamiento de esta, como la ocupación de locales de la empresa, los encierros de trabajadores, el abandono del puesto de trabajo, etc.; en definitiva, cualquier forma de protesta de contenido laboral que no se considere ejercicio del derecho de huelga.

El problema es que este tipo de alteraciones, con carácter general, resultan catalogadas como ilícitas (art. 7.2 DLRT) y, en consecuencia, ni se consideran protegidas por el derecho de huelga ni por el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (STC 11/1981, de 4 de abril, F. J. 10). A estos efectos, es necesario recordar que la regulación contenida en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo,

³ Carrizosa Prieto, E., "Aspectos problemáticos del ejercicio del derecho de huelga en la empresa", en VV. AA. (Coord. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.), *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 2011 (en prensa).

sobre Relaciones de Trabajo no sólo regula el ejercicio del derecho de huelga, sino cualquier otra manifestación del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo por parte de trabajadores y de empresarios, aunque la regulación se centra única y exclusivamente en el cierre patronal (arts. 12 y ss.). De esta forma, podemos decir que, aun existiendo formalmente una norma que regula el derecho examinado, no existe verdaderamente regulación material, al menos no para otras medidas de conflictos adoptadas por los trabajadores. Ante este vacío legislativo, la jurisprudencia ha cerrado el paso a la aplicación directa e inmediata del precepto constitucional, negando de forma reiterada que determinadas conductas adoptadas por los trabajadores o sus representantes en defensa de sus intereses laborales puedan considerarse incluidas en el derecho examinado, especialmente si dichas medidas no se producen o adoptan en el contexto de una huelga. Desde esta perspectiva, por tanto, no se considera que el art. 37.2 CE garantice a los trabajadores una total y libre elección sobre las medidas de conflicto que adoptar, sino que necesariamente han de inclinarse por algunas de las formas o actuaciones que, o bien se encuentran expresamente reconocidas en virtud de norma legal, o bien constituyen actos necesarios para el desarrollo de una huelga.

A estos efectos, es necesario destacar, por ejemplo, las condiciones exigidas para considerar legítima la ocupación de los centros de trabajo y la estrecha vinculación que se establece entre esta legitimidad y el ejercicio del derecho de huelga. De conformidad con los parámetros establecidos en la jurisprudencia, la ocupación por los trabajadores de los centros de trabajo se considera lícita cuando se produce como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, y ello porque se considera una medida necesaria para su desarrollo efectivo. Obviamente, no siempre que se produzca esta conexión la ocupación será legal, puesto que el empresario puede ordenar el desalojo cuando se encuentre justificado, especialmente si se producen coacciones o actos intimidatorios sobre los trabajadores no huelguistas o se atenta contra el patrimonio empresarial, supuesto en que la persistencia en los locales de la empresa se torna ilegal o ilegítima. La conexión entre ambas medidas de conflicto es tal que la ocupación ilegal puede ocasionar la ilegalidad de la huelga. En este sentido, la jurisprudencia ha declarado que la ocupación del centro de trabajo provoca la ilegalidad de la huelga cuando constituya un “*acto manifestamente antijurídico*» (STS de 10 de marzo de 1982, R. J. 1982/1473), por concurrir la producción de un daño que ha de ser grave y culpable (STC 72/1982, de 2 de diciembre, STS de 18 de julio de 1986, R. J. 1986/4526)⁴.

En consecuencia, y siempre que dicha medida se adopte en un contexto de huelga, la simple permanencia de los trabajadores en el centro de trabajo no genera

⁴ Se ha considerado huelga ilegal la construcción por parte de algunos trabajadores de una barricada en la puerta de entrada de la fábrica, impidiendo la salida al resto de trabajadores y a directivos de la empresa, desatendiendo el requerimiento policial para desalojar las dependencias (STS de 7 de marzo de 1985, R. J. 1985/1292).

ilicitud “*salvo que con ella se perjudicaran desproporcionadamente otros bienes constitucionalmente protegidos*” (STS de 24 de octubre de 1989, R. J. 1989/7422, F. J. 8), pero en estos casos la ocupación se valora como un acto de acompañamiento de la huelga y no como una medida de conflicto autónoma e independiente de ella. De forma completamente diversa se solucionan aquellos supuestos en los que la permanencia en el centro de trabajo se debe a motivos distintos a una huelga. La jurisprudencia, como ya hemos avanzado, es reticente a considerar que la ocupación del centro de trabajo o de sus dependencias pueda estar protegida como medida de conflicto colectivo distinta de la huelga y, en consecuencia, no constituye una manifestación de los derechos de libertad sindical⁵.

2.2. El cierre patronal

Este conjunto de precisiones explican suficientemente que para la casi totalidad de la doctrina científica la principal finalidad del art. 37.2 CE sea el reconocimiento constitucional del cierre patronal como medida de conflicto típica del empresariado. Sin embargo, de acuerdo con estos planteamientos, el ordenamiento constitucional no partiría del “*paralelismo o la igualdad de trato entre las medidas de conflicto nacidas en el ámbito obrero y las que tienen su origen en el sector empresarial [...] sino que establece grandes diferencias entre el régimen jurídico aplicable a una y otra*” STC 11/1981, de 8 de abril (F. J. 22)]. Las diferencias se traducen fundamentalmente en la imposibilidad de ejercitar el cierre patronal con objeto de limitar o restar efectividad al derecho de huelga de los trabajadores que, en ningún caso, debe quedar vacío de contenido. En definitiva, basándose en la distinta posición que el texto constitucional atribuye a ambas medidas de conflicto, tanto doctrina como jurisprudencia han considerado que el cierre ofensivo o de agresión no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico por ser lesivo del derecho de huelga, por lo que la regulación constitucional legitima únicamente el cierre patronal defensivo, esto es, aquel que tiene como finalidad exclusiva “*preservar a personas y bienes de las consecuencias excesivamente onerosas y desproporcionadas que pueden derivarse del ejercicio del derecho de huelga*”⁶.

⁵ Así se ha establecido, por ejemplo, para la ocupación de establecimientos hoteleros por parte de los miembros del comité de empresa como medida de protesta respecto de cómo se estaba llevando a cabo la negociación del convenio colectivo, y ello porque “*dicha medida no constituye una medida de conflicto colectivo reconocida por el ordenamiento jurídico*” (STS de 14 marzo de 1995, R. J. 1995/2007, F. J. 4).

⁶ STS de 31 de marzo de 2000, R. J. 2000/7403. En contraposición, constituye cierre ofensivo o de agresión “*todo aquel que se lleva a cabo como medida para impedir la huelga, presionar para que se ponga fin a la misma, o sancionar a los huelguistas. Es ofensivo pues el cierre que se lleva a cabo anticipándose a la huelga anunciada para hacer fracasar la decisión de los trabajadores de ejercer ese derecho constitucional; o el que se adopta durante la misma, sin razón o causa legal que lo justifique, bien para privar del salario a los trabajadores que continúan en su puesto y presionar con ello a los*

Inciendiando en la misma línea, la doctrina constitucional ha concretado que “la potestad de cierre de los empresarios reconocida en el art. 12 RDley 17/1977, no es inconstitucional si se entiende como ejercicio de un poder de policía del empresario dirigido exclusivamente a preservar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones y limitado al tiempo necesario para remover tales causas y para asegurar la reanudación de la actividad” (STC 11/1981, de 8 de abril, F. J. 22), lo que no hace sino convalidar el elenco de causas establecidas en la regulación legal para proceder al cierre patronal. A estos efectos, convendría tener en cuenta que todas ellas se relacionan, de una u otra forma, con el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores. Efectivamente, la *“existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas”*, se relaciona con el mantenimiento de los servicios de mantenimiento y seguridad, de forma que se producirá la causa mencionada cuando exista un *“peligro notorio, real, inminente y actual”*, esto es, cuando *“los daños no puedan evitarse mediante la aplicación de los mecanismos legales para garantizar la seguridad de las personas y cosas y, en particular, mediante la fijación de servicios de seguridad y mantenimiento”* (STS de 14 de enero de 2000, R. J. 2000/977). En cuanto a la ocupación ilegal del centro de trabajo o peligro cierto de que esta se produzca, la jurisprudencia considera que el peligro *“ha ser cierto e inmediato, su existencia no puede inferirse de meras suposiciones o temores [...] A su vez, la ocupación ha de adoptar características que le den una especial relevancia, no justificando el cierre cuando los trabajadores en huelga no limiten la disponibilidad de las instalaciones, ni hayan sido previamente requeridos para abandonar el centro de trabajo”*. Por último, la causa que se refiere a que el volumen de inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción (art. 12.1 DLRT) se relaciona con las modalidades de huelga abusivas (huelgas rotatorias, estratégicas e intermitentes, fundamentalmente). De conformidad con el TS, *“la licitud del cierre depende de que el número de ausencias al trabajo sea de tal magnitud que, bien por razones cualitativas cuando los huelguistas ocupan puestos neurálgicos en la cadena de producción, bien por puras razones cuantitativas, impidan el proceso productivo”*⁷.

huelguistas para que desistan de la misma, bien para hacer inefectiva la decisión de los huelguistas de poner fin a la huelga y volver al trabajo”. También *“el que se mantiene, o se inicia, una vez finalizada la huelga, como retorsión, para impedir a los que participaron en ella su incorporación al trabajo, privándoles, a modo de sanción, de los salarios que pudieran devengar con su trabajo”* (STS de 31 de marzo de 2000, R. J. 2000/7403).

⁷ Puesto que toda huelga produce alteraciones en este proceso, la obstaculización que exige la regulación legal debe suponer un impedimento grave que no *“permita organizar mínimamente el desarrollo del proceso productivo entendido en su más amplia dimensión, o lo que es igual, que quede paralizado hasta el punto de que no sea posible dar ocupación efectiva a quienes ejercen su derecho al trabajo* (STCT de 28 de julio y 16 de diciembre de 1986 [RTCT 1986, 7191 y 13904] , STCT de 12 de marzo y 14 de mayo de 1987 [RTCT 1987, 7065 y 11654]).

Todos estos aspectos, significativamente la definición de cierre patronal aportada por la jurisprudencia y las causas que lo legitiman, ponen en evidencia la configuración del derecho como una vía de reacción ante el uso desproporcionado del derecho de huelga y, en cuanto tal, una manifestación de los poderes de policía que integran el poder de dirección empresarial, razón por la que consideramos que tampoco en el ámbito del reconocimiento del derecho al cierre patronal la regulación constitucional ha visto cumplidas sus expectativas. La configuración legal del derecho no va más allá de arbitrar una serie de medidas que tienen como única finalidad (además de proteger la integridad de las personas y de los medios de producción) preservar intereses productivos, por lo que fácilmente este conjunto de medidas derivan del derecho a la libertad de empresa y del derecho a la propiedad privada. Desde nuestra perspectiva, esta concepción del cierre patronal ni responde a la configuración del conflicto colectivo ni requiere de su reconocimiento constitucional, por lo que también desde la perspectiva de los empresarios, el art. 37.2 CE ha quedado privado de una regulación legal que desarrolle adecuadamente su contenido constitucional⁸.

3. EL DERECHO A PARTICIPAR EN SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE CONFLICTOS LABORALES

La otra gran manifestación del art. 37.2 CE es el derecho a articular mecanismos no jurisdiccionales de solución de conflictos laborales, aunque realmente esta manifestación engloba distintas facultades: la articulación de estos sistemas y la participación en su funcionamiento⁹. El primer aspecto que determinar para aclarar el contenido constitucional de tan singular derecho es el relativo a sus titulares, cuestión que va a depender de cómo se entienda su naturaleza jurídica y, en último término, de la mayor o menor intervención de los poderes públicos. A estos efectos, hay que partir de que en nuestro ordenamiento jurídico existen y han existido diversos sistemas, unos arbitrados por los poderes públicos (sistemas heterónomos) y otros articulados por los representantes de los trabajadores (sistemas autónomos) y que, dependiendo de esta circunstancia, el derecho se puede configurar como una manifestación de la participación institucional o de la negociación

⁸ No es nueva (aunque sí minoritaria) la posición que sostiene que el cierre patronal, tal como está configurado en nuestro ordenamiento jurídico, no garantiza el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo sino que es una vía de reacción ante ataques sufridos por las personas, dependencias y bienes del empresario. En este sentido, Diéguez Cuervo, G., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 374 y ss.

⁹ La derivación del art. 37 CE del derecho a crear de forma autónoma mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos en STC 217/1991, de 14 de noviembre (F. J. 5º). La doctrina constitucional entiende que si el texto constitucional reconoce el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo también ha de reconocer el derecho a crear medios propios y autónomos para solventarlos.

colectiva¹⁰. Independiente de cómo se encauce la cuestión y de la naturaleza jurídica que se le atribuya, las facultades con las que se vincula se reconocen no a los trabajadores y a los empresarios (como expresamente reconoce la regulación constitucional), sino a sus representantes, con una clara preferencia por aquellos que tienen naturaleza sindical¹¹.

3.1. Sistemas de solución de conflictos heterónomos

Efectivamente, en nuestro ordenamiento jurídico los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos han existido desde antes de promulgarse la Constitución, aunque inicialmente dichos procedimientos se regulaban directamente por el legislador; eran, por tanto, sistemas heterónomos¹². El reconocimiento y la progresiva consagración de la autonomía colectiva provocarán un estancamiento en la implantación de este tipo de procedimientos en favor de sistemas autónomos creados por los propios agentes sociales, prevalencia que se torna evidente con la supresión del IMAC y la transferencia de sus funciones a los órganos respectivos de

¹⁰ La cuestión se plantea claramente en la STC 60/2004, de 19 de abril, que inadmite el recurso de amparo presentado por la organización sindical ELA-STV, por haber quedado excluida de la participación en todas las facultades que derivaron del Acuerdo Intersectorial de Navarra sobre Relaciones Laborales (1995). De todas las materias reguladas, el Acuerdo diseñaba un sistema autónomo de solución de conflictos laborales que finalmente vio la luz en 1996 con la denominación de Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos Laborales de la Comunidad de Navarra. El sindicato ELA-STV alegaba que, a pesar de no ser un sindicato más representativo en el ámbito de la Comunidad Autónoma, el art. 7.2 LOLS le permitiría participar como simple sindicato representativo, y ello porque el acuerdo cuestionado no es de naturaleza privada al contar con la intervención del Gobierno de Navarra. Una postura favorable a considerar la naturaleza pública en STS 19 de junio de 1998, R. J. 1998/8104 (F. J. 5º), que examina la exclusión de USO de la creación del Tribunal Laboral de Conciliación, Mediación y Arbitraje de la Rioja.

¹¹ Monereo Pérez, J. L., “El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo”, en VV. AA., (Coords., Molina Navarrete C., Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M.), *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Granada, Comares, 2002, pág. 691.

¹² Un análisis detallado de los sistemas existentes en la etapa anterior en Casas Baamonde, M. E., “Medios autónomos de solución de conflictos laborales”, VV. AA., *La solución extrajudicial de conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, 2001, págs. 38 y ss.; desde la perspectiva de la intervención estatal, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., *La intervención del Estado en los conflictos colectivos de trabajo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1972, págs. 55 y ss. Durante la transición política se fomentaron considerablemente estos sistemas, siendo necesario destacar el RD 17/1977, de 4 de marzo (que prevé en los arts. 17 y ss. un procedimiento de conflicto colectivo desarrollado ante la autoridad laboral y configurado como alternativo a la convocatoria de huelga), el RDL 5/1979, de 26 de enero, y el RD 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que se crea el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC). En este sentido, Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J., *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 2010, págs. 402 y ss.

las diversas CC. AA. No obstante, todavía en la actualidad se conservan algunos de estos mecanismos; así, por ejemplo, el art. 10 RDLRT contempla la posibilidad de que el Gobierno establezca un procedimiento de arbitraje obligatorio en los supuestos en que el desarrollo de la huelga ocasione un perjuicio grave a la economía nacional. La DT Sexta ET establece un arbitraje obligatorio ante la Comisión Consultiva Nacional de Negociación Colectiva (CCNNC) para las controversias que surjan en la negociación que tenga por objeto sustituir ordenanzas laborales. Los arts. 63 y ss. de la LPL regulan la obligación, con carácter previo al acceso a los procesos laborales, de intentar una conciliación previa que bien puede desarrollarse ante el órgano judicial, ante los órganos creados por las CC. AA. con estos fines o ante aquellos que hayan sido establecidos al efecto por los acuerdos interprofesionales. Por último, los arts. 76 del ET y 127 a 132 de la LPL se inclinan por el arbitraje obligatorio para resolver las controversias que surgen en el proceso electoral.

Por tanto, en la primera mitad de la década de los ochenta, los únicos mecanismos que se habían articulado eran sistemas heterónomos, por lo que sólo se preveía facultades de participación (y no de articulación) a los trabajadores o a sus representantes, facultades que se encauzaban y explicaban a través del concepto de participación institucional [STC 98/1985, de 29 de julio (F. J. 10º d)]. A estos efectos, la única regulación existente era la LOLS, que en sus arts. 6.3 d y 7.2 reconoce a los sindicatos más representativos y representativos la facultad de participar en los sistemas no jurisdiccionales de resolución de conflictos. La regulación permite, de un lado, adscribir el derecho a la participación en los mecanismos establecidos por los poderes públicos, que, como hemos tenido ocasión de comprobar, cuentan en la actualidad con poca trascendencia práctica y pocas perspectivas de ampliación¹³, y, de otro lado, reduce considerablemente los titulares del derecho, pues si bien la regulación constitucional alude a los trabajadores y empresarios, el hecho de atribuirle la naturaleza de participación institucional permite designar como titulares a sus representantes y más específicamente a organizaciones sindicales y empresariales representativas y más representativas.

3.2. Sistemas de solución de conflictos autónomos

La articulación de sistemas extrajudiciales autónomos de solución de conflictos por parte de los agentes sociales no se generalizó hasta la década de los noventa, y ello a pesar de que desde 1980 se habían realizado varios intentos por establecer un

¹³ Alfonso Mellado, C. L., “Solución extrajudicial de conflictos laborales. Experiencias y situación actual”, VV. AA., *Derecho Colectivo*, Madrid, CGPJ, 2003. pág. 313.

sistema en el ámbito nacional¹⁴. El origen de estos sistemas se encuentra en las comisiones paritarias que, con objeto de administrar o dirimir las controversias interpretativas que suscite el convenio, se arbitran con la naturaleza de cláusulas obligacionales por las partes firmantes¹⁵, razón por la que, desde su surgimiento, tanto doctrina como jurisprudencia los consideran una manifestación del derecho de negociación colectiva [STC 98/1985, de 28 de Julio (F. J. 10º d)]. De conformidad con estos planteamientos, en la mayoría de las Comunidades Autónomas los agentes sociales han articulado sistemas de este tipo que adoptan la forma de acuerdos colectivos sobre materias concretas (art. 83.3 ET) y que están refrendados por los Gobiernos de las distintas CC. AA., circunstancias que son fundamentales para determinar el régimen jurídico aplicable y valorar su adecuación a la regulación constitucional.

Por lo que respecta al instrumento a través del que instauran, el art. 83 ET designa a los sindicatos más representativos para elaborar acuerdos interprofesionales o convenios colectivos, denominados comúnmente acuerdos marco, con objeto de fijar la estructura de la negociación colectiva o fijar las reglas de concurrencia entre convenios, mientras que, por otro lado, les reconoce la facultad de celebrar acuerdos sobre materias concretas. La diferencia fundamental de los instrumentos relacionados en el art. 83.2 ET parece estar en que, frente al acuerdo interprofesional, el acuerdo marco es propiamente un convenio colectivo, por lo que sólo estos podrán establecer, junto a reglas de ordenación de la negociación colectiva, regulación sobre condiciones de trabajo, mientras que los acuerdos sobre materias concretas

¹⁴ Las primeras referencias al efecto se encuentran en el Acuerdo Interconfederal (AI, 1983), firmado por UGT, CC. OO., CEOE y CEPYME, que encomienda al Comité Paritario (órgano creado para interpretar el acuerdo pero también para realizar funciones de mediación y arbitraje) la redacción de un Reglamento de mediación y arbitraje voluntarios y una lista de árbitros y mediadores a los que someter las materias conflictivas (Capítulo IX). El fracaso de este primer intento llevó a considerar la cuestión en el AES (1984). Las partes se comprometieron a celebrar un Acuerdo Interconfederal específico sobre procedimientos para la solución de conflictos que se sustentara sobre los principios de autonomía, simplicidad, celeridad, publicidad, voluntariedad, ejecutividad y gratuidad, requiriendo la colaboración del Estado para asegurar estas características (Capítulo IV).

¹⁵ Al amparo de la primera regulación del ET (art. 85.2.d), que establecía como contenido mínimo del convenio la obligación de designar una Comisión Paritaria para entender de todas aquellas cuestiones que le fuesen atribuidas, se desarrollaron, entre muchas otras prácticas, mecanismos para la resolución de las controversias que pudieran surgir entre las partes. La amplitud con que se interpretaba esta facultad de las partes negociadoras [STCT de 21 de septiembre de 1982 (RTCT 1982/5102)] desembocó en la legitimación de estos sistemas e, incluso, en el reconocimiento de su carácter obligatorio antes de acudir a la Jurisdicción Social [SSTCT de 9 marzo de 1984 (RTCT 1984/3039) y de 2 junio de 1987 (RTCT 1987/14691)]. Mas ampliamente, Cruz Villalón, J., "La intervención de las comisiones paritarias de convenios colectivos en la resolución de conflictos", *RPS*, núm. 146, 1985, pág. 216; Del Rey Guanter, S., "Arbitraje, comisiones paritarias y proceso", *TL*, núm. 6, 1986, pág. 560.

constituyen pactos puntuales sobre temas específicos¹⁶. Sea como fuere, lo cierto es que estas manifestaciones de la autonomía colectiva responden al modelo de negociación plasmado en el ET, es decir, la negociación estatutaria, por lo que sólo podrán crear estos sistemas los sujetos que se encuentren legitimados para negociar este tipo de convenios que, como es sabido, son los sindicatos más representativos.

En lo relativo a la segunda cuestión, esto es, el grado de intervención de la administración, hay que destacar que en la articulación de estos mecanismos se produce una intervención pública fundamental, tanto a efectos normativos, a través de la regulación promocional, como financieros e, incluso, de colaboración en la gestión. Así, a pesar de que la mayoría de ellos se gestionan a través de una Fundación estructurada sobre un Patronato, en el que se insertan las partes del acuerdo, y un Protectorado ejercitado por la Administración Pública competente, la financiación procede de la Administración, bien directamente, bien a través de los Consejos de Relaciones Laborales, y con carácter general se materializa a través de acuerdos tripartitos entre los agentes sociales y el Gobierno correspondiente¹⁷.

Ambas características son comunes en la generalidad de sistemas autónomos arbitrados en nuestro ordenamiento jurídico. El primer acuerdo surgió en 1984 con la denominación de Acuerdo Vasco Interprofesional sobre Procedimientos de Resolución de Conflictos, que fue renovado en 1990 (PRECO I y II), al que siguió, en 1990, el Acuerdo Interprofesional de Cataluña (AIC), el Acuerdo Interprofesional Gallego sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de Trabajo (AGA), de 1992, y finalmente, en 1993, el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Colectivos de la Comunidad Valenciana. Más tarde, se firmarán el Acuerdo Interprofesional por el que se crea el Tribunal Laboral de Mediación, Conciliación y Arbitraje de la Comunidad Autónoma de la Rioja (1994), Acuerdo Interprofesional sobre la Creación del Sistema de Solución Extrajudicial de Conflictos y del Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid (1994), Acuerdo Interprofesional Canario sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de Trabajo (1995), Acuerdo Interprofesional de creación del Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares (1995), Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de la Comunidad Foral de Navarra (1996), Acuerdo Interprofesional para la constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía (1996), Acuerdo Interprofesional de Cantabria sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos (1996), Acuerdo sobre Solución Extra-

¹⁶ Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., y González Ortega, S., "Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores", *RPS*, núm. 137, 1983, págs. 358 y ss.

¹⁷ Llompart Bennàssar, M., "Sindicatos legitimados para negociar acuerdos interprofesionales sobre solución extrajudicial de conflictos laborales y con derecho a participar en los sistemas que establecen", *AS*, T. V., 1999, págs. 887 y ss.

judicial de Conflictos Laborales de Castilla la Mancha (1996), Acuerdo Interprofesional sobre Procedimiento de Solución Autónoma de Conflictos Laborales en Castilla y León (1996), Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Aragón (1996), Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos de Murcia (1997) y Acuerdo Interprofesional para la Solución Extrajudicial de conflictos de Extremadura (1998)¹⁸.

El problema, al igual que sucedía con las medidas de conflicto colectivo distintas a la huelga, lo encontramos en la falta de desarrollo normativo del derecho, puesto que por mucho que el establecimiento de estos sistemas se vincule con el derecho a la negociación colectiva, lo cierto es que todos ellos constituyen manifestación de un derecho constitucional reconocido a trabajadores y empresarios (art. 37.2 CE).

A estos efectos, se hace necesaria una norma que regule con carácter generalizado el derecho a adoptar medidas para la solución de conflictos laborales, puesto que en la actualidad las únicas referencias normativas existentes son las contenidas en el ET. Así, al margen de las Comisiones Paritarias y de conformidad con el art. 83.2 ET, que regula los denominados acuerdos marco, y el art. 83.3 ET, que faculta a los sindicatos más representativos del ámbito estatal y autonómico para celebrar convenios colectivos sobre materias concretas, la regulación legal posibilita que, mediante estos acuerdos, se establezcan, con carácter general, procedimientos para solucionar las controversias colectivas que susciten la aplicación e interpretación de los convenios colectivos e, incluso, las controversias individuales, si las partes se someten a ello (art. 91 ET). Adicionalmente, se contempla la posibilidad de que los convenios colectivos, independientemente de su ámbito geográfico y funcional, puedan regular procedimientos de estas características para resolver las discrepancias que surjan en los periodos de consultas que derivan de los supuestos de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la suspensión o extinción de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 85.1 ET)¹⁹.

Aunque este conjunto disperso de normas han dado lugar a los sistemas que vemos analizando no debemos olvidar que su aparición, por espontánea, puede provocar distorsiones en el conjunto de derechos y actores que intervienen en nuestro

¹⁸ Una visión general sobre el ámbito objetivo y subjetivo, los procedimientos, el papel de las comisiones paritarias y el grado de voluntariedad en Alfonso Mellado, C. L., "Solución extrajudicial...", op. cit., págs. 342 y ss.

¹⁹ De acuerdo con ciertas posiciones doctrinales, la existencia de referencias concretas al ámbito objetivo de estos sistemas no significa que su ámbito de aplicación deba ceñirse a ellas (Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo...*, op. cit., págs. 402 y ss.; Rodríguez Fernández, M. L., *Negociación colectiva y solución de conflictos laborales*, Albacete, Bomarzo, 2004, pág. 119).

sistema de relaciones laborales. Siendo así, y partiendo de la base de que el art. 37.2 CE tiene eficacia directa e inmediata, las manifestaciones analizadas, aunque posibles y lícitas, constituyen únicamente una posibilidad de desarrollo, compatible con muchas otras que serán igualmente legítimas si respetan el contenido constitucionalmente garantizado por el precepto constitucional. La misma conclusión se debe extraer si consideramos que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo constituye contenido esencial del derecho de libertad sindical; si bien en este caso, y en virtud de la lectura orgánica que se hace de este último, los titulares quedarían restringidos a los representantes sindicales de los trabajadores, cuando lo cierto es que ni el art. 37.2 CE hace referencia al mecanismo de la representación ni exige su naturaleza sindical²⁰.

Por tanto, podemos afirmar que la conexión de estos sistemas con los convenios interprofesionales del art. 83.3 ET restringe su elaboración, y la consiguiente participación, a los sindicatos más representativos, excluyendo al resto de organizaciones sindicales y a otras formas de representación de los trabajadores²¹. No obstante, y a pesar de lo afirmado, es necesario realizar algunas matizaciones. En primer lugar, y en lo que respecta a la exclusión de sujetos sindicales, una consideración global de la regulación demostraría que dicha exclusión no es completa sino parcial y ello porque, en último término, no afecta a los sindicatos representativos que, en virtud de su derecho a la negociación colectiva, tendrán asegurada cierta participación a través de las Comisiones Paritarias²². En segundo lugar, y por lo que se refiere a la participación de representantes de naturaleza no sindical,

²⁰ La articulación de sistemas de esta naturaleza quedaría estructurada en forma semejante a la negociación colectiva de eficacia general, es decir, que la regulación legal (Título III) sólo sería constitucional si no excluye otras manifestaciones distintas de la regulación constitucional. El problema estaría en la viabilidad de sistemas alternativos no promocionados por el legislador, privilegio que sólo se aplicaría a sistemas extrajudiciales estructurados por sindicatos más representativos.

²¹ Al menos, así se interpreta por jurisprudencia, que niega la participación de todos aquellos sindicatos que no tengan la consideración de más representativos. Respecto del ASEC, STS de 22 de septiembre de 1998, R. J. 1998/7422 (F. J. 3º); respecto del sistema establecido en la Comunidad Autónoma de Murcia (ASECMUR), STS de 9 de julio de 1998, R. J. 1998/6270 (F. J. 3º); respecto del sistema establecido en la Comunidad Autónoma Andaluza (SERCLA), STS de 30 de enero de 1999, R. J. 1999/1118 (F. J. 3º). En el ámbito constitucional la exclusión se ha justificado a través de dos mecanismos: la concepción del derecho como manifestación de la negociación colectiva de eficacia general y su desarrollo como una medida de promoción de la autonomía colectiva [STC 217/1991, de 14 de noviembre (F. J. 6º); en el mismo sentido, y en referencia a las funciones asignadas a las Comisiones Paritarias, STS de 28 de octubre de 1997, R. J. 1997/7682 (F. J. 5º)].

²² Si tenemos en cuenta que el ET atribuye a las Comisiones Paritarias designadas en los convenios todas aquellas cuestiones que les atribuyan las partes negociadoras, las cuales habrán de consignar, expresamente, los mecanismos que se van a utilizar para dirimir las controversias (Art. 85.3e ET), y que la mayoría de los Acuerdos establecidos en el ámbito autonómico exigen el sometimiento previo de las controversias a dichas Comisiones, aspecto que también reconoce el ASEC III (art. 10), hemos de concluir que los sindicatos representativos no quedan excluidos de estos sistemas.

lo cierto es que, como advierte la doctrina, la representación unitaria y los distintos órganos que la componen han visto acentuada en los últimos años su función de colaboración con el empresario, en contraposición con las escasas facultades que expresamente se le atribuyen en el ámbito del conflicto²³.

A estos efectos hay que destacar, además de la facultad de convocar la huelga (art. 3.2.a DLRT) y la de instar y erigirse como parte en el procedimiento de conflicto colectivo previsto en el art. 18. a) DLRT, la intervención de este tipo de representación (en virtud de su derecho a la negociación colectiva) en las distintas Comisiones Paritarias de los convenios firmados. Por tanto, si bien es verdad que dichos órganos no participan en el diseño o implantación de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos laborales que estamos considerando, sí existe un cierto grado de participación, aunque sea indirecta, a través de dichas Comisiones. Con carácter adicional, no podemos obviar que incluso los propios Sistemas Extrajudiciales de Solución de Conflictos permiten la adhesión voluntaria de los conflictos ocasionados en sus respectivos ámbitos de aplicación, por lo que es habitual que los representantes unitarios participen en dichos sistemas, posibilidad que se ha visto ampliada desde que entró en vigor la tercera versión de Acuerdo Estatal para la Solución Extrajudicial de Conflictos (ASEC III)²⁴.

Efectivamente, entre otras muchas, una de las principales novedades en la III versión del Acuerdo será la posibilidad de adherirse mediante acuerdo de empresa (entre el empresario y los representantes unitarios) cuando esta tenga centros de trabajo en distintas CC. AA. (art. 3.3 d ASEC III), regulación que se sigue manteniendo intacta en el ASEC IV. Como ya hemos asegurado en otros trabajos de investigación, esta posibilidad no constituye más que el reconocimiento de que el derecho a adoptar sistemas autónomos de solución de conflictos es un derecho abierto del que no se puede excluir a aquellos sujetos que no tienen atribuida la legitimidad para negociar convenios colectivos de eficacia general²⁵. El problema, advertíamos entonces, estará en determinar si esas cláusulas abiertas serán suficientes, teniendo en cuenta que siguen siendo los sindicatos más representativos los que articulan y participan activamente en los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos²⁶.

²³ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "El comité de empresa. Órgano de cooperación e instrumento de conflicto", en VV. AA. (coords. Cabeza Pereiro, J., y Martínez Girón, J.), *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en Homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008, págs. 107 y ss.

²⁴ La primera versión (ASEC I) se adopta en 1996, para posteriormente perfeccionarse a través del ASEC II (2001), especialmente del ASEC III (2005) y, por último, del ASEC IV (2009).

²⁵ Carrizosa Prieto, E., *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*, Sevilla, CARL, 2009, pág. 257.

²⁶ La STS de 19 de junio de 1998, R. J. 1998/5913 (F. J. 5º) diferencia entre la participación en la creación y la participación en la fijación de las reglas de funcionamiento, asegurando que ambas facultades se amparan en los arts. 6.3 d) y 7.2 de la LOLS, de forma que su desconocimiento constituye una vulneración de los derechos sindicales de las organizaciones sindicales que resulten excluidas.

4. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Al pensar en el presente y futuro de la intervención pública en el sistema de relaciones laborales, la primera idea que nos viene al pensamiento es cuánto queda por hacer. Lejos de abordarnos pensamientos sobre las distintas manifestaciones de la intervención pública, surge ante nuestros ojos la imagen nítida del legislador y de todos aquellos preceptos constitucionales laborales que, todavía hoy, quedan por desarrollar. Nos asalta entonces una idea desoladora, la que genera la evolución vertiginosa de un sistema todavía inacabado y que desemboca en la certeza de que algo se acaba justo antes de que haya podido comenzar, del declive de algo que todavía no ha lucido con todo su esplendor, de una regulación desfasada y parcial incapaz de cimentarse en doctrinas sólidas sobre el ordenamiento constitucional.

Estas son las sensaciones que nos provocan la consideración de los derechos de conflicto y la falta de una adecuada regulación legal, circunstancias que aquejan tanto al derecho de huelga como al más genérico derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo. En ambos casos, la regulación existente data de 1977, momento en que, sabido es, no era posible establecer una regulación acorde con los parámetros constitucionales. Independientemente de las razones que pudieran justificar la posterior falta de regulación legislativa, lo cierto es que los derechos de conflicto se han construido jurisprudencialmente sobre la base de una regulación desfasada y manifiestamente apartada de los parámetros constitucionales y, en algunos casos, con la finalidad de legitimar prácticas sociales no siempre respetuosas con el conjunto de derechos y actores legitimados para intervenir en nuestro sistema de relaciones laborales. Así ocurre con el derecho de adoptar medidas de conflicto plasmado en el art. 37.2 CE en sus distintas manifestaciones.

Por lo que respecta a la primera de ellas, esto es, la adopción de medidas de conflicto propiamente dicho, y dado que el texto constitucional reconoce de forma separada el derecho de huelga, su ámbito de aplicación ha quedado reducido a la constitucionalización del cierre patronal, en principio, como medida de conflicto del empresariado. No obstante, y a pesar de ello, la regulación legal del derecho y muy especialmente, las causas que legitiman el cierre patronal, así como su carácter constitutivo y su duración temporal, nos terminan poniendo de manifiesto que dicha regulación está muy lejos de desarrollar y garantizar el cierre patronal como medida de conflicto. Atendiendo fundamentalmente a las razones que lo justifican es obvio que sólo se garantiza como medida de defensa de intereses productivos (aunque también para la preservación de la integridad de personas y del patrimonio empresarial), intereses que quedarían preservados si consideramos que el cierre de la empresa constituye una manifestación del “poder de policía” que deriva del poder de dirección empresarial. Todo ello evidencia que las medidas que se pretenden garantizar a través del art. 37.2 CE ya están protegidas y legitimadas por los arts. 38 y 33 de la CE, por lo que se debe concluir que el art. 37.2 CE, se encuentra vacío de contenido a estos efectos.

La misma conclusión podemos extraer respecto de medidas de conflicto colectivo distintas de la huelga, pues a pesar de que estas estarían protegidas por el art. 37.2 CE, la jurisprudencia es reticente a reconocer la eficacia directa e inmediata del precepto constitucional, razón por la que rechaza la tutela de cualquier otra medida de conflicto que no constituya directa o indirectamente un acto de acompañamiento de la huelga, supuesto este último en que la protección se dispensa a través del art. 28.2 CE. La cuestión se complica, porque además, la única regulación existente sobre el conflicto, esto es el DLRT, sanciona con la ilegalidad cualquier otra alteración del proceso productivo que no consista en la cesación en la prestación de servicios, por lo que en principio no estarían legitimadas otras medidas de conflicto que afecten a dicho proceso.

Por tanto, y como conclusión final, podríamos decir que el legislador, al menos en el aspecto que estamos considerando, esto es, en lo relativo a garantizar otras medidas de conflicto colectivo distintas a la huelga, no ha cumplido con la función que le encomendaba la norma constitucional (art. 37.2 CE). La normativa existente con carácter previo no se adapta adecuadamente a las exigencias constitucionales y su convalidación por la jurisprudencia constitucional ha perpetuado este sistema en vez de conminar al legislador para que adoptase una regulación más adecuada a los parámetros constitucionales. Incluso se podría decir que, en ambos casos, la intervención de un poder normativo (y su posterior convalidación por la doctrina constitucional) ha evitado el desarrollo y legitimidad de otras formas de conflicto distintas a la huelga, puesto que es precisamente la regulación legal, esto es, el RDLT, la que constriñe el derecho al cierre patronal, manteniendo una concepción que lo acerca al ejercicio de otras facultades empresariales de naturaleza diversa al conflicto. Y es precisamente la regulación sobre la huelga la que convierte en ilícitas otras alteraciones del proceso productivo no consistentes en la cesación del trabajo.

Por lo que respecta a la segunda manifestación del derecho examinado, esto es, el derecho de trabajadores y empresarios a articular y participar en sistemas extra-judiciales de solución de conflictos, la situación es, quizá, un tanto más compleja que en el supuesto anterior. Para empezar, se ha entendido que dicha facultad pertenece a los representantes sindicales de los trabajadores, bien por constituir supuestos de participación institucional (si nos encontramos con sistemas heterónomos) o una simple manifestación de la negociación colectiva de eficacia general (si se trata de sistemas autónomos), provocando esta última posibilidad el surgimiento de múltiples sistemas de ámbito autonómico articulados por la autonomía colectiva. A diferencia del supuesto anterior, esta facultad del art. 37.2 CE no ha sido apenas objeto de regulación normativa, por lo que el problema no es la existencia de un desarrollo inadecuado del precepto constitucional, sino la falta prácticamente absoluta de regulación legal.

Ello ha provocado el surgimiento de manifestaciones espontáneas del derecho que, aunque lícitas, no pueden articularse con intención de agotar las distintas po-

sibilidades que contempla el precepto constitucional, pues una concepción de estas características distorsionaría el conjunto de derechos y actores que intervienen en el sistema de relaciones laborales. Dicha concepción, por ejemplo, sería incompatible con el tenor literal del precepto que atribuye el derecho de conflicto a los trabajadores y empresarios, y aunque pudiéramos aceptar que esa atribución de titularidad es compatible con el mecanismo de la representación, no podríamos respaldar posiciones que la restrinjan, con carácter exclusivo, a representantes de naturaleza sindical. Con carácter adicional y profundizando en la misma idea, se debe considerar que el derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo constituye una manifestación esencial de los derechos de libertad sindical, por que lo necesariamente debe reconocerse a todos aquellos sujetos que realicen actividades en defensa de los intereses de los trabajadores, independientemente de que ostenten naturaleza sindical. De ahí que los sistemas de solución de conflictos laborales presenten un carácter abierto e inviten a la participación de la generalidad de actores laborales, especialmente a los representantes unitarios de los trabajadores. Por último, y en lo que concierne al papel que ha jugado el legislador en la articulación de este derecho, también en este caso el precepto constitucional queda vacío de contenido, aunque no por la existencia de una regulación demasiado restrictiva, sino porque la falta de regulación específica ha obligado a que las prácticas sociales busquen amparo en otros preceptos constitucionales, significativamente en la negociación colectiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfonso Mellado, C. L., “Solución extrajudicial de conflictos laborales. Experiencias y situación actual”, VV. AA., *Derecho Colectivo*, Madrid, CGPJ, 2003.
- Carrizosa Prieto, E., “Aspectos problemáticos del ejercicio del derecho de huelga en la empresa”, en VV. AA, (Coord. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.), *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 2011.
- Carrizosa Prieto, E., *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*, Sevilla, CARL, 2009.
- Carrizosa Prieto, E., “El principio de proporcionalidad como mecanismo para controlar las injerencias en el derecho de huelga”, *TL*, núm. 77/2004.
- Casas Baamonde, M. E., “Medios autónomos de solución de conflictos laborales”, VV. AA., *La solución extrajudicial de conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, 2001.
- Cruz Villalón, J., “La intervención de las comisiones paritarias de convenios colectivos en la resolución de conflictos”, *RPS*, núm. 146, 1985.

- Del Rey Guanter, S., “Arbitraje, comisiones paritarias y proceso”, *TL*, núm. 6, 1986.
- Diéguez Cuervo, G., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- Llompарт Bennàssar, M., “Sindicatos legitimados para negociar acuerdos interprofesionales sobre solución extrajudicial de conflictos laborales y con derecho a participar en los sistemas que establecen”, *AS*, T. V., 1999.
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J., *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 2010.
- Monereo Pérez, J. L., “El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo”, en VV. AA., *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Granada, Comares, 2002.
- Rodríguez Fernández, M. L., *Negociación colectiva y solución de conflictos laborales*, Albacete, Bomarzo, 2004.
- Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., y González Ortega, S., “Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *RPS*, núm. 137, 1983.
- Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., *La intervención del Estado en los conflictos colectivos de trabajo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1972.
- Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “El comité de empresa. Órgano de cooperación e instrumento de conflicto”, en VV. AA., (Coords. Cabeza Pereiro, J., y Martínez Girón, J.), *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios es Homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008.
- VV. AA., (Coords. Cabeza Pereiro, J., y Martínez Girón, J.), *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios es Homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008.
- VV. AA., (Coord. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.), *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 2011.
- VV. AA., (Coords., Molina Navarrete C., Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.), *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Granada, Comares, 2002.

PARTE IV

La Jurisdicción

LAS REFORMAS DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL (1958-2010)

Antonio Martín Valverde
Catedrático de Derecho del Trabajo
Magistrado del Tribunal Supremo

ÍNDICE

1. LITIGIOS DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA: EL PRE-
DOMINIO DE LA SOLUCIÓN JURISDICCIONAL POR TRIBUNALES ESPE-
CIALIZADOS Y MEDIANTE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES
2. LAS REFORMAS DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL: DE LA LEY DE
1958 A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMO QUINTA DE LA LEY 35/2010
3. EL “TEXTO REFUNDIDO DEL PROCEDIMIENTO LABORAL” DE 4 DE JULIO
DE 1958: UN ANÁLISIS DE CONTENIDO AL CABO DE MÁS DE MEDIO SIGLO
4. LAS PRIMERAS REFORMAS DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL:
DEL TEXTO REFUNDIDO DE 1958 AL TEXTO REFUNDIDO DE 13 DE JUNIO
DE 1980
5. LA LEY DE BASES DE PROCEDIMIENTO LABORAL DE 1989 Y EL TEXTO
ARTICULADO DE 1990: REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DE RE-
CURSOS Y REORDENACIÓN DE LOS PROCESOS ESPECIALES
6. LA REDACCIÓN INICIAL DEL TEXTO REFUNDIDO VIGENTE DE LA LEY
DE PROCEDIMIENTO LABORAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO LE-
GISLATIVO 2/1995
7. MODIFICACIONES DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL EN EL PE-
RÍODO 1994-2010 (I): EL IMPACTO DE LAS REFORMAS DE LA LEGISLA-
CIÓN LABORAL
8. MODIFICACIONES DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL EN EL PE-
RÍODO 1994-2010 (II): EL IMPACTO DE LAS REFORMAS PROCESALES DE
ALCANCE GENERAL
9. CONSIDERACIONES FINALES

1. LITIGIOS DE TRABAJO Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA: EL PREDOMINIO DE LA SOLUCIÓN JURISDICCIONAL POR TRIBUNALES ESPECIALIZADOS Y MEDIANTE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Una presentación del sistema español de solución de litigios en la rama social del Derecho se puede hacer, probablemente, mediante la indicación de tres rasgos característicos. El primero se refiere a los organismos que se encargan de esta función esencial del Estado. El segundo a la naturaleza y extensión de los asuntos de que conocen los tribunales de trabajo. Y el tercero a la regulación legal de los procedimientos jurisdiccionales que encauzan las demandas y recursos correspondientes.

Los organismos encargados de resolver los conflictos jurídicos generados en la aplicación del ordenamiento social están configurados entre nosotros de acuerdo con el modelo de jurisdicción especializada integrada en el sistema judicial. En efecto, desde la instancia hasta la casación, estos organismos jurisdiccionales – Juzgados de lo Social, Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social del Tribunal Supremo – forman parte de la rama de los poderes públicos que el Título VI de la Constitución denomina “poder judicial”¹. Pero al mismo tiempo, como se apunta en su propia denominación, los jueces y tribunales de la jurisdicción social son distintos y diferenciados de los que resuelven los litigios civiles, las causas penales o las reclamaciones contencioso-administrativas².

La atribución a jueces y tribunales sociales especializados – el llamado “orden social de la jurisdicción” u “orden jurisdiccional social”³ – de la función de re-

¹ La aplicación del Derecho del Trabajo en caso de litigio presenta soluciones muy variadas en Derecho comparado. En el ordenamiento británico, por ejemplo, la solución de los litigios corresponde preferentemente a tribunales industriales de instancia de composición tripartita, no integrados en el sistema judicial (sí es, en cambio, un organismo de composición judicial el Employment Appeal Tribunal). Por su parte, en el ordenamiento francés las competencias para resolver controversias laborales con arreglo a derecho están distribuidas entre organismos paritarios no judiciales (los Prudhommes u «hombres buenos») y los órganos de la jurisdicción civil. Es también la jurisdicción civil la que se encarga de la aplicación del ordenamiento laboral en Italia y Portugal, si bien no a través del procedimiento civil ordinario sino de procesos especialmente diseñados para la resolución de los litigios laborales. Una experiencia más lejana es la de países como Estados Unidos, Canadá y Australia; en estos ordenamientos, en los que el grueso de la normativa laboral está constituido por disposiciones de convenios colectivos, es muy importante el papel de los árbitros en la decisión en derecho de las controversias laborales.

² Esta configuración como orden judicial especializado aproxima a nuestra jurisdicción social de la existente en Alemania y en la mayoría de los países de Iberoamérica, y la distancia de las establecidas en otros países, donde la competencia jurisdiccional se asigna sin distinciones a los tribunales civiles (Portugal, Holanda), o donde se reconoce dentro de los tribunales civiles la especialización de secciones o salas especializadas para los litigios laborales (Francia, Italia).

³ La denominación ‘orden jurisdiccional social’ es probablemente la más utilizada por el legislador; se encuentra en el art. 9.5. de la Ley orgánica del Poder Judicial y aparece también en el art. 1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

solver los litigios y conflictos en la rama social del Derecho se lleva a cabo, además, si no en régimen de total exclusividad, sí con claro predominio respecto de otros posibles procedimientos resolutorios de carácter extrajudicial. Para acreditar tal afirmación del predominio de la jurisdicción social en la resolución de esta clase de reclamaciones nos bastará recordar dos datos de la normativa en la materia.

De un lado, la tutela judicial efectiva o, si se quiere, la aplicación contenciosa de todas las normas del Derecho social, incluidas las contenidas en los convenios colectivos de trabajo, corresponde en principio, con contadas excepciones, a este orden jurisdiccional. Es más: ciñéndonos al período histórico acotado en el presente estudio, la aceptación de excepciones a la norma legal de exclusividad de la jurisdicción social, o lo que es lo mismo la aceptación en la ley de procedimientos extrajudiciales de resolución de los conflictos de trabajo, ha sobrevenido en un momento bastante avanzado de la evolución legislativa. Ciñéndonos al período acotado en nuestro estudio: los primeros textos legales en la materia subrayaban con especial énfasis que la “jurisdicción de trabajo” era “la única competente” para “resolver” los conflictos jurídicos en este ámbito de las relaciones sociales. Y habrá que esperar a la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 para encontrar un enunciado normativo sobre la competencia jurisdiccional que, aun marcando el predominio de la jurisdicción social, permita un cierto espacio a los medios no judiciales propiamente resolutorios o dirimientes de las controversias laborales⁴.

Por otro lado, a partir del momento en que la cláusula legal de exclusividad desaparece, la función reconocida a los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo es, en una valoración de conjunto, subordinada y secundaria respecto de la solución judicial. Subordinada en cuanto que su contribución más destacada a la solución de tales conflictos no es precisamente la de dirimirlos o resolverlos fuera del ámbito judicial, sino la tradicional de intentar arreglos o transacciones de los mismos que eviten la utilización de las vías judiciales en las fases

⁴ La fórmula reproducida aparece en el texto inicial del procedimiento laboral de 1958, y se repite invariablemente en todos los que le suceden hasta el aprobado en 1980. En este el enunciado del principio de monopolio jurisdiccional cambia, pero para decir virtualmente lo mismo, tal vez incluso de manera más enérgica: “*A los órganos jurisdiccionales del orden social se atribuye, con exclusividad, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en los litigios que se promuevan dentro de la rama social del Derecho*” (art. 1). En el texto articulado de 1990 desaparece del citado precepto el inciso “con exclusividad”. En la formulación de 1990, la cláusula general de atribución competencial dice así: “*Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho en conflictos tanto individuales como colectivos*”; el texto vigente de 1995 parafrasea de nuevo el enunciado anterior, añadiéndole una coletilla: “*Corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las que legalmente se le atribuyan*”.

previas a los procesos⁵. Secundaria en cuanto que la operatividad con carácter resolutorio o dirimente de los medios extrajudiciales no supone exclusión total del control judicial, y solo se acepta además en parcelas limitadas y acotadas del sistema normativo.

Un segundo rasgo caracteriza al sistema español de solución de litigios en el ordenamiento social: entre nosotros los juzgados y tribunales de este orden jurisdiccional se encargan de decidir no sólo las controversias laborales en sentido estricto, sino también los litigios o controversias de Seguridad Social. Es de apreciar, además, una marcada tendencia a extender paso a paso la competencia material de los tribunales de trabajo desde la Seguridad Social en sentido estricto a los diversos territorios limítrofes de la protección social: mejoras voluntarias de Seguridad Social, mutualismo, previsión social voluntaria, fondos y planes de pensiones en favor de los trabajadores, etcétera.

La explicación del fenómeno no parece muy complicada. Los pleitos de Seguridad Social, que forman el grueso de la litigiosidad en materia de protección social, suelen surgir en un territorio del ordenamiento jurídico bastante próximo al de la regulación de las relaciones de trabajo; especialmente en países como España donde se ha adoptado y se mantiene un modelo profesional de Seguridad Social. De ahí que para la resolución de tales controversias haya que poner en juego habitualmente el bagaje de conceptos y de normas generales de la legislación laboral sustantiva. Esta conexión dogmática de los dos principales sectores de la rama social del Derecho es, de acuerdo con el principio de especialización de las jurisdicciones que inspira nuestro ordenamiento procesal, un poderoso argumento a favor de establecer para ambos un orden jurisdiccional conjunto. Tal ha sido, como veremos, la opción del legislador español desde el primer texto legislativo que nos corresponde estudiar en el presente ensayo.

Pero no conviene perder de vista que uno y otro tipo de litigios presentan algunas diferencias notables desde un punto de vista estrictamente procesal. Mientras el proceso laboral *sensu stricto* puede considerarse como una variante cualificada del proceso civil entre particulares, el proceso de Seguridad Social es en principio un proceso revisorio de actos de entidades gestoras de derecho público, que participa por ello de los caracteres del proceso contencioso-administrativo. Por esta razón jurídico-procesal, y seguramente por otras razones más pragmáticas a las que luego habrá ocasión de aludir, es también frecuente en un panorama de Derecho comparado que la solución de los litigios de trabajo y de protección social se asigne a estructuras jurisdiccionales distintas. En cualquier

⁵ Sobre el particular puede verse mi estudio “Las relaciones entre el sistema judicial y los medios no judiciales de solución de conflictos de trabajo”, en AA.VV. (coord.. F. Valdés Dal-Ré) *Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales: situación actual y perspectivas de futuro. Libro en Memoria del Prof. Javier Matía Prim*, Fundación Sima, Madrid, 2006, pág.148-180.

caso, incluso en los ordenamientos como el nuestro que han optado por un orden jurisdiccional conjunto, la diferencia entre los litigios laborales y los litigios de Seguridad Social se manifiesta con claridad, como tendremos también ocasión de comprobar, en la configuración y ordenación legal de los procesos respectivos.

El tercer rasgo del sistema español de solución de litigios en la rama social del Derecho que nos interesa destacar en esta presentación general se refiere precisamente a la ordenación legal de los procedimientos jurisdiccionales. En comparación con los países que habitualmente nos sirven de punto de referencia, el ordenamiento español en la materia se distingue desde hace muchos años por la existencia de una disposición procesal específica para el desarrollo y la tramitación de esta clase de litigios.

La diferenciación orgánica de la jurisdicción social a que nos hemos referido al principio viene acompañada así de una diferenciación procedimental o funcional, manifestada en que las normas comunes del “enjuiciamiento civil”, sin abandonar un papel de legislación supletoria que puede ser muy importante en determinados aspectos normativos, han cedido el protagonismo a una disposición legislativa especial. Esta disposición legislativa fue denominada en un principio “texto refundido del Procedimiento Laboral” y pasó a llamarse más adelante, a partir de 1980, “Ley de Procedimiento Laboral”⁶.

A las modificaciones y vicisitudes de esta norma procesal especial para los litigios de trabajo y de Seguridad Social vamos a dedicar el presente estudio. Iniciaremos la exposición en el próximo apartado con un rápido recorrido histórico en el que habrá ocasión de identificar cuáles han sido las etapas y los hitos principales de la evolución. Un análisis más detallado de estas reformas legislativas, desde el primer texto refundido del Procedimiento Laboral aprobado por Decreto de 4 de julio de 1958 hasta el momento presente, se llevará a cabo en los apartados siguientes.

⁶ No voy a entrar aquí en la significación o trascendencia del cambio de denominación desde el punto de vista de las fuentes del Derecho. El foco de atención en este ensayo no es el estudio comparativo del sistema de fuentes durante el régimen franquista y en el régimen actual sino la evolución histórica de las normas y de las instituciones procesales en el ámbito de las relaciones de trabajo y de las relaciones de Seguridad Social. Bástenos solamente con señalar que, en el texto originario de 1958, la omisión del término “ley” respondía tal vez a la posición más desvaída que la ley en sentido formal ostenta en un régimen de poder personal. Es claro, en cambio, que, a partir de la Constitución, y de ello se hace eco el texto refundido de 1980, los textos refundidos o articulados del Procedimiento Laboral tienen “*rango de ley*” (art. 82.1 CE) y “*la delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente*” (art. 82.3 CE).

2. LAS REFORMAS DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL: DEL TEXTO REFUNDIDO DE 1958 A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMO QUINTA DE LA LEY 35/2010

La versión actual de la Ley de Procedimiento Laboral se contiene en un texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril. Pero la redacción inicial de la misma se remonta, como acabamos de decir, a la década de los cincuenta del siglo pasado. Siguiendo un criterio cronológico, aconsejable por razones obvias en los estudios histórico-normativos, las modificaciones o reformas de la Ley de Procedimiento Laboral pueden agruparse en tres etapas o períodos sucesivos, que nos van a servir de hilo conductor en nuestra exposición: 1) la etapa de 1958 a 1980, de configuración o formación de la normativa del proceso laboral, en la estructura que hoy todavía conserva; 2) la etapa de 1980 a 1994, de adaptación del propio proceso laboral al sistema judicial diseñado en la Constitución; y 3) la etapa de 1994 a 2010, caracterizada por la repercusión en el procedimiento laboral de numerosas reformas legislativas de origen diverso, concernientes unas veces a la legislación procesal común y otras a la legislación sustantiva de trabajo⁷.

Cada uno de los períodos que acabamos de identificar está marcado y protagonizado, como se comprobará a continuación, por la aprobación de un nueva disposición legislativa – “texto refundido” las más de las veces pero también en ocasiones “texto articulado”⁸ –, que contiene una nueva redacción íntegra de la Ley de Procedimiento Laboral. Pero, junto a estas reformas que han dado lugar a nuevos textos refundidos o articulados completos, abundan, sobre todo en la última etapa, las reformas parciales más o menos amplias de dicha Ley, limitadas a unos u otros preceptos de la misma.

Nuestro panorama histórico se ha de iniciar, como es lógico, con la presentación del ya citado texto legislativo originario del Procedimiento Laboral, que data

⁷ La cifra de reformas legislativas del inicial texto refundido del procedimiento laboral es bastante elevada, máxime teniendo en cuenta que nos encontramos ante materia procesal, en principio más estable que la legislación sustantiva. He contado hasta 25 reformas parciales, una Ley de Bases y 7 textos refundidos o articulados, incluido el originario, en el conjunto del período. Para la búsqueda y la ordenación de este voluminoso material normativo he contado con la muy valiosa colaboración de Doña Beñona Alonso Asenjo.

⁸ Conviene llamar la atención sobre la singularidad de los distintos “textos articulados” de la Ley de Procedimiento Laboral, que no han sido en ningún caso textos articulados “puros”, elaborados exclusivamente a partir de principios y criterios procesales establecidos *ex novo* con desconexión total de la normativa precedente. Como se verá, el texto articulado de 1966 se ha elaborado a partir de la Ley de Bases de Seguridad Social, y solo modificó el procedimiento en esta materia. El texto articulado de 1990, en cuyo origen sí se encuentra una Ley de Bases de Procedimiento Laboral, tiene también mucho de refundición de materiales normativos precedentes. Sobre el tema, A. Martín Valverde, “La parte general de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990”, *Relaciones Laborales*, 1990, II, p. 307–309.

del año 1958⁹. Este texto legislativo se publicó en el BOE de 7 de agosto de dicho año con la siguiente detallada rúbrica: “Decreto de 4 de julio de 1958 por el que se aprueba el texto refundido del Procedimiento laboral y el Procedimiento especial para los Seguros Sociales y el Mutualismo Laboral”. El largo enunciado de la rúbrica, que se habría de comprimir en las versiones siguientes del propio texto, refleja por cierto con meridiana claridad el propósito normativo de inclusión conjunta en el mismo orden judicial de pleitos de trabajo y de pleitos de Seguridad Social, que lleva a cabo por primera vez esta disposición¹⁰.

La reseña del texto refundido del Procedimiento Laboral de 1958, que por su condición de disposición fundacional merece un apartado propio, va a consistir en su valoración desde un punto de vista de historia normativa y en la exposición a renglón seguido de la estructura y el contenido general del mismo. Una vez efectuadas estas tareas, hemos de prestar atención al primer período de reformas, que, según nuestra ordenación, comprende las modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral habidas hasta el texto refundido de 1980 inclusive. Dentro de este período 1958-1980 destacan nada menos que cuatro nuevas refundiciones o articulaciones completas de la Ley de Procedimiento Laboral.

La primera de ellas, aprobada por Decreto 149/1963 de 17 de enero, se encargó de incorporar al procedimiento laboral el proceso de conflicto colectivo. La segunda, aprobada por Decreto 909/1966 de 21 de abril, contenía el “texto articulado segundo” de la Ley de Bases de Seguridad Social “por el que se da nueva redacción al vigente texto refundido del Procedimiento Laboral”; las novedades introducidas en tal disposición se referían, como era de esperar, a la materia de Seguridad Social regulada en el que fue “texto articulado primero de la Ley de Se-

⁹ Para la primera etapa de la historia de los procesos de trabajo, J. Montero Aroca, *Los tribunales de trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Universidad de Valencia, 1976; abarcando un período mayor, que incluye la etapa siguiente marcada por la aprobación del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1958 y de la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963, M. Alonso Olea, “Sobre La historia de los procesos de trabajo”, *Revista de Trabajo*, n° 15 (1966); en particular, para la evolución del proceso de Seguridad Social, A. Márquez Prieto, “Historia del proceso de Seguridad Social”, *REDT*, n° 104 (2001).

¹⁰ La tradición jurídica española de atribuir competencia para los conflictos de trabajo a órganos judiciales especializados, se inicia en la segunda década del siglo XX con los Tribunales industriales, que, a diferencia de los homónimos ingleses, sí estaban integrados en el sistema judicial. Durante la Segunda República los tribunales industriales compartieron competencias de solución de litigios con los jurados mixtos, órganos corporativos no integrados en el sistema judicial. El monopolio jurisdiccional de los órganos judiciales en la materia contenciosa laboral se restablece después de la guerra civil, con las Magistraturas de Trabajo y el Tribunal Central de Trabajo, si bien estos órganos judiciales especializados constituyeron un orden jurisdiccional separado de la jurisdicción ordinaria, y la Administración de Trabajo desempeñó también un papel relevante en la aplicación del ordenamiento laboral. Sobre el tema, en el período anterior a la Constitución, A. Montoya Melgar, *Jurisdicción y Administración de Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1970.

guridad Social de 1966. Un origen análogo tuvo la tercera refundición del período, aprobada por Decreto 2381/1973, que “da nueva redacción al vigente texto refundido de Procedimiento Laboral”, con el propósito de incorporar algunas novedades procesales derivadas de otra reforma de la Ley de Seguridad Social: la Ley 24/1972 “de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social”.

La línea divisoria entre la primera (1958-1980) y la segunda etapa (1980-1994) de nuestro recorrido histórico está marcada por el Real Decreto Legislativo 1568/1980 de 13 de junio, que aprobó un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Este texto legal de 1980 es un eslabón de enlace, que supone a la vez el cierre de la etapa inicial del texto legal objeto de estudio y la inauguración de una etapa nueva. Es evidente, y así consta expresamente en su exposición de motivos, que la elaboración de este Decreto legislativo 1568/1980 vino aconsejada por la necesidad de adaptar los procesos de la jurisdicción social de un lado a las normas de la Constitución de 1978 y de otro lado, sobre todo, a las numerosas novedades de derecho sustantivo que trajo consigo la Ley 8/1980, redacción inicial del Estatuto de los Trabajadores.

Pero, más que al eslabón de enlace que representa el Real Decreto Legislativo 1568/1980, el protagonismo de este segundo período corresponde a la reestructuración del sistema de recursos en la jurisdicción social diseñada en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 1989, que fue desarrollada luego en el “texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral”, aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990 de 27 de abril. Siguiendo las previsiones de la nueva planta de organismos judiciales programada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en esta reforma de los años 1989-1990 se atribuye a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia jurisdiccional para resolver los recursos de suplicación de los que antes (hasta su extinción en mayo de 1989) se había encargado el Tribunal Central de Trabajo. Esta descentralización del recurso de suplicación vino acompañada en la reforma del procedimiento laboral 1989-1990 de una remodelación en profundidad de la casación social a cargo del Tribunal Supremo, en la que junto a la casación común u ordinaria aparece por primera vez en nuestro ordenamiento procesal la casación para la unificación de doctrina.

La etapa siguiente de la evolución histórica de la legislación del procedimiento laboral – 1994-2010 – es ya la actual. Se puede decir con sólidas razones que esta etapa arranca en la Ley 11/1994. Tal disposición legal, además de una extensa reforma de la legislación laboral sustantiva, contenía numerosos preceptos de reforma parcial del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Poco después, la Disposición Final sexta de la Ley 42/1994, “de medidas fiscales, administrativas y del orden social” (la Ley de “acompañamiento” a los Presupuestos del Estado para el año 1995) encargó al Gobierno la elaboración de un nuevo “texto refundido” para incorporar las modificaciones normativas producidas en dicho año, entre ellas en lugar destacado, las de la citada Ley 11/1994. En cum-

plimiento del encargo el Gobierno aprobó por Real Decreto Legislativo 2/1995 el vigente “texto refundido” de la Ley de Procedimiento Laboral.

Las novedades introducidas por la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 fueron en un principio trasunto de las modificaciones de la legislación sustantiva contenida en la Ley 11/1994, de reforma del mercado de trabajo. Pero pronto iban a llegar, casi en tropel, otras muchas modificaciones parciales de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, originadas unas veces por cambios en la legislación procesal común y otras veces por nuevos cambios en el marco legal del mercado de trabajo¹¹. El último de estos cambios ha tenido lugar en la Ley 35/2010 que, además de algún retoque puntual del texto refundido vigente, contiene en su Disposición adicional decimoquinta una previsión de reforma legal futura, que se aparta por cierto de la pauta consolidada hasta ahora de otorgamiento al Gobierno de una delegación legislativa para elaborar un nuevo texto refundido o articulado.

En efecto, lo que ordena la citada disposición adicional de la Ley 35/2010 no es la elaboración por el Gobierno de un nuevo decreto legislativo o ley delegada, sino la aprobación por su parte “en el plazo de seis meses” de “un proyecto de ley” de reforma del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que habrá de seguir luego la tramitación correspondiente a las leyes ordinarias. De acuerdo con este encargo del legislador, el citado proyecto de ley ha de “contemplar”, “entre otras cuestiones”, “la atribución al orden jurisdiccional social” de nuevas competencias; señaladamente, la competencia en materia de “recursos contra las resoluciones administrativas de la autoridad laboral” en los distintos supuestos de expedientes de regulación de empleo: “suspensión temporal de relaciones laborales”, “reducción de jornada” y “despido colectivo”.

La Disposición adicional decimoquinta de la Ley 35/2010 es, por evidentes razones cronológicas, la estación de llegada de nuestro recorrido histórico¹².

3. EL “TEXTO REFUNDIDO DEL PROCEDIMIENTO LABORAL” DE 4 DE JULIO DE 1958: UN ANÁLISIS DE CONTENIDO AL CABO DE MÁS DE MEDIO SIGLO

A pesar de lo que pudiera parecer a primera vista, el Decreto de 4 de julio de 1958 que “aprueba el texto refundido del Procedimiento laboral y el Procedimiento

¹¹ Como resulta fácil de advertir en este repaso general, la etapa histórica 1995–2010 se caracteriza también, desde el punto de vista de la técnica legislativa, por el abandono de la refundición de nuevos textos completos. Esta técnica se utilizó hasta 1990, mientras que la técnica de las reformas parciales se ha desarrollado principalmente a partir del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995. La proliferación de leyes de reformas parciales se “desboca” sobre todo a partir del año 2000.

¹² El proyecto de ley al que se refiere la Disposición Adicional 15ª de la Ley 35/2010 se encuentra en los trámites del procedimiento legislativo en el momento de redactar este estudio. Las últimas noticias oficiales de dicho “proyecto de ley” son el dictamen del CES de 30 de noviembre de 2010 “sobre

especial para los Seguros Sociales y el Mutualismo Laboral” no es una norma reglamentaria en el sentido técnico de la expresión, sino lo que hoy denominamos, siguiendo el artículo 85 de la Constitución, un decreto legislativo. Como se explica con precisión en su exposición de motivos, el referido texto es el fruto del cumplimiento por parte del ejecutivo de la época del encargo contenido en una Ley delegante de 24 de abril del mismo año 1958¹³. Mediante esta delegación se encomendaba directamente al “Ministro de Trabajo” la “refundición ordenada” de las “disposiciones legales” sobre los dos procedimientos jurisdiccionales mencionados en el título, otorgando al mismo tiempo un muy amplio margen para incorporar al texto refundido encargado las novedades normativas que se consideraran oportunas¹⁴.

La expresión “procedimiento laboral”, que en la rúbrica del Decreto de 1958 aparece unida a la mención a los procedimientos de Seguridad Social, vuelve a ser utilizada, pero esta vez ya en solitario, tanto en el título interno del propio texto refundido como en el artículo único del Decreto, que contiene la fórmula canónica de los decretos legislativos: “Se aprueba el adjunto texto refundido de la legislación referente al procedimiento laboral”. El escueto enunciado “procedimiento laboral”, sin más añadidos, se iba a generalizar, como ya hemos adelantado, en las versiones

el Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción social” y la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del “Proyecto de Ley reguladora de la jurisdicción social” en fecha 25 de febrero de 2011. A la vista de estos documentos resulta claro que el Gobierno ha creído conveniente proceder a una nueva redacción completa de la Ley de Procedimiento Laboral, en lugar de optar por una ley de reformas parciales, opciones ambas factibles a la vista del tenor del encargo legislativo contenido en la Disposición adicional. Pero no nos interesa especular sobre el proyectado naciente avatar de la Ley de Procedimiento Laboral. Nuestro panorama de las reformas de dicha Ley se extiende, como es lógico, a las que ya son efectivas y no a las meramente programadas o proyectadas.

¹³ Publicada en el BOE 25 de abril de 1958. La delegación contenida en la Ley de 24 de abril de 1958 figura en su art. 13: “El Ministro de Trabajo, oída la Organización Sindical, elevará al Gobierno en el plazo más breve posible el texto refundido de las disposiciones que regulan el procedimiento laboral y un procedimiento especial para los seguros sociales y el Mutualismo Laboral acomodado a sus peculiares características”. La justificación de la refundición encargada se expresa en su exposición de motivos con una argumentación parecida a la que, como se verá a continuación, utilizaría luego la exposición de motivos del propio texto refundido: desde la creación en 1938 de las Magistraturas de Trabajo “por sedimentos sucesivos se ha ido formando un cuerpo de normas de procedimiento laboral de rango jerárquico muy distinto, que es imperioso refundir en un solo texto para facilitar su conocimiento y aplicación por todos los interesados en la relación laboral: Tribunales, Administración, trabajadores y empresarios”. Pero la “Ley de 24 de abril de 1958, sobre reforma del procedimiento laboral” no se limitó a la mencionada delegación legislativa, sino fue también una ley de reformas parciales en diversas materias, a saber, en los términos de su propia exposición de motivos: “conciliación sindical”, “competencia cualitativa”, “competencia territorial”, facultad de la “mujer casada para comparecer ante los Tribunales de Trabajo”, “resolución de las demandas de pobreza planteadas por los empresarios”, “requisitos que han de contener las demandas recogiendo las declaraciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo” y “sentencia *in voce*”.

¹⁴ Literalmente, el encargo autorizaba a introducir, en fórmula tan abierta que suponía un virtual cheque en blanco al Ministerio de Trabajo, “aquellas innovaciones que la práctica aconseja”.

legales posteriores, encontrándose en la actualidad más que consolidado por un uso legislativo y doctrinal de más de medio siglo¹⁵.

Siguiendo a la propia exposición de motivos, el texto refundido de 1958 se proponía poner fin a una situación del “proceso laboral” en la que sus normas reguladoras “se hallan diseminadas en multitud de disposiciones (Código de Trabajo de mil novecientos veintiséis, Ley de Enjuiciamiento Civil como supletoria, Decretos, Órdenes ministeriales, Reglamentaciones de trabajo, etc.)”. A esta acusada dispersión de normas, que, según reconoce el redactor de la exposición de motivos, hacía “difícil su conocimiento a quien en estas materias no esté avezado” hay que añadir otro inconveniente no menor de la situación normativa existente a la sazón, que es la existencia de vacíos u “omisiones” de regulación, que era preciso subsanar en una materia “de índole procesal y, por tanto, de orden público”.

Más lacónica es la explicación en la propia parte expositiva del Decreto de 1958 de la atribución conjunta a la “jurisdicción de trabajo” de los “Seguros Sociales y el Mutualismo Laboral”, instituciones de protección social que poco más tarde iban a ser integradas en las instituciones de Seguridad Social que con mayores o menores modificaciones hoy conocemos. Dos son las razones aportadas a favor de esta opción legislativa. La primera, de carácter formal, es que así estaba previsto en la Ley de delegación. La segunda, de naturaleza jurídico-procesal, apunta al argumento ya aludido de los fundamentos conceptuales comunes del ordenamiento laboral y de la normativa de la Seguridad Social. A ello se refiere seguramente la exposición de motivos al afirmar la conveniencia de la “unidad de criterio” jurisdiccional “en materia tan importante”, “evitándose la dualidad de resoluciones hoy existente en la vía administrativa y en la vía judicial”.

Contemplado con perspectiva histórica, lo que más llama la atención del texto del Procedimiento Laboral de 1958 es la muy notable similitud de su estructura sistemática con la de la Ley de Procedimiento Laboral hoy vigente. Por encima de los numerosos cambios de contenido, algunos muy importantes, en ambas disposiciones son cuatro los “libros” en que se distribuyen sus articulados, y en ambas son las mismas, al margen de leves variaciones terminológicas, las materias incluidas en ellos. El “Libro primero” contiene la “Parte general”; el “Libro segundo” se dedica a los “procesos ordinarios y especiales”, es decir a lo que con terminología más desvaída se denomina ahora “modalidades procesales”; el “Libro tercero” trata “de los recursos” en la dicción del legislador de 1958, o de los “medios de impugnación” en la fórmula preferida a partir de la reforma procesal laboral de

¹⁵ Ni que decir tiene que la expresión resultaba entonces y todavía con más razón resulta ahora demasiado estrecha como título de la Ley, a la vista de la reiteradamente mencionada extensión de la competencia material de los tribunales de trabajo a los pleitos de Seguridad Social propiamente dichos, e incluso tendencialmente a litigios relativos a otras posibles ramas de la protección social. Pero la sinécdoque ha resultado bastante practicable a efectos de comunicación, por lo que, una vez hecha la advertencia terminológica, la damos por buena.

1989-1990; en fin, los preceptos agrupados en el “Libro cuarto” son los correspondientes a las “ejecuciones” en la fórmula inicial o “ejecución de las sentencias” en el enunciado actual.

El paralelismo en la sistemática de los sucesivos textos de la Ley de Procedimiento Laboral alcanza también a muchas de las subdivisiones de sus cuatro libros, que con bastante frecuencia se conservan intactas (o con modificaciones leves, a menudo meramente terminológicas) en la redacción actual. De esta manera, no sólo la ordenación sistemática, sino el propio texto de muy numerosos preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral son ahora los mismos que en el Decreto de 1958. Se puede afirmar, en suma, que el originario “texto refundido del Procedimiento Laboral” ha proporcionado la estructura y buena parte de las bases normativas de nuestra legislación procesal laboral, erigiéndose en el punto de referencia de las modificaciones legislativas posteriores. Es cierto que las reformas legales que habrían de venir luego han introducido muchas innovaciones en la materia, algunas de gran calado, pero no es menos verdad que se han podido verter sin especial dificultad en los moldes creados por dicho texto originario. Vale la pena comprobarlo en un repaso *grosso modo* del contenido de los cuatro libros que lo integran.

La “parte general” de la Ley de Procedimiento Laboral comprende, en la redacción del Decreto de 1958, una serie de disposiciones comunes sobre los aspectos principales de esta clase de procesos, distribuidas en diez títulos, subdivididos a su vez en secciones. El primer grupo de preceptos versa sobre “la competencia” de la “jurisdicción de trabajo” (títulos I y II). A continuación, se regula la presencia y la intervención de las partes litigantes en el proceso laboral: “comparecencia en juicio, representación y defensa” (título III), “beneficio de justicia gratuita” (título IV), “acumulación de acciones y de autos” (título V), “actuaciones y términos” (título VI). Después de un título VIII dedicado a las “recusaciones y abstenciones”, los preceptos siguientes de la “parte general” se ocupan de los “actos preparatorios y medidas precautorias” a adoptar en la fase previa o en la fase inicial del procedimiento laboral (título VIII), de las “resoluciones” de los magistrados de trabajo (título IX) y de la “facultad disciplinaria y policía de estrados” (título X).

Este esquema del Libro I del texto refundido del Procedimiento laboral de 1958 se mantuvo intacto hasta el texto refundido de 1980 inclusive. El texto articulado de 1990 procedió a una ligera remodelación del mismo, que seguramente ha permitido apreciar con más claridad su estructura. Pero el armazón de esta parte de la Ley no ha variado. Igual ocurre con la ordenación de las sucesivas fases del “proceso ordinario” en el Título I del Libro Segundo. Su regulación ha permanecido virtualmente inalterada hasta 1980, y su estructura normativa no ha quedado afectada tampoco por el texto articulado de 1990, donde no obstante cabe apreciar algunos cambios notables de redacción o de sistemática.

Como ya se ha apuntado, además de al “proceso ordinario”, el Libro II del texto refundido del Procedimiento laboral de 1958 está dedicado a la regulación de

los “procesos especiales”. Es ésta, sin duda, una de las partes del texto originario que ha experimentado mayores cambios normativos. Algunos de los procesos especiales de la redacción inicial se mantienen (“despidos y sanciones”, “procedimiento de oficio”). Otros se han integrado en la actual “modalidad procesal” de “Seguridad Social” (“Seguros Sociales y Mutualismo laboral”, “accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”). Y otros en fin han desaparecido (“despidos especiales”, “agentes ferroviarios”, “responsabilidades en el trabajo”, “reclamaciones inferiores a 1.500 pesetas”).

La supresión de estos procesos especiales ha sido en ocasiones consecuencia inmediata del cambio de régimen político; tal es el caso de algunos despidos especiales¹⁶ y del proceso especial de agentes ferroviarios¹⁷. En otros supuestos la supresión ha resultado de las transformaciones experimentadas en la organización y ordenación general de la Justicia; dentro de este grupo habría que incluir la desaparición del proceso especial para las reclamaciones inferiores a 1.500 pesetas¹⁸. En el caso de responsabilidades en el trabajo, la supresión se ha debido probablemente a la valoración de que las normas particulares jurídico-procesal de este proceso especial no tenían relevancia suficiente para merecer tal calificativo¹⁹.

¹⁶ Los “despidos especiales” del texto refundido de 1958 son los del “*cargo electivo de carácter sindical*”, el “*enlace de la sección femenina de FET y de las JONS*”, el “*jurado de empresa*” y el “*Caballero Mutilado*” (art. 103); también presentan especialidades legales el despido de los “*médicos de empresa*” (art. 106), y el del “*personal obrero y artesano al servicio de FET y de las JONS*” (art. 108).

¹⁷ Las “*reclamaciones individuales o colectivas entre agentes y empresas de transporte por vía férrea*” se someten a varias reglas procesales particulares: a) la exigencia de una vía de reclamación previa al “*Director de la Compañía*”, b) la aportación al proceso de informe o dictamen de la propia entidad en las reclamaciones derivadas de “*expediente*”, y c) la posible “*suspensión del procedimiento*”, por decisión del Ministerio de Trabajo en “*casos excepcionales de notoria gravedad y cuando la materia de que se trate pueda suponer, bien por su carácter de generalidad, aunque el origen sea una reclamación individual, bien por la trascendencia del asunto, una perturbación en el servicio o en la industria ferroviaria*” (artículos 123–127). Volveremos más adelante sobre este último precepto.

¹⁸ La regulación especial de las reclamaciones inferiores a 1.500 pesetas consistía en el inicial texto refundido del Procedimiento Laboral en que “*podrán ser presentadas ante el Juzgado Comarcal o de Paz*”, y en que el acto del “*juicio*” podrá ser “*delegado*” en el “*Juez municipal, Comarcal o de Paz*” del “*lugar en donde se hubiere presentado*”.

¹⁹ El proceso especial de “*responsabilidades en el trabajo*” se regulaba en el art. 128 del Decreto de 4 de julio de 1958 de la siguiente manera: “*En los casos previstos en el artículo 63 del texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo y Decreto de 6 de enero de 1939, cuando el Magistrado de Trabajo lo estime necesario para la determinación de los daños y perjuicios podrá acordar el dictamen de técnicos o personas capacitadas, a cuyo efecto se dirigirá al Delegado Provincial de Sindicatos para que en plazo de cinco días designe la persona o personas que han de emitir este informe especial*”. Dicho sea de paso, la supresión del proceso especial de responsabilidades en el trabajo no debe ser entendida como supresión en nuestro ordenamiento de la responsabilidad del trabajador por los daños ocasionados al empresario por su conducta negligente, responsabilidad que, no obstante, ha sido modulada por la jurisprudencia.

Pero, sin desdeñar su importancia, lo más notable desde el punto de vista jurídico-procesal que hemos adoptado en el presente estudio no es seguramente la supresión de estos procesos especiales sino la incorporación de otros distintos en la legislación de los años siguientes. En efecto, ya a partir de las primeras reformas del texto refundido de 1958, se añaden a la lista de procesos especiales diversas modalidades procesales que ponen de relieve cambios significativos en la intervención judicial en las relaciones de trabajo y protección social.

Hasta tal punto es esto cierto que no parece arriesgado decir que la visión de las sucesivas incorporaciones de nuevos procesos especiales en las reformas del texto refundido del Procedimiento Laboral constituye no solo un capítulo importante de la historia de la jurisdicción social, sino un buen observatorio de la evolución del ordenamiento laboral en su conjunto. Sin perjuicio del estudio más detallado que corresponde a los apartados siguientes, donde habrá ocasión de señalar el momento exacto de la aparición de cada uno de ellos, vale la pena exponer ahora, para contrastarla con la del Decreto de 1958, la relación completa de nuevos procesos especiales introducidos en las diversas reformas posteriores de la Ley de Procedimiento Laboral.

Los más destacados procesos especiales (o “modalidades procesales”) posteriores a 1958 son, sin duda, los procesos de conflicto colectivo y de impugnación de convenios colectivos y el proceso de tutela de derechos fundamentales. Junto a ellos hay que tener en cuenta además, en un segundo plano, el proceso de “reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido” y el proceso de impugnación de los estatutos de los sindicatos.

La relación anterior se ha de completar con una larga y heterogénea lista de procesos especiales cuyo denominador común es el carácter irrecurrible de las resoluciones judiciales dictadas en instancia. Dentro de este cajón de sastre encontramos modalidades procesales relativas a libranzas o permisos que afectan al tiempo de trabajo (“vacaciones”, “permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares”); otras, en cambio, se refieren a demandas relativas a novaciones en las condiciones de empleo (“clasificación profesional”, “movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”); y otras en fin a las reclamaciones suscitadas por los procesos de elección de los representantes de los trabajadores en las empresas (“materia electoral”).

Ya hemos apuntado que el Libro Tercero del texto del Procedimiento Laboral de 1958 ha sido objeto de una reforma en profundidad en el texto articulado de 1990. Del sistema de recursos se conserva en buena parte el recurso de suplicación, con la muy importante reasignación de la competencia funcional para conocer del mismo a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Se mantiene sin variaciones el recurso de revisión. Y se mantiene también, como era de esperar, el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, si bien totalmente reconstruido a efectos del ya señalado desdoblamiento en casación común y casación para unificación de doctrina. Ha

desaparecido, en cambio, el recurso en interés de la ley. Téngase en cuenta, de todas maneras, que, a pesar de las modificaciones reseñadas, la sistemática de la vigente Ley de Procedimiento Laboral contiene todavía bastantes elementos heredados del texto refundido inicial de 1958.

La factura del Libro Cuarto de la disposición reguladora del procedimiento laboral, que trata “de las ejecuciones”, se conservó también en gran parte en los sucesivos textos refundidos o articulados hasta la reforma de 1989-1990. Pero el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 ha tenido aquí también un fuerte impacto; con la particularidad, además, de que las innovaciones afectaron en esta parte de la Ley no sólo a los contenidos normativos, sino a la propia estructura sistemática.

4. LAS PRIMERAS REFORMAS DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL: DEL TEXTO REFUNDIDO DE 1958 AL TEXTO REFUNDIDO DE 13 DE JUNIO DE 1980

El artículo 1 del texto refundido de 1958 limitaba la competencia material de la “*jurisdicción de trabajo*” a “*los conflictos individuales que se promuevan en la rama social del Derecho*”. En el contexto del ordenamiento de la época, la referencia en exclusiva a los conflictos individuales no quería decir que la resolución de los conflictos colectivos correspondiera a otras instancias distintas, judiciales o no judiciales, sino que no había espacio alguno en el sistema jurídico para la expresión de este tipo de controversias o contiendas.

En la única ocasión en que la versión originaria del texto refundido del Procedimiento Laboral mencionaba las “reclamaciones colectivas” era, como ya se ha apuntado, en el desaparecido proceso especial de los “agentes ferroviarios”. Pero se trata de la clásica excepción que confirma la regla. El propósito de este proceso especial no era precisamente proceder al encauzamiento jurisdiccional de tales reclamaciones colectivas, sino más bien lo contrario. Hasta la redacción del texto refundido de 1980, el Ministerio de Trabajo estuvo facultado en estos supuestos de reclamaciones laborales planteadas con “*carácter de generalidad*” ante los órganos de la jurisdicción social para “*acordar la suspensión del procedimiento*”, si tales reclamaciones podían suponer una “*perturbación en el servicio*”.

En todo caso, la exclusión de la jurisdicción social de los conflictos colectivos de trabajo en cualesquiera sectores o ramas de actividad reflejada en el texto de 1958 no iba a durar mucho tiempo. Como ya se ha apuntado, el Decreto 149/1963, “por el que se da nueva redacción al texto refundido de Procedimiento Laboral”, tiene por objeto principal reflejar en dicha disposición legislativa la atribución a la jurisdicción laboral de la competencia para conocer por un lado de las controversias colectivas de trabajo, y por otro lado de determinadas secuelas de las mismas, como las reclamaciones individuales que se pudieran suscitar contra las decisiones

de resolución de los contratos de trabajo adoptadas por las empresas con ocasión de dichos conflictos colectivos. Tal atribución de competencia, oportunamente consignada en el propio artículo 1 del texto refundido de 1963, se había introducido poco antes mediante un Decreto de 20 de septiembre de 1962²⁰.

Son dos las partes del texto refundido de 1963 en las que cabe apreciar el impacto de esta reforma del procedimiento laboral. Una es la aparición de un nuevo proceso especial de conflictos colectivos, y la otra la previsión de un recurso jurisdiccional de “alzada” contra las sentencias de instancia dictadas en este tipo de litigios. Como se señala en la exposición de motivos, el nuevo proceso especial, a cuyos trámites se quería imprimir la “máxima sencillez y celeridad”, se iniciaba “siempre de oficio a instancia de la autoridad laboral”, y en él tenían un papel procesal destacado los “organismos sindicales”, a los que se encargaba la designación de los “representantes de las partes” en el conflicto. El recurso jurisdiccional de “alzada” contra las resoluciones en instancia de tales procesos de conflicto colectivo correspondía a una Sala Especial del Tribunal Central de Trabajo, compuesta por tres magistrados designados por el Presidente del Tribunal por cada año judicial²¹.

A pesar de los cambios experimentados en la regulación de los conflictos colectivos de trabajo, el proceso de conflicto colectivo diseñado en el texto refundido de 1963 no iba a sufrir variaciones significativas hasta la reforma del procedimiento laboral de 1989-1990. El propio Real Decreto Legislativo 1568/1980, al que nos vamos a referir enseguida, resulta en este como en otros muchos puntos claramente continuista, limitándose a dos modificaciones que no afectan a la estructura de la regulación. Una es el cambio de la denominación de recurso de “alzada” por la ordinaria de recurso de “suplicación”. Y la otra, de mayor importancia desde el punto de vista de la independencia de los órganos judiciales, es la supresión de la renovación anual del nombramiento de los magistrados con destino en esta Sala especial de conflictos colectivos, numerada a partir de entonces como “Sala quinta” del Tribunal Central de Trabajo.

Mientras la reforma legislativa de 1963 que acabamos de reseñar se concentra en el proceso especial de conflictos colectivos, la reforma siguiente de 1966 está

²⁰ El propio Decreto de 20 de septiembre de 1962 contenía otra modificación procesal que el texto refundido de 1963 se encarga de incorporar a su articulado. A partir de estas disposiciones la “cuantía litigiosa” del recurso de suplicación se eleva a las reclamaciones cuyo importe fuese superior diez mil pesetas, sin exceder de cien mil.

²¹ La regulación del proceso especial de conflicto colectivo en el Decreto 149/1963 se contiene en los artículos 148 a 154. La regulación del recurso jurisdiccional de alzada se incluye en los artículos 197 a 203. Sobre la evolución del régimen jurídico de los conflictos colectivos de trabajo en el período preconstitucional, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, *La intervención del Estado en los conflictos colectivos de trabajo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1972.

dedicada exclusivamente al proceso especial de Seguridad Social. Las modificaciones introducidas en esta última, que afectaron sobre todo al procedimiento y a los actos preparatorios pero también en cierto modo a la organización jurisdiccional, tienen reflejo en la propia sistemática de la disposición. El texto articulado II de la Ley de Bases de Seguridad Social, aprobado por Decreto 909/1966, “por el que se da nueva redacción al vigente texto refundido de Procedimiento Laboral”, fusiona en uno solo (Sección cuarta del Libro Segundo) lo que eran antes dos “procesos especiales” distintos, uno en materia de “accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” (Sección cuarta del Libro Segundo), y el otro en materia de “Seguros Sociales y Mutualismo laboral” (Sección octava del mismo Libro Segundo).

En una valoración de conjunto, la principal novedad de los “procesos de Seguridad Social” del texto refundido de 1966 es la descentralización de todas las resoluciones de los mismos en las Magistraturas provinciales de Trabajo. En los textos anteriores los procesos sobre Seguros Sociales y Mutualismo laboral se sustanciaban a nivel provincial, donde se practicaba en principio toda la actividad probatoria. Pero la resolución definitiva correspondía a una “Magistratura especial de Previsión Social, con jurisdicción en toda la nación”, la cual estaba habilitada también, en su caso, para acordar diligencias para mejor proveer²².

Como consecuencia de la asignación a las Magistraturas provinciales de trabajo de la resolución definitiva de todos los procesos de Seguridad Social, a partir de la vigencia del texto articulado de 1966, fue suprimida la Magistratura especial de Previsión Social prevista en los textos anteriores²³. El propio texto de 1966 introdujo además otras innovaciones en la regulación de las actuaciones a desarrollar en los preliminares del proceso especial de Seguridad Social. Estas novedades normativas, insertadas en la parte del Libro Primero del texto legislativo de 1966 dedicada a los “actos preparatorios”, se integraban en una sección nueva denominada “reclamaciones previas en materia de Seguridad Social”.

A semejanza de lo que sucedió con la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963, la Ley 24/1972 de reforma de la financiación y la acción protectora de la Seguridad Social encomendó al Gobierno la elaboración de un nuevo texto articulado II del Procedimiento Laboral. El Gobierno cumplió el encargo mediante el

²² Nótese que la regulación procesal de la Sección octava del Libro Segundo, Título II, relativa a la Magistratura especial de Previsión Social, que se mantuvo hasta el texto articulado de 1966, no era de aplicación a los pleitos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en los que regían otras especialidades procesales contenidas en la Sección cuarta del Libro Segundo, Título II.

²³ La consulta de esta regulación puede hacer directamente en los artículos 131 a 137 del Decreto de 1958, que contiene el texto refundido inicial del Procedimiento Laboral. Para hacerse una primera idea de esta normativa histórica del proceso de Seguros Sociales y Mutualismo Laboral debe tenerse en cuenta, además de lo reseñado, que contra las sentencias dictadas por el Magistrado especial de Previsión Social cabía recurso de suplicación o recurso de casación, según la materia y la cuantía litigiosas.

Decreto 2381/1973. Pero la refundición completa, que acaso pudo tener alguna justificación en 1963, no la tenía seguramente en 1972. Un estudio detenido del texto del Procedimiento Laboral de 1973 revela que las dos innovaciones introducidas en el mismo, una relativa a la “oposición a la ejecución en materia de Seguridad Social”²⁴ y la otra a la actualización de las cuantías de acceso a los recursos²⁵, no justificaban en absoluto la refundición practicada. Parece evidente que tales modificaciones podían haberse llevado a cabo, sin el estrépito y la complicación de la aprobación de un nuevo texto completo, mediante reformas normativas parciales limitadas a los escasos preceptos modificados.

Como ya hemos adelantado, la clausura de la etapa de la legislación procesal laboral que se inicia con el texto refundido de 1958 corresponde al Real Decreto Legislativo 1568/1980 “por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral”, el quinto de la serie nada menos en un período de un tercio de siglo. Su objetivo, clara y concisamente expresado en la exposición de motivos, era “acomodar los preceptos de la Ley de de Procedimiento Laboral al nuevo ordenamiento sustantivo” plasmado en la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores. La disposición final 6ª de dicha Ley 8/1980 contenía la pertinente delegación legislativa para “regularizar, aclarar y armonizar los textos refundidos” de procedimiento laboral precedentes con la vista puesta en tal objetivo.

Se trataba mediante esta Ley de delegación de dotar “a los órganos jurisdiccionales de los oportunos instrumentos para el ejercicio y efectividad de los derechos reconocidos en el Estatuto”. La propia parte expositiva del RDleg 1568/1980 destaca varios institutos jurídico-laborales en las que el “nuevo tratamiento legal” sustantivo aconsejaba una “revisión de las reglas procesales”, como en materia de “despido”, de “extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas y económicas”, de “reclamaciones en materia electoral”, de “clasificación profesional” y de “validez de la negociación colectiva”. Pero conviene advertir que la lista de la exposición de motivos del texto refundido de 1980 no es exhaustiva. A ella se han de añadir el proceso especial para la fijación de la fecha de disfrute del período de

²⁴ Artículos 126–132 de uno y otro texto articulado. A estas novedades técnicas se añade la mención del art. 1.4, que atribuye la competencia de la jurisdicción social para conocer de las reclamaciones promovidas en las “ejecuciones en vía de apremio derivadas del incumplimiento de las obligaciones de cotizar a la Seguridad Social”. Pero se trata de un precepto aclaratorio, que no innovaba el ordenamiento procesal, puesto que en la cláusula general de competencia jurisdiccional y en los propios preceptos contenidos en los artículos 126–132 del texto de 1966 tal atribución competencial correspondía sin duda a la jurisdicción de trabajo.

²⁵ Art. 153 del texto articulado segundo de la Ley 24/1972, aprobado por Decreto 2381/1973: “Procederá el recurso de suplicación contra las sentencias no comprendidas en el artículo 166, dictadas en reclamaciones cuya cuantía litigiosa sea superior a 25.000 pesetas y no exceda de 300.000 pesetas”. Para otras disposiciones de actualización de cuantías litigiosas, ver más adelante en este mismo epígrafe del presente estudio y en las notas 29 y 30.

“vacaciones”²⁶ y la regulación por primera vez de las “reclamaciones contra el Estado cuando éste pueda ser responsable de salarios de tramitación” y las reclamaciones “dirigidas contra el Fondo de Garantía Salarial”²⁷.

Como se apreciará sin dificultad, el grueso de las innovaciones de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 se refiere a los “procesos especiales”, tradicionalmente regulados en el Título II del Libro Segundo²⁸. Pero el legislador delegado aprovechó también la ocasión para elevar la cuantía litigiosa de los recursos de suplicación y casación²⁹. No fue ésta, por cierto, la única ocasión en el período 1958-1980 en que se llevaron a la práctica estas actualizaciones de cuantías. El Decreto 848/1960, haciendo uso de una habilitación al Gobierno, limitó el alcance de la reforma contenida en el mismo a dar “nueva redacción” a varios artículos del texto refundido inicial, relativos a la cuantía determinante de la vía de impugnación contra las sentencias de las Magistraturas de Trabajo y a los límites de los honorarios de los letrados. Otra disposición reglamentaria dictada al amparo de la misma habilitación es el Decreto 2439/1967, que elevó de nuevo las cuantías litigiosas determinantes de las vías de recurso de suplicación o de casación³⁰.

²⁶ La incorporación de este proceso especial, que iba a permanecer desde entonces en la Ley de Procedimiento Laboral, se lleva a cabo en el artículo 116 del RDleg 1568/1980. Pero la previsión de la intervención de la jurisdicción de trabajo en este tipo de litigios estaba ya expresamente prevista en el texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (art. 35): “El trabajador tendrá derecho a un permiso anual retribuido ... en la fecha que fije de común acuerdo con su empresario o en la que ordene el Magistrado de Trabajo en caso de desacuerdo”. No existía, por cierto, una previsión equivalente en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931.

²⁷ A ellas se refiere el art. 1.2 del texto refundido de 1980, a propósito de la competencia de la jurisdicción social, mientras que el art. 114 se encarga de la tramitación de las mencionadas reclamaciones frente al Estado y el art. 143 de la intervención en el procedimiento laboral del Fondo de Garantía Salarial.

²⁸ A las novedades que se acaban de señalar conviene añadir otra ya indicada en un momento anterior de la exposición, que es la supresión en el proceso especial de agentes ferroviarios de la competencia del Ministro de Trabajo de sustraer a la jurisdicción social el conocimiento de las reclamaciones que pudieran motivar una perturbación del servicio, supresión motivada seguramente por el entendimiento de que tal competencia resultaba incompatible con los principios generales de ordenación de la Justicia y el poder judicial en la Constitución de 1978.

²⁹ Art. 153: “Procederá el recurso de suplicación contra las sentencias ... dictadas en reclamaciones cuya cuantía litigiosa se superior a cien mil pesetas u no exceda de un millón de pesetas”. Además de estas cuantías el texto refundido de 1980 procedió, como advierte su exposición de motivos, a elevar las “cuantías de los depósitos, sanciones y multas”.

³⁰ El límite de cuantía litigiosa por debajo del cual corresponde recurso de suplicación y por encima recurso de casación es de cien mil pesetas a partir del Decreto 848/1960, cuya exposición de motivos da cuenta por cierto de las regulaciones precedentes en sendas leyes de 1949 y 1953. La cuantía litigiosa fijada en el Decreto 2439/1967 es de doscientas mil pesetas.

5. LA LEY DE BASES DE PROCEDIMIENTO LABORAL DE 1989 Y EL TEXTO ARTICULADO DE 1990: REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DE RECURSOS Y REORDENACIÓN DE LOS PROCESOS ESPECIALES

Los redactores de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 eran bien conscientes de que la nueva regulación de la jurisdicción social en ella contenida poseía un cierto carácter provisional, tanto en materia de organización como en materia de procedimiento. En materia de organización porque la estructura de la jurisdicción de trabajo sobre la que se sustentaban sus preceptos era la legada por el régimen anterior, sin asignar por tanto papel jurisdiccional alguno en la rama social del derecho a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas previstos en la recién inaugurada Constitución. En materia de procedimiento porque su aprobación tiene lugar en un momento en que el programa de legislación laboral de la propia Constitución distaba mucho de haberse completado. La exposición de motivos de la Ley de 1980 se encargaba de apuntarlo al anunciar “futuras normas relativas a parcelas concretas de la actividad laboral, como los conflictos colectivos, la huelga o el empleo” que “en su momento” deberían tener “el tratamiento procesal adecuado”.

El carácter provisional del RDleg 1568/1980 como eslabón de enlace entre el pasado y el presente del procedimiento laboral se iba a confirmar de manera rotunda a lo largo de la década de los años ochenta, en que se gesta una profunda reforma de toda la legislación procesal en general, y de la legislación procesal laboral en particular³¹. El germen de la misma se encuentra en la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ-1985), reguladora de la organización y el funcionamiento del entero sistema judicial, a la que siguió enseguida la correlativa Ley de Demarcación y Planta Judicial de 1988 (LDPJ-1988), donde se detalla la estructura de los distintos órdenes jurisdiccionales. Por su parte, la reforma en profundidad del procedimiento laboral, en la configuración que hoy presenta, había de venir unos años después. Como ya se ha apuntado, el diseño de dicha reforma legislativa correspondió a la Ley 7/1989, de Bases del Procedimiento Laboral (LBPL 1989); y su configuración

³¹ La reforma del procedimiento laboral 1989–1990 no es desde luego un fenómeno limitado a este orden jurisdiccional sino la primera manifestación de una reforma general de toda la legislación sobre la función jurisdiccional que tiene lugar en los años finales del siglo pasado. Los objetivos de esta reforma general de las normas procesales son la adaptación a las reglas y principios de la Constitución de 1978, la adaptación a determinados cambios normativos en la legislación sustantiva de distintas ramas del Derecho y la adaptación a determinados cambios sociales con especial incidencia en el procedimiento jurisdiccional (litigación en masa, transformaciones en la distribución territorial de la población, aplicación de nuevas tecnologías de información y comunicación, aplicación de nuevas técnicas de prueba). La norma precursora de estas modificaciones en la legislación procesal es la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. La plasmación de la reforma en otros órdenes jurisdiccionales se produce, como se recordará, en la Ley 28/1998 de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso–administrativa, y en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

final se plasmó en el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, aprobado por el Real Decreto Legislativo 521/1990 (LPL 1990)³².

Las disposiciones de la LOPJ de 1985 y de la LDPJ de 1988 no afectaron directamente a la organización en sentido estricto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, es decir, a sus normas de composición, funcionamiento y encuadramiento orgánico; y tampoco afectaron a la configuración de los órganos jurisdiccionales de instancia, más allá del cambio de denominación de “Magistraturas de Trabajo” por el de “Juzgados de lo Social”. Pero si la organización de la base y de la cúspide de la jurisdicción social se mantuvo sin variaciones importantes en las leyes citadas, no puede decirse lo mismo de los organismos jurisdiccionales existentes entre una y otra. En la planta judicial anterior a los años finales de la década de los ochenta tal posición estaba ocupada en solitario, como ya hemos tenido ocasión de ver, por el Tribunal Central de Trabajo. Pues bien, como también hemos visto, en la estructura judicial creada en dichas leyes desaparece el Tribunal Central de Trabajo, que dejó de funcionar efectivamente el 23 de mayo de 1989, y su papel pasó a ser desempeñado principalmente por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y también, en determinados tipos de litigios, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Explicados así brevemente los antecedentes de este nuevo avatar de la Ley de Procedimiento Laboral, es hora ya de que nos concentremos en el análisis de sus principales novedades, que se pueden agrupar en tres apartados distintos. En uno de ellos, sin duda el más innovador, habría que considerar la reestructuración del sistema de recursos. En otro se incluiría una reordenación a fondo de los procesos especiales legados por los textos legislativos anteriores, suprimiendo algunos de ellos e introduciendo otros nuevos. Un tercer grupo de novedades, no tanto de orientación normativa como de estilo de regulación, consiste en la ordenación más concreta y detallada de distintos aspectos del entero procedimiento laboral. Estas novedades de estilo, en las que no podemos detenernos aquí, se aprecian tal vez de manera especial en los preceptos de los Libros Primero (“Parte general”) y Cuarto (“Ejecución de las resoluciones judiciales”) ³³.

³² Un estudio monográfico de las dos leyes que integran la reforma del proceso laboral de 1989–1990, tanto desde el punto de vista de las fuentes como desde el punto de vista del contenido, en J. CRUZ VILLALÓN y F. VALDÉS DAL-RE, *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

³³ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, “La parte general de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990”, en *Relaciones Laborales*, 1990, II, p. 303–314. En particular, sobre el alcance de estas innovaciones del Libro IV de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, F. SALINAS MOLINA, “Ejecución definitiva de sentencias y otros títulos”, ponencia presentada a las “Jornadas de estudio sobre la Ley de Procedimiento Laboral organizadas por el CGPJ y celebradas en Barcelona en septiembre de 1990”, *Relaciones Laborales*, 1990, II, p. 315–333. Nos bastará aquí con la consignación de un dato numérico; en el texto refundido de 1980 el Libro IV, “De las Ejecuciones” comprendía los artículos 200 a 230. En el texto articulado de 1990 el Libro IV, “De la ejecución de sentencias”, se inicia en el art. 235 y termina en el art. 304.

La reestructuración de los recursos o medios impugnatorios en el ámbito del orden jurisdiccional social llevada a cabo por la LBPL-1989 y la LPL-1990 puede resumirse en los puntos siguientes: 1) la atribución a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas del “recurso de suplicación”, que es el que canalizaba antes la actuación del suprimido Tribunal Central de Trabajo; 2) la creación de un recurso especial de casación, llamado de unificación de doctrina, para el que ostenta competencia funcional la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, recurso centrado exclusivamente en asegurar la interpretación uniforme del ordenamiento social cuando han surgido discrepancias interpretativas entre las sentencias de suplicación de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia; y 3) la asignación a la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo de competencia para conocer de recursos de casación común u ordinaria en determinados litigios colectivos de amplia repercusión resueltos en instancia por las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia.

En la reforma del procedimiento laboral 1989-1990, la descentralización del recurso de suplicación y la instauración de la casación para unificación de doctrina son aspectos normativos interdependientes. En cambio, la reconstrucción de la casación social común u ordinaria llevada a cabo en el mismo texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral tiene que ver con otra innovación introducida por la propia Ley. Me estoy refiriendo al reconocimiento en la jurisdicción social de nuevas “modalidades procesales”, es decir nuevos procesos especiales de trabajo, cuyo común denominador es la posible afectación a trabajadores y empresarios en circunscripciones territoriales que desbordan el espacio de una provincia. Es justamente en estos procesos especiales de repercusión supraprovincial donde, de acuerdo con las previsiones de los artículos 7 y 8 LPL-1990, desempeña su papel el recurso de casación común u ordinaria ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Vale la pena explicar, siquiera sea brevemente, la función institucional de las dos modalidades de la casación social introducidas en la LBPL 1989 y la LPL 1990.

La casación especial unificadora tiene por misión, como acabamos de decir, asegurar la función uniformadora de la jurisprudencia en los supuestos de divergencia de las sentencias de suplicación dictadas por las numerosas Salas de lo Social de los Tribunales de Justicia implantados en las Comunidades Autónomas. Hasta mayo de 1989, mientras el conocimiento del recurso de suplicación correspondió a un único organismo judicial, el Tribunal Central de Trabajo, por lo que no fue necesario prestar especial atención a la uniformidad de la doctrina judicial de suplicación; bastaba con garantizar la supremacía de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y de ello se encargaba, si era menester, el recurso en interés de ley previsto en la Ley de Procedimiento Laboral³⁴. Pero a partir de la puesta en funcionamiento de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de

³⁴ Sobre el tema, B. M^a CREMADES SANZ-PASTOR, *El recurso en interés de ley. Estudio de su regulación en los artículos 185 y siguientes de la Ley Procesal Laboral*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1969.

Justicia de las Comunidades Autónomas, cuyo número se elevó a veintiuna en la LDPJ-1988, la garantía de la uniformidad de la doctrina judicial de suplicación se convirtió en un problema vital del orden jurisdiccional, para cuya solución no estaba diseñado, con toda evidencia, el recurso en interés de la ley³⁵. Tal es precisamente la función desempeñada por la casación especial para unificación de doctrina a partir de la reforma 1989-1990.

Por su parte, los procesos especiales para los que está prevista en LBPL-1989 y en LPL-1990 la casación social común u ordinaria tienen mucho que ver con las innovaciones incorporadas a partir de la Constitución en el derecho colectivo del trabajo, mediante el Estatuto de los Trabajadores y la Ley Orgánica de Libertad Sindical. En efecto, a pesar de lo que indica su denominación, la casación social común u ordinaria está prevista no para el proceso ordinario sino para determinados procesos especiales relacionados con la organización y acción de las representaciones profesionales; y no para todos los litigios canalizados a través de estas modalidades procesales determinadas, sino para un segmento muy significativo pero limitado de las mismas: los que podemos llamar “litigios colectivos de amplia repercusión”, entendiendo por tales los que extienden sus efectos a un ámbito geográfico supraprovincial.

En los términos literales de la Ley, las modalidades procesales aludidas son las siguientes: 1) “constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos, impugnación de sus estatutos y su modificación”; 2) “régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados”; 3) “constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones empresariales... impugnación de sus estatutos y su modificación”; 4) “tutela de los derechos de libertad sindical”; 5) “procesos de conflictos colectivos”; y 6) “impugnación de convenios colectivos”³⁶. Pues bien, de acuerdo con los artículos 6, 7 y 8 LPL-1990, que

³⁵ LPL-1990 suprime este recurso en interés de ley en la jurisdicción social, entendiendo probablemente que la casación para unificación de doctrina, en la que puede ser parte el Ministerio Fiscal, desempeña un papel de equivalente funcional del interés de ley. Conviene advertir de todas maneras que el Ministerio Fiscal ha utilizado en muy contadas ocasiones la nueva legitimación procesal atribuida; en menos ocasiones de las tampoco muy frecuentes en que hizo uso del recurso en interés de ley en la legislación anterior a la reforma 1989-1990.

³⁶ Adviértase que, salvo el proceso de conflictos colectivos, que data como se recordará de 1963, todas las modalidades procesales comprendidas en la enumeración precedente se han incorporado al procedimiento laboral mediante la LBPL 1989 y la LPL 1990. Pero el propio proceso de conflictos colectivos, cuya regulación había experimentado pocas variaciones en los textos legales que suceden a su implantación como proceso especial, introduce cambios muy notables en esta reforma legislativa. Entre ellos precisamente, y en lugar destacado, la asignación de competencia en la instancia a órganos colegiados implantados en una circunscripción geográfica superior a la provincia. En el sistema jurisdiccional anterior el Tribunal Central de Trabajo sólo conocía de estos litigios en vía de recurso de suplicación (“alzada”, en la terminología anterior al texto refundido de 1980), y la competencia casacional de Sala de lo Social del Tribunal Supremo no alcanzaba en ningún caso a este tipo de litigios colectivos.

en este punto no ha sido modificada, la resolución judicial de todos estos procesos especiales es asignada en la instancia, según su ámbito de efectos, bien a los Juzgados de lo Social, bien a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, bien a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Los litigios de ámbito de efectos inferior a la provincia se canalizan hacia los Juzgados de lo Social (art. 6), recorriendo en su caso el itinerario procesal estándar de la suplicación y de la unificación de doctrina. Los litigios de ámbito supraprovincial dentro de una misma Comunidad Autónoma se dirigen en cambio a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores (art. 7), que conocen de los mismos como órganos jurisdiccionales de instancia. Y los litigios que extiendan sus efectos a un ámbito superior a una Comunidad Autónoma son, también en instancia, de la competencia objetiva de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (art. 8). La llamada casación común u ordinaria es, como ya se ha dicho, la vía de recurso prevista contra estas resoluciones de instancia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores y de la Audiencia Nacional, en las que se deciden litigios colectivos de amplia repercusión³⁷.

La introducción de nuevas modalidades procesales o procesos especiales de trabajo en la reforma de 1989-1990, y la propia redistribución de competencias jurisdiccionales en la instancia y en vía de recurso a que nos acabamos de referir, ponen de relieve el papel relevante que, a partir de este cambio legislativo, se asigna en el proceso a las representaciones profesionales, y particularmente a los sindicatos. El realce del papel de estos nuevos actores procesales, que es apreciable también en otros preceptos de LPL 1990³⁸, vino acompañado en la propia Ley, dentro

³⁷ La denominación doctrinal y jurisprudencial de esta vía casacional como “casación común u ordinaria” merece una puntualización. Tales calificativos tienen sentido desde el punto de vista de la tramitación procesal, pero no desde una perspectiva más amplia que contemple el funcionamiento del orden jurisdiccional social en su conjunto. Desde esta perspectiva más general el itinerario procesal estándar conduce, en su tramo final, a la casación para la unificación de doctrina. Desde esta misma perspectiva general, la llamada casación social común u ordinaria es, en realidad, una vía judicial doblemente limitada; limitada por razón de la extensión en cuanto que se ciñe a los que hemos denominado “litigios colectivos de amplia repercusión”; limitada por razón de la materia, en cuanto que se aplica solo a la serie de procesos enumerados en los citados preceptos legales, que son colectivos bien por razón de los sujetos legitimados, bien por razón de la materia (principalmente: conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, y tutela de la libertad sindical). La terminología usual está condicionada, como se ve, por imperativos de comunicación que obligan a utilizar enunciados breves y descriptivos, sacrificando una formulación más precisa. Y, si bien se mira, el fenómeno ha afectado no sólo a la doctrina y la jurisprudencia sino a la propia ley, que designa a uno de los mencionados procesos especiales como de “tutela de la libertad sindical” cuando en realidad se trata de un proceso que encauza también la protección en el ámbito laboral de todos los derechos fundamentales.

³⁸ Por ejemplo, legitimación genérica de los sindicatos de trabajadores y de las asociaciones empresariales para la defensa de los “intereses económicos y sociales que les son propios” (art. 17.2), transcripción de la fórmula constitucional que, contra lo que pudiera parecer, tiene trascendencia en el ámbito procesal, habida cuenta de las connotaciones procesales del término “intereses”; también la po-

de este mismo capítulo de la reordenación de los procesos especiales, de la supresión de aquellos que, vinculados más o menos estrechamente a la legislación laboral o procesal del régimen político anterior, habían permanecido en el ordenamiento tras la reforma del texto refundido de 1980. En esta lista se encuentran, señaladamente, el proceso de los despidos especiales³⁹, el de los agentes ferroviarios y el de las reclamaciones inferiores a 1.500 pesetas.

6. LA REDACCIÓN INICIAL DEL TEXTO REFUNDIDO VIGENTE DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/1995

A pesar del importante esfuerzo de reflexión sobre las distintas piezas normativas del procedimiento laboral, y a pesar de la indudable trascendencia de las innovaciones normativas aportadas por la LPL-1990, la vigencia formal de la misma iba a ser bastante breve. La impresión engañosa que puede tener el observador superficial de la historia de los procesos de trabajo es que nos encontramos ante un texto legal de transición. En efecto, pocos años después de su entrada en vigor, y a poco de concluir el período de rodaje, se produjo la derogación y sustitución de la LPL-1990 por otro texto en apariencia más estable, que con múltiples reformas parciales, rige todavía: el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por RDLeg 2/1995, de 7 de abril.

Pero, paradójicamente, la importancia normativa de este último texto refundido en su redacción inicial es nimia. No hubiera pasado nada relevante, desde el punto de vista de la ordenación del procedimiento laboral, si la aparatosa técnica de la refundición completa, sólo justificada a partir de innovaciones de alta intensidad como por ejemplo las de la reforma 1989-1990, se hubiera omitido. Las modificaciones del procedimiento laboral recogidas en el texto de 1995 estaban ya en el ordenamiento procesal laboral, introducidas mediante una reforma parcial de determinados artículos de la LPL-1990, reforma parcial efectuada ya en la Ley 11/1994, con más esmero técnico por cierto del que se aplicaría luego en el texto refundido de 1995. Sea como sea, el RDLeg 2/1995 se ha convertido ya, innerecidamente, en la Ley de Procedimiento Laboral de más larga duración de nuestra

sibilidad de designación del sindicato como “representante común” de los trabajadores en litigios plurales (art. 19), y la atribución de representación voluntaria a los sindicatos en los litigios laborales de sus afiliados (art. 20). Sobre el tema, A. MARTÍN VALVERDE, “La parte general de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990”, en *Relaciones Laborales*, 1990, II, p. 312-314.

³⁹ El proceso especial de “despidos especiales” se mantuvo en el texto refundido de 1980 con el nombre de “despidos y sanciones especiales y otras causas de extinción del contrato”. Los beneficiarios de la protección reforzada de los despidos especiales pasaron a ser en 1980 los miembros del comité de empresa y los delegados de personal.

historia normativa. Lo que, para mayor confusión del espectador, no deja de ser también en cierto modo un espejismo, si se piensa en las muy numerosas modificaciones de distinto origen y naturaleza que ha sufrido desde su aprobación.

El encargo al Gobierno de elaboración de una nueva Ley delegada de Procedimiento Laboral que dio lugar al RDLeg 2/1995 tuvo lugar en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que concedió para la tarea un plazo breve de “tres meses”. Varias disposiciones legales eran mencionadas como objeto de refundición. Pero, sin duda, la única relevante por sus innovaciones normativas era la Ley 11/1994, de modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social⁴⁰. Esta Ley 11/1994 fue, como se recordará, el núcleo principal de la muy importante reforma del marco legal del mercado de trabajo que se suele conocer con el nombre de “reforma laboral de 1994”.

Las modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral llevadas a cabo en la Ley 11/1994 son de cierta entidad, y se han mantenido en el ordenamiento desde entonces. Una de ellas responde a la idea de ampliar el margen de los procedimientos extrajudiciales de solución de los litigios establecidos en convenios colectivos de eficacia general, para lo cual se procura encajar tanto la suscripción del compromiso arbitral como el dictado del laudo arbitral en las fases correspondientes del procedimiento jurisdiccional.

El encaje de la suscripción del compromiso arbitral se lleva a cabo en el artículo 65.3 LPL, en la fase de las actividades previas de evitación del proceso, mediante la suspensión de los plazos de caducidad y la interrupción de los de prescripción que rigen la interposición de la demandas en los procesos de trabajo. Por su parte, el encaje del laudo arbitral se efectúa en el otro extremo de la tramitación del procedimiento, mediante la equiparación “a las sentencias firmes” de “los laudos igualmente firmes” a todos los efectos de la ejecución de las resoluciones judiciales. El precepto legal que se ha encargado de la introducción de esta norma fue la Disposición Adicional 7ª LPL (redacción Ley 11/1994, que se mantiene desde entonces)⁴¹.

⁴⁰ Las restantes disposiciones legales a las que se refiere la refundición son: 1) la Ley 14/1994, cuya disposición adicional 2ª aclaraba, sin aportación novedosa, que “Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre los empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de puesta a disposición”; 2) la Ley 18/1994, por la que se modifica la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que incluyó otro precepto meramente aclaratorio en la letra n) del art. 2 de LPL-1990, que se conserva desde entonces; y 3) la propia Ley de delegación 42/1994, cuyo artículo 46 introdujo un retoque de redacción en el art. 71.4 LPL-1990; el artículo 71 LPL está redactado ahora de acuerdo con la Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

⁴¹ Estas modificaciones procesales derivan de la modificación del artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores en la propia Ley 11/1994 que atribuye competencia a los convenios colectivos marco o

La reforma de la normativa del despido en la propia Ley 11/1994 se reflejó también, inevitablemente, en las disposiciones procesales sobre la calificación judicial de los despidos disciplinarios y de las extinciones del contrato de trabajo por causas objetivas. Otra notable innovación procesal de la Ley 11/1994 ha sido la ya mencionada incorporación de una nueva modalidad procesal para la impugnación de las decisiones de movilidad geográfica y de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Esta novedad se incorporó inicialmente en un artículo 137.bis LPL, que pasó luego a 138 LPL, en el texto refundido vigente de 1995⁴².

En fin, la regulación de la modalidad procesal de “materia electoral”, es decir las impugnaciones de los distintos actos concernientes a las elecciones de los representantes de los trabajadores en las empresas y centros de trabajo, experimentó también una importante modificación en la Ley 11/1994, como consecuencia de la previsión de la nueva redacción del artículo 76 ET incorporada en la propia Ley, que introdujo un “procedimiento arbitral” previo a la vía jurisdiccional para dirimir en vía extrajudicial tales reclamaciones⁴³.

Como ya se ha dicho, todas las modificaciones de la LPL-1990 por parte de la Ley 11/1994 han pasado sin cambio alguno, más allá de la alteración numérica de los artículos, a la vigente Ley de Procedimiento Laboral de 1995. Pero, como también hemos adelantado, a partir de 1995 la Ley de Procedimiento Laboral se ha visto afectada, con una frecuencia mucho mayor que en los decenios precedentes, por reformas parciales de sus preceptos en otras disposiciones legales posteriores.

sobre materias concretas (art. 83.2 y 3 ET) para “establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos”, si bien, de acuerdo con el párrafo final del propio art. 91 ET, “estos procedimientos serán, asimismo, utilizables en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos”.

⁴² El calificativo de “improvisado” aplicado al RDLeg 2/1995 no me parece injustificado a la vista, precisamente, de la técnica utilizada para la reordenación numérica de los artículos de la Ley derivada de la introducción de dicho proceso especial de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo. Casi todos los artículos del texto de la Ley, del 137 en adelante, experimentaron una nueva numeración para dar entrada a dicho proceso especial, numerado art. 137.bis en la reforma de la Ley 11/1994. No es difícil imaginar el trastorno en la práctica de la aplicación del derecho que comportó este cambio de numeración en los primeros tiempos de vigencia del RDLeg. 2/1995, cambio de numeración que afectó a buena parte de los procesos especiales de trabajo y a la regulación de los recursos. Hubiera sido preferible, sin duda, mantener las cosas como estaban en la Ley 11/1994.

⁴³ Dato significativo desde el punto de vista del predominio de la jurisdicción social que caracteriza a nuestro sistema de solución de litigios de trabajo: en el proceso de impugnación de los laudos arbitrales regulados desde entonces en los artículos 127 a 136 de la Ley de Procedimiento Laboral el Juez de lo Social puede revisar no sólo extralimitaciones o defectos procedimentales graves, como es habitual en el control judicial de las decisiones arbitrales, sino también el mismo fondo de la decisión [artículo 128 a) LPL: “La demanda 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”].

Estas reformas parciales se pueden clasificar en dos grandes grupos. En el primero, que analizaremos en el apartado próximo, se encuentran las reformas que tienen su origen en la legislación laboral del período. En el segundo, al que dedicaremos el apartado siguiente, se incluyen las reformas legislativas derivadas de cambios en la legislación procesal general o en la legislación procesal común supletoria.

7. MODIFICACIONES DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL EN EL PERÍODO 1994-2010 (I): EL IMPACTO DE LAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN LABORAL

Las leyes laborales posteriores a 1995 que han introducido modificaciones en el texto refundido vigente de la Ley de Procedimiento Laboral han sido las siguientes: 1) Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; 2) Ley 45/2002, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección del desempleo y mejora de la ocupabilidad; 3) Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y de orden social; 4) Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; 5) Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo; 6) Ley 38/2007, de 16 de noviembre, de reforma del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al personal; y 7) Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁴⁴.

La Ley de conciliación de la vida familiar y laboral ha incorporado al procedimiento laboral un nuevo proceso especial para resolver los casos de “disconformidad” del empresario con las propuestas de las trabajadoras y trabajadores respecto de la “concreción horaria y el período de disfrute” de “los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares”. La nueva modalidad procesal figura en el artículo 138.bis LPL.

Una nueva modalidad procesal ha creado también, aunque no se haya consignado como tal en los epígrafes de la LPL vigente, la Ley 45/2002. Mediante esta

⁴⁴ No incluimos en la relación anterior ni a la Ley 4/1997, que se ocupa de una modificación puramente terminológica (las menciones en la LPL a las “sociedades anónimas laborales” se entenderán hechas “a las sociedades laborales”), ni a la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que dedica tres artículos a los procedimientos judiciales relativos a los trabajadores desplazados. La no inclusión de este última se debe a que estos preceptos no se han integrado ni en el articulado ni en las disposiciones extrasistemáticas de la Ley de Procedimiento Laboral. La regulación de la Ley 45/1999 se puede resumir así: 1) norma aclaratoria (obvia para los juristas y laboralistas españoles) de atribución al orden social de la jurisdicción de las cuestiones litigiosas surgidas en la aplicación de sus preceptos (art. 15 Ley 45/1999); 2) norma asimismo aclaratoria por la que se declara la competencia de los tribunales españoles respecto de los trabajadores que estén o hayan estado desplazados temporalmente en España, sin perjuicio de las normas internacionales en materia de competencia internacional (art. 16 Ley 45/1999); y 3) norma (también obvia para los juristas españoles) por la que se declara la aplicación en estos litigios de la Ley de Procedimiento Laboral (art. 17 Ley 45/1999).

disposición legal se ha adicionado al texto refundido, dentro de la modalidad procesal de Seguridad Social, un artículo 145.bis. En este precepto se otorga acción a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo para reclamar, a través de un procedimiento especial, que el empresario sea declarado responsable del abono de las prestaciones causadas por un trabajador que estuvo a su servicio, en caso de “reiterada contratación temporal” del mismo “abusiva o fraudulenta”, “en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones”⁴⁵.

La Ley 62/2003, de “acompañamiento” a los Presupuestos Generales del Estado del año siguiente, sirvió también, entre otros múltiples usos, para la trasposición de las Directivas Comunitarias 2000/43, de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, y 2000/78, sobre no discriminación por razón de edad, discapacidad, religión o convicciones y orientación sexual. En virtud de dicha Ley 62/2003 se dio nueva redacción al artículo 96 LPL, relativo a la carga de la prueba en los procesos en que se hayan denunciado discriminaciones; donde antes solo se mencionaba la discriminación por razón de sexo, a partir de su aprobación se incluyen los restantes factores citados de trato desigual injustificado⁴⁶.

La Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha aportado numerosas modificaciones en la Ley de Procedimiento Laboral, de importancia varia. Algunas de ellas se encargan de concordar las normas procesales laborales con las modificaciones sustantivas introducidas por dicha Ley Orgánica. Tal es el caso de la extensión de la calificación de despido nulo en los artículos 108.2 LPL y 122.2 LPL a tres nuevos supuestos: el despido motivado por el ejercicio de derechos laborales por parte de las trabajadoras víctimas de violencia de género⁴⁷; el despido que afecta a trabajadores y trabajadoras “que hayan solicitado o estén disfrutando” la excedencia por cuidado de hijos o de familiares desvalidos; y el despido de la “madre o el padre” beneficiarios del nuevo permiso laboral regulado en el artículo 37.4 bis del Estatuto de los Trabajadores⁴⁸.

⁴⁵ Además, la Ley 45/2002 ha dado nueva redacción al artículo 110.1 LPL para concordarlo con las novedades introducidas en la propia Ley en el régimen de las indemnizaciones de despido.

⁴⁶ En realidad, el precepto del artículo 96 LPL recoge la norma general de reparto de la carga de la prueba prevista para los supuestos litigiosos en que se haya alegado lesión de los derechos fundamentales. Su contenido normativo y su propio enunciado son coincidentes con los del precepto del artículo 179.2 LPL, relativo en la letra de la ley a la libertad sindical, pero que se extiende a la tutela judicial de los restantes derechos fundamentales en las relaciones de trabajo en virtud del artículo 181 LPL.

⁴⁷ “...; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores”. El enunciado del pasaje es idéntico en los artículos 108.2 LPL y 122.2 LPL.

⁴⁸ “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. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 6 de este artículo”.

Otras modificaciones de la LPL introducidas por la LO 3/2007 se limitan a precisar, con finalidad meramente interpretativa o aclaratoria, la pertinencia y el alcance de la tutela judicial resarcitoria en los casos de discriminación por razón de sexo. Este es el sentido de los retoques de redacción incorporados a los artículos 27.2 párrafo segundo LPL, 180.1 LPL y 181 LPL. De acuerdo con la jurisprudencia anterior en la materia, los artículos 180.1 LPL y 181 LPL consignan expresamente la compatibilidad con las indemnizaciones de despido o de modificación del contrato de trabajo de la indemnización que en su caso pudiera corresponder a las trabajadoras y a los trabajadores por discriminación o lesión de derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 27.2 párrafo segundo precisa que la prohibición de acumulación de determinadas acciones prevista en el mismo no impide la reclamación de las citadas indemnizaciones de despido o modificación de condiciones de trabajo⁴⁹.

Una tercera modificación aportada por LO 3/2007 al texto refundido vigente de la Ley de Procedimiento Laboral, seguramente la más innovadora, incorpora en el artículo 146 d) LPL un nuevo supuesto de procedimiento de oficio, que es “la constatación de una discriminación por razón de sexo” por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El precepto refleja de nuevo la intención del legislador de reforzar la protección judicial de la igualdad efectiva de hombres y mujeres en el trabajo mediante los instrumentos de la tutela judicial resarcitoria. A tal efecto, las “comunicaciones” de la Inspección de Trabajo que aprecien discriminación por razón de sexo recogerán las “bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente”; y la autoridad laboral podrá iniciar el procedimiento de oficio trasladando dicho informe al órgano jurisdiccional competente.

La Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo, ha extendido la competencia de la jurisdicción social a las cuestiones litigiosas que se promuevan “[e]n relación con el régimen profesional, tanto en su vertiente individual como colectiva, de los trabajadores autónomos económicamente dependientes” [art. 2 p) LPL].

⁴⁹ La finalidad aclaratoria de estos preceptos salta a la vista. La nueva redacción del artículo 180.1 LPL consiste en adicionar el siguiente pasaje al que establece el deber de reparación de las consecuencias dañosas de la lesión del derecho de libertad sindical: “... incluida la indemnización que procediera, que será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores” (en cursiva el párrafo adicionado por LO 3/2007). El mismo enunciado contiene el artículo 181 que extiende la tutela resarcitoria a las posibles lesiones de los restantes derechos fundamentales del trabajador. En cuanto al artículo 27.2 párrafo segundo, el propósito aclaratorio trasluce en la construcción del enunciado legal como una cláusula “sin perjuicio”: “Lo anterior [el precepto sobre restricción de la acumulación de acciones en el ámbito del procedimiento laboral] se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar, en los anteriores juicios, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 de esta Ley” (en cursiva el párrafo adicionado por LO 3/2007).

En concordancia con esta nueva atribución se reconoce capacidad procesal a esta clase de trabajadores autónomos (art. 16.2 LPL) y legitimación ante la jurisdicción social a las “organizaciones de trabajadores autónomos” “para la defensa de los acuerdos de interés profesional por ella firmados” (art. 17.3 LPL).

La Ley 38/2007, de 16 de noviembre, ha introducido una interesante norma interpretativa en el artículo 151.3 LPL. Se ordena en este precepto que habrá de tramitarse conforme al proceso de conflictos colectivos no sólo “la impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores”, demanda que corresponde lógicamente a los representantes de los trabajadores, sino también “los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y los expertos que les asistan de su obligación de sigilo”, demanda cuya interposición correrá a cargo normalmente de la dirección de la empresa. El precepto concluye con la siguiente instrucción al órgano jurisdiccional: “El Juez o la Sala deberá adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el carácter reservado o secreto de la información de que se trate”.

Además del ya comentado encargo al Gobierno de la aprobación de un proyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ha modificado los párrafos 2 y 3 del artículo 122 LPL. El objetivo evidente de esta modificación ha sido ajustar la redacción de la norma procesal a uno de los aspectos sobre los que incidido la reforma del despido objetivo por causas empresariales llevada a cabo por la propia Ley mediante una nueva redacción del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores; nos estamos refiriendo a las consecuencias de la infracción de los requisitos de forma y procedimiento de esta modalidad de extinción del contrato de trabajo⁵⁰.

En virtud de la modificación aludida de la normativa del despido objetivo económico, ya no corresponde la calificación de nulidad, sino la de improcedencia, a los despidos objetivos por causas empresariales en que no se han cumplido las “formalidades legales” o la “puesta a disposición del trabajador” de la indemnización correspondiente. Como consecuencia lógica, este cambio de regulación ha traído consigo la corrección de la lista de supuestos de calificación judicial del cese en que la “decisión extintiva será nula” (art. 122.2 LPL), de la que desaparecen las infracciones citadas, y en que “la decisión extintiva se calificará de improcedente” (art. 122.3 LPL), que acoge ahora los incumplimientos de los requisitos de forma y procedimiento establecidos en el citado artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores⁵¹.

⁵⁰ Nueva redacción del artículo 53.4 ET, párrafo cuarto: “La decisión extintiva se considerará improcedente cuando no se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva o cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo”, apartado 1 que es el que enumera los requisitos de forma y procedimiento de esta modalidad de despido.

⁵¹ El legislador de la reforma laboral de 2010 ha aprovechado, en éste y en otros preceptos, la experiencia jurisprudencial. El actual párrafo segundo del art. 122.3 LPL, siguiendo doctrina unificada muy

8. MODIFICACIONES DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL EN EL PERÍODO 1994-2010 (II): EL IMPACTO DE LAS REFORMAS PROCESALES DE ALCANCE GENERAL

La relación de leyes procesales que han modificado el texto refundido vigente de la Ley de Procedimiento Laboral es aun más larga que la de las leyes laborales con repercusión en la misma que acabamos de reseñar. Por orden cronológico son las siguientes: 1) Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita; 2) Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; 3) Ley 50/1998, de medidas fiscales, administrativas y de orden social; 4) Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil; 5) Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas y de orden social; 6) Ley 22/2003, Concursal; 7) Ley 52/2003, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social; 8) Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de regulación entre otras materias del mercado hipotecario y financiero; y 9) Ley 13/2009, para la implantación de la nueva oficina judicial.

Uno de los propósitos expresos de la Ley 1/1996 es sustituir la “dispersa legislación procesal” que hasta entonces había regulado “la justicia gratuita” por un “sistema único, concentrado en una sola norma”. Esta nueva regulación procesal común ha determinado la derogación de los artículos 25 y 26 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral dedicados a la materia; y ha dado lugar también a una nueva redacción concordada de ciertos pasajes del artículo 21.

La Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se propuso traspasar determinadas competencias jurisdiccionales desde el orden contencioso-administrativo al orden social de la jurisdicción; a saber, las relativas a la impugnación de los actos administrativos enumerados en el artículo 2.2 LPL, que son las resoluciones de imposición de sanciones por infracciones del ordenamiento social [artículo 2.2. a)] y las resoluciones de regulación de empleo y en materia de traslados colectivos [artículo 2.2. b)]. La Ley 50/1998 condicionó la entrada en vigor de dicha reforma competencial a la aprobación de una regulación legal específica de “las modalidades y especialidades procesales correspondientes”. Esta previsión de ley futura, para la que el Gobierno debía remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley en “plazo de nueve meses”, no se ha cumplido todavía.

El impacto mayor de la legislación procesal posterior a 1995 en la vigente Ley de Procedimiento Laboral ha sido sin duda el producido por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). No resulta fácil describir de forma resumida su incidencia en el funcionamiento de la jurisdicción social. Las numerosas e importantes innovaciones de la misma en la aplicación judicial de las normas de la rama social del

reiterada, establece que “... el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario ... al pago de la indemnización en la cuantía correcta”.

Derecho se han introducido por diversas vías, que podemos reducir a tres. La primera se refiere a la tradicional conexión de supletoriedad de sus preceptos respecto de los de la LPL. La segunda está constituida por las remisiones de la LPL a la LEC, que obviamente, a partir de su entrada en vigor, deben entenderse hechas a la vigente LEC-2000 y no a la derogada LEC 1881. La tercera vía de incidencia de la LEC en el proceso laboral es la reforma parcial de determinados preceptos de la LPL mediante la Disposición Final 11ª de la LEC.

En el presente estudio sobre las reformas de la Ley de Procedimiento Laboral sólo nos interesa esta tercera vía de incidencia. Pero no estará de más señalar que la misma es en verdad la más visible, pero también con toda seguridad la de menos importancia efectiva. En lo que concierne al funcionamiento de la jurisdicción social los principales cauces de innovación normativa de la LEC 2000 han sido sin duda la tradicional función de supletoriedad que desempeña respecto de la normativa de la LPL, función que la LEC 2000 no sólo ha mantenido sino que ha reforzado⁵², y paralelamente la condición de la LEC 2000 de norma a la que la Ley de Procedimiento Laboral remite la regulación de numerosos institutos jurídicos⁵³.

Las novedades en la Ley de Procedimiento Laboral incluidas en la Disposición Final 11ª de la LEC 2000 son de diversa naturaleza y en general de escasa

⁵² El artículo 4 de la Ley 1/2000 establece de manera expresa el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de las leyes reguladoras de los restantes tipos de procesos en los siguientes términos: “*En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación a todos ellos los preceptos de la presente Ley*”. El precepto refleja con una notable variante de formulación una norma tradicional de la legislación procesal laboral, que la LPL vigente incluye en su disposición adicional primera: “*En lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil*”. Lo “no previsto” o espacio vacío de la LPL se convierte en la LEC 2000 en la fórmula más comprensiva “en defecto de”, que, según una interpretación plausible, incluye el espacio vacío y también la posible laguna de regulación. Aunque no sea materia específica de nuestra exposición, queremos también llamar la atención sobre la trascendencia de la sustitución en la función de supletoriedad en el procedimiento laboral de la LEC 1881 por la LEC 2000. No es lo mismo, evidentemente, que la norma aplicable por defecto en el proceso laboral sea una Ley de 1881, aun con las múltiples reformas parciales introducidas desde la fecha lejana de su aprobación, que una Ley nueva, concebida y redactada como un edificio normativo que se construye sobre cimientos distintos de los que sirvieron de base a la legislación anterior.

⁵³ Sobre el tema pueden verse mis estudios “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el proceso laboral”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. núm. 28 (2001). pp.169–183; y AA.VV. (Coord. V. Martínez Abascal) “La incidencia de la Ley de Enjuiciamiento civil en el sistema de recursos del Procedimiento Laboral”, en *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y proceso laboral*, Marcial Pons, Madrid 2002, págs. 199–214. Por poner un ejemplo, entre otros muchos que pudieran aducirse, en lo que concierne a la actividad jurisdiccional de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el juego de las remisiones la LEC ha traído consigo novedades muy apreciables en la tramitación de determinados medios de impugnación no específicos del procedimiento laboral, como la demanda de revisión (artículo 234 LPL), la demanda de audiencia al rebelde (artículo 183 LPL), el recurso de queja (artículo 187 LPL), el recurso no devolutivo de reposición (artículos 184–186 LPL) y el incidente de nulidad de actuaciones (artículo 228 LEC).

trascendencia práctica. Solo dos merecen ser destacadas: a) la nueva redacción del artículo 2 d) LPL incluye una exceptuación singular de la jurisdicción social de los pleitos que surjan entre las Mutualidades de los Colegios Profesionales y sus asociados; y b) el precepto del artículo 15 LPL contiene ahora una normativa detallada de la abstención y recusación de los jueces de la jurisdicción social, en lugar de la regulación muy esquemática contenida en la redacción anterior. Las restantes modificaciones de la citada Disposición Final 11^a, que se refieren a otros siete artículos de la Ley de Procedimiento Laboral (47, 50, 183, 186, 234, 235 y 261) se limitan a concordar las remisiones incluidas en dicha Ley con los nuevos preceptos y epígrafes de la LEC 2000.

El impacto principal de la Ley Concursal en la Ley de Procedimiento Laboral ha sido la sustracción al orden jurisdiccional social y la atribución a la “jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso” de determinados procesos entre trabajadores y empresarios suscitados en situaciones concursales [art. 2 a) LPL, art. 3.1.d) LPL, art. 6 LPL, Disposición Adicional 8^a LPL]⁵⁴. Además, en materia de ejecución de sentencias, los artículos 235.5 LPL y 246.3 LPL advierten, en las nuevas redacciones introducidas por la propia Ley 22/2003, que, con carácter general, “[e]n caso de concurso se estará a lo establecido en la Ley Concursal”, y que, en particular, “las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios” se han de someter también a la misma Ley Concursal⁵⁵.

La Ley 52/2003 de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social ha traído consigo una reducción del espacio de competencia de la jurisdicción social en los pleitos de esta clase. A partir de su entrada en vigor, la línea divisoria entre el orden social y el orden contencioso-administrativo se traza en función del tipo de relación de Seguridad Social afectado por la controversia. Los litigios relativos a la relación de protección se ventilan en la jurisdicción social. Las controversias surgidas en el seno de las relaciones contributiva y de aseguramiento se atribuyen, en cambio, a la jurisdicción contencioso-administrativa⁵⁶.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha introducido tres modificaciones en otros tantos preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral para permitir “el envío y la

⁵⁴ La jurisdicción social recupera la competencia en la materia en los recursos o medios de impugnación devolutivos; así resulta de lo dispuesto en los artículos 64.8 y 197.7 de la Ley Concursal.

⁵⁵ El art. 274.5 LPL, en nueva redacción de la Ley 22/2003, incorpora a LPL el siguiente precepto: “La declaración de insolvencia del ejecutado se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil”.

⁵⁶ Art. 3.1.b) LPL “No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: ... b) De las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación y gestión recaudatoria y demás actos administrativos distintos de los de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social”.

normal recepción de escritos iniciadores y demás escritos y documentos” por “medios técnicos” (artículo 44.2 LPL) distintos de la presentación y entrega en los registros de los juzgados y salas de lo Social. En su nueva redacción a partir de la citada Ley, el artículo 56.5 LPL indica en una lista abierta cuáles pueden ser estos medios técnicos: “medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante”, y ordena que la comunicación establecida por estos conductos “se realizará conforme a lo establecido en el artículo 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Por su parte, el ya citado artículo 44.2 LPL, en la nueva redacción de la Ley 41/2007, condiciona el ejercicio de la facultad de comunicarse a través de tales medios técnicos a que “esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieren”.

Todos los escritos y documentos recibidos en el órgano judicial, los presentados en los registros y los remitidos por medios técnicos, han de ser tramitados de manera inmediata, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 46.2 LPL introducida por la Ley 41/2007. El Secretario Judicial dará a tales escritos y documentos “el curso que corresponda”, “en el mismo día [de su recepción, se sobreentiende] o en el siguiente día hábil”. Ello supone suprimir la dación de cuenta o la “propuesta de resolución oportuna” “al Juez o Presidente” titular o responsable máximo del órgano judicial, que se ordenaba en la redacción anterior.

Los impactos en la Ley de Procedimiento Laboral de las leyes procesales que hemos analizado hasta ahora han sido puntuales, o al menos localizados en una zona delimitada de la regulación legal. No ocurre lo mismo con el impacto de la Ley 13/2009, para la implantación de la nueva oficina judicial, que, a modo de postas o metralla, ha afectado a la gran mayoría de los preceptos de la disposición legal a la que hemos dedicado el presente estudio. Nos bastará para valorar el alcance cuantitativo de esta última reforma con un solo dato numérico: el número de modificaciones en el texto anterior supera los doscientos.

Resulta claro, a la vista de lo que se acaba de decir, que no tiene mucho sentido proceder a la descripción punto por punto de las modificaciones aportadas por dicha Ley para la implantación de la nueva oficina judicial, descripción que desbordaría además el espacio razonable de un balance general, como el que nos hemos propuesto en el presente ensayo. Lo que sí conviene, en cualquier caso, es exponer las líneas directrices de la oficina judicial diseñada en la Ley, es decir de la organización administrativa prevista como soporte y apoyo de la actividad jurisdiccional.

Tales líneas directrices se pueden resumir en los tres puntos siguientes: 1) dentro de la actividad de los órganos jurisdiccionales cabe distinguir entre actos “estrictamente jurisdiccionales” o decisorios, y actos “procesales”, que consistirán las más de las veces en el desempeño de una actuación reglada para la comprobación de requisitos formales; 2) la actividad del Juez debe concentrarse en los primeros, mientras que el Secretario Judicial puede y debe asumir, sin perjuicio de la

corrección de sus posibles errores por vía de recurso, el grueso de la actividad procesal; y 3) la oficina judicial tradicional, diseñada sobre la base de que cada órgano judicial dispone de una secretaría, debe ser sustituida por un modelo más diversificado en el que junto a las “unidades procesales de apoyo directo”, parecidas a las anteriores secretarías, se implantan “servicios comunes procesales” con atribuciones de ordenación del procedimiento.

La presentación anterior puede darnos una idea de la extensión prácticamente universal de la reforma diseñada en la Ley 13/2009. En todas las fases del procedimiento jurisdiccional, salvo en los actos que lo cierran, cabe distinguir entre actos estrictamente jurisdiccionales y actos procesales. Y los servicios comunes procesales, la principal innovación organizativa de la oficina judicial que se ha querido implantar, pueden ser establecidos para las más variadas actuaciones procesales, desde el registro de escritos a la admisión de las demandas, y desde los señalamientos a la notificación de resoluciones. Si a todo ello se añade un propósito legislativo de aplicación meticulosa de las líneas de la reforma a todos los pasos de todos los distintos procedimientos, tanto en instancia como en vías de recurso, nos encontramos con el diluvio de modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral ya señalado⁵⁷.

9. CONSIDERACIONES FINALES

Además de facilitar la comprensión de los preceptos que integran la legislación vigente, el estudio de las reformas legislativas de la Ley de Procedimiento Laboral puede resultar interesante desde otros varios puntos de vista. Uno de ellos es el de la política y la técnica legislativas. Se refleja en las modificaciones de esta Ley, aunque probablemente en menor medida que en otras leyes de cabecera del ordenamiento, la tendencia a la proliferación y al desorden que, desafortunadamente, es uno de los rasgos más característicos de los actuales sistemas jurídicos. En el caso de la Ley de Procedimiento Laboral esta deriva hacia la motorización legislativa, perceptible en los años noventa y acentuada en los últimos diez años, ha dado lugar a un cambio muy notable en la técnica legislativa de reforma legal; a las refundiciones o articulaciones completas de nuevos textos de la Ley, que pocas veces en verdad estaban justificadas, ha sucedido una avalancha de reformas parciales, que en muchas ocasiones han merecido la pena, pero que en otras han incurrido en los riesgos de banalización y de improvisación que acarrea inevitablemente el activismo legislativo.

⁵⁷ Véase, para un estudio detallado y completo del impacto de la Ley 13/2009 en el procedimiento laboral ordinario, M. FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, “La incidencia de la Ley 13/2009 sobre el proceso ordinario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, Octubre-diciembre 2010, p. 783-817.

Por otra parte, la contemplación de las reformas de la Ley de Procedimiento Laboral nos ha proporcionado, un buen observatorio para contemplar la evolución tanto del ordenamiento laboral como del ordenamiento procesal. El capítulo de los procesos especiales de trabajo constituye desde este punto de vista una zona particularmente sensible e interesante. Estas modalidades procesales reflejan, por una parte, el carácter híbrido, sustantivo y procesal, de determinados institutos jurídicos, como es el caso del despido. Pero por otra parte los procesos especiales de trabajo (y también los procesos especiales de Seguridad Social, como el creado en la Ley 45/2002) han manifestado a lo largo del período histórico acotado la presencia en la vida jurídica de nuevos actores, o la voluntad de reforzar la protección jurisdiccional de determinados derechos (o responsabilidades), o la apertura de nuevas vías de reclamación jurisdiccional.

La reforma de la Ley de Procedimiento Laboral de 1989-1990 ha sido precursora de otras reformas procesales que han afectado a otros órdenes jurisdiccionales. En general, este importante hito de las modificaciones legislativas estudiadas ha acentuado la especialidad de la jurisdicción social, en particular en lo que concierne a los procesos colectivos y a las vías de recurso. A esta tendencia hacia la singularidad ha seguido luego una tendencia de signo contrario de reforzamiento del ordenamiento procesal común, que ha recuperado para sí determinados institutos antes regulados en la ley procesal laboral. La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 y la Ley Concursal del año 2003 han sido seguramente las disposiciones que activaron de manera más enérgica este movimiento centrípeto.

Una reflexión final de memoria histórica: entre el texto refundido de 1958 y el texto refundido de 1995, incluidas las múltiples reformas incorporadas luego a su redacción original, existen sin duda grandes diferencias, que hemos procurado reseñar en el presente estudio de manera sintética y sin omitir ningún cambio significativo. Pero parece claro que el marco conceptual elaborado en aquel texto legal se mantiene todavía; y se mantiene también, como legado de aquella producción legislativa, un acervo de normas de apreciables dimensiones. En verdad, en este, como en otros muchos sectores del ordenamiento, ha habido “reformas” pero no “rupturas” en la legislación del último medio siglo.

**LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL Y LAS RELACIONES
LABORALES INDIVIDUALES: NOTAS SOBRE
ALGUNAS DE SUS CONEXIONES**

María Fernanda Fernández López
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. LA LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL Y EL ESTATUTO JURÍDICO DEL REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES
2. DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS. LA INTENSIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN
3. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

No puede negarse entre nosotros la relevancia que la doctrina del TC ha tenido en la conformación y en los contenidos del Derecho del Trabajo. Los derechos laborales ocupan una importante serie de resoluciones del alto Tribunal, e, incidentalmente, ha sido en relación con ellos que el TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre aspectos clave de la interpretación constitucional, objeto de complejos debates entre los especialistas. Basten los ejemplos de la STC 11/1981, en relación con la configuración y elementos del llamado “contenido esencial” de los derechos fundamentales ex art. 53.2 CE. Y; siendo esto importante, no lo es menos que haya sido en el ámbito laboral donde el Tribunal, con más cautela pero decididamente, ha ido configurando el alcance de la extensión de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, afirmando no sólo la eficacia en este sentido (cada vez más alejada de la ficción inicial de imputar la vulneración del derecho al órgano judicial que no dispensaba la tutela pedida). Y ello desde fecha muy temprana, pudiendo señalarse como el inicio de una corriente que llega hasta nuestros días la STC 38/1981, de 23 de noviembre, relativa a unos despidos fundados en una vulneración de la libertad sindical, que se declara, implantando la teoría de la nulidad radical de los comportamientos antisindicales.

Por supuesto, desde el punto de vista procedimental, a la materia laboral se ha dedicado la panoplia total de procedimientos previstos en la Ley reguladora del TC, desde el recurso de amparo al conflicto de competencias. Por eso en un trabajo como el que nos ocupa resulta imposible siquiera intentar un resumen mínimamente fiable de todas las manifestaciones de ese impacto en la realidad social y legal de la jurisprudencia del TC. Es preciso escoger, y para ello empiezo por decantarme por lo que Alonso Olea denominara jurisprudencia “lenta y suave”, la jurisprudencia de amparo, en la que se han consolidado más corrientes jurisprudenciales de las que se cree, y en la que ha terminado la tarea de perfilar, pulir y precisar la doctrina de grandes sentencias como la ya citada 11/1981, o la 98/85, de 29 de julio, revisora de la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. En esta línea se situarían las múltiples y muy estudiadas resoluciones sobre la huelga en los servicios esenciales de la comunidad, y las menos estudiadas pero igualmente interesantes acerca del alcance de la mayor representatividad sindical desde la perspectiva aislada o combinada de los arts. 14 y 28 CE, examinadas exhaustivamente hace poco¹.

Y de entre la abundante multiplicidad de sentencias de amparo, pretendo elegir algunas que han contribuido a formular la doctrina, a veces cambiante y siempre conflictiva, sobre las conexiones entre el contrato de trabajo y los derechos fundamentales del trabajador.

La serie de sentencias más innovadoras en el sentido descrito sería la que se relaciona con los que el profesor Palomeque llamara con todo acierto “derechos fun-

¹ Véase el excelente trabajo de Carrizosa Prieto, Esther, “Derechos de libertad sindical y principio de igualdad” Ed. CARL, Mergablum, Sevilla 2009.

damentales inespecíficos”. Obviamente, no de todos, sino de aquellos que, a mi entender, han dado un particular juego práctico por la extensión de algunas de sus manifestaciones no siempre adecuadamente percibidas. Pero es imposible no hablar de derechos como la libertad sindical, si bien en aspectos concretos que han contribuido a perfeccionar los contenidos de la propia ley, en relación con el estatuto jurídico de los representantes sindicales.

Sin perjuicio de que se haga una exposición más detallada a continuación, entiendo que la cuestión examinada registra un cambio sustancial en el momento en que la STC 99/94, de 11 de abril (RTC 1994\99) asigna a los derechos fundamentales una especial relevancia en el seno de un contrato de trabajo hasta entonces considerado marco –inalterado– para el ejercicio de aquéllos. El punto de partida clásico es sintetizado así por la sentencia mencionada: como “este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar, el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985). Pero que, partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE).

Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral” (FJ 4). A partir de ahí, sin embargo, se subraya la especial relevancia que los derechos fundamentales tienen en la relación laboral en el sentido de que “los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar –por parte de quien pretende aquel efecto– que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra” Un interés organizativo relevante que no se presume con la sola emanación de una orden en un sentido u otro, la alegación y prueba de la existencia de ese plus descansa sobre el empresario porque “no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento”.

Este giro doctrinal tiene manifestaciones en todos los derechos fundamentales susceptibles de ejercitarse en el seno de la relación de trabajo, específicos o inespecíficos. En conexión con lo cual puede citarse una serie de relevantes ejemplos.

1. LA LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL Y EL ESTATUTO JURÍDICO DEL REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES

Como se ha dicho, la pauta para abordar el tratamiento de estos derechos desde la perspectiva del TC la han marcado derechos como la libertad sindical individual, que lentamente ha adquirido una dimensión orgánica en torno al estatuto jurídico del delegado sindical. En la definición de ese estatuto ha tenido un papel relevante la noción de indemnidad.

Indemnidad equivale a mantener al sujeto protegido a salvo de daños derivados de un comportamiento lícito, y por tanto esa garantía se ha predicado de una diversidad de comportamientos no siempre concurrentes con verdaderas discriminaciones —en cuanto a veces la posición de la empresa se basa en una interpretación aparentemente impecable de la legalidad ordinaria aplicable al caso— aunque a primera vista pudieran parecerse. Quizás aquéllos en los que ha alcanzado mayor predicamento sean los relacionados con el ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, del derecho a la tutela judicial efectiva y del ejercicio orgánico de derechos de libertad sindical. Merece la pena que hagamos alguna breve referencia a este último supuesto, en la medida en que a través de esta vertiente de la garantía de indemnidad se ha contribuido a crear una especie de estatuto del delegado sindical al amparo del art. 28.1 CE, que se integra en el ámbito del contenido adicional reconocido por la ley, pero que se extiende al ejercicio de la actividad sindical en sentido amplio, pudiendo albergar también a las actuaciones de los miembros de la representación unitaria.

Se trata de afirmar un principio de inmunidad no sólo frente al despido, las sanciones, etc., sino también frente a los perjuicios de cualquier clase que puedan sufrir en sus derechos profesionales o económicos como consecuencia del ejercicio de sus funciones sindicales y de su impacto en el juego de la legalidad ordinaria. Ello implica una observancia estricta de la legalidad aplicable y a veces una interpretación flexible de esa misma legalidad para apoyar la conservación de derechos, sobre todo los económicos vinculados de alguna manera a la efectiva prestación de trabajo, cuando el trabajador se encuentra liberado de prestar servicios por su condición de miembro de un sindicato.

Así, discriminatorio es denegar al liberado sindical el acceso a la “situación especial de activo” según el Estatuto del Personal Sanitario de la Seguridad Social porque el trabajador liberado no podría prestar servicios, pese a reunir la totalidad de los requisitos para el acceso a la plaza². Discriminatoria es también la negación del pase a la situación de segunda actividad a funcionario, igualmente liberado sin-

² Sentencia núm. 241/2005 de 10 octubre RTC 2005/241, directamente inspirada en la STC 70/2000, de 13 de marzo. RTC 2000/70.

dical³. Y, en un resumen de su doctrina que revela la extensión de la misma, en una “sentencia de síntesis”, el TC sostiene que “hemos afirmado que un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, lo que constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquéllos (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, F. 4; 30/2000, de 31 de enero F. 4; 173/2001, de 26 de julio, F. 5; y 92/2005, de 18 de abril F. 3)”⁴.

La conexión funcional con la libertad sindical parece estricta⁵, aunque no falte alguna resolución que entienda extensible una garantía de esta naturaleza a favor de representantes unitarios de los trabajadores, en la medida en que desarrollan en nuestro sistema una función “lato sensu” sindical, de representación y defensa de los trabajadores, extendiendo acta de las conexiones mutuas del doble canal de representación: “ciertamente, y de forma similar a la ejercida por los sindicatos, los delegados de personal y comités de empresa llevan a cabo una actividad de defensa y promoción de los intereses económicos de los trabajadores, desarrollando, en este sentido, una función calificable *latu sensu* como sindical, para lo cual cuentan con medios de acción y con derechos constitucionales y legales, como son el derecho de huelga (art. 28.2 CE), la negociación colectiva (art. 37.1 CE) o la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE), que la Constitución no reserva en exclusiva a los sindicatos (STC 134/1994). Y, en fin, también es cierto que en la actualidad existe en las empresas un notable grado de interacción entre los sindicatos y los órganos de representación unitaria o electiva de los trabajadores y que las diferencias relativas a la naturaleza de estos dos tipos de representación y a sus funciones de promoción y defensa de los intereses de los trabajadores, que en otros tiempos fueron manifiestos, hoy tienden en muchos casos a difuminarse (STC 134/1994)”⁶.

³ STC 144/2006, de 8 de mayo, RTC 2006/144

⁴ STC 326/2005 de 12 diciembre RTC 2005/326. FJ 4. Negando que sea posible esa extensión, en cambio STC 17/1996 de 7 febrero RTC 1996/17, en relación con el cese en un puesto de libre designación.

⁵ Y es expresa. Incluso en relación con la vertiente colectiva de la misma, en sentencias como la STC 17/2005, de 1 de febrero RTC 2005/17.

⁶ STC 95/1996, de 29 de mayo, RTC 1996/95 FJ 5. “Los hechos relatados provocan efectos disuasorios sobre el resto de los trabajadores en orden a su afiliación o permanencia en el sindicato, favoreciendo la desigualdad y discriminación con respecto a otras centrales sindicales que se han visto

Dentro de este estatuto protegido adquiere cada vez una relevancia mayor la libertad de expresión con que cuentan estos trabajadores, en consideración a su posición ante el conflicto laboral y a sus posibles consecuencias. Precisamente esa misma posición es la que genera que en numerosas ocasiones se encuentren implicados en el proceso de amparo estrechamente los derechos a la libertad de expresión e información, que generan juicios paralelos de legitimidad constitucional aunque no estrictamente coincidentes.

Puede situarse el comienzo en la conocida sentencia dictada en el caso del Liceo Sorolla, STC 120/1983, de 15 de diciembre, que ratifica la de la jurisdicción ordinaria en la que declara procedente el despido de unos representantes de los trabajadores, con base en una expresión que hizo fortuna: “La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el art. 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el art. 18.1, lo que discuten las partes y afirma el Ministerio Fiscal; pero al mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el art. 7 del Código Civil expresa con carácter general, al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación” (FJ 2). Buena fe y lógica contractual aparecen en la sentencia como elementos de estructuración obligada de los actos de ejercicio del derecho de libertad de expresión, fuera de los cuales la misma no puede invocarse lícitamente.

Esta posición se va suavizando lentamente. Por varios motivos, que confluyen en ese resultado.

Una primera corriente –vinculada sobre todo a la libertad de información– se conecta con los trabajadores al servicio de las Administraciones públicas y su posibilidad de denunciar irregularidades en el funcionamiento de éstas que a su vez impactan de forma directa en el interés de los ciudadanos en conocerlas. La denuncia sería ese primer ámbito protegido, “hasta el punto de que no resulta exagerado afirmar que en tanto en cuanto el contenido de la expresión se refiere a

impunes durante su mandato. Tales dificultades –que ya se habían evidenciado en la incapacidad de Comisiones Obreras para cubrir la vacante del delegado despedido–, se han visto confirmadas en las elecciones sindicales de 1999, en las que el sindicato Comisiones Obreras no ha podido formar candidatura” FJ 3.

irregularidades en un servicio público, y de público interés, por tanto, la posible oposición entre el deber contractual de buena fe y el derecho constitucional de libre expresión, o información, queda notablemente difuminada”⁷. En un momento posterior, el derecho a la crítica se prolonga en el ámbito interno de la empresa, ya con más requisitos: no sobrepasar ese ámbito y carecer la información, por la forma en que se ha procedido, de trascendencia dañosa en los intereses empresariales⁸.

Pero andando el tiempo el ámbito protegido pasa a ser la propia actividad sindical, integrando su contenido esencial un reforzado derecho a la información y a la libertad de expresión. La libertad de información, particularmente, si desplegada en dirección a sus representados, ampara a unos representantes sobre los que pesa “el deber de mantener informados a sus representados «en todos los temas y cuestiones señalados... en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales» (art. 64.1.12 LET). Como hemos tenido la oportunidad de decir en anteriores ocasiones, esa transmisión de noticias de interés sindical, ese flujo de información entre el sindicato y sus afiliados, entre los delegados sindicales y los trabajadores, «es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical» (SSTC 94/95, de 19 de junio F. 4; y 168/96, de 25 de noviembre, F. 6)⁹.

Por lo que hace a la libertad de expresión, ésta termina por integrarse en el ejercicio de la libertad sindical, incluso si desarrollada en el marco de conflictos en los que el lenguaje se encrespa en proporción. Para esta evolución resulta esencial la propia evolución del concepto de libertad de expresión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que comprende también las expresiones que inquietan o molestan. Dicho en términos laborales por el TC “el derecho fundamental a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”¹⁰. Ello siempre que se tenga en

⁷ Sentencia núm. 1/1998 de 12 enero RTC 1998/1, FJ 5. En ese mismo fundamento, se descartan otras argumentaciones para afirmar la fuerza de la buena fe contractual: no es apta a este respecto “la conclusión de que de dichas irregularidades se debiera derivar la caducidad de la concesión no añade de por sí nada especialmente significativo, pues tal conclusión se impondría por sí sola de ser ciertas las irregularidades denunciadas”. Tampoco lo es “cualquier limitación de los derechos fundamentales del trabajador fundada en la lealtad y buena fe debidas a la empleadora, sea o no estrictamente imprescindible dicha limitación” para el pretendido correcto funcionamiento de la actividad productiva, que sólo tendrá lugar en el marco del cumplimiento de la legalidad.

⁸ STC 181/2006, 19 de junio.

⁹ STC 213/2002 de 11 noviembre RTC 2002/213.

¹⁰ STC 125/2007 de 21 mayo RTC 2007/125, FJ 2.

cuenta, en contrapeso, que “desde la STC 107/1988 hemos excluido del ámbito de protección de dicha libertad las frases y expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, que sean innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la Norma Fundamental”¹¹.

Bajo esta óptica restrictiva se ha de valorar el impacto sobre la libertad de expresión del contrato de trabajo, que “tiene como efecto típico la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, (pero) no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador, dada la posición prevalente que éstos alcanzan en nuestro ordenamiento en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE)”¹².

Por ello “un trabajador, en principio o como regla general, y sin perjuicio del examen de cada caso, no ve limitado por defecto su derecho fundamental al ámbito interno de la empresa, pudiendo dar difusión externa a sus opiniones y críticas.... Como recordara la STC 182/2006, de 19 de junio, F. 6, desde la prevalencia de los derechos fundamentales, su limitación sólo puede derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho..., bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador”¹³. Así queda abierto un ámbito de contornos difusos, inseguros, pero que admite excepciones a la regla uniforme de preeminencia contractual de la Sentencia del Liceo Sorolla.

2. DERECHOS LABORALES INESPECÍFICOS. LA INTENSIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Dentro de los derechos laborales “inespecíficos” posee una especial relevancia en el ámbito laboral la prohibición de discriminación. De todos es sabido cómo la equívoca jurisprudencia inicial es revocada por la importante Sentencia 128/1987, de 16 de julio, que pone fin a la que se llamó doctrina del “varón discriminado” y expone el exacto sentido de la prohibición de discriminación por razón de sexo y su orientación unilateral hacia la mujer como colectivo protegido: la prohibición de discriminación, distinta del puro principio de igualdad, “representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de

¹¹ STC6/2000 de 17 enero RTC 2000/6, FJ 5, por todas.

¹² STC56/2008 de 14 abril RTC 2008/56, FJ 6.

¹³ STC 56/2008, cit. FJ 7, con abundante cita de jurisprudencia complementaria.

los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la C. E. En este sentido no debe ciertamente olvidarse que la expresada exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 C. E., y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina: situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo” (FJ 5).

Sobre esta impronta se desarrolla la jurisprudencia ulterior, que no sólo casualmente, recibe una influencia directa de la jurisprudencia y de las normas comunitarias en materia de igualdad por razón de sexo. En un ordenamiento como el nuestro, inserto en el marco de la UE, esta influencia era difícilmente evitable, pero llama la atención que se manifestara en el marco de la jurisprudencia constitucional, a no ser que se estimase que las Directivas eran Tratados internacionales en materia de derechos humanos, en el sentido del art. 10.2 CE, lo que, expresamente, no se ha llegado a decir.

Resulta pionera en este sentido la STC 145/1991, de 1 de julio, –podría llamarsele sin exagerar la *Defrenne* española–, que hace uso de material comunitario para abordar el complejo problema de la discriminación retributiva. Un problema que sin duda en el caso se planteaba en su vertiente más simple –la discriminación entre trabajadores y trabajadoras que desarrollaban trabajos iguales encuadrados en categorías diferentes y retribuidos de forma diferente en función del sexo–, pero que no impidió que la sentencia abordase la doctrina general sobre la discriminación retributiva e introdujese también el concepto de la obligada igualdad retributiva por trabajos de “valor igual” y el concepto de discriminación indirecta que tanto juego llegaría a dar.

En palabras de la sentencia “es cierto que el art. 28 E.T. se limita a disponer que “el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario ... sin discriminación alguna por razón de sexo», de cuya letra podría deducirse una concepción estricta de la prohibición de discriminación en materia salarial, circunscrita sólo a los casos de realización de las mismas tareas por los trabajadores que se comparan. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que por encima de esta norma legal se encuentran tanto el art. 14 C.E. como el art. 35.1 de la misma que no contienen esa restricción de la prohibición de discriminación y son preceptos que además, de acuerdo al art. 10.2 C.E. han de ser interpretados a la luz de los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. La igualdad salarial por razón de sexo en los Tratados Internacionales ha pasado de una formulación inicial del principio estricto de igualdad salarial a identidad de trabajo, a una concepción más amplia del principio de igualdad salarial que actúa cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor [art. 2.1 del Con-

venio 100 OIT, de 23 de marzo de 1953, Rat. 23 de octubre de 1967 art. 7 a), i, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Rat. 30 de abril de 1977, y art. 4.3 de la Carta Social Europea, Rat. 11 de agosto de 1980.

En el seno de las Comunidades Europeas, aunque el art. 119 del Tratado se refería a «un mismo trabajo», el mismo ha sido interpretado extensivamente por la jurisprudencia comunitaria y ampliado a través de la Directiva 75/177, cuyo art. 1 define el principio de igualdad y de remuneración como implicando «para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuya un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo».

La Directiva comunitaria y la jurisprudencia dictada en su aplicación comienza, así, de esta forma ambigua, a inspirar la doctrina de nuestro TC, hasta extremos en que es relevante la aportación de doctrina y jurisprudencia comunitaria para servir de base a la resolución, siempre, con esa misma vaguedad de “sí pero no” pueden cumplir esa función. Puede servir como muestra perfecta de esta ambigüedad la STC 41/2002, de 25 de febrero, que parte de la ortodoxia, “este Tribunal ha declarado que no nos corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del Ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso por incumplimiento” (FJ 2). Pero en materia de discriminación por razón de sexo el ordenamiento comunitario ha alcanzado un desarrollo tal que, aún a pesar de esta afirmación, puede servir de argumento para la elaboración de la doctrina de fondo, “de los arts. 1.1, 2, apartados 1 y 3, y 5.1 de la Directiva 76/207/CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (STJCE 8 noviembre 1990, asunto «Hertz»), como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada (Sentencia de la misma fecha recaída en el asunto Dekker, y cuyo párrafo 21 declara que la discriminación por embarazo o maternidad es una discriminación directa en la que se excluye la posibilidad de justificar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida), y la ruptura del contrato ni siquiera puede justificarse por el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo nocturno (STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto «Habermann-Beltermann»)” (FJ 3).

La igualdad en el acceso al trabajo; la prohibición de extinguir el contrato de trabajo por razón del sexo de la trabajadora o por circunstancias que afectan exclusivamente a la mujer, como el embarazo o los “derechos asociados a la maternidad” (STC 233/2007, de 5 de noviembre); la prohibición de postergar a la mujer a consecuencia de la sucesión de embarazos, etc., son todos supuestos en que, ya interiorizados por la doctrina del TC, resuenan los argumentos y las conclusiones del Tribunal de Justicia.

Importancia singular tiene, en este contexto, la doctrina sobre las reglas de reparto de la carga de la prueba, cuyo tratamiento comunitario es también importante, aunque entre nosotros el origen doctrinal pueda situarse en un momento anterior a la propia entrada de España en la UE, en la citada sentencia de 23 de noviembre de 1981, en que, al ser el derecho controvertido la libertad sindical, la pauta interpretativa proviene de la OIT y de las resoluciones del Comité de Libertad Sindical. Y se formula de esta manera: “un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquélla, a impulso del empresario, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional” (FJ 3).

Una doctrina formulada inicialmente, como puede comprobarse, en términos próximos a la inversión probatoria, que paulatinamente ha ido reajustándose en términos de reparto de la carga próximos a la lógica de la prueba de indicios. Con tales matices, el principio saltó a nuestras leyes, desde luego a la de LPL de 1990, pero también a leyes monográficas en materia de igualdad por razón de sexo como la LO 3/2007, de 22 de marzo.

Así, en relación con discriminaciones originadas en motivos sindicales, el TC ya sostendrá que “no es suficiente...la mera alegación de la violación constitucional. Al demandante corresponde aportar, cuando alegue que un acto empresarial ha violado su libertad sindical, un indicio razonable de que tal lesión se ha producido”, momento a partir del cual recae sobre el empresario la carga de probar y justificar las razones de su comportamiento, totalmente ajenas a la motivación discriminatoria. Y se trata de una verdadera actividad probatoria “sin que le sea suficiente el intentarlo” (STC 87/89, de 21 de abril, FFJJ 4 y 5).

Un punto en el que la doctrina del TC no ha sido sentada de forma satisfactoria es el de la prueba en los despidos pluricausales. Ya en la citada sentencia de 23 de noviembre de 1981 se dejó planteado que no era preciso que se probase que existía una causa de extinción contractual ordinaria, sino, más sencillamente, que existía una causa ajena a todo propósito discriminatorio, aunque no tuviera entidad para declarar procedente un despido fundado en ella. Y así se ha seguido sosteniendo, aunque tengo la impresión de que esa causa no suficiente y alternativa ha tenido poco juego en la realidad; la prueba de una causa de despido es, por así decirlo, el método preferible y seguro para descartar la imputada discriminación.

Como sostiene la STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 5¹⁴ “la acreditación plena del incumplimiento contractual habilitante del despido permite entender, en prin-

¹⁴ Por lo demás es una síntesis de doctrina acerca de esta tendencia especialmente útil.

cipio y como regla general, satisfecha la carga empresarial de neutralización de los indicios; pero también neutralizará el panorama indiciario aquella actividad probatoria de la empresa de la que quepa concluir la desconexión patente entre el factor constitucionalmente protegido y el acto empresarial que se combate, logre o no logre probar fehacientemente el empresario, además, la causa legal disciplinaria”. De ahí ejemplos que no están demasiado conformes con la teoría general.

Así, en un supuesto en que la presunta discriminación se habría producido por la no renovación del contrato temporal de las actoras, “cuando se analizan supuestos de finalización de contratos temporales, el hecho de que los mismos se extingan en su fecha y en las condiciones que habían sido previstas por las partes en el momento de su celebración, puede permitir neutralizar el indicio probatorio presentado”, pero “este dato no siempre es por sí mismo suficiente para entender que ello deba ser necesariamente así”¹⁵.

O el caso de la STC 168/2006, de 5 de junio, que en un supuesto en que se alega una cese en el trabajo por motivos sindicales en la Embajada española en Rabat, se descarta la alegación por parte de la Administración de que se había reordenado el servicio. Se descarta y el propio TC se detiene en señalar qué se hubiera debido probar, puesto que la Administración “no acredita las causas de la amortización del puesto de trabajo ni que éstas resulten ajenas por completo al móvil discriminatorio”. La lista de temas que hubieran debido abordarse es realmente extensa: “nada aparece en las resoluciones judiciales...que indique que la Administración hubiese probado, y ni siquiera alegado, justificación alguna en relación con la modificación del catálogo de puestos...y con la consiguiente amortización del puesto de trabajo. Ni quién la solicitó, ni en qué momento lo solicitó, ni cuáles fueron las razones organizativas o de otro tipo que la justificaban”, etc. etc. Es cierto que se trataba de un cese por motivos sindicales en una Administración pública, y de alguna manera la transparencia y racionalidad en el ejercicio de sus decisiones han de ser más intensas en aras del principio de legalidad. Pero sí es verdad que, aplicando esa doctrina de la causa alternativa, los “indicios” aportados por el trabajador se han de neutralizar con una prueba extensa, que tiende a hacer transparentes los motivos por los que ha decidido el empresario el acto o la omisión impugnada.

Dentro de la doctrina en materia de discriminación o de violación de los derechos fundamentales resulta un punto esencial la garantía de la efectividad del derecho, traducida en el reestablecimiento del demandante en la integridad de éste. Se trata de un tema difícil de captar en la doctrina constitucional en materia laboral, en la medida en que en un número muy relevante de Sentencias (particularmente las que se fundan en la violación del art. 24 CE) la resolución del TC se cierra con

¹⁵ STC 171/2005, de 20 de junio, FJ 5. Parecidamente STC 74/98, de 31 de marzo, FJ 5. Y en el mismo sentido STC 16/2006, de 19 de enero, FJ 3.

la remisión al Juez o Tribunal del asunto para que dicte una sentencia conforme a las garantías del referido artículo y las de cualquier otro que pudiera venir afectado en la resolución que se impugnó.

No obstante, se ha de destacar la relevancia de la doctrina de la nulidad radical del comportamiento discriminatorio –extendida a los restantes derechos fundamentales– sentada ya en la citada STC 38/1981 en cuanto tal resultado se ha de alcanzar con la “colaboración” de los órganos jurisdiccionales a quo. Sin alterar la tesis de partida, sí se observa cierta tendencia a abandonar a los Tribunales de instancia la concreción de las consecuencias de la proclamación del derecho, si acaso, con una referencia expresa, por remisión, a los términos en que desde el punto de vista material debe pronunciarse el órgano judicial de instancia.

Un ejemplo reciente de esta forma de abordar la cuestión se encuentra en las STC 75/2010, que inicia una serie dedicada a evaluar la legalidad constitucional de las extinciones contractuales generadas en el seno de una contrata por la revocación de ésta por la empresa contratista fundada –así lo aprecia el TC– en una huelga del personal de la contrata. La Sala estima que se ha producido una lesión del derecho a la huelga de los trabajadores de la empresa contratista por la decisión de la empresa principal de rescindir la contrata durante la huelga de éstos. El problema para reestablecer a los trabajadores en la integridad de su derecho es la peculiar estructura trilateral de estas situaciones de empresa compleja: “Si a través de la técnica de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de una empresa principal e, incluso, que la propia duración de su contrato de trabajo se haga depender directamente de la vigencia del contrato mercantil que vincula a ambas empresas, determinando, en virtud de todo ello, que la efectividad de los derechos de los trabajadores pueda verse afectada no sólo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal, del mismo modo habrá de salvaguardarse que en el ámbito de esas actuaciones los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados. Pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos” (FJ 8). ¿Cómo puede alcanzarse ese objetivo?. Precisar esto, alcanzar ese resultado, es el encargo que recibe el Juez a quo: “Declarada la nulidad radical del despido del recurrente, el restablecimiento en la integridad de su derecho exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa... para la que venía prestando servicios hasta el 9 de mayo de 2005, fecha en la que dicha empresa comunicó al recurrente (al igual que al resto de trabajadores) la rescisión de su contrato de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil” que vinculaba a la empresa principal con la contratista. “No obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso (la mencionada finalización del contrato mercantil de arrendamiento

de servicios suscrito entre una y otra empresa, de la que trae causa la extinción de la relación laboral de los trabajadores...), no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa...(contratista), de la obligación de readmitir al recurrente en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de un tercero,...de poner fin a la prestación de servicios que (la contratista) venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo” de la empresa principal. “Por tanto, corresponderá al Juzgado de lo Social determinar en incidente de ejecución (art. 284 LPL) si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible, y, de no serlo, determinar la indemnización que procediera entonces abonar al recurrente, así como los salarios de tramitación, y la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada al recurrente, debiendo recordarse que “tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación” (SSTC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2, y 69/1983, de 26 de julio, FJ 3)” (FJ 9).

Ciertamente es un caso extremo el que se acaba de citar, aunque no es el único: son relativamente frecuentes las sentencias en las que el resultado final de la STC se derivará de la acción combinada de la sentencia constitucional y de la acción de la jurisdicción ordinaria, no sólo en mera ejecución de la sentencia de amparo (aunque también¹⁶) sino integrando el título del que el demandante podrá derivar la integridad de su derecho que, así, será la sentencia de la jurisdicción ordinaria, no la constitucional¹⁷. Más raramente, es la autonomía colectiva la sede en que podrán hacerse efectivos los derechos reclamados, en un supuesto de discriminación retributiva¹⁸.

¹⁶ Por todas, STC 57/99, de 12 de abril, RTC 1999/57, en que es la propia sentencia de amparo la que declara “la nulidad del despido con el efecto de su (del trabajador) readmisión forzosa”. En parecidos términos STC 1/1998, de 12 de enero RTC 1998/1; 186/1996 de 25 de noviembre (RTC 1996/186), entre otras.

¹⁷ Esta estructura más compleja se puede ver, por ejemplo, en STC 183/2000, de 10 de julio (RTC 2000/183): “Otorgar el amparo solicitado por las recurrentes y, en consecuencia: 1º Declarar que las resoluciones recurridas han vulnerado el derecho de las actoras a no ser discriminadas por razón de sexo (art. 14 CE). 2º Restablecerlas en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 1996, resolutoria del recurso de suplicación núm. 6037/1994, y la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 10 de junio de 1994, dictada en los autos núm. 1028/1993, así como retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que el Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, partiendo de que el cálculo de las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo de las actoras sobre la base de un salario declarado judicialmente discriminatorio por razón de sexo es contrario al art. 14 CE, dicte Sentencia resolviendo la pretensión de las recurrentes de amparo en términos conformes con el contenido constitucional del derecho vulnerado”.

¹⁸ STC 58/1994, de 28 de febrero (RTC 1994/58), en cuyo caso la solicitud de nulidad de las cláusulas del convenio discriminatorias no se debatió en la instancia, quedando deferida la equiparación a la negociación colectiva.

3. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Otra fuente de resoluciones de interés en el marco de los derechos fundamentales en el marco de la relación de trabajo es la intimidad. Partiendo, como es inevitable a la luz de los muchos antecedentes sobre la impregnación constitucional del contrato de trabajo, de su aplicabilidad en el marco de las relaciones laborales, y descartando las consecuencias extremas de la tesis opuesta, de la afirmación de que el ámbito profesional es un ámbito abierto a terceros en el que no puede estar en juego el derecho a la intimidad. “El art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido... De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada... o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”¹⁹. Lógicamente, ese poder de exclusión puede recibir sustanciales limitaciones en el marco de la relación de trabajo y algunas de esas proyecciones han generado importantes sentencias sobre temas de extrema dificultad teórica.

Por supuesto, la intimidad se encuentra implicada de forma inmediata en los casos de acoso sexual –a pesar de la negativa inicial de los tribunales ordinarios a reconocer la dimensión constitucional de estas conductas–. Por ello el TC reclama su competencia para “determinar si una trabajadora, como consecuencia de la conducta libidinosa del empresario, ha visto vulnerados sus derechos fundamentales y concretamente el que le garantiza la intimidad personal en el art. 18.1 CE, pues en éste se inscribe el derecho a la protección del trabajador contra el conocido también como «acoso sexual» en el ámbito laboral por cuanto se trata de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad, en desdoro de la dignidad humana (art. 10.1 CE), sin olvidar tampoco la conexión que en ocasiones pueda trabarse con el derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de su sexo cuando tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores constitucionales, puedan afectar todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres (art. 14 CE)”²⁰.

La delimitación del carácter “consentido” por la víctima del comportamiento es uno de los ejes interpretativos, quizás el fundamental, que aborda el TC, flexibilizando el significado del término y dando entrada para ello a una orientación

¹⁹ STC 224/1999 de 13 diciembre RTC 1999/224, FJ 4.

²⁰ Por todas, STC 224/1999 de 13 diciembre RTC 1999/224, FJ 2.

comunitaria de bajo nivel —especialmente Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre 1991—. En efecto, “la configuración constitucional del acoso sexual, como atentado a la intimidad personal del trabajador (art. 18.1 CE), protege exclusivamente frente a comportamientos de significado libidinoso que no sean asumidos por la persona destinataria de los mismos. En tal sentido... lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que aquél es unilateral e indeseado, y el otro, voluntario y recíproco, correspondiendo a cada individuo la libre opción de aceptarlo o rechazarlo por ofensivo. En consecuencia, parece razonable que, salvo casos extremos, una señal del carácter no querido de tal conducta por parte de su destinataria sea conveniente para deshacer cualquier equívoco o ambigüedad al respecto como ocurrió en este caso sin que en consecuencia quepa hablar de tolerancia por su parte. Debe ser rechazado, pues, el razonamiento judicial, que parece imponer al eventual afectado por un acto de acoso sexual la carga de reaccionar con carácter inmediato y con una contundencia incompatible con la interpretación predicada por la sobredicha Recomendación” de la Comisión Europea antes citada.

La intimidad del trabajador emerge también en el marco de utilización por el empresario de sus poderes de control de la actividad laboral a través de instrumentos tecnológicos como la videovigilancia o la grabación del sonido. La doctrina al respecto puede resumirse con la cita de la STC 98/2000 de 10 abril (RTC 2000\98). Que parte de la idea de que “no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, F. 4 y 197/1991, de 17 de octubre, F. 3, por todas)”²¹.

Y, señalado este amplio ámbito, sobre él los poderes empresariales ejercen un límite que es recíproco. En efecto, “el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos... perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral” (FJ 6). Pues bien, existiendo en el caso una implantación de instalaciones de control de audio sobrepuestas a las ya existentes de video vigilancia, la empresa fracasa en la justificación de esa racionalidad reforzada en la que encuentra su base la limitación al derecho fundamental considerado. Y resuenan los ecos de la STC 99/94: “la mera utilidad o conveniencia

²¹ STC 98/2000 de 10 abril RTC 2000/98, citada, FJ 6.

para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de audición y grabación, habida cuenta de que la empresa ya disponía de otros sistemas de seguridad que el sistema de audición pretende complementar”. Y, puesto que “no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino. Así las cosas, el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE” (FJ 9). El carácter continuado e indiscriminado del control es básico para declarar su ilicitud por excesiva intromisión en el derecho a la intimidad. Una interesante limitación dirigida como criterio interpretativo a la casuística de la jurisdicción ordinaria.

El control de la salud del trabajador es otra de esas áreas sensibles en que se ha planteado un conflicto entre la intimidad del trabajador y el comportamiento empresarial, valorado en este caso no tanto por la justificación formal que se invoca por el empresario para intervenir en la intimidad del trabajador, sino por la utilidad que se extrae de la información obtenida. Como punto de partida, la “normalización” del derecho en el marco de las relaciones laborales: la intimidad del trabajador le confiere también “el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido²². El deber de abstención que impone sobre los terceros en principio sólo cede –entiende el Tribunal– ante razones “que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada”, o bien ante el propio consentimiento del afectado, un “consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”.

Y existe una limitación adicional, esta vez funcional, la ya mencionada intromisión no será legítima tampoco cuando, aún autorizada por el afectado, “subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida”. El art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en el caso, era un instrumento legal suficiente para entender autorizada la prueba médica practicada²³. También concurría en el supuesto la voluntad de la trabajadora, que se so-

²² STC 196/200415 noviembre RTC 2004/196, FJ 2.

²³ “Consecuentemente, los límites legales (las excepciones a la libre disposición del sujeto sobre ámbitos propios de su intimidad, previstos en el art. 22.1, párrafo segundo, LPRL) quedan vinculados o bien a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (pues es obvio que existen empresas y actividades sensibles al riesgo y por tanto trabajadores especialmente afectados por el mismo”, STC cit., FJ 6.

metió a ella. La vulneración constitucional se genera, por tanto, no por la prueba en sí, sino por el uso que se realizó de ella, generando un despido por consecuencia de haber detectado el consumo de drogas en el análisis practicado con otros fines.

En un contexto muy diverso, la desviación funcional en el ejercicio del derecho empresarial que supone usar la información recabada lícitamente de los trabajadores con otros fines, sería de nuevo la causa de estimarse concurrente una múltiple violación del derecho a la libertad sindical con ocasión de una huelga en la larga serie de sentencias que se inicia con la STC 11/1998 de 13 enero (RTC 1998\11). No se trata de resucitar la doctrina de los límites internos de los poderes del empresario. Más bien parece que el TC se hace eco del hecho de que la transferencia de información así realizada no desapodera al trabajador de la titularidad sobre ésta, de modo que el derecho a la intimidad, que la protege originalmente, sigue operando también cuando, aparentemente “cambia de manos”. En el caso de la huelga, intimidad y derecho de huelga aparecen estrechamente combinados, pero es verdad que se mantiene el mismo principio interpretativo.

Es difícil sintetizar en torno a unos temas seleccionados el desenvolvimiento de la doctrina del TC en materia de derechos fundamentales asociados al contrato de trabajo. Si acaso, procede señalar, resumiendo al máximo, cómo el tipo de control aplicado por el TC sobre los poderes empresariales, en las sentencias más relevantes de esta experiencia, tiende a alejarse de la lógica contractual pura reforzando la igualdad de las partes en el momento de aplicación de la norma constitucional porque la relevancia del derecho fundamental palía esa misma desigualdad jurídica. Se trata de una operación interpretativa que es difícil sostener que se ha proyectado sobre los Tribunales ordinarios; y que es fácil en cambio detectar cómo se ha alejado de las técnicas indirectas para salvar la falta de “dritt-wirkung” de los derechos fundamentales. Por ello las aparentemente neutras cláusulas generales pueden ser observadas como instrumento limitativo en vez de cómo cauces de entrada en el contrato del derecho fundamental.

Lo anterior sería suficiente pero aún puede señalarse una nota más: como en todos los demás ámbitos de la vida de relación, en el ámbito laboral los derechos fundamentales tienen una eficacia extensiva que multiplica su contenido en posiciones de ventaja que se van encadenando unas a otras, se relacionan y potencian el alcance garantista del texto constitucional. Este efecto expansivo lo hemos visto en el juego singularizado de la libertad sindical; lo hemos visto en relación con la prohibición de discriminación, y es perceptible asimismo en relación con la intimidad, que son los supuestos examinados, pero se detecta en todos los demás derechos, señaladamente en el de huelga. En este rasgo la interpretación constitucional ha sido sin duda pionera, aunque sea una fuente de notable influencia en el contenido de la legislación.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES POR LOS TRIBUNALES DEL ORDEN SOCIAL

Rafael Gómez Gordillo
*Profesor Contratado Doctor de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Pablo de Olavide

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN SOCIAL EN MATERIA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
 - 2.1. La posibilidad de estimar de oficio la incompetencia territorial
 - 2.2. La dimensión del conflicto y su proyección sobre los derechos fundamentales afectados
 - 2.3. La difusa frontera competencial entre los Órdenes Social y Contencioso-Administrativo
3. LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES
 - 3.1. El sindicato como coadyuvante de las pretensiones del trabajador
 - 3.2. Legitimación pasiva del comité de empresa
4. EL OBJETO DEL PROCESO
 - 4.1. Los derechos fundamentales y libertades públicas objeto de tutela.
 - 4.2. La sumariedad del proceso de tutela de los derechos fundamentales
 - 4.3. El carácter opcional del proceso de tutela de los derechos fundamentales
5. LA PRUEBA
 - 5.1. La aportación de indicios razonables
 - 5.2. La alegación de una causa objetiva y razonable
6. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

1. INTRODUCCIÓN

La centralidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el marco normativo justifica la multiplicación de recursos de tutela por las Administraciones Públicas y, de manera más específica, por los Tribunales de Justicia. Es el caso de la protección de estos derechos en el ámbito laboral, a cuyo servicio los trabajadores disponen de la vía general, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC), o de la posibilidad de acudir al procedimiento especial previsto en los arts. 175 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante LPL). Aunque el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas permite a los trabajadores y a los sindicatos instar la tutela de los tribunales ordinarios ante cualquier lesión de estos derechos, no es ésta la única posibilidad que la justicia ordinaria ofrece a quienes entiendan que han sido lesionados sus derechos fundamentales. Por el contrario, el demandante podrá opcionalmente acudir a cualquiera de los procesos previsto en la LPL si, junto a la reparación de las lesiones sobre sus derechos fundamentales, el trabajador o el sindicato aspira a obtener un pronunciamiento favorable sobre cualquier materia de legalidad ordinaria. Esta posibilidad de opción no es tal cuando las materias objeto de litigio formen parte del listado establecido en el art. 182 LPL (demandas sobre despido, vacaciones, materia electoral, estatutos de sindicatos y convenios colectivos); en tales supuestos, la demanda deberá seguir el cauce de los procedimientos específicos *ratione materiae*.

El elevado número de controversias resueltas por la justicia ordinaria pone de manifiesto que el ámbito laboral es un espacio en el que estos derechos, ya sean de los reconocidos específicamente a los trabajadores o aquellos de general titularidad, son frecuentemente vulnerados y, en consecuencia, el establecimiento de una vía preferente y sumaria para su tutela por los tribunales del orden social se convierte en una herramienta de excepcional utilidad. En el presente trabajo, se estudiarán algunos de los aspectos en los que a nuestro juicio la ordenación de este procedimiento especial continúa siendo problemática, a pesar de las numerosas reformas introducidas y de los esfuerzos jurisprudenciales realizados para delimitar de manera clara la competencia de los tribunales y el desarrollo de este procedimiento, que pese a su confusa denominación, tiene por objeto el conocimiento de las lesiones que en el ámbito de las relaciones laborales se produzca sobre cualquier derecho fundamental o libertad pública del trabajador.

En primer lugar, se abordarán cuestiones ligadas a la competencia de los tribunales laborales, fundamentalmente las que hacen referencia a la delimitación de la competencia objetiva y, en concreto, la posibilidad de que el juez, de oficio, aprecie la incompetencia territorial, la dimensión individual o colectiva del conflicto o los problemas que se plantean con respecto a la competencia del resto de los órdenes jurisdiccionales. Posteriormente, se estudiarán aspectos relacionados con la legitimación procesal, tanto activa como pasiva, con especial atención a la

posición del sindicato como sujeto coadyuvante o la posibilidad de que las representaciones unitarias asuman el papel de legitimados pasivamente. En cuarto lugar, se analizarán las materias relacionadas con el objeto del proceso, la sumariedad cualitativa predicable en el proceso de tutela de los derechos fundamentales o el carácter opcional de la vía especial de tutela de los derechos fundamentales del trabajador. En quinto lugar, se estudian aspectos relacionados con la prueba, la inversión de su carga, la aportación de indicios racionales y la alegación de una justificación objetiva y razonable. Por último, se tratan alguno de los problemas derivados de la petición de indemnización por los daños causados al trabajador.

2. LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN SOCIAL EN MATERIA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. La posibilidad de estimar de oficio la incompetencia territorial

Los problemas relacionados con la delimitación de la competencia de los tribunales laborales para resolver cuestiones relacionadas con la tutela de estos derechos, mediante la modalidad procesal que estudiamos, se presentan de manera más numerosa en torno a los aspectos objetivos. Las cuestiones de competencia territorial y funcional que, al menos, por la cualidad de los asuntos parecen menos relevantes. Respecto a la competencia territorial, resulta de gran interés la doctrina fijada por la STS de 16 de febrero de 2004 (Ar. 2004, 2038), en la medida en que la reforma del art. 5 LPL, introducida recientemente por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, obligará a modificar la posición fijada en dicho pronunciamiento.

La cuestión se suscita en torno a un litigio entre una trabajadora que prestaba servicios en un centro de trabajo de RTVE, situado en una localidad no incluida en el territorio jurisdiccional de Barcelona; a pesar de ello, la trabajadora decide presentar su reclamación en dicha ciudad. El Juez de lo Social, de oficio, se declara incompetente por razones territoriales; contra dicho auto ambas partes inician el iter procesal correspondiente, interponiendo sendos recursos de reposición y suplicación, por entender que la incompetencia territorial no puede ser apreciada de oficio por el Juez. La STSJ de Cataluña de 14 de junio de 2002 (Ar. 2002, 2808) desestimó los recursos presentados, confirmando el Auto del Juzgado de lo Social. El TS se pronuncia sobre la posibilidad de que la declaración de incompetencia territorial se produzca sin que ninguna de las partes haya realizado la correspondiente petición; dicho de otra manera, si las partes pueden acordar someterse a la jurisdicción de un órgano jurisdiccional en principio incompetente por aplicación de lo, hasta la reforma de 2009, previsto en los arts. 5 y 10 de la LPL.

De un lado, el art. 10 de la LPL ordena, pues la reforma no le afectó, la competencia territorial de los juzgados de lo social, fijando en el apartado primero los fueros generales a tal objeto, mientras que el apartado segundo establece los fueros

especiales para determinadas modalidades procesales; en el caso del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, debe ser lugar en el que se produjo la lesión respecto a la cual se reclama la tutela de los tribunales. Pues bien, de manera sintética, la doctrina del TS vertida en la sentencia más arriba citada puede resumirse en tres contundente afirmaciones: A) los mandatos del art. 10 LPL sobre competencia territorial en la jurisdicción social no tienen carácter imperativo; B) los órganos jurisdiccionales del orden social no pueden apreciar de oficio la competencia territorial; y C) en el proceso laboral cabe la sumisión tácita pero no el pacto de sumisión expresa a los órganos jurisdiccionales de un determinado territorio.

La concatenación de argumentos parte del reconocimiento del carácter dispositivo del contenido del art. 10 LPL, ello determinaría la imposibilidad del Juez de lo Social para, de oficio, declarar su incompetencia sobre la materia que debe conocer. Únicamente si las partes han realizado la correspondiente alegación cabría plantearse dicha cuestión. Téngase en cuenta que, el art. 54.1 Ley de Enjuiciamiento Civil impone que las reglas sobre la competencia territorial únicamente se aplican en defecto de sumisión de las partes, dicha regla quedaría sin efecto en los casos en que la Ley estableciese de forma imperativa la competencia territorial en determinados supuestos, como tras la reforma establece el nuevo art. 5 LPL. En opinión del Tribunal, ni el art. 10 LP, ni ningún otro precepto de dicha norma, determinaba que los mandatos sobre competencia territorial tuviesen carácter imperativo, lo que hasta la reforma debía conducir a la conclusión de que los mismos tienen carácter dispositivo y no pueden ser aplicados de oficio por los tribunales de justicia. Resuelto este extremo, la sentencia recuerda que aunque el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, impide admitir la sumisión expresa de las partes, no sucede lo mismo respecto a la sumisión tácita, respecto a la cual se muestra conforme al criterio contrario. A juicio del Tribunal, la sumisión tácita facilitaría el acceso a la jurisdicción de los trabajadores, como parte más débil del contrato de trabajo, permitiendo a estos presentar la demanda ante el órgano judicial que crea conveniente, al tiempo que permitiría a la otra parte plantear la cuestión de competencia en caso de que se considerase perjudicada en sus intereses. En virtud de estos argumentos, el TS admite el recurso presentado contra la sentencia del TSJ de Cataluña, asumiendo que la incompetencia territorial no puede ser estimada de oficio. Una vez que el art. 5 LPL ha sido modificado, incluyendo en su actual redacción la posibilidad de que los jueces puedan admitir de oficio dicha ausencia de competencia, el razonamiento del TS debe conducir justamente al resultado contrario: A) el mandato del art. 10 LPL sobre competencia territorial en la jurisdicción social tienen carácter imperativo; B) los órganos jurisdiccionales del orden social pueden apreciar de oficio la competencia territorial; y C) en el proceso laboral no cabe ni el pacto de sumisión expresa ni la tácita sumisión de las partes a los órganos jurisdiccionales de un determinado territorio.

2.2. La dimensión del conflicto y su proyección sobre los derechos fundamentales afectados

Los problemas interpretativos relacionados con la competencia funcional rara vez tienen que ver con la naturaleza de ésta, pues resulta pacífico que se trata de una materia improrrogable, indisponible y apreciable de oficio por los tribunales. Otra cosa bien distinta es la relacionada con la interpretación del contenido de los arts. 7, 8, 10 y 11 LPL, que ordenan la distribución competencial entre los juzgados de lo social, los tribunales superiores de justicia y la audiencia nacional. Conforme establece la letra f) del art. 10.2 LPL, en los procesos especiales de tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas es competente funcionalmente el Juzgado de lo Social del lugar en el que se hubiese producido la lesión; mientras que, por aplicación de lo previsto en la letra a) del art. 7 y 8 LPL, correspondería conocer al TSJ de la Comunidad Autónoma correspondiente de los supuestos en que la cuestión objeto de litigio extendiese sus efectos a un ámbito territorial superior al de la provincia, y a la AN cuando sus efectos desbordasen el ámbito de una Comunidad Autónoma. Las dificultades interpretativas surgen en torno a la delimitación del ámbito afectado por los efectos de la supuesta lesión del derecho, lo que impone distinguir entre el lugar en que ésta se produce y la extensión geográfica en la que se materializan las consecuencias del acto lesivo.

El problema de la distinción entre dimensión del conflicto y su proyección no cuenta con criterios claros que permitan establecer una línea doctrinal segura, particularmente cuando se trata de lesiones de derechos colectivos de los trabajadores. La compleja estructura de estos derechos, titularidad individual y ejercicio colectivo, no contribuye a facilitar la consecución de dicho objetivo. La cuestión resulta de enorme interés y debiera concitar un nivel de consenso suficiente que evitase, en lo posible, la existencia de pronunciamientos contrarios sobre el mismo conflicto laboral. No es ésta la realidad en el sistema de relaciones laborales en nuestro país, donde la doctrina judicial en la materia, por excesivamente casuística, queda lejos de poder ser considerada uniforme. Sirva como ejemplo de cuanto se ha dicho hasta aquí el supuesto resuelto por la STS de 15 septiembre de 2006 (Ar. 2006, 7406), que resuelve un recurso de casación presentado por un grupo de trabajadores. Para el Tribunal resulta decisivo el hecho de que la demanda no fue presentada por un órgano de carácter colectivo, comité de empresa o comité de huelga, sino por un grupo de trabajadores que no constituyen más que una pluralidad de intereses individualizables. El hecho de que la demanda tuviera por objeto el análisis jurídico de prácticas antisindicales imputables al empresario durante el desarrollo de un proceso de huelga de ámbito autonómico no resulta dato suficiente para afirmar la competencia del Tribunal Superior de Justicia; a tales efectos, tiene mayor peso el hecho de que los trabajadores no actúan como representantes del conjunto de los trabajadores llamados a la huelga, lo que, a juicio del tribunal, impide que el conflicto adquiera carácter colectivo. En este supuesto, el TS parece de-

cantarse por un criterio delimitador de carácter subjetivo, que se proyecta sobre la naturaleza plural de los demandantes, por más que en la sentencia que resuelve el recurso de casación se reitere que “una cosa es la dimensión del conflicto y otra bien distinta la de la proyección que el mismo haya producido sobre el derecho fundamental de los trabajadores demandantes que actúan precisamente a título personal, no colectivo”.

La dificultad que puede entrañar la aplicación de estos criterios puede observarse estudiando la historia del caso. El litigio se inicia por trece trabajadores de la empresa Catalunya Radio que presentan demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por conducta antisindical de la empresa. La sentencia declara la incompetencia del tribunal para conocer, en la instancia, de la acción de tutela del derecho fundamental a la huelga que postulan los demandantes, y les informa que deberían hacer uso de su derecho ante el Juzgado de lo Social. El razonamiento seguido por el tribunal se detiene especialmente en analizar la forma en que se presenta la demanda: una sola reclamación instada por trece trabajadores que, a título personal, creen vulnerado su derecho de libertad sindical; de hecho, cada uno de los demandantes especificó la indemnización que por tales hechos consideraba adecuada. En paralelo, el dato de que todos los trabajadores que participan de la demanda prestasen servicio en la ciudad de Barcelona determina que la sentencia estime que, una vez declarada la incompetencia de la Sala de lo Social del TSJ, se indique a los trabajadores los juzgados de lo social de dicha ciudad como órgano jurisdiccional competente para conocer de sus pretensiones. Pues bien, como se ha dicho más arriba, al TS le basta con estas afirmaciones para entender que la lesión de los derechos de libertad sindical no se extiende a todo el ámbito en que se celebra la huelga. Por el contrario, se sostiene que se tratándose de pretensiones de determinados trabajadores, los efectos de esa eventual vulneración no pueden extenderse a un ámbito superior al de la circunscripción de un juzgado de lo social. El hecho de que el ámbito de la huelga se extendiese al conjunto de Cataluña no determina que la acción ejercitada por un grupo de trabajadores, en representación de sus propios intereses, adquiera carácter colectivo. Por todo ello, en esta ocasión, el TS cree preciso analizar de forma individualizada los daños que se hayan podido ocasionar en los demandantes en su derecho individual a la huelga. Se niega, por tanto, la posibilidad de analizar por esta vía los efectos de la vulneración de los derechos de libertad sindical a todos los trabajadores participantes en el conflicto, lo que abre la puerta a la posibilidad de que se produzcan pronunciamientos contradictorios sobre las actuaciones de un empresario en un determinado conflicto, que si bien pueden afectar de manera diversa a cada uno de los trabajadores, responden a una voluntad unitaria de respuesta presuntamente lesiva a un conflicto laboral único.

2.3. La difusa frontera competencial entre los órdenes social y contencioso-administrativo

La mayor litigiosidad en materia de competencia se produce en torno a la delimitación de la competencia objetiva, entre otras razones porque en esta materia entran en juego el resto de los órdenes jurisdiccionales junto con el orden social. Corresponde a los tribunales labores conocer sobre las demandas sobre tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas presentadas contra empleadores, asociaciones patronales, administraciones públicas o cualquier otra persona o entidad pública o privada. A pesar de lo dicho, no toda vulneración de estos derechos se atribuye a los tribunales laborales, únicamente serán confiadas al conocimiento de aquellos órganos los supuestos en que el acto lesivo, por su naturaleza, corresponda a la jurisdicción social. La concreción de este principio interpretativo requiere la integración sistemática de cuanto disponen los arts. 2, 3, 1751.1 y 181 LPL, operación que reporta importantes problemas aplicativos.

De los numerosos conflictos entre el orden laboral y el resto de los órdenes jurisdiccionales, hacemos colación en este trabajo de un litigio que tiene por objeto resolver sobre las peticiones planteadas por un trabajador frente al Organismo Autónomo Museos y Centros del Cabildo Insular de Tenerife, para la tutela de sus derechos fundamentales. La sentencia de instancia acogió favorablemente la demanda, declaró vulnerado el derecho fundamental a la integridad moral y condenó al organismo demandado a abonar al actor una determinada suma, en concepto de daños morales. La Sala de lo Social del TSJ estimó el recurso de suplicación interpuesto por la Administración Pública condenada en la instancia, revocó la sentencia recurrida y declaró la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer del litigio. El trabajador interpone contra dicha resolución recurso de casación para la unificación de doctrina, planteando únicamente la cuestión relacionada con la competencia objetiva.

La STS de 10 de febrero de 2005, (Ar. 2005, 4373) parte de la consideración de que los litigios sobre los problemas de competencia entre los órdenes contencioso-administrativo y social deben resolverse a partir de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del art. 9 LOPJ y en el artículo 2 LPL. Sentado el principio de que la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores, en cuanto tales, está atribuida al orden jurisdiccional social, la remisión del asunto al orden contencioso-administrativo debe considerarse un criterio erróneo. ES por ello que las reglas que regulan la competencia a favor de los tribunales administrativos se refieren únicamente a la actuación de la Administración Pública como tal, cuando actúa revestida de las facultades especialísimas reservada a ésta, e independientemente que las relaciones jurídicas objeto de litigio hayan sido ordenadas por normas de derecho público o reglas de derecho privado. No debe suceder lo mismo cuando la responsabilidad de la Administración surge en la esfera de su

actuación como empresario, pues en estos casos el ordenamiento jurídico debe conceder a las administraciones el trato adecuado a dicha condición, sin que pueda reconocérsele los privilegios que ostenta cuando actúa en el ejercicio de sus potestades exclusivas. En palabras de la sentencia, “La pretensión que se ejercita en este litigio deriva directamente de la relación laboral que mantienen demandante y demandado, por lo que el conocimiento de la misma compete a este orden de la jurisdicción, con independencia de si el empresario es una entidad pública o privada, al prescindir de esta circunstancia el artículo 2, a) de la Ley de Procedimiento Laboral en su referencia a empresarios, sin otro calificativo”.

3. LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES

3.1. El sindicato como coadyuvante de las pretensiones del trabajador

El art. 175.1 LPL reconoce a los sindicatos legitimación para actuar como parte principal en los procesos de tutela de los derechos fundamentales; adicionalmente, el apartado 2 de dicho precepto, reconoce también la legitimación sindical para actuar como coadyuvante en los procesos iniciados por un trabajador. Se trata de una función de refuerzo de la posición del trabajador, lo que limita las facultades de los sindicatos para ejercitar su derecho como parte, pues en aplicación de lo establecido en el precepto de referencia no les está permitido recurrir ni continuar el proceso al margen de la voluntad del trabajador demandante. Dicho lo anterior, no cualquier sindicato puede adoptar dicha posición procesal en cualquier acto de juicio; la posibilidad de actuar como coadyuvante en un proceso queda limitada a los sindicatos más representativos y a quienes mantienen una relación de afiliación con el trabajador demandante.

La posición secundaria del sindicato en su papel de coadyuvante, frente a la posición dominante que adopta el trabajador permite suponer que únicamente cuando ambos sujetos compartan un alto grado de coincidencia en el desarrollo del proceso la intervención del sindicato podrá tener un papel relevante, una valoración positiva. En caso contrario, la prioridad que el proceso otorga a la parte principal dejará sin efecto cualquier iniciativa sindical. A pesar de que se trata de un asunto menor, la puesta en práctica de esta figura procesal encontró algunas resistencias, que pueden observarse con el repaso de la doctrina judicial en la materia, fundamentalmente en el análisis de los motivos que en ocasiones han conducido a los tribunales a negar a los sindicatos su presencia como coadyuvante en un determinado proceso de tutela de los derechos fundamentales. En ocasiones, se ha discutido si la presencia del sindicato únicamente debe ser aceptada en aquellas modalidades procesales en las que expresamente sea determinado por la LPL, esto es, en el proceso de tutela de la libertad sindical o si, por el contrario, dicha posibilidad debe

extenderse al conjunto de modalidades procesales, como la de despido, en las que se alegue la vulneración de algún derecho fundamental o libertad pública.

En este sentido, la STC 257/200 de 30 de octubre, resuelve un supuesto relacionado con el despido de un representante sindical. La sentencia recurrida en amparo, sostiene que el art. 182 LPL exige que la demanda por despido en la que se alegue lesión de derechos fundamentales debe tramitarse inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal específicamente prevista para ello (arts. 103 y ss. LPL), y puesto que en dicha modalidad no se prevé expresamente la presencia del Sindicato como coadyuvante, la pretensión del sindicato debe ser rechazada. Por su parte, el sindicato afectado sostiene que la presencia del Sindicato en el proceso por despido de uno de sus delegados sindicales forma parte del conjunto de actividades precisas, no sólo para reforzar la defensa de los derechos e intereses del trabajador individualmente considerado, sino también los suyos propios como sindicato, pues está en juego la extinción de un contrato pero también la propia presencia del sindicato en el centro de trabajo y, con ella, la de la garantía de su acción colectiva en la empresa (art. 14 LOLS).

La posición del TC se fundamente en la conveniencia de que el sindicato pueda intervenir en los procesos sobre libertad sindical en defensa de su propio interés, pues por más que se trate de algo distinto y autónomo de la pretensión individual del trabajador, puede verse afectado por el resultado del proceso. En estos supuestos, el sindicato, con su intervención adhesiva, asume su papel de representante institucional de los derechos e intereses de los trabajadores, en aplicación de lo dispuesto en el art. 7 CE. El hecho de que la norma procesal exija que en supuestos de despido se siga un cauce procesal especial, no debe impedir la actuación del sindicato en defensa de tales intereses, por el mero hecho de que dichas modalidades no prevean su participación como coadyuvante de forma expresa. En efecto, “cuando el legislador del art. 182 LPL remite a las modalidades procesales correspondientes el conocimiento de las demandas que allí se citan lo hace en función justamente de la materia en litigio para una mejor atención de aquélla y por diversas razones que justifican la propia existencia de una distinta modalidad procesal o la extensión del objeto de conocimiento, pero no, desde luego, porque pueda otorgarse a un mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál sea el acto o conducta del que pueda haberse derivado la lesión que se alega. Desde esta perspectiva, el interés del Sindicato a intervenir como coadyuvante en un proceso en el que el trabajador afirma vulnerado su derecho de libertad sindical no se altera, obviamente, según la naturaleza del acto lesivo; lo contrario supondría, como bien afirma el recurrente, un resultado absurdo, como el de que podría intervenir en una reclamación salarial tramitada con arreglo a la modalidad de tutela pero no en un despido vulnerador del art. 28.1 CE de un afiliado, que virtualmente afectaría de manera más grave los intereses propios del Sindicato.” STC 257/2000.

Conforme a la doctrina constitucional contenida en la sentencia citada, cabe afirmar, que aunque la solicitud de intervención del sindicato debe rechazarse

cuando no reúna los requisitos subjetivos exigidos en la norma, nunca debería negarse la presencia en el proceso del sindicato al que se encuentra afiliado el trabajador cuando la demanda haya sido presentada por alguno de los cauces previstos en la LPL que no prevén expresamente dicha posibilidad. La posibilidad u obligación del demandante de acudir a una u otra modalidad procesal específica, en función de la materia objeto de litigio, en cumplimiento de lo dispuesto en la norma procesal nada tiene que ver con las facultades que al sindicato le reconoce el art. 14 LOLS, que no han de ser limitadas por esta vía.

3.2. La legitimación pasiva del comité de empresa

El art. 175 LPL no realiza un listado que de manera expresa identifique a los potenciales autores de hechos constitutivos de eventuales lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito laboral. Por su parte, el art. 180 LPL, con el objetivo de determinar el contenido mínimo de la sentencia, relaciona una serie de sujetos “empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada” que pueden ser demandados en dicho proceso, aunque no parece que el objetivo de esta enumeración tenga carácter exhaustivo. La generalidad del precepto permite afirmar la eficacia horizontal de los derechos tutelados por esta vía, cuestión de gran importancia. Ahora bien, el contenido del art. 180 LPL, en principio, únicamente nos sirve para afirmar con rotundidad que ninguna persona física o jurídica está excluida de la posibilidad de ocupar la posición de demandado en un proceso de estas características, pues siempre que la lesión del derecho se produzca en e la esfera del cumplimiento de las obligaciones laborales por el trabajador, cabe invocar el carácter laboral de la lesión del derecho, sin que la cualidad de empresario sea exigible a estos efectos; en otras palabras, si bien el empresario se encuentra en una especial posición de garante de los derechos fundamentales del trabajador y, por ello, tiene una mayor presencia en estos procesos, los derechos fundamentales del trabajador pueden ser lesionados por cualquiera de los sujetos que intervienen en las relaciones laborales. Por otra parte, aunque estos sujetos no sean directamente responsables de la lesión de los derechos del trabajador, pueden poseer un interés legítimo en el proceso, por lo que su presencia como legitimados pasivos en éste debe ser estimada.

La STSJ de Cataluña, de 24 de octubre (Ar. 2009, 78626) aborda un supuesto de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores y sus representantes ante una cesión ilegal de trabajadores. Frente a la sentencia de instancia que estimó en parte la demanda de oficio presentada por la Administración Autonómica, recurren en suplicación las empresas demandadas y el Comité de Empresa de una de ellas. El recurso articulado por el Comité de Empresa denuncia la infracción de los artículos 7, 24 y 28 CE, y el artículo 2.2 LOLS, oponiéndose así a la falta de legitimación apreciada por la sentencia impugnada.

En opinión del órgano unitario el objeto del proceso trasciende el interés individual de los trabajadores demandantes, pues también están en juego los intereses colectivos de los trabajadores de la empresa cesionaria; la defensa de estos intereses correspondería ejercerla al Comité de Empresa que a tal efecto debiera haber sido admitido como parte en el proceso. El Comité de Empresa hace referencia a la STC de 29 de octubre de 2001, que afirmó la legitimación pasiva de un sindicato en un proceso por cesión ilegal de ciertos trabajadores que constituirían el servicio médico de la empresa, tras señalar “que la situación de contratación y de estabilidad laboral en la que se hallan dichos trabajadores encargados de prestar este servicio en una empresa en la que existen importantes riesgos cancerígenos, desborda los intereses meramente particulares para afectar plenamente al interés colectivo del conjunto de trabajadores de la empresa, cuya defensa corresponde legítimamente al citado sindicato”. No considera aplicable dicha doctrina el TSJ de Cataluña que, sin dejar de mostrar su disconformidad con lo dispuesto en el pronunciamiento alegado por el Comité, se manifiesta contrario a la personación de éste por considerar que no ha sido suficientemente acreditado el interés legítimo que abriría la puerta a la presencia de la representación unitaria en el proceso objeto de su atención.

A juicio de la Sala, el TC no posee una doctrina suficientemente amplia sobre la legitimación pasiva de los representantes de los trabajadores, en cuanto sólo lo ha tratado una vez, y referido únicamente a un determinado sindicato, sujeto de naturaleza diversa a las representaciones unitarias, como la que en esta ocasión reclama. Por otra parte, la carencia de legitimación pasiva, en este supuesto, deriva de la ausencia de interés legítimo para intervenir en el procedimiento, pues el comité no ha demostrado suficientemente la existencia de ningún vínculo especial y concreto con el objeto del debate en el pleito. La plasmación de este vínculo debería haberse relacionado con la noción de interés profesional o económico, traducible en un beneficio cierto, cualificado y específico. En opinión de la sentencia, el hecho de que como resultado de la declaración de cesión ilegal el número de trabajadores de la empresa pudiese alterarse y, con ello, la composición del comité, no es suficiente argumento para identificar el interés de la representación unitaria. “En definitiva, el Comité recurrente carece de todo interés legítimo colectivo en este procedimiento y, por tanto, carece también de legitimación pasiva para intervenir en el mismo, procediendo por ello la desestimación del recurso” STSJ de Cataluña, de 24 de octubre (Ar. 2099, 78626).

4. EL OBJETO DEL PROCESO

4.1. Los derechos fundamentales y libertades públicas objeto de tutela

Estimo que resulta pacífica la idea de que, en la actualidad, el proceso especial de tutela de libertad sindical resulta el instrumento procesal más eficaz para la tu-

tela de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores y sus organizaciones. Resulta tremendamente perturbador que, a pesar de que se han producido numerosas reformas de la norma procesal laboral, el legislador no se haya ocupado de modificar, al hilo de cualquiera de ellas, el título que encabeza este proceso especial, que de forma inverosímil continúa denominándose “De la tutela de los derechos de libertad sindical”, contraviniendo lo dispuesto en el art. 181 LPL que, con las excepciones previstas en el art. 182 LPL, indica este proceso especial como el adecuado para conocer de todas las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social. En cualquier caso, lo que es indiscutido es que el orden social, por la vía del art. 175 o mediante otras modalidades específicas, es el cauce adecuado para la protección judicial de los derechos y libertades públicas a los que hace referencia el art. 53.2 CE.

4.2. La sumariedad del proceso de tutela de los derechos fundamentales

El objeto del proceso de tutela previsto en el art. 175 LPL queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental invocado en la demanda, por lo que las pretensiones relacionadas con incumplimientos de naturaleza legal, reglamentaria, convencional o contractual que no lesionen derechos fundamentales del trabajador deben ser remitidas al proceso ordinario o, en su caso, al proceso especial que procediese en razón de la materia objeto de litigio. El problema fundamental en este terreno está en la dificultad de diferenciar qué constituyen cuestiones de legalidad ordinaria simple, para cuya resolución no debe hacerse uso de esta modalidad procesal, y cuándo estamos ante cuestiones de legalidad ordinaria indisolublemente unidas a la pretensión de tutela de un derecho fundamental, que deben ser resueltas por la vía del proceso especial.

La STSJ del País Vasco, de 11 de marzo de 2003 (Ar. 2003, 2626), aborda un recurso de suplicación en un litigio en el que se discute sobre una resolución que retira la condición de afiliado a una organización sindical del trabajador demandante, sanción que se impone al trabajador por presunto incumplimiento de los deberes de afiliado establecidos en los estatutos del sindicato. El trabajador solicita la nulidad de dicha resolución emitida por su sindicato y, a consecuencia de ello, solicita ser reintegrado en su condición de afiliado. La sentencia en la instancia, acogió la excepción de inadecuación de procedimiento, al considerar que la demanda debió tramitarse a través del procedimiento de impugnación de sanciones, en lugar de por el cauce procesal de tutela del derecho de libertad sindical. Si como se ha dicho más arriba, el procedimiento especial de tutela de la libertad sindical tiene un ámbito de cognición limitado (art. 176 LPL), y por ello el procedimiento goza especiales garantías como la sumariedad y la preferencia en la tramitación

(art. 177 LPL), no cabría en el mismo acumular acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del derecho fundamental, lo que la doctrina ha dado en llamar sumariedad cualitativa. Por tanto, el pronunciamiento del órgano judicial en estos supuestos debe limitarse únicamente a la declaración de la existencia de la lesión, de la nulidad de la conducta de los órganos disciplinarios de la organización sindical demandada y, en su caso, a la fijación de la indemnización que proceda (art. 180 LPL); por el contrario, no siendo posible en el ámbito del proceso de tutela el pronunciamiento sobre aspectos de legalidad ordinaria, no cabe que el tribunal entre a analizar si durante el sustanciamiento del expediente disciplinario se han podido cometer errores en la aplicación de lo dispuesto en los estatutos del sindicato.

Como se ha dicho más arriba, no todas las lesiones de los derechos del trabajador deben ser encauzadas por la vía prevista en el art. 175 LPL, las reclamaciones de cualquier otro derecho vinculadas a la lesión de uno fundamental encuentran mejor acomodo en el procedimiento laboral ordinario, que no se encuentra limitado por la naturaleza del objeto del proceso especial. En concreto, la aplicación del régimen disciplinario sindical a un afiliado puede lesionar el derecho a la libertad sindical de éste. El trabajador afectado puede optar por encaminar su acción por el procedimiento ordinario (art. 80 y ss. LPL), o bien por el procedimiento especial de los arts. 175 y ss. LPL; pero debe saber que si opta por la segunda de las posibilidades, el proceso solo conocerá de la lesión de la libertad sindical, con exclusión de todas aquellas cuestiones que no afectan de modo directo a la lesión del art. 28.1 CE. En el supuesto resuelto por la STSJ del País Vasco, de 11 de marzo de 2003 (Ar. 2003, 2626), se desestima la pretensión del trabajador por apreciar la inadecuación de procedimiento, justificando esta decisión en que el debate se limitó al enjuiciamiento de la infracción de diversos preceptos de los estatutos sindicales por las presuntas irregularidades procedimentales cometidas en la tramitación del expediente disciplinario. La constatación de que el demandante pretendía hacer valer en el proceso especial de tutela de los derechos de libertad sindical cuestiones ajenas al limitado ámbito de cognición, determina el pronunciamiento contrario de la Sala a su pretensión, que a juicio del tribunal debió haberse planteado por los cauces del proceso laboral ordinario, en el que, como se ha dicho más arriba, es posible hacer valer tanto cuestiones de legalidad ordinaria como de vulneración de derechos fundamentales.

4.3. El carácter opcional del proceso de tutela de los derechos fundamentales

La vulneración de un derecho fundamental o una libertad pública puede tramitarse por la vía especial del art. 175 LPL, a través del proceso ordinario o, por último, mediante el proceso especial que corresponda en razón de la materia que motiva la pretensión (art. 182 LPL). Si la opción se realiza a favor del procedi-

miento ordinario, como se ha dicho en el apartado anterior, el objeto del proceso no quedaría limitado, mientras que si se trata de alguna de las materias relacionadas en el art. 182 LPL, el demandante no tiene derecho de opción, pues deberá seguir el procedimiento especial indicado *ratione materiae*. Por tanto, se trata de un derecho de opción del demandante seriamente limitado, con consecuencias relevantes para sus intereses, pues la opción por el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales implica la renuncia a otras pretensiones y no podrá realizarla si se trata de alguna de las materias expresamente excluidas en la Ley.

La STS de 26 de enero de 2009 (Ar. 2009, 2995) se enfrenta a un supuesto de acumulación acciones, en el que la pretensión de los demandantes se instrumentaliza mediante el cauce de impugnación de convenios colectivos, proceso que por aplicación del art. 182 LPL debe seguirse en estos casos de manera perentoria cuando lo que se postula es la anulación de varios preceptos convencionales por vulnerar los derechos de libertad sindical. Conviene tener presente que el procedimiento de impugnación de convenios, en principio, no conlleva un pronunciamiento de condena, salvo en lo que a la legalidad o ilegalidad de los preceptos en cuestión se refiere; no cabe, en principio, en este proceso condenar al demandado a las consecuencias vinculadas a la lesión de los derechos de libertad sindical: cese de la conducta, reposición de la situación, y, eventualmente indemnización (art. 181 LPL). El TS, declara la adecuación del procedimiento para la impugnación de los preceptos del convenio colectivo, a pesar de que la sentencia únicamente establece la ilegalidad de los preceptos impugnados, devolviendo el problema a los negociadores que serán quienes finalmente deberán buscar una solución negociada a las materias anteriormente acordadas que la sentencia considera no adecuadas a derecho.

5. LA PRUEBA

La dificultad que para el trabajador supone aportar en el acto del juicio las pruebas sobre los hechos que determinan la vulneración de sus derechos fundamentales y libertades públicas, especialmente cuando estos hechos se producen como consecuencia del ejercicio del poder de dirección del empresario, justifica la introducción de algunas especialidades en este ámbito. En ocasiones, la discrecionalidad que ampara el ejercicio legítimo de los poderes del empresario, la especialidad de la relación de subordinación que se establece entre éste y el trabajador, la jerarquía que rige en las relaciones entre el trabajador y sus superiores, y el limitado acceso a la documentación de la empresa que posee el trabajador resultan obstáculos difíciles de superar. La prevalencia de los derechos fundamentales sobre el resto de los intereses en juego condiciona la distribución de la carga de la prueba en los procedimientos de tutela de los derechos fundamentales. En concreto, los arts. 96 y 179.2 LPL constituyen un suelo firme a partir de los cuales se pretende facilitar la tutela de los derechos atenuando las obligaciones de prueba del deman-

dante. Con dicho objetivo, facilitar la tutela efectiva de los derechos fundamentales del trabajador, en los procesos de tutela se procede a invertir la carga de la prueba. La expresión, aunque descriptiva, no resulta imagen fiel de la regulación legal en la materia, pues de la aplicación del régimen jurídico previsto al efecto el demandado no resulta obligado a probar su inocencia, no corresponde al legitimado pasivo cargar de forma exclusiva con las obligaciones probatorias que en principio corresponden al trabajador. Por el contrario, en los procesos de tutela de los derechos fundamentales, la parte demandante debe realizar un esfuerzo probatorio menor, que se concreta en la acreditación de indicios fundados de que sus derechos han sido lesionados; cubierto este trámite, corresponderá al demandado la obligación de acreditar que las decisiones adoptadas se sustentan en circunstancias objetivas, ajenas a todo propósito de lesionar los derechos del trabajador, y que son proporcionadas a la consecución de los legítimos objetivos alegados.

5.1. La aportación de indicios razonables

Para que se produzca el desplazamiento del *onus probandi* no es suficiente con que el trabajador demandante afirme que ha sido vulnerado alguno de sus derechos fundamentales; por el contrario, es preciso que acredite la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción de que esta vulneración se ha producido efectivamente. La cuestión puede tornarse particularmente compleja cuando la decisión empresarial puede haberse basado en causas plurales, confluyendo en la formación de su voluntad causas lesivas de los derechos fundamentales con otros motivos legítimos que, de forma concomitante, condicionan la decisión empresarial. En el ejercicio de la libertad empresarial, el empleador adoptará tantas decisiones como crea conveniente para la mejor gestión de su empresa, ejerciendo sus poderes de dirección de manera razonable, ejecutando sus decisiones basadas en criterios objetivos. En ocasiones, diferenciar entre decisiones adecuadas a una buena gestión empresarial y actuaciones contrarias al ejercicio de los derechos fundamentales resulta tremendamente complejo, entre otras razones porque estos derechos pueden actuar como límite al ejercicio de los poderes empresariales.

La STSJ de Galicia, de 25 de octubre de 2010, (Ar. 2011, 22578) resuelve un recurso de suplicación sobre nulidad del despido de un trabajador, que fundamenta su petición en la vulneración del derecho a la indemnidad. El trabajador había realizado con carácter previo a la extinción del contrato una serie de reclamaciones salariales al empleador, lo que en su opinión determinó la decisión empresarial de poner fin a la relación de trabajo. El tribunal estima que se dan las condiciones suficientes para afirmar que existe un clima o panorama sospechoso de que la conducta de la empresa, a través del despido del actor, está vulnerando derechos fundamentales. Basta para ello con que haya sido acreditada la existencia de dife-

rencias entre trabajador y empleador que, no habiéndose solucionado por otras vías, determinan la actuación de los tribunales y de la inspección de trabajo y seguridad social. En concreto, el demandante había realizado una reclamación salarial que se encontraba *sub iudice* en la fecha de la decisión extintiva, y que, en paralelo, la Inspección recibió una denuncia presentada por el sindicato UGT que tiene por objeto la misma cuestión de fondo, la cotización del trabajador por una jornada inferior que fue modificada unilateralmente por la empresa sin que el trabajador la consintiera. La conexión de ambos hechos en el tiempo con la decisión extintiva permiten considerar el despido del trabajador como sospechoso de vulnerar derechos fundamentales, a partir de lo cual, procede invertir la carga de la prueba y exigir que la empresa acredite la existencia de causa objetiva, razonable y ajena a todo propósito de vulnerar derechos fundamentales.

5.2. La alegación de una causa objetiva y razonable

La existencia de indicios razonables de que se han podido vulnerar los derechos fundamentales del trabajador no determina la condena del empresario, ni le somete a ningún tipo de prueba de carácter diabólico. La inversión de la carga de la prueba obliga al empresario a dar explicaciones que de otra manera no se encuentra obligado a ofrecer, pues la adopción de determinadas decisiones forma parte de la discrecionalidad propia de las facultades de dirección. La aportación de indicios por el trabajador modifica el escenario, aunque únicamente determina que el empresario debe hacer públicas las motivaciones que determinaron su decisión, con el objetivo de acreditar que éstas son ajenas a todo afán de vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores afectados. Claro que, como no es posible la prueba en negativo, lo que realmente puede y debe acreditar es que existen otras causas no lesivas y proporcionales a los objetivos que pretende conseguir con la decisión adoptada.

La STSJ de Galicia 5 de octubre de 2010 (Ar. 2010, 2452) aborda un supuesto de despido de una trabajadora de una contrata de limpieza, por reducción de las necesidades de la empresa principal. De los trabajadores sujetos a la contrata, uno de ellos tenía la consideración de responsable de equipo, razón que se aduce para su permanencia tras reducción; del resto de la plantilla, dos hombres y tres mujeres, se cesa a dos mujeres, y se mantiene la jornada en la tercera trabajadora. La trabajadora despedida era la que poseía una menor antigüedad en la empresa. La sentencia, con cita exhaustiva de la jurisprudencia nacional y comunitaria sobre discriminación directa e indirecta por razón de sexo, entiende que el empleador demandado no ha realizado un esfuerzo probatorio suficiente para desvirtuar los indicios de discriminación. En primer lugar, porque la prohibición de discriminación indirecta permite actuar contra las prácticas empresariales que, aparentando neutralidad, perjudiquen en mayor medida a las personas de un sexo. En segundo lugar,

se tiene en cuenta que en una plantilla compuesta por tres hombres y tres mujeres, las decisiones empresariales únicamente han afectado a las mujeres, dos han sido despedidas y a otra se la ha reducido temporalmente la jornada. Por último, aunque la demandante es la más moderna, los trabajadores varones tienen una antigüedad similar y no se han visto afectados por la decisión empresarial. Estos argumentos sirven al tribunal para afirmar que el empresario no ha desvirtuado los indicios de discriminación, lo que determina el signo condenatorio de la sentencia. La cuestión central es que el empleador no ha sido capaz de argumentar en el acto del juicio que los motivos que le condujeron a seleccionar a las trabajadoras despedidas no contienen elementos discriminatorios. La alegación de la menor antigüedad no resulta suficientemente contundente para desvirtuar los indicios porque no se cumple en todos los supuestos. De esta forma, en la medida en que el demandado no puso en juego un sistema de selección objetivo, al tribunal no le queda más remedio que suponer que las decisiones extintivas tienen carácter discriminatorio.

6. LA IDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

Conforme establece el art. 180 LPL, las sentencias sobre vulneración de derechos fundamentales deben declarar estimada o no la existencia de las lesiones alegadas. En caso afirmativo, deben declarar la nulidad radical de la conducta empresarial, ordenarán su cese inmediato, la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión, la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera. La compensación de los daños morales ocasionados al trabajador mediante la violación de su derecho fundamental constituye una fuente importante de conflictos, fundamentalmente por lo que se refiere a la necesidad de probar la existencia de este daño, que no se presume, y en lo relativo a la cuantificación de la indemnización. Los tribunales suelen exigir al demandante que acredite una serie de elementos objetivos que den sustento a la pretensión de resarcimiento que conlleva la solicitud de una determinada indemnización, que de otra manera no será impuesta pues no opera de forma automática. Es por ello mucho más común que se estimen indemnizaciones por daños materiales, en los que los elementos objetivos exigidos por la jurisprudencia están al alcance de cualquier operador jurídico.

Las STS de 20 de septiembre de 2007 (Ar. 2007, 8304), aborda un supuesto de extinción del contrato por voluntad del trabajador en el que el demandante solicita indemnización por los daños y perjuicios causados por la conducta empresarial, vulneradora de sus derechos fundamentales. La sentencia declara la compatibilidad entre las indemnizaciones por extinción del contrato y por daños causados al trabajador, utilizando de manera orientativa el baremo aplicable a los accidentes de circulación. En primer lugar, la sentencia recuerda que no resulta aplicable por razones temporales la vigente regulación en materia de compatibilidad de indemni-

zaciones, circunstancia que en nada modifican el fallo judicial. En segundo lugar, la actual doctrina unificada admite con rotundidad que la indemnización prevista en el art. 50 ET es compatible con otra adicional cuando la causa extintiva es la lesión de un derecho fundamental. La tesis judicial considera que si se limitase la protección del trabajador, igualando los efectos de la vulneración de un derecho fundamental con cualquier otro incumplimiento empresarial derivado del contrato de trabajo, no se ofrecería la singular protección que sobre estos derechos rige en nuestro sistema. En tercer lugar, aunque en materia procesal la regla general es que ninguna acción puede acumularse a las extintivas, los principios y garantías propios del proceso de tutela de derechos fundamentales deben extenderse a los procedimientos en que aquellos se invoquen.

Para finalizar, la sentencia recuerda que la petición de una indemnización por daños requiere acreditar los elementos objetivos en que se basa. El reconocimiento de una lesión de un derecho fundamental no comporta necesariamente la fijación de una indemnización de daños y perjuicios, para que ésta sea impuesta al empresario es necesario que el demandante exponga los elementos objetivos en los que se basa el cálculo de aquéllos. En el supuesto enjuiciado, esta exigencia se satisface mediante la aportación de los partes acreditativos de los procesos de incapacidad temporal por la trabajadora, con informe aportado por el médico especialista que vincula la enfermedad con el trabajo, y, a efectos de cálculo, con la facilitación de las Tablas indemnizatorias contenidas en el RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, cuya aplicación analógica el tribunal entiende ajustada a derecho.

**VIDA ACADÉMICA E INVESTIGADORA DEL
PROF. DR. FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO
GUTIÉRREZ**

RESEÑA DE SU VIDA ACADÉMICA E INVESTIGADORA EN LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA

Nacido en Sevilla el 30 de enero de 1938.

Licenciatura en Derecho en la Universidad de Sevilla desde octubre de 1955 a junio de 1960.

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla en 1971. Título de la tesis: “La intervención del Estado en los conflictos colectivos de trabajo”. Dirigida por el Prof. Dr. Don Manuel Alonso Olea, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense. Calificada con sobresaliente cum laude.

Ingreso por oposición con el número 1 de su promoción en el Cuerpo Nacional de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (1965). Ejercicio profesional como Inspector de Trabajo en las Direcciones Provinciales de Trabajo de Madrid y de Sevilla desde julio de 1965 hasta diciembre de 1971. Además de su trabajo principal de control del cumplimiento de la normativa laboral, de propuesta de sanción y de asesoramiento técnico a empresarios y trabajadores, realiza con frecuencia labores de mediación en conflictos colectivos y preside comisiones negociadoras de convenios colectivos. Desde enero de 1971 se encuentra en situación de excedencia voluntaria en el Cuerpo mencionado.

Compatibiliza esa función con la de Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo en las Facultades de Derecho de la Universidad Complutense (desde 1965 hasta 1968) y de la Universidad de Sevilla (desde 1968 hasta 1970).

Profesor Adjunto provisional, luego por oposición, de la Universidad de Sevilla (desde 1970 a 1973); y Profesor Agregado interino de la misma Universidad (desde 1973 a 1975).

Estancia de enero a junio de 1974 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich, en la que realiza una investigación de la normativa y de la doctrina alemanas sobre el derecho al salario en las interrupciones de la actividad de la empresa; reflejada posteriormente en una monografía.

Ingreso por oposición en el Cuerpo de Agregados de Universidad en 1975. Ejercicio de tal función en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo en el curso universitario 1975–1976.

En virtud de concurso de traslado, Profesor Agregado de Derecho del Trabajo en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Sevilla desde 1976 hasta 1983.

Tras el correspondiente concurso de acceso entre Profesores Agregados es nombrado en 1974 Catedrático de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de Cáceres (Universidad de Extremadura); renuncia a esta Cátedra hasta su toma de posesión como Catedrático de la Universidad de Sevilla.

Catedrático de Derecho del Trabajo en la misma Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Sevilla desde 1983 hasta 1998.

Secretario de la mencionada Facultad desde 1976 hasta 1981. Y Vicedecano desde 1981 a 1983.

Catedrático de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla desde 1998 hasta 2011; primero en comisión de servicios y después en virtud de concurso de traslado; entre 2008 y 2011 como Profesor Emérito.

A lo largo de estos años ha dirigido siete tesis doctorales, todas calificadas con sobresaliente cum laude, sobre las materias más diversas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Investigador principal en distintos grupos de investigación, ha dictado múltiples conferencias, así como participado en numerosos Tribunales de Tesis doctoral, y Comisiones para la adjudicación de plazas de Catedráticos y Profesores Titulares de Universidad.

La Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora le ha reconocido el máximo de sexenios de investigación posibles, seis; así como igual número de quinquenios de méritos docentes.

PUBLICACIONES

1. LIBROS

La intervención del Estado en los conflictos colectivos de trabajo

Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1972
330 págs.

Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario

Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975
170 págs.

Spain

Volumen 8 de la “International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations”, 2a. ed., Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer (Holanda), 1988
En colaboración con Manuel Alonso Olea
150 págs.

Lecciones de Derecho del Trabajo

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1990
En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia
627 págs.

Derecho del Trabajo

Editorial Tecnos, Madrid 1991

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia

643 págs.

Casos prácticos y materiales de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Editorial Tecnos, Madrid 1992

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia

245 págs.

Derecho del Trabajo

2ª. ed. revisada, Editorial Tecnos, Madrid 1993

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia

718 págs.

Derecho del Trabajo

3ª. ed. revisada, Editorial Tecnos, Madrid 1994

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia

775 págs.

Derecho del Trabajo

4ª. ed. revisada, Editorial Tecnos, Madrid 1995

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia

888 págs.

Casos prácticos y materiales de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

2ª. ed. ampliada, Editorial Tecnos, Madrid 1995

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia

446 págs.

Derecho del Trabajo

5ª. ed., Editorial Tecnos, Madrid 1996

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia

888 págs.

Spain

Suppl. 182 de la "International Encyclopaedia of Labour Law and Industrial Relations", Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Holanda, 1996

En colaboración con Manuel Alonso Olea

158 págs.

Derecho del Trabajo

6ª. ed., revisada, Editorial Tecnos, Madrid 1997

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia
910 págs.

Derecho del Trabajo

7ª ed., revisada, Editorial Tecnos, Madrid 1998

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia
943 págs.

Derecho del Trabajo

8ª ed., revisada, Editorial Tecnos, Madrid 1999

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia
928 págs.

Derecho del Trabajo

9ª ed., revisada, Editorial Tecnos, Madrid 2000

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia
920 págs.

Spain

Suplemento 239 de la “International Encyclopaedia of Laws”, Kluwer Law International, La Haya, Holanda, 2001

En colaboración con Manuel Alonso Olea
158 págs.

Derecho del Trabajo

10ª ed., revisada, Editorial Tecnos, Madrid 2001

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia
934 págs.

Derecho del Trabajo

11ª ed., revisada, Editorial Tecnos, Madrid 2002

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia
942 págs.

Derecho del Trabajo

12ª ed., revisada, Editorial Tecnos, Madrid 2003

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia
934 págs.

Derecho del Trabajo

13ª ed., revisada, Editorial Tecnos, Madrid 2004

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia
942 págs.

Derecho del Trabajo

14ª ed., revisada, Editorial Tecnos, Madrid 2005

En colaboración con A. Martín Valverde y J. García Murcia

950 págs.

Spain

Internacional Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law Internacional, La Haya 2005

158 págs.

Derecho del Trabajo

15ª ed. revisada, Editorial Tecnos, Madrid 2006

En colaboración con A. Martín Valverde y J. García Murcia

959 págs.

Derecho del Trabajo

16ª ed. revisada, Editorial Tecnos, Madrid 2007

En colaboración con A. Martín Valverde y J. García Murcia

977 págs.

Derecho del Trabajo

17ª ed. revisada, Editorial Tecnos, Madrid 2008

En colaboración con A. Martín Valverde y J. García Murcia

988 págs.

Spain

Internacional Encyclopaedia of Laws. Kluwer Law Internacional, Holanda 2009

158 págs.

Derecho del Trabajo

18ª ed. revisada, Editorial Tecnos, Madrid 2009

En colaboración con A. Martín Valverde y J. García Murcia

1015 págs.

Derecho del Trabajo

19ª ed. revisada, Editorial Tecnos, Madrid 2010

En colaboración con A. Martín Valverde y J. García Murcia

1027 págs.

2. ARTÍCULOS

Sistema español de cogestión: aspectos funcionales

En “Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa”,

Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1967

Págs. 193 – 204

Conflictos colectivos de trabajo en los países anglosajones

En “Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo”, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1968

Págs. 133 – 152

La nueva ley alemana de participación de los trabajadores en la empresa

Revista de Política Social, núm. 94 (abril – junio 1972)

Págs. 71 – 100

La extinción de la relación laboral por edad del trabajador

Revista de Política Social, núm. 97 (enero – marzo 1973)

Págs. 23 – 67

Problemas jurídicos del pacto de salario global

Revista de Política Social, núm. 99 (julio – septiembre 1973)

Págs. 5 – 28

El cierre patronal

En “Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo”, Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, 1978

Págs. 129 – 149

La participación de los trabajadores en la empresa

Revista de Política Social, núm. 121 (enero – marzo 1979)

Págs. 415 – 437

Negociación colectiva sobre representación y acción sindical en la empresa

En “Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón”, Editorial Tecnos, Madrid 1980

Págs. 409 – 438

Despidos por causas objetivas en la Europa comunitaria y en España

En “Hacia un modelo democrático de relaciones laborales”, Instituto de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, 1980

Págs. 275 – 312

Notas sobre la regulación actual de la capacidad convencional

Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 4 (octubre – diciembre 1980)

Págs. 447 – 459

La negociación colectiva en la Constitución de 1978

En “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980

Págs. 337 – 361

Imposibilidad de la prestación (Comentario al artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores)

En “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, vol. VI, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1982

Págs. 181 – 245

Evolución del Derecho de la Seguridad Social

Papeles de Economía Española, núm. 12 – 13 (1982)

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Federico Durán López

Págs. 178 – 186

La racionalización de la gestión de la Seguridad Social

Papeles de Economía Española, núm. 12 – 13 (1982)

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Federico Durán López

Págs. 129 – 138

La negociación colectiva en la crisis económica

Documentación Laboral, núm. 6 (1982)

Págs. 53 – 74

Sobre la negociación colectiva en materia de seguridad e higiene en el trabajo

Boletín de la Inspección de Trabajo, núm. 3 (1983)

Págs. 24 – 37

Jurisprudencia sobre relaciones colectivas de trabajo

Revista de Política Social, núm. 137 (enero – marzo 1983)

Págs. 191 – 250

Solución de conflictos colectivos de trabajo en la República Federal de Alemania

En “Los instrumentos de solución de los conflictos colectivos”, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid 1983

Págs. 111 – 179

Complejidad y racionalización de la estructura del salario

Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 17 (enero – marzo 1984)

Págs. 29 – 49

La reforma del Título III de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Documentación Laboral, núm. 14 (octubre – diciembre 1984)

Págs. 7 – 25

Vigencia de los convenios colectivos (Comentario al artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores)

En “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, vol. XII/2, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1985

Págs. 89 – 131

La delimitación del conflicto colectivo de trabajo en la jurisprudencia

Actualidad Laboral, núm. 27/1985

Págs. 1361 – 1371

Estrategia negociadora empresarial por aplicación unilateral de incrementos salariales a cuenta de los que se pacten en convenios colectivos

Revista de Trabajo, núm. 73 (mayo 1985)

Págs. 182 – 187

La legitimación para negociar convenios colectivos

En “Comentarios a la nueva legislación laboral”, Editorial Tecnos, Madrid 1985

Págs. 167 – 174

La representatividad sindical

En “Comentarios a la Ley de Libertad Sindical”, Editorial Tecnos, Madrid 1986

Págs. 189 – 217

Tendencias y perspectivas de la negociación colectiva de empresa en España

Relaciones Laborales, núm. 11/1986

En colaboración con Antonio Martín Valverde

Págs. 11 – 36

Flexibilización de la jornada de trabajo. Normas legales y convencionales

Documentación Laboral, núm. 22 (mayo – agosto 1987)

Págs. 11 – 33

La intervención administrativa en el proceso de elección de los representantes de los trabajadores en la empresa

Temas Laborales, núm. 10–11 (enero – junio 1987)

Págs. 153 – 168

Conflictividad laboral y utilización de los medios de solución en Andalucía

En “Las relaciones laborales en Andalucía”, Instituto de Desarrollo Regional, Sevilla 1987

Págs. 215 – 238

Nueva regulación de las infracciones y sanciones en el orden social

Relaciones Laborales, núm. 13/1988

Págs. 9 – 23

Spain

Capítulo 10 de “Legal and contractual limitations to working-time in the European Community Member States”, Office for Official Publications of the European Communities/Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer (Holanda), 1988

Págs. 379 – 417

Jurisprudencia reciente sobre la actividad del comité de empresa

Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 36 (octubre – diciembre 1988)

Incumplimiento de la obligación de hacer en el contrato de trabajo

Revista Jurídica do Trabalho (Salvador – Brasil/Lisboa), núm. 5 (abril – junio 1989)

Págs. 621 – 632

Participación en beneficios

En “Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, vol. XIX, Editorial Francisco Seix, Barcelona 1989

Págs. 45 – 56

La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido

En “Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea”, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1990

Págs. 521 – 559

Derechos, obligaciones y garantías de los representantes unitarios en la función pública

En “Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública”, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 1990

Págs. 113 – 129

Spain

Número especial del “Bulletin of Comparative Labour Relations”, 19/1990: “Flexibility and Wages – A comparative Treatment”

Págs. 265 – 285

La duración de las vacaciones. Problemas de aplicación del artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores

Actualidad Laboral, núm. 28/1990

Págs. 323 – 336

Huelga y servicios esenciales de la comunidad

III Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Puebla (México), 1990

Págs. 147 – 178

Tendencias recientes de la jurisprudencia laboral

Derecho de los Negocios, núm. 6 (marzo 1991)

En colaboración con Joaquín García Murcia

Págs. 51 – 56

Concertación social y otras materias

Derecho de los Negocios, núm. 7 (abril 1991)

En colaboración con Joaquín García Murcia

Págs. 43 – 46

Estadísticas laborales

Derecho de los Negocios, núm. 10/11 (julio-agosto 1991)

En colaboración con Joaquín García Murcia

Págs. 43 – 49

El despido. Jurisprudencia reciente

Derecho de los Negocios, núm. 15 (diciembre 1991)

En colaboración con Joaquín García Murcia

Págs. 44 – 48

Jurisprudencia reciente en materia salarial

Derecho de los Negocios, núm. 24 (septiembre 1992)

Págs. 55 – 60

Elección, atribuciones y garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa: análisis de jurisprudencia reciente

Derecho de los Negocios, núm. 27 (diciembre 1992)

Págs. 32 – 36

Relación laboral y grupos de empresa en la jurisprudencia

X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Editorial Trotta, Madrid 1992

Págs. 136 – 142

La configuración anómala del contrato de trabajo: simulación, interposición, trabajo negro

En “Aspectos de la contratación laboral”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992

Spain

En “Temporary Work and Labour Law of the European Community and Member States”, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer (Holanda), 1993

Clases de salarios

En “El salario y las garantías salariales”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994

Págs. 45 – 72

La movilidad funcional del trabajador

Estudios de Jurisprudencia, Revista Colex, núm. 11 (mayo – junio 1994)

Págs. 155 – 165

Regulación legal y convencional de los ascensos

En “Homenaje al Profesor Juan García Abellán”, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1994

Págs. 361 – 38

La ordenación de la estructura salarial

En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García”, Marcial Pons, Madrid 1995

Págs. 287 – 302

Absorción y compensación salariales – Actas de la Inspección de Trabajo – Arbitraje laboral – Asamblea de trabajadores – Ascenso – Asociación empresarial – Canon de negociación colectiva – Centro de trabajo – Cierre patronal – Conflicto de trabajo – Convenio colectivo – Cuota sindical – Huelga – Inspección de Trabajo – Libertad sindical – Mediación – Negociación colectiva – Paga extraordinaria – Participación de los trabajadores en la empresa – Participación en beneficios – Salario – Sanciones administrativas – Sindicato

En “Enciclopedia Jurídica Básica”, Editorial Civitas, Madrid 1995

Aprox. 65 págs.

Nuevas relaciones ley – convenio colectivo

En “Reforma laboral y negociación colectiva. VII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1995

Págs. 31 – 58

Vigencia de los convenios colectivos (Comentario al artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores)

En “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Los nuevos convenios colectivos de trabajo: Puntos críticos”, tomo XII, vol. 2, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1995

Págs. 129 – 180

El nuevo reglamento de procedimiento para la imposición de sanciones en el orden social

Derecho de los Negocios, núm. 68 (mayo 1996)

Págs. 49 – 53

Jurisprudencia reciente en materia salarial

Derecho de los Negocios, núm. 70/71 (julio-agosto 1996)

Págs. 49 – 53

Representación y participación de los trabajadores en la empresa en materia de prevención

En “La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995”, Editorial Aranzadi, Pamplona 1996

Págs. 255 – 287

Representatividad sindical y negociación colectiva (1982–1995)

Temas Laborales, núm. 40/1996

Págs. 3 – 28

Aportación de la negociación colectiva a la regulación de las modalidades de contratación

Actualidad laboral, núm. 9/1997

Págs. 165 – 176

Spain

Cap. 13 de “Legal and Contractual Limitations to Working Time in the European Union”, 2a. ed. revisada y puesta al día, Office for Official Publications of the European Communities/Peeters Press, Lovaina (Bélgica) 1997

Págs. 603 – 640

Reflexiones en torno al régimen jurídico del despido improcedente

En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al Profesor Manuel Alonso Olea con motivo de su investidura como Doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela. Universidad de Santiago de Compostela, 1997

Págs. 205 – 212

Líneas jurisprudenciales sobre el cambio de titularidad de la empresa y sus efectos laborales

Derecho de los Negocios, núm. 85 (octubre 1997)

Págs. 45 – 52

Consulta y participación de los trabajadores en la seguridad y salud en el trabajo

En “La seguridad y salud en el trabajo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía/Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 1997

Págs. 139 – 154

Nueva Ley ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Derecho de los Negocios, núm. 89 (febrero 1998)

Págs. 51 – 59

Líneas principales de la jurisprudencia en materia salarial

Tribuna Social, núm 87 (marzo 1998)

Págs. 129 – 141

La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral

En “Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo”, Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales/Editorial Tecnos, Madrid 1999

Págs. 103 – 122

La legitimación para negociar colectivamente (En torno al artículo 87 ET)

En “El Estatuto de los Trabajadores veinte años después”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, Madrid 2000

Págs. 1525 – 1538

Salario y organización laboral de la empresa

Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 23 (2000)

Págs. 93 – 106

Los derechos de los extranjeros en España como trabajadores por cuenta ajena

En “El nuevo Derecho de extranjería”, Editorial Comares, Granada 2001

Págs. 75 – 95

La regulación de las relaciones laborales y su repercusión sobre el empleo

Fundación Cardenal Spínola, Sevilla 2002

34 págs.

El derecho a la participación en la empresa y en la Seguridad Social

En “Comentario e la constitución socio-económica de España”

Editorial Comares, Granada 2002

Págs. 699–718

El Instituto de Reformas Sociales en el origen de la Inspección de Trabajo

Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. extraordinario (2003)

Págs. 119 – 140

El derecho de reunión de los trabajadores en el marco de la libertad sindical

En “Derecho vivo del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor Fernando Suárez González”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Editorial La Ley, Madrid 2003

Págs. 249 – 267

Cambio y continuidad en el régimen jurídico del salario

Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 58 (XXV años del Estatuto de los Trabajadores), 2005

Págs. 41 – 55

Viejas y nuevas cuestiones en la obstrucción a la labor inspectora. El caso del teletrabajo

En “Primer centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2005

Págs. 447 – 469

Contenido y alcance de la acción sindical

En “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer”, La Ley Madrid 2006

Págs. 265 – 291

La ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas

Derecho del los Negocios, núm. 195 (noviembre 2006)

Págs. 41 – 45

Garantías jurídicas para el empresario ante la actuación sancionadora de la Inspección de Trabajo

Actualidad Laboral, núm. 6/2007

Págs. 684 – 701

Negociación colectiva sobre representación de los trabajadores en la empresa

Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm 68 (2007)

Págs. 137– 170

Elaboración y aplicación del plan de igualdad en la empresa

Actualidad Laboral, núm. 9/2008

Págs. 1073 – 1087

El comité de empresa, órgano de cooperación e instrumento de conflicto

En “El conflicto colectivo y la huelga”, estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez, Ediciones Laborum/Universidad de Vigo, Murcia 2008

Págs. 107 – 130

A propósito del vigente cuadro de enfermedades profesionales

En “Accidentes de trabajo y Mutuas”, La Ley, Madrid 2008

Págs. 245 – 258

Relaciones entre la estructura de la negociación colectiva y el contenido de los convenios

En “Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva”, XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2009

Págs. 663 – 580

Autonomía de la voluntad – Derecho Administrativo laboral – Sección sindical de empresa

En “Enciclopedia Jurídica básica Alfredo Montoya Melgar”, Civitas/Thomson, Pamplona 2009

Aprox. 12 págs.

Limitaciones legales a la libertad de las partes en los pactos de modalización del contrato de trabajo

En “Trabajo, contrato y libertad”, Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol, Universidad de Valencia, 2010

Págs. 479 – 489

La aplicación del convenio colectivo

Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 88 (2010)

Págs. 41 – 63

El significado laboral de la Constitución

En “La Constitución de 1978 y las relaciones de trabajo”, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias/Universidad de Oviedo, 2010

Págs. 19–37

3. PONENCIAS Y COMUNICACIONES

La Inspección de Trabajo y las relaciones colectivas de trabajo

Ponencia en las I Jornadas Técnicas del Cuerpo Nacional de Inspección de Trabajo. Ministerio de Trabajo, Madrid 1978

En colaboración con Fernando Valdés Dal-Re

Págs. 35 – 54

Representación de los trabajadores en las empresas

Ponencia española en el Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Washington 1982

Págs.

Organización y acción sindical en la Constitución

Comunicación al II Coloquio sobre Relaciones Laborales “El trabajo en la Constitución”, Universidad de Zaragoza, 1982

Págs. 147 – 153

Una aproximación a la negociación colectiva en la agricultura

Comunicación a las I Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1983

Págs. 265 – 274

Los Consejos de Trabajo y de Relaciones Laborales de Cataluña, País Vasco y Andalucía

Comunicación a las Jornadas de Estudio de la Dirección General de lo Contencioso del Estado “Organización Territorial del Estado”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1984

En colaboración con Antonio Martín Valverde

Págs. 1781 – 1811

El principio de no discriminación y la dote por matrimonio

Comunicación a las II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1985

Págs. 945 – 960

Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia laboral

Ponencia en las III Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Fundación Universitaria de Jerez, 1985

Págs. 181 – 215

Sobre la intervención del Orden jurisdiccional laboral en la solución de los conflictos colectivos

Comunicación a las IV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Consejería de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía, Sevilla 1986
Págs. 233 – 244

Sobre el contenido del deber de formación profesional del empresario

Comunicación a las V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1987
Págs. 177 – 192

Comisiones paritarias de convenios colectivos y competencia de la Jurisdicción del orden social

Comunicación a las VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 1991
Págs. 123 – 136

Funciones de los convenios colectivos de sector en la ordenación de la negociación colectiva

Comunicación a las IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Editorial Trotta, Madrid 1994
Págs. 39 – 48

Disponibilidad de mínimos legales por convenio colectivo

Comunicación a las XIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales “Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo”, Consejo Económico y Social, Madrid 1995
Págs. 89 – 100

Libertad sindical

Ponencia en las XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales “Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional”, Editorial Tecnos, Madrid 2001
En colaboración con Fernando Elorza Guerrero, Rosa Pérez Anaya y Estefanía Rodríguez Santos
Págs. 13 – 54

Derechos laborales fundamentales inespecíficos

Ponencia en las XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2002: Puntos críticos”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003
En colaboración con Fernando Elorza Guerrero
Págs. 93 – 131

La política de fomento del empleo de calidad

Ponencia en las XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales “Empleo y Mercado de trabajo: Nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales/Mergablum, Sevilla 2005

En colaboración con Fernando Elorza Guerrero, Cristina Blasco Rasero, Teresa Pérez del Río, María Cristina Aguilar Garzón, María José Cervilla Garzón y Carmen Ferradans Caramés

Págs. 11 – 74

Sobre la transferencia del sistema de Inspección de Trabajo a las Comunidades Autónomas

Comunicación en las XXVII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales “Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales/Mergablum, Sevilla 2008

Págs. 113 – 125

4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Trabajo a domicilio. Presunción de existencia del contrato de trabajo. Derecho al salario en caso de falta de trabajo

Revista de Política Social, núm. 96 (enero – marzo 1972)

Págs. 314 – 315

Personal al servicio de la Administración. Delimitación de la relación laboral frente a la relación jurídico-administrativa: criterios diferenciadores

Revista de Política Social, núm. 95 (julio – septiembre 1972)

Págs. 306 – 310

Pacto de salario global. Su legalidad. Conceptos salariales que pueden integrarse en el mismo. Conceptos que no pueden ser integrados y deben ser abonados por encima de la cantidad global concertada

Revista de Política Social, núm. 95 (julio – septiembre 1972)

Págs. 310 – 314

Contrato de trabajo: período de prácticas como becario en una empresa

Revista de Política Social, núm. 96 (Octubre – diciembre 1972)

Págs. 298 – 301

Contrato de trabajo: futbolista profesional; servicio doméstico; trabajo periodístico; traductor en agencia de noticias

Revista de Política Social, núm. 97 (enero – marzo 1973)
Págs. 242 – 247

Contrato de trabajo: intervención en operaciones de compraventa de una organización empresarial

Revista de Política Social, núm. 98 (abril – junio 1973)
Págs. 244 – 248

Concurrencia de normas de la Ordenanza laboral y del convenio colectivo: cuantía de las dietas por desplazamiento

Revista de Política Social, núm. 99 (julio – septiembre 1973)
Págs. 267 – 272

Trabajos de categoría superior: derecho al percibo de diferencias económicas

Revista de Política Social, núm. 100 (octubre – diciembre 1973)
Págs. 216 – 271

Contrato de trabajo: captación de clientes para una sociedad de inversiones; prestación de servicios médicos a la Cruz Roja; actividades de contratación de publicidad al margen de una relación laboral preexistente

Revista de Política Social, núm. 101 (enero – marzo 1974)
Págs. 356 – 362

Vacaciones anuales: imposibilidad de su compensación a metálico. Caducidad de la acción

Revista de Política Social, núm. 102 (abril – junio 1974)
Págs. 223 – 228

Contrato de trabajo: requisitos del artículo 1 de la Ley de Contrato de Trabajo. Caracterización de la figura del empresario

Revista de Política Social, núm. 103 (julio – septiembre 1974)
Págs. 290 – 296

Desobediencia a órdenes injustas del empresario: deber de sometimiento del trabajador y disciplina en la empresa

Revista de Política Social, núm. 104 (octubre – diciembre 1974)
Págs. 271 – 275

Suspensión de empleo y sueldo de trabajadores en huelga. Procedencia de la baja en Seguridad Social. Abono de la prestación de protección a la familia y de las vacaciones no disfrutadas

Revista de Política Social, núm. 111 (julio – septiembre 1976)
Págs. 215 – 220

Contrato de trabajo: significado y valoración del requisito de la dependencia

Revista de Política Social, núm. 112 (octubre – diciembre 1976)

Págs. 229 – 235

Contratos de trabajo de duración determinada transformados en contratos de duración indefinida: intervención del Jurado de Empresa

Revista de Política Social, núm. 113 (enero – marzo 1977)

Págs. 341 – 344

Conflict – Compulsory arbitration to settle disputes imperiling national health or safety – Impartiality of arbitrator appointed by the Government

En “International Labour Law Reports”, vol. 5, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Holanda) 1987

Págs. 370 – 375

Relation between statute and executive regulations – Penalties for offences against labour law – Nullity of Royal Decree No. 2347 of 4 December 1985 as contrary to the principle of legality enshrined in the Constitution

En “International Labour Law Reports”, vol. 7, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Holanda), 1989

Senior managerial staff – Exclusion from elections for workers’ representatives in undertaking – Not violation of freedom of association

En “International Labour Law Reports”, vol. 8, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Holanda), 1990

Freedom of association – Alleged discriminatory treatment of trade union branches which do not meet the requirement of section 10.1 of the Freedom of Association Act

En “International Labour Law Reports”, vol. 9, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Holanda), 1991

Legislative provisions on trade unions rights – Minimum standards – May not be diminished by collective agreement – Collective dispute: nature

En “International Labour Law Reports”, vol. 10, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Holanda), 1992

Instancia procesal única del procedimiento laboral, ejecución de sentencia y cosa juzgada material. Sobre las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial y la defensa de prescripción

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, vol. IX, Editorial Civitas, Madrid 1992

Págs. 499 – 507

Joint liability of group of companies – novation of employment contract – internal promotion to top management – extinction of contract at instance of employer – survival of ordinary employment relationship

En “International Labour Law Reports”, vol. 11, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Holanda), 1993

Págs. 136 – 143

Holidays with pay – purpose – remuneration – applicable law

En “International Labour Law Reports”, vol. 12, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Holanda), 1994

Págs. 163 – 167

Tutela judicial efectiva: sobre innecesariedad del acto de conciliación como presupuesto procesal para el restablecimiento de derechos fundamentales

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, vol. X, Editorial Civitas, Madrid 1994

Págs. 343 – 351

Suspensión por los Tribunales de las órdenes dictadas por la Administración con ocasión de la convocatoria de huelga general destinadas a garantizar la prestación de servicios mínimos

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, vol. XI, Editorial Civitas, Madrid 1994

Págs. 359 – 365

Sobre tutela judicial efectiva y su contenido: el principio de congruencia de las decisiones judiciales como relación entre lo pedido y lo resuelto

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, vol. XI, Editorial Civitas, Madrid 1994

Págs. 394 – 398

Derecho al recurso y tutela judicial efectiva: certificación de la Entidad Gestora de iniciación y continuidad de la prestación durante la sustanciación del recurso

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, vol. XI, Editorial Civitas, Madrid 1994

Págs. 664 – 668

Tutela judicial efectiva: incongruencia omisiva

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, vol. XI, Editorial Civitas, Madrid 1994

Págs. 669 – 673

Strike connected with social policy – Constitutionality – Notice of strike – Extent of requirement in case of national strike – Interest of social category

En “International Labour Law Reports”, vol. 13, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Holanda), 1995

Págs. 442 – 447

Sobre legitimación procesal del sindicato en función de su implantación en el ámbito del conflicto

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, vol. XII, Editorial Civitas, Madrid 1995

Págs. 409 – 41

Derecho a la excedencia forzosa reconocido exclusivamente a los trabajadores que ostenten cargos electivos en las organizaciones sindicales más representativas; principio de igualdad y contenido del derecho de libertad sindical

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, vol. XII, Editorial Civitas, Madrid 1995

Págs. 436 – 441

Effects of strike – no entitlement to compensatory rest-days for public holidays not worked because of strike

En “International Labour Law Reports”, vol. 14, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Holanda), 1995

Págs. 489 – 492

Derechos de actividad como parte del derecho de libertad sindical. Recogida de firmas por delegados sindicales en los locales de las empresa fuera de las horas de trabajo contra una propuesta de cambio de horario

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, vol. XIII, Editorial Civitas, Madrid 1996

Págs. 173 – 179

Freedom of association – infringement – grant of advantages to particular workers by reference to trade union membership

En “International Labour Law Reports”, vol. 15, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Holanda), 1997

Págs. 110 – 114

Compensation for dismissal resulting from the adjustment of employment levels – Nature and purpose – Amount – Compliance with statutory minima

En “International Labour Law Reports”, vol. 16, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya (Holanda), 1997

Págs. 336 – 341

Prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en despido colectivo por causas económicas: sobre su integración en el derecho de libertad sindical y admisibilidad de su renuncia

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, tomo XIV, Editorial Civitas, Madrid 1997

Págs. 299 – 305

Sobre la posible lesión del derecho de libertad sindical consecuencia de la declaración del sindicato como responsable civil subsidiario en un procedimiento penal con previsión de embargo de los bienes suficientes en caso de no constitución de la fianza correspondiente

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, tomo XV, Editorial Civitas, Madrid 1998

Págs. 45 – 53

Dismissal of workers’ representatives. Requirement of adversary requirements

En “International Labour Law Reports”, vol. 17, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya (Holanda), 1998

Págs. 458 – 463

Denegación de prestación por desempleo a trabajador de dirección. Falta de aportación de certificado de comienzo del pago. Exigencia de aportación de una única sentencia contradictoria a efectos del recurso de unificación de doctrina

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, tomo XVI, Editorial Civitas, Madrid 1999

Págs. 176 – 185

De nuevo sobre la exigencia de aportación de una única sentencia contradictoria a efectos del recurso para la unificación de doctrina

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, tomo XVI, Editorial Civitas, Madrid 1999

Págs. 215 – 217

Trade unions; legal requirements to be considered as “most representative”; trade unions legally entitled to bargain certain agreements

En “International Labour Law Reports”, vol. 18, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya (Holanda), 2000

Págs. 390 – 401

Vulneración del derecho de tutela judicial efectiva: sentencias contradictorias de órganos de la Jurisdicción social y de la Jurisdicción contencioso-admini-

nistrativa cuando la segunda procede en contra de la intangibilidad de la situación constituida por la primera

En “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social, tomo XVII, Editorial Civitas, Madrid 2000
Págs. 280 – 286

5. PRÓLOGOS DE MONOGRAFÍAS

Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores, CES, Madrid, 2000. Autor: Fernando Elorza Guerrero

La familia en el Derecho de la Seguridad Social, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003. Autora: Cristina Blasco Rasero

La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Autora: Estefanía Rodríguez Santos

Derechos de libertad sindical y principio de igualdad, CARL, Sevilla, 2009. Autora: Esther Carrizosa Prieto

6. COORDINACIÓN DE OBRAS COLECTIVAS

Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 2001. En colaboración con Fernando Elorza Guerrero

Aspectos problemáticos del ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa, Editorial Tecnos, Madrid, 2011. En colaboración con Esther Carrizosa Prieto

7. REPERTORIOS DE LEGISLACIÓN

Leyes Sociales de España

Colección Medina y Maraón, Instituto Editorial Reus, Madrid 1968
En colaboración con Manuel Alonso Olea y otros
2170 págs.

Legislación laboral

Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975
En colaboración con Antonio Martín Valverde y José Rodríguez de la Borbolla
730 págs.

Legislación laboral, 2a. edición

Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976

En colaboración con Antonio Martín Valverde y José Rodríguez de la Borbolla
724 págs.

Código de la legislación de Seguridad Social

Editorial Civitas, Madrid 1977

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Federico Durán López
1239 págs.

Legislación laboral. Apéndice

Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977

En colaboración con Antonio Martín Valverde
106 págs.

Legislación laboral y de Seguridad Social

Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Federico Durán López
538 págs.

Legislación laboral y de Seguridad Social

Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1980

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Federico Durán López
615 págs.

Legislación laboral y de Seguridad Social

Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1982

En colaboración con Antonio Martín Valverde y Federico Durán López
688 págs.

La intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social cuenta en nuestro país con una larga tradición desde que a finales del siglo XIX se produjeron las primeras actuaciones de dicha naturaleza. Lógicamente, dicha intervención ha ido evolucionando con el transcurrir de los años y las transformaciones que ha experimentado el Estado español. El advenimiento de la vigente Constitución, la realidad autonómica, y los nuevos planteamientos sobre el papel a desempeñar por las Administraciones Públicas en el desarrollo de las relaciones laborales y en la gestión del sistema de Seguridad Social, han determinado una distinta percepción de la finalidad que debe cumplir la intervención pública.

Presisamente la presente monografía ve la luz con la intención de enriquecer el debate sobre la función actual y futura de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social, y todo ello desde una perspectiva de largo recorrido que tiene también en cuenta la evolución histórica de este tipo de intervención. En ese sentido, el lector podrá encontrar dieciocho aportaciones realizadas por distintos profesores universitarios, unas de carácter más general, otras de naturaleza más concreta, que en definitiva intentan dar respuestas a muchos de los interrogantes presentes y futuros que plantea este tipo de intervención en pleno siglo XXI.

Los autores quieren rendir con este trabajo su personal homenaje al Profesor Dr. D. Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, con motivo de su jubilación como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

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



97 884694 41008



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO