

#### ESTUDIOS

Reforma Social y Ética en Economía Política: La Teoría de Gustav Schmoller

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

El desarrollo reglamentario y convencional de la Ley de la Subcontratación en el sector de la Construcción

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

Prevención de riesgos laborales y complementos de peligrosidad, toxicidad y penosidad

ANA MORENO MÁRQUEZ

La situación laboral-contractual del agente de desarrollo local como factor limitador de los efectos de su actividad: Una propuesta de clasificación

RICARDO CALVO PALOMARES

#### MERCADO DE TRABAJO

Las mutuas de accidentes de trabajo en el sistema de Seguridad Social español

Análisis trimestral sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (2.º Trimestre 2007)

SANTOS RUESGA BENITO

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

LAURA PÉREZ ORTIZ

#### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

##### RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Almería

La defraudación de cuotas de Seguridad Social mediante la simulación de dietas en el sector de la construcción y derivación de la responsabilidad subsidiaria a la empresa principal

MANUEL GÁMEZ OREA

##### PRESTACIONES FAMILIARES

Universidad de Córdoba

Pensión de viudedad: separación matrimonial

JULIA MUÑOZ MOLINA

##### INCAPACIDAD PERMANENTE

Universidad de Granada

La accidentada evolución de la doctrina del paréntesis en la incapacidad permanente declarada judicialmente

SOFÍA OLARTE ENCABO

##### JUBILACIÓN PARCIAL Y ANTICIPADA

Universidad de Huelva

La jubilación parcial y anticipada del personal estatutario de los servicios de salud

JOSÉ MANUEL DE SOTO RIOJA

##### EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

¿Resulta posible establecer la jubilación forzosa del trabajador por acuerdo o pacto de empresa?

FERNANDO ELORZA GUERRERO

#### RESEÑA DE LEGISLACIÓN

ORDEN de 26 de junio de 2007, por la que se establecen las Bases Reguladoras de la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo del Programa Unidades de Empleo de Mujeres (UNEM) y se efectúa la convocatoria para el año 2007

ORDEN de 29 de junio de 2007, por la que se modifica la de 8 de febrero de 2006, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social

ORDEN de 27 de julio de 2007, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas para la formación de trabajadores mediante contratos programa, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía

ORDEN de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía

ORDEN de 26 de julio de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a mujeres y empresas de mujeres para el Fomento y Mejora empresarial, y se efectúa su convocatoria para el año 2007

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

93

TEMAS LABORALES

2008



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejería de Empleo

# TEMAS LABORALES



93/2008

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL







---

# TEMAS LABORALES

---

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

93

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo

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



## CONSEJO DE REDACCIÓN

### PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

### VOCALES

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

### COMITÉ DE REDACCIÓN

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

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

### SECRETARIO

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

Suscripciones y distribución:

Editorial Comares, Polígono Juncaril, C/. Baza, 2parcela 208, 18220 Granada

Tel.: 958 46 53 82 • Fax: 958 46 53 83 • <http://www.comares.com>

[mazuecos@comares.com](mailto:mazuecos@comares.com)

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

DISEÑO: Manuel Jesús Jiménez López

DEPOSITO LEGAL: SE-1.077/96

I.S.S.N.: 0213-0750

Imprime: EDITORIAL COMARES



**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**N.º 93/2008**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

- |  |     |
|--|-----|
| Reforma Social y Ética en Economía Política: La Teoría de Gustav Schmoller .....   | 11  |
| JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ  |     |
| El desarrollo reglamentario y convencional de la Ley de la Subcontratación en el sector de la Construcción .....   | 77  |
| FCO. JAVIER CALVO GALLEGO  |     |
| Prevención de riesgos laborales y complementos de peligrosidad, toxicidad y penosidad .....  | 125 |
| ANA MORENO MÁRQUEZ   |     |
| La situación laboral-contractual del agente de desarrollo local como factor limitador de los efectos de su actividad: Una propuesta de clasificación . . | 157 |
| RICARDO CALVO PALOMARES  |     |

**2. MERCADO DE TRABAJO**

- Las mutuas de accidentes de trabajo en el sistema de Seguridad Social español

Análisis trimestral sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (2.º Trimestre 2007) . . . . .	173
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO	
LAURA PÉREZ ORTIZ	

### 3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

<b>RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEGURIDAD SOCIAL</b>	
Universidad de Almería	
La defraudación de cuotas de Seguridad Social mediante la simulación de dietas en el sector de la construcción y derivación de la responsabilidad subsidiaria a la empresa principal . . . . .	211
MANUEL GÁMEZ OREA	

<b>PRESTACIONES FAMILIARES</b>	
Universidad de Córdoba	
Pensión de viudedad: separación matrimonial . . . . .	227
JULIA MUÑOZ MOLINA	

<b>INCAPACIDAD PERMANENTE</b>	
Universidad de Granada	
La accidentada evolución de la doctrina del paréntesis en la incapacidad permanente declarada judicialmente . . . . .	237
SOFÍA OLARTE ENCABO	

<b>JUBILACIÓN PARCIAL Y ANTICIPADA</b>	
Universidad de Huelva	
La jubilación parcial y anticipada del personal estatutario de los servicios de salud . . . . .	253
JOSÉ MANUEL DE SOTO RIOJA	

<b>EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO</b>	
Universidad Pablo de Olavide	
¿Resulta posible establecer la jubilación forzosa del trabajador por acuerdo o pacto de empresa? . . . . .	271
FERNANDO ELORZA GUERRERO	

### 4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

ORDEN de 26 de junio de 2007, por la que se establecen las Bases Regulatoras de la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo del Programa Unidades de Empleo de Mujeres (UNEM) y se efectúa la convocatoria para el año 2007 . . . . .	302
BOJA núm. 134, de 9 de julio	



Índice

7

ORDEN de 29 de junio de 2007, por la que se modifica la de 8 de febrero de 2006, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social ..... 315  
BOJA núm. 139, de 16 de julio

ORDEN de 27 de julio de 2007, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas para la formación de trabajadores mediante contratos programa, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía ..... 317  
BOJA núm. 158, de 10 de agosto

ORDEN de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía ..... 336  
BOJA núm. 161, de 16 de agosto

ORDEN de 26 de julio de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a mujeres y empresas de mujeres para el Fomento y Mejora empresarial, y se efectúa su convocatoria para el año 2007 ..... 346  
BOJA núm. 176, de 6 de septiembre

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





1

---

# Estudios







# REFORMA SOCIAL Y ÉTICA EN ECONOMÍA POLÍTICA: LA TEORÍA DE GUSTAV SCHMOLLER

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Granada

## EXTRACTO

La *Verein für Sozialpolitik* («Asociación para la Política Social»), impulsada principalmente por Gustav Schmoller, fue uno de los más importantes círculos de pensamiento europeo donde cristalizaron las grandes propuestas de reforma social. La promulgación de una legislación sociolaboral contribuiría a la integración de las clases trabajadoras en un sistema establecido «revisado». La idea de los intelectuales «socialistas de cátedra» (integrados en dicha Asociación) era introducir una praxis de tipo reformista, reconduciendo al espacio político el tratamiento y posible solución de los conflictos sociales, aunque ese proyecto sólo pudo ser parcialmente conseguido, por las limitaciones que venían impuestas por un sistema constitucional de «monarquía social» esencialmente autoritario y restrictivo del normal funcionamiento pluralista del régimen parlamentario. La nueva escuela histórico-económica alemana, defendió una concepción ética de la economía política en sus relaciones con la moral y el Derecho: los hechos económicos deben ser considerados desde el punto de vista de la ética.

Pensaban que el desarrollo del proceso de modernización conduciría a un mayor papel del Estado en lo que se refiere a la organización del sistema de necesidades sociales, de manera que el Estado no sólo tendría una misión defensiva del orden existente, sino también positiva y reformadora al promover, a través de instituciones, el bienestar de todas las personas que integran la comunidad política. Era necesario organizar una transición del paradigma de Estado liberal «restringido» al Estado social. Esta forma de Estado pretendería socializar el riesgo y establecer garantías sociales para mejorar la condición de las clases trabajadoras. Se trataba de nuevas técnicas de gobernabilidad política y de «ingeniería social» desde la lógica de la integración político-jurídica. La actividad estatal y la regulación pública de actividades económicas reflejan la *institucionalización de una moralidad colectiva*. El Estado es concebido como la institución moral de la sociedad y de la educación de la humanidad. La escuela histórica alemana, especialmente los grandes teóricos G. Schmoller y A. Wagner, ejercieron una pronta influencia en nuestro país.

## ÍNDICE

1. LA «ESCUELA HISTÓRICA NUEVA» Y LA POLÍTICA DE REFORMA SOCIAL
2. LA CIENCIA DE LA ECONOMÍA POLÍTICA. LA POLÉMICA SOBRE EL MÉTODO (*METHODENSTREIT*)
3. BASES DOCTRINALES DE LA CONSTITUCIÓN SOCIO-ECONÓMICA DEL ESTADO SOCIAL INTERVENCIONISTA: LA INFLUENCIA DE GUSTAV SCHMOLLER

«Las cuestiones sociales serán la característica de nuestro tiempo y del siglo próximo. Esta vieja cuestión llama con más fuerza que nunca a las puertas de la sociedad: cómo pueden conciliarse el interés individual y el interés general, la libertad y la justicia, la posesión y el trabajo, la condición aristocrática de los poderosos y de los ricos y la condición democrática de las masas»

Gustav Schmoller <sup>1</sup>

## 1. LA «ESCUELA HISTÓRICA NUEVA» Y LA POLÍTICA DE REFORMA SOCIAL

Gustav Schmoller (Heilbronn 1837- Band Harzburg 1917), fundó la «Escuela Histórica Nueva» (o «Joven Escuela Histórica»), cuyas investigaciones supusieron un avance tremendo en cuanto a precisión de nuestro conocimiento del proceso social <sup>2</sup>. Fue profesor en las Universidades de Halle (1864-1872), Estrasburgo (1872-1882) y, finalmente, en Berlín (1882-1913). Schmoller ha sido verdaderamente el más importante y el más influyente economista alemán de la segunda mitad del siglo XIX <sup>3</sup>. Tras la muerte de Schmoller en 1917, algunos miembros de la *Verein für Sozialpolitik* («Asociación para la Política Social») que él había impulsado buscarían refugio en el nacionalismo autoritario en confluencia con las tendencias que más adelante desembocarían en la formación del nacionalsocialismo <sup>4</sup>. Pero a Schmoller no se le puede acusar de esta derivación político-ideológica. Schmoller llevaría a cabo toda una labor investigadora <sup>5</sup> y de impulso de la

<sup>1</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, edición y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2007, pág. 255.

<sup>2</sup> SCHUMPETER, J.A.: *Historia del análisis económico*, Barcelona, trad. Manuel Sacristán, Ediciones Ariel, 1971, págs. 887-888.

<sup>3</sup> Véase PRIDDAT, B.P.: «Gustav von Schmoller: L'économie comme moralité institutionnalisée», en BRUHNS, H. (dir.): *Histoire et économie politique en Allemagne de Gustav Schmoller à Max Weber. Nouvelles perspectives sur l'école historique de l'économie*, París, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2004, pág. 53.

<sup>4</sup> Véase la semblanza de VELARDE FUERTES, J.: «Gustav von Schmoller (1836-1917)», en DOMINGO, R. (ed.): *Juristas Universales*, vol. III, Barcelona, Marcial Pons, 2004, págs. 448 a 452.

<sup>5</sup> Véase SCHMOLLER, G.: *Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre*, Munich/Leipzig, Duncker & Humblot, 1905-1908, 2 vols.; *Kleine Schriften zur Wirtschaftsgeschichte, Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik*, Munich/Lepzig, Duncker & Humblot, 1985-1987, 6 vols.

reforma social. Para él los fundamentos de la economía política exigen su puesta en relación con los principios del Derecho y de la justicia social. Debe atender a «la cuestión a la orden de día desde el punto de vista social», que en su época no era otra que «la lucha de ciertas aspiraciones ideales de justicia y de moral, ya se presenten bajo una forma precisa o vaga, ya sean prematuras o no, con los principios de la economía política tradicional y las exigencias de las clases capitalistas, que quieren ante todo no ser perturbadas en su tranquilidad»<sup>6</sup>. Schmoller no creía —ni lo pretendía— que pudiera encontrarse un concepto de justicia absoluta y definitiva; la justicia es siempre «justicia histórica»; así, lo que se puede aspirar, en cada momento, es al hallazgo de los «justo histórico» atendiendo a las exigencias imprimidas por la civilización en cada etapa de la historia. Cabe aspirar, pues, a una *justicia relativa* en sentido histórico, la que puede ser sentida, percibida y alcanzable como tal<sup>7</sup>. En relación a ello, la dimensión histórica de la aproximación es siempre esencial.

Su perspectiva de reforma social y de la economía política al servicio de una transformación social ordenada del sistema liberal la hizo compatible con su ideario monárquico, expresando su conformidad explícita con el Estado de los Hohenzollern, llegando a aprobar «el restablecimiento del imperio alemán y su lucha contra las tendencias antidinásticas del ultramontanismo y de la democracia-socialista, y tanto más —continúa— me siendo obligado a testimoniar, con la más absoluta libertad, lo que considero como legítimo en el movimiento actual del cuarto estado, lo que, según mi opinión, puede tan sólo asegurar el desenvolvimiento ulterior de nuestras instituciones liberales, quiero decir la *reforma social*». Su planteamiento es particularmente lúcido en defender la reforma precisamente para evitar la revolución político-social: «Sólo conservando una numerosa clase media, elevando a un grado superior de civilización a nuestras clases inferiores, y aumentando sus ingresos, es cómo podremos escapar de la evolución política

<sup>6</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, edición y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2007, Prólogo, pág. 6. También su ensayo «La cuestión social en el Estado Prusiano», publicado en los *Preuss. Jahrbücher*, vol. XXXIII, págs. 323 a 342.

<sup>7</sup> Para él la justicia es una virtud del hombre, y consiste en el hábito constante del hombre de conformar sus actos al ideal que denominamos lo justo. Ahora bien, «en la realidad no es posible encontrar lo justo en sí, ni lo justo absoluto, como no es posible tampoco encontrar el bien absoluto. Lo justo es siempre un ideal al que la realidad se aproxima, pero al que no llegará jamás. Este juicio moral por el que se establece que un acto o que la manera de obrar de un hombre es justa, no significa jamás sino que tal acto o que tal manera de obrar, están conformes con un ideal de justicia. Un acto determinado podrá quizá estar conforme con este ideal, pero el hombre todo entero, la sociedad toda entera y su manera de obrar, no podrán hacer jamás otra cosas que aproximarse a él». Cfr. SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., pág. 176.

que nos traería alternativamente la dominación del capital y la del cuarto estado. La reforma social sólo puede mantener en el Estado prusiano las tradiciones que la han hecho grande; ella es la única que puede mantener a la cabeza del Estado la aristocracia de la civilización y de la inteligencia; y ella sola nos garantizará para el porvenir, en el interior del imperio reconstituido, un estado de salud en armonía con su poderío y su esplendor»<sup>8</sup>.

Es así manifiesto que el ideario político-social de Schmoller se puede formular como la realización efectiva de una monarquía de reforma social, que entronca, pero sin confundirse con ella, con la propuesta que antes había realizado Lorenz von Stein, con su propuesta explícita de una «monarquía de la reforma social» capaz de asegurar el bienestar del pueblo. No se olvide que para Stein el Estado constituye un organismo de actividad espiritual, y en cuanto reflejo de la unida social personifica es la instancia idónea para llevar a cabo las reformas sociales y económicas. En la república de los intereses recíprocos deben garantizarse nuevos equilibrios entre las clases, y para ello el Estado de Derecho debe dotarse de una administración de la reforma social, que al tiempo conduciría hacia la idea del «Estado Administrativo». La administración social debería de contribuir a resolver la cuestión social mediante la formación de un capital (capital social) para las clases no poseedores («clases desposeídas»). A tal fin debe desplegarse una política social de protección de los trabajadores y tutela administrativa. La organización de los seguros sociales (para él, instituciones de derecho público y elemento de gestión político-administrativa del trabajo) se inserta en esa lógica, reconociendo en su implantación un importante instrumento de conciliación entre las clases<sup>9</sup>. La promulgación de una legislación laboral contribuiría a la integración de las clases trabajadoras («clases desposeídas») en el sistema establecido.

A ese fin Schmoller propició la creación de la *Verein für Socialpolitik*, cuyo primer Congreso se celebró en Eisenach (otoño de 1872), y la tendencia política que el mismo dio en llamar «partido de la reforma social». La denominación (originariamente peyorativa, pero aceptada por Schmoller) de

<sup>8</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., Prólogo, págs. 6-7.

<sup>9</sup> Véase GURVITCH, G.: *La idea del derecho social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Edición y Estudio Preliminar, «La idea del «Derecho Social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch», Granada, Ed. Comares, 2005, págs. 575 y sigs., y GOZZI, G.: *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1988, cap. I («Los orígenes del Estado social en Alemania: Lorenz von Stein»), págs. 15 y sigs. También, LÓPEZ-AMO, A.: *El poder político y la libertad. La monarquía de la reforma social*, Madrid, Rialp, 1957; GONZÁLEZ VICENT, F.: «Lorenz von Stein: una teoría de la revolución», en la revista *Sistema*, núm. 63 (1984); GRACIA PELAYO, M.: «La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein», en *Obras Completas*, vol. III, Madrid, CEC, 1991.



«socialismo de cátedra» aludía ya en sí al carácter moderado de la propuesta concretada, en términos generales, en la defensa de una intervención directa del Estado en la regulación de los problemas sociales y la organización jurídica de la economía de mercado. Él mismo trata de delimitar su idea de un socialismo de cátedra, entendido, más allá de la propuesta de la socialdemocracia, como esa intervención planificadora del Estado en los asuntos económicos y sociales. En efecto, arguye: «que no somos más socialistas que Blanqui y Sismondi, John Stuart Mill y Thünen, Hildebrand y Lorenz Stein, que todos los economistas ingleses modernos (Cliffe Leslie, J.M. Ludlow, Beesly, Crompton, Harrison), que el economista belga Emilio Laveleye. Sabéis que nuestro socialismo se limita a declarar que las críticas del socialismo son en parte justificadas cuando combaten el dogma del individualismo absoluto y la legitimidad perfecta del egoísmo, cuando pretenden introducir los principios de la moral y del derecho en la economía política. Sabéis que desde hace años no hemos cesado de decir en todos los tonos que «el que nos llama sin aprensión socialistas, puede ser acusado de ignorante o de embustero»<sup>10</sup>. En este orden de ideas entiende que la organización social en cada etapa histórica puede mejorar la situación de las clases más desfavorecidas («clases inferiores»), siendo así posible el progreso de la sociedad. Por ello considera que los grandes progresos de la humanidad empiezan por la duda, y se manifiestan por una protesta contra el dogmatismo tradicional. Estos autores, tan diferentes entre sí, parten sin embargo en muchos casos de puntos de vista análogos a los defendidos por Schmoller, aunque, en cierto sentido, van aún más allá que el *Verein für Social politik*.

La desigualdad, estima Schmoller, no es un hecho natural invariable, sino que es debida en gran parte a causas históricas, sobre las cuales puede obrar el hombre: la civilización y la moral están llamadas a dominar la naturaleza. El Estado debe intervenir para dar impulso a la actividad social. E incluso se mostraba partidario de una incorporación del trabajo en las tareas del Estado: una estructura administrativa del trabajo en la que fuesen representados paritariamente los intereses de las diversas clases. Schmoller prevé —y se muestra favorable a ello— el desarrollo de organizaciones obreras en uniones corporativas y, sucesivamente, la formación de procedimientos y decisiones conjuntas con las organizaciones empresariales, especialmente a través de los tribunales arbitrales industriales y de los organismos

<sup>10</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., pág. 16. Pone especial énfasis en apartarse de las corrientes propiamente socialistas, de la socialdemocracia alemana: «Yo me pregunto si de la atmósfera moral e intelectual que extiende el materialismo y otras teorías malsanas en el proletariado, no son las clases elevadas tan responsables como el mismo proletariado...» (Ibid., pág. 20).

de conciliación. Los trabajadores deberían estar representados en ellos del mismo modo que los empresarios. La concepción corporativa —muy extendida en la época— había sido defendida desde puntos de vista organicistas también por A. Schäffle, que confluyó en la etapa de madurez con el socialismo de cátedra. La función conciliadora aparece en su pensamiento como institución que une en un organismo unitario las uniones corporativas de las dos clases en lucha y que constituirá la clave del desarrollo de nuevas formas corporativas de la vida industrial <sup>11</sup>. La situación de lucha (inherente a la cuestión social obrera) podría ser, así, desplazada por nuevas condiciones *institucionales* de la paz social. La idea era introducir una praxis de tipo reformista, reconduciendo al espacio político el tratamiento y posible solución de los conflictos sociales, aunque ese proyecto sólo pudo ser parcialmente conseguido (la legislación socio-laboral tuvo sin duda un efecto anestésico, y tranquilizador, para las clases desposeídas, que ahora disponían de ciertos derechos sobre una «propiedad social» —«capital social»— y otros derechos de desmercantilización relativa de las condiciones de trabajo), por las limitaciones que venían impuestas por un sistema constitucional de «monarquía social» esencialmente autoritario y restrictivo del normal funcionamiento pluralista del régimen parlamentario. Bismarck se apoyó expresamente en la teoría de Lorenz von Stein sobre la «monarquía social», la monarquía de la reforma social. También en las propuestas de la «Asociación de Política Social» (integrada por miembros de adscripción ideológica heterogénea). El objetivo fundamental de su política social fue reforzar la seguridad del Estado y el mantenimiento del régimen monárquico. Su apuesta por el intervencionismo público en la cuestión social, su llamado «socialismo de Estado»; sólo tenía como objetivo instrumental necesario para esa «razón de Estado» el bienestar de los trabajadores. La política de seguros sociales era, en lo principal (pues no significa que no concurrieran otras motivaciones), un mecanismo de conservación del Estado autoritario. Se sitúa fuera de la lógica de lo que después sería el Estado social democrático contemporáneo. En todo caso, defendieron, igualmente, la legitimidad de una regulación jurídico-pública de las relaciones económicas y sociales, correctiva de las deficiencias intrínsecas de los mecanismos autorreguladores del mercado «económico» y «laboral».

Defiende Schmoller, y su nueva escuela histórico-económica, una concepción ética de la economía política en sus relaciones con la moral y el Derecho: la función nueva que atribuimos al Estado no es más que un sín-

<sup>11</sup> Véase SCHMOLLER, G.: «Arbeitseinstellungen und Gewerkvereine», en *Schriften des Vereins für Sozialpolitik. Verhandlungen der Eisenacher Versammlung zur Besprechung der sozialen Frage, am. 6. und 7. October 1872*, Leipzig, 1873, págs. 78 a 95.

toma que pone en evidencia la distinta concepción que tenemos de las relaciones de la economía política con el Derecho y la Costumbre sobre la base de la intervención reguladora en materia económica y social. Para él, los hechos económicos deben ser considerados desde el punto de vista de la ética, a pesar de ser un orden técnico. La vida económica es vista a la luz de la conciencia ética. Él entiende que en la comprensión radical del ser humano está siempre presente la dimensión ética y práctica. Por eso, su economía política crítica, desde la historia y la facticidad, se propone la meta de insertar los fenómenos económicos en la existencia humana. Su ética histórico-económica mira hacia el pasado y hacia el futuro, intentando comprender lo que nos pasa en el presente. En el fondo, afirma, todas las actividades económicas individuales tienen, aparte de un aspecto técnico, un aspecto o dimensión moral. La economía no es tecnología; investiga, eso sí, ante todo las relaciones de las economías particulares entre sí con el conjunto; y se cuida tan sólo de hechos cuyo aspecto técnico, si no prescinde de él completamente, deben sobre todo sus rasgos distintivos, su forma y su dirección a la costumbre, al Derecho y a la ética<sup>12</sup>. La realidad económica, y también la ciencia que la tiene por objeto, *no tienen una existencia en sí misma, tienen que atender a un horizonte más abierto, interdisciplinar*.

Su visión del Derecho es la propia de un *historicismo crítico*: «La organización económica de cada pueblo no es en suma otra cosa que el régimen económico de vida que... encuentra su principal expresión en las reglas morales, en las costumbres y en el derecho económico de cada pueblo. Y no se aplica ni esencial ni exclusivamente a las grandes instituciones económicas *que son al propio tiempo instituciones jurídicas...*, sino que en todas las cuestiones orgánicas de segundo orden, en las que no conocemos derecho positivo que las regule, toda situación económica que persiste, se basa en ciertas reglas que se convierten en costumbres»; y añade, que «toda demanda no es más que una parte de la historia concreta de las costumbres de un pueblo y de una época determinada». No debe confundirse el historicismo jurídico y de la vieja escuela histórica de la economía con el enfoque historicista de Schmoller y de su «joven escuela histórica de la economía». Schmoller no pretendía alcanzar una teoría científica del desarrollo histórico que sirviera de base para la «predicción histórica»<sup>13</sup>; no era

<sup>12</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., págs. 30-31 y 39 y sigs.

<sup>13</sup> Unos de los centros de la crítica severa de Popper al historicismo era precisamente se había de «rechazar la posibilidad de una historia teórica; es decir, de una ciencia histórica y social de la misma naturaleza que la física teórica. No puede haber una teoría científica del desarrollo histórico que sirva de base para la predicción histórica». Cfr. POPPER, K.R.: *La miseria del historicismo*, Madrid, Alianza, 2002, pág. 12. También lo obra de POPPER, K.R.: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, 1957.

esa su meta, sino más bien que la historia sirviera para comprender el presente y ayudar, a través de la experiencia histórica acumulada, a transformar la realidad socio-económica de su tiempo. No le preocupaba tanto la predicción o la «profecía» histórica, como facilitar la articulación de una política práctica. Además, el proceso histórico no puede estar determinado sino por la acción de un amplio conjunto de factores; no puede sostenerse una teoría simple de la evolución histórica. No creía en el descubrimiento de «leyes históricas» a través de procedimientos análogos a los de las ciencias físicas (fue, ésta, la pretensión de Auguste Comte)<sup>14</sup>. En sus propuestas definidas de reforma social no seguía una suerte de determinismo historicista, sino un típico enfoque de *ingeniería social*, cuya racionalidad era finalista, pues se trataba de precisar los pasos constructivos que hay que realizar para alcanzar determinados resultados prácticos. Reivindicaba ese carácter ingenieril de las ciencias sociales (incluidas la economía y la sociología) al servicio de fines prácticos. Le movía esa concepción del fin práctico de las ciencias sociales. La idea de ingeniería social le permitía delimitar objetivos, planear, construir instituciones, proponer medidas, con la finalidad de controlar y transformar situaciones o acontecimientos sociales. Lo cual implica una actitud activista frente al orden social y económico. El ingeniero social utiliza los conocimientos científicos y sociales de que dispone para obtener resultados prácticos<sup>15</sup>. La atención a las fuerzas históricas son un elemento más a tener en cuenta entre el cúmulo de factores determinantes. Su tarea es reconstruir, manejar y mejorar las instituciones sociales existentes y, en su caso, proyectar la creación de otras nuevas y más ajustadas a los fines de «modelación social» que se persiguen. Schmoller trataba de poner los conocimientos históricos, económicos y sociológicos al servicio un programa de intervenciones estatales que permitieran transi-

<sup>14</sup> Se ha subrayado que para Schmoller «la idea comtiana era la encarnación misma del «error naturalista», e imposturas las leyes históricas de Comte. No hay en su obra la menor huella de influencia comtiana». Cfr. SCHUMPETER, J.A.: *Historia del análisis económico*, Barcelona, trad. Manuel Sacristán, Ediciones Ariel, 1971, pág. 889. La idea de una «física social» era un rasgo constitutivo del pensamiento de Comte, y que como tal se aleja decididamente de la visión Schmolleriana de las ciencias sociales. Basta reparar en las obras de COMTE, A.: *Primeros ensayos*, México, FCE, 2001; *Plan de los trabajos científicos necesarios para reorganizar la sociedad*, Estudio Preliminar de Dalmacio Negro, Madrid, Tecnos, 2000, y *La filosofía positiva*, Estudio introductorio de F. Larroyo, México, Ed. Porrúa, 1997. Sobre su pensamiento puede consultarse NEGRO PAVÓN, D.: *Comte: Positivismo y Revolución*, Madrid, Cincel, 1987.

<sup>15</sup> La figura y función del ingeniero social fue extraordinariamente relevante en el estudio y tratamiento de la cuestión social. Véase TOLMAN, W.H.: *La Obra del ingeniero social*, Prefacios de M. Lavasseur y de A. Carnegie, traducción y adaptación del inglés al francés por Pedro Janelle i del francés al español por Quintín López, Tarrasa, Talleres Gráficos de Salvatella y Cia, 191-¿?

tar de la modernización liberal restringida a la modernización liberal organizada por el Estado social. Las ciencias sociales han de utilizar sus respectivos métodos a fin de realizar aportaciones analíticas para resolver los problemas de la sociedad. Según Schmoller la economía política es siempre a la vez un elemento del modelaje de la naturaleza por el hombre y un elemento de la cultura por la sociedad organizada. La preocupación por la ética en economía y el problema social se tradujo igualmente en la propuesta de un programa científico-social. Frente a la aproximación abstracta —deductiva— dominante en su época, defendían una teoría económica sobre fundamentos realistas, que a través del método inductivo atendiese más a las exigencias de la realidad histórica. En esta perspectiva, la histórica económica aparecía como una precondition necesaria para la elaboración de una teoría construida sobre bases más realistas. En ellos se conjuga la economía ético-histórica nacional y la regulación político-jurídica para la reforma social. En este sentido la Asociación de Política Social era el instrumento institucional de una investigación en ciencias sociales que permitiría crear las condiciones óptimas para una política social conducida precisamente por las indagaciones científicas. Schmoller y Adolf Wagner pensaban que el desarrollo del proceso de modernización conduciría a un mayor papel del Estado en lo que se refiere a la organización del sistema de necesidades sociales, de manera que el Estado no sólo tendría una misión defensiva del orden existente, sino también positiva y reformadora al promover, a través de instituciones, el bienestar de todas las personas que integran la comunidad política. El Estado social alemán debería ser el «gran asegurador». Ahí se dirigirían las reformas que proponían y proyectaban los integrantes de la joven escuela histórica alemana de economía política. No participan de la creencia de que el cambio social podía ser previsto porque está regido por una ley inmutable. Por otra parte, el método de observación histórica no tenía por finalidad descubrir una «ley del progreso» inherente a la condición humana. Trataban de entender la sociedad moderna y proponer soluciones a los problemas que dicha sociedad planteaba. El intento no era artificial, obedecía a procesos de cambio que se ya estaban gestando en la modernidad a finales del siglo XIX y que desembocaron en la sociedad de masas o sociedad industrial, con la aporía que representaba una modernidad liberal organizada como sociedad del mercado y el recrudecimiento de la cuestión social como problema central de la política. Se comprendió que era necesario imprimir un giro cualitativo que situara a la modernidad liberal restringida en una nueva fase integradora de todos los miembros de la sociedad. La cuestión social remitía a la incapacidad del orden político-social de satisfacer las necesidades de los individuos. La cuestión social se desplazó desde el ámbito económico al campo de la política institucional. A finales del siglo XIX se tenía la convicción de que se estaba ante una crisis de la modernidad liberal, con el fin de la utopía liberal del libre mercado autorre-

gulador <sup>16</sup>. Era necesario organizar una transición del paradigma de Estado liberal restringido al Estado social. Esta forma de Estado pretendería socializar el riesgo y establecer garantías sociales para mejorar la condición de las clases trabajadoras. Se trataba de nuevas técnicas de gobernabilidad <sup>17</sup> política y de ingeniería social desde la lógica de la integración.

Toda *cuestión obrera* depende de las costumbres a mantener tales o cuales o a aumentar ciertas necesidades de la existencia. Por ello mismo la resolución de una cuestión cualquiera de la organización económica concreta, que es lo que persigue la reforma social, exige preguntarse cómo la costumbre y el Derecho han modificado las tendencias psicológicas esenciales en el pueblo de que se trate, pues de lo contrario esa reforma será un vano intento de transformación del orden social. Pero en esto hay condicionamiento, pero no determinismo, pues los hechos materiales no imponen una organización económica absolutamente necesaria y determinada. *No hay un orden natural en la economía política* <sup>18</sup>, en el sentido que se daba a estas palabras antiguamente, y por esto es igualmente falso pretender que los hechos económicos son moralmente indiferentes en sus consecuencias. Schmoller viene a poner en cuestión un supuesto típico de la modernidad, a saber: la absoluta autonomización de lo económico; la idea de que la esfera económica es autónoma respecto a la esfera político-social y jurídica, afirmando la primacía de lo económico sobre lo político social; que lo económico sea representado como «natural», es decir, como exclusivamente dependiente de la relación necesaria del hombre con la naturaleza en sí. La autonomía de lo económico sobre la que se sostiene la modernización liberal, como fue representada por el liberalismo individualista, sino el resultado de una deliberada decisión político-jurídica encaminada a configurar un nuevo orden económico <sup>19</sup>. Cuestionada la «naturalidad» de la economía, es

<sup>16</sup> Véase POLANYI, K.: *La gran transformación*, Madrid, La Piqueta-Eds. Endymion, 1989; RONSAVALLON, P.: *Le capitalisme utopique. Critique de l'idéologie économique*, París, Seuil, 1979. Una perspectiva de conjunto en WAGNER, P.: *Sociología de la modernidad. Libertad y disciplina*, Barcelona, Herder, 1997, págs. 113 y sigs.

<sup>17</sup> Véase FOUCAULT, M.: «Governmentality», en *Ideologie and Conciousness*, núm. 6 (1979), págs. 5 a 21.

<sup>18</sup> Basta reparar en esta afirmación (que se opone en sí frontalmente al postulado del «laissez faire») para comprender la fuerte conexión entre el pensamiento de Schmoller y la escuela institucionalista en economía, que ha tenido un lugar especialmente relevante en Estados Unidos con autores como Veblen, Commons, y Polanyi, como se indicará después. Según Schmoller, uno de los errores del socialismo proviene del desprecio que, según él, siente por el aspecto formal de las instituciones jurídicas y económicas. Desconoce la naturaleza específica, la técnica del derecho formal. No ve claro que la economía necesita tener la base de un derecho técnicamente acabado (Ibid., pág. 74).

<sup>19</sup> Véase la crítica lúcida que formulara POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, presentación y traducción de J. Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid,

posible y legítima la intervención el poder público (Derecho de la economía) en la economía sin limitarse supuestamente a garantizar el orden natural del mercado. Por tanto, la economía en su desenvolvimiento no puede autonomizarse de un necesario control político y social. Toda organización económica determinada no tiene solamente por objeto producir riquezas, sino ser el receptáculo, la causa productora, la matriz de los factores morales sin los que la sociedad no sabría vivir. En esa nueva visión antropológica (que querría ir más allá, superándola, la antropología del individualismo liberal), entiende que en toda división del trabajo, en todo reparto de renta, se debe preguntar si ésta concuerda con una educación adecuada de las nuevas fuerzas obreras, si actúa sobre el trabajo, sobre la economía, sobre la responsabilidad personal, sobre la vida familiar, de tal suerte que el progreso esté asegurado y que las fuentes del bienestar futuro no se agoten. La mayor parte de los mecanismos de funcionamiento de la economía depende de la moral del derecho y del estado de civilización de nuestra época<sup>20</sup>. De ahí su programa de acción orientado por unas ciencias sociales fundadas sobre categorías éticas y apoyado en estudios histórico-económicos analíticos. De ahí que la cuestión social vinculada a la generalización de las forma capitalistas de producción y la intensificación del proceso de industrialización, exigen nuevos modos de regulación jurídico-política de la economía y de la

---

Ediciones de la Piqueta-Eds. Endymión, 1989. También MONEREO PÉREZ, J.L.: «La organización jurídico-económica del capitalismo: el Derecho de la economía», en Estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. J. Quero Morales, Granada, Ed. Comares, 2000.

<sup>20</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., págs. 43 y sigs.; y también su obra, *Die Soziale Frage*, München, Duncker & Humblot, 1918. Observa que el Derecho basado en las convicciones morales ha tenido en el curso de la civilización cada vez mayor influencia en el reparto de las rentas, y hoy en día ésta tiene como principales factores: los hábitos de todas clases, las ideas morales, y por último el derecho». Ello enlaza con la teoría de la justicia distributiva (Ibid., pág. 49), desarrollada en págs. 61 y sigs. («La propiedad y el principio de justicia distributiva»). Sobre la cuestión social, véase TÖNNIES, F.: *El desarrollo de la cuestión social*, Madrid, Ed. Labor, 1927. TÖNNIES, recibiría también la influencia de Schmoller y de la escuela histórica de la economía, pero mantendría algunas diferencias significativas con ella, criticando la división capitalista del trabajo y la desintegración comunitaria que habían propiciado los procesos de individualización de ese modo de producción y la dominación absoluta del capital sobre el trabajo asalariado. Puede consultarse al respecto TÖNNIES, F.: *Comunidad y Asociación. El comunismo y el socialismo como formas de vida social*, Barcelona, Eds. Península, 1979 (de próxima publicación en Editorial Comares). Pone de relieve el triunfo del individualismo posesivo e insolidario de la tradición del liberalismo originario. Sobre el individualismo posesivo y su proyección en la organización de las relaciones socio-económicas, puede consultarse MACPHERSON, C.B.: *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Editorial Laia, Barcelona, 1970; DUMONT, L.: *Homo aequalis*, vol. I: *Génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, Taurus, 1982; BARCELONA, P.: *El individualismo propietario*, trad. M. Maresca, Madrid, Trotta, 1996.

relaciones entre el capital y trabajo: se impone una legislación social que regule las condiciones del contrato libre de trabajo<sup>21</sup>. El enfoque de Schmoller partía de un Estado social intervencionista, pero que dejara un amplio margen de operatividad a la iniciativa privada y al mercado. De ahí su alejamiento del «socialismo estatal» o «estatalismo» estricto (su «socialismo de cátedra» era intervencionismo público y cobertura de la iniciativa privada; no suponía socialización de los medios de producción y sustitución del mercado, sin dirección pública de la economía y corrección del funcionamiento de los mercados). Se comprende, pues, la defensa de una función tutela del Estado y de su acción positiva encaminada a producir seguridad social en tanto que bien público tutelado para todos los ciudadanos y con carácter obligatorio. El Estado ha de garantizar la seguridad institucional de las personas y de las instituciones económicas. Las instituciones socio-económicas, como los seguros sociales, deberían contribuir a resolver el problema social, pero también debería ayudar a construir nuevos modelos de comportamiento racionales en los actores socio-económicos. La economía ética representaba un programa para una economía abierta y justa garantizada en su desenvolvimiento por las instituciones públicas. El Estado asume una función positiva, tutelar, en cuando productor de seguridad social como bien público bajo tutela. En este sentido la actividad estatal y la regulación pública de actividades económicas reflejan la *institucionalización de una moralidad colectiva*<sup>22</sup>. El Estado, a partir de una ética de la responsabilidad, aparece como un inversor en capital humano, tanto en lo que se refiere a los seguros sociales como la apuesta por la educación de los ciudadanos y por un criterio de justicia social que confiriera a los trabajadores una parte del crecimiento de la productividad en un contexto de progreso técnico. Para ello debería trascender de los intereses específicos de las distintas clases sociales en presencia en la sociedad industrial<sup>23</sup>. De ahí que la

<sup>21</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., pág. 55. Sobre la defensa de la reforma social racionalizadora del orden existente sobre la base de una colaboración entre las distintas ciencias sociales, véase BRUCH, R. von.: «Gustav Schmoller entre science sociale et réforme sociale», en BRUHNS, H. (dir.): *Histoire et économie politique en Allemagne de Gustav Schmoller à Max Weber. Nouvelles perspectives sur l' école historique de l' économie*, París, Éditions de la Maison des sciences de l' homme, 2004, págs. 39 y sigs., y extensamente, THOMAS, S.: *Gustav Schmoller und die deutsche Sozialpolitik*, Düsseldorf, Hans-Böckler-Stiftung, 1995; BUSS, M.: *Von Schmollers wissenschaftlichem. Denken zu seinen sozialpolitischen Engagement*, Francfort (Main) Wien, Lang, 2001, y la completa bibliografía en ellas citada.

<sup>22</sup> Véase PRIDDAT, B.P.: «Gustav von Schmoller: L' économie comme moralité institutionnalisée», en BRUHNS, H. (dir.): *Histoire et économie politique en Allemagne de Gustav Schmoller à Max Weber. Nouvelles perspectives sur l' école historique de l' économie*, París, Éditions de la Maison des sciences de l' homme, 2004, págs. 53 y sigs.

<sup>23</sup> El análisis de la relación entre ética y económica, valoraciones económicas y filosofía moral, es persistente en la historia del pensamiento económico, y actualmente adquiere una

economía ética y regulada públicamente (resultado de una alianza entre la ética y la economía) refiere a un programa para una economía del desarrollo garantizada por las instituciones. Encontraba las condiciones principales de la futura paz social en el acceso a la propiedad y en la elevación del nivel de formación, educación, de los trabajadores. Una actividad estatal dirigida a evitar la miseria de las masas de población asalariada (las «clases desposeídas») y la concurrencia ilimitada sujeta a la ley de la fuerza, a la ley del más fuerte (Lujo Brentano insistiría más en la estrategia de encaminada a reforzar las organizaciones obreras por el derecho social, poniendo en el acento en el reconocimiento en los derechos de asociación, de huelga y de negociación colectiva). El método realista de observación daría cuenta de los resultados del proceso de institucionalización político-moral que no aparece en virtud de leyes naturales, sin como reflejo de causas objetivos y de acciones conscientes de la sociedad organizada. Para Schmoller no se puede negar la influencia de las instituciones jurídicas sobre las relaciones sociales y sobre las económicas, de manera que el Derecho es una instancia *modeladora* de la estructura económica. En el período, la cuestión social es, ante todo, la cuestión social obrera. El problema social se convierte en tarea central del Estado, el cual debe asumir una función protectora del trabajo. La legislación estatal ha de garantizar el principio de justicia redistributiva frente a la concepción individualista de las instituciones sociales y del funcionamiento de economía. Es a este propósito donde reclama la autoridad de filósofos sociales como Ahrens (krausista eminente). El alcance de su teoría de la justicia distributiva es tal que es considerada por el propio Schmoller como «principio rector de las reformas sociales» (la teoría de la justicia redistributiva se enmarcaba en una propuesta de revisión del liberalismo individualista, como puede comprobarse en Hobhouse y su análisis de la evolución del pensamiento político del liberalismo y su giro hacia el Nuevo «liberalismo social») <sup>24</sup>. Es preciso distinguir entre el

---

especial proyección desde planteamientos a menudo próximos al institucionalismo o neoinstitucionalismo económico. Véase BOULDING, K.: «La economía como una ciencia moral», en *Crítica a la Ciencia Económica*, Buenos Aires, Periferia, 1972; SEN, A.: *Sobre ética y economía* (1987), Madrid, Alianza, 1989; *Nuevo examen de la desigual* (1992), Madrid, Alianza, 1995; *Bienestar, justicia y mercado* (1985-1995), Barcelona, Paidós, 1997; *Desarrollo como libertad* (2000), Barcelona, Planeta, 2000; FONTELA MONTES, E. y GURZMÁN CUEVAS, J. (Coords.): *Economía ética y bienestar social*, Madrid, ediciones Pirámide, 2003; GARCÍA MARZÁ, D.: *Ética empresarial*, Madrid, Ed. Trotta, 2004. Reflexiones de interés en una perspectiva más general, HIRSCHMAN, A.O.: *Las pasiones y los intereses*, Barcelona, Eds. Península, 1999, y KOSLOWSKI, P.: *La Ética del Capitalismo*, Madrid, Rialp, 1997.

<sup>24</sup> Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los fundamentos del liberalismo social y sus límites: L.T. Hobhouse», Estudio preliminar a HOBHOUSE, L.T.: *Liberalismo*, Granada, Ed. Comares, 2007. Hobhouse (como lo fue Emilio Durkheim o Adolfo Posada) identificó la crisis de la mo-

fin y los medios. La forma del derecho es el medio, pero la justicia es el fin del derecho<sup>25</sup>.

Para Schmoller todos los conflictos sociales se relacionan con la injusticia económica («La cuestión social y el Estado prusiano»). Su solución sólo puede producirse a través de una alternativa: la revolución o la reforma social. En su opinión, «el mal estriba en no plantear la cuestión, en no ver la necesidad de las reformas y preparar de este modo la revolución, o sea el brusco rompimiento con el pasado, el furor de la pasión que no respeta nada, el desprecio brutal de todo derecho formal. La revolución es siempre un juego de azar insensato, en el que se pierde siempre más que se gana, en el que la bala va más allá del blanco. A la revolución sucede siempre la reacción, con frecuencia más cruel y más terrible que aquélla. Pero no hay revolución absolutamente necesaria, ni absolutamente inevitable. *Toda revolución podría evitarse con una reforma oportuna. Y todo el progreso en la historia consiste en hacer reformas en lugar de revoluciones*». El Estado debe tener «constantemente fija la mirada en la reforma social, a fin de evitar con mayor seguridad la revolución y la reacción que viene detrás»<sup>26</sup>. Este enfoque constituía un verdadero lugar común entre los reformadores de los países desarrollados del período entre los dos siglos. Para él la reforma social «consiste en restablecer la buena armonía entre las entre las clases sociales, en hacer desaparecer o en aminorar la injusticia, en aproximarse lo posible al principio de la justicia distributiva y en establecer una legislación social que favorezca el progreso, que garantice el levantamiento material y moral de las clases inferiores y medias». Frente a la revolución, la reforma social es gradual en la implantación de los cambios. Las reformas no pueden suponer un cuestionamiento de las instituciones económico-jurídicas del capitalismo: «El Estado no puede ni siquiera imponer súbitamente y por su propia autoridad una media de reforma social, tal como un cambio en la legislación de fábricas, una modificación en el derecho de sucesión, o en los impuestos; no puede tampoco tocar a un principio, aun cuando se trate de la libertad industrial o de la libertad de coalición. Esto es completamente en un gobierno constitucional». Pero la reforma no debe ser su-

---

dernidad liberal y se comprometería intelectual y políticamente en la revisión del liberalismo clásico y en su transformación como Nuevo liberalismo social. El Estado social podía afrontar la solución de la cuestión social que se había convertido en una amenaza para la estabilidad del orden social mediante una extensión del concepto de justicia social. En una dirección muy similar se situaría *después* el gran ensayo de MARSHALL, T.H.: *Ciudadanía y clase social* (1950), en MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T.: *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

<sup>25</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., págs. 61 y sigs., y pág. 199.

<sup>26</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., págs. 98-99.

perfidial. El progreso social se ha de conseguir mediante reformas graduales, que permitirán encarrilar las justas reivindicaciones en las vías de una prudente reforma social: porque el riesgo está precisamente en ese despertar de las fuerzas populares, en ese desencadenamiento de pasiones que puede resultar de cada agitación. «Es preciso combatir con la mayor energía los errores de la democracia socialista, pero es preciso también apoyar *sus justas reivindicaciones*». Ello exige un plan social, de manera que junto a la implantación de una constitución de la fábrica es preciso establecer un sistema de seguros sociales<sup>27</sup>. La Sociedad de Política Social precisamente había tratado de hacer progresar la ciencia con sus reuniones y estudios orientados hacia la acción reformista. La Sociedad de Política Social no se propone tanto establecer y enseñar una nueva teoría social y política, como triunfar de la hostilidad que alimenta la opinión pública frente a las reformas sociales reclamadas desde hace largo tiempo por la ciencia y prontas a ser entregadas a los partidos del justo medio para su realización<sup>28</sup>. En el Congreso de Eisenach en 1872, se aprueba el manifiesto redactado por Schmoller en el cual se concebía al Estado como la institución moral de la sociedad y de la educación de la humanidad<sup>29</sup>. En él se defendía la intervención del Estado con un programa de reformas sociales y económicas de envergadura. Esto es, una política social que hiciera frente a la cuestión social. La Asociación para la Política Social rechazaba el dogmatismo de la escuela neoclásica, de ahí su crítica a la abstracción analítica, la importancia del sistema institucional en la regulación de la actividad económica, la relevancia de la investigación histórica e institucional en la economía, y la afirmación

<sup>27</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., págs. 154-155, y pág. 109.

<sup>28</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., pág. 170. Se ha señalado que en vista de la confusión reinante entre el liberalismo social alemán, se hizo necesario darle una cierta unidad. La *Verein fuer Sozial-politik* tenía un carácter demasiado académico y carecía de grupos locales. Por eso se creó en 6 de enero de 1901 la *Gesellschaft fuer Soziale Reform*, domiciliada en Berlín y presidida por el antiguo ministro Dr. Earon von Berlepsch. Es a la vez sección alemana de la Asociación Internacional para la protección legal de los trabajadores, y contiene también miembros del partido del centro y corifeos de Stoecker. Tenía un gran número de grupos locales y celebraba Congresos (Colonia, 1902; Mainz, 1904; Berlín, 1906). Sus órganos eran la revista semanal *Social Praxis*, dirigida por el Dr. E. Francke, de Berlín, y los *Schriften der Gesellschaft fuer Soziale Reform* (Fischer Jena, publicando un elevado número de cuadernos). Véase HERKNER, E.: *La cuestión obrera*, traducción de la 6.ª edición alemana por Faustino Ballvé, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1916, págs. 341-342.

<sup>29</sup> Ese énfasis en la educación era compartida por la tradición krausista, y muy en particular por el krausismo español, porque toda reforma del orden social debería suponer una transformación de los individuos para llegar a la transformación del Estado, pero también se imponía la transformación del Estado para que éste ayudase a la transformación de los individuos. Cfr. GÓMEZ MOLLEDA, M.ª D.: *Los reformadores de la España contemporánea*, Madrid, CSIC, 1966, capítulos XII («Pedagogía y política»)-XIII («Política y pedagogía»), págs. 419 y sigs.

de que la ciencia histórica de la economía tenía que servir a través de estudios concretos para otorgar una base científica a las políticas de reforma social.

Su visión de la sociedad y de la misma economía es básicamente organicista: se puede definir la economía nacional como «el conjunto organizado unitariamente de las economías individuales y corporativas que existen en un Estado, ya estén yuxtapuestas o superpuestas, comprendiendo entre ellas la economía financiera del Estado. Este conjunto lo consideramos como el sistema unitario de las instituciones y de los arreglos económicos y sociales (nación, pueblo), ha creado con la palabra *Volkswirtschaft* un nombre colectivo a la vez que individual. Comprendiendo bajo este término las economías particulares de todo un pueblo, demuestra por lo mismo que todas estas economías forman entre sí una agrupación que puede y debe considerarse tan real como la familia, el Municipio y el Estado». La palabra *Volk* (*nación*) significa un conjunto de individuos que hablan la misma lengua, y que les une una comunidad de cultura. Hay en cada nación un conjunto de sentimientos, de ideas comunes, que forman lo que llamamos el espíritu nacional (*Volkgeist*); este conjunto encuentra su expresión en la comunidad de costumbres, de aspiraciones, de voluntades; preside a toda su actividad y hasta a su actividad económica. A esa unión que resulta de la división del trabajo y del comercio bien a añadirse una unión jurídica y organizadora por el hecho de la comunidad del derecho económico y de las instituciones económicas públicas: una misma política comercial, industrial, agrícola, un mismo sistema de impuestos, de tarifas, de aduanas, de hacienda, un mismo sistema monetario y un mismo sistema de crédito público, una deuda pública nacional y comercial, un ejército, una escuela pública, una asistencia pública del Estado, una organización..., etc. Todas estas instituciones dominan actualmente todas las economías individuales mucho más que en otras épocas, y hacen de cada uno un miembro dependiente de la «economía nacional»<sup>30</sup>. La conclusión es coherente con esa argumentación: «Calificar la economía nacional de *organismo*, a imagen del cuerpo humano, es una cuestión secundaria desde el momento que no se trata más de una analogía, de una imagen, que a veces da las cosas mismas... El punto constantemente difícil es considerar la economía nacional como un todo, descubrir las causas reales de la unidad. En suma, se trata de comprender por qué razón los hombres, para la satisfacción de sus necesidades y de sus instintos, desde luego, y en apariencia, puramente individuales, se reúnen en grupos más o menos extensos, y directamente en parte y en parte indirectamente, trabajan en común bajo la forma del cambio. Así la cuestión social y política funda-

<sup>30</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., págs. 231-232.

mental de saber lo que une y lo que separa a los hombres, y qué causas influyen en la forma de los grupos sociales, está en el centro mismo de los estudios económicos, del mismo modo que es el punto de partida de todas las ciencias sociales y políticas»<sup>31</sup>. En realidad, una de las aportaciones de Schmoller y de la escuela histórica nueva es el esfuerzo de comprensión de la dimensión cultural de los fenómenos económicos, especialmente en la fase álgida de proceso de industrialización.

## 2. LA CIENCIA DE LA ECONOMÍA POLÍTICA. LA POLÉMICA SOBRE EL MÉTODO (*METHODENSTREIT*)

Schmoller, fundador de la Escuela historicista de la economía, mantuvo una famosa controversia sobre el método, con Carl Menger (1840-1921)<sup>32</sup>, fundador, a su vez, de la llamada Escuela Austria de economía<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., págs. 233-234.

<sup>32</sup> Opositor de gran prestigio y talla intelectual innegable fue Carl Menger. Véase la interesante «Introducción» de Friedrich A. Hayek a la obra clásica de MENER, C.: *Principios de economía política*, Barcelona, Ediciones Folio, 1996, págs. 15 a 41. Es oportuno hacer notar que Carl Menger era hermano del celebre jurista Anton Menger, y colega de su hermano Carl en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. Éste último tenía una visión distinta a su hermano ya que fue el fundador del llamado *socialismo jurídico, de orientación no marxista, pero con la pretensión de reformar el sistema jurídico y la forma Estado en una Derecho Social y en un Estado democrático-social del trabajo*. En el programa mínimo de reformas socio-económicas inmediata a adoptar estaba bastante próximo a algunas propuestas de los socialistas de cátedra a los cuales se oponía su hermano economista. Sobre el puede consultarse su obras principales: *El derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, y edición y Estudio Preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 1998, *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del trabajo*, edición y Est. prel., de J.L. Monereo Pérez, 2004; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Anton Menger*, voz de la obra *Juristas Universales. Juristas del siglo XIX*, vol. II, ed., Rafael Domingo, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, págs. 478 a 494. No se olvide que el liberalismo individualista se ha basado en un capitalismo utópico, este no es otro que el de la sociedad de mercado autorregulada, donde el mercado es representado como el nuevo arquetipo de representación de lo social (la representación de la sociedad civil como mercado), de manera que la política ya no sería la encargada de gobernar la sociedad, sino el mercado. Esa utopía de la sociedad de mercado aparece inseparable de las otras dos utopías. La primera es la de un reino del derecho que podría servir de segundo sustituto al orden político del conflicto y de la negociación. Representa el otro aspecto de la utopía de la regulación que subyace al concepto moderno de mercado. La segunda es una utopía antropológica, a saber: la de un mundo moral y social compuesto de puros individuos, absolutamente autónomos y soberanos amos de sí mismos. Esto se puede denominar el «liberalismo absoluto» que ha de articularse de modo lógico en torno de esta triple coherencia interna utópica. Véase ROSANVALLON, P.: *Le capitalisme utopique. Critique de l'ideologie économique*, Paris, Éditions du Seuil, 1979, espec., págs. 63 y sigs., y 208 y sigs., *passim*.

<sup>33</sup> Sobre Carl Menger, por cierto hermano de Anton Menger, véase STREISSLER, E.W. y STREISSLER, M. (ed.): *Carl Menger on economic policy: the lectures to Crown Prince Rudolf*

Carl Menger era un firme defensor del liberalismo económico y en coherencia con ello había puesto de relieve lo que, a su entender, eran efectos negativos de la intervención estatal sobre el espíritu de iniciativa y la autosuficiencia de los agentes económicos<sup>34</sup>. Carl Menger sostuvo una concepción optimista respecto al progreso económico, llegó a elaborar su propia teoría del progreso económico, basada en el conocimiento tecnológico y del sistema de necesidades y de los mecanismos para satisfacerlas a través de los bienes económicos disponibles<sup>35</sup>.

Schmoller había sido el fundador de la Escuela historicista en economía («nueva escuela histórica»). Sus presupuestos eran historicistas (un historicismo no radical, ni extremo), y en esa dirección suponía una revuelta contra el racionalismo de la ilustración. Nótese el entronque con la escuela histórica del Derecho, marcada precisamente por el historicismo y el romanticismo jurídico. No obstante esas conexiones, es preciso señalar que la llamada «Nueva escuela histórica de economía» mantuvo diferencias significativas con el historicismo clásico<sup>36</sup>. Realzaba la naturaleza específica de cada situación histórica concreta, y la modulación que ofrecía el hecho nacional. Esta escuela ejerció un predominio en las universidades alemanas. Schmoller ocupó la cátedra de Berlín desde 1882 hasta su retiro en 1913. Por ello se oponía al universalismo y a su pretensión de que era posible deducir, de un conjunto de principios generales, reglas dotadas de validez en todos los tiempos y lugares. La Escuela de Schmoller era especialmente reticente, como se indicó más arriba, a la elaboración de deducciones teóricas abstractas. Tampoco, como se indicó, creía en una separación radical y absoluta entre la economía política y las leyes y las instituciones y costumbres (conexión que después defendería también la escuela institucionalista

---

*of Austria*, Aldershot, Edward Elgar, 1994; CALDWELL, B.J. (ed.): *Carl Menger and his legacy in economics*, Durham, Duke University Press, 1990; ALTER, M.: *Carl Menger and the origins of Austrian economics*, Boulder, Westview Press, 1990. Sobre la controversia sobre el método, y una valoración más ponderada de las aportaciones de la escuela histórica en economía frente a los fundamentos de la escuela austriaca de economía, puede consultarse PEUKERT, H.: «The Schmoller Renaissance», en *History and Political Economy*, núm. 33 (2001), págs. 71 a 116, y STREISSLER, E.W.: «The influence of German Economics on the work of Menger and Marshall», en CALDWELL, B.J.: *Karl Menger and his Legacy in Economic*, Londres, Duke University Press, 1990, págs. 32 a 68.

<sup>34</sup> MENER, C.: *Principios de economía política*, Madrid, 2.ª ed., Unión Editorial, 1997.

<sup>35</sup> MENER, C.: *Principios de economía política*, cap. IV, epígrafe 11.6.

<sup>36</sup> SAVIGNY, M.F.C. DE.: *Sistema del Derecho Romano Actual*, Prólogo de Manuel Durán y Bas, Edición y Estudio Preliminar de J.L.Monereo Pérez, «El pensamiento jurídico de Savigny», Granada, Editorial Comares, 2005. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «Ciencia del derecho en Savigny», Estudio Preliminar a SAVIGNY, M.F.C.: *Tratado de la posesión*, Granada, Ed. Comares, 2005, en particular págs. XXXIV-VI.

en los Estados Unidos, como es el caso de Thorstein Veblen, y John Rogers Commons —1862-1945— e institucionalistas posteriores como Karl Polanyi). Para la nueva escuela histórica la economía política era una ciencia empírica. Se pretendía realizar investigaciones empíricas coordinadas que permitiera fundamentar teorías sólidas en economía. La creación de la Asociación o Sociedad de Política Social llevaría a cabo una intensa labor de análisis de la realidad económica, desde un enfoque historicista. Pero, además, dicha Sociedad de estudios orientó sus investigaciones hacia la política de reforma social, apoyada sobre estudios económicos empíricos. Defendía un intervencionismo del Estado, promulgando una legislación laboral y sistema de seguros sociales, que garantizase la paz social al mismo tiempo que el progreso económico en una sociedad más estable e integrada. Schmoller, había tratado de afrontar un emergente capitalismo postliberal, lo que después sería calificado, desde el socialismo de la Escuela de Frankfurt de Friedrich Pollock, como «capitalismo Estado», esto es, una forma de organización política de la economía, de manera que el Estado tiende a desplazar al mercado como determinante central de la vida social sobre la base de una racionalidad técnica que delimita, y acota, los espacios de las relaciones mercantiles. Característica del capitalismo organizado por el Estado es la sustitución de lo económico por la esfera política: El Estado como instancia de organización de la economía. El Estado intervencionista surgió como una respuesta política a las disfuncionalidades del orden económico del capitalismo liberal. Pretendía garantizar políticas de racionalización y de protección del trabajo asalariado, desarrollando las fuerzas productivas, pero al propio tiempo manteniendo los pilares fundamentales de la estructuras del sistema del capitalismo<sup>37</sup>. El mercado es dirigido a través de la planificación del Estado, con lo cual éste no se sujetaría a una lógica histórica imprevisible, pues el desarrollo histórico sería un tipo de desarrollo conscientemente regulado, y hasta ciertos límites, ordenado. Schmoller no se situaba en ningún momento fuera del sistema del capitalismo, sino en la perspectiva nueva de la modernidad de la instauración de un capitalismo postliberal, dotado de un Estado orientado a intervenir y controlar el proceso económico. Defendía la conexión entre ciencia y política, siendo tarea de la «Verein für Sozialpolitik», fundada en 1872 en Eisenach) llevar a la práctica un proyecto de reforma social, marcando caminos para la acción política. Sus propuestas —especialmente en materia de seguros sociales— servirían objetivamente de inspiración a la política intervencionista de Bismarck, que la utilizó unilateralmente para garantizar la seguridad del Estado autoritario (revestido con la forma de una monarquía social en el Esta-

<sup>37</sup> Véase POLLOCK, F.: «State Capitalism», en *Studies in Philosophy and Social Science*, núm. 9 (1941), págs. 203-207.

do parlamentario). No obstante, Schmoller puede coincidir con la política social bismarckiana, pero disenta respecto de la legislación represiva que impedía a los socialistas estar representados en el parlamento. Pensaba en una monarquía parlamentaria con una plena representación de las clases en el parlamento como condición para la integración política dinámica de los conflictos socio-económicos y de su misma legitimación social. Por tanto, y a pesar de las diferencias con Bismarck, a él también le movía una razón de Estado. En esto la coincidencia es significativa.

Ese plan de intervencionismo público de carácter social y de regulación directiva (en cierto sentido «débil» también autoritaria) de la economía fue aducido como justificación de la denominación inicialmente peyorativa de «socialismo de cátedra» (esa denominación procede de Oppenheim). Los socialistas de cátedra (*Kathedersozialisten*), defenderían esa programación de leyes sociolaborales y de control del funcionamiento de la economía (subvenciones a las industrias nacionales y apoyo a las exportaciones, aranceles a las importaciones, regulación por ley de la jornada y condiciones de trabajo, desmantelamiento de las grandes propiedades y apoyo a la propiedad directa de la tierra por parte de los pequeños campesinos, y difusión de la propiedad estatal); y, en el caso, ante todo de Schmoller y de Wagner (aunque también de Schäffle, uno de los más decididos defensores del seguro social obligatorio), confiaban en la autoridad estatal de la monarquía prusiana para conseguirlo. En su opinión el Estado es la gran institución moral de sociedad y como tal debe llevar a cabo una racionalización de los procesos económicos e intervenir en la cuestión social con un programa de reforma social nacional. Como institución ética permitiría superar los intereses egoístas de clase, neutralizando la lucha entre las clases. La visión de los socialistas de cátedra, con Schmoller y Wagner a la cabeza, era, pues, de carácter ético-económico (la economía política era para ellos una ciencia ética); y ello se proyectó tanto en el ámbito de la teoría económica como en el campo propio de la sociología donde acabaron por poner cimientos importantes<sup>38</sup>. Schmoller ejerció una influencia extraordinaria en la ciencia social alemana y extranjera. El desarrollo de la sociología es deudor de las aportaciones de Schmoller. En efecto, su actitud de carácter ético-social, su interés por las grandes cuestiones sociopolíticas de su tiempo, así como su espontánea inclinación histórica, iluminan en su doctrina eco-

<sup>38</sup> Basta reparar en la preferencia por los enfoques sociológicos en los teóricos de la escuela que partían de la interdependencia de las distintas ciencias, y en el hecho de que Durkheim, el gran fundador de la sociología, recibió, como observará más adelante, una penetrante influencia de los socialistas de cátedra, que él tradujo en términos de intensificación del proceso de diferenciación social en el marco de la división del trabajo social y en el crecimiento de la solidaridad orgánica frente a la solidaridad puramente mecánica.

nómica nacional numerosos aspectos sociológicos<sup>39</sup>. Schmoller, y en términos generales la escuela del «socialismo de cátedra», «rechazó las ideas económicas socialistas, si bien aplaudió sus vindicaciones morales»<sup>40</sup>. Pensaba que era necesario garantizar la participación de la clase trabajadora en el desarrollo económico y cultural, y, al mismo tiempo, también crear las condiciones adecuadas de una mejora duradera de la situación social gracias a un incremento de los salarios y un progreso moral paralelo.

Es necesario señalar que otras personalidades pertenecientes a esta corriente de pensamiento reformista fueron más allá en su política de reformas. Es el caso de A. Wagner (1839-1917), que, dentro de su enfoque de intervención institucional, defendería incluso la nacionalización de las industrias monopolísticas y de la propiedad inmobiliaria; siendo un acérrimo defensor del intervencionismo público. De él procede la conocida «Ley Wagner», conforme a la cual, como derivación del desarrollo económico, el sector público está llamado a crecer en proporción a la renta nacional. En su opinión era necesario transferir ciertas funciones privadas (señaladamente en materia de aseguramiento social) hacia la organización pública administrativa. La nueva economía exigiría un tipo de regulación jurídico-pública. Para Schmoller la economía estrechamente vinculada a la sociología (no hay influencia de Comte, pues Schmoller no pretendió asumir nunca el enfoque de las leyes de la física social, propio de la sociología comtiana). La econo-

<sup>39</sup> En términos generales Schmoller ocupa siempre un papel destacado en los Manuales clásicos de sociología. Paradigmáticamente, SCHOECK, H.: *Historia de la sociología*, Barcelona, Editorial Herder, 1977, págs. 268 a 274. Cultivadores de la economía política, pero con fuerte inclinación sociológica, como Alfred Weber y Carl Brinkmann, procedían de la escuela de Schmoller. Brinkman veía también la estrecha conexión entre la historia económica y la sociología. Calificaba a la sociología de campo general, en el que las ciencias económicas representaban una parte constitutiva y esencial. Igualmente varios científicos americanos recibieron su influencia en el ámbito de la ciencia sociológica del nuevo mundo y con la defensa del intervencionismo público: A. W. Small, que en 1879-1881, durante su estancia en Alemania, adquirió una visión penetrante para el tratamiento científico de los conflictos de intereses de clases. Fue sobre todo la exposición schmolleriana de los conflictos de clases la que despertó en el interés de Small sobre la trascendencia de los intereses materiales en el proceso social. El otro fue Ch.A. Ellwood, que después sería el fundador de la psicología social en Estados Unidos, y que por consejo de Small marchó en 1897 a la Universidad de Berlín donde, bajo la dirección de Schmoller, George Simmel y Paulsen, recibió unos impulsos decisivos de tipo socio-científico y filosófico. La importancia de Schmoller y de la Asociación Sociológica Alemana (GDS) creada en 1909, y de la cual fue Schmoller presidente durante muchos años, fue determinante en los primeros años de institucionalización de la sociología 1909-1933. Véase GLATZER, W.: «La institucionalización de la sociología en Alemania (1871-1933)», en DEL CAMPO, S. (Coord.): *La Institucionalización de la Sociología (1870-1914)*, Madrid, CIS, 2000, págs. 95 a 110.

<sup>40</sup> MOLINA CANO, J.: *La política social en la histórica*, Murcia, Ediciones Isabor, 2004, pág. 107.

mía debería partir de materiales, de datos, sólidos antes de efectuar generalizaciones o abstracciones. La atención a los hechos tenía que preceder a las interpretaciones, y las generalizaciones o abstracciones teóricas tan sólo debería de surgir de la acumulación y estudio, paso a paso, de datos empíricos. Debían superarse los dogmas económicos (el conceptualismo formalista) y sustituirlos por una nueva ciencia económica realista fundada en un método de investigación inductivo. Por otra parte, el funcionamiento de la economía no es independencia de las instituciones públicas, ya que está —y debería estarlo más— fuertemente condicionado por ellas. Las leyes del desarrollo social podían ser extraídas de la experiencia histórica, y verificadas a través de estudios históricos concretos, lejos del modo de operar de una ciencia «abstracta»<sup>41</sup>. Por otra parte, Schmoller no veía en la economía una dis-

<sup>41</sup> Mises creía ver una contradicción insalvable en los planteamientos metodológicos de Schmoller, y en general de la Escuela Histórica de la economía. «Tal era la confusión de Schmoller que no veía la incompatibilidad de su propia epistemología con el rechazo del ataque positivista contra la historia. No se percató del abismo que separaba su posición de la de los filósofos alemanes que estaban destruyendo el modo positivista de tratar la historia: primero Dilthey y luego Windelband, Rickert y Max Weber». Cfr. MISES, L.von.: *Autobiografía de un liberal. La Gran Viena contra el estatismo*, Madrid, Unión Editorial, 2201, pág. 194. También le reprochó, sorprendentemente —dado el evidente antimarxismo de Schmoller— sus simpatías y proximidades con los postulados del marxismo y de la social-democracia (cfr. MISES, L. von.: *Crítica del intervencionismo*, Madrid, Unión Editorial, 2001, págs. 158 y sigs.). La crítica de Mises es particularmente severa, y de gran carga ideológico-política, pues sitúa en el mismo lugar la posición de reformismo socio-económico de Schmoller que la posición revolucionaria o de transformaciones más radicales perseguidas por el socialismo; parece confundir el «socialismo de cátedra» (identificable con la defensa del Estado social intervencionista) con las posiciones que querían instaurar un Estado socialista. Según Mises «el significado político de la Escuela Histórica consistió en que contribuyó poderosamente a implantar en Alemania aquellas ideas que hicieron populares las desastrosas políticas que culminaron en grandes catástrofes. La agresión imperialista que por dos veces concluyó con la guerra y la derrota, la inflación sin límites de los primeros años veinte, la economía imperativa y todos los horrores del régimen nazi fueron el resultado de la acción de unos políticos que siguieron las enseñanzas de los paladines de la Escuela histórica (sic.). Schmoller, sus amigos y discípulos invocaban el llamado socialismo Estado; un sistema de planificación socialista de los Junker. Tal era el tipo de socialismo al que aspiraban Bismarck y sus sucesores... Los únicos adversarios serios contra los que la escuela de Schmoller tuvo que luchar en Alemania fueron los marxistas. Y éstos no tardaron en imponerse, porque por lo menos tenían doctrinas, por más faltas y contradictorias que fueran, mientras que las enseñanzas de la Escuela histórica eran más bien la negación de cualquier teoría. Y así fue cómo, en la búsqueda de un mínimo apoyo teórico, la escuela de Schmoller fue tomando prestados algunos instrumentos del patrimonio marxista. Al final, el propio Schmoller acabó avalando la doctrina marxista de la lucha de clases y del condicionamiento «ideológico» del pensamiento por la pertenencia de clase. ... Werner Sombart fue, con mucho, el más dotado de los alumnos de Schmoller. Tenía sólo veinticinco años cuando su maestro, en el momento culminante del *Methodenstreit* le encargó recensionar y refutar el libro de Wieser...Después de la guerra, Sombart revisó su libro sobre el socialismo. Antes

ciplina encerrada en sí misma, ni mucho menos autosuficiente. Pero la misma reconstrucción histórica permite una correcta comprensión de los procesos económico-sociales y político-jurídicos, y puede sugerir soluciones útiles a las políticas de regulación de la coyuntura actual. Un ejemplo especialmente fecundo es el relativo a las medidas de reforma dirigidas a resolver la cuestión social de la época. Criticó aquellos análisis que pretendían «aislar» los fenómenos económicos («método de aislamiento») y mantuvo que en cuanto se les aísla se pierde su esencia<sup>42</sup>. En realidad, la escuela histórico-ética pretendía estudiar todos los aspectos del fenómeno económico y no exclusivamente su lógica económica. De ahí que debería considerarse la totalidad de las motivaciones humanas en su despliegue histórico entre las que se sitúan las específicamente económicas. Por tanto, todo ello es suficiente para comprender que Schmoller ya había superado tácitamente las doctrinas del historicismo extremo. La controversia sobre el método, a pesar de su relativa esterilidad (puesto que se planteó como una contraposición en términos absolutos entre inducción y deducción en economía), al menos abrió las cuestiones económicas de los estrechos ámbitos de la economía al campo de las ideas más generales de la epistemología, del papel de la historia y la relatividad del conocimiento científico. Lo cual permitió remover y superar viejas concepciones.

Con todo, Schmoller, líder de la llamada «Joven escuela histórica» o «Nueva Escuela Histórica de Economía», quería criticar la teoría económi-

---

de la guerra, se había hecho del mismo nueve ediciones... Posteriormente, cuando los nazis conquistaron el poder, Sombart coronó, con un libro sobre el socialismo alemán, una carrera literaria de cuarenta y cinco años. La idea guía de este libro es que el Führer recibe las órdenes directamente de Dios, supremo Führer del universo, y que el Fürtum (caudillaje) es una revelación permanente. De la glorificación por obra de Sombart de los Electores y de los reyes de la casa de Hohenzollern a la canonización de Adolfo Hitler, tal fue el progreso de la economía académica alemana» (Ibid., págs. 196 a 199). La deriva hacia el nacionalsocialismo de Sombart no tiene por qué ser proyectable sin más a Schmoller; hacer es incurrir en un gravísimo reduccionista y apriorismo ideológico-político. Schmoller, eso sí, fue partidario de la instauración de un Estado social fuerte o autoritario —al estilo de Canciller Bismarck—, y, por otra parte, no es que defendiera la lucha de clases, sino que se limitó a extraer las consecuencias correspondientes a los «hechos» verificados que mostraban la existencia de la cuestión social como cuestión directamente política vinculada a los conflictos sociales acentuados por el proceso de industrialización y por los mismos esquemas institucionales y jurídicos predispuestos por el liberalismo radical, partidario de un «laissez faire» de carácter selectivo, y, por consiguiente, perjudicial para las clases más desfavorecidas (las «clases desposeídas»).

<sup>42</sup> Schumpeter advirtió, que esa ambición holista pudiera ser excesiva, pues «en principio, si no del todo, en la práctica, el economista schmolleriano ha sido en realidad un sociólogo de espíritu histórico en la más amplia acepción de este último término». Cfr. SCHUMPETER, J.A.: *Historia del análisis económico*, Barcelona, trad. Manuel Sacristán, Ediciones Ariel, 1971, pág. 890.

ca clásica, y en particular la idea de que era una misma teoría podría ser válida y explicativa para todas las épocas y lugares. La historicidad le llevó a aplicar sistemáticamente el método histórico, realizando monografías sobre ciertos aspectos del orden económico y de la sociedad en lugar de construir grandes formulaciones teóricas de las etapas del desarrollo económico. En esa tarea los integrantes de la escuela histórica nueva otorgaban prioridad a la utilización del método inductivo, y una vez realizados estudios concretos y acaparado datos extraídos de la experiencia, sería entonces cuando se debería proceder a la elaboración de teorías científicas. Pero su reproche a la economía clásica no iba dirigida tan sólo a sus métodos deductivos, abstractos y generalistas, sino también —y en relación a ello— su falta de proyección en la praxis social, pues partían de que la economía y los estudios económicos debería de servir al cambio social, a la reforma social. En efecto, Schmoller, y toda su «Joven Escuela Histórica» o «Escuela Histórica Nueva» se comprometieron con la reforma social defendiendo la intervención del Estado, a través de un conjunto de leyes sociales y de medidas de ordenación pública de la economía. La ciencia económica debería de ser una ciencia práctica, cuya misión debería ser explicar los fenómenos económicos en su conjunto y sacar después las oportunas consecuencias para determinar la orientación de las políticas estatales y el marco de actuación de los actores económicos. Se apoyaba en la historia en el estudio del proceso económico; en la investigación histórica en el campo de la economía. Para él las leyes económicas dada su dependencia histórica sólo pueden considerarse relativas y variables en el tiempo y en el espacio. Era preciso conocer la realidad concreta en todas sus manifestaciones particulares a través del tiempo, pero insistiendo en la unidad de la vida social y su misma complejidad ligada a la interrelación de los procesos sociales individuales con la concepción orgánica de la sociedad, a diferencia de la concepción individualista. En la «joven escuela histórica alemana» seguramente había calado la reflexión de Lorenz von Stein, según la cual «no hay más reforma social posible que la que haga la monarquía, ni hay más monarquía posible que la monarquía de reforma social»<sup>43</sup>. El historicismo de la joven escuela histórica dio lugar al nacimiento de una variante específica de alemana del movimiento de reforma social, el socialismo de cátedra.

<sup>43</sup> STEIN, L. Von.: *Movimientos sociales y monarquía*, trad. de E. Tierno Galván, Madrid, CEC, 1981. Entre nosotros de trató, transcurrido largo tiempo, de instrumentalizar esa idea al servicio del régimen autoritario del franquismo. Puede consultarse al respecto, LÓPEZ-AMO, A.: *El poder político y la libertad (La Monarquía de la reforma social)*, Madrid, Ediciones Rialp, 1957. El mismo Schmoller se había ocupado en varias ocasiones de este pensador, véase, por ejemplo, SCHMOLLER, G.: *Lorenz von Stein, Besprechungsaufsatz zu: L. VON STEIN, Die Verwaltungslehre*, Stuttgart 1865/66, adbedruckt in G. SCHMOLLER, *Zur Litteratur der Sozialwissenschaften*, S. 114-146.

Este enfoque sobre las tareas de la ciencia de la economía política, sus postulados metodológicos y la relevancia de la investigación histórica en economía fue criticada por Carl Menger. Éste defendía la utilización sistemática del razonamiento analítico en la teoría económica. Pero, además, entendía que la economía política era una ciencia exacta («escuela abstracta»), frente a la posición de la escuela histórica alemana de la economía («Nueva escuela histórica»), que —como Schmoller— la concebía ante todo como una ciencia íntimamente vinculada al conjunto interdependiente formado por las ciencias histórico-sociales<sup>44</sup>. Al tiempo, el propio Schmoller, una vez apagados los ánimos en la controversia sobre el método, dejó constancia que, en el fondo, ambos métodos deductivo e inductivo, lógico e histórico, lejos de ser incompatibles podrían coexistir enriqueciendo la investigación económica. Como observara años después Schumpeter<sup>45</sup>, la polémica se había cristalizado y muy lejos de ser productiva para el avance del conocimiento científico en economía política, se había convertido en una rémora, en un verdadero callejón sin salida, porque la teoría y la historia, la deducción y la inducción, podrían ser ambas útiles para el conocimiento científico y la misma elaboración de modelos y categorías utilizables por la cien-

<sup>44</sup> Es harto significativa la posición conciliadora adoptada por Schumpeter, que pensaba —de su defensa de una metodología flexible, que ha podido ser calificada de liberalismo metodológico— que ese debate sobre el método en realidad era estéril, porque las posiciones se habían cristalizado de tal forma que se llegaba a oponer dos modos de pensamientos que, en el fondo, incidían en centrar su interés en cuestiones diferentes, que suponían diversos aspectos de la misma realidad económica. Ni siquiera el propio Carl Menger era totalmente contrario a los postulados del historicismo. Véase SCHUMPETER, J.A.: *Historia del análisis económico*, Barcelona, Ariel, 1971, págs. 891 y sigs. Desde otra perspectiva, muy distinta ciertamente, se ha afirmado que la disputa sobre el método contribuyó muy poco a clarificar los problemas que se discutían. Según Ludwig von Mises (1881-1973), lo que realmente se discutía era, esencialmente, si existe o no una ciencia, distinta de la historia, capaz de tratar los distintos aspectos de la acción humana. Cfr. MISES, L.von.: *Autobiografía de un liberal. La Gran Viena contra el estatismo*, Madrid, Unión Editorial, 2201, pág. 193.

<sup>45</sup> Schumpeter señaló que «la historia de esa literatura polémica es en sustancia la historia de un vano derroche de energías que habrían podido emplearse más útilmente. Puesto que no se puede discutir seriamente la básica importancia de la investigación histórica para una ciencia que estudia procesos históricos, ni tampoco la necesidad de desarrollar un conjunto de instrumentos analíticos con los cuales manejar esos materiales, esta controversia nos parece, como todas las disputas análogas, carente de todo sentido... Ninguna de las dos partes negó abiertamente la posición de su contrincante. La querrela se refería a cuestiones de precedencia e importancia relativa y se habría podido sustanciar con sólo permitir que cada tipo de investigación ocupara el lugar que por su peso le correspondía... Lo primero que hay que observar a propósito de todas las controversias entre partidos científicos es la gran cantidad de incomprensiones recíprocas que contienen». Cfr. SCHUMPETER, J.A.: *Historia del análisis económico*, Barcelona, trad. Manuel Sacristán, Ediciones Ariel, 1971, pág. 892. Véase también su ensayo «Gustav v. Schmoller und die problem von heute», en *Schmollers Jahrbuch*, 50 (1926), págs. 337 y sigs.

cia económica. La ciencia económica, como toda ciencia social, requiere de la utilización sistemática y combinada de diversos enfoques metodológicos y con carácter no excluyente.

### 3. BASES DOCTRINALES DE LA CONSTITUCIÓN SOCIO-ECONÓMICA DEL ESTADO SOCIAL INTERVENCIONISTA: LA INFLUENCIA PLURAL DE GUSTAV SCHMOLLER

Aunque desde un planteamiento, desde luego más abierto en términos de principio, la Nueva escuela histórica de Schmoller ejerció una poderosa y persistente influencia (más allá de la misma Alemania, cuya influencia se deterioraría en los años veinte del siglo pasado) en el institucionalismo americano, dentro del marco también de la crítica de la economía neoclásica. Puede considerarse a Schmoller como un precursor del institucionalismo moderno. En efecto esa influencia fue especialmente manifiesta en autores como Thorstein Veblen (1857-1929), que puede tenerse como el padre intelectual del institucionalismo de Estados Unidos<sup>46</sup>, y muy especialmente en

<sup>46</sup> VEBLEN, TH.: *The Place of Science in Modern Civilization*, Nueva York, B.W. Huebsch, 1919; ID.: *The Theory of Business Enterprise*, Nueva York, Charles Scribner's Sons, 1904; *The Theory of the Leisure Class* (1899), Boston, Houghton Mifflin Company, 1973; *Fundamentos de economía evolutiva. Ensayos escogidos*, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2005; *Teoría de la clase ociosa*, Madrid, Alianza Editorial, 2004. Sobre su pensamiento profundamente innovador y heterodoxo, véase DOWD, D.F.(Comp.): *Thorstein Veblen: A Critical Reappraisal*, Ithaca, Cornell University Press, 1958; ATKINSON HOBSON, J.: *Veblen* (1936), México, FCE, 1978; SECKLER, D.: *Thorstein Veblen y el institucionalismo. Un estudio de la filosofía social de la economía* (1975), México, FCE, 1977; HARTER Jr., G.C.: *John R. Commons: His Assault on Laissez Faire*, Oregon, Corvallis, 1962; SOMERS, G.G.: *Labor, Management and Social Policy; Essay in the John R. Commons tradition*, Madison, Wisconsin, 1963; CHAMBERLAIN, N.E.: «The Institutional Economics of John R. Commons», en *Institucional Economics. Veblen, Commons, and Mitchell Reconsidered, A Series of Lectures* by J. Dorfman, C. E. Ayres, N.W. Chamberlain, S. Kuznets, R. A. Gordon, Berkeley and Los Angeles, 1963, págs. 63 a 94, y, asimismo, las obras sobre el institucionalismo americano que se citan más adelante. La influencia de la escuela histórica alemana en el institucionalismo americano resulta evidente, existiendo una cierta continuidad de muchos aspectos entre ambas escuelas de pensamiento y de reforma social. Se participa de la importancia de las instituciones en la ordenación de la economía, de la relevancia del análisis histórico-institucional, en la afirmación de que no hay leyes naturales en sentido estricto, y en la consideración de que el Estado como agencia cuya ayuda positiva es una de las condiciones indispensables para el progreso humano. No obstante esa proximidad no se puede incurrir en el error de *identificar* el institucionalismo con el historicismo y con la escuela histórica alemana de economía. Influencia no es identificación de escuelas y modos de pensamiento histórico-crítico. Seckler, sin embargo, relativiza dicha influencia, que por lo demás parece innegable. Véase, *Ibid.* espec., págs. 39 y sigs. Por otra parte, observa que «no puede dejar de sentirse que la economía norteamericana se benefició con la experiencia institucionalista» (*Ibid.*, pág. 37).

John R. Commons (1862-1945). Commons mantiene en su biografía intelectual comprometida<sup>47</sup> con la reforma social y en los centros de interés de su producción científica una gran similitud de enfoques con la escuela histórica de Schmoller. Un dato ya inicialmente significativo de su biografía intelectual pone de relieve esa conexión estrecha: Estudio en Alemania, recibiendo la influencia de la escuela histórica alemana, con una fuerte interconexión entre la economía y otras ciencias sociales, como la política, la historia y la sociología. Ese enfoque interdisciplinar y pluralista metódico en los estudios de la economía fue un rasgo característico de toda la «escuela de la Universidad de Wisconsin». En realidad la «escuela de Wisconsin», fue impulsada decisivamente por el propio Commons. Commons y esa escuela que ayudó a formar, se comprometieron activamente en la introducción de cambios estructurales en la economía estadounidense y de modo destacado fue el artífice intelectual (en calidad incluso de asesores directos) de los procesos de reforma social en dicho país, aparte de propiciar cambios durables en los que se refiere a los estudios universitarios sobre economía y economía del trabajo. Precisamente una de sus contribuciones más relevantes —sino la que más— fue en la realización de una legislación social, a la que aportó tanto una base científica sólida y rigurosa y directamente en la elaboración de dicho cuerpo de leyes de intervención. Hay que tener en cuenta que Commons durante todo el período dilatado de enseñanza e investigación en Wisconsin (1904-1932) mantuvo una estrecha colaboración en el ámbito nacional en el *New Deal* de Franklin Roosevelt. En cuanto grupo de expertos fueron reiteradamente llamados a opinar, transmitir ideas e incluso redactar y difundir legislaciones de contenido social y laboral («leyes sociales»). Cuando la legislación social era aprobada, participaba en su aplicación efectiva y difusión a través de contactos, entrevistas, con las empresas y sindicatos más proclives a las reformas sociales. Por ello se le ha podido considerar como el gran soporte intelectual del movimiento social hacia la creación del Estado del Bienestar en Estados Unidos (fue el directo inspirador del seguro obligatorio de desempleo). Todo ello se realizó desde una filosofía de la economía, según la cual una economía industrial moderna exige de una permanente intervención del Estado para garantizar su funcionamiento eficiente y para conseguir lo que las fuerzas económicas por sí mismas no son capaces de garantizar, a saber: la justicia social. Para él el mercado no era un mecanismo perfecto de asignación de los recursos, por ello exigía una intervención pública ordenadora del mercado y de las relaciones sociales. Su dirección intervencionista (que muchos de su país cali-

<sup>47</sup> Véase su excelente autobiografía, COMMONS, J.R.: *Myself* («Yo mismo»), Nueva York, Macmillan, 1934.

ficaron sin más de socialista e incluso radical) no pretendía, sin embargo, transformar las estructuras ancilares del capitalismo y de sus instituciones fundamentales (propiedad, empresa, contrato, régimen del asalariado, etc.), pero sí perseguía una transformación cualitativa del capitalismo haciéndole derivar hacia un capitalismo organizado. En este sentido fue tanto un teórico como un artífice, un activista de los procesos de reforma social de su tiempo. Dedicó muchísimo tiempo en coherencia con ello al estudio de economía aplicada al ámbito de las reformas sociales y económicas. En esos estudios y prácticas orientadas hacia la reforma social Commons —como antes había realizado la escuela histórica alemana— rehusaría utilizar exclusivamente el método deductivo y estático propia de teoría neoclásica, buscando la integración de los estudios económicos y sociales con los análisis de otras ciencias sociales como especialmente la sociología y el Derecho<sup>48</sup> (En este ámbito Commons se insertaría congruentemente dentro las direcciones propias del realismo jurídico norteamericano)<sup>49</sup>. Dentro de la singu-

<sup>48</sup> Véase COMMONS, J.R.: *Legal Foundations of Capitalism*, Nueva York, Macmillan, 1924; *Institutional Economics*, Nueva York, Macmillan, 1934; COMMONS, J.R.(dir.): *History of Labour in the United States*, 4 vols., Nueva York, 1918 (con la colaboración en esta obra de J.B. Andrew, H.E. Hoagland, E.B. Mithleman, S. Perlman, D.J. Sapers, y H.L.Sumner). Sobre su pensamiento y el de toda la escuela de Wisconsin, puede consultarse HARTER, L.G.: *John R.Commons*, Corvallis, Oregon State University Press, 1962; LAMPMAN, R.J.: *Economics at Wisconsin*, Madison, Board of Regents, University of Wisconsin, 1993; RUTHERFORD, M.: *Institutions in Economics: The Old and the New Institutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994; ROJO DUQUE, L.A.: «Veblen y el institucionalismo Americano», en *Anales de Economía*, enero-diciembre, 1970. Sobre la influencia de Schmoller en el institucionalismo, véase PLUMPE, W.: «Gustav von Schmoller und der Institutionalismus», *Geschichte und Gesellschaft*, núm. 25 (1999), págs. 252 a 275.

<sup>49</sup> Véase al respecto, TARELLO, G.: *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè editore, 1962, espec., el cap. I («Orígenes y caracteres del realismo jurídico americano»); MONEREO PÉREZ, J.L.: «Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho», Estudio preliminar a ROSS, A.: *Lógica de las normas*, trad. J.S.P. Hierro, Granada, Editorial Comares, 2002; «La “jurisprudencia sociológica” de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social», Estudio Preliminar a POUND, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de libertad*, Granada, Ed.Comares, 2004. Los institucionalista como Commons y Perlman ha ejercido un importa influencia en el iuslaboralismo americano y europeo, especialmente en autores como Gino Giugni, como puede comprobarse en GIUGNI, G.: «Il «Ragionevole Capitalismo» di John Commons», en «Il Mulino», I, 1952, págs. 674 a 683; «Introduzione» a la edición italiana de la obra de PERLMAN, S.: *Ideologie e pratica dell' azione sindacale*, Florencia, Ed. La Nuova Italia, 1956. Sobre el pensamiento de Gino Giugni en su contexto, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: Balance y perspectivas», Estudio Preliminar a GIUGNI, G.: *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, Granada, Ed.Comares, 2004. Se realiza que en la estructura económico-social, en a mente de J.R. Commons y de S.Perlman, es típicamente pluralista, y en ese marco los conflictos de grupo y de intereses nunca se ven mediados ni resueltos a través de imposiciones autoritarias, sino que encuentran un equilibrio dinámico

laridad de la escuela institucionalista, y en torno a la Universidad de Wisconsin, se forjó un nutrido grupo de investigadores que ejercieron una influencia directa en la vida política y económica de Norteamérica. Debe destacarse en este contexto la figura de Selig Perlman, amigo de Commons, ex alumno y colega aniversario (fue doctor en filosofía y Catedrático de Economía de la Universidad de Wisconsin)<sup>50</sup>. Selig Perlman se interesó por la reforma social y, en particular, se especializó en la teoría y en la historia del movimiento obrero<sup>51</sup>. Pero no se limita en ello la influencia de Schmoller y su escuela histórica nueva, su huella es visible también en las escuelas neo-institucionalistas contemporáneas (Ronald H.Coase; Douglass C.North, entre otros)<sup>52</sup>.

en la negociación colectiva, la cual es también una técnica de gobierno industrial: es el medio técnico a través del cual las clases y los grupos sociales ejercen una presión incesante encaminada a obtener una mayor y más amplia participación en el poder social, además de un mejor nivel de vida, mayor seguridad y libertad para cada uno de sus miembros. La negociación colectiva es una técnica para la elevación de las nuevas clases sociales subalternas.

<sup>50</sup> Véase PERLMAN, S.: «John Rogers Commons», en COMMONS, J.R.: *The Economics of Collective Action*, ed. Kenneth H.Parsons, Nueva York, Macmillan, 1950.

<sup>51</sup> Publicó dos obras excelentes al respecto, *History of Trade Unionism in the United States*, Nueva York, The MacMillan Co., 1922; *A theory of the labor movement*, Nueva York, Augustus M. Kelley, traducida al castellano, *Teoría del movimiento obrero*, trad. Felix Caballero, México, M.Aguilar, 1958. En el Prefacio (págs. 9 a 13) ya señala que se unió al plantel de investigadores del profesor John R. Commons. Allí se familiarizó con el método del profesor Commons de inferir las teorías relativas al Trabajo de acuerdo con la experiencia cruda y concreta de los trabajadores asalariados. Este método está demostrado con brillantez en su artículo sobre «Los zapateros americanos», en el que se desarrolla tanto la teoría industrial como la del Movimiento obrero, de acuerdo con los testimonios fidedignos (en series de casos debidamente clasificados) ofrecidos por patronos, huelguistas, comerciantes, capitalista e industriales. Lo que centra la atención es la lucha del Trabajo —más que la dialéctica hegeliana relativa a la «misión histórica» del Trabajo—; el Movimiento obrero esforzándose por conseguir el dominio del Trabajo. Se unió a los primeros esfuerzos del profesor Commons encaminados a bosquejar una historia de la sociedad industrial de Norteamérica. Se interesa —e interesaron— por los nuevos factores que fundamentan la moderna situación obrera; primero, el poder de resistencia del capitalismo, determinado por su propio desarrollo histórico; segundo, el grado de dominación de los movimientos obreros por parte de las «mentalidades» intelectuales, que normalmente subestiman la capacidad de resistencia del capitalismo y exageran el deseo obrero de un cambio radical; tercero, el grado de madurez de la «mentalidad» sindical. Y finalmente, el capitalismo, en lugar de ser un fenómeno puramente material, vino a convertirse en «el deseo efectivo de poder» de la clase capitalista. Con todo Perlman se considera deudor de las enseñanzas de Commons.

<sup>52</sup> ABELSHAUSER, W.: «L' école historique et les problèmes d' aujourd' hui», en BRUHNS, H. (dir.): *Histoire et économie politique en Allemagne de Gustav Schmoller à Max Weber. Nouvelles perspectives sur l' école historique de l' économie*, París, Éditions de la Maison des sciences de l' homme, 2004, págs. 19 y sigs., y bibliografía allí citada. Sobre el enfoque y propuestas del nuevo institucionalismo contemporáneo, es ilustrativa la obra POWELL, W.W. y DIMAGGIO, P.J. (Comps.): *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional* (1991), Méxi-

La escuela histórica alemana, especialmente Schmoller y A. Wagner (adscrito también a ella desde sus propios esquemas de pensamiento) y su apuesta por una colaboración activa entre economía e historia, ejercieron una pronta influencia en nuestro país. Su influencia es especialmente penetrante en autores como Flores de Lemus, Francisco Bernis<sup>53</sup> y José María Zumalacárregui, que formaron escuela entre nosotros. Todos ellos completaron su formación económica en la Alemania de Schmoller, Wagner, Sombart, etc. Flores de Lemus siempre quedaría marcado por el neohistoricismo de Schmoller y del conjunto de renovadores alemanes partidarios de intervencionismo público, que se dieron en llamar «socialista de cátedra». A sus discípulos les exigía como libros de cabecera las obras de Schmoller. En cierta medida quería importar el tipo de intervencionismo estatal que se había introducido en Alemania desde las iniciativas de Bismarck<sup>54</sup>. Flores de Lemus conoció directamente el socialismo de cátedra y la labor realizada por la *Verein für Sozialpolitik*, vinculándose directamente con Schmoller, del cual fue discípulo directo. Con Schmoller había participado en un curso sobre «Historia de la constitución, la administración y el derecho de Prusia desde 1640 a la actualidad (1900-1901). Se convertiría en transmisor hacia España de la línea del historicismo en economía, manteniendo contactos con los economistas germanos adscritos o próximos a dicha escuela. Su idea iniciar era crear en nuestro país un enfoque similar al que había conocido en Berlín en torno a Schmoller, Wagner o en torno a Bortkiewicz. Como los mismos socialistas de cátedra Flores de Lemus, intentó trabajar en el Instituto de Reformas Sociales, y en cualquier caso aportó ideas sobre la reforma socio-económica en España. La escuela primera o neohistoricista de Flores de Lemus estuvo inicialmente integrada por Ramón Carande<sup>55</sup>, Agutín

---

co, FCE, 1999. En la coyuntura actual se ha producido un redescubrimiento de estos enfoques en economía política y la problemática de la que se ha dado en llamar —no sin cierta retórica subyacente— la responsabilidad social de la empresa.

<sup>53</sup> Sobre Francisco Bernis, puede consultarse el completo ensayo de FUENTES QUINTANA, E.: «Francisco Bernis: el tercer intérprete de la modernización», en FUENTES QUINTANA, E. (Dir.): *La modernización de los estudios de economía*, en *Economía y economistas españoles*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2001, págs. 345 y sigs. Véase VELARDE FUERTES, J.: «El socialismo de cátedra en España: relato de una polémica», en VVAA.: *Aportaciones del pensamiento económico iberoamericano. Siglos XVI-XX*, Madrid, Cultura Hispánica, 1986.

<sup>54</sup> Sobre Bismarck y su pensamiento política y social, véase RICHTER, W.: *Bismarck*, Barcelona, Plaza & Janés, 1967; VALLOTTON, H.: *Bismarck*, Madrid, Ediciones Cid, 1962. Para el análisis de su pensamiento social, puede consultarse GOZZI, G.: *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1988, cap. III («Cuestión constitucional y política social en la época bismarckiana»), págs. 127 y sigs.

<sup>55</sup> Sobre el pensamiento de Ramón Carande, véase SANTIAGO, M. DE.: «Ramón Carande. La biografía de un hombre polifacético», en FUENTES QUINTANA, E. (Dir.): *La modernización*

Viñuales y Gabriel Franco. También trabajaron en ese ambiente Álvarez Cienfuegos y Luis Olariaga. Su utilizaban profusamente los trabajos del neohistoricismo alemán, especialmente los de Schmoller, y de los institucionalista, señaladamente los de Mitchell. Al pronto va emergiendo una nueva generación más inclinada a apreciar las teorías de Marshall, como Rodríguez Mata, Valentín Andrés Álvarez, José Castañeda, a los que se irían añadiendo otros muchos economistas. No sería los únicos que recibirían el influjo de Schmoller también es el caso de José María Zumalacárregui (1879-1956), el cual había ampliado estudios en el extranjero entrando en contacto con los principales economistas de Francia, Suiza y Alemania, entre los que se encontraban Gide, Pareto y Schmoller; aunque su maestro fue W. Pareto<sup>56</sup>. En la fecha en que Zumalacárregui entró en contacto con la escuela histórica de Schmoller, la polémica había cedido, el propio Schmoller en el año 1905, al decir del propio Zumalacárregui, había señalado que aquél había afirmado de modo explícito y rotundo la licitud intelectual de las posiciones respectivas a favor de la inducción y de la deducción<sup>57</sup>. No quedan ahí

---

*de los estudios de economía*, cit., págs. 491 y sigs. Desde los años 1911 a 1913 estuvo pensionado por la Junta de Ampliación de Estudios en Berlín, Múnich y Viena, donde estudió economía política con los maestros de la joven escuela histórica alemana, Brentano, Schmoller, Wagner, Sombart, entre otros.

<sup>56</sup> De esa influencia se da cuenta en los distintos estudios que integran la obra colectiva FUENTES QUINTANA, E.(Dir.): *La modernización de los estudios de economía*, en *Economía y economistas españoles*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2001, y en particular dentro de esa obra colectiva, los ensayos de VELARDE FUERTE, J.: «El legado de Flores de Lemus», págs. 67 y sigs., «Antonio Flores de Lemus: Una revisión veinte años después», págs. 7 y sigs., y «Las cuatro escuelas de Flores», págs. 269 y sigs.; MARTÍN RODRÍGUEZ, M.: «Flores de Lemus y la nueva economía políticas», págs. 155 y sigs.; FUENTES QUINTANA, E.: «Flores de Lemus en el Ministerio de Hacienda», págs. 165 y sigs. También el ensayo de VELARDE FUERTES, J.: «Antonio Flores de Lemus: las lejanas raíces», *Hacienda Pública Española*, 1976, págs. 42-43. Respecto a Zumalacárregui, véase dentro de la misma obra, PERPIÑÁ I GRAU, R.: «Zumalacárregui (1879-1956)», págs. 273 y sigs., el cual observa que Zumalacárregui aunque respeto a Schmoller, no se separó un ápice de la dirección abstracta y matemática y, por ende, de la para él evidente genuina economía pura a través de toda la evolución de la ciencia económica. En sus escritos se hallan alguna confirmaciones críticas, a veces severas, sobre el método histórico y sus peligrosas consecuencias de carácter romántico, especialmente en su estudio de la Revolución de 1848 (Ibid., pág. 313). Por contraposición a la escuela histórica alemana, defiende la superioridad del método deductivo (la llamada escuela psicológica de Viena, con Carlos Menger como líder indiscutible de esa dirección metodológica en la ciencia económica).

<sup>57</sup> Véase ZUMALACÁRREGUI, J.M.: «La personalidad científica de Schmoller y de Wagner», en *La Lectura*, Marzo, 1908. Él estaba vinculado también con el movimiento del catolicismo social. Intervino en varias ocasiones en las Semanas Sociales, por ejemplo, «El porvenir de la marina mercante española», en *Semanas Sociales de España*, 1906; «La crisis económica y la organización de la producción», en *Semanas Sociales de España*, 1934. Dedicó una monografía de referencia a quien ciertamente fue su gran Maestro intelectual, *Vilfredo Pareto, 1848-1923*, Madrid, Instituto Sancho de Moncada de Economía, CSIC, 1951.

las influencias, porque los discípulos de Flores de Lemus, como Agustín Viñuales, cursaron por indicación de su maestro estudios en varias universidades alemanas, en las que participó en cursos de economía política con Schmoller y Wagner<sup>58</sup>.

Bajo la perspectiva preferente de su orientación general hacia la reforma social, en realidad buena parte del «grupo de Oviedo» estaría especialmente influenciado por el historicismo y el socialismo de cátedra alemán (José Manuel Piernas Hurtado, Adolfo Álvarez Buylla, Mariano Carreras y González; el mismo Adolfo Posada, que no era economista ni tenía una especial inclinación hacia la ciencia económica, pero sí uno de los grandes fundadores de la disciplina de la sociología en España, se sentía particularmente atraído por el enfoque del socialismo de cátedra alemán; al igual que el gran maestro Gumersindo de Azcárate que había recibido ampliamente esa misma influencia; pero en esta cuestión esa dirección de pensamiento seguida por Azcárate y el grupo de Oviedo se contraponía, en parte, al criterio mantenido por otros krausistas como el mismo Giner de los Ríos, Figuerola, Echegaray y Gabriel Rodríguez más proclive hacia el liberalismo económico. No obstante, el caso de Giner es más singular porque sin vencerse hacia el socialismo de cátedra mostró algunas simpatías por las tesis que mantenían algunos socialistas de cátedra, lo cual se refleja en diversos ensayos y en su obra más significativa *La persona social*)<sup>59</sup>. Hay que diferenciar entre «influencia» y «adscripción» a una determinada dirección de pensamiento. En los krausistas económicos de la Escuela de Oviedo hubo más bien una influencia y recepción crítica<sup>60</sup> que tuvo diversos mo-

<sup>58</sup> Véase FERNÁNDEZ CLEMENTE, E.: «Agustín Viñuales, un economista irreductible», en FUENTES QUINTANA, E. (Dir.): *La modernización de los estudios de economía*, cit., págs. 449 y sigs.

<sup>59</sup> GINER DE LOS RÍOS, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1899 (de próxima publicación en Editorial Comares, Granada, 2007). La influencia del socialismo de cátedra se deja sentir también en otros krausistas con una formación singular y ciertamente europea. Es el caso de Leopoldo Palacios Moroni, un krausista intensamente, influenciado por el socialismo de cátedra alemán y sobre todo por el solidarismo jurídico francés, implicado en la reforma social y un gran especialista en materia de legislación laboral sobre Derecho individual y sindical. Es autor de varios libros fundamentales entre los que importa destacar por su relevancia extraordinaria, el relativo a las Universidades Populares (estudio donde pasa revista a las distintas corrientes de pensamiento europeo y experiencias legislativas europeas sobre la materia sociolaboral) y su estudio sobre la regulación colectiva de condiciones de trabajo (sin duda el primer gran ensayo importante sobre esta materia, manteniendo un enfoque de derecho comparado). Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Moroni (1876-1952)», en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 134 (2007), págs. 307 a 358.

<sup>60</sup> La recepción crítica tuvo un exponente un discurso de Adolfo Buylla. Véase ÁLVAREZ BUYLLA, A.: «Discurso leído en el solemne acto de apertura del curso académico de 1879 a 1880 en la Universidad Literaria de Oviedo», Oviedo, Imprenta de V.Brid, 1879, el que el tema

mentos o fases, y que, sobre todo, *en materia de reforma social* (más que estrictamente económica) la confluencia es especialmente intensa con la implicación del «grupo de Oviedo» en el proceso de reforma social *público-institucional*, donde tuvieron un papel ciertamente determinante. Por lo demás, el grupo de Oviedo estaba también muy próximo al solidarismo jurídico-social francés, menos estatista (aunque apoyaban la legislación de seguros sociales y de la encaminada a la protección de los derechos laborales de los trabajadores) y partidario de la economía social con apoyo en el

---

centra objeto de sus reflexiones era el socialismo de cátedra. A la nueva escuela económica alemana prefiere llamarla «escuela social» (calificativo que estima más apropiado a su orientación realista y de reforma social). Destaca la importancia del Estado en los órdenes económicos, políticos y sociales. Pero concluye con un juicio altamente crítico: «No dejamos empeño de reconocer que la Escuela hoy dominante en Alemania, prohija errores, como la negación de las leyes naturales económicas, el extremado particularismo de sus doctrinas, el predominio exclusivo del método inductivo, la dirección omnímoda y la intervención poco menos que absoluta del Estado, la suprema regencia del elemento ético en la Economía, el proteccionismo como norma de las relaciones comerciales entre las Naciones y la progresión como forma del impuesto de los cuales no podemos, ni queremos hacernos solidarios». Esa crítica ponía de relieve la pervivencia de los esquemas mentales de la escuela clásica en los economistas de la escuela krausista (afirmación de las leyes naturales en economía, apuesta por el método deductivo, junto a la defensa inicial de una intervención limitada, moderada, del Estado en el campo de la economía, a pesar de su oposición al paradigma del Estado abstencionista y la principio del *laissez faire*). Ello no obstante, interesa reparar en el dato de que este discurso fue realizado en 1879, pero luego acabarán todos los hombres relevantes del grupo Oviedo por implicarse directamente, y de modo especialmente activo, en la reforma social en España desde un ideario muy semejante a los socialistas de cátedra y al solidarismo social (v.gr., ÁLVAREZ BUYLLA, A.: *La reforma social en España*, Madrid, Imp. Clásica Española, 1917, pág. 89, donde defiende el objetivo de la armonía social en virtud de la «legalización, por así decirlo, de la solidaridad»). La realización de la reforma social no sólo implicaba reformas político-jurídicas y sociales, sino también afectaba a la conformación institucional de las relaciones económicas. Los más destacados fueron sin duda Adolfo Álvarez Buylla (que en el Instituto de Reformas Sociales seguiría ocupándose de cuestiones económicas vinculadas a la cuestión social), Adolfo Posada, en la dirección de cambio de adaptación seguida por el mismo Gumersindo de Azcárate dentro del esquema del republicanismo social (cfr. AZCÁRATE, G.: «El problema social y las leyes del trabajo», Discurso pronunciado en el Ateneo Científico y Literario de Madrid, el 10 de noviembre de 1893, Madrid, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», 1893. Recogido después en *Estudios sociales*, Madrid, M. Minuesa, 1933). Todos ellos defendieron la intervención del Estado en las cuestiones socio-económicas, a la par que afirmaban los esquemas propios del organicismo social krausista, con la institucionalización de los mecanismos de colaboración e integración entre las clases sociales (organicismo del que, por cierto, no estaba exento el socialismo de cátedra, el socialismo democrático y el solidarismo jurídico). En este sentido se mezclaba el intervencionismo público (Instituto de Reformas Sociales, Instituto Nacional de Previsión, Ministerio de Trabajo, legislación de contenido sociolaboral) con instancias de cooperación social (sindicatos, organismos mixtos de composición de conflictos, convenios colectivos, etc.), que debería contar con el apoyo y cobertura de la legislación estatal. Se desconfiaba de un intervencionismo estatal autoritario, no de un intervencionismo

intervencionismo público<sup>61</sup>. En el fondo, los krausistas reformistas —que profesaban una concepción orgánica de la sociedad— defendían un republicanismo político que partía de la crítica del abstencionismo del Estado y del «estatismo» como absorción de la sociedad civil en el «organismo» estatal<sup>62</sup>. Por tanto, se desmarcaban de los liberales doctrinarios de la Restauración, pero también de las direcciones estatistas extremas. La reforma social y ética (de las instituciones y del hombre) sería acompañada después con una reforma de las estructuras económicas (reformas económicas) por la derivación de algunos krausistas eminentes hacia el socialismo democrático (es el caso, emblemático, de Fernando de los Ríos y de Julián Besteiro)<sup>63</sup>, los cuales se aproximaron, en numerosas cuestiones, al socialismo jurídico—social y el «socialismo de cátedra»<sup>64</sup>.

En todo ellos la preocupación por la ciencia económica iba unida a su interés por afrontar la cuestión social a través de un proceso de reforma social integral, que abarcara aspectos económicos, educativos, morales y pro-

---

estatal democrático propio de un republicanismo social de corte evidentemente muy distinto al mantenido por el régimen autoritario de La Restauración en España y del Estado autoritario bismarckiano. El Estado no debería absorber la sociedad civil y a sus grupos sociales e instituciones organizativas extraestatales. El Estado es el órgano de pensamiento de una sociedad civil diferenciada. Sin embargo, los krausistas republicanos no pudieron transformar en sentido democratizador el régimen autoritario de La Restauración, impidiendo la realización efectiva del proyecto krausista de una reforma social armónica. Véase ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, espec., págs. 116 y sigs.

<sup>61</sup> Véase PIERNAS HURTADO, J.M.: *El movimiento cooperativo*, tres conferencias dadas en El Fomento de las Artes, M. Ginés, 1890.

<sup>62</sup> Para comprender esta posición doctrinal hay que enmarcarla en la concepción general de la triada formada por el Estado, la Sociedad y el Derecho. Basta para evidenciarlo las siguientes observaciones: el Estado debe intervenir para la remover las situaciones de injusticia social, en su calidad de «unión social para el Derecho, es el organismo regulador de la sociedad, pero que debe respetar su sustantividad (POSADA, A.: 1981, pág. 45). Y es que «la sociedad no es una simple yuxtaposición de individuos, sino una unidad propia, real», de manera que se existe un «ser social», esto es, una «persona social» superindividual (GINER DE LOS RÍOS, F.: «La ciencia como función social», en *BILE*, 466, 467, 3 de enero, 28 de febrero de 1899; *La persona social. Estudios y fragmentos*, 2 vols., Madrid, Espasa Calpe, 1924, de próxima publicación en Editorial Comares, Granada, 2007).

<sup>63</sup> CÁMARA VILLAR, G. (ed.): *Fernando de los Ríos y sus tiempo*, Granada, Universidad de Granada, 2000; ZAPATERO, V.: *Fernando de los Ríos. Biografía intelectual*, Valencia, Pre-Textos-Diputación de Granada, 1999; LAMO DE ESPINOSA, E. y CONTRERAS, M.: *Política y filosofía en Julián Besteiro*, Madrid, Ed. Sistema, 1990.

<sup>64</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 142 y sigs.; MONEREO ATIENZA, C.: *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Granada, Ed. Comares, 2007, págs. 274 y sigs.

piamente jurídicos. Todos ellos querían apartarse explícitamente del individualismo, de las escuelas individualistas, en la ciencia económica. De ahí su fácil y coherente deriva hacia el liberalismo social, con fuerte influencia del socialismo de cátedra y del socialismo jurídico, pero evitando el encuadramiento en dichas corrientes de pensamiento crítico de la época. Dentro del eclecticismo que las caracterizaba preferían una dogmática y una metodología flexible, tanto en el campo de la investigación jurídica como en el propio de la economía. Giner estuvo más bien influenciado por el pensamiento organicista de Albert Schäffle, el cual dentro de su visión ético-antropológica también defendería la intervención del Estado en materia social<sup>65</sup>. El planteamiento de la mayoría de ellos era el típico del republicanis-

<sup>65</sup> En el fondo Albert Schäffle no estaba muy lejos de los socialistas de cátedra (suele incluirse dentro de esa dirección de pensamiento económico y jurídico partidaria del reformismo social), aunque en él se acentuaba más el organicismo social y su posición crítica respecto a la política de Bismarck. Schäffle apostaba más decididamente por un régimen democrático donde, sin perjuicio de la necesaria intervención del Estado las organizaciones de intereses profesionales tuviesen un importante papel. Ello se refleja nítidamente en su obra, SCHÄFFLE, A.E.: *La quinta esencia del socialismo*, trad. y notas de Adolfo Buylla y Adolfo Posada, con autorización y un Prólogo del autor, Gutenberg, Librería Nacional y Extranjera, 1885. En dicha obra definiendo un tipo de socialismo democrático y reformista, que no pretendía renunciar, al menos inicialmente en la primera edición de dicha obra, a muchas de las aportaciones de Marx. Señala, por ejemplo, que «la propiedad colectiva debe solamente extenderse a los medios de producción —en los cuales domina ya la división y la asociación del trabajo, —es decir, el capital que debe pertenecer a la sociedad, como sucede con las calles, las plazas públicas, las instituciones comerciales, judiciales, de instrucción, de policía, etc» (Ibid., pág. 103). No obstante, en la 8.ª edición de ese libro, y especialmente en el capítulo IX, que los traductores españoles incorporan, se retracta indicando que nunca ha pretendido defender el socialismo democrático. Aún así observa que el colectivismo democrático tiene también méritos esenciales: él ha dado lugar al movimiento crítico y político de reformas sociales positivas, que desde la última edición de «La Quinta Esencia del Socialismo», la misma Monarquía ha impulsado en Alemania. Para él la cuestión social, hoy como siempre, encierra el conjunto de todas las proposiciones de reforma particulares, comprendiendo una porción de «cuestiones sociales» especiales, cuya solución no ha de encomendarse a una sociedad radicalmente nueva, sino que ha de dejarse a la acción continua transformadora de la sociedad actual y de su derecho. A la justificada pretensión de la democracia socialista, de crear al proletariado industrial por el trabajo, una posición más digna del hombre y de darle algo más que lo absolutamente necesario en la participación de los productos de la comunidad, de doblegar los abusos del poder del capital y del crédito, de vivificar la solidaridad contra la miseria y la desgracia, de llevar los beneficios de la economía pública allí donde el capital se muestra realmente ineficaz, a esa justificada aspiración, pueden, las reformas positivas y oportunas, dar cumplida satisfacción, sin abolir la propiedad privada del capital, sino más bien generalizando totalmente la propiedad (Ibid., págs. 123 y sigs.). De cómo ese lenguaje de reformas sociales positivas, y ese modo de razonar, ha influido en los usos de nuestros propios reformadores sociales, me he ocupado ampliamente en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, MTAS, 2003. Albert Schäffle inicialmente estuvo influenciado por la filosofía jurídica de Ahrens y de Röder; más adelante se acentúa en su pensamiento la influencia del

mo político-social, aunque el caso de Adolfo Álvarez Buylla, su proximidad al movimiento socialista era más marcada<sup>66</sup>.

Dentro del grupo de Oviedo Álvarez Buylla y Adolfo Posada habían tratado de emular los seminarios europeos, al estilo del de Schmoller y Wagner en Berlín, y con una inspiración también historicista y proclive el

---

positivismo y del organicismo biológico, lo cual entraba en contradicción con el tipo de organicismo ético y espiritualista defendido por el krausismo español. La recepción crítica de Schäffle ya se aprecia en GINER DE LOS RÍOS, F.: «Un nuevo libro de Schäffle», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1894, t. 84, págs. 5 a 29; 225 a 245, 433 a 445, y t. 85, págs. 513 a 550; «El socialismo de Schäffle», en *BILE* 19 (1895). Véase, al respecto, el ensayo de UREÑA, E.M.: «La «Escuela de Krause» y su influjo en el enfoque de la ciencia económica de Albert Schäffle», en HERRERO, M., y SCHOLZ, J. (eds.): *Las ciencias sociales y la modernización*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2002, págs. 423 a 454. Para la identificación de los caracteres ético-espiritualistas del krausismo español, véase, por todos, DÍAZ, E.: *La filosofía social del krausismo español*, Madrid, Debate, 1989; GIL CREMADES, J.J.: *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Ariel, Barcelona, 1969.

<sup>66</sup> Sobre el socialismo de cátedra y su proyección en Azcárate y el grupo de Oviedo, véase VELARDE FUERTES, J.: «El socialismo de cátedra en España. Relato de una polémica», en POPESCU, O. y otros.: *Aportaciones del pensamiento económico iberoamericano. Siglos XVI-XX*, Madrid, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1986, págs. 241 a 261; me permito remitir a mis estudios sobre el tema, *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, MTAS, 2003; y *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999. De JOSÉ PIERNAS y HURTADO hay que destacar, como mínimo, las siguientes obras: *Vocabulario de la economía. Ensayo para fijar la nomenclatura y los principales conceptos de esta ciencia*, 1.ª edición, Madrid, Imp. de V. Sáiz, 1877; 2.ª edición, Zaragoza, Julián Sanz, 1882, y la 3.ª ed., Barcelona, Manuales Soler, 1900; *Tratado de Hacienda Pública y examen de la española*, 5.ª ed., Madrid, Hijos de Manuel Ginés. Hernández, 1900, 2 tomos (la 1.ª ed., 1884-1885); *Principios elementales de la ciencia económica*, 2.ª edición, Madrid, Librería de D. Victoriano Suárez, 1903, donde se muestra partidario de la reforma social y de la intervención del Estado para proteger a las clases más débiles, incluyendo buena parte del ideario de las escuelas solidaristas y del socialismo de cátedra sobre el papel del Estado (véase señaladamente, págs. 518 y sigs.); *Consideraciones sobre el principio de la solidaridad y de sus consecuencias en el orden económico*, discurso de recepción, RACMP, Madrid, 1905, donde muestra su influencia por la dirección de pensamiento solidarista, por otra parte influenciada ella misma en sus orígenes por el socialismo de cátedra alemán, especialmente a través de la obra de Durkheim. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «Reformismo social y socialismo jurídico: Antón Menger y el socialismo jurídico en España», Estudio preliminar a la obra de MENER, A.: *El derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, Granada, Ed. Comares, 1998. De ÁLVAREZ BUYLLA, A.: *La reforma social en España*, Madrid, Imprenta Clásica Española, discurso leído en la recepción pública, Madrid, RACMP, 1917; *Estudios sobre el concepto de economía*, Madrid, 1897; *Manual de economía política*, Barcelona, 1901; *El obrero y las leyes. Estudio de la legislación protectora del trabajo en los principales países*, Madrid, 1905; «Discurso leído en el solemne acto de apertura del curso académico de 1879 a 1880 en la Universidad Literaria de Oviedo», Oviedo, Imprenta y Litografía de V. Brid, 1879. También ÁLVAREZ BUYLLA, A. y SAINZ RODRÍGUEZ, P.: *Dos discursos académicos sobre Leopoldo Alas*, Universidad de Oviedo, Ser-

socialismo de cátedra<sup>67</sup>. En esa línea todos los miembros notables de ese grupo de intelectuales fuertemente comprometidos con la reforma social, con las exigencias de su tiempo, veían en el Estado la instancia necesaria de la organización sólida de la economía nacional. Un tipo de Estado social que tendría un inequívoco componente organicista-corporativo al estilo del modo de pensar de Schäffle, del cual habían sido receptores Azcárate<sup>68</sup>, el propio Francisco Giner de los Ríos<sup>69</sup>, Adolfo Álvarez Buylla y Adolfo Posada (traductores de su difundida obra, «*La Quinta Esencia del Socialismo*»)<sup>70</sup>. Todos ellos venían a afirmar, con mayor o menor intensidad según el momento discursivo, la necesidad de la *moralización de la economía a través de la intervención del Estado y de su legislación en el proceso económico y en las relaciones sociales conflictivas. Frente al liberalismo individualista de la escuela neoclásica económica defiende la vinculación entre la ciencia económica y la ética. La economía política debería orientarse hacia una*

vicio de Publicaciones, 1986. Una perspectiva de conjunto sobre las corrientes de pensamiento reformistas de la época, en MONEREO ATIENZA, CRISTINA: *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Granada, Ed. Comares, 2007.

<sup>67</sup> Véase VELARDE FUERTES, J.: «La oleada historicista y el pensamiento económico español», en FUENTES QUINTANA, E. (Dir.): *Las críticas a la economía clásica*, Vol. 5 de *Economía y Economistas españoles*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2001, págs. 321 y sigs. También del mismo autor: *Introducción a la historia del pensamiento económico español en el siglo XX*, Madrid, Editora Nacional, 1974, y de MALO GUILLÉN, J.L.: «El pensamiento económico del krausismo español», en la obra antes citada en esta nota, págs. 389 y sigs.; ID.: *El krausismo económico español*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2005. Este último, relativiza la conexión existente entre el socialismo de cátedra y el krausismo económico, indicando que la similitud entre los socialistas de cátedra alemanes se sitúa más viene entre las características exteriores o en el talante intelectual, antes que en la doctrina económica. Y añade que «ha de señalarse que el impacto provocado por la aparición del socialismo de cátedra no supuso evolución doctrinal en el ámbito del krausismo español. Lo expresado por Buylla es substancialmente idéntico a lo que Giner y Azcárate había escrito en la década anterior» (Ibid., págs. 418-419). En su opinión los economistas españoles no defendían ninguna tesis esencialmente contradictoria con el esquema neoclásico. El ambicioso objetivo de renovar la ciencia económica sobre una base no individualista no llegó a fructificar (pág. 441). Sobre el pensamiento de Adolfo Buylla, puede consultarse CRESPO CARBONERO, J.A.: *Democratización y reforma social en Adolfo A. Buylla*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1998.

<sup>68</sup> Véase AZCÁRATE, G. DE: *Estudios económicos y sociales*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1876; *Resúmen de un debate sobre el problema social*, Madrid, Gras y Cía, 1881; «Propiedad del Estado», en *BILE*, VI, 1882.

<sup>69</sup> Véase GINER DE LOS RÍOS, F.: «Un nuevo libro de Schäffle», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LXXXIV-LXXXV, 1894; «El socialismo de Schäffle», en *BILE*, 19 (1895); «La política antigua y la política nueva», en *Estudios jurídicos y políticos, Obras Completas*, vol. V, Madrid, Espasa-Calpe, 1921.

<sup>70</sup> SCHÄFFLE, A.E.: *La quinta esencial del socialismo*, traducción y notas de Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Madrid, Gutenberg-Librería Nacional y Extranjera, 1885.

*justa distribución de los bienes materiales. Un planteamiento, quierase o no, muy propio de la joven escuela histórica alemana liderada por Schmoller, con independencia de una adscripción ni total ni explícita a la corriente del socialismo de cátedra.* El grupo de la escuela histórica nueva, con Schmoller a la cabeza del movimiento, se había caracterizado políticamente por su preocupación por las cuestiones sociales y por la crítica a las tendencias dominantes del libre cambio y del liberalismo económico. El krausismo continuando manteniéndose en ese eclecticismo que le permitía «absorber ideas foráneas» al servicio de sus propios esquemas de pensamiento y de reforma social, rehusando la realización de transformes estructurales del sistema económico; esto es, haciendo de la reforma social una eminente reforma *jurídico-política, y no estructuralmente económica.* Al tiempo este era un ideario reformista bastante caracterizador de una época de transición en los modos de organización del capitalismo organizado. Se trataba de transformar la constitución jurídico-política del trabajo, afectando tan sólo epidérmicamente en la constitución jurídico-económica realmente existente. No se pretendía, desde luego, un cambio en el modelo de producción y una transformación cualitativas de las grandes instituciones económicas caracterizadoras del capitalismo desarrollado. Su enfoque no era antiliberal, sino que se buscaban más bien un replanteamiento de los esquemas del liberalismo a través del liberalismo social. Esa evolución más decidida aparece sobre todo en Adolfo Posada y su defensa de los derechos sociales de la ciudadanía en el marco de una nueva constitución jurídico-política del trabajo: la ciudadanía social.

Pero en el plano de la política activa de reforma social el ideario de Schmoller de la escuela histórica y de la Sociedad de Política Social no dejó de ser tomado en consideración por algunos artífices de la reforma social en España, en un caso desde el liberalismo social<sup>71</sup> (José de Canalejas, 1905)<sup>72</sup> y del catolicismo social conservador de Eduardo Dato<sup>73</sup>. También se percibía esa influencia en católicos sociales conservadores como Sainz y Escartín, que se interesó en los asuntos económicos y en el papel del Esta-

<sup>71</sup> Sobre los rasgos fundamentales del liberalismo social, puede consultarse HOBHOUSE, L.T.: *El liberalismo*, edición y Estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2007.

<sup>72</sup> CANALEJAS Y MÉNDEZ, J.: *Discurso leído en la sesión inaugural de 1904-1905 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, RACMP, 1905, págs. 79 a 83; «La cuestión obrera», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, CIII, 1903; «Discurso preliminar» a BUYLLA, A., POSADA, A. y MOROTE, L.: *El Instituto del Trabajo. Datos para la historia de la reforma social en España*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 1902; reed, facsímil, Prólogo de S. Castillo, MTSS, 1986.

<sup>73</sup> DATO IRADIER, E.: *Justicia social*, discurso leído en la recepción pública ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, RACMP, 1910, págs. 42 a 68.

do para resolver la cuestión social<sup>74</sup>, y en autores fuertemente marcados por el historicismo como es el caso destacado de Joaquín Costa y los autores regeneracionistas<sup>75</sup>. Estos políticos liberales, unos (Canalejas; Costa), y conservadores los otros dos (Datos; Sainz y Escartín) consideraban la intervención del Estado como una exigencia de orden público y de justicia social. Con todo, el proceso de recepción del pensamiento y de las propuestas de la escuela historicista fue significativo en nuestro país, en el marco de una amplia circulación de ideas sobre la organización de la economía y la reforma social, para cuya solución la reforma social tenía que aportar soluciones técnicas útiles y de viable realización, pero partiendo de una neutralización progresiva del antes afirmado principio del «laissez faire». Se «importaba» ese ideario y la experiencia de los países más avanzados en este campo al servicio de la articulación de propuestas de modernización científica y de reforma social. No se trata, de este modo, de una recepción, en términos generales, meramente especulativa y teórica.

Las obras de Schmoller eran conocidas por los economistas españoles, y en algunos casos se realizaron traducciones de varias de ellas<sup>76</sup> y de algunos miembros destacados de la joven escuela histórica alemana; y es harto significativo que no para simples especulaciones de la teoría económica, sino precisamente en el campo de la ciencia práctica. El caso más paradigmático fue el del schmolleriano<sup>77</sup> Heinrich Herkner (1863-1932), con su influyente libro sobre *La cuestión obrera*<sup>78</sup>. La influencia marca profunda-

<sup>74</sup> SANZ Y ESCARTÍN, E.: *La cuestión económica*, Madrid, Impr. Pérez Dubrull, 1890.

<sup>75</sup> Véase BIESCAS FERRER, J.A.: «El pensamiento económico y acción política en Joaquín Costa», en VVAA, *En homenaje 1846-1911. Joaquín Costa*, Zaragoza, Diputación General de Aragón, Departamento de Economía y Hacienda y Departamento de Cultura y Educación, 1986; ORTÍ, A.: *En torno a Costa*, Madrid, Ministerio de Agricultura, 1996.

<sup>76</sup> Un buen exponente de ello son los ensayos que integran la obra que tiene el lector ante sí.

<sup>77</sup> HERKNER, H.: «Gustav Schmoller als Soziologe», en *Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik*, vol. 18, III, serie, vol. 63, 1922, págs. 1 y sigs.

<sup>78</sup> HERKNER, E.: *La cuestión obrera*, traducción de la 6.ª edición alemana por Faustino Ballvé, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1916. Herkner fue catedrático de Economía en la Universidad de Berlín, sucediendo a Schmoller en dicha cátedra. En la línea política de Schmoller, el autor señala que «si nos preguntamos qué organización política abre mayores esperanzas de mejoramiento de la situación de la clase obrera, contestaremos que en nuestro concepto es una monarquía fuerte, por lo menos en los grandes estados. No sólo los escritores conservadores han expuesto la misión social de la corona, sino que también escritores socialistas como Robdbertus y liberales como L.Stein participan de la misma opinión» (Ibid., pág. 43). Ahora bien, apunta también que «la reforma social no se propone solamente el mejoramiento de la situación económica de las clases obreras, sino también la elevación de las mismas a un más alto nivel espiritual y moral. Y esa elevación sólo puede conseguirse a través de una lucha enérgica y paciente de la clase obrera por su reivindicación». Lo que se producía ya en ese periodo era «la mezcla de elementos e instituciones monárquicas, aristocráticas y democráti-

mente la evolución de la política social, como se refleja en L.Heyde, en un período de consolidación e institucionalización de la política social como disciplina en Alemania<sup>79</sup>. En no pocos aspectos se puede considerar como schmolleriano a Francisco Gutiérrez-Gamero, Catedrático de la Escuela Industrial de Madrid, que escribió un importante libro, *Legislación industrial*, verdadero tratado sobre las cuestiones sociales y las grandes instituciones del trabajo<sup>80</sup>. Desde el punto de vista de sus pretensiones reconstructivas esta obra era el mejor intento de abordar la problemática de la cuestión y de sus respuestas institucionales al estilo del conocido libro de Paul Pic en Francia<sup>81</sup>. Tampoco es irrelevante la recepción de autores distintos a la escuela histórica alemana, pero especialmente sensibles a dicha escuela o críticos lúcidos de la misma. Un caso significativo es el A. Loria, de orientación socialista, y especialmente crítico respecto a las teorías de Schmoller, al cual critica tanto desde el punto de vista científico como desde la perspectiva

cas» produciendo «también por lo general, excelentes resultados» (Ibid., págs. 44-45). Señalar, por cierto, que Schäffle y Adolfo Wagner, representaban la misma línea conservadora en materias políticas, pero se separaban respecto al problema de la protección arancelaria a la agricultura. Adolfo Wagner era el representante más ilustre y consecuente del socialismo de Estado, o sea de la teoría que espera la solución de los problemas capitales, de la nacionalización o municipalización de los servicios. Gustavo Schmoller, eminente político y economista, reduce la importancia del marxismo «a su espíritu evolucionista, al reconocimiento de la estrecha relación existente entre las formas económicas de producción y de vida con la formación de las clases y la constitución política, y en el reconocimiento de la importancia primordial del conflicto entre el industrial y sus obreros, y de que las nuevas formas de la industria significan una creciente socialización de la misma». En este punto, como en el relativo a los *medios de incorporar a la clase obrera al orden político y social creado por la historia*, coincide Schmoller con Brentano y el liberalismo. Pero, fundándose en profundos estudios históricos, atribuye una importancia peculiar a la monarquía y a la burocracia como factores de progreso y como defensores de la autoridad y de la autonomía del Estado contra las influencias de clase. De estos elementos espera también en gran parte el mejoramiento de la situación del proletariado. Sus ideas están definitivamente expuestas en la segunda parte de sus *Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre*, Leipzig, 1904.

<sup>79</sup> Véase la influyente obra, traducida al castellano, de HEYDE, L.: *Compendio de política social*, Barcelona, Editorial Labor, 1931.

<sup>80</sup> GUTIÉRREZ-GAMERO, F.: *Legislación industrial*, 2 tomos, Madrid, Imprenta de F. Moliner, 1914. En él influye la noción schomolleriana de «justicia» e «injusticia económica» y, desde luego, la exigencia de intervención del Estado en los asuntos sociales. No obstante, Gutiérrez Gamero se aleja bastante del enfoque conservador que es propio del «socialismo de cátedra» como corriente de pensamiento económico-jurídico.

<sup>81</sup> Paul Pic estaba especialmente próximo al solidarismo socio-jurídico. Véase PIC, P.: *Tratado Elemental de legislación industrial*, t. I, trad. de J.J. de Urquiza, Ed.Reus, Madrid, 1941-1942. Es la traducción del primer tomo de esta excelente obra; traducción ciertamente tardía de un libro que, sin embargo, venía siendo consultado en nuestro país en las distintas ediciones originales en francés. No se llegaría a traducir en segundo tomo. Las circunstancias del nuevo régimen de la dictadura de Franco no eran proclives para ello.

política, pues destaca su enfoque conservador, unilateralmente dirigido a legitimar un sistema imperial-burocrático desvinculado del control parlamentario <sup>82</sup>.

Pero con harta frecuencia se olvida la influencia de los socialistas de cátedra en el pensamiento de un autor tan relevante como Durkheim. Durkheim había recibido la influencia alemana, especialmente de Schäffle cuya concepción organicista de la sociedad influyó vivamente en la formación de su pensamiento (señaladamente, su idea de «solidaridad orgánica») <sup>83</sup>. El solidarismo francés mantenía en no pocos aspectos enfoques análogos a los sustentados por los socialistas de cátedra. Realzaba la necesidad de establecer una forma nueva de Estado, el Estado social, y que todos los individuos que componen el organismo social tienen una deuda social (deber social) respecto a la sociedad. Pero realzaban también la relevancia de la economía social <sup>84</sup> y el papel de «cuerpos intermedios», especialmente el papel de las organizaciones profesionales. Se aceptan ciertas constricciones del orden establecido, mejorando la posición de las clases trabajadoras. Por

<sup>82</sup> Véase LORIA, A.: *Gustavo Schmoller*, en «Nuova Antologia», IV S, CXIV, 1904, págs. 597-606. En nuestro país se tradujo la obra de LORIA, A.: *Las bases económicas de la constitución social*, 3.ª edición completamente reformada, traducción y prólogo de Baldomero Argente, 2 vols., Barcelona, El Consultor Bibliográfico, 1931. Significativamente Loria se ocupa de las «Bases económica de la moral» (vol. 1, págs. 49 y sigs.), aunque el análisis se realizó desde la perspectiva del materialismo histórico. Sobre el pensamiento de Loria, FAUCCI, R.: «Revisione del marxismo e teoría económica della proprietà in Italia, 1880-1900. Achille Loria (e gli altri)», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, V-VI, 1976-77, págs. 587-680.

<sup>83</sup> Durkheim se ocupó de estudiar a Schäffle, así, los ensayos «Organisation et vie du corps social selon Schäffle», (1885), y «Le programme économique de Schäffle» (1888), ambos en *Textes*, t. I, *Éléments d'une théorie sociale*, Présentation de Victor Karady, París, Les Éditions de Minuit, 1975, págs. 355 y sigs., y 377 y sigs. Véase LUKES, S.: *Émile Durkheim, su vida y su obra*, Madrid, CIS, 1984. Véase al respecto MONEREO PÉREZ, J.L.: «Cuestión social y reforma moral: Las "Corporaciones profesionales" en Durkheim», Estudio preliminar a la obra de DURKHEIM, E.: *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y derecho*, Granada, Ed. Comares, 2006, y en coautoría con JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Estudio preliminar a DUGUIT, L.: *Manual de Derecho constitucional*, Granada, Ed. Comares, 2005. Una perspectiva crítica al respecto, DONZELOT, J.: *L'Invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, París, Fayard, 1984.

<sup>84</sup> Autores como Ch. Gide otorgaron una particular atención a la economía social, al movimiento cooperativo. Véase GIDE, CH.: *Las aplicaciones sociales de la solidaridad*, París, Alcan, 1904; *Cours d'Économie Politique (1909)*, París, Recueil Sirey, 1926. Charles Gide, solidarista en economía, había mantenido contactos con la otra escuela histórica de economía, Schmoller, socialista de cátedra. Gide había dirigido la *Revue d'économie politique*. Aunque les diferenciada el papel del Estado, estaban, sin embargo, de acuerdo en la necesidad de una reforma de las bases socio-económicas de la sociedad. Sobre el solidarismo en la teoría económica, puede consultarse BRETON, y LUTFALLA, M. (dirs.): *L'économie politique en France au XIXe siècle*, París, Economica, 1991.

ello eran más moderadamente estatistas, a diferencia de los socialistas de cátedra que significativamente eran conocidos dentro de la tendencia general del «intervencionismo» como partidarios del «socialismo de Estado»<sup>85</sup>. Ahora bien, los solidaristas mantienen una diferencia fundamental respecto a los socialistas de cátedra consistente en la afirmación de que el Estado y su orden jurídico no han de superponerse a la Sociedad. Por ello, lejos de absorber en sí todos los vínculos sociales, el Estado mismo debe ser yuxtapuesto a las otras asociaciones, y debe ser reintegrado en la Sociedad, no absorberla. En este sentido Bourgeois había subrayado que no se puede tratar de pedir al Estado que resuelva el problema social por vía de autoridad pública. La regulación social, la ley social, no es tanto una ley social hecha por el Estado, sino ante todo y sobre todo la expresión del acuerdo habido entre los hombres para determinar las condiciones de su vida en sociedad. De ahí que se pueda demarcar una diferencia nítida entre «el socialismo de Estado» alemán propuesto por el socialismo de cátedra y el solidarismo jurídico-social francés: mientras que el solidarismo concibe los poderes sociales supremos bajo el tipo de «poderes de arbitraje», el socialismo de Estado tendería a absorber el poder «judicial» mismo del Estado en el poder administrativo del Estado intervencionista (Celestin Bouglé). De este modo, la reintegración del Estado en el seno mismo de la Sociedad y la concepción del poder público como «poder de arbitraje», abren —observó Guvitch— ampliamente el camino al ideal del pluralismo de órdenes equivalentes y basados cada uno en el principio de integración pura, ideal presentado, entre tantos otros autores, por los solidaristas, sin demasiada precisión. El resultado de la carrera de Bourgeois, su papel central en la elaboración de los estatutos de la Sociedad de Naciones, la aplicación por él del principio de la solidaridad a la solución de los problemas del derecho internacional, que vienen a limitar el derecho estatal, confirman nuevamente el verdadero sentido de la doctrina solidarista<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Hay que tener en cuenta que la denominación de «socialismo de Estado» no les convertía en absoluto en socialdemócratas. Es de realzar, al respecto, que en el mismo *Programa de Erfurt* establecía contundentemente que: «El Partido Socialdemócrata no tiene nada de común con lo que se viene denominando *socialismo de Estado*, que supone un sistema de explotaciones por el Estado con un objetivo fiscal; sistema que sustituye a los empresarios por el Estado, quine, de este modo, reúne en una sola mano la potencia de la explotación económica y la opresión política». Cfr. ENGELS, F.: *Crítica del programa de Erfurt*, Estudio preliminar de Ricardo Aguilera, Madrid, Editorial Ayuso, 1975, págs. 60-61. Véase al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999.

<sup>86</sup> GURVITCH, G.: *La idea del derecho social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Edición y Estudio Preliminar, «La idea del «Derecho Social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch», Granada, Ed. Comares, 2005, págs. 646-647.

Los solidaristas, insistirían también, por supuesto, en el compromiso —deber— del Estado de garantizar un derecho mínimo de existencia de los ciudadanos<sup>87</sup>. La «deuda social» deriva de la solidaridad de hecho a través de la idea del «cuasi-contrato de asociación que vincula a todos los hombres. La noción de cuasi-contrato implica aquí el reconocimiento libre por parte de cada interesado de los vínculos de la solidaridad necesaria y no consentida previamente, que se le imponen a él. El cuasi-contrato está llamado a transformar la solidaridad natural en una solidaridad moral y jurídica. El cuasi-contrato conduce, así, a una organización que «mutualizaría» entre todos los hombres las ventajas y los riesgos de la solidaridad natural. Es la realización de la «fraternidad mutualizada». Con todo, el Estado se constituye sencillamente en el «órgano de acción común» entre los hombres asociados a una obra común y obligados los unos a los otros por las necesidades de un objetivo común dentro de una diversión del trabajo social, en cuyo marco el Estado es un asociación de colaboración y un orden de integración estricto. Buscaban una tercera vía entre el socialismo y el liberalismo individualista, siendo la solidaridad institucionalizada la base para restablecer la cohesión social, en el marco de la instauración de una República laica, solidaria y democrático-social, ya que la democracia no es simplemente un procedimiento abstracto de formación de decisiones públicas,

<sup>87</sup> Véase BOUGLÉ, C.: *Solidarisme et libéralisme. Reflexions sur le mouvement politique et l' éducation morale*, París, 1905, págs. 25 y sigs. Celestín Bouglé, era discípulo de Durkheim. Véase DUPRAT, G.-L.: *La Solidaridad Social. Sus causas, su evolución, sus consecuencias.*, trad. trad. F. Peyró Carrio, Madrid, Daniel Jorro. Editor, 1913, subrayando también el papel de la cooperación y de la mutualidad (cap. V, págs. 341 y sigs.), y el papel de la educación de la solidaridad social (cap. VI), en unos términos discursivos que podría asumir sin dificultad los integrantes del «grupo de Oviedo» y autores especialmente vinculados al krausismo y comprometidos con la reforma social, como es el caso señalado de Leopoldo Palacios. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Crítica social republicana y reformismo político-jurídico: Leopoldo Palacios Moroni (1876-1952)», en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 134 (2007), págs. 307 a 358. Observa Duprat que «el Estado, producto de la solidaridad social, debe intervenir en todo momento para proteger al individuo contra fuerzas colectivas siempre inclinadas a imponer su dominación. Mas, par que el Estado represente ese papel de libertador, es preciso que se extienda entre los que constituyen la nación soberana el conocimiento de los peligros de la coacción social y el de los deberes del legislador. Debe suscitarse la reflexión humana por medio de los escritos de los pensadores, las enseñanzas de los psicólogos y de los sociólogos, las advertencias de los moralistas, sobre los problemas de la solidaridad: una educación de los seres solidarios, como tales, se hace indispensable. En la escuela, el maestro debe estimular la cooperación (Ibid., págs. 373 a 379). Por lo demás, «la instrucción dada a todos no es solamente un medio de preparar a los individuos para una solidaridad de orden superior, es, en la educación social, lo que más claramente atestigua la solidaridad en el tiempo. Las generaciones tienen el deber de transmitir, sin cesar acrecido, a la las que les sigan el capital colectivo legado por las pasadas, pues las sociedades ofrecen en su vida una continuidad análoga a la de los organismos individuales» (Ibid., págs. 380-381).

es también un modo de participación en la vida colectiva y de redistribución de los recursos disponibles; un instrumento para garantizar los derechos de protección social de los individuos<sup>88</sup>. Ello condujo de suyo a la defensa de un reformismo democrático en el plano jurídico y socio-económico.

La influencia de Schmoller ha sido persistente en nuestro país. Autores como Manuel de Torres y, especialmente, Federico Rodríguez, han recibido la influencia de su pensamiento. El primero, Manuel de Torres, catedrático de Teoría Económica de la Universidad de Madrid, afirmaba la «moral económica» y el intervencionismo estatal. De Torres relativiza el tema: «Lo que yo mantengo —dice— es la necesidad de que teólogos y economistas complementen su actividad, y sean éstos los que planteen el problema y aquéllos quienes lo resuelva; lo que yo niego es que el teólogo puro pueda plantear correctamente el problema económicosocial y que el economista, como tal, tenga la menor autoridad para resolverlo». Manuel de Torres no encuentra una contradicción entre liberalismo e intervencionismo: «el intervencionismo en el campo económico social surgió precisamente para lograr los mismos fines que constituyeron la suprema aspiración de los teóricos liberales; que la diferencia sustancial entre liberalismo e intervencionismo económicos radica sólo en los medios y existe, por el contrario, un extraordinario paralelismo en los objetivos»<sup>89</sup>. Da la razón a Schmoller cuando pone de manifiesto las graves consecuencias sociales negativas del libre mercado. Pero el error del sistema liberal no radicaba en la doctrina en sí: «Los defectuosos resultados del liberalismo provienen, por consiguiente, de que el *modelo* que utilizó no correspondía a las condiciones de la vida. Pero el modelo liberal era económicamente válido y hasta moralmente correcto». Para él existe una vinculación entre la moral y la economía: «la autoridad económica y la autoridad social están obligadas a guardar la ley moral de la justicia en sus esferas propias de acción». Afirma, por lo demás, «el principio de subordinación de la autoridad a la ley moral». El Estado intervencionista «aspira a establecer el dominio integral de la justicia»<sup>90</sup>. El caso de Federico Rodríguez, y su conexión con el enfoque de Schmoller, es mucho más nítido<sup>91</sup>. Como Schmoller entiende que la política social concierne a la moralización de la actividad económica, esto es, a la inserción en ésta de

<sup>88</sup> Véase BOUGLÉ, C.: *Le solidarisme*, París, V. Girard y E. Birère, 1908, págs. 69-70.

<sup>89</sup> DE TORRES, M.: *Teoría de la política social*, Madrid, Aguilar, 1949, pág. 300.

<sup>90</sup> DE TORRES, M.: *Teoría de la política social*, cit., págs. 304 y 310. Pero llega a una conclusión arriesgada y peligrosa cuando afirma que «Esto nos lleva a una conclusión que puede parecer extraordinariamente reaccionaria, pero que se desprende con implacable lógica; a la conclusión de que el Estado intervencionista, por su propia naturaleza, tiene que ser un Estado confesional, por lo menos confesional en el orden moral» (Ibid., pág. 312).

<sup>91</sup> Véase RODRÍGUEZ, F.: *Introducción en la política social*, 3 vols., Madrid, Fundación Universidad Empresa-Civitas, 1979, 1984, 1990.

criterios de justicia social<sup>92</sup>. La ciencia de la economía política debería permitir al Estado la instrumentación de una política económico-social orientada a establecer una justa distribución de los bienes materiales. La reforma social permitiría eludir el recurso a la lucha de clases que conduciría a un callejón sin salida, siendo capaz de integrar a la clase trabajadora en la dinámica político-institucional del sistema establecido y garantizar el orden y la paz social de modo duradero.

Para Schmoller «debe procurarse que tengan un sentido estrictamente científico las reformas parciales que han mentido a Alemania en el camino del progreso»<sup>93</sup>. Opta por la solución científica de los problemas sociales. Se trata de llevar a cabo las bases de ciencias sociales operativas que permitiera fundar las nuevas relaciones entre el Estado y la Sociedad, en un sentido más propio del Estado social. De ahí que Schmoller se preocupara, antes que ningún otro, por una constante vinculación entre la investigación científica y la movilización política, sobre los tres planos de la opinión pública (con los «*Schmollers Jahrbuch*»), de la enseñanza universitaria (con el grupo de los «socialistas de cátedra») y de las instituciones (a través de la «*Verein für Sozialpolitik*») <sup>94</sup>. Sobre ello tenía que basarse una ciencia moral de la economía. Por ello también su exacta calificación de su enfoque como realista y ético en economía. El énfasis en el componente ético de la economía pretendía dar un giro en una dirección precisa: se trataba de situar en el centro de las consideraciones económicas no ya los «bienes» sino al «hombre». En coherencia se trataba de acentuar el papel del Estado, como entidad política superior a las diversas facciones en lucha, en su calidad del más importante organismo ético para la educación del género hu-

<sup>92</sup> RODRÍGUEZ, F.: *Introducción en la política social*, vol.1, pág. 8. Lo que pone de relieve, oportunamente, MOLINA CANO, J.: *La política social en la historia*, Murcia, Ediciones Isabor, 2004, pág. 225.

<sup>93</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., pág. 225.

<sup>94</sup> Véase la obra colectiva, que recoge, con excelente aportaciones de la doctrina alemana e italiana, la influencia de Schmoller tanto en Alemania como en Italia, SCHIERA, P. y TENBRUCK, F. (coord.): *Gustav Schmoller e il suo tempo: la nascita delle scienze sociali in Germania e in Italia-Gustav Schmoller in seiner Zeit: die Entstehung der Sozialwissenschaften in Deutschland und Italien*, Bologna, Società editrice il Mulino-Berlín, Duncker & Humblot, 1989. También, en una perspectiva más generalista, GOZZI, D.G.: *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento* (Annali dell' Instituto storico italo-germanico in Trento, Monografía 9), Bologna, 1988. Para la incidencia de la escuela histórica de la economía en los artífices de la elaboración de la legislación social en Italia, puede consultarse CAZZETTA, G.: «Leggi sociali, cultura giuridica e origine della scienza giuslavoristica in Italia», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, 1988, págs. 155 a 263, y las distintas aportaciones realizadas en la primera obra citada en la presente nota, y especialmente el ensayo de Gozzi, G.: «Ideología liberale e politica sociale: il socialismo della cattedra in Italia», págs. 181 a 216.

mano. Es la matriz ética del reformismo en los campos interrelacionados de la economía y de la política social y jurídica. En la medida en que la cuestión social se convierte en cuestión política, se requieren nuevas formas de ordenación social y un nuevo papel del Estado en la Sociedad. El Estado debe ser un Estado «económico» (de «servicio público», diría, después Duguit, y «administrativo», como lo calificaría E. Forsthoff)<sup>95</sup>. La «ciencia especial de la economía política» (*Volkswirtschaftslehre*) debería cumplir en gran medida esa función<sup>96</sup>. El método de la economía política es el procedimiento, fundado sobre principios científicos, que debe servir para llegar a un conocimiento siempre más perfecto de la economía nacional, sobre la base del cual organizar una política de reforma social. En este sentido la ciencia de la economía política no es especulativa. Las teorías y los sistemas de economía política y de política social están siempre hasta cierto punto necesariamente contruidos sobre cierta concepción del mundo y de la historia. La ciencia económica ha de centrarse en la investigación del proceso de desarrollo económico-social nacional. En la medida en que el científico se ocupe de política práctica, o en que él proponga ideales prácticos de acción, quedará más evidenciado el hecho de que su verdad no será apreciada como tal por la generalidad de los hombres. Esto es cierto, lo mismo del socialismo de Estado de Ad. Wagner, como de las concepciones sindicalistas de Brentano, de los planes moderados de reforma de la Sociedad de Política Social, como de los planes de reformas radicales de la Sociedad Fabiana. La objetividad en el conocimiento científico es relativa y constituye, sin duda, una aspiración. Todos los juicios que se formulan sobre los grandes fenómenos históricos, sobre la formación y la desaparición de los Estados, sobre las revoluciones sociales, sobre los progresos o el retroceso económico, aun cuando se basen en cierto conocimiento exacto de las cosas, son fruto de deducciones apoyadas en premisas teleológicas, en la idea que se han formado del mundo y de la historia, y que difiere con cada individuo y con sus maneras de ver. Esto no será nunca más que aproximacio-

<sup>95</sup> Véase DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Estado*, trad. Adolfo Posada, Madrid, Fernando Fé, 1909; *Manual de Derecho constitucional*, trad. A. Acuña, y est.prel., de J.L.Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Ed. Comares, 2005; *Las transformaciones del derecho público y privado*, trad. de Adolfo Posada y A. Jaén, y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Ed. Comares, 2007. Para Ernest Forsthoff y su concepción del Estado social como Estado administrativo, puede consultarse, aunque en una perspectiva crítica, sus ensayos en FORSTHOFF, E.: «Problemas constitucionales del Estado social», y «Concepto y esencial del Estado social de Derecho», en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K.: *El Estado social*, trad. J.Puente Egidio, Madrid, CEC, 1986, págs. 43 y sigs., y 69 y sigs., respectivamente; *El Estado de la sociedad industrial*, trad. L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Madrid, 1975.

<sup>96</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., págs. 235 y sigs.

nes, ensayos provisionales; no tienen nada de esta evidencia de verdad que caracteriza a la ciencia, y que obliga a cada uno a llegar a las mismas conclusiones. La ciencia rigurosa *tiende* a conseguir este gran resultado; trata de llegar a la consecución de verdades irrefutables, y ya lo ha conseguido para los fenómenos más sencillos. Sin embargo, la ciencia rigurosa exige de nosotros alguna resignación respecto a la verificación de grandes verdades sobre asuntos más complejos.

Por otra parte, para él, el objetivo último de todo saber es de orden práctico<sup>97</sup>. Las aportaciones científicas *deberían constituir una forma de legitimación ideológica de las soluciones de política de reforma social adoptadas. Partiendo, con todo, de que el orden económico es un orden moral, y de una necesaria centralidad del Estado y de la política constitucional del trabajo, porque el factor político-constitucional es para el socialismo de cátedra un elemento fundamental para la resolver la cuestión social. Schmoller había defendido «una reglamentación, por así decirlo, constitucional de la gran industria», que asegurará al obrero contra la influencia que en daño suyo pueda ejercer la organización de la fábrica; la permitirá que forme parte de los consejos de disciplina, sin los cuales la fábrica y la gran explotación agrícola no podrían subsistir, pero que en su forma actual son abusivos». Por ello protesta contra una división del trabajo que tiende a hacer del trabajador una simple rueda de engranaje. En este sentido sería necesario democratizar la fábrica y proteger efectivamente al trabajador<sup>98</sup>. La constitución liberal individualista debería ser desplazada por la constitución jurídico-social del trabajo, a través de la programación de una completa legislación socio-laboral, en la que el propio Schmoller se implicó directamente<sup>99</sup>, desde un enfoque organicista social respecto de una necesaria*

<sup>97</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., págs. 256-257.

<sup>98</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., págs. 140 y sigs.

<sup>99</sup> No fue sólo él, todos los integrantes de la escuela histórica alemana, acabaron por hacerlo es el caso de Lujo Brentano, de Adolph Wagner y de A. E. Schäffle (cuyo pensamiento podía confluir en estos objetivos con los postulados de dicha escuela económica). Véase BRENTANO, L.: *La question ouvrière*, París, Librairie des Bibliophiles, 1885; WAGNER, A.: *Les fondements de l'Économie Politique*, 5 vols., París, V. Giard et E. Brière, 1904. Véase SCHÄFFLE, A.E.: *La quinta esencial del socialismo*, traducción y notas de Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Madrid, Gutenberg-Librería Nacional y Extranjera, 1885. Los traductores —krausistas eminentes— realzan que la sociedad es considerada por Schäffle como organismo, más bien como lo considera Krause que Spencer (Prólogo, págs. VI-VII). En todo caso conviene anotar que Herbert Spencer criticaría el intervencionismo público y la reforma social, pues ello suponía una alteración de la evolución y de la naturaleza del proceso de adaptación en la constante lucha por la existencia. Esa actitud de resignación se refleja en su obra SPENCER, H.: *El individuo contra el Estado* (1884), 2.ª ed., traducción y Prólogo de L. Rodríguez Aranda, Buenos Aires-Madrid, 1960, el cual mantiene una teoría evolucionista de fuerte influencia lamarckiana, y que le permitió trasladar la teoría de la lucha por la existencia desde el mundo natural hacia

reforma social de base intrínsecamente constitucional: una legislación que atribuye a la clase trabajadora un nuevo estatuto jurídico-social. La gran contribución de la joven escuela histórica de economía alemana y de la Asociación de Política Social, fue poner de relieve las insuficiencias económicas y sociales del liberalismo individualista (de la economía neoclásica y de Escuela manchesteriana) partidario del «laissez faire» y contrario a la intervención del Estado en la economía y en la cuestión social. Debería avanzarse en la construcción del Estado social que introdujera garantías sociales y racionalizara el mercado. En realidad, los postulados del «socialismo de cátedra» acabaron por influir en todos los países desarrollados que estaban llevando a cabo un proceso de cambio del modelo de modernización liberal «restringida» al paradigma de modernización social, con la construcción del Estado social. Ello suponía la formación de una nueva constitución jurídico-social del trabajo asalariado como solución de compromiso entre las distintas opciones políticas y la consiguiente integración político-institucional del movimiento obrero. Es de realzar que esa influencia fue especialmente destacada en los artífices políticos y teóricos doctrinales del reformismo social europeo.

Pero dentro de su limitadora (señaladamente desde el punto de vista de la introducción de límites en el proceso de democratización del sistema li-

---

el ámbito de las relaciones económicas y sociales. La recepción por el krausismo-positivismo español del pensamiento de Schäffle se producir, por así decir, de modo natural, por lo que tiene de coherente. En efecto, el pensamiento de este autor entroncaba con el movimiento de ideas despertado precisamente por la escuela krausista y germanista, recibiendo por la ciencia económica alemana una aplicación por Karl Marlo y Albert Schäffle. Mantienen una concepción orgánica de la sociedad contraponiéndola a la concepción atomística del liberalismo individualista. Karl Marlo defendería el «federalismo social», concebido como el socialismo verdadero. Schäffle se inserta en la escuela ético-orgánica. En calidad de tal ha mezclado de la forma más ecléctica la idea de organismo espiritual de Krause-Ahrens-Marlo, con la organología biológica, y ha intentado conciliar el idealismo de sus maestros alemanes con el positivismo de Spencer e incluso de Darwin. Para él el Estado no es más que un sector del organicismo moral de la sociedad, entre muchos otros. Por ello se opuso al centralismo estatista que atribuye a la social-democracia, al cual opone la idea de autogobierno del trabajo profesional. Esto le separa también de las posiciones mantenidas por los socialistas de cátedra, básicamente estatistas. Schäffle no reduce el problema de la sociedad organizada a una reforma de la representación política en el Estado, sobre base corporativa. Él exige, paralelamente a la institución de un parlamento político de dos Cámaras, donde una debe tener carácter profesional y la otra debe ser formada a través del voto universal, el establecimiento de un parlamento económico universal que represente el resultado de la sociedad organizada. En la base de la representación propiamente económica, se debe situar a las cámaras industriales y comerciales, constituidas de forma paritaria por representantes de patrones y asalariados. Cfr. GURVITCH, G.: *La idea del derecho social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Edición y Estudio Preliminar, «La idea del «Derecho Social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch», a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares, 2005, págs. 558 y sigs.

beral) teorización, formulada antes por Lorenz von Stein, de una «monarquía de reforma social», que pudo ser perfecto soporte de la misión de la institución monárquica durante la época bismarckiana<sup>100</sup>. La concepción ética del Estado y de su papel activo en la regulación de las cuestiones económicas y sociales, permite a Schmoller aceptar la *lógica de la razón de Estado que guiara la política social y económica de Bismarck*<sup>101</sup>. No se puede ignorar que el modelo político-reformista de Schmoller, y de su escuela de pensamiento económico-social, estaba impregnado de una acentuada *concepción autoritaria del Nuevo Estado ético-social*, con la consiguiente extensión de las funciones del Estado en los distintos ámbitos de la vida social. En todo caso, el pensamiento de Schmoller y de Wagner no era refractario el sistema democrático parlamentario, aunque dentro de él preferían el régimen de la monarquía parlamentaria. Por lo demás, conviene no perder de vista que el socialismo de cátedra acabó por influir en todos los países desarrollados que estaban llevando a cabo un proceso de cambio de la modernización liberal a la modernización social con la formación de una constitución social del trabajo asalariado y como solución de compromiso entre la distintas opciones políticas y la consiguiente integración del movimiento obrero sobre la base de esa nueva constitución jurídico-económica. De este modo, no se puede desligar su actividad científica respecto de un preciso proyecto político de reforma constituyente del régimen político liberal. Actividad científica e ideología van unidas en el proceso encaminado a implantar un nuevo orden jurídico-social y económico. En ese proceso se atribuye un papel central al Derecho en la regulación de los procesos económicos y en las relaciones sociales. Hay aquí, más allá de sus innegables diferencias, un punto de conexión con la diversa corriente de pensamiento conocida como «socialismo jurídico»<sup>102</sup>. Estado y Derecho son elementos o factores activos de la ordenación de la economía y de las relaciones de trabajo.

<sup>100</sup> Véase al respecto SCHMOLLER, G.: «Die Eisenacher Versammlung zur Besprechung der sozialen Frage und Schmoller's Eröffnungsrede, en *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, XX, 1873, págs. 9 y 12; ID.: «Halbtpflicht und Unfallversicherung», en *Schmoller Jahrbuch*, NF, V, 1981, pág. 310; «Die sociale Frage und der preuBische Staat», en *PreuBische Jahrbücher*, XXXIII, 1874, pág. 342. Sobre la posición activa de Schmoller en relación a la legislación social puede consultarse GOZZI, G.: *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento* (Annali dell' Istituto storico italo-germanico in Trento, Monografía 9), Bologna, 1988, espec., págs. 172 y sigs.

<sup>101</sup> Véase SCHMOLLER, G.: *Charakterbilder*, München-Leipzig, 1913, donde se recopilan algunos ensayos sobre la política social de Bismarck.

<sup>102</sup> Sobre los presupuestos y fundamentos del socialismo jurídico y sus diferencias con otras corrientes de pensamiento, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «Reforma social y socialismo jurídico», Estudio Preliminar a MENGER, A.: *El derecho civil y los pobres*, Granada, Ed.Comares, 1998; ID.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed.Trotta, 1999.

Como se puede comprobar, este enfoque sobre la posibilidad de un conocimiento objetivo en las ciencias sociales entraba en abierto conflicto con otro de los miembros integrantes de la Sociedad para la Política Social, Max Weber, que afirmaba justamente lo contrario a lo que argumentaba Schmoller: que es posible alcanzar un conocimiento científico objetivo que pueda ser asumible, por irrefutable, por toda la comunidad científica. La ciencia puede aspirar a sugerir los principios de la acción política<sup>103</sup>. Schmoller estaba impregnado de la ilusión de que las razones de la ciencia podían identificarse con las de la política; creía en una ciencia económica vinculada al mundo de los valores, a diferencia de Max Weber que afirmaba la exigencia metodológica de elaborar una ciencia social (incluyendo la ciencia económica y el Derecho) separadamente nítidamente de los valores y de la política. Entiende, frente a Weber, que en la exigencia de preferir la realidad frente a la proclama de unos ideales hay un núcleo justificado. No todos los juicios de valor son subjetivos; pueden serlo, pero junto a los subjetivos se dan también juicios de valor objetivos, en los que no sólo toman parte los individuos y las personas cultas, sino grandes comunidades, pueblos, épocas y el mundo todo de la cultura. Quien piense en los juicios e ideales de clase, partido o intereses, dará la razón a Max Weber; más quien crea en el triunfo creciente de los juicios objetivos sobre los ideales parciales éticos y políticos en la ciencia y en la vida, no pensará tan desdeñosamente como él acerca de su penetración audaz en la ciencia. Pensaba que el proceso de diferenciación social conduciría a una progresiva objetivación, cada vez más fuerte, de los juicios de valor humanos: el juicio de valor moral se desarrolla históricamente a través de la visión clarificada de la importancia y de las consecuencias que tienen tanto las actuaciones como las instituciones sociales; la experiencia técnica, económica, sociopolítica, al igual que la individual-psicológica, trabaja sin cesar en el perfeccionamiento del conocimiento ético y, por consiguiente, en el triunfo de bien de la comunidad («La economía nacional, la doctrina de la economía política y su método»)<sup>104</sup>. Es

<sup>103</sup> Para Weber la ciencia no podía formular normas e ideales de los cuales puedan derivarse orientaciones para la praxis, para la acción. Frente a ello Schmoller pensaba que los juicios de valor no son sólo, contrariamente a lo que afirmaba Weber, de tipo subjetivo, ya que existían también juicios de valor «objetivo» de los cuales participan no singulares personas, sino comunidades, pueblos, épocas. Respecto a la posición de Weber, véase WEBER, M.: *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1973; MOMMSEN, W.: *Max Weber. Sociedad, política e historia*, Barcelona, Ed. Laia, 1981; FARIÑAS DULCE, M.J.: *La sociología del derecho de Max Weber*, Madrid, Ed. Civitas, 1980; MONEREO PÉREZ, J.L.: «La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e ideología, Estudio preliminar a WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, Granada, Ed. Comares, 2001.

<sup>104</sup> Véase SCHMOLLER, G.: «Die Volkswirtschaft...», en *Sozialökonomische Texte*, ed. dir., por SKALWEIT, cuaderno 16-17, 1949, págs. 16 y sigs., y 52 y sigs. Schumpeter ha matiza-

posible acentuar, así, el carácter ético de la economía política, y esa afirmación de la justicia en la economía nacional no es desde luego inmediata, sino que obedece a un largo proceso de cristalización, pues los sentimientos de justicia se condensan en normas y tales normas llega a un dominio convencional e influyen cada vez más en las instituciones económicas nacionales y configuran su sentido («La justicia en economía») <sup>105</sup>. La técnica histórica y las investigaciones históricas, junto con la atención a las exigencias del presente pueden ayudar a esa tarea. No obstante, las ciencias tienen que colaborar entre sí <sup>106</sup>. Particular importancia tiene la historia para la economía política. La historia, entre otras cosas, ha dado origen a la idea de un desenvolvimiento histórico de los pueblos y de la humanidad, como también de las instituciones económicas <sup>107</sup>. Condición fundamental de cualquier reforma sería es el previo conocimiento científico de la situación y de las instituciones que hay que reformar.

Entre nosotros Gumersindo de Azcárate, Adolfo Posada, Adolfo Buylla, José Maluquer y Salvador —verdadero artífice de la implantación de los seguros sociales en España— <sup>108</sup> se sitúa en la senda de aquéllos que pensaron la reforma social sobre bases «científicas» <sup>109</sup>, tratando de *atender a los*

---

do el papel de los juicios de valor en el pensamiento de Schmoller, indicando que el mismo Schmoller y la mayoría de sus discípulos se lanzaron a la lucha por la reforma social afirmando sus personales juicios de valor con la mayor energía. Esto ha oscurecido el hecho de que su credo científico era sumamente crítico con los juicios de valor y con la práctica de los economistas de identificarse con partidos políticos y recomendar medidas prácticas. Una de las objeciones de Schmoller a lo que él llamaba «smithismo» era precisamente que esos smithianos tendían mucho a la producción de «recetas» políticas. Sin duda adoptó en parte esa actitud porque no le gustaban las recetas emitidas por el liberalismo económico. Pero no era eso todo. Más allá de su adhesión a otros principios de la política económica estaba su respeto al hecho económico y la voluntad de dejarle hablar por sí mismo». Cfr. SCHUMPETER, J.A.: *Historia del análisis económico*, Barcelona, trad. Manuel Sacristán, Ediciones Ariel, 1971, pág. 889.

<sup>105</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., págs. 173 y sigs.

<sup>106</sup> Schmoller sitúa su nacimiento en el cuadro del proceso de división del trabajo: «A medida que la vida social se ha hecho más compleja y la división del trabajo ha dado nacimiento a profesiones especiales; a medida que, en cada una de estas ramas de actividad, se ha constituido un saber especial que los especialistas han convertido en sistema, han nacido las diferentes ciencias particulares del Estado, del derecho, de la economía». Cfr. SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., pág. 253.

<sup>107</sup> SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, cit., págs. 269 y sigs.

<sup>108</sup> Sobre su pensamiento y en el contexto político-institucional e ideológico de su época, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Editorial Comares, 2007.

<sup>109</sup> Esa idea de una ciencia positiva eficiente como premisa y apoyo a los procesos de reforma social estaba muy generalizada en la época. Puede consultarse, PESET, J.L. y PESET, M.: *Lombroso y la escuela positivista italiana (Antología de textos)*, Madrid, C.S. de I.C., Madrid, 1975, págs. 13 y sigs.

*hechos* y de incorporar las aportaciones de la ciencia económica y actuarial y de la sociología al estudio de las cuestiones sociales <sup>110</sup>. Pero en el marco de un proceso de democratización del sistema político-institucional (régimen parlamentario); no sobre la base de un régimen político autoritario. Aun formulada con evidente exceso sobre todo por la pretensión de convertirla en «ley» del desarrollo social, A. Wagner había deducido, sobre el análisis de datos extraídos del desarrollo histórico y de la realidad concreta, la que llamó «ley de la extensión creciente de la actividad del Estado». Su proyecto de reforma social triunfó históricamente: la reforma aplicada a la previsión y su enfoque técnico y actuarial sentaron las bases de la previsión social en España. Ya Adolfo Posada había entendido la reforma social como «sociología en acción», de manera que los sociólogos de acción pueden ser —deberían ser— los reformadores sociales <sup>111</sup>. Para Posada la sociología es un conocimiento objetivo de los hechos, pero un conocimiento objetivo puesto al servicio de un programa de reforma y acción social. Por ello su prototipo de sociológico contemporáneo es el «sociólogo de acción» que puede y debería ser el «*reformador social*» <sup>112</sup>. Según Posada, «el político de la acción social —el reformador social— que piden las complejas circunstancias del vivir colectivo actual, el que podría imaginarse como órgano reflexivo del «organismo» social», y, por ende, de las necesidades y aspiraciones de su tiempo, en su medio, dibujase aún con rasgos no bien definidos en el mundo de la política, cada día más trabajada y más dominada por

<sup>110</sup> Realza que la base principal de nuestra actuación social en materia de previsión, la base técnica, es la actuarial. Cfr. MALUQUER, J.: *Reglamentación del seguro obligatorio de retiros obreros*, Conferencia, Madrid, Editorial Reus, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1921, pág. 8.

<sup>111</sup> *Principios de Sociología*, 2.ª ed., revisada y aumentada, Madrid, Daniel Jorro, 1929, t. 2.º, págs. 268 y ss. Sobre el pensamiento de Adolfo Posada, puede consultarse, LAPORTA, F.J.: *Adolfo Posada: Política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1974; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, en el marco de un estudio sobre las distintas corrientes del reformismo social de la época que fueron realmente determinantes en la elaboración de la legislación social en nuestro país.

<sup>112</sup> Cfr. POSADA, A.: *Principios de sociología*, 2.ª ed., revisada y aumentada (la 1.ª fue en un en 1908, en un solo volumen), 2 vols., Madrid, Daniel Jorro, 1929, págs. 268 y 283 del t. II. Posada observa que la sociología tiene «un aspecto *práctico* que se interpreta racionalmente, constituyendo tal interpretación objeto y función de la ciencia sociológica... la sociología no puede prescindir del punto de vista de *la acción*, ya se trate de acción que solicita la voluntad, y en cuanto se trata de la acción que solicita la voluntad, y en cuanto es problema digno del esfuerzo científico, descubrir cómo se genera lo social en la vida, ya se trate de la acción producible bajo el influjo directo del conocimiento, en la operación o función de convertir en realidad efectiva lo que la ciencia social descubra» (t. II, págs. 266-267).

las preocupaciones sociales». La política social es aquella que se propone asegurar el logro constante de los fines sociales por obra del Estado <sup>113</sup>.

Ello permite comenzar a comprender el tipo de racionalidad política y técnica que sostiene el discurso de nuestros grandes reformadores sociales. Se buscaba la investigación de los hechos sociales, utilizando un método empírico <sup>114</sup>. Las aproximaciones a la «cuestión social» desde la sociología y la economía eran bien significativas en todo el proceso de reforma social.

<sup>113</sup> MALUQUER Y SALVADOR, J.: *Una campaña al pro de seguro social y de la previsión popular. Publicaciones y trabajos*, t. II, Madrid, Sobrinos de M. Minuesa de los Ríos, MCMXXX, págs. 288 y 295. Véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, MTAS, 2003; ID.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007 *passim*, y el ensayo ya anticipador de la verdadera importancia de José Maluquer de MONTOYA MELGAR, A.: «Sobre los orígenes del seguro social en España (Una conferencia de don José Maluquer en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)», en *REDT*, núm. 80 (1996).

<sup>114</sup> Véase TÖNNIES, F.: *Principios de sociología*, México, FCE, 1942, págs. 381 y sigs.; que el mismo proyectó a la cuestión social, *Desarrollo de la cuestión social*, trad. de M. Reventos, Barcelona-Buenos Aires, Labor, 1927; los estudios e informes sociales se venían abordando desde la sociología empírica también por WEBER, M.: *Sociología del trabajo industrial*, Madrid, Trotta, 1994, en el marco de la Asociación para la política social inspirada en el socialismo de cátedra; y por Le PLAY, F.: *Les ouvriers européens (1955)*, 6 vols., 2.ª ed., Tours, Mame, 1877-1889, en el cuadro de un reformismo social más conservador; connotaciones de este enfoque de sociología empírica pueden apreciarse en MARVÁ Y MAYER, J.: «El trabajo en las minas», Algorta, 1970; «Función técnico-social del Ingeniero», Madrid, Imprenta del Memorial de Ingenieros del Ejército, 1909; SANZ Y ESCARTÍN, E, SALILLAS Y PANZANO, R. y PUYOL Y ALONSO: *Informe referente a las minas de Vizcaya*, Madrid, IRS, 1904; SANGRO Y ROS DE LONO, P.: *Primer Congreso Nacional de Emigración. Memoria acerca de los trabajos del Congreso, presentada al Instituto de Reformas Sociales*, Madrid, IRS, 1909. La figura del ingeniero del Estado —vinculado la idea positiva de la ciencia y del progreso— conectaba con la formación de una élite tecnocrática al servicio del mismo y de sus objetivos de intervención y regulación socio-económica. La perspectiva de ingeniería social abría el horizonte hacia una transformación de la sociedad con base en criterios científicos, positivos y de carácter empírico. Permitiría abundar en un consenso básico sobre los presupuestos del orden social y la preferencia por el principio de eficiencia en el plano económico y social. Este modo de pensar era una base para auge del pensamiento reformista a través de la ingeniería social. Sobre esa confianza en el conocimiento científico en el periodo, véase NEURATH, O.: *Fundamentos de las ciencias sociales*, Granada, Ed. Comares, 2007; LAKATOS, I.: *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1993; GEYMONAT, L.: *Historia de la filosofía y de la ciencia*, 3 vols., Barcelona, Editorial Crítica, 1985, y SERRES, M.(Ed.): *Historia de las ciencias*, Madrid, Cátedra, 2001.

Se llamó la atención de las «clases ilustradas», apercebidas por el convencimiento de su misión social. No son sólo los sociólogos, también ingenieros, médicos, abogados, etc., todos han de contribuir, dentro de su campo de acción, a resolver los problemas sociales, cumpliendo sus deberes, dando ejemplo y aportando al común esfuerzo su grano de arena. Cfr. SANGRO Y ROS DE OLANO, P.: *La intervención del Estado y del Municipio en las cuestiones obreras según los principios católico-sociales*, Lecciones dadas en la V Semana Social de España Barcelona 1910, Barcelona, Imprenta de Pedro Ortega, 1912, págs. 136-137.

Este enfoque —o, mejor, actitud— «cientificista» no era enteramente nuevo. Era el modo metodológico de pensar de los llamados «socialistas de cátedra» (Schmoller; Brentano; Sombart; Wagner, etcétera), el «socialismo agrario» de Henry George (el llamado «georgismo») <sup>115</sup>, defendido desde una

<sup>115</sup> El pensamiento de Henry George tuvo una extraordinaria difusión e influencia en prácticamente todos los países occidentales desarrollados, especialmente su libro *Progreso y Miseria*. En nuestro país tuvo mucha influencia inicialmente a través de la inserción instrumental realizada por Joaquín Costa, y después por algunos «georgianos» como Antonio Albendín (socio de la Liga Inglesa para el Impuesto Único postulado por H. George), Emilio Lemos, Julio Senador Gómez y Baldomero Argente (1877-1965), éste último conoció perfectamente su pensamiento y fue el encargado de traducir directamente prácticamente la totalidad de sus obras. Argente militó en el Partido Liberal, de orientación republicana; y estaba próximo a las posiciones políticas del conde de Romanones. En 1911 se publica el «Manifiesto de la Liga Española para el Impuesto Único». En el mismo año se crea la revista mensual de la Liga, «El Impuesto Único» (1911-1924) y en el Congreso internacional de Ronda (1913) se establecen el programa de reformas en materia económica y social (impuesto único sobre la tierra, política de servicios públicos, impuesto único sobre el valor del suelo, énfasis en la descentralización a través del saneamiento de las haciendas locales y el desarrollo de las políticas regionales, etcétera). Pero es de realzar que se intenta desmarcar de los presupuestos del socialismo intervencionista y apuesta por una economía de mercado «corregida» por la intervención pública. Pero su vocación reformista no impidió el calificativo muy extendido de «socialismo agrario» (que presentaba el problema de reducir en exceso el programa de los georgianos a la «cuestión agraria» cuando su preocupación era más amplia, comprendido la llamada «cuestión social» en sentido amplio). En todo caso, personalidades próximas e influidas por el georgismo tuvieron cierta responsabilidad en esa confusión de dirección de pensamiento (especialmente, Joaquín Costa y Piernas Hurtado). Ya durante la Segunda República se creará una nueva revista, *Reforma Social (1934-1936)*, respetando los ideales programáticos del georgismo español originario y dejando explícito que no se trataba de un movimiento exclusivo de reforma económica, sino también de una corriente tendente a una reforma del orden social comprometida con el valor justicia y de igualdad de oportunidades. Para H. George la pobreza en una sociedad de progreso y abundancia de bienes tendría su origen en la especulación del suelo. Sobre su pensamiento, véase ARGENTE, B.: *Henry George. Su vida y su obra*, Madrid, Renacimiento, Sociedad Anónima Editorial, 1912 (obra de B. Argente que dedica, significativamente, a José Canalejas y Méndez; Canalejas estaba próximo a algunos postulados reformistas de la corriente, y su programa de reforma fiscal así lo pone de manifiesto; llegó a militar en el Partido Liberal); ID.: *¿Qué es el georgismo?*, Separata de la Revista *La Reforma Social*, septiembre 1935; *La Reforma Agraria, Discurso pronunciado en el acto de recepción como académico de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés Martín, 1924; *El ocaso de un mundo*, Madrid, Imprenta de J. Pérez, 1920; RAVENTÓS, M.: *La doctrina del impuesto único de Henry George. Ensayo de crítica*, Barcelona, Estudio, 1918; SÁNCHEZ MEJÍA, J.: *El georgismo aplicado a la reorganización económica y social de España*, folleto de Publicaciones Georgistas, 1935; MARTÍN URIZ, A.M.: *Influencia de Henry George en España*, Tesis doctoral, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 1980; ID.: Estudio preliminar a GEORGE, H.: *Progreso y miseria: tierra ociosa, hombres ociosos*, Madrid, Instituto de Estudios Agrarios, Pesqueros y Alimenticios, 1985; MARTÍN RODRÍGUEZ, M.: *El impacto del georgismo en la economía y en los economistas españoles*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, sesión del 15 de diciembre de 1998;

metodología económica y sociológica (señaladamente, sus obras *Pobreza y Miseria*, 1881; «*La ciencia de la economía política*, introducido en España por Baldomero Argente)<sup>116</sup>. Ya con referencia a Schäffle<sup>117</sup> trató de diferenciar entre intervencionismo y socialismo (en una dirección próxima a la de Adolfo Posada). Los socialistas de cátedra aportarían los esquemas inspiradores de la acción tanto desde el punto de vista económico («moralización» de la economía de mercado, y la consiguiente crítica al individualismo liberal)<sup>118</sup> como desde la perspectiva social (legitimando po-

CALVO GONZÁLEZ, J.: «Centenario de Manuel Reventós i Bordoy. Pensamiento económico», en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, 1990, págs. XI-XIII; ARCAS CUBERO, F.: «Baldomero Argente y la Reforma Social (1934-1936)», en *Actas del III Congreso sobre Andalucismo Histórico*, 1989; LÓPEZ CASTELLANO, F.: *Liberalismo económico y reforma fiscal. La Contribución Directa de 1913*, Granada, Universidad de Granada, 1995. Maluquer se había ocupado del seguro agrario de retiros obreros en el marco de una reforma encaminada a dignificar la condición social del trabajo en el campo. Véase, por ejemplo, MALUQUER Y SALVADOR, J.: «El Seguro Agrario de Retiros en marcha», en *Anales del INP*, núm. 40, abril-junio de 1919.

<sup>116</sup> Véase GEORGE, H.: *La ciencia de la economía política*, trad. de B. Argente, Madrid, Francisco Beltrán, 1922; *Protección o libre comercio*, Valencia, Fomento de Cultura Ediciones, 1966; *Progreso y Miseria. Investigación de las causas de las crisis industriales y del aumento de la miseria al aumentar la riqueza (1879)*, Buenos Aires, Editorial La Universidad, 1945 (De próxima publicación en Editorial Comares, Granada). Hay también otra edición, *Progreso y miseria*, est. prel., de Ana María Martín Úriz, Madrid, Instituto de Estudios Agrarios, Pesqueros y Alimentarios, 1985. Véase MARTÍN URIZ, A.M.: «Henry George en la obra de Joaquín Costa y el impacto del georgismo en seguidores de Costa», en *Anales de la Fundación J. Costa*, Huesca, 1994. Uno de los elementos más interesantes del «georgismo» era su carácter intrínsecamente reformista en el plano jurídico-político, pues creía en la posible mejora inmediata del orden social vigente sin reclamar transformaciones de carácter revolucionario. Su recepción en España fue importante con personalidades como Unamuno y su máximo introductor y seguido, Baldomero Argente (aunque no sólo ellos...). También en círculos socialistas como se evidencia en varias reseñas a sus obras: «El Derecho a la tierra», Henry George, *Vida Socialista*, 12 de junio de 1910, *Progreso y miseria*, Henry George, extracto del libro de Baldomero Argente *Henry George*, publicado en *Vida Socialista* el 3 y el 10 de noviembre de 1912. El problema de base era la cuestión social agraria, el pauperismo agrario realmente existente en nuestro país, y que surgió de modo paralelo a la cuestión social obrera, con el pauperismo industrial. Para la influencia en la trayectoria de Unamuno, véase PÉREZ DE LA DEHESA, R.: *Política y Sociedad en el primer Unamuno*, Madrid, 1966, págs. 95 a 97.

<sup>117</sup> Cuya recepción fue muy relevante en el krausoinstitucionismo; AZCÁRATE, M.: «El socialismo de Schäffle», en *BILE*, XIX (1895), págs. 280 a 213; POSADA, A.: «Sociología. Alberto R. Schäffle», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1904), págs. 289 a 300. Sobre ello puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999.

<sup>118</sup> Maluquer y Salvador había criticado la unilateralidad de ciertas actuales de los partidarios de la revolución francesa de 1789. Su aspecto más negativo es que derivaron en un individualismo tan extremo como el que motiva las censuras del propio Laveleye a la equivocación de querer fundar una democracia sobre la destrucción de la libertad de las regiones, de

lítica y económicamente la intervención). Este economista alemán de los llamados socialistas de la cátedra (que no eran propiamente socialistas, aunque reconocían mucha intervención del Estado, en su obra científica a favor del proletariado). Este autor defiende el seguro obrero obligatorio, esto es, como deber legal del seguro. *La idea de una sociedad de tipo aseguradora presentaba la virtualidad de propiciar la integración de la clase trabajado-*

la propiedad municipal y de las instituciones gremiales. Debe apostarse siempre por un impulso a favor de los derechos ciudadanos. Cfr. *Aspectos de la Historia Social del siglo XIX que prepararon el Retiro Obrero*», *Curso de de Seguro Obrero por el Consejero Delegado del INP D. José Maluquer y Salvador, Explicado en el Ateneo Igualadino de la Clase Obrera, INP, sf (1925), cit.,* pág. 3. Lo vincula al fenómeno del *pauperismo*. En las condiciones creadas por el nuevo orden liberal la concentración de masas para la producción industrial, la repercusión en ellas de las contingencias sanitarias, las crisis de trabajo y la consiguiente desocupación, la misma adaptación a esta nueva vida económica producían efectos enormes devastadores durante diversos períodos del siglo XX. También a esta situación lamentable contribuían las deficiencias de instrucción popular. Se comprende, pues, fácilmente que la *cuestión social* debía motivar bastante desasosiego en la mayor parte de Europa: aspiraciones populares, estudios de pensadores, asonadas y labor de gobernantes. Destaca la aportación de diversas tendencias ideológicas (reformadores sociales, socialistas reformistas, cristianos, etc.), y en nuestro país destaca especialmente a Balmes. El eje directriz de Balmes en esta materia es el de considerar que la Economía política, muy avanzada como ciencia de lo material, «lo que está bien poco como ciencia social». Pasado mucho tiempo, aun pudo expresarse con exactitud dicha idea. Un aspecto interesante de esta Economía progresiva entendía Balmes que debían ser los deberes que la propiedad debe cumplir por amor a sus semejantes (amor es caridad) y por el establecimiento del seguro. *Aspectos de la Historia Social del siglo XIX que prepararon el Retiro Obrero*», *Curso de de Seguro Obrero por el Consejero Delegado del INP D. José Maluquer y Salvador, Explicado en el Ateneo Igualadino de la Clase Obrera, INP, sf (1925),* págs. 4 y sigs. Expresa sus simpatías respecto a los socialistas de cátedra, especialmente Schäffle. Matiza que en realidad no eran propiamente socialistas, aunque reconocían mucha intervención al Estado, en su obra científica a favor del proletariado. Destaca que Schäffle defendía el seguro obrero obligatorio, como instrumento superado de la asistencia pública (Ibid., págs. 11-12). También a los socialistas jurídicos, como Menger y Cimbali (su obra fundamental, «La nueva fase del Derecho civil», con el apoyo a la fase del «Derecho privado social» y la progresiva conciliación de lo individual con lo social). Destaca la experiencia de Bélgica: Bélgica creó en 1850 la Caja de Retiros, cuya Comisión administrativa estudió seis años más tarde la constitución de una Caja de Ahorros y Retiros, presentándose en 1859 un proyecto de ley, aprobado durante el Gobierno liberal de Frère-Orban, convirtiéndose en la Ley de 1865 que organizó la *Caisse Generale d'Epargne et de Retraite*, con bases técnicas y sociales de verdadera importancia, teniéndola mucha para España, pues fue el *Alma Mater* de nuestra Previsión social y en una ocasión hubo de decir su autorizado Director General, M. Lepreux, que le interesaban tanto los obreros españoles como los belgas para preocuparse de su bienestar (Ibid., pág. 14). Maluquer subraya que uno de los hechos culminantes de la historia social del siglo XIX es el planteamiento por Alemania del Seguro obrero obligatorio. No es ingenuo ya que reconocer que asistía cierta razón a los socialistas cuando, en vista de las manifestaciones parlamentarias del barón Stumm en 1879, que no de los motivos de la reforma era el de restar fuerza al partido obrero. Sin embargo, matiza, que no fue este el propósito de todos y el propio Bismarck, cualquiera que fuese su impulso inicial, llegó a vislumbrar claramente que daba una *base sólida a la paz so-*

*ra en el orden liberal reorganizado*<sup>119</sup>. En realidad, el llamado «socialismo de Estado» se asimilaba también al «socialismo de cátedra» (Wagner, Schmoller, Schäffle, Sombart, Herkner<sup>120</sup>, Jay, Bouglé, Scelle, etc.), para los que la cuestión social<sup>121</sup> encuentra su solución eficiencia en la intervención jurídica e institucional del Estado (Estado intervencionista *racionalizador*)<sup>122</sup> en el orden económico y social. Para ellos el Estado es una ins-

*cial* alemana y con ella un vigoroso empuje a la producción germánica. Apunta que «la esencia de este novísimo derecho social declaró sencillamente Bismarck que era hacer *cristianismo práctico*». En los debates parlamentarios se aceptaron algunas enmiendas, entre ellas las del caracterizado socialista Bebel, quedando establecido el seguro de vejez e invalidez, de accidentes del trabajo y de enfermedad en años sucesivos, sobre la triple base del concurso económico del patrono, del obrero y del Estado. Aunque hubo discrepancias más adelante se apreciaron las ventajas y las unanimidades. Reflejo de ello fue que en 1900 al tratar de la coordinación de las leyes parciales de seguro-accidentes, seguro-invalidez y seguro-enfermedad, resultó de esta coordinación la ley denominada expresivamente «Ley-túnica» (*Mantelgesetz*) (Ibid., págs. 15-16). Pero el modelo de seguro social tiene que adaptarse a las características de cada país. De ahí que en España el sistema se adapte, defendiendo un mínimo de seguro obligatorio para toda la zona del país comprendida en el mismo y una zona flexible de la costumbre social derivada de la cuota obrera voluntaria, que puede irse determinando en modalidades complementarias convenientes. Es decir: evitar en lo posible los sistemas de seguro obligatorio de estructura muy rígida en todos sus aspectos. Cfr. *Aspectos de la Historia Social del siglo XIX que prepararon el Retiro Obrero*, *Curso de de Seguro Obrero por el Consejero Delegado del INP D. José Maluquer y Salvador, Explicado en el Ateneo Igualadino de la Clase Obrera, INP*, sf (1925), INP, Separata, 1925, págs. 16-17. Interesa realzarse en este escrito de madurez en énfasis que se confiere a la solidaridad y la fraternidad cristiana (que contrapone a la lucha de clases), la crítica al individualismo extremo, su apuesta por la intervención del Estado realizando el «deber legal del seguro», su defensa de la construcción de un «derecho privado social» que significa, con Cimbali, la progresiva conciliación de lo individual con lo social, ciertas coincidencias significativas con Fabra Ribas (y en algún caso con Pi y Margall), sus continuas coincidencias (que alcanzan en no poco a la identificación) con los postulados del cristianismo social, su visión del seguro obrero como elemento central de una política social. Su idea fuerza es la transformación social: las ideas han de cristalizar en realidades.

<sup>119</sup> Algo parecido ocurrió en Francia, bajo la influencia de la experiencia alemana, como puede apreciarse en MERRIEN, F.X.: *Face à la pauvreté*, París, 1994.

<sup>120</sup> HERKNER, H.: *La cuestión obrera*, Madrid, Reus, 1916.

<sup>121</sup> La cuestión social entendida, algo más que sutilmente, como una inquietud en torno a la capacidad de mantener la cohesión de una sociedad. Cfr. CASTEL, R.: *Las metamorfosis de la cuestión social: una crónica del salariado*, Madrid, Paidós, 1997; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.

<sup>122</sup> La idea de un Estado administrativo de intervención directa en las relaciones económicas y sociales estaba presente en el maurista CALVO SOTELLO, J.: *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1917, espec., págs. 43 y sigs. Es evidente que su formulación era muy anterior no sólo en la doctrina extranjera, sino también entre nosotros con Adolfo Posada y sus traducciones de León Duguit (*Manual del Derecho constitucional, El derecho social, el derecho individual y la transformación del Estado y Las transformaciones del Derecho público y del Derecho privado*), y su visión de un solidarismo jurídico encarnado en el emergente Estado administrativo de ser-

tancia organizadora de la economía nacional<sup>123</sup>, y cuya maquinaria administrativa permitiría conocer la situación real de las clases trabajadoras para buscar soluciones político-jurídicas. La cuestión social se planteaba como *cuestión de Estado*<sup>124</sup>.

vicio público. También el mismo POSADA, A.: *La reforma constitucional*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1931. Ciertamente hay que decir que el protagonismo de la Administración Pública en el Estado moderno había sido advertido ya por autores como Lorenz von Stein y su defensa de una «monarquía de la reforma social». Su posición conservadora, especialmente lúcida, trata de introducir la lógica de la «reforma social» templada en sustitución de la amenaza cada vez más visible de una revolución político-social realizada por las clases subalternas, desde abajo y a través de sus propios medios, y su consiguiente consecuencia de un cambio radical del orden establecido. En él la reforma social aparece ya como una alternativa intermedia entre liberalismo individualista y socialismo. Véase su obra STEIN, L. Von.: *Movimientos sociales y Monarquía*, trad. y estudio preliminar de L. Díez del Corral, Madrid, CEPC, 1981. Sobre él véase GURVITCH, G.: *La idea del derecho social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Edición y Estudio Preliminar, «La idea del «Derecho Social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch», Granada, Ed. Comares, 2005, págs. 575 y sigs. No obstante el Estado social contemporánea se configuraría como un Estado de pluralidad de clases, donde el Estado social asume una función mediadora entre los intereses en presencia. El Estado social cristalizaría una «sociedad aseguradora» a través de la garantía constitucional de una serie de derechos sociales de prestación pública. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996; MOLINA CANO, J.: *La política social en la historia*, Murcia, Ediciones Isabor, 2004, págs. 94 y sigs. También EWARD, F.: *L'État providence*, París, Grasset, 1986.

<sup>123</sup> Así se reflejó, al menos, desde el manifiesto del Congreso de Eisenach en 1872, redactado por el fundador de la escuela histórica alemana de la economía, Gustav Schmoller. En dicho manifiesto programático se partía del intervencionismo estatal, de la consideración del Estado como una institución moral de educación del pueblo, y se defendía una «socialismo de Estado» que comportaba la realización de una reforma social (entendida sobre todo como reforma «legal») y políticas económicas y fiscales de carácter redistributivo. Véase SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, 2 tomos, trad. Lorenzo Benito, que en esas fechas era Vice-rector y Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Barcelona, Barcelona, Imprenta de Henrich y Com.<sup>a</sup> en C.-Editores, 1905 (reeditada en Editorial Comares, Granada, 2007). Schmoller sería Rector de la Universidad de Berlín (1897). Por cierto un dato nada irrelevante es que esta editorial es la que había publicado dos libros de Antón Menger, *El Estado socialista*, y *El derecho al producto íntegro del trabajo*. Obras publicadas en una edición conjunta en Granada, Editorial Comares, 2004, edición y Estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez.

<sup>124</sup> Ese carácter complejo y multicausal de la cuestión era reconociendo desde la dirección de pensamiento próxima al socialismo de cátedra de GUTIÉRREZ-GAMERO, F.: *Legislación industrial. El trabajo y el capital en la industria*, t. I, Madrid, Imprenta de F. Moliner, 1914, págs. 43 y sigs., que para él remite a un «malestar social» creciente (Ibid., págs. 51-52), que tiene su origen en los desequilibrios económicos-sociales no corregidos del sistema económico del capitalismo: «En el fondo de todo el llamado problema social no hay más que una alteración de los valores de los dos elementos —trabajo y capital— que se estiman, con error manifiesto y consciente, y bajo el imperio de las circunstancias y de los intereses creados, como distintos en el concierto de la producción, a pesar de ser ambos igualmente indispensables para

Vinculado al socialismo de cátedra se hallaba también Albert Schäffle, el cual estaba muy influido inicialmente por el pensamiento de Krause<sup>125</sup> y su concepción organicista del Estado y del Derecho<sup>126</sup>. En esa concepción el Estado es el organismo del derecho de la sociedad orgánicamente actuante; Es una teoría orgánica, social y fundada desde un punto de vista filosófico-antropológico<sup>127</sup>. Schäffle no oculta su enfoque ético-antropológico (donde se refleja la centralidad del hombre sobre los bienes)<sup>128</sup> en el análisis de

que ésta se pueda realizar, con lo cual parece confirmarse el postulado de los economistas que dividieron las épocas del trabajo de la humanidad en las tres siguientes de predominio de los agentes naturales, predominio del trabajo y predominio del capital, que, desde luego, es la que ahora atravesamos» (Ibid., pág. 49). El problema social se convierte en *cuestión* social ante el movimiento social (asociacionismo obrero) de repulsa que apostaba por la remoción de las causas determinantes de la deplorable situación en que se encontraban las clases trabajadoras (Ibid., pág. 53). Junto a los movimientos sociales aparecen las nuevas teorías sociales que se oponen a las corrientes individualistas. Precisamente dentro de las tendencias socialistas en sentido amplio (es decir, como corrientes o tendencias de pensamiento crítico que postulan el intervencionismo estatal frente al problema social) destaca la posición asumida por G. Schmoller para resolver la «injusticia económica» y las insuficiencias de recursos para atender a la subsistencias (*Política social y Economía política*, obra ya traducida al castellano antes de la publicación de Gutierrez-Gamero, 1914), a Proudhon, Kart Marx y Lassalle, Henry George, entre otros. Las teorías sociales pondría de manifiesto la emergencia de la «idea social» (pág. 69) frente a la idea individual. Identifica socialismo de Estado propiamente dicho con el intervencionismo o «estatismo», que pretende una intervención continua del Estado que conduzca a reglamentar las transacciones, evitar los abusos de la competencia, estableciendo leyes sociales. Los «socialistas de cátedra» —afirma— cuentan el mayor número de partidarios en Alemania y siguen la norma peculiar de ese país, al aumentar las funciones del Estado en consonancia con el pensamiento de Hegel. El Estado es para la sociedad lo que el cerebro para el organismo humano; de ahí el *organicismo social* que compendia esta forma de socialismo, continuada por muchos economistas y sociólogos de todos los países (pág. 71). Destaca también la existencia de posiciones intermedias. A la doctrina de la solidaridad la califica de doctrina intermedia, pues deja subsistentes principios entresacados del individualismo y del socialismo, niega la lucha de clases y admite la intervención del Estado en los conflictos sociales.

<sup>125</sup> Véase UREÑA, E.M.: *Krause educador de la humanidad. Una biografía*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1991; ORDEN JIMÉNEZ, R.V.: *El sistema de la filosofía de Krause. Génesis y desarrollo del Panenteísmo*, Madrid, UPCo, 1998; QUEROL FERNÁNDEZ, F.: *La filosofía del Derecho de K. Ch. F. Krause*, Madrid, UPCo, 2000.

<sup>126</sup> Véase autobiografía, *Aus meinem Leben. Erster Band*, Berlín, Ernst Hofmann & Co., 1905, págs. 79 y sigs. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999; ID.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, MTAS, 2006, espec., págs. 356 y sigs.

<sup>127</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999; ID.: *La reforma social en España*, cit., espec., págs. 356 y sigs.

<sup>128</sup> Centralidad del hombre moderno que es la centralidad del trabajo y de su poder constituyente. Puede verse al respecto SIMMEL, G.: *Filosofía del dinero*, trad. e Introducción de R. García Cotarello, Granada, Ed. Comares, 2003; ARENDT, H.: *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1993; NEGRI, A.: *La forma-Estado*, Madrid, Akal, 2003; IRTI, N.: *L'ordine giuridico*

las esferas económica y social, y en particular la conexión de la actividad económica con los demás aspectos de la sociedad. Esa concepción organicista había impregnado nítidamente a cualificados representantes del historicismo catalán, como es el caso de Enrique Prat de la Riba (1870-1917) y su visión no sólo del hecho nacional y de la sociedad en general (concepción orgánica y tradicionalista), sino también de la configuración organicista de la industria y los procedimientos de solución de los conflictos derivados del trabajo (cuestión social obrera). Defiende una organización de la industria («corporación industrial») como «la familia del trabajo. La industria es un verdadero «organismos»: «organismo industrial». En ella han de tener cabida todos los que concurren juntamente a la producción en una industria determina, cada uno ocupando su lugar, el lugar que a su importancia corresponde, cada uno interviniendo en proporción de su importancia en el Gobierno de la colectividad»<sup>129</sup>. Estado debería fomentar la industria nacional de dos

---

*di mercato*, Bari, Laterza, 1988. La revisión de los postulados liberales individualista (y su afirmación de una sociedad «del» mercado y «para» el mercado y la consiguiente afirmación del *homo oeconomicus*) a través de la idea social como idea-fuerza conduce a una nueva constitución democrático-social del trabajo (subjetivamente tanto como la figura del trabajador y como poder o potencia social específica), que es la formaliza la forma política del Estado Social. Véase al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, cit., págs. 191 y sigs. En una perspectiva distinta, pero lúcida, sobre la centralidad de la figura mítica del trabajador, JUNGER, E.: *El trabajador. Dominio y figurar*, trad. A. Sánchez Pascual, Barcelona, Tusquets, 1993.

<sup>129</sup> PRAT DE LA RIBA, E.: *Ley Jurídica de la Industria. Estudio de filosofía jurídica seguido de Bases para la formación de un Código Industrial*, Barcelona, Librería de Penella y Bosch, 1898, 336 páginas, en particular pág. 46. Esta obra constituyó su Tesis doctoral, obteniendo el doctorado en 1894. Véase también en PRAT DE LA RIBA, E.: *Obra completa*, 3 vols. (V.1. 1887-1898; V.2. 1898-1905; V. 3. 1906-1917), a cargo de Albert Bacells y Joseph María Ainaud de Lasarte, Barcelona, Institut d'Estuis Catalans, Proa, 1998-2000. Igualmente, su obra *Los jurados mixtos para dirimir ó remediar las huelgas*, Memoria premiada en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, Imprenta del Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús, 1901; *El problema de la justicia social*, Barcelona, Librería Catalonia, 1933. La proximidad con los planteamientos del organicismo de autores son evidentes (Schäffle, Espinas y Spencer), aunque combinada con el psicologismo social de Le Bon y Sighele, principalmente. Basta reparar en que para Prat era aplicable a la vida social una «ley general de los organismos» (cap. 7.º, págs. 272 y sigs.), y la concepción de las «colonias industriales» como entidad funcional donde se ejerce el poder del patrono y la necesidad de que esté al servicio de una doctrina moral y religiosa (cap. 6.º, págs. 257 y sigs.). No obstante, se ha destacado que para Prat la colonia industrial (que ofrecía una solución paternalista al problema social) no era «la solución» de la cuestión social, sino «una solución» más, recomendable, sobre todo, en los casos en que los trabajadores se habían degradado moralmente, siendo, en todo caso, partidario de corregir los abusos del principio de libertad económica para evitar el triunfo del fuerte y la esclavitud del débil, la cual se había impuesto por la exageración del individualismo (JARDÍ, E.: *Les doctrines jurídiques, polítiques i socials d'Enric Prat de la Riba*, Barcelona, Institut d'Estudis Catalans, 1974, págs. 148 a 150). Según Prat, en la organización industrial debe presi-

maneras: activando el desarrollo de las industrias incipientes o decadentes y estimulando la introducción de industrias desconocidas<sup>130</sup>. Defiende, por consiguiente, una *intervención pública de fomento* de la actividad industrial. En este aspecto, aunque Prat no es propiamente regeneracionista<sup>131</sup>, si tiene un punto de vista próximo en esa propuesta de crítica a la realidad política española de la época y en el énfasis puesto en la exigencia de transformaciones inmediatas en las estructuras del país para garantizar la modernización y el progreso industrial. Con ese enfoque conectaba con los intereses de la burguesía industrial catalana<sup>132</sup>.

---

dir un espíritu de fraternidad: la constitución de cajas de seguro para los casos de enfermedad, vejez y muerte es capitalísima importancia para la vida de la industria, tanto por el interés individual que engendra, y que por su medio queda al servicio del interés corporativo (comunidad de intereses y de creencias que es un elemento poderosos de reforzamiento del lazo de unión social), como por el efecto que necesariamente ha de despertar en los obreros, objeto directo de sus beneficios («Ley Jurídica de la Industria», cit., cap. 5.º). Por cierto que para Prat, la cuestión social no es una cuestión simplemente económica; no basta, pues, difundir el bienestar material, no basta asegurar al obrero el pan cotidiano; es preciso transformar su alma, cuando ha sido viciada; es preciso fortalecerla, cuando ha perdido el temple de las antiguas costumbres y tradiciones. La «colonia industrial» debe tener como soporte una doctrina moral y religiosa. La Colonia industrial debe constituir una sociedad aparte; en ella los obreros han de vivir sujetos a un régimen de dirección moral y de tutela, radicalmente distinto del de las ciudades (cap.6.º). Nótese la influencia de Le Play (el cual influyó también en el catolicismo social de Severino Aznar, quien fundaría la revista «La Paz Social» como instrumento de difusión de las Semanas Sociales de España. El ideario social de la democracia cristiana lo expone básicamente AZNAR EMBID, S.: *La abolición del salariado*, Discurso leído en el acto de su recepción como académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 13 de febrero de 1921, contestación de Álvaro López Nuñez, Madrid, Sobrinso de la Suc. de M. Míñesa de los Ríos, 1921; véase JOBIT, P.: «La cuestión social y el pensamiento cristiano en Francia desde 1850 hasta nuestros días», en *Moneda y Crédito*, núm.10, 1944). En la «Conclusión» de la *Ley de la Industria* se proponen unas «Bases capitales de una legislación industrial». En ellas queda reflejado la concepción organicista-corporativista de la sociedad y las influencias de la distintas corrientes de pensamiento reformista social de la época («intervencionismo» o «socialismo de Estado», «socialismo de cátedra», «solidarismo socio-jurídico», etcétera).

<sup>130</sup> PRAT DE LA RIBA, E.: *Ley Jurídica de la Industria*, cit., pág. 68.

<sup>131</sup> Véase, sin embargo, SOLÉ TURÁ, J.: *Catalanismo y revolución burguesa*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1970 (cuyo origen remoto es un tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho de Barcelona centrada en el pensamiento político de Enrique Prat de la Riba), cap. VII («Regeneracionismo y voluntad de poder»), págs. 153 y sigs., quien afirma que «el nacionalismo de Prat me parece la forma catalana del regeneracionismo de finales del siglo XIX» (Ibid., pág. 153). También, y con otro criterio, CACHO VIÚ, V.: *El nacionalismo catalán como factor de modernización*, Barcelona, Quaderns Crema-Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1998.

<sup>132</sup> Prat de la Riba expresaba cómo una clase defiende, mediante el nacionalismo y el expansionismo económico, no tanto unos intereses concretos e inmediatos como «su derecho» o aspiración al instrumento supremo de sus capacidades, el Estado. La misma burguesía, por

En cuanto a la organización interna de la empresa, Prat de la Riba parte de la configuración de la empresa como un organismo vivo basado en una comunidad de intereses entre el trabajo y el capital en tanto integrantes de la misma<sup>133</sup>. Como ha sido advertido, cuando Prat «define la empresa ideal es evidente que piensa en la empresa familiar típica y no parece concebir ninguna otra»<sup>134</sup>. Piensa que la causa del recrudescimiento de la cuestión social fue la destrucción sistemática de las corporaciones, la proclamación de la libertad absoluta de trabajo y la supresión de diferentes órdenes del trabajo<sup>135</sup>. La solución del problema social es una nueva solución corporativa y gremial<sup>136</sup> en la organización de la empresa acompañada de la

---

aspirar al Estado, inspira a la región el sueño de reconvertirse en nación. Cfr. VILAR, P.: *Cataluña en la España moderna. Investigaciones sobre los fundamentos económicos de las estructuras nacionales*, 3 tomos, traducción castellana de Joaquín Sempere (t. I, 1978) y de Laura Roca (t. II, 1987 y t. III, 1988), Barcelona, Editorial Crítica, 1978-1988, del T. I, págs. 72 a 75. El pensamiento de Prat es complejo, en él coexiste el nacionalismo y el imperialismo. GARCÍA CARRAFFA, A. y A.: *Prat de la Riba*, con Prólogo de F. Cambó, Barcelona, Imp. Hijos de Domingo Casanovas, 1917 (Es una biografía de Prat), dedica el cap. XXI, a «El españolismo imperialista de Prat», págs. 213 y sigs. Durante el tiempo que ocupó la Presidencia de la Mancomunidad de Cataluña, Prat publicó el célebre manifiesto «*Por Cataluña y la España Grande*». Su ideal era la reconstitución nacional de Cataluña para llegar después con la Federación de todas las comunidades ibéricas, a un poderoso Estado imperialista (véase, *Ibid.*, págs. 213 y sigs.).

<sup>133</sup> PRAT DE LA RIBA, E.: *Ley Jurídica de la Industria*, cit. Libros III y IV. Prat en las conclusiones de esta obra propone unas «Bases capitales de una legislación industrial» (*Ibid.*, págs. 295 y sigs.).

<sup>134</sup> SOLÉ TURÁ, J.: *Catalanismo y revolución burguesa*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1970 (cuyo origen remoto es un tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho de Barcelona centrada en el pensamiento político de Enrique Prat de la Riba), pág. 243. Hace notar el autor que «Prat aconseja a los patronos la apertura, la aceptación del diálogo con los obreros, pero para domesticarlos... Pero todo ello en nombre de una concepción corporativa del Estado y de la sociedad, es decir, con elementos profundamente reaccionarios y prefacistas» (*Ibid.*, pág. 253). En todo caso hay que tener en cuenta que el organicismo era un rasgo caracterizador de la época entre los dos siglos, y que precisamente por ello influyó con mayor o menor intensidad en una multiplicidad de corrientes heterogéneas de pensamiento. Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, cit., espec., págs. 87 y sigs., y 116 y sigs.

<sup>135</sup> Para él el capitalismo liberal individualista había conducido al «atomismo social» y a las luchas colectivas, que eran necesario neutralizar afrontando sus causas y contrarrestando sus efectos mediante Comités de conciliación y Tribunales arbitrales. PRAT DE LA RIBA, E.: *Ley Jurídica de la Industria*, cit., págs. 221 y sigs.

<sup>136</sup> Según Prat de la Riba «el gremio es una institución social de carácter casi total que ha de cumplir elevadísimas funciones de la vida pública, que ha de llenar importantes fines sociales no industriales. Ha de ser una familia y, como tal, ha de tener su hogar, su religión, su patrimonio, su beneficencia, su escuela (...) el gremio destinado exclusivamente a regular las relaciones entre capital y trabajo es un sindicato mixto, algo como una oficina o centro administrativo encargado de avenir trabajadores y patronos, una asociación fría y severa como un

utilización de procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos laborales a través de organizaciones paritarias: los Jurados Mixtos<sup>137</sup>. La evolución de Prat de la Riba conduciría a planteamientos más matizados de reforma social (creando un Museo Social, creando escuelas técnicas e industriales, postulando la elaboración de normas protectoras del trabajo, etc.)<sup>138</sup>. Defendía una intervención moderada del Estado, pero se mostraba escéptico respecto la implantación de seguros sociales dados los límites de la intervención del Estado<sup>139</sup>: prefería un aseguramiento social de los riesgos profesionales (accidentes de trabajo) a través de mecanismos internos a la empresa, y considera que las primas han de ser pagadas por los patronos o por las empresas, como suplemento de los salarios, y no por el trabajador,

juez». Entiende que «el gremio es una asociación de establecimientos industriales: hay en éstos patronos y obreros; por consiguiente, unos y otros han de juntarse en la unidad del gremio. *Un gremio de patronos y otro de obreros son hechos patológicos reveladores de una profunda descomposición social*». Cfr. PRAT DE LA RIBA, E.: *Ley Jurídica de la Industria*, cit., pág. 248. Por ello era necesario el retorno de los gremios como organismos integradores: «Se destruyó a los gremios en vez de reformarlos, extirpando los abusos a que en su concreción histórica daban lugar y apenas ha transcurrido un siglo desde su anulación cuando, espontáneamente, la evolución social conduce con fuerza irresistible a la organización de instituciones que ejerzan la función regulatriz de la producción que a los gremios estaba encomendada. Lo que es natural es también inevitable y, en vano con axiomas *a priori*, con fórmulas abstractas, se pretenderá combatir su desarrollo. La naturaleza se burla de las abstracciones y su fecunda vida todas las arrolla y pisotea». Cfr. PRAT DE LA RIBA, E.: «Fenómenos de regresión en la evolución económica. Los sindicatos y los gremios», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1897, pág. 503. También en su ensayo, «Reacción a favor del régimen corporativo», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1897, pág. 568.

<sup>137</sup> PRAT DE LA RIBA, E.: *Ley Jurídica de la Industria*, cit., págs. 222 y sigs., y 241 y sigs. En particular para la composición pacífica de los conflictos del trabajo a través de los Jurados Mixtos, es significativa su obra *Los jurados mixtos para dirimir las diferencias entre patronos y obreros y para prevenir o remediar las huelgas. (Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso ordinario de 1900)*, Madrid, Imprenta del Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús, 1901, 101 páginas. Su concepción y programa en materia económico-social se completa principalmente con sus obras, *El problema de la justicia social*, Barcelona, Llibreria Catalònica, 1933, 96 páginas, y *El capital privado*, Barcelona, Bosch, s/f., 194 páginas.

<sup>138</sup> Véase JARDÍ, E.: *Les doctrines jurídiques, polítiques i socials d' Enric Prat de la Riba*, Barcelona, Institut d'Estudis Catalans, 1974; REGUANT, M.: *Etapas reivindicativas de la teoría nacional catalana: Verdaguer, Oller y Prat de la Riba*, New York, Peter Lang, 1997; ROVIRA I VIRGILI, A.: *Prat de la Riba*, Barcelona, Edicions 62, D.L., 1968; OLIVAR-BERTRAND, R.: *Personalidad e ideología de Prat de la Riba*, Separata de *Arbor*, XVIII, 1951, págs. 31 a 58; GARCÍA CARRAFFA, A.: *Prat de la Riba*, Prólogo de Francisco, Barcelona, Impr. Hijos de Domingo Casanovas, 1917. Véase PABÓN, J.: *Cambó, 1876-1947*, Prólogo de Carlos Seco Serrano, Barcelona, Editorial Alpha, 1999, especialmente las consideraciones sobre los orígenes del catalanismo político y la figura de Prat de la Riba (capítulos III y IV).

<sup>139</sup> PRAT DE LA RIBA, E.: *Ley Jurídica de la Industria*, cit., cap. 4.º, págs. 221.

ni administrados por el Estado. En todo caso, en Prat se aprecia una evolución desde un liberalismo ortodoxo a un cierto intervencionismo.

También es significativa su coincidencia con Cimbali en la propuesta de éste de un «derecho privado social» que permitiría conciliar lo individual y lo social, y con Antón Menger<sup>140</sup>. Todos estos pensadores encuentran sus «introdutores» y traductores en nuestro país (Giner de los Ríos; Azcárate; Dorado Montero; Piernas Hurtado; Buylla; Posada; Sainz y Escartín, entre otros); una importación hecha sin duda con fines instrumentales de política del Derecho en materia social; esto, para legitimar una acción estatal armonizadora de lo económico y de lo social. Es lo que se dio en llamar solución «intervencionista» y más impropriadamente «socialismo de Estado» (denominación a-técnica que venía a reflejar el enfoque del intervencionismo germánico y la decidida intervención de Bismarck en la cuestión social, y especialmente en materia del seguro social<sup>141</sup>. No obs-

<sup>140</sup> Ibid., págs. 27-28. Véase MENERG, A.: *El derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada y Est. Preliminar «Reformismo social y socialismo jurídico» de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 1998; CIMBALI, E.: «La nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales», trad. Francisco Estaban García y Prólogo de Felipe Sánchez Román, Madrid, Est. tipográficos «Sucesores de Rivadeneyra», 1893; y sobre la tendencia del socialismo jurídico en la que esencialmente puede encuadrarse Menger y Cimbali, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999; en la perspectiva de la doctrina histórica, BUYLLA, A., «El obrero y las leyes. Estudios de la legislación protectora del trabajo en los principales países», Madrid, 1905; ID.: «La reforma social en España», en «Discursos R.A.C.M.P., XI. Una exposición de conjunto ya clásica en MONTAÑA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje de las primeras leyes laborales en España*, Madrid, Ed. Civitas, 1992, y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del trabajo e ideología*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

<sup>141</sup> No puede ocultarse la función integradora y disciplinaria de los seguros sociales obligatorios en el marco de la política de Bismarck. A través de ella se trata de contener el empuje de las ideas sociales en el movimiento obrero, de sumar a los trabajadores a la causa del imperio, de neutralizar el miedo al futuro y formar para ella una pequeña «herencia», esto es, un patrimonio de los desheredados dentro la Hacienda del Reich. De este modo se podía administrar por medio de leyes los derechos de los pobres y de los trabajadores. Ello fue explicitado por Bismarck en su Mensaje Imperial de 17 de noviembre de 1881, al afirmar: «Legar a la Patria un pueblo nuevo y próspero, unido gracias a su paz interior [la de la Nación]; y a los que sufren, la seguridad de que han de disfrutar de la asistencia eficaz a que son acreedores». Sobre la política social de Bismarck y su sentido político-jurídico puede consultarse... González Posada subrayó que la institución de los seguros sociales con carácter obligatorio aplicada en gran escala es una creación que el mundo debe a Alemania. Ha sido hasta la guerra y sobre todo hasta 1907-1911, en que Inglaterra surge con sus leyes de seguro obrero, el país modelo, el país admirado por su audacia en materia de legislación del trabajo y especialmente por la obra de seguros sociales. El nombre de Bismarck va ligado a esta reforma social, basándose en algunas experiencias ya existentes en el ámbito regional o local. En todo caso, apunta que la obra de Bismarck tuvo por fin ligar al proletariado al Estado defensor de la organización capitalista de la producción, y sustraer a los grupos profesionales obreros los elementos de combate que podían llegar a ser en las luchas sociales las sociedades de socorros y previsión

tante, es preciso *diferenciar entre la influencia de la política social de Bismarck y la defensa de un Estado social autoritario* dentro de la visión del Imperio alemán como él pretendía y en gran medida implantó en su época. Muchos intelectuales y gobiernos se inspiraron en dicha política pero no todas conforme con el esquema de un Estado social de tipo autoritario. Así los teóricos del liberalismo social o del republicanismo social, que, en términos generales, era partidarios del sistema democrático y de la implantación de un Estado social pluralista (v.gr. Azcárate, el «Grupo de Oviedo», y en el campo estrictamente político, Salmerón y su programa de modernización político-social)<sup>142</sup>. La influencia es más significativa en «hombres de acción» en el terreno social y político como José Canalejas, el cual desde un liberalismo social defendió la solución armonizadora de los conflictos sociales<sup>143</sup>. Maluquer adopta una posición de intervencionismo moderado compatible con una amplia iniciativa privada. Su línea de pensamiento en este sentido (como modelo de intervencionismo moderado) no es esencialmente distinta de las que adoptarían los pensadores reformista de su tiempo (como los krausistas, Azcárate de la madurez, Posada, Buylla, Canalejas

---

anexas a los sindicatos (BUREU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, B.I.T.: *Les problèmes généraux de l'assurance sociale*, Ginebra, 1925). De ahí la oposición inicial que a la reforma hicieron en el Reichstag los diputados socialistas. Cfr. GONZÁLEZ POSADA, C.: *Seguros sociales (Enfermedad, invalidez, vejez, muerte)*, obra premiada por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en el concurso libre del «Premio Cortina», Madrid, Imp. del Asilo de Huérfanos del S.C.de Jesús, 1926, pág. 87. González Posada, observó en otro orden de ideas, que «la institución de lo seguros sociales obligatorios es una de tantas consecuencias de la aparición del proletariado en torno a la gran industria», con apoyo en R. Vuoli. La situación de inseguridad, con su consecuencia de miseria engendró un profundo malestar y un ambiente de protesta general, que la opinión pública y los Gobiernos estimaron era preciso corregir. Cfr. GONZÁLEZ POSADA, C.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, 3.<sup>a</sup> edición, corregida, aumentada y puesta al día por Salvador Bernal Martín, Madrid, Edersa, s/f., pág. 3. Sobre la política de previsión social de Bismarck, puede consultarse RITTER, G.: *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, trad. Joaquín Abellán, Madrid, MTSS, 1991, cap. IV, págs. 81 y sigs.

<sup>142</sup> Sobre el pensamiento social de Salmerón, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: «El republicanismo español: Los supuestos básicos del pensamiento político y social de Nicolás Salmerón», Estudio Preliminar a SALMERÓN Y ALONSO, N.: *Trabajos filosóficos, políticos y discursos parlamentarios*, Granada, Ed. Comares, 2007. Lo que defendían era un nuevo liberalismo o «superliberalismo» que no rehusaría intervenir regulando las relaciones económicas y sociales y limitando la libertad contractual. Véase POSADA, A.: «Liberalismo y política social», en *La Lectura*, t. 1, 1913, págs. 366 y sigs.; «Fundamento y significado de la política social», en *La Lectura*, t. 2, págs. 14 y sigs. ; ID.: *La crisis del Estado y el Derecho político*, Madrid, C. Bermejo, 1934, y su anticipación por GINER DE LOS RÍOS, F.: «La política antigua y la política nueva», en *Estudios jurídicos y políticos*, Madrid, 1875, págs. 63 y sigs.

<sup>143</sup> CANALEJAS, J.: *El aspecto jurídico de la cuestión social*, Madrid, 1894; ID.: *La política liberal en España*, Madrid-Buenos Aires, Renacimiento-Compañía Ibero-Americana de publicaciones, s/f.

y los conservadores más lúcidos, como es el caso de Sanz y Escartín<sup>144</sup>, Dato, el mismo Cánovas<sup>145</sup>, y los católicos sociales, P. Vicent, M. Arboleda, Severino Aznar, Sangro y Ros de Olano, etc.). En Maluquer el intervencionismo tiene una dimensión social y ética y una dimensión política de «contención» (aspecto defensivo) de los conflictos sociales. Maluquer postula una variante del liberalismo social, buscando establecer, desde una reforma socio-económica moderada, un equilibrio entre el libre mercado y la intervención del Estado. En algunos aspectos su visión no está muy lejos de la concepción ético-antropológica de Albert Schäffle (1831-1903)<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> La influencia del socialismo de cátedra se hizo sentir por todas partes. El mismo Sanz y Escartín, católico social conservador, recibiría esa influencia aunque marcado las distancias oportunas. Véase SANZ Y ESCARTÍN, E.: *La cuestión económica*, Madrid, Impr. Pérez Dubrull, 1890; *El individuo y la reforma social*, Madrid, Impr. J.A. García, 1896; *El Estado y la Reforma Social*, Madrid, Imprenta de la Soc. Edit. de San Francisco de Sales, 1893. Sobre ello puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999; *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, MTAS, 2003.

<sup>145</sup> Véase CANOVAS DEL CASTILLO, A.: *Obras de D. Antonio Cánovas del Castillo. Problemas contemporáneos*, Tomo I, Madrid, Imprenta Imprenta de A. Pérez Dubrull, 1884. Resulta de interés, SALOM COSTA, J.: *España en la Europa de Bismarck; la política exterior de Cánovas (1871-1881)*, Madrid, 1967, y, con reivindicación de su obra política como «empresa de paz», SECO SERRANO, C.: *Historia del conservadurismo español. Una línea política integradora en el siglo XIX*, Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 2000, cap. VI, págs. 201 y sigs.

<sup>146</sup> Socialista de cátedra *sui generis*, como quedó dicho, con una marcada orientación organicista en la economía y en el campo social; lo que le condujo a afirmar que la comunidad era anterior al individuo (No se olvide en él la influencia inicial del pensamiento krausista). Schäffle no mantenía un ideario socialista, tenía ideas y propuestas afines a las de la escuela histórica alemana de economía. Se interesó por las cuestiones planteadas por el socialismo y su confrontación con las exigencias del intervencionismo estatal reformista en materia económica y sociolaboral. Véase obra SCHÄFFLE, A.E.: *La quinta esencia del socialismo*, traducción y notas de Adolfo Buylla y Adolfo Posada, con autorización y un Prólogo del autor, Gutenberg, Librería Nacional y Extranjera, 1885 A. E. Schäffle nació en Nirtinga —Wurtemberg— el 24 de febrero de 1831. Estudio en el seminario y en la Universidad de Tubinga, de la que después de trabajar en Stuttgart redactando en el periódico *Schwäbischen Merkur* —1850-1860— llegó a ser profesor de Economía Política. Desempeño esta función durante ocho años, al cabo de los cuales fue llamado para la misma cátedra por la Universidad de Viena. Además de figurar en el profesorado, también alcanzó una destacada situación en la política. Fue diputado en el *Landtag* de Wurtemberg, combatiendo como tal la política de Bismarck, y en 1868, cuando tomaba de su cátedra de Viena, fue elegido miembro del *Zollparlament* alemán, donde defendió a los alemanes del Sur contra las pretensiones de Prusia. En Viena fundó el *Economista Austriaco*, que atacaba calurosamente al Conde de Beust. El 7 de febrero de 1871, fue encargado de la cartera de Agricultura y Comercio en el Ministerio Hohenwart, y aunque fue considerado como alma de aquel Gabinete, su administración fue demasiado corta para que pudiera realizar las reformas que de él podían justamente esperarse. A la salida del Ministerio se retiró a Stuttgart, continuando sus importantes trabajos en materia económica. Después de una dilatada labor investigadora y de compromiso político activo, muere en 1903.



## EL DESARROLLO REGLAMENTARIO Y CONVENCIONAL DE LA LEY DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN\*

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

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

### EXTRACTO

A lo largo del mes de agosto de 2007 se han publicado en el Boletín Oficial del Estado dos normas con las que viene a cerrarse la reforma del marco normativo de la prevención de riesgos en el sector de la construcción que inició la Ley 32/2006, de 18 de octubre. La primera de estas normas es el RD 1109/2007 de 24 de agosto que, desarrollando básicamente aquella, aborda cuestiones como el registro y la inscripción registral de las empresas contratista y subcontratistas, los requisitos de «calidad» para las empresas que habitualmente sean contratadas o subcontratadas en este mismo sector de actividad o el libro de subcontratación y su relación con el libro registro del art. 42 ET. Y todo ello sin olvidar que, por un lado, introduce también una relativa simplificación de los requisitos formales y procedimentales ya existentes, y que, además, viene implícitamente a aclarar algunas de las cuestiones que, como sucedía con el sujeto obligado por los derechos de información establecidos en el art. 9 LSC, había suscitado mayores dudas. La segunda de estas normas es el IV Convenio Colectivo General del Sector. Una norma extraordinariamente importante en el área de la prevención y todo un ejemplo del papel que la negociación colectiva puede desarrollar en este campo.

A lo largo de estas páginas pretendemos analizar este conjunto de novedades, prestando además especial atención al singular juego o relación que en este caso han demostrado esta triada de normas legales, reglamentarias y convencionales; una meritoria relación que seguramente sólo puede explicarse por el hecho de que todas ellas han sido negociadas por los mismos sujetos y al mismo nivel —y no por los mismos sujetos colectivos, pero en distintos niveles de sus respectivas organizaciones—.

\* El origen de este trabajo es la exposición realizada sobre este mismo tema por el autor en el Seminario del Área de de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del departamento de Derecho Privado de la Universidad Pablo de Olavide. El autor quisiera agradecer a todos sus miembros sus sugerencias y valiosas aportaciones.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO: EL RD 1109/2007 DE 25 DE AGOSTO
  - 2.1. El registro, la acreditación y la inscripción de las empresas contratistas y subcontratistas. Régimen jurídico.
    - 2.1.1. Introducción: la opción del RSC por la empresa y el «olvido» de la obra
    - 2.1.2. Los sujetos obligados a la inscripción: en especial, la cuestión del trabajador autónomo.
    - 2.1.3. El Registro de Empresas Acreditadas
    - 2.1.4. El procedimiento de inscripción
    - 2.1.5. La inscripción registral y su renovación. Las comunicaciones de variaciones de datos
    - 2.1.6. Los efectos de la inscripción registral: la certificaciones del Registro
    - 2.1.7. La cancelación de la inscripción
    - 2.1.8. Un supuesto peculiar: la inscripción en el marco de una prestación de servicios transnacional que conlleve el desplazamiento de trabajadores. A modo de simple apunte: los posibles problemas derivados de la Directiva «de servicios»
    - 2.1.9. Derecho Transitorio
  - 2.2. Los «requisitos de calidad en el empleo»
    - 2.2.1. Porcentaje mínimo de trabajadores indefinidos
    - 2.2.2. La formación de recursos humanos
  - 2.3. El libro de subcontratación, libro registro y derechos de información: algunas aclaraciones
    - 2.3.1. Habilitación y aspectos documentales del libro de subcontratación
    - 2.3.2. Libro de subcontratación y libro registro: derecho transitorio
    - 2.3.3. Los derechos de información: el papel del contratista y su relación con el art. 42.4 ET
  - 2.4. La limitada reducción de cargas documentales
3. ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS NOVEDADES PREVENTIVAS EN EL IV CONVENIO COLECTIVO GENERAL DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN
  - 3.1. El órgano paritario para la prevención en la construcción (OPPC)
  - 3.2. Información, formación y su acreditación: la tarjeta profesional de la construcción
  - 3.3. Derogación definitiva del Capítulo XVI de la OLC de 28 de agosto de 1970 y regulación convencional de las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables en las obras de construcción
  - 3.4. Las modificaciones del contrato fijo de obra

## 1. INTRODUCCIÓN

No parece necesario insistir aquí en la enorme trascendencia que la Ley 32/2006 de 18 de octubre (LSC en adelante) ha tenido en la definición del nuevo marco normativo de la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Los nuevos límites y obligaciones que establecía esta norma, básicamente preventiva, pretendían actuar sobre muchos de los factores que tradicionalmente se han venido sosteniendo —al menos por las principales organizaciones sindicales— como causantes, si tan siquiera sea

parcialmente, de los altos datos cuantitativos y cualitativos de siniestralidad en este sector de actividad <sup>1</sup>.

Sin embargo, bastaba una breve lectura de esta norma para constatar como buena parte de sus reformas quedaban supeditadas, remitidas o al menos parcialmente condicionadas al posterior desarrollo reglamentario y convencional de la misma <sup>2</sup>. Aspectos como la organización administrativa y el funcionamiento del registro de empresas contratistas o subcontratistas establecido en los art. 4 y 6 LSC; los contenidos, los efectos y la forma de la inscripción de estas empresas, así como los sistemas de coordinación de los distintos registros autonómicos —art. 6.3 LSC—; la forma del cumplimiento del deber de acreditación de estas empresas —art. 12.27.a LISOS— (y, claro está, todas las cuestiones «colaterales» a ellos ligadas); la fijación de qué entidades por su «habitual» contratación o subcontratación para la realización de trabajos en obras de la construcción serían las que deberían soportar la cuota impuesta de trabajadores indefinidos y cómo debería realizarse dicho cómputo —art. 4.4 LSC—; o, por mencionar un último ejemplo, las condiciones de habilitación, el contenido, obligaciones y derechos derivados del Libro de Subcontratación —art. 8.3 LSC— quedaban remitidas a la posterior norma reglamentaria —DF 2 LSC. De ahí, seguramente, que la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo para los años 2007-2012 <sup>3</sup>, incluyese la aprobación de esta norma reglamentaria como uno

<sup>1</sup> Sobre esta Ley, y sin ánimo de ser exhaustivo, véanse, AAVV., *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción* (coord. J.R. MERCADER UGUINA), Lex Nova, 2007; AAVV., *La subcontratación en el sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Aranzadi, 2007; A.V. SEMPERE NAVARRO, «Posibilidades descentralizadoras de promotor, contratistas y subcontratistas tras la Ley 32/2006», en *Aranzadi Social*, 2007, núm. 1 (BIB 2007/166); J. CRUZ VILLALÓN. «La nueva regulación de la subcontratación en el sector de la construcción», *Boletín Informativo del CARL*, núm. 6; F.J. CALVO GALLEGU «La nueva Ley de la subcontratación en el sector de la construcción», en *Temas Laborales*, 2006, núm. 87; M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El derecho de las contratas. Entre la licitud y la prevención», en *Revista de Derecho Socia*, 2007, núm. 36; A. MERINO SEGOVIA, *Comentarios a la Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, FECOMA, Bomarzo, 2006; J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «La Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción», en *Relaciones Laborales*, 2007, T/I, pág. 815 y ss.; A. PEDRAJAS MORENO, I. LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA «Comentarios a la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción» en *www.tirant.es* (en línea).

<sup>2</sup> Una amplia referencia a las mismas en J.R. MERCADER UGUINA y P. NIETO ROJAS, «Objeto, ámbito de aplicación y definiciones en la Ley de subcontratación», en AAVV., *La nueva Ley reguladora de la subcontratación...*, cit., pág. 24 y ss. De «auténtica deslegalización» en aspectos importantes habla M. GONZÁLEZ LABRADA, «La prevención de riesgos laborales en la construcción y la incidencia de la Ley 32/2006», en AAVV. *La subcontratación en el sector de la construcción...*, cit., pág. 181.

<sup>3</sup> Respaldada por el Pleno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo el 28 de junio de 2007 y disponible en <http://www.istas.net/web/abreenlace.asp?idenlace=4134>

de los elementos más destacado de su Objetivo 1 destinado a «lograr un mejor y más eficaz cumplimiento de la normativa» preventiva.

Pero las remisiones no se centraban exclusivamente en el plano reglamentario. También debe tenerse en cuenta el peculiar diálogo que la Ley de Subcontratación —una norma, nunca debe olvidarse, sectorial y no general— establecía con la negociación colectiva y sobre todo, con uno de los niveles de negociación, el sectorial estatal que, como de todos es sabido, ha ido asumiendo un papel cada vez más trascendente en la ordenación colectiva de este sector.

En este sentido, es cierto que esta peculiar relación entre ley y convenio era en ocasiones —eso sí, las menos—, seguramente de exclusión y/o prohibición, como sucedía, al menos a nuestro juicio, en el art. 5.1 LSC cuando la norma legal impedía «limitar» más la subcontratación como «forma de organización productiva»<sup>4</sup>. Pero en otras muchas ocasiones —y éstas son las que más nos interesan a estos efectos— tal relación era claramente de remisión, pero, al mismo tiempo, de autorización expresa, intentando solventar de forma meramente preventiva —esto es, fuera o no real la posible colisión— todos los posibles o hipotéticos riesgos de ilegalidad que pudiera llegar a plantear una regulación sectorial novedosa, imaginativa e incluso precursora de soluciones adoptadas progresivamente en otros sectores de actividad.

Este peculiar tipo de relación lo encontrábamos, por ejemplo, en la regulación de los sistemas o procedimientos de representación bilaterales y/o territoriales mencionados o previstos en el art. 9.2 LSC —y que, por cierto, vienen a responder a una petición cada vez más frecuente de éste o similares tipos de órganos territoriales (delegados provinciales) sobre todo en sectores en los que la descentralización ha reducido y diseminado drásticamente los centros de trabajo—; en relación con los programas formativos preventivos y los contenidos específicos para cada especialidad —art. 10.2 LSC—; en lo concerniente al sistema de acreditación de esta formación<sup>5</sup> —art. 10.3 LSC—, función ésta que podía desarrollar indistintamente con el reglamento; o, por mencionar un último ejemplo, en relación con la «calidad

<sup>4</sup> Más ampliamente F.J. CALVO GALLEGO «La nueva Ley de la subcontratación...», cit., pág. 45.

<sup>5</sup> En relación con este carácter novedoso y precursor de posibles reformas posteriores baste señalar que Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012) —disponible en <http://www.istas.net/web/abreenlace.asp?idenlace=4134>— establece que «A la vista de los resultados obtenidos por la acreditación de la formación en el sector de la construcción, se estudiará, en el marco de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, la viabilidad de extender su aplicación a otros sectores, así como incluir en la cartilla profesional de los trabajadores de determinados sectores de actividad los datos relativos a la vigilancia de la salud, respetando plenamente el derecho a la intimidad de los trabajadores».

en el empleo» y la «adaptación» de la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado —DA 3 LSC—.

Desde esta perspectiva es fácil intuir cómo fue precisamente esta estrecha imbricación entre estas tres fuentes —legal, reglamentaria y convencional— una de las razones por las que, a pesar de que los primeros borradores del Reglamento circulaban ya desde marzo de 2007<sup>6</sup>, se ha optado por emanar ambos textos prácticamente a la vez, evitando posibles discrepancias o desconexiones.

En cualquier caso, y ya para terminar, lo último que sí nos gustaría destacar es cómo esta imbricación entre fuentes normativas, lejos de plantear los problemas que en muchas ocasiones suscitan tales remisiones, sobre todo cuando se producen desde normas legales generales a sectoriales convencionales<sup>7</sup>, no ha suscitado en este caso la menor dificultad, produciéndose el tránsito desde las llamadas legales al desarrollo convencional sin la mínima dilación y/o problema. Seguramente la causa de este éxito se deba a que en este caso, y repetimos nuevamente por el carácter sectorial de los tres tipos de normas, sí se ha dado una identidad real entre los sujetos negociadores de los tres tipos de fuentes, a diferencia de lo que ha sucedido en otras situaciones, en las que la norma intersectorial es negociada por un órgano confederal que aún perteneciendo a la misma estructura organizativa, no es el mismo sujeto o sujetos que deben trasladar y adaptar las llamadas generales de la Ley.

## 2. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO: EL RD 1109/2007 DE 25 DE AGOSTO

Con estos antecedentes, el RD 1109/2007 de 24 de agosto por el que se desarrolla la LSC (RSC en adelante)<sup>8</sup> presenta, al menos a nuestro juicio,

<sup>6</sup> De hecho, el primer documento remitido por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a la organizaciones sindicales, empresariales y a las CCAA tenía fecha de 22 de marzo de 2007. Véase en este sentido el muy interesante Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007 disponible en [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379). Existió, en todo caso, un segundo documento de fecha 30 de abril de 2007.

<sup>7</sup> Véanse las interesantes reflexiones en este punto de J.R. MERCADER UGUINA y P. NIETO ROJAS, «Objeto, ámbito de aplicación y definiciones en la Ley de subcontratación», en AAVV., *La nueva Ley reguladora de la subcontratación...*, cit., pág. 21 y ss.

<sup>8</sup> Específicamente sobre este desarrollo reglamentario puede consultarse D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real decreto 1109/2007, de 24 de agosto», en *Aranzadi Social*, 2007, núm. 15 (BIB 2007/2158), J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. El Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto», en *Relaciones Laborales*, 2007, T/II, núm. 21.

cuatro grandes núcleos temáticos que se unen a un primer capítulo reiterativo de lo ya establecido en la LSC y en el que, por ejemplo, no se ha aclarado en absoluto la ya iniciada discusión sobre el carácter meramente ejemplificativo o exhaustivo de los trabajos recogidos en su art.2 a la hora de delimitar su ámbito de aplicación<sup>9</sup>.

En relación con este punto, tan sólo quisiéramos destacar dos observaciones. La primera, que en su contenido y estructura el RSC se ha limitado a desarrollar casi exclusivamente las llamadas expresas que realizaba la norma legal. A pesar de lo que seguramente hubiera sido deseable, no se ha utilizado la genérica y bastante más amplia autorización de la DF 2 LSC para dar un paso más allá y clarificar otras cuestiones<sup>10</sup>. Y la segunda es que, obviamente, la ausencia de un precepto dedicado a definir conceptos impone que, a la hora de interpretar la norma reglamentaria, asumamos literalmente las definiciones ya recogidas en el art. 3 LSC.

## 2.1. El registro, la acreditación y la inscripción de las empresas contratistas y subcontratistas. Régimen jurídico

Con estas premisas, el primero de los núcleos temáticos que antes señalábamos aborda el registro de empresas acreditadas, su inscripción y los efectos de la misma; un tema al que se dedica el Capítulo II al completo y los artículos 3 a 10 ambos inclusive del RSC.

### 2.1.1. *Introducción: la opción del RSC por la empresa y el «olvido» de la obra*

Como ya tuvimos ocasión de comentar al analizar el texto de la Ley 32/2006, era éste, seguramente, uno de los puntos más oscuros de la regula-

<sup>9</sup> Aunque la posición mayoritaria parece ser la del carácter exhaustivo por contraposición a la redacción del RD 1627/1997 —véanse por ejemplo, J. CRUZ VILLALÓN, «La nueva regulación de la subcontratación», cit., pág. 2; F.J. CALVO GALLEGO «La nueva Ley de la subcontratación ...», cit., pág. 33; A. MERINO SEGOVIA, *Comentarios a la Ley ...* cit., pág. 43— también se detecta una posición más flexible con interesantes argumentos —*vid.* S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción» en *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción* (coord. J.R. MERCADER UGUINA), Lex Nova, 2007, pág. 47 y ss.

<sup>10</sup> Sobre lo «deseable» de que el desarrollo reglamentario hubiera producido alguna integración normativa de la compleja batería de normas en este sector, véase, por ejemplo, J. CRUZ VILLALÓN, «La nueva regulación ...», cit.; J.R. MERCADER UGUINA y P. NIETO ROJAS, «Objeto, ámbito de aplicación y definiciones en la Ley de subcontratación», en AAVV., *La nueva Ley reguladora de la subcontratación...*, cit., pág. 23.

ción legal <sup>11</sup>. A nuestro juicio, toda esta confusión provenían probablemente del intento de compaginar —y, en la medida de lo posible, satisfacer como texto negociado— opciones muy distintas <sup>12</sup> como las que contemplaban la originaria proposición de Ley <sup>13</sup>, la enmienda alternativa del Partido Popular y la Enmienda 131 del Grupo Socialista <sup>14</sup>; propuestas todas éstas que, como es bien conocido, dieron lugar a un Informe de la Ponencia distinto a todas ellas <sup>15</sup>, y al que posteriormente, y para mayor confusión, se añadió un «nuevo» art. 6 específicamente dedicado a este registro, en el texto remitido al Senado <sup>16</sup>.

Como se recordará, en el texto de la originaria Proposición de Ley, los art. 5 a 7 articulaban básicamente un sistema de autorización administrativa por cada «obra» que desarrollasen unas empresas registradas. En cambio, el capítulo II del texto alternativo de la Enmienda 80 del Grupo Popular incorporaba una certificación global, no ya en la obra, sino de la empresa y un posterior registro, por lo que los requisitos no eran ya tanto de la obra en sí, sino de la empresa en su conjunto. Y finalmente la Enmienda 131 del Grupo Socialista parecía centrar este registro en empresas que pretendieran contratar o subcontratar trabajos de especial peligrosidad, desligándolo, al menos aparentemente de los requisitos que el punto primero del texto alternativo del entonces artículo 5 —finalmente art. 4 en la Ley— establecía para que pudiera intervenir en el proceso de subcontratación en la construcción.

El problema, al menos a nuestro juicio, es que el Informe de la Ponencia mezcló ambos planos de la enmienda socialista —pensada, como decimos, para empresas que pretendieran contratar trabajos de especial peligrosidad— convirtiendo al registro en el lugar en donde debían de «acreditarse» los requisitos que, tanto en relación con la empresa en sí, como de la actividad desarrollada en cada obra —art. 4.1.c LSC— exigía el ya definitivamente numerado como artículo 4, dando lugar con ello a una confusión sobre si se había vuelto o no a un sistema dual como el previsto en la Proposición —registro previo y general, y acreditación posterior para cada obra— o si por el contrario, lo que se registraba era la peculiar «acreditación» de la empresa, una vez efectuada ésta ante el registro.

<sup>11</sup> Ampliamente sobre este origen y los problemas que causaba a los primeros intérpretes de esta norma F.J. CALVO GALLEGO «La nueva Ley de la subcontratación...», cit., pág. 69 y ss.

<sup>12</sup> Esta misma conclusión en J. GARCÍA BLASCO, «El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas», en AAVV., *La subcontratación en el sector...*, cit., pág. 35.

<sup>13</sup> BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-1 de 23/04/2004.

<sup>14</sup> BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-34 de 23/12/2005.

<sup>15</sup> BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-58-35 de 04/05/2006.

<sup>16</sup> BOCG. Senado Núm. IIIB-14-a de 29/05/2006.

Pues bien, cualquier duda que pudiera quedar ha sido ya resuelta por el RSC que habla simple y llanamente de solicitud de inscripción y de registro, relegando o subsumiendo en este último el término acreditación que tantos problemas planteó en su momento. La inscripción lo es, por tanto, de la empresa, y es única e independiente de las concretas obras que pueda realizar durante el plazo de su vigencia; unas obras que, además —y ello es importante por lo que más tarde se verá en relación con los efectos de su cancelación— no serían objeto de anotación por lo que serían desconocidas para este Registro. Pero sobre ello volveremos más tarde.

Por ahora, nos interesa también destacar que esta focalización sobre la empresa y no sobre las concretas obras hace, en primer lugar, que la declaración del empresario vaya a ser en algunos aspectos no ya tanto —y como quizás debiera haber sido al menos desde el plano preventivo— una constatación de una realidad que debiera ser preexistente en cada obra, sino una «asunción» —a nuestro juicio de escasa utilidad— de un compromiso legal ya existente para un futuro más o menos cercano —piénsese, por ejemplo, en el ejercicio directo del poder de dirección «en la obra» del art. 4.1.c LSC—. Pero es que, además, esta focalización definitivamente sobre la empresa y no sobre la obra, hace que ciertos aspectos, por ejemplo, de la gestión de la prevención como los recursos preventivos del art. 32 bis LPRL en relación con la DA 14 LPRL y la DA RD 1627/1997 para el sector de la construcción<sup>17</sup>, no van ni tan siquiera a aparecer expresamente en el RSC, centrándose la documentación requerida en los servicios de prevención como resulta lógico desde una perspectiva más centrada en la empresa que, nuevamente, en la concreta obra desarrollada. Pero sobre ello volveremos más tarde.

### 2.1.2. *Los sujetos obligados a la inscripción: en especial, la cuestión del trabajador autónomo*

En cualquier caso, lo segundo que en este caso no hace la norma reglamentaria es aclarar las dudas sobre quién tiene la obligación de inscribirse. Y ello porque si bien es evidente que, en principio, el promotor —el gran ausente de la LSC por cuestiones que no cabe aquí retomar— no está sometido a tal obligación<sup>18</sup> —y, de hecho, ni tan siquiera podría ser sancionado

<sup>17</sup> Sobre la importancia de los mismos en relación con el art. 4 LSC S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas...», cit., págs. 64-65.

<sup>18</sup> Siempre claro, está, que no realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra, en cuyo caso tendría la consideración de contratista y sí estaría obligado —art. 3.e LSC—. En este mismo sentido J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 3 siempre del original extraído de Internet



administrativamente si pactara con un contratista que paradójicamente no estuviera inscrito—, la cuestión, como decimos, dista de ser tan clara cuando nos referimos a uno de los colectivos cuantitativa y cualitativamente más importantes del sector de la construcción: los trabajadores autónomos.

El problema en este caso surgía nuevamente de la oscuridad de la ley —que parecía presuponer cosas que luego no se plasmaban claramente en su texto articulado— y de las distintas acepciones que pueden darse al término «empresa» en el ámbito laboral, mercantil o fiscal. Pero vayamos por partes.

Como de todos es sabido, en la LSC la delimitación del ámbito subjetivo del registro se realizaba básicamente en los art. 6 y 4.2 LSC. En el primero se hablaba simplemente de «Empresas Acreditadas», sin especificar nada más, dando por descontado una delimitación mucho más precisa que realizaba, al menos en teoría, la segunda norma antes mencionada —el art. 4.2 LSC— que se refería, de forma más concreta, a las «empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos de una obra de construcción».

Es cierto que el art.3 LSC define claramente al «contratista» y al «subcontratista», distinguiéndolos del mero autónomo. Pero obsérvese también que éste puede ser sujeto en un proceso de subcontratación, del mismo modo que el art. 4.1 LSC establecía igualmente obligaciones para el trabajador autónomo. Si a todo ello unimos la posibilidad, siempre abierta, de acoger una acepción mercantil y no estrictamente laboral de empresa, que sí podría englobar al autónomo tal como es definido en el art. 3 LSC, y, sobre todo, el oscuro tenor literal del art. 7.1 LSC cuando obliga a las empresas contratistas y subcontratistas a «vigilar el cumplimiento» de los dispuesto en la misma por las empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, en particular en lo que se refiere a las obligaciones de acreditación y registro del art. 4.2 LSC y al régimen de subcontratación» del art. 5 LSC, tendremos, en definitiva, las razones por las que un sector de la doctrina asumió la inclusión de los autónomos entre los sujetos sometidos al registro y, por tanto, a la comprobación o autorización que a través de él se articula<sup>19</sup>.

Sin embargo, y esto es lo importante, también en la propia Ley existían ya elementos que parecían apoyar la posición contraria; esto es, la inexistencia de esta obligación registral para los autónomos sin trabajadores a su

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, la posición de D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen...», cit., pág. 7 del original impreso, que aborda incluso el contenido de la declaración del autónomo o M.R. MARTÍNEZ BARROSO, «La extensión del deber de vigilancia empresarial en las contratas a los trabajadores autónomos, tras la entrada en vigor de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción», en *Aranzadi Social*, 2006, núm. 18.

servicio<sup>20</sup>. El primero de estos indicios era la clara distinción que en todo momento buscaba la LSC entre el mero autónomo y los contratistas y subcontratistas. De hecho, el art. 3.g LSC dejaba bien claro que sólo cuando el autónomo —«persona distinta al contratista y subcontratista»— emplease en la obra a trabajadores por cuenta ajena tendría la consideración de contratista y subcontratista. En este sentido, la mención expresa a los autónomos en el art. 4.1.a LSC podría reforzar esta consideración separada, como colectivos aparte, que, además, se detectaba en otros muchos apartados de la Ley. Y de hecho, el art. 4.3 LSC parecía referirse ya sólo a las empresas contratistas y subcontratistas al establecer la forma de acreditar los requisitos anteriores a fin de inscribirse en el registro.

Pero al menos a nuestro juicio, el indicio más fuerte, como en tantas otras ocasiones, provenía de la lectura detenida de los preceptos sancionadores incorporados en la LISOS. Y ello porque mientras en los nuevos art. 12.27.c) y 12.28.b) LISOS sí se establecía el deber del contratista y de los subcontratistas de vigilar que los trabajadores autónomos de su «ámbito de ejecución» no superaran los niveles de subcontratación establecidos en la ley, ninguna mención de vigilancia se establecía en relación con estos mismos autónomos cuando de lo que se trataba —art. 12.27.a) y 12.28.c) LISOS— era de controlar un deber de inscripción que sólo se predicaba de los subcontratistas. Y esta misma distinción —que a mi juicio no era ningún error sino un claro indicio de la voluntad del legislador— se detectaba si analizábamos los tipos correspondientes a las infracciones muy graves de contratistas y subcontratistas en estos mismos ámbitos —art. 13.15 a) y b) y 13.16.a) y b) LISOS conforme a la redacción dada por la DA 1 LSC—.

En mi opinión, la interpretación más razonable que, sobre todo, intentase evitar asimetrías siempre indeseables entre distintos tipos de responsabilidades, consistiría en considerar que la LSC utiliza el término empresa —al menos en este punto— de una manera técnica, lo que implica la necesidad de que nos encontremos ante un empleador y no ante un mero autónomo de los del art. 3 LSC; que son por tanto estas empresas, en el sentido laboral del término, a las que se refieren los art. 4.2 y 4.3 LSC y a las que se remite el art. 6 LSC; y que, por todo ello, lo que el contratista y subcontratista deben vigilar ex art. 7.1 LSC es que los autónomos no superasen los niveles específicos de subcontratación que establece el art. 5 LSC, y no una inscripción a la que legalmente no vendrían obligados al menos mientras no tuvieran trabajadores a su servicio<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> En este sentido, por ejemplo, ya se manifestaba, S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas ...», cit., pág. 54 quien calificaba como «dudosa» la exigencia de inscripción de este colectivo «salvo que otra cosa disponga el desarrollo reglamentario».

<sup>21</sup> Excluyendo igualmente a los autónomos del deber de inscripción, M. ÁLVAREZ ALCOLEA, «La consideración del trabajador autónomo y su intervención en el sector de la cons-

La cuestión, a poco que se observe, dista bastante de ser baladí, sobre todo si se tiene en cuenta los posibles problemas de sobrecarga para la estructura administrativa que pueden plantearse en el proceso de inscripción en el plazo previsto en el RSC. Baste recordar que de acuerdo con los datos EPA para el tercer trimestre de 2007, en el sector de construcción existirían unos 304.100 empresarios sin trabajadores a su servicio; y que según los datos del DIRCE habría 228.174 empresas en el sector de la construcción sin trabajadores a su servicio.

En este contexto, es cierto que el Reglamento no aclara expresamente la cuestión, pero sí da, al menos a nuestro juicio, fuertes indicios que parecen apoyar esta última opción. En primer lugar, porque ni en un solo momento los art. 3 a 10 RD 1109/2007 hacen mención alguna al autónomo, como en cambio sí sucede más adelante al analizar, por ejemplo, el libro de subcontratación, distinguiéndolo nuevamente del subcontratista —v.gr. art. 13 RSC—. Muy al contrario, a lo largo de estos ocho artículos lo que sí existen son menciones constantes y casi reiterativas a «las empresas contratistas y subcontratistas» como si se quisiera aclarar que son estos sujetos, y no los simples autónomos, los únicos obligados a inscribirse en este registro<sup>22</sup>. Si a todo ello unimos, en segundo lugar, las menciones al «empresario», que ya no empresa, en el art. 4.2 RSC, o la inclusión del código de cuenta de cotización, obsérvese, principal, en el art. 4.1d) RSC tendremos, al menos a nuestro juicio, mayores argumentos para sostener que las empresas obligadas a la inscripción en el registro son tan sólo las contratistas

---

trucción. A propósito del futuro estatuto del trabajador autónomo», en AAVV., *La subcontratación en el sector de la construcción...*, cit., pág. 174. Igualmente, J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 3, quienes de acuerdo con lo aquí mantenido, sólo exigen esta inscripción cuando empleen a trabajadores, esto es, cuando sea realmente contratista o subcontratistas ex art. 3.g LSC.

<sup>22</sup> Ejemplo de estas llamadas serían, por mencionar sólo algunos casos, las menciones de la propia Exposición de Motivos —«Las empresas contratistas y subcontratistas deberán inscribirse en el Registro, renovar la inscripción ...»; en el art. 3.1 RSC —«las empresas, con carácter previo al inicio de su intervención en el proceso de subcontratación en el Sector de la Construcción como contratistas o subcontratistas»; en el art. 5.2 RSC —«se procederá a efectuar la inscripción de la empresa contratista o subcontratista»; a la hora de delimitar los efectos en el art. 6.1 RSC —«La inscripción en el Registro, que será única y tendrá validez en todo el territorio nacional, permitirá a las empresas incluidas en el mismo intervenir en la subcontratación en el Sector de la Construcción como contratistas o subcontratistas»; en el art. 9 al abordar el registro competente —«en ellos se inscribirán las empresas contratistas y subcontratistas cuyo domicilio radique en alguna de esas ciudades»; en el art. 10 al analizar las funciones del registro —«expedir las certificaciones sobre las inscripciones registrales existentes en cualquier Registro relativas a las empresas contratistas y subcontratistas...»; o por mencionar tan sólo una más, en la DT 1 RSC al establecer el régimen transitorio en este puntos.

y subcontratistas en el sentido del art. 3 LSC. Y de ahí que, en conclusión, el autónomo en el sentido del art. 3.g LSC no estaría obligado a inscribirse en el mencionado registro salvo que, obviamente, emplee a trabajadores por cuenta ajena. Y ello porque en ese caso dejaría de ser autónomo a los efectos de Ley 32/2006 y del RD 1109/2007 —no así obviamente a otros efectos como los del art. 1 Ley 20/2007— pasando a tener «la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la (mencionada) Ley».

### 2.1.3. *El Registro de Empresas Acreditadas*

Por lo que se refiere al otro polo de la relación, los art. 9 y 10 desarrollan sumariamente lo ya establecido en el art. 6 LSC sin, al menos a nuestro juicio, mayores o grandes novedades.

Nos encontramos ante un registro<sup>23</sup> de personas y no de cosas, de alcance sectorial, y no general, de naturaleza administrativa y carácter público a través del cual se intenta articular y dar publicidad a una autorización operativa o, si se prefiere, casi una comprobación, y al que en último término le sería aplicable lo genéricamente establecido en el art. 38 LRJAP-PAC<sup>24</sup>.

Desde esta perspectiva se comprende fácilmente que sus funciones abarquen tanto la tramitación —y consiguiente custodia documental— de las distintas actuaciones de inscripción empresariales —ya sean éstas solicitudes de inscripción y renovación, las comunicaciones de variaciones de datos o las solicitudes de cancelación—, cómo, en segundo lugar, la expedición de certificados sobre estos asientos registrales, o la regulación de la acceso público a los datos obrantes, que deberá respetar siempre los principios establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos<sup>25</sup>.

En este ámbito, el RSC ha continuado —como no podía ser menos— con la opción de registros autonómicos<sup>26</sup> —incluidas expresamente Ceuta

<sup>23</sup> Como acertadamente recuerda el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007 disponible en [http://www.boe.es/es/bases\\_datos\\_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379](http://www.boe.es/es/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379) las menciones en un caso al Registro y otras a los distintos registros dependientes de las autoridades laborales autonómicas son fácilmente explicables si recurrimos a la distinción entre función y órgano.

<sup>24</sup> Sobre todas estas clasificaciones doctrinales véase, por todos, J. A. SANTAMARÍA PAS-TOR, *Principios de derecho Administrativo*, Vol. II, Tercera Edición, Ceura, 2002, pág. 264 y ss. En relación con este concreto registro véase J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 3.

<sup>25</sup> Para un detenido estudio de este tema véase D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen...», cit., págs. 9 y 10 del original impreso.

<sup>26</sup> Sobre las reticencias de algunas autonomías por su establecimiento sin la correspondiente doctación económica, J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», *ult. op. cit.*



y Melilla<sup>27</sup>— con una relación de claves autonómicas que se incorpora en el Anexo II. No obstante, es evidente que nada impediría a cada Comunidad Autónoma, sobre todo las multiprovinciales, que en ejercicio de su libertad de autoorganización establezcan oficinas auxiliares del registro autonómico al que deberían comunicar toda anotación que pudieran efectuar.

Finalmente, quizás lo más novedoso es que asumiendo, como ya hemos dicho, la estructura autonómica prevista en la Ley, el RSC no parece establecer un mero sistema de coordinación o interconexión de bases de datos autonómicas, sino que se inclina más bien por articular una base de datos cuya gestión —y, por tanto, responsabilidad— corresponde al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y que, seguramente, podría coexistir o no con bases de datos autonómicos, en función de la concreta opción asumida por cada CCAA. Desde esta perspectiva la DA 4 RSC establece que el MTAS y las CCAA elaborarán un protocolo de colaboración para el funcionamiento de los Registros de Empresas Acreditadas que garantice la adecuada intercomunicación de los registros y el acceso público a los datos contenidos en cualquiera de ellos desde el registro de cualquier autoridad laboral. Esta base de datos permitiría así, a cualquiera de los registros autonómicos, realizar las consultas necesarias y dar acceso público a los datos incorporados al mismo —salvo los que afecten a la intimidad de las personas—, garantizándose en todo caso que las certificaciones del registro puedan emitirse en el plazo de diez días naturales al que se refiere el art. 6 RSC<sup>28</sup>. De este modo viene a desarrollarse el mandato de coordinación del art. 6.3 LSC, mediante un sistema necesariamente informatizado como exige, en este caso más que nunca, el número de empresas y las obligaciones de comunicación y peticiones que el RSC les impone y que, como se verá, son especialmente intensas.

#### 2.1.4. *El procedimiento de inscripción*

Una vez identificados los dos núcleos de la relación registral, los art. 4 y ss RSC desarrollan el procedimiento de inscripción, único para todo el

<sup>27</sup> Quienes no obstante dependerán de la autoridad laboral de la Administración General del Estado - J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 3 siempre del original.

<sup>28</sup> Sobre la importancia de estas exigencias de adecuada intercomunicación y de acceso público cruzado a que se refiere la disposición adicional cuarta, hasta el punto de considerar que «deben configurarse como elementos configuradores del Registro, desde el momento mismo de su creación, y recogidas en el articulado, y no como objetivos que debe conseguir el protocolo de colaboración, que es algo «añadido» al Registro», véase nuevamente el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007.

Estado, y que habrá de realizarse conforme al modelo incorporado al Anexo I RSC, con las adaptaciones que en su caso incorporen las CCAA en virtud de la DA 3 RSC<sup>29</sup>.

En principio, la empresa, de manera previa al inicio de su actividad como contratista o subcontratista en este sector de actividad, deberá dirigir su solicitud al registro territorialmente competente en función de su domicilio. A estos efectos, por tanto, lo importante no es el ámbito de actuación más o menos amplio de la organización, o dónde vaya a desarrollarse la específica contrata o subcontrata —otro efecto del alejamiento de la obra y del acercamiento a la empresa que en cambio sí tendrá importancia a la hora de habilitar el libro de subcontratación—, sino el lugar de su domicilio que, obviamente variará en función del tipo de empresa o empresario del que se trate, si bien en el caso de las sociedades anónimas o de las de responsabilidad limitada —as dos hipótesis más frecuentes—, será aquel «en el que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, en el que radique su principal establecimiento o explotación» —art. 6 LSA y 7 LSRL—.

Más allá de los concretos datos que deben constar en la solicitud, y que, junto a los necesarios para su identificación —nombre, domicilio, NIF, Código de cuenta de cotización principal...—, en buena parte se deducían ya de las exigencias legales —descripción detallada de la actividad a realizar en obras de la construcción<sup>30</sup>; descripción de la organización productiva, relación de medios materiales y personales, por ocupaciones y niveles de cualificación (art. 4.1.a LSC), organización de la empresa en materia de prevención y formación preventiva de sus recursos humanos directivos y de obra (art. 4.2.a LS), temas estos sobre los que volveremos al analizar lo establecido en el art. 12 RSC y en la nueva norma convencional— lo más im-

<sup>29</sup> En relación con este tema el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007 disponible en [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379) ya señaló —con criterio que evidentemente compartimos dada la necesidad de respetar el ámbito que en esta materia reserva a las CCAA el bloque de constitucionalidad— como «la regulación... parece descender, en algunos aspectos, al ámbito ejecutivo; así, al aprobar, por vía de anexos distintos modelos de solicitud (de inscripción o renovación, de variación de datos, de cancelación). Ello no resulta objetable, teniendo en cuenta que la disposición adicional tercera prevé la adaptación de los modelos por parte de las autoridades laborales, indicando que tales modelos «recogen el contenido mínimo de las solicitudes (...) pudiendo adaptarse por las autoridades laborales a sus necesidades específicas y a las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas». Así las cosas, lo que se plantea es si no hubiera sido más lógico fijar en el articulado ese contenido mínimo, dejando a las autoridades laborales competentes para su ejecución el diseño del modelo concreto (sin perjuicio de que, por vía de colaboración y para simplificación administrativa pudieran adoptarse modelos comunes, mediante el protocolo a que se refiere la disposición adicional cuarta)».

<sup>30</sup> Este dato seguramente está destinado a valorar la suficiencia de los restantes en función de la concreta actividad que la empresa está llamada a desarrollar en las obras de construcción.



portante, al menos a nuestro juicio, es que el art. 4.2 RSC ha venido a solventar otra de las dudas creadas por el art. 4.3 LSC. Y es que de acuerdo con este precepto, la «acreditación» del cumplimiento de los requisitos del art. 4.1 y .2 se realizaría —y era lo único que se afirmaba— «mediante una declaración suscrita» por el «representante legal» de la empresa «formulada ante el registro de Empresas Acreditadas».

Ya dijimos en su momento que limitar únicamente la obligación del empresario a esta mera declaración supondría minar muy seriamente la utilidad de este instrumento, permitiendo, además, al contratista liberarse fácilmente de sus obligaciones de vigilancia ex art. 7 LSC<sup>31</sup>. Por eso parecía lógico exigir que a esta declaración se le añadiera —aunque ello supusiera un nuevo requisito documental en un campo como la prevención ya ciertamente sobrecargado de ellas— una mínima exigencia documental que permitiera realmente algún tipo de control, si tan siquiera sea mínimo, por parte de la Autoridad Laboral<sup>32</sup>. Es cierto que el tenor literal del art. 4.2 LSC parecía claro<sup>33</sup>, pero también es verdad que los posibles problemas de legalidad podrían salvarse acudiendo al art. 12.a LISOS, que abría indirectamente una puerta para que el «deber de acreditar» los recursos humanos, la organización preventiva y la formación fueran establecidas «legal o reglamentariamente».

Pues bien, en este contexto, el art. 4.2 RSC ha optado por incorporar una cierta obligación documental al señalar que junto a la declaración del empresario o su representante legal —básica para los aspectos contemplados en el art. 4.1 LSC— la solicitud deberá acompañarse con la documentación acreditativa de que la empresa dispone de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, y de que dispone de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales; esto es, y obsérvese, los dos aspectos mencionados en el art. 12.a) LISOS. Pero sobre cual debe ser esta formación volveremos algo más tarde.

<sup>31</sup> Una muy acertada crítica en S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas...», cit., págs. 66 y 67. Véase también J. GARCÍA BLASCO, «El nuevo régimen jurídico...», cit., pág. 35; F.J. CALVO GALLEGOS «La nueva Ley de la subcontratación...», cit., pág. 74.

<sup>32</sup> Véanse también las críticas de D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen...», cit., pág. 8 del original impreso; J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 5.

<sup>33</sup> Véanse, por ejemplo, las observaciones del Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007 disponible en [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379) y que, en este concreto punto, no compartimos. Estas mismas dudas en S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas...», cit., págs. 68 y 69.

Por ahora, y tras señalar que la solicitud de inscripción podrá presentarse en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, tan sólo nos gustaría señalar cómo, de acuerdo con el art. 5.4 RSC, «sólo podrá denegarse la inscripción en el Registro si la solicitud o la declaración aneja no reunieran los datos o no se acompañaran los documentos establecidos en este Real Decreto», y todo ello, claro está, tras requerir —lo que también deberá hacerse si no se acredita la representación del empresario por cualquier medio reconocido en Derecho— al solicitante para que, en el plazo de diez días —hemos de entender hábiles—, proceda a la oportuna subsanación, advirtiéndole de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución dictada al efecto.

En relación con este tema, obsérvese, en primer lugar, que el control parece más formal que material y que a diferencia de otros supuestos de autorizaciones nada se dice aquí del posible papel informador de la Inspección de Trabajo<sup>34</sup>. No obstante, y dada la importancia de esta institución, creemos que sería no sólo conveniente sino también necesario que este control administrativo no se limitara únicamente a la presencia y veracidad de esta documentación, sino también a su adecuación al resto del ordenamiento preventivo, en función, claro está, de las concretas características de la propia empresa o de los trabajadores en el caso de su formación, procediéndose a rechazar aquellas solicitudes en las que de la misma documentación o información aportada pudiera deducirse, sin más, la inadecuación o el incumplimiento legal, por ejemplo, en relación con el sistema de gestión de la prevención utilizado. Es en este punto donde, por ejemplo más se echa en falta la ausencia de toda mención expresa sobre, por ejemplo, el Plan de prevención de riesgos laborales del art. 16 LPRL que, aunque no situado en el Capítulo III RD 39/1997, es la pieza capital en todo este esquema<sup>35</sup> o, por señalar otro ejemplo, que no se haga mención específica, ni tan siquiera en el Anexo I.A RSC, a las posibles auditorías e informes a los que reglamentariamente pudiera estar obligado el servicio de prevención<sup>36</sup>. De todos modos, obsérvese que la documentación requerida en el Anexo I.A parece por su formato ejemplificativa, de ahí que cupiera incluso la posibi-

<sup>34</sup> Sobre la oportunidad de que en este procedimiento participara la Inspección, antes obviamente, del desarrollo reglamentario, S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas...», cit., pág. 67.

<sup>35</sup> De hecho, sobre la necesaria relación entre este Plan y las exigencias de la LSC, véase las agudas observaciones de S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas...», cit., pág. 64.

<sup>36</sup> Nuevamente llamando la atención sobre este aspecto, S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas...», cit., pág. 65.

lidad de que en función de las circunstancias, el registro pudiera reclamar estos documentos al solicitante.

Por otra parte, lo que sí señala expresamente la norma —art. 5.4 RSC—, aunque de forma no muy afortunada<sup>37</sup>, es que la Autoridad Laboral dictará resolución... en el plazo de quince días —nuevamente hemos de entender hábiles— desde la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación —y no, obsérvese, desde su entrega, por ejemplo, a una entidad colaboradora en la tramitación—, notificándolo en los diez días siguientes. Obviamente, ambos plazos se suspenderían cuando —ex art. 5.3 RSC y art. 71 LRJAP-PAC— deba requerirse al interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario.

En cualquier caso, lo que el Reglamento no aborda son las posibles consecuencias de la hipotética inactividad de la Administración durante dicho plazo. A nuestro juicio no cabe sino aplicar el art. 43 LRJAP-PAC —derecho supletorio a estos efectos ex. Art. 5.5 RSC— y considerar que el vencimiento del plazo máximo antes señalado sin haberse notificado la resolución expresa de la Autoridad Laboral legitimaría al empresario para entenderla estimada con las consecuencias generales que se predicen en nuestro ordenamiento para el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado<sup>38</sup>.

De entre ellas, seguramente, la más destacada —al menos a los efectos que aquí nos interesan— es la posibilidad de que estos actos administrativos producidos por silencio puedan hacerse valer tanto frente la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Y ello porque si bien el silencio supone de suyo la acreditación/inscripción, quedaría por analizar el problema real de la inexistencia formal de un asiento registral específico para tal empresa, y, por tanto, el medio de certificar dicha acreditación y el valor que pudiera darse a la misma a los efectos del art. 7 LSC y de las consiguiente normas sancionadoras; un tema éste, obviamente, al que el RSC no presta atención alguna, como lógico correlato de la asunción por el RSC de un funcionamiento ejemplar de la actividad administrativa que, sin embargo, y teniendo en cuenta los plazos fijados y el volumen de empresas, pudiera no producirse siempre.

<sup>37</sup> De hecho, la oscuridad de la norma llevó incluso a algún prestigioso interprete a considerar la posibilidad de aplicar aquí el plazo general de tres meses del art. 42.3 LRJAP-PAC —Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007—. Sin embargo, como el mismo Consejo reconoce, de la propia Memoria Justificativa se deduce que este plazo de quince días en el genérico para resolver, sea cual sea el sentido en el que se proceda.

<sup>38</sup> En este mismo sentido D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen...», cit., pág. 8 del original impreso.

A nuestro juicio, la solución más simple sería aplicar nuevamente el art. 43.5 LRJAP-PAC y considerar que en estos casos la existencia del acto producido por silencio puede ser plenamente acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado este certificado, el mismo debería ser emitido en el plazo máximo de quince días. Y con dicho documento en su poder nada podría objetarse a su inscripción registral, en la medida en la que la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento —art. 43.3 LRJAP-PAC— y, en estos casos, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo —art. 43.4.a LRJAP-PAC—.

#### **2.1.5. *La inscripción registral y su renovación. Las comunicaciones de variaciones de datos***

Una vez constatada por la Autoridad Laboral autonómica la inexistencia de omisiones documentales, la acreditación de la representación y la presencia de todos los datos requeridos por la norma reglamentaria, se procedería a la inscripción de la empresa contratista o subcontratista, asignándosele una clave individualizada de once dígitos que, como la propia inscripción, será única y tendrá validez para todo el territorio nacional —art. 5.2 y 6.1 RSC—. No se establece formalmente obligación alguna para la empresa de mencionar dicha clave en su denominación y/o publicidad.

La inscripción —ya sea expresa o por silencio administrativo— tendrá una validez de tres años renovables por periodos iguales. No se prevé una autorización/inscripción definitiva, estando por tanto obligadas todas las empresas contratistas o subcontratistas a solicitar de forma indefinida dicha renovación en los seis meses anteriores a la expiración de la vigencia de la autorización y/o renovación anterior. Para ello deberá utilizarse el mismo modelo que para la inscripción y, por tanto, serán necesarios los mismos requisitos que ya analizamos en la inscripción inicial, actualizados, claro está, a su actual contexto productivo, formativo y de gestión de la prevención.

Su procedimiento o tramitación administrativa será idéntica a la antes analizada, con dos salvedades. La primera, es completamente lógica en el esquema reglamentario: la ausencia de esta solicitud de renovación provocaría la automática cancelación de la inscripción registral una vez agotado su periodo de validez. No parece prevista comunicación alguna en este caso a la empresa afectada. La segunda es que la presentación de la solicitud de renovación en el plazo establecido «prorrogará la validez de la inscripción,

salvo que se produzca resolución denegatoria y hasta la fecha de notificación de la misma». Se aclara, por tanto, en este caso el silencio positivo, teniendo en cuenta que, al menos a nuestro juicio, esta denegación sólo podría producirse tras, en su caso, la solicitud de subsanación y en los plazos establecidos en el art. 5.4 RSC. Transcurridos dichos plazos, la solicitud debería considerarse nuevamente aceptada por silencio, por lo que la hipotética resolución expresa posterior sólo podría dictarse de ser confirmatoria del mismo —art. 43.4.a) LRJAP-PAC—.

El Reglamento también establece un procedimiento para la comunicación de las posibles variaciones de los datos originariamente inscritos. En este caso debe tenerse en cuenta que las únicas variaciones que, al menos literalmente, deberían motivar esta actuación empresarial —que habrá de producirse en el mes siguiente al hecho que las motiva y de acuerdo con el Anexo I.B— son aquellas que, de acuerdo con el art. 3.2 RSC «afecten a los datos identificativos de la empresa incluidos en la solicitud» —nombre, domicilio, número de identificación fiscal, código de cuenta de cotización principal, o CNAE—. De ahí que las variaciones en el resto de datos que se requieren en la solicitud inicial o en la renovación —por ejemplo, el sistema de gestión de la prevención— no tengan —al menos de acuerdo con el tenor literal de la norma— que comunicarse al registro, lo que desde luego, además de sorprendente, refleja su «petrificación temporal». Y todo ello sin olvidar que, al menos a nuestro juicio, el concepto mismo de variación presupone e implica la continuidad misma de la organización productiva y de la personalidad jurídica de la que se partía, lo que, no debe olvidarse, podría ser uno de los posibles criterios para interpretar el papel o el ámbito del procedimiento de variación y del de inscripción en vicisitudes societarias como la absorción o fusión de dos sociedades preexistentes. Se supone que la variación de datos, al no implicar comprobación alguna, no altera tampoco la duración inicial de tres años de la anotación modificada.

La única variación de datos que regula específicamente el art. 8.1.b) RSC es el cambio de domicilio que suponga una modificación de la autoridad laboral competente<sup>39</sup>. En estos casos, el art. 8.1.b) RSC se limita a señalar la obligación —se supone que como máximo en el mes siguiente a tal alteración— de la empresa de dirigir una simple comunicación de variación de datos a la autoridad laboral competente por razón del nuevo domicilio. Esta comunicación determinará la inscripción de la empresa en el nuevo Registro por el tiempo que restaba hasta su renovación y producirá la cancelación automática de la inscripción en el Registro anterior.

<sup>39</sup> El resto de cambios en el domicilio serán obviamente objeto de solicitud de variación pero con el régimen común o normal.

### 2.1.6. *Los efectos de la inscripción registral: la certificaciones del Registro*

Una vez inscrita la empresa comienzan a surgir los efectos de publicidad y, obviamente, de autorización o comprobación que este mecanismo conlleva.

En este punto, el art. 6.2 RSC establece que como consecuencia de su carácter de autorización operativa y, por tanto, continuada en el tiempo, la inscripción no eximirá a la empresa inscrita de justificar en cualquier momento ante la Autoridad Laboral el mantenimiento de los requisitos previstos en el art. 4.1 y .2 LSC. Sin dejar de señalar que, como veremos, este precepto viene a ejemplificar claramente el paso de un control directo por la empresa principal, a otro, público, administrativo, y por tanto, seguramente menos extendido en la práctica, tan sólo nos gustaría resaltar que el objeto de la comprobación no serán ya tanto la existencia o no de los requisitos documentales solicitados en la inscripción, sino los necesarios y adecuados en función de la situación real que en el preciso momento de la reclamación deba disponer la empresa. Cuestión distinta es si en este punto la obligación empresarial se circunscribirá a la misma exigencia documental y a la declaración antes estudiada o si, como creemos, el correspondiente órgano administrativo podría ir más allá en este momento procedimental analizando por cualquier medio la realidad y suficiencia de las medidas empresariales destinadas a cumplir los deberes establecidos en el art. 4 LSC.

En cualquier caso, aún más complejos son los efectos de publicidad y de seguridad jurídica para los contratantes con estas empresas. En principio, y cuando estén en marcha estos registros —para lo que la DT 1 RSC establece implícitamente un máximo de doce meses contados desde el 26 de agosto de 2007— el instrumento fundamental de esta actuación será la denominada «certificación» sobre las inscripciones registrales que deberá expedir, a solicitud de cualquier interesado, el Registro Público.

En principio, el sujeto típico que debiera realizar esta solicitud sería la empresa comitente —art. 6.3 RSC—, pero obsérvese, y esto es importante para la propia dinámica que podría llegar a soportar el registro, que no es el único legitimado. Muy al contrario, el art. 10.1.b) RSC legitima para ello no sólo a las propias empresas contratistas o subcontratistas, sino también «a cualquier otra persona física o jurídica, entidad u organismo, público o privado». Esta regulación abre la posibilidad de que sean los propios inscritos los que cíclicamente pudieran llegar a solicitar tal certificado, generando un flujo muy importante de documentación que sólo una adecuada estructura informática estaría en condiciones de absorber.

La segunda cuestión que cabría plantear es la delimitación exacta del registro al que puede o debe solicitarse la expedición de dicha certificación. A pesar de algunas referencias al «órgano competente» que podrían suscitar



dudas, creemos que la opción en este punto del art. 10 RSC es bastante clara. Cualquier persona podría dirigirse a cualquiera de los registros autonómicos —o, seguramente, a sus registros auxiliares— con independencia de que sea en ése o en otro territorio donde se encuentre el domicilio de la empresa registrada, el domicilio de la solicitante o incluso la propia obra para cuya subcontratación se solicita esta certificación. La interconexión ya señalada de los «distintos» registros debe permitir que desde cualquiera de ellos se pueda solicitar certificación de inscripción que, además, será válida en todo el territorio nacional.

La tercera cuestión en relación con este tema se centraría en conocer el momento temporal en el que debe ser solicitada esta certificación; una cuestión ésta que, evidentemente, está ligada a la eficacia temporal de sus efectos. En este punto, el art. 6.4 RSC se limita a señalar que la solicitud —de la que no se incorpora modelo alguno pero en la que seguramente debería tener un papel central para su eficiencia el número de identificación tantas veces mencionado y el resto de datos identificativos ex art. 4 RSC— deberá haber sido solicitada dentro del mes anterior al inicio de la ejecución del contrato. Lo importante, por tanto, no es la fecha en la que se firma el contrato —absolutamente irrelevante a estos efectos— sino la fecha de comienzo de su «ejecución», término éste con el que seguramente quiere hacerse referencia al inicio de la actividad en la obra. Esta distinción puede acabar produciendo la reiteración de solicitudes de certificaciones y desde luego recomendaría la incorporación, en aquellos contratos cuyos efectos vayan a retardarse en el tiempo, de condiciones resolutorias sometidas a la continuación o no en el momento del inicio de su ejecución de la inscripción registral de la empresa subcontratista implicada.

En cuanto al procedimiento interno nada se nos dice, si bien será éste el momento en el que cobre pleno sentido la posibilidad de que los distintos registros tengan acceso a la base de datos global del Ministerio ex art. 10.3 RSC y la DA 4 RSC. En este tema la norma reglamentaria tan sólo insiste en que dicha certificación deberá ser emitida por el órgano competente en el plazo máximo de diez días naturales desde la recepción de la solicitud<sup>40</sup>. El problema, como casi siempre, es que el RSC nada dice sobre la posibilidad de que, por cualquier causa, no pudiera llegarse a expedir dicha certificación en el mencionado periodo de tiempo. La solución más simple, y seguramente la más correcta, es interpretar que en este punto actuaría también un silencio positivo frente a la solicitud del interesado, lo que permitiría considerar que la empresa ha cumplido ya con su deber de vigilancia<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Este plazo era de cinco en la primera versión del proyecto de RD entregado a los interlocutores sociales y CCAA de 22 de marzo de 2007.

<sup>41</sup> En este sentido, D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen...», cit., pág. 15. Ésta es la posición que, además, parecía deducirse de

Pero obsérvese que en este caso las consecuencias de tal omisión administrativa convierten prácticamente en papel mojado buena parte de los requisitos empresariales establecidos en la LSC y de sus consiguientes normas sobre responsabilidad. De ahí que quizás lo más oportuno hubiera sido —al menos de lege ferenda— exigir en estos casos una actuación de la empresa comitente similar a la prevista durante el periodo transitorio en la DT 1 RSC reclamando excepcionalmente a la empresa la documentación y declaración necesarias para la inscripción. Y todo ello sin olvidar que ante estas dudas y posibles problemas puedan llegar a ser las propias empresas subcontratistas las que reclamen mensualmente estas certificaciones para evitar posibles problemas en la articulación jurídica de sus relación con la empresa principal.

En cualquier caso, y volviendo a nuestro análisis, de acuerdo con el texto legal, la obtención de esta certificación supondría —art. 6.3 RSC— el cumplimiento por la empresa comitente de su deber de vigilancia impuesto en el art. 7 LSC, con la consiguiente eliminación de la extensión de responsabilidades prevista en el art. 7 LSC y, ha de entenderse, la ausencia de tipicidad a los efectos de las correspondientes infracciones administrativas incorporadas a la LISOS en este punto por la DA 1 LSC. La solución, obviamente, parece la lógica si queremos dotar al Registro de la función de seguridad jurídica para la que está destinado. Pero no querríamos dejar de señalar como, de esta forma, la función de vigilancia del empresario principal queda en buena parte desnaturalizada y convertida en un nuevo trámite administrativo, formal y fosilizado en el tiempo<sup>42</sup>. Frente al rigor que hubiera supuesto la obligación empresarial de controlar de forma constante y directa el cumplimiento en su ámbito de subcontratación de los requisitos del art. 4 LSC, la aparición de este Registro ha transformado dicha carga en un mero control documental desarrollado formalmente por la Administración y que, además, la ha limitado puntualmente en el tiempo, salvo la posibilidad, seguramente más formal que real, prevista en el art. 6.2 RSC. Y ello porque, recuérdese, lo que se acredita por la Administración no es que en ese momento la empresa cumpla tales requisitos, sino que en el momento de la inscripción, que pudo haber sucedido hace más de dos años, la empresa inscrita aportó dichos documentos<sup>43</sup>. De ahí que, en conclusión, que-

la respuesta del órgano instructor a las observaciones que se le realizaron, ya que en estos casos la empresa contratista «habrá cumplido su obligación y su responsabilidad quedará limitada». En este sentido véase el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007, tantas veces citado, y disponible en [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379)

<sup>42</sup> Véanse las críticas también de J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 5 para que tal y como ha quedado, la inscripción no es «garante de ninguna condición específica de calidad ni solvencia»

<sup>43</sup> Esta apreciación igualmente en D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen...», cit., pág. 7.



pa albergar serías dudas —al menos desde un punto de vista preventivo y de Política del Derecho— sobre si no hubiera sido mejor eliminar o simplemente no haber creado este Registro —al menos en su versión definitiva— y haber impuesto directamente al empresario la obligación material y temporalmente continuada de exigir y controlar en su ámbito de subcontratación el cumplimiento constante de los requisitos establecidos en el art. 4 LSC para eludir las responsabilidades del art. 7 LSC.

Con todo, lo que sí nos interesa resaltar es que la obtención de esta certificación por parte del comitente parece que también permitirá al contratista eludir su posibles responsabilidades mediante la simple remisión interna de copia de la misma — art. 7.1 LSC—, sin que, a la espera de un más detenido desarrollo normativo ex DF 2 RSC, parezca necesario y, sobre todo eficiente, que tanto el contratista como, en su caso, el subcontratista que a su vez subcontrate, soliciten de forma independiente esta certificación para un mismo subcontratista. A nuestro juicio, una mínima economía procesal conduciría a admitir que sería bastante con la solicitud del comitente directo para entenderse cumplida la obligación por las dos empresas.

Finalmente, esta certificación no impide la plena aplicación a estos supuestos de los art. 42 y 43 del ET<sup>44</sup>; dos preceptos éstos a los que al menos a mi juicio, debieran de añadirse los art. 24 LPRL y, en especial, los art. 10 y 11 RD 171/2004 en las condiciones de aplicación que para las obras de construcción recoge la DA 1 RD 171/2004. En definitiva, lo único que se evitaría en este caso serían las consecuencias sancionadoras o de extensión de responsabilidades que de forma autónoma crea y regula la LSC.

Esta exoneración, por otra parte, se extiende a toda la vigencia del contrato<sup>45</sup> y para «una sola obra de construcción», sin que por tanto, parezca necesario reiterar esta solicitud por mucho que la misma actividad se prolongue en el tiempo. Con todo, lo que no acaba de comprenderse bien es por qué, si la certificación es básicamente empresarial deba emitirse —como parece deducirse literalmente de la norma— una por cada obra que sucesivamente pudieran poner en ejecución, en el mismo periodo de un mes desde la emisión del certificado, las mismas empresas comitente y subcontratista, sobre todo cuando un mismo contrato puede conllevar diversas obras<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Sobre lo peculiar de poder violar una norma cuyo teórico cumplimiento se garantizaba mediante la declaración y era objeto de certificación D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen...», cit., pág. 16.

<sup>45</sup> Solventando así las lógicas dudas que planteaba desde una óptica preventiva M. GONZÁLEZ LABRADA, «La prevención de riesgos...», cit., pág. 204.

<sup>46</sup> Creo que desde una perspectiva similar también el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007 señalaba la conveniencia de que dicha exoneración fuera no ya tanto para una sola obra, sino para «la obra objeto del contrato»

Ya por último, y entrando en cuestiones que se abordarán a continuación, también es llamativo que la eficacia de esta certificación se extienda —ex art. 6.4 in fine RSC— a la ejecución de toda la obra «con independencia de la situación registral posterior de la empresa». Evidentemente si este cambio en la situación registral hiciera referencia a las variaciones de datos antes reseñadas nada cabría plantear. Pero la lectura del precepto parece ir más allá y estar dirigido a alteraciones más drásticas, no ya tanto de contenido o de registro territorial, sino de estado registral lo que parece conducirnos —yo diría que, sobre todo— a la propia cancelación de la inscripción<sup>47</sup>.

Si ello es así, la consecuencia de esta opción reglamentaria sería que esta cancelación no tendría efectos para el comitente, que podría seguir «utilizando» a un subcontratista ya no inscrito sin que surgieran en su patrimonio las consecuencias previstas en estos casos por los art. 7 LSC y 12.27.a) LSC. Aunque el subcontratista que continuara su actividad seguramente sí estará incurso en la infracción del art. 12.27.a) LISOS —o 13.15.a) LISOS— éstas mismas responsabilidades —o la extensión establecida en el art. 7 LSC— no se aplicaría en principio al contratista ni al subcontratista con los que contrató el empresario cuya inscripción ha sido cancelada. La única explicación de semejante medida podría encontrarse en el hecho de que al ser éste un registro de empresas y no de obras, y al no quedar —al menos en apariencia— constancia registral en el asiento de la propia empresa cuya inscripción se cancela del sujeto que solicitó una certificación en relación con la misma —aunque nada hubiera impedido hacerlo— estos últimos pueden carecer de toda información sobre esta variación registral<sup>48</sup>. Pero si ello es así, lo lógico sería considerar que dicha exoneración tan sólo alcanzaría aquellos contratistas que realmente no conocieran dicha variación registral por otros medios, presumiéndose eso sí, salvo prueba en contrario, tal desconocimiento.

### 2.1.7. *La cancelación de la inscripción*

Finalmente, y como ya hemos avanzado, el RSC aborda la cancelación de la inscripción empresarial, distinguiendo básicamente dos supuestos.

El primero, y sin duda el menos problemático, es la cancelación a solicitud del propio interesado. Esta cancelación deberá producirse —señala el

<sup>47</sup> En este mismo sentido, J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 7 siempre de la impresión del documento en Internet.

<sup>48</sup> En esta misma dirección proponiendo ciertas correcciones a esta regla J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 7.



art. 7 LSC— cuando se cese en la actividad que determinó su inclusión en el ámbito de aplicación de la LSC o cuando dejen de cumplirse los requisitos exigidos legalmente para la inscripción<sup>49</sup>. La solicitud podrá presentarse en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 38.4 de la LRJAP-PAC y deberá dirigirse a la Autoridad laboral competente, formulándose dentro del mes siguiente al hecho que la motiva y utilizando para ello el modelo específicamente establecido en el Anexo I.C; un modelo que, como ya hemos señalado, podrá ser objeto de adaptación a las necesidades específicas y a las lenguas oficiales de las distintas Comunidades Autónomas —DA 3 RSC—.

Mucho más compleja se presenta la segunda posibilidad, esto es, la cancelación de oficio prevista en el art. 7.2 y 8.2 RSC. Tras reiterar lo llamativo que resulta que las nuevas normas sancionadoras no prevean en estos casos, como en cambio sí sucede con las ETT, que determinados tipos de incumplimientos —sobre todo aquellos que estuvieran ligados a las exigencias del art. 4 LSC— debieran llevar aparejada la suspensión o incluso extinción de esta autorización/inscripción, es necesario comenzar recordando que la inscripción no exime a la empresa inscrita de tener que justificar en cualquier momento ex art. 6.2 RSC el mantenimiento o la conservación de los requisitos previstos en los apartados 1 y 2 a) del artículo 4 LSC. Esta posibilidad, especialmente importante en aquellos casos en los que la inscripción se haya podido producir por silencio positivo, puede conducir, al igual que la propia actuación de la Inspección de Trabajo o cualquier otro medio lícito en Derecho, a que la Autoridad laboral de la que dependa el registro en el que esté inscrita la concreta empresa —pues ésta parece ser la única competente— conozca, ya sea el cese de la actividad en este ámbito de la empresa o, lo que sin duda será más problemático, el «sobvenido» incumplimiento de los requisitos antes señalados y necesarios para su inscripción.

En ambos casos el procedimiento es similar al establecido en el art. 2.5 LETT tras su modificación en 1999. Éste se iniciará por acuerdo de la Autoridad laboral competente —como ya hemos visto, de la que dependa el Registro<sup>50</sup>—, que se notificará a la empresa afectada y que contendrá una relación de los datos que obran en poder de la Autoridad laboral y de los que pueda resultar que la empresa se halla en cualquiera de los supuestos antes mencionados<sup>51</sup>. La empresa dispondrá de un plazo de quince días desde

<sup>49</sup> Sobre las posibles responsabilidades en estos casos, J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 7.

<sup>50</sup> Sobre la cierta confusión entre el Registro y la Autoridad Laboral véase nuevamente el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007.

<sup>51</sup> A nuestro juicio, es evidente que entre los motivos de esta cancelación nunca podrá estar el incumplimiento de la cuota mínima de contratos indefinidos del art. 4.4 LSC que tiene

la fecha de la notificación para aportar cuantas alegaciones, documentos o informaciones estime convenientes o, incluso —al menos a nuestro juicio— subsane los defectos o incumplimientos<sup>52</sup>. Junto a la posibilidad de solicitar los informes que se juzguen necesarios para resolver —normalmente de la Inspección de Trabajo, aunque no se haga referencia expresa a ello—, se establece expresamente la necesidad de efectuar el trámite de audiencia previa en los términos establecidos en el artículo 84 LRJAP-PAC —lo que sin duda obligará a dar audiencia a los representantes de los trabajadores, aunque nuevamente, y a diferencia de lo que ocurre en el art. 2.5 LETT, dicha audiencia no se prevea expresamente—. Finalmente el procedimiento concluiría mediante la notificación de la oportuna resolución que debería emitirse en el plazo máximo de tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación. La cancelación debe provocar la automática paralización de actividades constructivas de la empresa, sin perjuicio de los efectos antes mencionados para las empresas con las que contrató y que obtuvieron certificado previamente<sup>53</sup>.

La norma reglamentaria tampoco señala en estos casos las posibles consecuencias de la superación de dicho plazo por parte de la Administración. A nuestro juicio, y por ser breves, sería igualmente de aplicación en este caso ex art. 5.5 RSC el art. 44 LRJAP-PAC. De acuerdo con este precepto, en los procedimientos iniciados de oficio el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, si bien no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciría la caducidad del procedimiento al tratarse de uno susceptible de producir efectos desfavorables para el administrado. Por ello, en estos casos, la resolución expresa que declarase la caducidad tendría que ordenar el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92 de esta misma Ley. Y todo ello sin olvidar que en los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpiría igualmente el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

Ya por último, y tras recordar lo ya señalado en el punto anterior sobre los efectos de esta cancelación para las obras ya iniciadas, tan sólo nos gustaría resaltar como el RSC nada establece sobre posibles limitaciones tem-

una infracción específica y que no se requiere en ningún momento ni para la inscripción ni para la renovación. Sobre el tema, con mayores dudas, J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 8.

<sup>52</sup> En este mismo sentido, J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 8.

<sup>53</sup> Así J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario ...», cit., pág. 9.

porales de esta misma empresa para solicitar una nueva inscripción<sup>54</sup>, basando —al menos de acuerdo con el tenor literal de la norma—, que se acreditaran ex novo los requisitos exigidos en el art. 4 LSC. Tampoco se señala nada sobre la posibilidad o no de recurrir en vía administrativa, aunque de la genérica y ya comentada remisión a la LRJAP-PAC cabría sostener la posibilidad de recurso de alzada y potestativo de reposición, previos, claro está, a la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>55</sup>.

**2.1.8. *Un supuesto peculiar: la inscripción en el marco de una prestación de servicios transnacional que conlleve el desplazamiento de trabajadores. A modo de simple apunte: los posibles problemas derivados de la Directiva «de servicios»***

Finalmente la DA 1 RSC regula esta misma exigencia formal en relación con las empresas que, incluidas por su actividad en el ámbito de aplicación del RSC, desplacen trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en virtud de lo previsto en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre<sup>56</sup>.

Se trata por tanto, de empresas que ejerzan no ya tanto su derecho comunitario de libertad de establecimiento, como de circulación de servicios<sup>57</sup>. Pero en cualquier caso, el problema en estos casos de empresas comunitarias se centra es la viabilidad o no de semejantes requisitos en el nuevo marco que proporciona la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior<sup>58</sup>. Como es bien sabido, esta Directiva tras una ciertamente compleja tramitación<sup>59</sup> se aplica finalmente a la prestación de servicios —en-

<sup>54</sup> Vid. J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario ...», cit., pág. 7.

<sup>55</sup> En este mismo sentido, D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen...», cit., pág. 9 del original impreso, que también postulan en su caso la posible suspensión de esta cancelación al amparo del art. 111.2.a) LRJAP-PAC.

<sup>56</sup> Sobre el ámbito de aplicación de ésta, S. DEL REY GUANTER, J.L. LÁZARO SÁNCHEZ, «Ámbito aplicativo de la Ley», en AAVV., *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, (dir. M.E. CASAS, S. DEL REY GUANTER) CES, Madrid, pág. 41 y ss.

<sup>57</sup> Sobre esta distinción puede consultarse el documento de la Comisión de las Comunidades Europeas, DG de Mercado Interior y Servicios, *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, Luxemburgo, 2007 —disponible en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/services-dir/guides/handbook\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_es.pdf)—, pág. 50, con amplia cita jurisprudencial.

<sup>58</sup> Diario Oficial núm. L 376 de 27/12/2006 pág. 0036 — 0068. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0123:ES:HTML>. Una amplia información sobre esta directiva y su proceso de elaboración en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/services-dir/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm)

<sup>59</sup> Sobre la misma puede consultarse E. ROMÁN VACA, «La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. La propuesta Bolkestein», en *Temas Laborales*, 2006, núm. 84, pág. 25 y ss.

tendiendo por tal cualquier actividad económica por cuenta propia prestada a cambio de una remuneración ex art. 50 TCE, salvo las contempladas en el art. 2.2, y entre las que el Considerando 33 incluye expresamente a las de construcción— realizada por un prestador físico o jurídico. En esta regulación, tras las referencia a la simplificación administrativa, se distingue claramente entre las reglas relativas a la libertad de establecimiento —Capítulo III— y las de libre circulación de servicios —Capítulo IV—.

Para las primeras, baste señalar que el art. 9 sólo permite a los Estados miembros supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando no sea discriminatorio, la necesidad de esta autorización esté justificada por una razón de imperiosa necesidad tal y como son definidas en el art. 4.8 —entre las que se incluye expresamente la protección de los trabajadores—, y el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde. Además los criterios utilizados para la concesión deben estar justificados por esta misma razón, ser claros, inequívocos, objetivos, públicos, transparentes y accesibles, no dando lugar a solapamientos con los requisitos y controles equivalentes o comparables en su Estado y la limitación temporal de la misma resulta condicionada<sup>60</sup>. En cambio, para las segundas —mera libertad de circulación de servicios— el art. 16 establece expresamente que los Estados miembros no podrán restringir la libre prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro Estado miembro, mediante la imposición de los siguientes requisitos: a) ...b) obligación de que el prestador obtenga una autorización concedida por las autoridades competentes nacionales, incluida la inscripción en un registro o en un colegio o asociación profesional que exista en el territorio nacional, salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario; c) prohibición de que el prestador se procure en el territorio nacional cierta forma o tipo de infraestructura, incluida una oficina o un gabinete, necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones; d) ...e) obligación de que el prestador posea un documento de identidad específico para el ejercicio de una actividad de servicios, expedido por las autoridades competentes; f) requisitos sobre el uso de equipos y material que forman parte integrante de la prestación de servicios, con excepción de los necesarios para la salud y la seguridad en el trabajo»<sup>61</sup>.

Estas dudas sobre, en realidad, todo este sistema y su posible imposición a las empresas comunitarias ya fueron suscitadas en su momento por

<sup>60</sup> Más ampliamente, Comisión de las Comunidades Europeas, DG de Mercado Interior y Servicios *Manual sobre la transposición...*, cit., pág. 32 y ss.

<sup>61</sup> Más ampliamente, Comisión de las Comunidades Europeas, DG de Mercado Interior y Servicios *Manual sobre la transposición...*, cit., pág. 50 y ss.

la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, que apuntaba a la necesidad de que se articulara un sistema de inscripción que no perjudicase a las empresas comunitarias. Sin embargo es conveniente recordar que, en primer lugar, el plazo de transposición de esta Directiva concluye el 28 de diciembre de 2009; y que aunque desde su entrada en vigor el 28 de diciembre de 2006 los Estados deben de abstenerse de adoptar cualquier disposición que vaya en contra de las mismas, no es la norma reglamentaria la que crea este registro —como acertadamente señala el Consejo de Estado— sino que el mismo es obra de una Ley anterior de fecha previa a la tantas veces mencionada Directiva<sup>62</sup>.

En cualquier caso, y sin poder detenernos más en un tema que desborda las dimensiones de este comentario, lo que sí nos interesa destacar, volviendo ya al procedimiento establecido en el RSC, es que en él se parte de que dichas empresas también deberán inscribirse en el registro. Pero al carecer de un domicilio en territorio español, se señala como Registro competente al de la Autoridad laboral en cuya demarcación vayan a llevar su primera prestación de servicios en nuestro país. Se establece igualmente que, de un lado, la primera comunicación que realicen estas empresas conforme al artículo 5 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, tendrá el carácter de solicitud de inscripción. Por ello, esta comunicación deberá adjuntarse la declaración conforme al modelo establecido en el Anexo I.A, que, como recuerda la DA 4 RSC podrá traducirse a la lengua oficial de aquellos Estados cuyas empresas se desplacen con mayor frecuencia a España. Además, el lógico sometimiento de la empresa a su propia legislación hace que la observancia de los requisitos preventivos previstos en el artículo 4.2 a) de la Ley 32/2006, se realice simplemente mediante la documentación justificativa del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas nacionales de transposición de los artículos 7 y 12 de la Directiva 89/391/CEE relativos a los servicios de protección y prevención y a la formación de los trabajadores respectivamente.

En cualquier caso, esta conexión entre la comunicación prevista en el art. 5 Ley 45/1999 y la solicitud de inscripción hace que ésta última no sea necesaria cuando no lo sea la primera; esto es, cuando la duración del desplazamiento no exceda de ocho días. Y además, se prevé expresamente que la solicitud permitirá a la empresa intervenir provisionalmente en el proceso de subcontratación hasta la fecha de la inscripción o denegación que en principio deberían someterse a las mismas reglas antes analizadas<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Véase más ampliamente Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007 disponible en [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379)

<sup>63</sup> Para D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen...», cit., pág. 6 del original impreso, esta regulación colocaría a dichas empresas en «una mejor posición... respecto de las que ya se encuentran aquí trabajando».

Una vez efectuada la inscripción, las comunicaciones relativas a desplazamientos sucesivos deberán incluir, junto con los datos legalmente exigidos, el número de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas. No obstante obsérvese que nada se dice sobre la vigencia de esta autorización, la necesidad o no de su renovación y, por tanto, si estas empresas, una vez agotados los tres años desde la inscripción, deberían seguir nuevamente el procedimiento inicial antes señalado ofreciendo la documentación antes señalada, o les bastaría con seguir incluyendo en sus comunicaciones el número inscripción ex DA1.c) RSC. Además, obsérvese que se parte de de la existencia de este mismo Registro. De ahí que mientras éste no se haya constituido parece que estas empresas también estarían sometidas al régimen establecido transitoriamente en la DT 1 RSC con las matizaciones en cuanto a documentación de la DA 1 RSC. Una situación, en definitiva, nada clara.

#### 2.1.9. *Derecho Transitorio*

La necesidad de articular material, personal y normativamente la estructura autonómica de cada Registro hace que DT 1 RSC retrase la entrada en vigor de esta concreta obligación de inscripción hasta después de que hayan transcurrido doce meses desde su entrada en vigor, esto es el 26 de agosto de 2008.

A estos efectos, y con el fin, seguramente, de evitar toda posible petición destinada a obtener un silencio positivo, se establece que las empresas que deseen acreditarse durante el mencionado período únicamente podrán solicitar su inscripción a partir del momento en que la Autoridad laboral competente haya creado el correspondiente registro, por lo que deberemos estar a las sucesivas normas de creación de las distintas Comunidades Autónomas.

Sin embargo, ya hemos señalado cómo, según la DT 1 LSC, las exigencias del art. 4 LSC entraron en vigor en las obras de construcción iniciadas con posterioridad al 19 de abril de 2007<sup>64</sup>. Por ello, y como mera medida provisional, esta misma DT 1.2 RSC señala que «hasta que se practique la inscripción, las empresas comitentes podrán comprobar el cumplimiento por sus empresas contratistas o subcontratistas de las obligaciones previstas en los apartados 1 y 2 a) del artículo 4 LSC adjuntando al contrato de ejecución de obra una declaración suscrita por el empresario o su representante legal relativa al cumplimiento de estos requisitos, así como la documentación acreditativa de que la empresa cuenta con una organización preventi-

<sup>64</sup> Véase la corrección de errores BOE 12 septiembre 2007, núm. 219, pág. 37273.



va y certificación de que su personal dispone de formación en materia de prevención de riesgos laborales», esto es, la misma prueba documental exigida en la solicitud de inscripción registral.

El precepto, aunque aparentemente simple, abre, al menos a nuestro juicio, varios interrogantes. El primero su ámbito temporal de aplicación. En nuestra opinión es claro que ésta posibilidad de cumplimiento por parte del comitente de su deber de vigilancia ex .7 LSC mediante esta mera reclamación documental se extendería, al menos en principio, durante los mismos doce meses en los que la obligación de inscripción registral está en suspenso. Las dudas surgirían en realidad cuando la empresa subcontratista obtenga la inscripción antes de que finalice dicha vacatio. Y ello porque si la actividad de comprobación es la misma tanto por la Administración como por el contratista podría plantearse una equiparación entre ambos instrumentos y que, por tanto, en estos casos el contratista pudiera cumplir su deber tanto si solicita la certificación como si utiliza la exigencia documental directa al subcontratista prevista en la DT 1. Sin embargo, no creemos que sea ésta la respuesta acertada tanto por el tenor literal del precepto —sobre el que ahora volveremos— como también porque coloca en pie de igualdad soluciones que se mueven en un plano subsidiario.

La segunda duda se centraría en la propia dinámica de la regla; esto es, y fundamentalmente, si la equiparación con el control administrativo hace que esta forma de cumplimiento empresarial disfrute simétricamente de reglas similares a las que antes vimos en relación con los efectos de la certificación. En otras palabras, parece evidente que con este mero control formal y documental el empresario cumpliría su deber de vigilancia. Lo que ya no está tan claro es si de forma simétrica a lo que antes vimos en relación con la certificación, esta primera comprobación agota su deber de vigilancia durante toda la ejecución de la obra contratada o si, al igual que ocurre con la Administración, esta primera documentación no impediría la posibilidad, o más bien no eliminaría en este caso concreto la obligación de exigir la comprobación del mantenimiento de estas condiciones a lo largo de la ejecución de la misma. Pues bien, con independencia de la valoración personal que la solución nos merezca, parece claro que el esquema legal equipara ambas formas de comprobación, haciendo que el empresario cumpla estas obligaciones de vigilancia añadiendo a la información que tiene que recibir, las establecidas en este precepto<sup>65</sup>. Cuestión distinta es la crítica que puede merecer la reducción de toda esta vigilancia a otra obligación formal más,

<sup>65</sup> Véase en este caso otra perspectiva en el tantas veces mencionado Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007 disponible en [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2007-1379)

limitada además al principio de este proceso, con todo lo que ello supone de reincidencia en los viejos problemas de cumplimiento meramente formal de la normativa preventiva.

## 1. Los «requisitos de calidad en el empleo»

El segundo gran bloque temático al que presta atención el RSC —en sus artículos 11 y 12 del Capítulo III, a los que debe unirse la DT 2— es el relativo a los «requisitos de calidad en el empleo»; un concepto este en el que se engloban no ya sólo los aspectos ligados a la estabilidad en el empleo —uno, pero sólo uno de los aspectos de esta calidad, al menos desde una perspectiva comunitaria<sup>66</sup>— sino también, las exigencias, a nuestro juicio cada vez más importantes, ligadas a la formación de estos trabajadores.

### 2.2.1. *Porcentaje mínimo de trabajadores indefinidos*

En relación con el porcentaje de trabajadores indefinidos impuesto en el art. 4.4 LSC, ya dijimos en su momento como eran tantos los aspectos que quedaban oscuros o casi indeterminados en la originaria regulación legal, que su entrada en vigor el día 19 de abril de 2007 fue, en realidad, más teórica que real, a la espera un desarrollo reglamentario que parecía absolutamente necesario y que, finalmente, se ha producido en el art. 11 RSC<sup>67</sup>.

#### 2.2.2.1. *Las empresas sometidas: el requisito de la «habitualidad»*

Intentando sistematizar esta compleja regulación, lo primero que viene a «solventar» la norma reglamentaria es el ámbito de aplicación de esta regla legal impuesta, como se recordará, a las «empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción».

Dando por descontada, nuevamente, la ya tradicional exclusión en este campo de las empresas promotoras; el hecho de que esta «habitualidad» se

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26 de noviembre de 2003, sobre la mejora de la calidad del empleo: examen de los progresos recientes —COM (2003) 728 final —no publicada en el Diario Oficial—.

<sup>67</sup> En este mismo sentido, J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 9 del original impreso.

predica no ya tanto de los trabajos contemplados en el art. 2 LSC, sino, más en general, de las actividades propias del sector de la construcción<sup>68</sup>; y que seguramente a la hora de definir este concepto deberemos atenernos más a la realidad de los hechos que a la definición formal del objeto social de la entidad<sup>69</sup>, lo cierto es que, seguramente, las principales «aportaciones» de la norma reglamentaria son, en este punto, dos.

La primera, consiste en determinar —si bien pobremente<sup>70</sup>— qué ha de entenderse por «habitualidad». En este punto el art. 11 RSC establece dos reglas no acumulativas y, desde luego, nada claras. La primera incluye en este supuesto de hecho a toda empresa que se «dedique a actividades de la construcción» —como contratistas o subcontratistas hemos de entender, lo que excluye a las promotoras— y dando así por descontado que esta delimitación de actividad conllevaría de suyo la habitualidad exigida por la Ley. Sin embargo, la norma, ni aclara expresamente los parámetros o criterios para delimitar exactamente qué se entiende por esta actividad de construcción, ni indica qué sucedería con aquellas empresas que desarrollen diversas actividades, de las cuales sólo una pueda ser considerada en sentido estricto de construcción. Por lo que se refiere a la primera duda, seguramente su solución más simple sea acudir a la inclusión o no de la actividad de la empresa en el CNAE 45 o en el ámbito funcional del Anexo I del Convenio Colectivo Sectorial Estatal. Desde esta perspectiva, parecen de alto interés las respuestas ya aportadas por la Comisión Consultiva Nacional en las consultas planteadas en torno a la aplicación de los distintos Convenios Colectivos de Construcción<sup>71</sup>. Y por lo que se refiere a las empresas con diversos tipos de actividades, al no distinguir la norma entre partes o segmentos de la empresa, la salida aparentemente más simple podría consistir en subsumir en esta letra a) a aquellas entidades cuya actividad principal y continuada sea la constructiva, sobre todo cuando la no constructiva sea tan colateral, accesoria y puntual que ni tan siquiera cumpla los requisitos establecidos en la letra b) de este art. 11 RSC. Y todo ello, claro está, utilizando

<sup>68</sup> En este mismo sentido, J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 10 siempre del original obtenido por Internet.

<sup>69</sup> Más ampliamente, sobre esta originaria regulación legal, véase F.J. CALVO GALLEGO «La nueva Ley de la subcontratación...», cit., pág. 68.

<sup>70</sup> Unas críticas similares a la norma reglamentaria en J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario ...», cit., pág. 10 siempre del original obtenido por Internet.

<sup>71</sup> Véanse, por ejemplo, las respuestas a los expedientes núm. 635; 506; 552; 573; 388; 720, 204; 761; 892. Su texto puede consultarse en *El ámbito funcional de los convenios colectivos. Respuestas de la Comisión Consultiva Nacional a las consultas planteadas*, MTAS, Segunda Edición, marzo 2000, pág. 105 y ss.

criterios como el volumen de actividad, grado de dedicación o porcentaje de facturación que ya habían sido propuestos por un sector de la doctrina<sup>72</sup>.

En cualquier caso, las principales dudas se suscitan en torno a la segunda regla, aplicable a aquellas empresas cuya actividad esencial no sea la construcción, pero que puntualmente pudieran caer bajo el ámbito de aplicación de la LSC. En estos casos, el art. 11.2.b RSC ha optado por una regla ciertamente amplia al imponer esta obligación a todas aquellas empresas que «durante los doce meses anteriores hayan ejecutado uno o más contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 cuya duración acumulada no sea inferior a los seis meses». Sin poder detenernos aquí a intentar solventar las diversas dudas que este precepto suscita —y a nuestro juicio son muchas—, nos limitaremos a destacar, en primer lugar, el absoluto desinterés que la norma presta a la importancia personal o económica de cada una de las específicas contrataciones a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con el art. 4 RD 1627/1997. Tal como esta redactada la norma, lo único trascendente es su duración y no, por ejemplo, si en la misma hay sólo un trabajador contratado o si son cientos; da lo mismo si el presupuesto sean 500 € o si son miles de euros. Y ello, en el fondo, porque seguramente en este punto el RSC se ha limitado a asumir el concepto temporal propio de la «habitualidad» olvidando otros aspectos sustanciales o materiales, lo que, dicho sea de paso, puede causar una cierta sorpresa y tener un indudable efecto expansivo para esta norma.

La otra cuestión que nos gustaría resaltar, son los problemas también temporales que esta norma puede llegar a plantear. Y ello porque si el criterio es solamente la actividad empresarial durante los últimos doce meses en relación con el art. 2 LSC, podría darse el caso de empresas que, para entendernos, entren y salgan constantemente de este requisito, en función de su concreta y puntual actividad en los últimos doce meses computados. En otras palabras, tal y como está redactado el precepto, el hecho de que una empresa entre en un momento dado en el concepto de habitualidad no significa su inclusión y la aplicación indefinida de este requisito de calidad. Habría que plantearse hasta qué punto esto es razonable, o si como siempre hemos defendido, este requisito debía haberse exigido en el ámbito de la obra, para toda la plantilla específicamente dedicada a esta actividad, y no en el genérico de las empresas, en el que entran actividades de oficina para las que este tipo de cuestiones no es tan acuciante desde una óptica preventiva.

La segunda aportación reglamentaria se centra en el establecimiento de un periodo de inaplicación de esta obligación de seis meses para las empresas de nueva creación que se dediquen a la construcción, plazo que deberá

<sup>72</sup> Vid. S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas ...», cit., pág. 70.



computarse desde el inicio de su actividad. Se trata de una norma que, además de mostrar la tradicional conexión psicológica existente en nuestro país entre el inicio o, para que se nos entienda, el «lanzamiento» de una nueva actividad y la temporalidad, debe relacionarse con la necesaria existencia de un periodo mínimo de seis meses para poder realizar las correspondientes operaciones —*vid.* DT 2 RSC—. Con todo, esta norma plantea al menos dos cuestiones. La primera, que el precepto sólo establece una suspensión temporal y no una aplicación progresiva de esta regla como la que, en cambio, van a disfrutar el resto de empresas. De ahí que a partir del 20 de abril de 2010, y transcurrido dicho plazo de seis meses, las empresas de nueva creación deberán cumplir inmediatamente con el porcentaje del 30% sin que se prevean procesos escalonados como los que disfrutaron las entidades ya existentes en abril de 2007. Y, en segundo lugar, es obvio que esta vacatio sólo será aplicable a las empresas de nueva creación y no a aquellas que provengan de procesos de transmisión o transformación ex art. 44 ET. A nuestro juicio, este recordatorio, además de aplicarse a procesos de fusión o segregación societaria, puede tener también importancia para atajar posibles comportamientos fraudulentos de «empresas» que, con los mismos o similares medios materiales y, sobre todo, humanos, aparezcan y desaparezcan, intentando evitar mediante sucesivas inscripciones la aplicación de esta norma <sup>73</sup>.

Finalmente, y conectado con todo lo anterior, obsérvese que esta técnica de regulación puede llegar a tener un curioso efecto multiplicador para empresas cuya actividad central no sea la construcción, ya que el porcentaje de contratos indefinidos —que, en todo caso, tampoco parece especialmente exigente— se aplicaría a toda la empresa a pesar, por ejemplo, del carácter anecdótico que, por el costo y/o personal destinado, pudieran llegar a tener dos pequeñas subcontrataciones que cayesen bajo el ámbito del art. 2 LSC.

#### 2.2.2.2. *El procedimiento de cálculo: el problema de las microempresas*

Una vez «delimitado» el ámbito de aplicación del precepto, el art. 11 RSC aborda finalmente el establecimiento de un sistema para calcular los porcentajes de trabajadores indefinidos.

A diferencia de lo anterior, y aun con todos sus posibles defectos, es ésta, al menos a nuestro juicio, una de las partes más meritorias de la nueva normativa, ya que alejándose de sistemas que han generado un enorme cú-

<sup>73</sup> Ya prevenía frente a similares comportamientos, S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas...», cit., pág. 71.

mulo de problemas —el art. 72 ET y su «singular» desarrollo reglamentario, o la DA 1 del Real Decreto 364/2005, de 8 abril son buen ejemplo de lo que decimos<sup>74</sup>— el art. 11 RSC ha optado por una técnica que une la flexibilidad derivada de tomar un periodo de referencia amplio de doce meses, con la claridad, sencillez y proporcionalidad necesaria en este tipo de reglas.

El mecanismo se basa en dos cálculos relativamente sencillos y en la comparación de sus resultados. En primer lugar se calcularía la dimensión laboral de la empresa mediante la división por trescientos sesenta y cinco de la suma de todos los días trabajados por cualquier empleado por cuenta ajena durante los últimos doce meses naturales anteriores al momento del cómputo<sup>75</sup>. Y ello, por tanto, con independencia de si siguen o no trabajando para la empresa y del tipo de contrato o de su duración superior o inferior al año, si bien no parece que puedan computarse los trabajadores de ETT que presten servicios en la empresa. A estos efectos, se contabilizarían, además, tanto los días efectivamente trabajados, como los de descanso semanal, los permisos retribuidos y días festivos, las vacaciones anuales y, en general, los periodos en que se mantenga la obligación de cotizar. En estos casos, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los art. 106 LGSS y 13.2 RD 2064/1995, del mismo modo que, para evitar fraudes, los trabajadores a tiempo parcial se computará en proporción a su ratio de parcialidad. Pero en cualquier caso, de lo que no cabe duda es que esta regla resulta infinitamente más sencilla que sus precedentes.

Una vez calculado este total, en segundo lugar se calcularía sobre el mismo el porcentaje que debería ser cubierto con trabajadores indefinidos; esto es, el 10, 20 ó el 30% según las fechas en las que nos encontremos.

Y finalmente, y como tercer paso, se compararía este dato con el resultado de dividir, nuevamente entre 365, la totalidad de días trabajados por empleados con contratos indefinidos, incluidos los fijos discontinuos<sup>76</sup>, du-

<sup>74</sup> Sobre estos problemas véase, por todos, B. QUINTANILLA NAVARRO, *Dimensión de la empresa y órganos de representación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, quien tras cerca de 100 páginas no duda en hablar de «falta de claridad normativa e inseguridad jurídica». Véanse, además, sus interesantes propuestas de lege ferenda. Igualmente, sobre este tema, en relación nuevamente con el art. 72 ET C. BLASCO PELLICER, *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

<sup>75</sup> Salvo en el caso de empresas de nueva creación en el que transcurridos los seis meses a los que antes hicimos referencia se tomará como periodo de referencia los meses naturales completos transcurridos desde el inicio de su actividad hasta el momento de cálculo, aplicando las posteriores reglas en función del número de días que comprenda el periodo de referencia —art. 11.3.ª in fine RSC—.

<sup>76</sup> Y, obviamente, no los fijos de obra a los que se refiere el nuevo art. 20 del IV CCGSC que son claramente contratos temporales por obra o servicio determinado —*vid.* D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen...», cit., pág. 5 del original impreso—.

rante el mismo periodo de tiempo de doce meses o el inferior específico para las empresas de nueva creación. En estos casos la principal duda, creemos, sería cómo computar los días que durante ese periodo hayan trabajado aquellos empleados con contratos temporales posteriormente convertidos en indefinidos<sup>77</sup>. El tenor literal de la norma parecería apoyar el cómputo tan sólo de los días trabajados con esa condición, pero quizás no sea esa la solución más adecuada a la finalidad del precepto e impediría que una empresa pudiera rápidamente ajustarse a las exigencias de la norma. De ahí que nos parezca más razonable computar todos los días trabajados por esos empleados con independencia de que en el momento de prestarlo tuvieran una relación temporal ya convertida en indefinida.

Para concluir este apartado, tan sólo quisiéramos realizar dos observaciones más. La primera es que la DT 2 RSC establece reglas especiales para la progresiva aplicación de este precepto, aclarando no sólo las fechas de cada periodo de implantación progresiva, sino también estableciendo que durante los doce meses siguientes a la entrada en vigor del RSC —el 26 de agosto ex DF 4 RSC— para el cómputo del porcentaje se tomaría como periodo de referencia los meses naturales transcurridos desde dicha fecha, pero —y esto es lo importante— que «el periodo de referencia no podrá ser inferior a seis meses naturales completos» lo que, de forma indirecta, significa —al menos a nuestro juicio—, que dicho requisito sólo podrá ser exigido a partir de marzo de 2008<sup>78</sup>.

La segunda y ya última es que la norma no ha aclarado expresamente qué sucede y cómo ha de aplicarse este precepto cuando al operar con estos porcentajes del 10, 20 ó 30% lo hagamos sobre microempresas de menos de tres trabajadores. Y ello porque es evidente que en estos casos el impacto puede ser muy desigual para estas microempresas, sobre todo frente a las grandes competidoras, exigiendo mucho más, paradójicamente —¿o quizás de forma consciente?— a las organizaciones más pequeñas a menos que introduzcamos forzosamente trabajadores indefinidos a tiempo parcial. Por poner un ejemplo, y con la finalidad de clarificar la cuestión, piénsese en empresas con uno o dos empleados por cuenta ajena, en las que para superar el 10% de la plantilla se podría requerir que alguno de los dos, o incluso el único trabajador de la empresa tuviera un contrato indefinido, lo que en definitiva supondría que estas microempresas tuvieran que tener —salvo,

<sup>77</sup> O declarados como tales por la jurisdicción competente —*vid.* D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen...», cit., pág. 5 del original impreso—.

<sup>78</sup> En este sentido, J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 13 siempre del original obtenido por Internet.

claro está que se contrataran trabajadores a tiempo parcial— necesariamente una cuota del 50% o del 100%, muy superiores a las que legalmente deben cumplir las grandes organizaciones.

### 2.2.2. *La formación de recursos humanos*

El segundo aspecto de la calidad en el empleo abordado por el RSC es el relativo a la formación, si bien en este caso, el carácter materialmente preventivo de esta regulación hace que dicha formación se analice no ya tanto como factor ligado a la empleabilidad, a la gestión del conocimiento, o a la formación a lo largo de toda la vida del trabajador, sino como factor de seguridad ligado a la regulación establecida en los art. 4.2.a) y 10 LSC; esto es, a la óptica bastante más concreta y específica del art. 19 LPRL<sup>79</sup>.

En este punto los dos primeros puntos del art. 12 RSC son simétricos, cuando no idénticos, al originario art. 10 LSC, salvo las referencias más concretas a los convenios colectivos sectoriales estatales —y no ya al proceso de negociación de este mismo ámbito— o, sobre todo, al hecho de que los convenios colectivos podrán establecer programas formativos también para el personal que ejerce funciones de dirección a pesar de que tradicionalmente ese colectivo ha estado —y de hecho sigue estando— excluido como regla general del Convenio Colectivo Sectorial Estatal —art. 4 del IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción<sup>80</sup>, de ahora en adelante CCGSC—.

En realidad las innovaciones más destacadas de este precepto son dos. La primera, la opción de que sea el convenio colectivo sectorial estatal —y no el reglamento como también permitía el art. 10.3 LSC— el que regule el sistema de acreditación de la formación, reiterando la exigencia de que el sistema sea único y con validez para todo el territorio nacional, lo que, por cierto, es una nueva muestra de la promoción de esta concreta unidad de negociación, detectada ya originariamente en la LSC.

La segunda, a nuestro juicio bastante más importante, es una concreción del requisito de formación del art. 4.2.a LSC y que por tanto, debe orientar a la Autoridad Laboral a la hora de desarrollar su actividad de comprobación que hemos analizado anteriormente. Se trata de una regulación nue-

<sup>79</sup> Sobre las exigencias que cabía extraer y reclamar en este caso véase, ampliamente, S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas...», cit., págs. 62-63. Sobre esta misma relación M. GONZÁLEZ LABRADA, «La prevención de riesgos...», cit., pág. 200 y ss.

<sup>80</sup> BOE de 17 agosto 2007, núm. 197.



vamente supletoria de lo establecido en convenio colectivo —sin más especificaciones, aunque obviamente se piensa en el sectorial estatal— y en virtud de la cual este requisito se entendería cumplido siempre que la organización preventiva de la empresa emitiera certificación de la formación específica impartida a todos los trabajadores de la empresa «que presten servicios en obras de construcción» —¿y los restantes?—; y siempre que, en segundo lugar, se acredite que la empresa cuenta con personas que, conforme al plan de prevención, ejercen funciones de dirección y éstas cuentan con una formación preventiva no inferior a diez horas, prestada por cualquier entidad acreditada por la autoridad laboral o educativa, destinada a integrar esta prevención en el conjunto de sus actividades y decisiones. La evidente conexión de este apartado con el actual art. 140 IV CCGSC hace que nos remitamos al estudio de esta norma, sin profundizar más en este concreto aspecto, tras señalar, eso sí, que su expresa inclusión en el RSC es una clara muestra de la importancia que todas las partes atribuyen a la formación en este concreto nivel jerárquico de la empresa.

### 2.3. **El libro de subcontratación, libro registro y derechos de información: algunas aclaraciones**

#### 2.3.1. *Habilitación y aspectos documentales del libro de subcontratación*

El tercer gran bloque temático del RSC se concentra en el desarrollo reglamentario del libro de subcontratación ya previsto en el art. 8 LSC y, en especial, en los aspectos de habilitación, obligaciones, derechos, y contenidos del mismo<sup>81</sup>.

De esta manera, el art. 14 RSC aclara los procedimientos para obtener un segundo libro una vez agotado o deteriorado el primero —presentación del Libro anterior para justificar su finalización o deterioro—, o cuando éste haya sido destruido o perdido —declaración escrita del empresario con las pruebas de que se disponga, reproduciéndose el anterior y haciéndose constar esta cuestión en la diligencia de habilitación—; del mismo modo que se regula el procedimiento para la habilitación por la Autoridad Laboral de una copia legalizada del Libro con carácter previo a su remisión al órgano judicial que lo solicite. Recuérdese que en este caso la Autoridad Laboral competente será, no aquella en la que tenga el domicilio social y ante la que

<sup>81</sup> Sobre la vertiente preventiva de algunas de las cuestiones objeto de inscripción pueden consultarse las interesantes observaciones de M. GONZÁLEZ LABRADA, «La prevención de riesgos...», cit., pág. 189 y ss.

esté registrada la empresa, sino la correspondiente al territorio en el que se ejecute la obra <sup>82</sup>.

Además, el art. 16 RSC aclara la obligación del contratista de conservar este Libro durante los cinco años posteriores a la finalización, no ya tanto de la obra, como del concreto encargo recibido del promotor. Y, además, se señala igualmente que este mismo contratista entregará una copia del Libro al director de las obras de edificación reguladas por la Ley 38/1999 para su inclusión en el Libro de Edificio, lo que, por otra parte, resultaba lógico dado el carácter omnicompreensivo de esta documentación prevista en el art. 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación <sup>83</sup>.

Finalmente no debe olvidarse que conforme a la DA 2 RSC «a efectos de las obligaciones y responsabilidades establecidas en relación con el Libro de Subcontratación, cuando el promotor contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de la misma, tendrá la consideración de contratista», si bien continua el apartado segundo —con una nomenclatura bastante anacrónica— «lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia (sic) respecto de su vivienda».

### 2.3.2. *Libro de subcontratación y libro registro: derecho transitorio*

Pero, al menos a mi juicio, el aspecto más importante de esta regulación se deduce de la curiosa relación entre los art. 15, la DA 5 y el Anexo III del RSC.

Como ya tuvimos ocasión de señalar en un estudio anterior, aunque con una misma fuente inspiradora, el libro registro del art. 42 ET y el libro de subcontratación del art. 8 LSC presentaban ciertas diferencias <sup>84</sup> en cuanto a los subcontratistas que debían ser inscritos —ya que en un caso el criterio era tan sólo la continuidad de la actividad en un mismo lugar y en otro era el desarrollo de determinadas actividades de construcción— y en cuanto al contenido a incorporar —ya que entre las muy diversas cuestiones que recogía el art. 8 LSC se omitían, sin embargo, otras como el número de trabaja-

<sup>82</sup> Vid. D. TOSCANI JIMÉNEZ, M. ALEGRE NUENO «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen...», cit., pág. 11 del original impreso. Obsérvese que nada se dice sobre la competencia en obras que se ejecuten en dos o más Comunidades Autónomas.

<sup>83</sup> Véase J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 16 siempre del original obtenido por Internet.

<sup>84</sup> Vid. Más ampliamente, F.J. CALVO GALLEGO «La nueva Ley de la subcontratación...», cit., pág. 46. Para un estudio comparativo, A.V. SEMPERE NAVARRO, «Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción», en AAVV., *La subcontratación en el sector...*, cit., pág. 101 y ss.



dores y la duración prevista—. Si a ello unimos la ausencia de una norma que aclarara la sustitución de uno por el otro en el caso concreto de las obras de construcción, teníamos como resultado una situación compleja, en la que era incluso dable pensar en una necesaria duplicidad de instrumentos, ciertamente no muy racional en un sector ya sobrecargado de obligaciones documentales<sup>85</sup>.

Pues bien, la DA 5 RSC establece, ahora ya sí expresamente, que la obligación del libro registro del art. 42 ET se entenderá cumplida mediante la llevanza de un libro de subcontratación, cuyo contenido el mismo art. 15 RSC remite al art. 8.1 LSC y al Anexo III RSC. Lo llamativo en este caso es que es en este Anexo en donde, de manera casi desapercibida, se incorporan esos dos aspectos que faltaban en la regulación específica de construcción —en concreto la duración prevista y el número de trabajadores ocupados— y que ahora se incorporan, no sin cierta «estrechez» en las columnas dedicadas antes de forma exclusiva a la fecha de comienzo de los trabajos y a la fecha de entrega del plan de seguridad y salud<sup>86</sup>. Si a todo ello unimos las nuevas referencias al Código del convenio colectivo aplicable y la nueva columna relativa a la fecha de terminación de los trabajos, tendremos que concluir señalando la significativa ampliación de contenidos y el dato, paradójico en cuanto a técnica legislativa, de que el contenido real de este documento no se establezca tanto en el propio articulado de la norma, sino en un Anexo al mismo. Y todo ello sin olvidar la no muy clara recepción en el formato documental finalmente aprobado de las exigencias establecidas en el art. 5.3 LSC, ya que si bien en este modelo se prevé una columna para la aprobación de la dirección facultativa en estos casos —teóricamente excepcionales—, las causas motivadores de tal actuación parece que se situarán en el informe —aparentemente extraño al Libro— al que hace referencia el art. 16.2.c) RSC<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> Sobre la conveniencia de este proceso de unificación, por todos, D. LANTARON BARQUÍN, «Responsabilidad, registros y libros en la nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción: un paradigma legal del servicio de la forma a la sustancia de las instituciones», en AAVV., *La nueva Ley reguladora...*, cit., pág. 124 y ss.

<sup>86</sup> Y es que como con acierto señaló el Consejo de Estado en su tantas veces citado Dictamen núm. 1379/2007 «ha de notarse que la disposición adicional quinta establece que la obligación de disponer de un libro registro establecida en el artículo 42.4 del Estatuto de los Trabajadores, se entenderá cumplida en las obras de construcción mediante la disposición y llevanza del Libro de Subcontratación por cada empresa contratista. Ahora bien, a juicio del Consejo de Estado la positiva unificación y simplificación documental que con ello se pretende, al amparo del artículo 8.3 de la Ley, no debe llevar a ignorar el contenido que el citado artículo 42.4 del Estatuto de los Trabajadores atribuye al aludido libro registro. Dicho en otros términos, la unificación en un solo libro no debe suponer una merma de la información que, según una y otra ley, debe constar en él».

<sup>87</sup> Una crítica a esta omisión, que aquí se comparten, en el tantas veces citado Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007.

En cualquier caso, lo que no ha hecho la norma reglamentaria es señalar qué ocurre con las empresas que sin desarrollar labores de construcción —vigilancia por ejemplo de la obra mediante una empresa de seguridad privada— sí desarrollan su actividad de forma continuada en el mismo lugar de trabajo. Aunque ciertamente el supuesto no cuadre perfectamente la prudencia seguramente recomendaría su inclusión en el libro registro, amoldando, claro está la información requerida a la singularidad de esta subcontratación<sup>88</sup>.

Finalmente tan sólo parece necesario señalar que, seguramente para evitar los posibles problemas derivados de una petición masiva de habilitaciones, el DT 3 RSC establece que las empresas contratistas podrán seguir utilizando el sistema de documentación transitorio establecido en la LSC durante los tres meses siguientes a la entrada en vigor del RSC.

### 2.3.3. *Los derechos de información: el papel del contratista y su relación con el art. 42.4 ET*

Ya por último, la norma reglamentaria, bajo la aparente «excusa» de señalar el procedimiento de anotación<sup>89</sup>, nos permite aclarar uno de los aspectos más novedosos que sin duda introdujo la ya de por sí novedosa LSC: el papel del contratista como sujeto obligado por derechos de información no ya sólo frente a sus propios representantes, sino también —y esto era a nuestro juicio lo más novedoso— frente a representantes de los trabajadores de otros empresarios incluidos en su rama o ámbito de ejecución de su contrato<sup>90</sup>.

Como ya dijimos en su momento, el aparentemente simple art. 9.1 LSC resultaba sin embargo extraordinariamente oscuro cuando intentábamos delimitar, no ya sólo el objeto de este deber de información, sino también el sujeto obligado por el mismo. A nuestro juicio de las normas sancionadoras —que sólo consideraban sujeto responsable de este tipo de infracción al contratista (art. 12.28.d LISOS)— y del propio art. 5.3 LSC cabía extraer que

<sup>88</sup> Se parte, claro está, de que el libro registro no requiere que se trate de contrata y subcontratas de propia actividad, a pesar de algunas destacadas opiniones en contra. En este sentido véase J. CRUZ VILLALÓN, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Tecnos, Madrid, págs. 528 y 529; D. MONTOYA MEDINA, *Trabajo en contrata y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 451.

<sup>89</sup> De hecho, en el documento de marzo de 2007 ni tan siquiera existían las referencias a las anotaciones que, asumiendo lo señalado por el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1379/2007, tantas veces señalado, se incorporaron posteriormente en las letras a) y b) del art. 16.1 RSC.

<sup>90</sup> Más ampliamente, F.J. CALVO GALLEGO «La nueva Ley de la subcontratación...», cit., pág. 58 y ss.

el único obligado por este deber era el contratista<sup>91</sup>. Y tampoco resultaba claro si de las subcontrataciones de las que debía informar eran de las realizadas en el ámbito de su contrato o, como parecía, de todas las que se produjesen en la obra.

Pues bien, el art. 16.2.b RSC ha aclarado definitivamente que, en efecto, es el contratista el obligado frente a todos los representantes de los trabajadores de las distintas empresas incluidas en el ámbito de ejecución de su contrato, rompiendo así la relación exquisitamente interempresarial que ha caracterizado el art. 24 LPRL y su desarrollo reglamentario<sup>92</sup>. Y además, ha aclarado que este deber se extiende a todas las subcontrataciones realizadas en la obra. Es cierto que la situación de cada contratista como cúspide de cada cadena de subcontratación y, por tanto, como empresario principal, parecía limitar este deber a su rama de subcontratación. Pero para evitar esta posible dificultad, el art. 16.2.a) RSC ha utilizado el deber de comunicar esta subcontratación al coordinador de seguridad<sup>93</sup> señalando que será éste el que en su función de coordinador —*vid.* Art. 9 RD 1627/1997— remitirá esta misma información a las demás empresas contratistas; y que, por tanto, serán éstas, en cada cadena de subcontratación, las obligadas a transmitir dicha información a los representantes de los trabajadores de las respectivas empresas incluidas en cada ámbito<sup>94</sup>.

Lo que en cambio no aclara expresamente la norma es el contenido concreto de este derecho de información. Sin embargo, la insistencia en conectar esta información con la anotación —véase art. 16.2.a) y b) RSC— y su asimilación con el libro registro, en el que, como se recordará, los contenidos del libro y del derecho de información tienden a coincidir<sup>95</sup>, podría darnos a entender que, al igual que ocurre en el art. 42.4ET, en este caso existiría igualmente una cierta relación entre la información que debe proporcionarse y la contenida en el libro de subcontratación tal como ha quedado reflejada en el punto anterior, lo que por cierto podría llevar a plantearnos si,

<sup>91</sup> En este mismo sentido, M. GONZÁLEZ LABRADA, «La prevención de riesgos...», cit., pág. 204 y 205.

<sup>92</sup> Sobre este desarrollo nos remitimos a lo que ya señalamos en nuestro trabajo «Obligaciones y responsabilidades en los supuestos de descentralización productiva. Especial referencia a las subcontratas y empresas de trabajo temporal», en AAVV., *Siniestralidad laboral y Derecho Penal*, (dir. R: SÁEZ VARGARCEL), Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, núm. 25, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, pág. 139 y ss.

<sup>93</sup> Sobre la situación previa ver M. GONZÁLEZ LABRADA, «La prevención de riesgos laborales...», cit., pág. 194.

<sup>94</sup> *Vid.* J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora...», cit., pág. 17, siempre del original impreso.

<sup>95</sup> Sobre el tema nos remitimos a nuestro estudio sobre «Las modificaciones en el régimen jurídico de la subcontratación», en AAVV., *La reforma laboral de 2006*, (coord. J. CRUZ VILLALÓN), Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 123 y ss.

al igual que ha ocurrido en relación con el libro registro y el libro de subcontratación, el deber de información del art. 9 LSC habría subsumido la función del más genérico derecho contemplado en el art. 42.4 ET.

### 1. La limitada reducción de cargas documentales

Finalmente, el art. 8.3 LSC remitía al futuro reglamento una necesaria reducción de las múltiples obligaciones documentales aplicables a las obras de construcción «con objeto de lograr su unificación y simplificación».

Pese a las expectativas creadas, esta reducción se ha limitado —junto a la ya prevista exclusión del libro registro del art. 42 ET— a dos modificaciones puntuales del RD 1627/1997 incorporadas en la DF 3 RSC. En la primera se ha procedido a dar una nueva redacción al art. 13.4 RD 1627/1997 que, como se recordará, en su primitiva versión obligaba al coordinador o, en su caso, a la dirección facultativa, a trasladar a la Inspección de Trabajo una copia de cualquier anotación en el Libro de incidencias. Tras la reforma, manteniéndose las obligaciones de información al contratista afectado y a los representantes de los trabajadores, sólo se obliga a comunicar a la Inspección dicha anotación cuando la misma se refiera a cualquier incumplimiento de las advertencias u observaciones previamente anotadas en el libro y en los supuestos de paralización de actividades del art. 14 RD 1627/1997, debiendo especificarse en todo caso si la anotación efectuada supone una reiteración de una advertencia u observación anterior o si, por el contrario, se trata de una nueva observación

La segunda modificación se concentra en la simplificación de las obligaciones de información del promotor a la Autoridad Laboral antes del comienzo de las obras regulada el art. 18 y Anexo III RD 1627/1997. Lo conciso e indeterminado de la regulación anterior —«actualizándose si fuera necesario»— unido a lo establecido en la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción —«se tenga conocimiento de la incorporación de nuevas empresas»— motivó un aluvión de comunicaciones cada vez que se incorporaba cada empresa. Ahora se clarifica que sólo si hay incorporación de coordinador o contratistas (observe, no subcontratistas o autónomos) no identificados en el aviso o comunicación inicial procederá dicha comunicación.

### 3. ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS NOVEDADES PREVENTIVAS EN EL IV CONVENIO COLECTIVO GENERAL DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

Aunque tradicionalmente los convenios colectivos sectoriales estatales de la construcción han venido desarrollando una muy importante labor en



sede de prevención —baste pensar en el Anexo III del convenio para los años 2002-2006<sup>96</sup>— no cabe duda del salto cualitativo que ha supuesto la aprobación del IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, suscrito el 22 de junio de 2007, y que dedica ahora un nuevo Libro II monográficamente a los «aspectos relativos a la seguridad y salud en el sector de la construcción».

Sin poder detenernos aquí a analizar aquí todas y cada una de las muy importantes modificaciones y novedades incorporadas en estos 128 artículos, nos limitaremos, por razones de espacio, a dar simple noticia de sus aspectos más destacados.

### 3.1. El órgano paritario para la prevención en la construcción (OPPC)

El primero de los Títulos de este nuevo Libro II se dedica a desarrollar los aspectos orgánicos, económicos y funcionales de este peculiar órgano paritario, específicamente destinado a la prevención en el campo de la construcción y al que claramente se hacía referencia en el art. 9.2 LSC. Se trata así de dar desarrollo y aplicación al previo acuerdo de la Comisión Paritaria del CCGSC de 28 de enero de 2000, estableciendo una regulación bastante más detallada y completa de la anteriormente prevista —a nivel de convenio— en el apartado 4 del Anexo III del anterior CCGSC.

Seguramente los aspectos más destacados de este Título son la amplia regulación de las funciones, ya tradicionales, de este órgano, concentradas en el seguimiento de la accidentalidad en el sector y la elaboración de informes y estadísticas propias —art. 125 y 129—; la organización y control de visitas a las obras —art. 126—; y la formulación de propuestas de soluciones para la disminución de la accidentalidad —art. 127—, a las ahora que se añade expresamente la formación itinerante a pie de obra —art. 128— «en la forma que se acuerde por el Patronato de la FLC y que en su momento se incluirá en el presente Convenio».

Se trata, en definitiva, de una regulación ciertamente extensa y que viene a recoger y a reconocer el éxito de estas instituciones paritarias, tanto a nivel estatal como autonómico, singularmente en la CA de Andalucía.

### 3.2. Información, formación y su acreditación: la tarjeta profesional de la construcción

Otra de las principales novedades del nuevo CCGSC —como se encarga de recordar el propio Preámbulo— se centra en la amplia regulación y,

<sup>96</sup> Resolución de la DGT de 26 de julio de 2002, BOE de 10 de agosto de 2002

sobre todo, concreción que el Título III de este Libro II realiza de las obligaciones de formación e información; unas obligaciones que tradicionalmente no han recibido, al menos a nuestro juicio, el reconocimiento y atención que merecían, no sólo a la hora de concretar la deuda de seguridad empresarial, sino también, y sobre todo, a la hora de analizar los posibles límites a la conducta debida por el trabajador ex art. 29 LPRL y a sus posibles consecuencias en los supuestos de concurrencia de «culpa» en la cuantificación de responsabilidades. Pero vayamos por partes.

En este sentido, es cierto que buena parte de los contenidos relativos a los aspectos informativos —art. 131 y 132 IV CCGSC— ya se contemplaban en el Punto 2 del Anexo III del anterior Convenio Colectivo; y que, al igual que ahora, también entonces se preveía en este mismo Anexo un primer y segundo ciclo formativo. Pero más allá de estas coincidencias, es evidente, en primer lugar, la distinta intensidad, con la que, sobre todo la formación especializada es abordada ahora en el nuevo convenio. Éste no sólo se concentra en la regulación de los aspectos formativos del personal directivo, de los mandos intermedios, de los responsables de obras y técnicos de ejecución, o de los delegados de prevención —art. 140 a 143— que ya contemplaba el anterior convenio. Yendo bastante más allá, y asumiendo, como señala su propio Preámbulo, la ausencia de formación de «trabajadores que manipulan» «máquinas y equipos de trabajo... que generan multitud de riesgos», los artículos 144 a 157 del IV CCGSC establecen ahora una muy detenida regulación del contenido específico de esta formación para administrativos, para trabajos de demolición y rehabilitación, para encofrados, ferrallado, revestimiento de yeso, fontanería, cantería etc., ampliando detenidamente las simples menciones recogidas en el anterior texto convencional y prestando, además, especial atención a las posibles singularidades de los trabajadores inmigrantes, sobre todo cuando estos desconozcan el idioma español<sup>97</sup>.

Además, y al amparo del art. 10.3 LSC y del art. 12.3 RSC, los artículos 159 y ss. IV CCGSC establecen una extensa y completa regulación del mecanismo de acreditación de esta formación y que ahora se concreta, no ya tanto en una cartilla<sup>98</sup>, sino en la conocida Tarjeta Profesional de la Cons-

<sup>97</sup> Se trata, no obstante, de programas específicos que, para los puestos más típicos del sector, ya habían sido aprobados en junio de 2005 por Comisión Nacional de Seguridad y salud en el Trabajo. Véase en este sentido, J.R. MERCADER UGUINA, P. NIETO ROJAS, «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación...», cit., pág. 2 del original impreso; M. GONZÁLEZ LABRADA, «La prevención de riesgos...», cit., pág. 198.

<sup>98</sup> Cartilla Profesional expedida por la Fundación Laboral de la Construcción a la que hacían referencia, por ejemplo, los art. 24 y 25 del anterior Convenio Colectivo Sectorial Estatal. Esta mención se ha sustituido por la Tarjeta profesional, por ejemplo, en el art. 17 del nuevo IV CCGSC. Véase M. GONZÁLEZ LABRADA, «La prevención de riesgos...», cit., pág. 189 y ss.

trucción. Esta «tarjeta», que presenta indudables ventajas tanto para el trabajador como para la empresa<sup>99</sup> —y cuyo formato aparece en el Anexo IV del tantas veces citado IV CCGSC—, será expedida por la Fundación Laboral de la Construcción y no sólo acreditará, en todo el territorio nacional y en el completo sector de la construcción, esta formación en materia preventiva, sino que también informará sobre la categoría de este trabajador, sus periodos de ocupación en las distintas empresas y —con la aceptación del trabajador— los reconocimientos médicos que se le hayan realizado ex art. 16 y 241 IV CCGSC, permitiendo asimismo al trabajador acceder y obtener certificaciones telemáticas de estos mismos datos y acceder a los servicios de la Fundación Laboral de la Construcción —art. 159 y 160—.

Los artículos 159 a 170 establecen de este modo una completa regulación de los beneficiarios —trabajadores de empresas encuadradas en el IV CCGSC o desempleados que tengan acreditados al menos treinta días de alta en estas mismas empresas en los doce meses anteriores a la solicitud y que hayan recibido al menos la formación inicial (Art. 161)—; determinan el procedimiento de solicitud y tramitación de esta tarjeta —art. 162 y siguientes y Anexo V— que caducará a los cinco años de su emisión; y aclaran los derechos y obligaciones del titular, así como el procedimiento y los requisitos de homologación de las entidades formativas.

En todo caso, lo que sí es importante destacar es que dadas las dimensiones del sector, la DT 4 ha establecido un muy amplio periodo progresivo de implantación, de tal modo que ésta sólo adquirirá carácter obligatorio a partir del 31 de diciembre del 2011 —DT 4 IV CCGSC—.

### 3.3. Derogación definitiva del Capítulo XVI de la OLC de 28 de agosto de 1970 y regulación convencional de las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables en las obras de construcción

El tercer elemento que conviene destacar aquí es que, a diferencia de sus antecesores<sup>100</sup>, el IV CCGSC ya no mantiene la aplicación transitoria de parte del Capítulo XVI de la Ordenanza Laboral de la Construcción de 28 de agosto de 1970 «en tanto los poderes públicos» finalizaban la elaboración de la guía técnica de salud y seguridad en el trabajo para el sector de la construcción.

Como señala el Prólogo, eran ya tantas las modificaciones introducidas legal y reglamentariamente y tan diversos los avances técnicos, que el

<sup>99</sup> Más ampliamente véase M. GONZÁLEZ LABRADA, «La prevención de riesgos...», cit., pág. 198.

<sup>100</sup> Véase, por ejemplo, la DF Única del Anterior CCGSC, BOE de 10 de agosto de 2002.

IV CCGSC ha preferido, siguiendo una estructura similar en bastantes puntos a la anterior normativa, incorporar un Título IV de este Libro II, relativo a las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables en las obras de construcción, y en donde se incluyen no sólo cuestiones generales como la estabilidad y solidez de los materiales, la protección contra riesgos de caídas de altura u objetos, la iluminación, los factores atmosféricos o la detección y lucha contra incendios —art. 171 a 178—, sino también la regulación general y específica para los andamios y sus distintos tipos —art. 179 a 190—; las protecciones colectivas, las escalas, escaleras y otros equipos para trabajos temporales en altura —art. 191 a 202—; normas sobre trabajos de movimientos de tierra, excavaciones, trabajos subterráneos y túneles —art. 203 a 211—; otros trabajos específicos —art. 212 a 216—; la regulación sobre equipos de trabajo y maquinaria de obra —art. 218 a 228—, así como aspectos relativos a las instalaciones de suministro y reparto de energía, almacenamiento de combustible e instalaciones higiénico sanitarias —art. 229 a 239—.

#### 3.4. Las modificaciones del contrato fijo de obra

Finalmente, y aunque muy alejado de la realidad preventiva, el art. 20 IV CCGSC ha vuelto a regular el contrato fijo de obra con la habilitación expresa de la DA 3 LSC<sup>101</sup>.

Más allá de la ampliación de la indemnización de salida al 7 % frente al 4,5% del art. 28 del anterior convenio, pocas modificaciones más se producen, salvo la expresa reiteración de que incluso cuando se presten servicios en distintas obras de la misma provincia se mantiene «el carácter de un único contrato», incorporación ésta que seguramente refleja su clara voluntad —como ya tuvimos ocasión de señalar— de alejar esta hipótesis del juego que ofrece el art. 15.5 ET en su nueva redacción dada por la Ley 43/2006.

<sup>101</sup> Sobre esta habilitación, por todos, C. ARAGÓN GÓMEZ, «La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra», en AAVV., *La nueva Ley reguladora...*, cit., pág. 188 y ss.; A.V. SEMPERE NAVARRO, «Limitaciones a la subcontratación...», cit., pág. 115 y ss.; V. P. LAFUENTE PASTOR, «El contrato de obra o servicio en la construcción en el nuevo escenario de la Ley 32/2006», en AAVV., *La subcontratación en el sector...*, cit., pág. 129 y ss.



# PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COMPLEMENTOS DE PELIGROSIDAD, TOXICIDAD Y PENOSIDAD

ANA MORENO MÁRQUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social*  
Universidad Carlos III de Madrid

## EXTRACTO

Los complementos de peligrosidad, penosidad y toxicidad no pueden contemplarse de forma aislada, es decir, sin tener en cuenta la normativa establecida en materia de prevención de riesgos laborales, ya que existe una clara conexión entre estos complementos y la presencia de riesgos para el trabajador; riesgos que, a su vez, determinan la necesidad de adoptar una serie de medidas preventivas para eliminarlos o, al menos, neutralizarlos; si bien en algunos casos deben ser asumidos por el trabajador. Por estar razón, en este trabajo se aborda fundamentalmente el tratamiento de estos complementos desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, con objeto de determinar cómo incide la normativa preventiva en su regulación convencional y hasta qué punto tiene sentido su previsión, o resulta totalmente incompatible con la citada normativa.

En particular, se analiza, entre otros aspectos, la posible convivencia entre las citadas medidas preventivas y los complementos de peligrosidad, penosidad o toxicidad, distinguiendo, al mismo tiempo, los diferentes factores que, en unos casos, intervienen en el nacimiento y en la extinción del derecho a la percepción de estos complementos, e incluso, en otros, condicionan su propia existencia, como el tipo de riesgo, bien inherente o consustancial, o bien ajeno a la labor que tiene encomendada el trabajador; o el establecimiento de medidas preventivas y la consiguiente eliminación de esos riesgos; o la exposición esporádica o habitual a los mismos. Lo que, finalmente, permite determinar cuál es la tendencia que se detecta, con carácter general, en las distintas regulaciones convencionales con respecto al mantenimiento o no de este tipo de complementos.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS COMPLEMENTOS DE PELIGROSIDAD, TOXICIDAD Y PENOSIDAD: CUESTIONES PREVIAS
  - 2.1. Justificación genérica de este tipo de complementos
  - 2.2. Determinación de su percepción, de su cuantía u otras medidas sustitutorias
3. EL TRATAMIENTO DE LOS COMPLEMENTOS DE PELIGROSIDAD, PENOSIDAD Y TOXICIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
  - 3.1. El efecto sustitución
  - 3.2. Convivencia de las medidas preventivas con la percepción del complemento de peligrosidad, toxicidad o penosidad
    - 3.2.1. Trabajos con riesgos consustanciales y adopción de medidas preventivas
    - 3.2.2. Trabajos que se desarrollan en circunstancias ajenas a la labor de las que derivan riesgos y el establecimiento de medidas preventivas
      - A. La excepcionalidad como condición *sine qua non*
      - B. Otros condicionamientos que operan de manera restrictiva
  - 3.3. Soluciones transitorias
4. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Es bastante habitual que los convenios colectivos recojan complementos salariales de peligrosidad, penosidad y toxicidad, ya sea haciendo referencia a alguna o algunas de estas circunstancias o a todas ellas, y, a su vez, que exista una diversidad de regulaciones convencionales; lo que se refleja, entre otros aspectos, a la hora de establecer en qué condiciones se van a devengar este tipo de complementos, o cómo se determina su percepción, o qué cantidad va a percibir el trabajador. Aún así, en todos los casos es posible detectar un punto de conexión. En concreto, el riesgo o los riesgos laborales por los que se ven afectados los trabajadores; cuestión distinta es que, a su vez, el propio riesgo pueda dar lugar a distintas regulaciones. Ahora bien, no es posible ignorar que, aunque estos riesgos obtienen respuesta en los convenios en forma de partida salarial, siempre es necesario tener en cuenta la existencia de una normativa en materia de prevención de riesgos laborales; normativa que indudablemente va a repercutir en la propia regulación de estos complementos.

Por esta razón, es preciso analizar cómo actúa dicha normativa sobre la regulación convencional, es decir, hasta qué punto condiciona la existencia de estos complementos, y en qué supuestos son compatibles las medidas preventivas necesarias para eliminar o neutralizar los riesgos y el derecho a un complemento de este tipo. Estas cuestiones son las que se van a abordar en este trabajo. Sin embargo, antes de pasar a su estudio, se ha considerado conveniente hacer una breve referencia a ciertos aspectos que tie-



nen relevancia, como son la propia justificación de estos complementos, esto es, lo que les singulariza con respecto a otro tipo de complementos, o la concreción de su percepción; lo que, a su vez, permitirá constatar esa diversidad de regulaciones convencionales a las que se ha hecho referencia y servirá como punto de partida para el tratamiento de dichas cuestiones.

## 2. LOS COMPLEMENTOS DE PELIGROSIDAD, TOXICIDAD Y PENOSIDAD: CUESTIONES PREVIAS

Como es sabido, aunque en la redacción actual del ET no existe una mención expresa de este tipo de complementos<sup>1</sup>, es posible ubicarlos en el ámbito de los complementos de puesto de trabajo que contempla la norma. Pero, si se quiere conocer su regulación, a la vista de lo indicado en el art. 26 del ET, es necesario acudir a las previsiones contenidas al respecto en los convenios colectivos, ya que es en estos donde es posible encontrar la determinación de la estructura del salario o, en su defecto, será en el contrato de trabajo donde pueda quedar recogida dicha estructura y, por tanto, el complemento en cuestión.

<sup>1</sup> A estos complementos se refería el art. 5 b) del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, derogado tras la reforma operada por la ley 11/1994, de 19 de mayo, así como las reglamentaciones laborales y las ordenanzas laborales que progresivamente también quedaron derogadas. Generalmente las disposiciones de rango legal que han venido regulando el salario han reservado la concreción de su estructura a las disposiciones reglamentarias (*vid.* arts 37 y ss de la Ley de contrato de trabajo de 26 de enero de 1944; Ley de Relaciones Laborales de 8-4-1976; arts 26 y ss de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980). Así es posible encontrar referencias expresas a este complemento vinculado al puesto de trabajo, primero, en el Decreto 1844/1960, de 21 de septiembre y, después, como se ha indicado, en el Decreto 2380/1973, de 17 de agosto. Por su parte, tanto las reglamentaciones de trabajo y las ordenanzas laborales como los convenios colectivos también contenían referencias al respecto, si bien bastante parcas ya que las primeras establecían fundamentalmente la cuantía que debía percibir el trabajador; y, en los segundos, se añadía que sería la autoridad laboral competente la que calificaría la actividad como penosa, peligrosa o tóxica. Sobre estos complementos *vid.* BADIOLA SÁNCHEZ, A. M. —«El plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad: viejos y nuevos problemas», *RL*, 2000/II, pp. 1347 y ss; — «La estructura del salario y en especial el plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad: una cuestión de problemas prácticos», en AAVV *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2003, pp. 43-60; CRUZ VILLALÓN, J. «Los complementos salariales tóxico y de peligrosidad: algunas cuestiones prácticas», *RL*, 1991/I, pp. 1370 y ss; DE LAS HERAS BORRERO, F. M. «Los complementos salariales de penosidad, toxicidad y peligrosidad», *Revista de Política Social*, núm. 130, 1980, pp. 89 y ss; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. «Los complementos de peligrosidad, penosidad y toxicidad (grandes ignorados por la doctrina científica y, sin embargo, fuente continua de litigios)», *AS*, mayo, 2007, pp. 57-72.

## 2.1. Justificación genérica de este tipo de complementos

Estos complementos tienen su causa en el trabajo, pero su justificación real reside en la concurrencia de alguna concausa que, en este caso, responde al hecho de que la realización de determinados trabajos puede ser peligrosa, tóxica o penosa para el trabajador que los tiene encomendados. De este modo, de una forma amplia, es posible señalar que estos complementos obedecen a las condiciones en las que el trabajador desarrolla su labor y que pueden ser nocivas para su seguridad y salud. Así, la causa condiciona su calificación como complementos de puesto de trabajo; si bien, la concausa les dota de singularidad y entidad con respecto al resto de los complementos que merecen idéntica calificación.

Esta justificación genérica se detecta en mayor o menor medida en la regulación contenida en los diferentes convenios colectivos; pero, como no puede ser de otro modo, se materializa de modo singular caso a caso. Sobre todo porque el ET no contiene unos parámetros de los que deben partir los sujetos negociadores a la hora de establecer los supuestos en los que podrían operar estos complementos. En este sentido, sería posible pensar en un listado de actividades en las que podría estar justificada la percepción de este tipo de complementos por parte del trabajador que las desempeñase. Sin embargo, al margen de su operatividad y de los problemas que pudieran plantearse, no existe, como ocurre en otros casos, ese listado de actividades, siquiera orientativo, caracterizadas por su peligrosidad, penosidad o toxicidad a efectos de percibir este tipo de complementos.

La cuestión es que en la práctica tampoco es posible encontrar, en términos generales, una regulación uniforme en los diferentes convenios colectivos en los que se recogen estos complementos; lo que obedece, entre otras razones, a las peculiaridades de cada sector, y, a su vez, se complica con los distintos tipos de labores que se pueden encontrar vinculadas a cada uno de ellos (aunque algunas sean comunes a varios sectores), así como a la diversidad de riesgos que están presentes en cada caso. Más aún si se tiene en cuenta que los trabajadores pueden verse afectados no sólo por los riesgos derivados de la concreta tarea que lleven a cabo, sino también por otros riesgos que proceden de otras labores, o de las circunstancias específicas que se dan en el lugar de trabajo. De ahí la complejidad y casi imposibilidad a la hora de establecer un listado de tareas para las que sería posible que se devengasen este tipo de complementos. Distinto es el establecimiento de ciertos criterios que permitan concretar en el marco de dicha concausa los contornos de su justificación específica; criterios a los que más adelante se hará referencia, ya que antes es preciso analizar cómo se viene determinando el derecho a su percepción.



## 2.2. Determinación de su percepción, de su cuantía u otras medidas sustitutorias

El ET no impone un reconocimiento obligatorio de este tipo de complementos. El derecho a percibirlo dependerá de lo que se haya negociado, o, en su defecto, de lo que se haya previsto en el contrato de trabajo. Es decir, habrá que analizar en cada caso si existe o no este derecho, lo que claramente vendrá condicionado por la regulación convencional, o por el pacto individual. Éste sólo tendrá operatividad cuando el convenio no haya establecido la estructura salarial, ya que, si la ha previsto, aunque no contemple estos complementos, no es posible un acuerdo al respecto en contrato de trabajo. En definitiva, de ese modo, el trabajador puede prestar servicios que pueden considerarse peligrosos, pero si no se ha previsto la existencia de un complemento al efecto el trabajador no podrá reclamarlo <sup>2</sup>.

Ahora bien, si se establece en convenio o, en su defecto, en contrato, el trabajador lo podrá reclamar en los términos allí señalados. En este aspecto destaca el hecho de que el ET deje libertad a las partes, de tal forma que en los convenios debería contemplarse, entre otros posibles aspectos, qué se entiende por un trabajo peligroso, penoso o tóxico, en qué condiciones se devengará, su cuantía, cuándo dejará de percibirse. El resultado debería ser una enorme variedad de regulaciones con respecto a estos complementos si se considera esa libertad de las partes y, de hecho, esto es lo que puede constatarse. Cuestión distinta es que, pese al amplio abanico de posibilidades que se presenta para los sujetos negociadores, en muchos casos la característica que está presente en esa diversidad de regulaciones es la parquedad <sup>3</sup>. Es decir, el problema es que, en la mayoría de los supuestos, no se concretan algunos de estos aspectos. No es habitual que los convenios

<sup>2</sup> Vid. STSJ Murcia de 15-10-2001 (JUR 2001, 297163): los jueces no pueden «suplir a los contratantes singulares ni colectivos en el ejercicio de una facultad para la regulación de una materia, la estructura retributiva, que sólo a ellos compete según el art. 26.3 del Estatuto de los Trabajadores» (F.J. 3.º); STSJ País Vasco, de 13-10-2005 (JUR 2005, 20974); STSJ La Rioja, de 28-3-2006 (AS 2006, 1863).

<sup>3</sup> Vid. art. 79 del Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BO. Illes Balears 18 octubre 2005); art. 21 del Convenio Colectivo de trabajo de supermercados y autoservicios de alimentación de la provincia de Barcelona para los años 2005-2008 (DO. Generalitat de Catalunya 3 noviembre 2005); art. 11 del Convenio Colectivo Provincial para el sector de «Limpieza de Edificios y Locales» de Valladolid (BO. Valladolid 6 octubre 2005); art. 27 del Convenio Colectivo de Trabajo para el Manipulado, Aderezo, Relleno y Deshueso de Aceitunas (BO. Región de Murcia 16 septiembre 2006); art. 24 del Convenio Colectivo de Tintorerías y Lavanderías de Ciudad Real (BO. Ciudad Real 28 de abril 2006); art. 40 del Convenio Colectivo de empresas de

precisen si un trabajo se considera o no peligroso, penoso o tóxico, esto es, no suelen definir la concausa a la que se ha hecho referencia, ni distinguen entre lo que es peligroso, penoso, o tóxico. En este aspecto, puede afirmarse que se ha seguido manteniendo la línea establecida en las reglamentaciones y ordenanzas laborales, en las que la nota común al efecto era la ausencia de una regulación detallada. Aunque en ciertos casos sí es posible encontrar, una distinción entre lo que es peligroso, penoso o tóxico<sup>4</sup>; o una consideración conjunta<sup>5</sup>, o algún ejemplo específico<sup>6</sup>; y, en otros, no se da una definición de las notas de peligrosidad, penosidad o toxicidad, sino que se parte de la vinculación de estas características, y, por tanto, del derecho

---

captación, elevación y distribución de aguas potables y residuales de Extremadura (DO. Extremadura 18 marzo 2006); art. 25 del Convenio Colectivo de captación, elevación, tratamiento, depuración y distribución de aguas de Albacete (BO. Albacete 3 julio 2006).

<sup>4</sup> Vid. art. 35, en relación con el art. 34 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias (BO. del Principado de Asturias 26 agosto 2005). El art. 34 hace referencia a retribuciones básicas y complementarias y, entre estas últimas, se establece un complemento específico destinado a retribuir determinadas condiciones particulares de cada puesto de trabajo; en concreto, por lo que aquí interesa, peligrosidad, penosidad y toxicidad. Por su parte, es el art. 35 el que define: «A) Trabajo penoso. Se considera penosa aquella actividad laboral cuyo desempeño habitual suponga una especial carga de trabajo física o mental que repercuta negativamente en la seguridad y salud de los trabajadores, sin que existan medidas preventivas o protectoras o que éstas resulten manifiestamente insuficientes para el colectivo que las desempeña. B) Trabajo peligroso. Se considera peligrosa aquella actividad laboral que aún contando con las medidas de prevención y protección racionalmente posibles y adecuadas a la tarea a desarrollar, puede producir un daño o deterioro efectivo en la seguridad y salud de los/las trabajadores/as. C) Trabajos tóxicos. Son aquellos trabajos habituales en los que se manipulen productos químicos o biológicos con una concentración ambiental durante toda la jornada laboral superior al Valor Límite Ambiental (VLA) adoptado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) para ese contaminante, independientemente de que el trabajador/a utilice los Equipos de Protección Individual (EPI) que, en función de la evaluación inicial de riesgos, se hayan determinado que es preciso utilizar».

<sup>5</sup> Vid. art. 26 en relación con el art. 33 del Convenio Colectivo para el sector de almacenistas de madera de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 3 noviembre 2004); art. 24 en relación con el art. 36 del Convenio Colectivo del sector de carpintería, ebanistería y actividades afines de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 2 agosto 2004) en los que se define qué se entiende, de forma general, por actividad continuada, tóxica o peligrosa. En concreto indican: «aquellos puestos de trabajo que estén en contacto con colorantes minerales, pinturas, barnices; o cuando se produzcan gases, vapores u otros agentes tóxicos en los que se manipulen sustancias fácilmente inflamables, así como también aquellos en los que se produzca una atmósfera de polvo de madera en suspensión».

<sup>6</sup> El art. 44 del Convenio Colectivo del sector de derivados del Cemento de Málaga (BO. Málaga 7 junio 2007) señala como ejemplo de labores «excepcionalmente penosas, tóxicas o peligrosas» las de «limpieza de hormigoneras y camiones hormigoneras con hormigón fraguado en su interior».

al complemento, a determinadas actividades o puestos específicos<sup>7</sup>, o a la prestación de servicios en condiciones especiales<sup>8</sup>.

Además, a veces sí que se establecen vías específicas para proceder a la determinación de las tareas que se consideran peligrosas, penosas o tóxicas, como son, entre otras, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores<sup>9</sup>, previo informe del comité de seguridad, o de los representantes de los trabajadores<sup>10</sup>, o, en los casos en los que no se llegue a un acuerdo, la intervención de la comisión paritaria del convenio<sup>11</sup>, o de la Comisión Paritaria de Salud Laboral (previo informe técnico elaborado por el Gabinete Técnico de Salud Laboral Provincial correspondiente)<sup>12</sup>, o de la autoridad judicial<sup>13</sup> o del organismo competente en la mate-

<sup>7</sup> Vid. art. 18 del Convenio Colectivo del sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización de Cantabria (BO. Cantabria 17 marzo 2006); art. 31 del Convenio Colectivo del Sector Agropecuario de Valencia (BO. Valencia 13 diciembre 2005); art. 32 del Convenio Colectivo del Sector de Aceites y Derivados de Toledo (BO. Toledo 14 noviembre 2005); art. 45 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceituna de Sevilla (BO. Sevilla 21 octubre 2005); art. 34 del Convenio Colectivo Campo de la provincia de Cuenca (BO. Cuenca 22 junio 2007); art. 20 del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera para Palencia (BO. Palencia 31 agosto 2005); art. 69 del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad 2005-2008 (BOE 10 junio 2005); art. 18 del Convenio Colectivo del Sector de fincas urbanas de Zaragoza (BO. Zaragoza 11 marzo 2005); art. 57 del Convenio Colectivo básico, de ámbito estatal, para las Industrias Cárnicas (BOE 28 febrero 2005); art. 13 del Convenio Colectivo del sector de Transporte de Mercancías por Carretera de Sevilla (BO. Sevilla 20 marzo 2007); art. 29 del Convenio Colectivo del Sector de Aceites y sus Derivados de Ciudad Real (BO. Ciudad Real 14 abril 2006); art. 17 del Convenio Colectivo de Trabajo para la actividad de Talleres de Reparación, Mantenimiento e Inspección Técnica de Vehículos de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2006, 2007, 2008 y 2009 (BO. La Rioja 24 agosto 2006); art. 17 del Convenio Colectivo del sector Comercio y Manufactura Vidrio Plano de Málaga (BO. Málaga 5 abril 2006); art. 31 del Convenio Colectivo para Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia (BO. Región de Murcia 3 julio 2006).

<sup>8</sup> Vid. art. 17 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Industrias de Frío Industrial (BOE 23 octubre 2007).

<sup>9</sup> Vid. art. 16 del Convenio Colectivo estatal para la fabricación de helados (BOE 10 marzo 2006); art. 7.3.7 del Convenio Colectivo Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE 31 agosto 2004).

<sup>10</sup> Cfr. art. 21 del Convenio Colectivo para la Industria de Alimentos Compuestos para Animales para el período 2006-2008 (BOE 18 enero 2007).

<sup>11</sup> Vid. art. 36 del Convenio Colectivo de la Industria del Metal de la Comunidad de Madrid (BO. Comunidad de Madrid 25 agosto 2005).

<sup>12</sup> Vid. art. 23 del Convenio Colectivo de rematantes y aserraderos de maderas de Pontevedra (BO. Pontevedra 22 junio 2007).

<sup>13</sup> Vid. art. 16 del Convenio Colectivo de trabajo de la industria de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona para los años 2005 y 2006 (DO. Generalitat de Catalunya 20 diciembre 2005). art. 33 del Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de Toledo (BO. Toledo 22 noviembre 2005): «será la autoridad judicial al en-

ria<sup>14</sup>. En algún caso, también se contempla la actuación de una comisión de trabajo que elabora un estudio de las actividades y labores que se consideran excepcionalmente peligrosas<sup>15</sup>, e incluso la confección, por parte de las empresas y los representantes de los trabajadores, de una relación de puestos de trabajo donde existan condiciones de excepcional penosidad, toxicidad, peligrosidad o suciedad<sup>16</sup>

Pero lo que no cabe es atribuir la facultad de determinar si una determinada labor es o no peligrosa a la autoridad administrativa, tal y como venía sucediendo<sup>17</sup>. Es decir, son las partes, las que pueden establecer la existencia del complemento, sin que sea admisible la intervención de la citada autoridad para hacer una declaración formal al respecto<sup>18</sup>. Es más, no es

---

juiciar los casos concretos quien determine si el puesto de trabajo es tóxico, penoso o peligroso»; art. 25 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias siderometalúrgicas de Palencia (BO. Palencia 18 noviembre 2005).

<sup>14</sup> Vid. art. 72 del Convenio Colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 19 diciembre 2006).

<sup>15</sup> Vid. art. 55 del Convenio Colectivo para el sector de derivados del cemento para Granada y su provincia (BO. Granada 12 agosto 2005).

<sup>16</sup> Vid. art. 22 del Convenio Colectivo para el sector de Metal Comercio de Zamora (BO. Zamora 24 agosto 2005).

<sup>17</sup> La calificación de los puestos como peligrosos, penosos o tóxicos se encomendaba a la autoridad laboral de acuerdo con lo establecido en el art. 17.14 del Decreto 799/1971, de 3 de abril, en el que se atribuía a las Direcciones Provinciales de Trabajo competencia en materia de «acuerdos sobre declaración de trabajos tóxicos, peligrosos, excepcionalmente penosos y otros de naturaleza análoga, y cuantas resoluciones se relacionan con la materia». Estos complementos vinculados a la situación de peligrosidad, penosidad o toxicidad, según los casos, carecían de sentido en el momento en el que se establecían medidas tendentes a su desaparición. Lo que nuevamente se comprobaba por la Delegación Provincial de Trabajo para dejar de abonarse a los trabajadores. Vid. SSTSJ Navarra de 26-3-1990 (AS 1990, 2050); Andalucía de 9-7-1993 (AS 1993, 3311). De esta forma se excluía al orden jurisdiccional social de esa calificación. Distinto era que, una vez reconocida la condición de trabajo peligroso, tóxico, etc, el orden jurisdiccional social pudiese conocer las reclamaciones de las diferencias salariales. Vid. ALBIOL MONTESINOS, I. *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*. Ediciones Deusto, Bilbao, 1992, p. 97; CRUZ VILLALÓN, J. «Los complementos salariales tóxico..., op. cit., pp. 1375-1377. Pues bien, el citado art. 17.14 «fue tácitamente derogado por los artículos del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 y 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial» (STSS de 18-12-1998 (RJ 1999, 308)).

<sup>18</sup> Se vulneraría lo dispuesto en los arts. 117.3 de la CE, 9.5 de la LOPJ y 1 y 2 de la LPL. Cfr. STS 18-7-91 (RJ 1991, 6253), en la que se indica que la atribución de competencias a la administración laboral en materia de declaración de trabajos tóxicos y peligrosos «resulta contraria a la configuración del ámbito jurisdiccional del orden social, tal como éste se delimita en el artículo 1 de la LPL (...) y en el art. 9.5 de la LOPJ, sin que exista, como ya se ha dicho, norma con rango legal que, en razón a su conexión con una competencia típicamente administrativa, habilite a la administración para adoptar decisiones de esta naturaleza, pues no pueden serlo las cláusulas generales y residuales de los apartados a) y b) del art. 11 de la Ley

competente para resolver discrepancias o conflictos entre las partes, sino que la decisión de estos conflictos es competencia de la jurisdicción laboral<sup>19</sup>. Sin que esto signifique que la declaración judicial sustituye a la administrativa, ya que el derecho a percibir el complemento en cuestión no se genera desde que existe una sentencia que constata su existencia, sino que sus efectos se vinculan al momento en que el trabajador inicia su labor en la que concurren las circunstancias que determinan su calificación como peligrosa, penosa o tóxica en los términos previstos por las partes<sup>20</sup>.

Al margen de lo señalado, lo que sí dejan claro las regulaciones convencionales son las cuantías que van a percibir los trabajadores, cuantías que, como es lógico, difieren. Si bien, con independencia de este dato, suelen concretarse a partir del establecimiento de porcentajes (diversos) sobre el salario base<sup>21</sup> que, a su vez, suelen variar según el mayor o menor tiempo de dedicación<sup>22</sup>, y según concurra una o más condiciones (peligrosidad,

---

de Delegaciones del Trabajo de 10 de noviembre de 1942 que, en la medida que contemplaran con carácter general un sistema alternativo de ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Administración, resultarían incompatibles con el principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.4 de la CE) y con la propia posición que a la Administración corresponde en el nuevo marco de relaciones laborales»; STSJ Comunidad Valenciana 12-9-1995 (AS 1995, 3420); SSTS 18-12-1998 (RJ 1998, 308); 4-11-99 (RJ 99, 8517); 10-10-2000 (RJ 2000, 9425); STSJ Baleares 28-3-2006 (JUR 2006, 189483).

<sup>19</sup> *Vid.*, entre otras, SSTS 18-7-91 (RJ 1991, 6253); 20-7-92 (RJ 1992, 5633); 28-9-92 (RJ 1992, 6823); 6-4-1993 (RJ 1993, 2913); 5-6-1993 (RJ 1993, 5961); 20-7-1993 (RJ 1993, 6293); 25-10-93 (RJ 1993, 8067); 26-4-94 (RJ 1994, 5351); 13-7-1994 (RJ 1994, 6660); 23-11-95 (RJ 1995, 8246).

<sup>20</sup> *Cfr.* SSTS de 10-9-2000 (RJ 2000, 9425) y de 31-1-2001 (RJ 2001, 3828). No obstante, en algunos convenios aún se indica. *Vid.* art. 25 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias siderometalúrgicas de Palencia (BO Palencia 18 noviembre 2005) en el que se indica que será «la autoridad judicial o administrativa correspondiente» las que califique las tareas como penosas, tóxicas o peligrosas; art. 14 del Convenio Colectivo del sector de Industria y Comercio del vino de Álava (BO. Territorio Histórico de Álava 19 octubre 2005); art. 33 del Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de Toledo (BO. Toledo 22 noviembre 2005); art. 20 del Convenio Colectivo para las Industrias de Hostelería de Segovia (BO. Segovia 4 agosto 2006).

<sup>21</sup> *Vid.* art. 11 del Convenio Colectivo Provincial para el sector de «Limpieza de Edificios y Locales» de Valladolid (BO. Valladolid 6 octubre 2005); art. 20 del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera para Palencia (BO. Palencia 31 agosto 2005); art. 22 del Convenio Colectivo para el sector de Metal Comercio de Zamora (BO. Zamora 24 agosto 2005); art. 27 del Convenio Colectivo de trabajo para Manipulado, Aderezo, Relleno y Deshueso de Aceitunas (BO. Región de Murcia 16 septiembre 2006).

<sup>22</sup> *Vid.* art. 43 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de Derivados del Cemento (BO. Almería 8 marzo 2007); art. 55 del Convenio Colectivo para el sector de derivados del cemento para Granada y su provincia (BO. Granada 12 agosto 2005); art. 43 del Convenio Colectivo para el sector de Industrias de Derivados del Cemento de Huelva (BO. Huelva 13

penosidad, toxicidad)<sup>23</sup>. En algún caso, se condiciona la percepción de este complemento a la realización de las tareas peligrosas, penosas o tóxicas durante un determinado periodo de tiempo a lo largo de la jornada<sup>24</sup>. De todos modos, no sólo es posible constatar una amplia variedad de posibles retribuciones por este concepto, sino que también hay que destacar el hecho de que en ciertos convenios se contemplen reducciones de jornadas que varían igualmente en función de la presencia de una, dos o tres de las circunstancias indicadas<sup>25</sup>; incluso en algún caso se establece que el trabajador puede elegir entre percibir un determinado porcentaje sobre el salario base o la reducción de la jornada<sup>26</sup>, o se indica la posibilidad de que exista un acuerdo entre la Dirección de la empresa y el Comité o los Delegados de Personal para sustituir el abono del complemento por la citada reducción<sup>27</sup>.

marzo 2007); art. 51 del Convenio Colectivo del sector de Derivados de Sevilla (BO. Sevilla 7 febrero 2007); art. 16 del Convenio Colectivo de trabajo de la industria de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona para los años 2005 y 2006 (DO. Generalitat de Catalunya 20 diciembre 2005); art. 27 del Convenio Colectivo de trabajo para Manipulado, Aderezo, Relleno y Deshueso de Aceitunas (BO. Región de Murcia 16 septiembre 2006); art. 31 del Convenio Colectivo para Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia (BO. Región de Murcia 3 julio 2006); art. 33 del Convenio Colectivo para el sector de almacenistas de madera de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 3 noviembre 2004); art. 36 del Convenio Colectivo del sector de carpintería, ebanistería y actividades afines de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 2 agosto 2004); art. 29 del Convenio Colectivo del Sector de Derivados del Cemento de Córdoba (BO. Córdoba 30 agosto 2006); art. 13 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias de derivados del Cemento, Materiales y Prefabricados de la Construcción de Cádiz (BO. Cádiz 17 noviembre 2006); art. 21 del Convenio Colectivo Nacional para la Industria de Alimentos Compuestos para Animales para el período 2006-2008 (BOE 18 enero 2007). art. 44 del Convenio Colectivo del sector de derivados del Cemento de Málaga (BO. Málaga 7 junio 2007); art. 43 del Convenio Colectivo del Sector de Aserradores y Almacenistas de Madera (BO. Cantabria 13 abril 2005).

<sup>23</sup> *Vid.* art. 36 del Convenio Colectivo de la Industria del Metal de la Comunidad de Madrid (BO. Comunidad de Madrid 25 agosto 2005).

<sup>24</sup> *Vid.* art. 25 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias Siderometalúrgicas de Palencia (BO. Palencia 18 noviembre 2005).

<sup>25</sup> *Vid.* art. 72 del Convenio Colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 19 diciembre 2006); art. 25 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias Siderometalúrgicas de Palencia (BO. Palencia 18 noviembre 2005).

<sup>26</sup> *Vid.* art. 33 del Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de Toledo (BO. Toledo 22 noviembre 2005).

<sup>27</sup> *Vid.* art. 16 del Convenio colectivo del sector de Industrias Químicas de Cantabria (BO. Cantabria 3 junio 2005).



### 3. EL TRATAMIENTO DE LOS COMPLEMENTOS DE PELIGROSIDAD, PENOSIDAD Y TOXICIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Como se ha señalado, estos complementos tienen su causa en el trabajo, pero en realidad su justificación se encuentra en la concurrencia de una concreta concausa. En este supuesto se trata del hecho de que la realización de determinados trabajos puede ser peligrosa, tóxica o penosa para el trabajador. Ahora bien, si se tiene en cuenta la existencia de una normativa en materia de prevención de riesgos laborales, habrá que analizar en qué términos es posible la convivencia de medidas preventivas con los citados complementos.

#### 3.1. El efecto sustitución

La alternativa entre percepción del complemento o establecimiento de medidas de seguridad no tenía razón de ser mientras permanecía vigente la OGSHT<sup>28</sup>, y menos aún en la situación actual tras la entrada en vigor de la LPRL. En ningún caso cabe sustituir las medidas preventivas por este complemento salarial, ni siquiera en los supuestos en los que se opta por reducir el tiempo de trabajo, ya que, aunque el trabajador se expone por menos tiempo a los riesgos en cuestión, esto no significa su desaparición sino que vuelven a estar presentes en el momento en el que reinicia la labor. Es cierto que el ET deja libertad a los negociadores para determinar las condiciones de acceso a este tipo de complementos, pero esta norma no puede contemplarse de forma aislada. Es decir, si estos complementos vienen a compensar una determinada situación de riesgo y la LPRL y sus normas de desarrollo establecen una serie de obligaciones para empresarios y trabajadores dirigidas a eliminar, neutralizar y controlar los riesgos, no es posible ignorarlas en el momento de establecerlos<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Aunque en algunos casos la ausencia de medidas preventivas parecía justificar la existencia del complemento. *Vid.* STSJ Cantabria de 13-7-1995 (AS 1995, 2742): «la falta de medidas de seguridad coadyuva dicha consideración» (F.J. 2.º).

<sup>29</sup> Con la LPRL cambia la situación precedente «pasando de una actitud conformista cuyo efecto directo era pagar el riesgo al trabajador a otra belicista o activa en la que el riesgo ha de ser, o bien eliminado de raíz, o bien minorado hasta los límites posibles de los conocimientos y de la capacidad humana de que en cada momento se disponga» (cfr. SSTSJ Madrid de 23-12-1999 (AS 1999, 7246); 29-6-2000 (AS 2000, 3413); 28-1-2000 (AS 2000, 739); 29-3-2000 (AS 2000, 2365)). *Vid.* STSJ Cataluña, de 8-7-2003 (AS 2003, 3777), en la que se niega el derecho al abono del plus de peligrosidad por la existencia de medidas de seguridad.

Un referente básico a la hora de interpretar el alcance y el contenido del deber general de prevención (art. 14 LPRL) y de los concretos deberes que se establecen en la LPRL y en sus normas de desarrollo<sup>30</sup> son los principios de la acción preventiva. Pero estos principios no sólo se van a proyectar en este sentido, sino también en otros ámbitos de la relación laboral; en concreto, en cuanto a los complementos salariales a los que aquí se hace referencia<sup>31</sup>. El legislador establece una obligación general y unas obligaciones instrumentales en materia de prevención de riesgos laborales pero el parámetro de referencia es común a cualquier trabajo, esto es, estos principios se proyectan en todas las actividades desde un punto de vista positivo, en el sentido de que no cabrá asumir un daño por parte del trabajador.

Por tanto, el punto de partida debe ser evaluar los riesgos, eliminarlos, combatirlos en su origen, sin que sean admisibles compensaciones económicas. Si así fuera estos complementos se entenderían en términos de reparación de las posibles consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte del empresario. En definitiva, la ausencia de medidas de prevención no da lugar a la calificación del trabajo como peligroso, por el contrario esto significa que deben ser corregidas las deficiencias<sup>32</sup>, por lo que aunque el complemento puede estar justificado por la existencia de la concausa a la que se ha hecho referencia, ésta no puede, a su vez, ampararse en el citado incumplimiento<sup>33</sup>. De ese modo, la eliminación o la neutralización de los riesgos va a determinar su ausencia<sup>34</sup>, por lo

<sup>30</sup> Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.; APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995...*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>31</sup>- En algunos casos, los convenios hacen referencia a esos trabajos precisamente para incidir en el hecho de que son penosos, tóxicos y peligrosos y, por tanto, las empresas deben tomar las medidas preventivas que sean necesarias para evitar que lo sean. *Vid.* art. 23 del Convenio Colectivo del sector de remanentes y aserraderos de maderas de Pontevedra (BO Pontevedra 22 junio 2007); art. 24 del Convenio colectivo de carpintería, ebanistería y actividades afines de la provincia de Pontevedra (DO Galicia 2 agosto 2004).

<sup>32</sup> *Vid.* STSJ Canarias de 2-6-1995 (AS 1995, 2439).

<sup>33</sup> Algunos convenios colectivos han dejado de establecer complementos de este tipo partiendo precisamente del hecho de que en realidad obedecían a la compensación de un riesgo derivado de ausencia de medidas de prevención. *Vid.* STSJ Madrid, de 23-6-1999 (AS 1999, 2920).

<sup>34</sup> Cfr. STSJ Castilla-La Mancha, de 25-11-2003 (AS 2003, 1251): «el actor, con la categoría profesional de Técnico de Mantenimiento General, especialidad de fontanería, viene desempeñando las tareas propias y consustanciales a tal categoría, consistentes, básicamente, en trabajos de entretenimiento, mantenimiento y reparación de las instalaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha en el Campus de Cuenca, lo que desvirtúa la consideración del carácter habitual y excepcionalmente peligrosos de su puesto de trabajo objetivamente considerado, sin que desde luego la posible falta de elementos tendentes a disminuir la siniestralidad en el desempeño de sus funciones (...) pueda transmutar la configuración del puesto de trabajo» (F.J. 4.º). *Vid.* también STSJ Aragón de 6-3-1996 (AS 1996, 513).

que el cumplimiento del deber de seguridad, de acuerdo con la evolución de la técnica va a actuar de forma restrictiva con respecto a la justificación que puede tener este complemento<sup>35</sup>.

Ahora bien, existen trabajos en los que, aún adoptando todas las medidas posibles, va a haber ciertos riesgos que van a seguir estando presentes. Es decir, el hecho de que se tomen medidas preventivas no siempre va a excluir el carácter especialmente peligroso de un puesto de trabajo<sup>36</sup>. Es en estos casos en los que hay que plantear la posible admisibilidad de un complemento de peligrosidad, penosidad o toxicidad, ya que sí que puede constatarse la presencia de la concausa a la que se ha hecho referencia; puesto que se han adoptado todas las medidas posibles, y, aun así, los riesgos siguen estando presentes y el trabajo debe llevarse a cabo.

### 3.2. Convivencia de las medidas preventivas con la percepción de los complementos de peligrosidad, toxicidad y penosidad

Una vez descartada esa posible sustitución de las medidas preventivas por estos complementos, es necesario determinar hasta qué punto esa presencia de riesgos a la hora de realizar el trabajo viene a justificarlos. Es cierto que los convenios colectivos son los que recogen los términos en los que es admisible el disfrute de estos complementos pero, como ya se ha indicado, en muchos casos su principal característica es la parquedad con que queda reflejado; lo que ha venido causando problemas a la hora de concretar si los trabajadores a los que se les aplican esos convenios tienen o no derecho a percibir los mencionados complementos (o a reducir su jornada en los términos en los que estos indican). Pues bien, partiendo de esa diversidad de regulaciones prevista en los diferentes convenios, se va a tratar de extraer una serie de criterios para determinar en qué medida está prevista la convivencia de las medidas de seguridad y salud laboral que deben adoptarse en las empresas con los citados complementos. Para ello se tendrá en cuenta, junto a la adopción de medidas preventivas, dos aspectos fundamentales, de un lado, la tarea que realiza el trabajador, y, de otro, las circunstancias que rodean a esa tarea para ver cómo influyen en cuanto a los riesgos a los que se encuentra sometido el trabajador y con respecto al nacimiento o no del derecho al complemento en cuestión.

<sup>35</sup> Obviamente, tampoco cabría que el trabajador renunciase al establecimiento de medidas preventivas con objeto de sustituirlas por dicho complemento.

<sup>36</sup> *Vid.* STS 21-7-1997 (RJ 1997, 5939); STSJ Comunidad Valenciana de 10-6-1999 (AS 1999, 6666).

### 3.2.1. *Trabajos con riesgos consustanciales y adopción de medidas preventivas*

En la regulación prevista en los convenios colectivos pueden detectarse diferencias significativas, sobre todo en cuanto a los parámetros que determinan el derecho a la percepción de los complementos de penosidad, peligrosidad y toxicidad. Sin embargo, si se analizan desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, es posible comprobar un tratamiento más o menos homogéneo. En todos los casos se parte de la presencia de una serie de riesgos para el trabajador, ya sea por la realización de trabajos específicos<sup>37</sup> por determinados trabajadores<sup>38</sup>; o actividades concretas, como la manipulación o el transporte de ciertos productos que se consideran tóxicos<sup>39</sup>, o la reparación de vehículos en carretera<sup>40</sup>; o por emplear determi-

<sup>37</sup> Cfr. Art. 48 del Convenio Colectivo del Campo de Albacete (BO. Albacete 28 julio 2006); Disposición adicional tercera del Convenio Colectivo del sector Agrícola, Forestal y Pecuario (BO. Región de Murcia 1 diciembre 2007); art. 17 del Convenio Colectivo del sector Comercio y Manufactura Vidrio Plano de Málaga (BO. Málaga 5 abril 2006).

<sup>38</sup> Cfr. Convenio Colectivo estatal de empresas de mensajería (BOE 12 diciembre 2006).

<sup>39</sup> Cfr. art. 20 del Convenio Colectivo de ámbito provincial para el sector de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Lugo (DO. Galicia 8 noviembre 2005); art. 12 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de tracción mecánica de mercancías de la provincia de Lleida para el año 2006 (DO. Generalitat de Catalunya 3 octubre 2006); art. 21 del Convenio Colectivo del sector de Transporte de Mercancías por Carretera de Granada (BO. Granada 10 julio 2006); art. 25 del Convenio Colectivo de Transportes Discrecionales de Mercancías de Jaén (BO. Jaén 8 agosto 2006); art. 19 del Convenio Colectivo de trabajo de tracción mecánica de mercancías y logística de la provincia de Girona para los años 2005, 2006 y 2007 (DO. Generalitat de Catalunya 2 octubre 2006); art. 18 del Convenio Colectivo de Mercancías de Bizkaia (BO. Bizkaia 3 mayo 2006); art. 22 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de transportes de mercancías por carretera y logística de la provincia de Tarragona para los años 2005-2007 (DO. Generalitat de Catalunya 31 marzo 2006); art. 41 del Convenio Colectivo del sector del Transporte de Mercancías por Carretera de Córdoba (BO. Córdoba 30 septiembre 2005); art. 37 del Convenio Colectivo del sector del «Transporte de Mercancías de las Illes Balears» (BO. Illes Balears 13 septiembre 2005); art. 20 del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera de Palencia (BO. Palencia 31 agosto 2005); art. 30 del convenio Colectivo del sector de Actividad de Transportes por Carretera, Garajes y Aparcamientos de Burgos (BO. Burgos 12 agosto 2005); art. 36 del Convenio Colectivo de Empresas de Transportes por Carretera de Mercancías de Almería (BO. Almería 20 mayo 2005); art. 31 Convenio Colectivo del Sector Agropecuario de Valencia (BO. Valencia 13 diciembre 2005); art. 24 del Convenio Colectivo de trabajo de ámbito sectorial para la actividad de Oficinas y Despachos de Jaén (BO. Jaén 22 septiembre 2006); art. 16 del Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de «Comercio Textil», de la Comunidad Foral de Navarra (BO. Navarra 24 mayo 2006).

<sup>40</sup> Cfr. art. 17 del Convenio Colectivo de Trabajo para la actividad de Talleres de Reparación, Mantenimiento e Inspección Técnica de Vehículos de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2006, 2007, 2008 y 2009 (BO. La Rioja 24 agosto 2006).

nados medios, por ejemplo, mecánicos<sup>41</sup>; o por el hecho de que la labor se deba desarrollar necesariamente en determinadas circunstancias, por ejemplo, a temperaturas muy bajas<sup>42</sup>.

Pues bien, aunque en los convenios se presenten una diversidad de razones que en cada situación determinan el nacimiento del derecho al complemento que ahora se analiza, todas ellas tienen en común el hecho de que los sujetos negociadores han tenido en cuenta que en esos trabajos concretos existen una serie de riesgos para la seguridad y salud del trabajador que dan lugar a que esas labores se califiquen como peligrosas, penosas o tóxicas, y, a su vez, se diferencien del resto de las tareas que se llevan a cabo por los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio. En estos casos se parte de la labor que realiza el trabajador y, en particular, de los riesgos inherentes o consustanciales a la misma. Es decir, se trata de riesgos propios de esa determinada labor aisladamente considerada que son los que determinan su peligrosidad, penosidad o toxicidad y para los que las empresas están obligadas a adoptar medidas preventivas con objeto de eliminar o neutralizar los riesgos. Hay que tener en cuenta que, si finalmente se eliminan o neutralizan, aunque los convenios colectivos hagan referencia a esas tareas, que por una u otra razón son consideradas penosas, peligrosas o tóxicas, lo que se produciría es una desaparición de la concausa que determina el establecimiento de este tipo de complementos.

Si bien nada impide que se prevea su percepción para los trabajadores que lleven a cabo determinadas labores, al margen de la adopción de medidas preventivas que eliminen o neutralicen los riesgos<sup>43</sup>. Visto en estos términos el complemento puede carecer de sentido, ya que la eliminación o neutralización de los riesgos prácticamente evitaría calificar al trabajo como peligroso, penoso o tóxico. Sin embargo, lo normal es que no se llegue a

<sup>41</sup> Cfr. art. 31 Convenio Colectivo del Sector Agropecuario de Valencia (BO. Valencia 13 diciembre 2005).

<sup>42</sup> *Vid.* art. 31 Convenio Colectivo de trabajo del sector de Pastelería, Confitería, Bollería y Comercio de Valencia (BO. Valencia 28 marzo 2006); art. 18 del Convenio Colectivo de Mercancías de Bizkaia (BO. Bizkaia 3 mayo 2006).

<sup>43</sup>.- *Vid.* art. 35 C) del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias (BO. del Principado de Asturias 26 de agosto 2005). En algunos casos sólo se hace referencia a ciertos trabajos penosos, tóxicos y peligrosos de forma genérica, sin plantearse si se han establecido o no medidas preventivas para eliminar esos riesgos, y la posible existencia de riesgos que no se hayan podido eliminar, sino que sólo por el hecho de prestar servicios con determinados medios o permanecer en contacto con ciertos productos ya se tiene derecho a la percepción del complemento. Cfr. art. 31 del Convenio Colectivo del Sector Agropecuario de Valencia (BO. Valencia 13 diciembre 2005): «Se abonará el siete y medio por ciento sobre hora trabajada, siempre que el trabajo se realice con medios mecánicos. Los trabajadores que permanezcan en contacto permanente con productos tóxicos percibirán un incremento del siete y medio por ciento sobre el tiempo empleado».

este extremo, sino que, en general, la previsión de estos complementos esté vinculada al hecho de que, al margen de que se adopten medidas que minoran los riesgos de esas labores<sup>44</sup>, siempre van a estar presentes determinados riesgos que no es posible eliminar, o neutralizar. Esos riesgos, por una parte, son potenciales y reales (a pesar de haberse adoptado todas las posibles medidas preventivas), es decir, no se requiere que sean inminentes, ya que si ello fuera así sólo se reconocería el derecho al complemento cuando el trabajador hubiera sufrido daños y, en estos casos, no se trata de resarcir esos daños sino la propia situación de riesgo en la que presta servicio; y, por otra, son propios de esas tareas que, si se quiere que se lleven a cabo, el trabajador debe asumir, de tal forma que si no fuese así, no podría desempeñarse el trabajo en cuestión pero esta solución chocaría con otros intereses que están en juego.

Por tanto, el hecho de que se siga realizando la labor, aún conociendo el riesgo que genera, significa admitirlo. Así, por ejemplo, el trabajador que transporta sustancias o productos tóxicos, aunque se adopten todas las medidas necesarias para preservar su seguridad y salud, soporta un riesgo potencial que podría llegar a actualizarse; lo mismo sucede con los trabajadores que deben manipular ciertas sustancias o productos; o los que necesariamente deben realizar su labor en cámaras frigoríficas a unas temperaturas muy bajas; o con los vigilantes de seguridad que deben llevar armas de fuego<sup>45</sup>, entre otros. La solución no pasa por suprimir los factores de riesgos, porque esa supresión impide la realización del trabajo, es decir, sólo cabría dejar de realizar todos estos trabajos en los que se pueden detectar riesgos inherentes o consustanciales al trabajo en cuestión para que estos no existieran. De esta forma, en estos casos, conviven las medidas preventivas, con los riesgos que no cabe eliminar y con un complemento de peligrosidad, penosidad o toxicidad que da respuesta a estos últimos<sup>46</sup> y que opera como fórmula para resarcir ese riesgo consustancial que asume el trabajador; no en términos de reparación, sino de compensación.

De todos modos, hay que recordar que en muchos casos no se reconocen este tipo de complementos, aunque la tarea sea la misma que se recoge

<sup>44</sup> Cfr. art. 16.7 del Convenio Colectivo de trabajo de la industria de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona para los años 2005 y 2006 (DO. Generalitat de Catalunya 20 diciembre 2005): «las empresas, con la colaboración de los comités de seguridad y salud en el trabajo o vigilantes de seguridad, en su caso, procurarán reducir al máximo los riesgos derivados de los trabajos penosos, tóxicos o peligrosos»; art. 16 del Convenio Colectivo del sector de Industrias Químicas de Cantabria (BO. 3 junio 2005).

<sup>45</sup> Cfr. art. 69 del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad 2005-2008 (BOE 10 junio 2005). No se trata de un plus condicionado por la categoría profesional. *Vid.* STS de 10-10-1997 (RJ 1997, 7348); STSJ Galicia, de 6-4-1999 (AS 1999, 5382).

<sup>46</sup> *Vid.* STSJ Principado de Asturias, de 15-6-2007 (JUR 2007, 285954).

en otros convenios para determinar su percepción. Es decir, puede ocurrir que un mismo trabajo, dependiendo del convenio aplicable al trabajador, esté o no vinculado a un complemento de peligrosidad, penosidad o toxicidad. Desde el punto de vista de la prevención de riesgos, si se considera la labor aisladamente considerada, los riesgos pueden ser los mismos, sin embargo, el tratamiento por los sujetos negociadores puede ser diferente; aunque no varíe objetivamente su percepción como peligrosa, penosa o tóxica<sup>47</sup>. En definitiva, las labores de riesgo que en el ámbito de la prevención deben recibir el mismo tratamiento, no operan en todos los casos como concausa a la hora de establecer estos complementos a los que se viene haciendo referencia, por ello no necesariamente van a convivir.

Lo lógico, más que esa convivencia, es la tendencia a su eliminación, no sólo en los casos en los que la adopción de las medidas preventivas elimina o neutraliza los riesgos, sino también en los que deben asumirse ciertos riesgos. Tendencia que se detecta en algunos convenios, sobre todo cuando los riesgos no deben asumirse de forma continuada. Aunque el objetivo de los negociadores no es tanto prescindir de estos complementos como acotar su ámbito subjetivo estableciendo límites al respecto a la hora de determinar su devengo. Esta limitación se obtiene introduciendo ciertos condicionamientos como la necesidad de que los trabajos en cuestión se lleven a cabo «habitualmente»<sup>48</sup>, o de que el contacto con ciertas sustancias sea «directo»<sup>49</sup>, o de modo «permanente»<sup>50</sup>, no esporádico u ocasional<sup>51</sup>;

<sup>47</sup> Esa consideración se tiene en cuenta en la propia valoración de los puestos de trabajo.

<sup>48</sup> *Vid.* art. 20 del Convenio Colectivo de ámbito provincial para el sector de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Lugo (DO. Galicia 8 noviembre 2005); art. 16 del Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de «Comercio Textil», de la Comunidad Foral de Navarra (BO. Navarra 24 mayo 2006); art. 25 del Convenio Colectivo de Transportes Discrecionales de Mercancías de Jaén (BO. Jaén 8 agosto 2006); art. 19 del Convenio Colectivo de trabajo de tracción mecánica de mercancías y logística de la provincia de Girona para los años 2005, 2006 y 2007 (DO. Generalitat de Catalunya 2 octubre 2006). De todos modos, la habitualidad no hay que circunscribirla a un desarrollo de la actividad en condiciones de peligrosidad a lo largo de toda la jornada laboral. Cfr. STSJ Castilla-La Mancha, de 24-11-2004 (JUR 2004, 311634): «dicho riesgo es habitual, porque se repite diariamente (a la hora del desayuno, comida, merienda y cena), aunque no sea continuado durante todas las horas de la jornada laboral» (F.J. 6.º).

<sup>49</sup> *Vid.* Art. 45 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceitunas de Sevilla (BO. Sevilla 21 octubre 2005).

<sup>50</sup> *Vid.* Convenio Colectivo del Sector Agropecuario de Valencia (BO. Valencia 13 diciembre 2005); art. 18 del Convenio Colectivo de Mercancías de Bizkaia (BO. Bizkaia 3 mayo 2006).

<sup>51</sup> *Vid.* STSJ Comunidad Valenciana, de 8-6-1999 (AS 1999, 3912): «el demandante realiza su trabajo como auxiliar veterinario, con todas las connotaciones que normalmente lleva acarreada esa actividad, sin ninguna especialidad que permita calificar su trabajo como tóxico o peligroso, aunque ocasionalmente pueda serlo» (FJ 2.º); STSJ Comunidad Valenciana de 10-

con independencia de que en las puntuales ocasiones de exposición al riesgo se caractericen por su intensidad<sup>52</sup>. Esto excluye de su percepción a trabajadores que, aun realizando la misma labor, con idénticos riesgos, en la misma empresa tienen menos probabilidad de que se actualicen por el menor tiempo de exposición o por ser ésta ocasional. No obstante, en algunos casos, en lugar de esa exclusión, se opta por vincular la percepción de los complementos en proporción al tiempo de exposición a los riesgos<sup>53</sup>.

### 3.2.2. *Trabajos que se desarrollan en circunstancias ajenas a la labor de las que derivan riesgos y establecimiento de medidas preventivas*

En esa tendencia a la restricción es posible contemplar en muchos convenios cómo, en lugar de hacer referencia a los trabajos o tareas en los términos que se acaban de analizar, lo que hacen los sujetos negociadores es circunscribir la percepción de los complementos a la necesidad de que los trabajos sean «excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos»<sup>54</sup>. La cues-

6-1999 (AS 1999, 6666): «la consideración como penoso de cualquier trabajo no significa sin más que dé lugar al devengo de un plus específico porque aunque en el desarrollo de su trabajo las actoras en algún momento tenga que adoptar posturas rígidas o estar en posiciones forzadas con motivo del traslado de los internos discapacitados y aseo y vestido de los mismos, ello no significa que su trabajo se desarrolle continuamente de forma penosa» (F. J. único).

<sup>52</sup> Cfr. STSJ Cataluña, de 5-2-1999 (AS 1999, 885): «si bien en ocasiones tienen que acceder a andamios o torres metálicas fijas en que la peligrosidad es mayor, no consta que ello sea lo habitual, como tampoco puede afirmarse que exista penosidad por el hecho de tener que transportar el material de un lugar a otro cuando para esta operación pueden utilizarse medios mecánicos, o que en ocasiones el material tenga que ser izado utilizando cuerdas o poleas ocupando tal operación gran parte de la jornada» (F.J. 3.º).

<sup>53</sup> *Vid.*, por ejemplo, art. 37 del Convenio Colectivo del sector del «Transporte de Mercancías de las Illes Balears» (BO. Illes Balears 13 septiembre 2005).

<sup>54</sup> *Vid.* art. 43 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de Derivados del Cemento (BO. Almería 8 marzo 2007); art. 25 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias Siderometalúrgicas de Palencia (BO. Palencia 18 noviembre 2005); art. 11 del Convenio Colectivo provincial para el sector de «Limpieza de Edificios y Locales» de Valladolid (BO. Valladolid 6 octubre 2005); art. 55 del Convenio Colectivo para el sector de derivados del cemento para Granada y su provincia (BO. Granada 12 agosto 2005); art. 51 del Convenio Colectivo del sector de derivados de Sevilla (BO. Sevilla 7 febrero 2007); art. 20 del Convenio Colectivo provincial de trabajo para la actividad de Industria Siderometalúrgica de Ávila (BO. Ávila 2 agosto 2005); art. 43 del Convenio Colectivo para el sector de Industrias de Derivados del Cemento de Huelva (BO. Huelva 13 marzo 2007); art. 33 del Convenio Colectivo para el sector de almacenistas de madera de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 3 noviembre 2004); art. 16 del Convenio Colectivo del sector del Metal de Córdoba (BO. Córdoba 18 noviembre 2004); art. 29 del Convenio Colectivo del Sector de Derivados del Cemento de Córdoba (BO. Córdoba 30 agosto 2006); art. 30 del Convenio Colectivo del Sector de Derivados del Cemen-



ción en estos casos es, por una parte, delimitar en qué consiste esa excepcionalidad, y, por otra, determinar si existen otros aspectos que, aún estando presente esa excepcionalidad, condicionen el derecho al complemento de peligrosidad, penosidad o toxicidad.

#### A. *La excepcionalidad como condición sine qua non*

No basta que el trabajo o la tarea se consideren peligrosos, penosos o tóxicos para que nazca al derecho al complemento, sino que los sujetos negociadores lo condicionan a la presencia de esa excepcionalidad a la que se ha hecho referencia. Lo importante en estos casos no es la tarea en cuestión y los riesgos inherentes o consustanciales a la misma, es decir, los citados sujetos no vinculan el complemento al nivel normal de penosidad, peligrosidad o toxicidad de la labor aisladamente considerada. De esta forma, parece que hay que entender que el complemento retribuye situaciones anormales en cuanto a penosidad, peligrosidad, o toxicidad. El problema es que, en los casos en los que los convenios indican expresamente que el riesgo debe ser excepcional, no señalan en qué consiste esa excepcionalidad<sup>55</sup>. Por tanto, en todos los supuestos la cuestión es qué ha de considerarse normal y con qué ha de compararse esa situación para llegar a ese resultado y establecer un límite entre los riesgos inherentes o consustanciales, propios de la concreta labor que desarrolla el trabajador, y estas situaciones de riesgo excepcional.

Es más, aunque en algunos casos los convenios no indican esa excepcionalidad con respecto al riesgo<sup>56</sup>, se ha hecho una interpretación res-

to de la provincia de Huesca (BO. Huesca 14 julio 2003); art. 34 del Convenio Colectivo sectorial para las industrias de derivados del cemento de Álava (BO. Territorio Histórico de Álava 14 julio 2006); art. 72 del Convenio Colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 19 diciembre 2006); art. 49 del III Convenio Colectivo General Estatal del Corcho (BOE 9 enero 2007).

<sup>55</sup> Vid. STSJ Canarias, de 29-3-2004 (JUR 2004, 142288): «se trata de un concepto jurídico indeterminado incorporado en una norma colectiva aplicable en un determinado ámbito» (F.J. 3.º). No obstante, en algún caso se hace referencia a esa excepcionalidad en cuanto a los trabajos penosos, tóxicos o peligrosos y a continuación se señalan cuáles son; lo que sucede en el art. 45 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceituna de Sevilla (BO. Sevilla 21 octubre 2005) y en el art. 29 del Convenio Colectivo del Sector de Aceites y sus Derivados de Ciudad Real (BO. Ciudad Real 14 abril 2006). En estos casos, aunque se menciona esa excepcionalidad, se vincula a determinados trabajos y a los riesgos inherentes a los mismos, con lo que puede incluirse en los supuestos a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

<sup>56</sup> Vid. art. 79 del Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BO. Illes Balears 18 octubre 2005);

trictiva al respecto vinculando la percepción del complemento de peligrosidad, toxicidad o penosidad a la situación de riesgo excepcional; de ahí que se señale que es una simplificación con respecto a la denominación del complemento<sup>57</sup>. Pero esto no afecta a su contenido en cuanto a que se haga extensivo para cualquier trabajo en el que exista cierto riesgo<sup>58</sup>. En estos casos, ante la falta de precisión de los convenios, se ha tratado de evitar que la mayoría de los puestos de trabajo puedan ser considerados peligrosos porque de algún modo pueden conllevar riesgos.

Pues bien, tanto en los casos en los que los convenios indican expresamente esa excepcionalidad como en los que sólo se hace referencia a esa peligrosidad, penosidad o toxicidad, sin mayor precisión, los Tribunales se han pronunciado al respecto y han señalado que debe tratarse de un riesgo sobreañadido, superior al normal<sup>59</sup>. En este sentido hay que distinguir entre la situación de riesgo que se genera a partir de la realización de las tareas propias de la función desarrollada por el trabajador y la existencia de un riesgo adicional al mismo<sup>60</sup>, esto es, de un peligro

---

art. 21 del Convenio Colectivo de trabajo de supermercados y autoservicios de alimentación de la provincia de Barcelona para los años 2005-2008 (DO. Generalitat de Catalunya 3 noviembre 2005); art. 27 del Convenio Colectivo de trabajo para Manipulado, Aderezo, Relleno y Deshueso de Aceitunas (BO. Región de Murcia 16 septiembre 2006); art. 7.3.7 del Convenio Colectivo Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE 31 agosto 2004).

<sup>57</sup> Cfr. STSJ Cantabria, de 5-3-2004 (AS 2004, 558); STSJ Cantabria, de 16-9-2004 (JUR 2004, 264372).

<sup>58</sup> Cfr. STSJ Cantabria, de 13-1-2005 (JUR 2005, 38049).

<sup>59</sup> Cfr. SSTS de 11-4-2000 (RJ 2000, 3947) y de 26-2-2001 (RJ 2001, 2817), en las que se indica que debe tratarse de un riesgo o incomodidad que supere a la actividad de la categoría y servicios que se preste y nunca inherentes al trabajo propio del puesto ocupado. En el mismo sentido, STSJ Cataluña de 28-11-2002 (AS 2002, 150); STSJ Cataluña, de 5-3-2004 (AS 2004, 558): «si todos ellos sufren en similar medida las mismas condiciones no habrá lugar a la percepción del complemento. Si, por el contrario, no tienen un salario fijado como tales, sino que se integran dentro de una categoría o grupo profesional más amplio, entonces el término de comparación será esa categoría o grupo en el que se integran. Si el convenio fija un salario para una determinada categoría o nivel profesional, en la determinación del mismo se habrá tomado en consideración el nivel ordinario o normal de penosidad, peligrosidad o toxicidad de los puestos correspondientes a la categoría»; STSJ Extremadura de 20-7-2006 (AS 2006, 2313); SSTSJ Canarias de 28-4-2006 (AS 2006, 1380); Cantabria de 22-2-2006 (JUR 2006, 102506); Castilla-La Mancha, Albacete, 9-1-2007 (JUR 2007, 82074). Esta exigencia se indica en algunos convenios: *vid.* art. 25 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias Siderometalúrgicas de Palencia (BO Palencia 18 noviembre 2005); art. 36 del Convenio Colectivo de la Industria del Metal de la Comunidad de Madrid (BO. Comunidad de Madrid 25 agosto 2005).

<sup>60</sup> *Vid.* STSJ Comunidad Valenciana, de 8-6-1999 (AS 1999, 3912) «sin que se haya comparado con puestos de trabajo de su misma serie y demostrado que el ocupado por el recurrido comportara un peligro o riesgo adicional».

«superior»<sup>61</sup>. Se trata de un peligro real, ajeno a los cometidos del trabajador, a las funciones que se tuvieron en cuenta a la hora de definir su puesto de trabajo y encuadrarlo en una determinada categoría o grupo profesional<sup>62</sup>. Por tanto, no es un riesgo inherente o consustancial, sino un riesgo ajeno a la concreta función, pero, a su vez, vinculado a una serie de factores que están presentes a la hora de realizarla y que nada tienen que ver con la misma<sup>63</sup>. Ese riesgo ajeno a la labor también debe ser potencial, es decir, no es necesario que sea inminente, ya que si ello fuera así sólo se reconocería cuando el trabajador hubiera sufrido daños<sup>64</sup>. En definitiva, en estos casos tampoco se trata de resarcir el daño que se ha producido, sino la situación de riesgo en la que presta servicios el trabajador.

<sup>61</sup> Vid. STSJ País Vasco, de 9-12-1998 (AS 1998, 4995); STSJ Canarias, de 29-3-2004 (JUR 2004, 142288): «su interpretación exige poner en correlación el riesgo del caso con el normal del sector regulado por el convenio colectivo, como es el de la limpieza, de forma que si éste supera con mucho lo que es normal en el citado sector, el trabajador, por dicha circunstancia, tendrá derecho a percibir un complemento salarial al que no serán acreedores los trabajadores que se limitan a padecer el nivel de riesgos habitual en el sector regulado por el convenio colectivo» (F.J. 3.º).

<sup>62</sup> Vid. STSJ Castilla-La Mancha, de 27-10-2004 (AS 2004, 3182): personal de limpieza y servicio doméstico en colegio público de atención especial que realiza funciones propias de su categoría profesional, por tanto no se reconoce el derecho a percibir el plus de trabajos penosos, tóxicos y peligrosos.

<sup>63</sup> Vid. STS de 16-12-1998 (RJ 1998, 10518): se reconoce el plus de peligrosidad porque existen riesgos de altercados o agresiones de quienes tienen trato con los internos. También se reconoce en la STSJ Canarias, de 30-12-2001 (JUR 2001, 12335): puesto de portero en un centro de reforma de menores, sin embargo existe un riesgo específico que se deriva de la relación con los menores en los que concurren especiales condiciones sociales, es decir, ese contacto con los citados menores conlleva una peligrosidad implícita. Es decir, el puesto de portero aisladamente considerado puede tener unos riesgos inherentes o consustanciales, y como riesgo añadido, ajeno a los riesgos propios de sus labores de portero, se presenta el contacto con esos menores en los términos señalados. Es cierto que estos riesgos los sufre con ocasión del trabajo que desempeña pero en realidad no son los propios de su labor como portero, sino que derivan de unas circunstancias en las que ésta se desarrolla. STSJ Galicia de 7-12-2002 (JUR 2002, 24411): «los trabajadores (...) sufren en el desarrollo de sus funciones riesgos tan significativos y de entidad como el síndrome de Burnout, agresiones y sobreesfuerzos y exposición a agentes biológicos; riesgos estos que, además (...) afectan a todos los trabajadores del Centro en mayor o menor medida. Situación laboral ésta que conduce a la calificación como «peligrosos» de los puestos de trabajo (...) siendo los riesgos antes mencionados calificables o identificables de sobreañadidos a los inherentes a los puestos de trabajo». Sin embargo, en la STSJ Castilla-La Mancha, de 21-6-2001 (JUR 2001, 274049), no se reconoce el derecho al devengo del plus de trabajos penosos, tóxicos y peligrosos ya que, a pesar de prestar servicios en un centro psiquiátrico en el que existen riesgos tales como el contagio de enfermedades, las agresiones, físicas, psíquicas o verbales, la trabajadora se limita a realizar las funciones propias de su categoría profesional, sin tener que mantener vinculación directa alguna con los enfermos que residen en el centro.

<sup>64</sup> Vid. STS 21-7-1997 (RJ 1997, 5939).

Pues bien, puede haber trabajadores que presten servicios en un mismo centro, con idéntica categoría y desempeñen las mismas labores, y sin embargo, no por ello tengan derecho todos ellos a percibir el complemento desde el momento en que las circunstancias que concurren en la realización del trabajo varíen y determinen la peligrosidad o no del mismo tipo de labor en términos de excepcionalidad; puesto que son esas circunstancias las que configuran su calificación<sup>65</sup>. Por el contrario, puede ocurrir que ese riesgo adicional afecte a la totalidad o a la mayor parte de los trabajadores que desarrollan su actividad en un mismo centro, con independencia de la categoría profesional de los trabajadores, es decir, al margen de la labor que realicen los trabajadores. Esto no supone que el riesgo sea genéricamente inherente a las diferentes categorías profesionales<sup>66</sup>, es decir, no por ello el riesgo deja de ser excepcional<sup>67</sup>.

Desde este punto de vista, la concreta labor del trabajador se sitúa en una posición secundaria a la hora de determinar si tiene o no derecho al complemento, ya que lo relevante para percibir el complemento no es el riesgo consustancial de la labor al que se hacía referencia en el epígrafe anterior, es decir, lo decisivo no es la tarea del trabajador o la presencia de riesgos que deba asumir en su realización, pese a la adopción de medidas preventivas. En estos casos es indiferente que el trabajador asuma riesgos vinculados a su labor, esto es, consustanciales o inherentes a la misma. Aunque esto suceda no operará como concausa para determinar el devengo del complemento, el trabajador asumirá los riesgos sin que por ello lo perciba<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> De todas formas, siempre habrá que tener en cuenta los términos en los que se establece este complemento en los Convenios, ya que la situación de riesgo puede ser idéntica (STS de unificación de doctrina de 20-6-2000 (RJ 2000, 7406)) pero la redacción de aquellos puede permitir un tratamiento diferenciado y, por tanto, la denegación a unos y la concesión a otros (STSJ País Vasco de 24-3-1998 (AS 1998, 1307)). En definitiva, pese a esa identidad, el derecho al complemento dependerá de los términos en los que se reconozca en los Convenios.

<sup>66</sup> Cfr. STS de 21-7-1997 (RJ 1997, 5939).

<sup>67</sup> Cfr. STSJ Cantabria, de 1-2-2005 (JUR 2005, 7111).

<sup>68</sup> Vid. STSJ Galicia 30-5-1998 (AS 1998, 1439); STSJ Cataluña, de 8-10-2002 (AS 2002, 3515): «el puesto de trabajo del delegado de asistencia al menor ya está compensando económicamente a través de su clasificación profesional en el grupo A.1, con independencia de si se tiene o no titulación superior, en consideración precisamente a sus funciones y riesgos inherentes al puesto de trabajo»; STSJ Castilla-La Mancha, de 22-11-2003 (AS 2003, 1250): «se hace necesario para que opere su reconocimiento que el puesto de trabajo ocupado implique un plus de penosidad, peligrosidad o toxicidad que no sea consustancial con el trabajo ordinario correspondiente a una determinada categoría profesional» (F.J. 4.º); STSJ Galicia, de 7-11-2004 (JUR 2004, 168128): «la declaración de penosidad de un puesto de trabajo a efectos de percibir el plus correspondiente, requiere que su desempeño se produzca bajo una serie de condiciones específicas, sobre las que constituyen el ejercicio normal del mismo puesto, condiciones particularizadas y de riesgo sobreañadido que son las que justifican esa declaración y la

En definitiva, la excepcionalidad a la que se hace referencia en los convenios no está vinculada a los riesgos inherentes o consustanciales de la labor aisladamente considerada, sino a riesgos ajenos a la misma pero que afectan al trabajador que realiza esa labor<sup>69</sup>. Desde este punto de vista la evaluación de riesgos tendrá un papel muy importante a estos efectos ya que, a partir de la misma, se podrán concretar los riesgos que propiamente derivan del trabajo que se realiza y aquellos que pueden afectar al trabajador pero que son ajenos a esa labor. Es más, si se tiene en cuenta esa posición secundaria de la labor a la que se ha hecho referencia, el trabajador puede llevar a cabo una tarea para la que se hayan adoptado las medidas preventivas necesarias para eliminar o neutralizar los riesgos, y no se vea expuesto a riesgos derivados de la misma, y, sin embargo, tener derecho al complemento.

---

percepción del plus, por lo que si no existen en la realidad tales circunstancias reveladoras de un riesgo claro, objetivo y añadido al normal, no cabe la posibilidad de agregar un nuevo concepto retributivo, ya que sino estaríamos retribuyendo de más el puesto de trabajo, por el ejercicio de las mismas funciones que se tuvieron en cuenta al describirlo y para fijar la retribución ordinaria, indemnizando injustificadamente el mismo concepto» (F. J 2.º).

<sup>69</sup> La interpretación de lo que se entiende por trabajos excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos ha variado y, en ocasiones, se ha vinculado a determinados puestos de trabajo. *Vid.* STSJ País Vasco de 17-3-1998 (AS 1998, 1299): en la que no se reconoce este complemento al personal de limpieza por no concurrir los requisitos fijados en el convenio colectivo pese a la situación de violencia y actos terroristas contra el personal y los intereses del Ministerio de Defensa. Aunque esta situación de conflictividad y, por tanto, de riesgo tiene una mayor incidencia en determinadas zonas, el Tribunal señala que el complemento se atribuye por puestos y no por zonas geográficas o centros determinados. Es decir, se reconoce sólo para las excepcionales características de riesgo propias de puestos de trabajo determinados. De esta forma se realiza una interpretación restrictiva del contenido del Convenio. En el mismo sentido STSJ País Vasco de 17-11-1998 (AS 1998, 7217), en este caso para diversas funciones tales como las de oficial administrativo, DUE, oficial de mantenimiento, jefe de hostelería, ATS, limpiadora, telefonista, camarera, auxiliar administrativa, cocinera y jefe de mantenimiento. El Tribunal considera que estos trabajos no están caracterizados por «la nota de excepcional peligrosidad» que se exige en el Convenio Colectivo para la percepción del complemento. Y en la STSJ País Vasco de 27-10-1998 (AS 1998, 7291) para trabajadoras con categoría de oficial de administrativo. No obstante, *vid.* el voto particular de esta sentencia: «sí que existe un nexo entre la actividad laboral y el riesgo: la ubicación del puesto de trabajo, el deber de trabajar en un centro de trabajo donde se da tal connotación, conforme consta por notoriedad (...). Nos referimos a un puesto de trabajo y este viene determinado por el centro donde la actividad laboral se ha de prestar». Hay que señalar que en todos los casos se reconoce de forma indirecta la existencia de ese riesgo excepcional, ya que cuando se trata de funcionarios que prestan servicios en esas instalaciones del Ministerio de Defensa sí que se les reconoce un plus vinculado a esas circunstancias peligrosas. Por tanto, se está reconociendo una peligrosidad que no está unida de forma directa a la función que realizan y, sin embargo, en estos casos cuando se trata de personal laboral se hace una interpretación restrictiva del convenio colectivo y se demanda esa vinculación del riesgo excepcional a las concretas labores.

### B. *Otros condicionamientos que operan de manera restrictiva*

Ahora bien, aunque se trate de un riesgo añadido, superior al normal y ajeno a la labor, el que determina el derecho al complemento, no basta con su concurrencia. De hecho, la misma dependerá de otros factores. En concreto, habrá que ver si es evitable o no, ya que en el primer caso, no debería existir dicho riesgo si se adoptan las medidas preventivas al efecto, y, como ya se ha indicado, tampoco cabría no tomar dichas medidas y en su lugar abonar este complemento; mientras que en el segundo, es decir, si no se puede evitar, su inevitabilidad será el factor que determinará el derecho al complemento. En el último supuesto, los trabajadores deberían soportar un riesgo ajeno a su labor y estaría justificada la existencia de este tipo de complementos que se vincularían a las circunstancias que concurren en la realización de la tarea. Desde este punto de vista, la excepcionalidad no vendría justificada por la existencia de riesgos ajenos a la concreta labor del trabajador, por ejemplo, labores de limpieza y riesgo de atentado terrorista, sino por la imposibilidad de controlarlos estableciendo dichas medidas. Hay un nivel de riesgo que debe asumir el trabajador; riesgo al que no se sometería si prestara servicios en otras condiciones y esto determina que nazca el derecho al complemento cuando así se ha establecido en convenio colectivo.

No obstante, hay que matizar, el trabajador puede no tener derecho al complemento pese a haberse previsto en convenio, no sólo por el hecho de que ya no le afecte ese riesgo añadido, ya sea por el establecimiento de medidas preventivas o por un cambio en las circunstancias en las que presta servicios, por ejemplo, una modificación del lugar en el que se realiza la labor<sup>70</sup>, sino porque finalmente, aunque existan ciertos riesgos ajenos a esa labor puedan ser asumidos por el trabajador, ya que son riesgos que aún estando presentes no pueden calificarse como excepcionales, puesto que las medidas preventivas han conseguido disminuirlos hasta tal punto que no tiene sentido calificarlos como tales<sup>71</sup>. En este caso, sigue existiendo un riesgo

<sup>70</sup> Cuando son las «especiales circunstancias del lugar» en el que se llevan a cabo las tareas las que determinan su consideración como excepcionalmente penosas, peligrosas, o tóxicas. *Vid.* STSJ Navarra de 9-9-1997 (AS 1997, 3271). En este sentido, las SSTSJ País Vasco de 9-9-1997 (AS 1997, 3088); País Vasco de 24-3-1998 (AS 1998,1307). Reconocen el plus de peligrosidad. Los edificios en los que prestan servicios los trabajadores han sido objeto de atentados terroristas contra sus instalaciones (Comisaría de Policía de San Sebastián y Gobierno Civil, ubicadas en el mismo edificio).

<sup>71</sup> Cfr. SSTSJ Canarias, de 29-3-2004 (JUR 2004, 142288): «no hay que confundir la existencia del riesgo con la prevención de su materialización, puesto que para la percepción del complemento es aquella existencia la determinante, sin perjuicio, claro está, de la obligación del empleador de adoptar las pertinentes medidas preventivas que en nada afectarán a la percepción del complemento si no hacen desaparecer el riesgo o disminuyen su entidad hasta

ajeno a la labor que realiza el trabajador, y por el que se ve afectado, pero este riesgo carece de entidad para poder ser considerado como excepcional. De esta forma, no todo riesgo ajeno a la labor en el sentido indicado es excepcional y determina el derecho al complemento. En definitiva, se tiende a realizar una interpretación restrictiva con objeto de evitar que cualquier riesgo pueda ser considerado excepcional <sup>72</sup>.

Pero no siempre basta con que esté presente ese riesgo excepcional. En algunos casos las circunstancias que generan la situación de riesgo deben concurrir de manera habitual <sup>73</sup>, y no esporádica <sup>74</sup>; lo mismo que, como se ha analizado, en los supuestos en los que se genera el derecho al complemento vinculado a riesgos consustanciales al trabajo que desempeña el trabajador. Esa habitualidad ha de entenderse como «desempeño dilatado en el tiempo» <sup>75</sup>. De tal forma que ese desempeño dilatado hace que el trabajador se vea sometido a una situación de riesgo de forma continuada <sup>76</sup>. Por

---

un nivel tal que deje de reunir el carácter de «excepcional» que exige el precepto convencional» (F. J. 3.º); de 3-11-2004 (JUR 2004, 26806); de 3-11-2004 (JUR 2004, 26807); de 12-11-2004 (JUR 2004, 36212); y, de 2-12-2004 (JUR 2004, 85201); de 28-4-2006 (AS 2006, 1380).

<sup>72</sup> Cfr. STS de 27-2-2001 (RJ 2001, 2820), hace referencia a la «necesidad de rigorizar al máximo los criterios del complemento que deberán acomodarse a circunstancias verdaderamente excepcionales». En este sentido la STSJ Galicia, de 7-5-2002 (JUR 2002, 207410), no se ha considerado que exista derecho a devengar el plus de peligrosidad para el caso de un trabajador vigilante nocturno en un centro de atención a menores ya que «las circunstancias en que desarrolla su cometido profesional, en modo alguno, entrañan, objetivamente consideradas, la concurrencia de un riesgo determinante de la producción de un perjuicio o daño de cualquier naturaleza».

<sup>73</sup> Cfr. por ejemplo, art. 60 del II Convenio Colectivo del Personal Laboral de Administración y Servicios de las Universidades Públicas de Castilla y León (BO. Castilla y León 18 enero 2007).

<sup>74</sup> No obstante, la percepción del complemento vinculada a los citados riesgos excepcionales no siempre está condicionada a la citada habitualidad. De hecho, como ya se ha indicado, en algunos supuestos se hace referencia a la excepcionalidad de los riesgos y, al mismo tiempo, se establecen diferentes cuantías para este tipo de complemento en función del tiempo de exposición del trabajador a este tipo de riesgos. Cfr. art. 36 del Convenio Colectivo del sector de carpintería, ebanistería y actividades afines de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 2 agosto 2004); art. 29 del Convenio Colectivo del Sector de Derivados del Cemento de Córdoba (BO. Córdoba 30 agosto 2006); art. 13 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias de derivados del Cemento, Materiales y Prefabricados de la Construcción de Cádiz (BO. Cádiz 17 noviembre 2006); art. 43 del Convenio Colectivo del Sector de Aserradores y Almacenistas de Madera (BO. Cantabria 13 abril 2005); art. 49 del Convenio Colectivo Estatal del Corcho (BOE 9 enero 2007); art. 51 del Convenio Colectivo del sector de Derivados de Sevilla (BO. Sevilla 7 febrero 2007).

<sup>75</sup> Cfr. STS u.d. de 21-7-1997 (RJ 1997, 5939); STS de u.d. de 22-1-1999 (RJ 1999, 3747).

<sup>76</sup> Vid. STSJ Asturias de 19-6-1998 (AS 1998, 2322); hace referencia a la necesaria «situación de agresividad continuada» para la salud del trabajador.

tanto, cuando el trabajador sufra ocasionalmente esa situación no tendrá derecho al complemento <sup>77</sup>, es decir, sólo se compensa la persistencia en cuanto a la exposición a ese riesgo excepcional; la que tiene lugar de forma puntual no parece ser relevante a estos efectos. El hecho de que disminuya esa exposición, implica que las posibilidades de que se actualice el riesgo también son escasas; de ahí que no se genere el derecho a retribución para compensar esa posibilidad. Por tanto, el trabajador puede prestar servicios en una situación peligrosidad excepcional, y sin embargo al ser ocasional no existe ese derecho a ser retribuido.

### 3.3. Soluciones transitorias

Se ha señalado que no cabe sustituir las medidas preventivas por este complemento. No obstante, podría pensarse en una posible solución transitoria en el sentido de reconocer el complemento de peligrosidad, penosidad, o toxicidad, según los casos, hasta que se adopten las medidas preventivas <sup>78</sup>. Sin embargo, esta solución quizás fuese admisible en los primeros momentos en los que entró en vigor la LPRL, ya que, a pesar de ello, fue necesario un periodo para establecer las medidas preventivas y que, por tanto, fueran efectivas. Como es sabido, el propio desarrollo reglamentario de la norma

<sup>77</sup> STSJ Cantabria, de 13-1-2005 (JUR 2005, 38049): «dada la localización de los despachos de las actoras, éstas sólo sufren un riesgo ocasional cuando los enfermos se desplazan por la zona de administración y consultas, bien a consultar con algún facultativo o realizar algún trámite en gerencia. Es decir, realizan sus funciones en despachos independientes y en los que no existe un contacto permanente con los enfermos y especialmente con los que puedan acarrear cierta peligrosidad. Falta, en definitiva, el requisito de la habitualidad» (F.J. 2.º).

<sup>78</sup> Cfr. STS u.d. de 11-4-2000 (AS 2000, 2583), se reconoce el derecho al complemento de peligrosidad en tanto en cuanto no se procure su eliminación, de ahí que indique la necesidad de ir eliminándolo cuando los trabajos dejen de ser penosos, peligrosos o tóxicos por aplicación de las adecuadas medidas de seguridad. *Vid.* art. 59 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid (BO. Comunidad de Madrid 22 marzo 2000). En dicho artículo se indicaba con respecto a los complementos de penosidad y toxicidad que «desaparecerán a medida que por la Comunidad de Madrid se tomen las medidas adecuadas para subsanar las condiciones tóxicas o peligrosas que les dieron origen». *Vid.*, así mismo, art. 32 del Convenio Colectivo del Sector de Aceites y Derivados de Toledo (BO. Toledo 14 noviembre 2005): «las empresas afectadas por este Convenio dedicarán su máxima atención a tratar de eliminar, en el tiempo más breve posible, los trabajos de carácter tóxico, penoso o peligroso. El personal que realice trabajos excepcionalmente tóxicos, penosos o peligrosos (...) percibirán, mientras no se apliquen por la empresa los medios de protección adecuados para eliminar dicho carácter, en concepto de complemento de puesto de trabajo, la cantidad equivalente al 10 por 100 de su salario base»; art. 7.3.7 del Convenio Colectivo Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE 31 agosto 2004).

ha venido a establecer obligaciones para el empresario, exigibles pero, en algunos casos, difíciles de cumplir de forma inmediata; de tal forma que incluso las normas reglamentarias señalaron distintos momentos para su entrada en vigor a estos efectos<sup>79</sup>. Pues bien, si se parte de estas consideraciones, podría ser admisible el hecho de que se contemplasen estos complementos en términos de transitoriedad hasta que pudiesen establecerse las medidas preventivas necesarias<sup>80</sup>.

El problema es que en estos momentos no es aceptable esta solución. Sin embargo, existen convenios en los que están presentes los complementos de peligrosidad, penosidad y toxicidad en términos de transitoriedad. Aún así hay que distinguir, ya que no se establecen en todos los casos del mismo modo, lo que, a su vez, significa que el efecto que tiene este tipo de complementos en relación a las medidas de prevención de riesgos es diferente. Por una parte, existen previsiones convencionales en las que los sujetos negociadores establecen estos complementos como una solución provisional ante la ausencia de las citadas medidas<sup>81</sup>, es decir, mientras éstas no se apliquen los trabajadores percibirán dicho complemento (o disfrutarán del descanso correspondiente cuando así se haya previsto). En este caso se está admitiendo el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos parece que de forma provisional, aunque en ningún supuesto se establece un término, lo que tampoco justificaría este tipo de previsiones, y, al mismo tiempo, se acepta el intercambio de seguridad y salud laboral por una compensación económica (o por descanso). De este modo, los negociadores son conscientes de la existencia de riesgos derivados del trabajo en cuestión y, en contra de las obligaciones que imponen las normas de seguridad y salud laboral, optan por que no se eliminen o, cuando no sea posible, por que no se neutralicen. El resultado negativo, aparte del citado incumplimiento, es que

<sup>79</sup> Un caso muy significativo fue el del Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por RD 39/1997, de 17 de enero, no ya por la distinción entre sus preceptos con respecto a su entrada en vigor, sino por su relevancia para el cumplimiento de las obligaciones que estaban previstas en la LPRL y que esta norma venía a desarrollar. Más aún si se tiene en cuenta que la norma, a su vez, tuvo que ser desarrollada.

<sup>80</sup> *Vid.* STS u.d. de 11-4-2000 (RJ 2000, 3947).

<sup>81</sup> Cfr. art. 32 del Convenio Colectivo del Sector de Aceites y Derivados de Toledo (BO. Toledo 14 noviembre 2005); art. 7.3.7 del Convenio Colectivo Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares 2004-2005-2006 (BOE 31 agosto 2004); art. 35. A) del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias (BO. del Principado de Asturias 26 agosto 2005); art. 29 del Convenio Colectivo del Sector de Aceites y sus Derivados de Ciudad Real (BO. Ciudad Real 14 abril 2006); art. 28 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de productos dietéticos y preparados alimenticios para el período 2007-2009 (DO. Generalitat de Catalunya 5 octubre 2007); art. 11.9 del Convenio Colectivo estatal para la Industria Fotográfica 2005-2009 (BOE 6 junio 2006).

los trabajadores innecesariamente van a asumir los riesgos derivados del trabajo que desempeñan; lo que en absoluto puede admitirse. En definitiva, a la vista de lo indicado, en ningún caso, es la ausencia de medidas preventivas lo que puede determinar la calificación de un puesto como peligroso, penoso o tóxico.

Por otra parte, los convenios también contemplan el establecimiento del complemento de peligrosidad, penosidad y toxicidad en términos de transitoriedad pero de un modo distinto. En concreto, la existencia del complemento está condicionada por la desaparición de las circunstancias que lo determinaron<sup>82</sup>. Es decir, en estos casos ya no se trata de sustituir medidas preventivas por la percepción de una determinada compensación económica o por el disfrute de un tiempo de descanso derivado del citado complemento; por el contrario, se parte de los supuestos en los que, como se ha señalado, conviven esas medidas preventivas con dicho complemento. Es decir, se trata de casos en los que se hace referencia a la existencia de riesgos que no han podido ser eliminados pese a la adopción de medidas preventivas<sup>83</sup>, si bien en unos supuestos serán riesgos consustanciales a la propia

<sup>82</sup> Cfr. art. 43 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de Derivados del Cemento (BO. Almería 8 marzo 2007); art. 55 del Convenio Colectivo para el sector de derivados del cemento para Granada y su provincia (BO. Granada 12 agosto 2005); art. 51.3 del Convenio Colectivo del sector de derivados de Sevilla (BO. Sevilla 7 febrero 2007); art. 51 del Convenio Colectivo para el sector de Industrias de Derivados del Cemento de Huelva (BO. Huelva 13 marzo 2007); art. 16 del Convenio Colectivo del sector de Industrias Químicas de Cantabria (BO. 3 junio 2005); art. 26 en relación con el art. 33 del Convenio Colectivo para el sector de almacenistas de madera de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 3 noviembre 2004); art. 36 del Convenio Colectivo del sector de carpintería, ebanistería y actividades afines de la Provincia de Pontevedra (DO. Galicia 2 agosto 2004); art. 27 del Convenio Colectivo del Sector de Derivados del Cemento de Córdoba (BO. Córdoba 30 agosto 2006); art. 13 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias de derivados del Cemento, Materiales y Prefabricados de la Construcción de Cádiz (BO. Cádiz 17 noviembre 2006); art. 16 del Convenio Colectivo de trabajo de la industria de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona para los años 2005 y 2006 (DO. Generalitat de Catalunya 20 diciembre 2005); art. 35 del VI Convenio Colectivo único del personal laboral de la Generalidad de Cataluña para el período 2004-2008 (DO. Generalitat de Cataluña 24 mayo 2006); art. 14 del Convenio Colectivo del Metal de Cuenca (BO. Cuenca 5 junio 2006); art. 49 del IV Convenio Colectivo General del Sector de Derivados del Cemento (BOE 18 octubre 2007); art. 22 del Convenio Colectivo de trabajo para la Industria de Derivados del Cemento de Ávila (BO. Ávila 28 septiembre 2006); art. 37 del Convenio Colectivo para el Sector de Derivados del Cemento de Álava (BO. Territorio Histórico de Álava 14 julio 2006)

<sup>83</sup> La Disposición transitoria segunda del vigente Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid para los años 2004-2007 (BO. Comunidad de Madrid 1 junio 2005) indica que estos pluses «responden a circunstancias verdaderamente excepcionales». Por esta razón sólo se mantendrán «cuando no puedan ser eliminadas las condiciones que determinan la calificación tóxica, penosa y/o peligrosa».



labor, cuando así esté previsto en los convenios, mientras que en otros serán riesgos ajenos a la misma pero inevitables. El resultado en estos casos, aunque también se perciba el complemento en términos de transitoriedad, es distinto al que antes se ha analizado. Es decir, es cierto que se parte de la existencia de riesgos y por ello se establece el complemento, pero el punto de partida es totalmente diferente.

En concreto, la idea no es la sustitución de las medidas preventivas por el complemento, sino la presencia de las mismas y la progresiva eliminación de los riesgos inevitables, ya sea por la modificación de las condiciones, o por la adopción de nuevas medidas derivadas del progreso en la materia <sup>84</sup>; lo que determina, a su vez, la eliminación del complemento. En este sentido, dicha eliminación también tendrá lugar por el cambio en las condiciones en las que los trabajadores desempeñan su labor. Es decir, esta provisionalidad del complemento tiene una relación directa con su carácter no consolidable (art. 26.3 ET, en el que se señala la condición de no consolidables de los complementos salariales vinculados al puesto de trabajo, salvo acuerdo en contrario), ya que su percepción depende del ejercicio de la actividad profesional en un determinado puesto <sup>85</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Un puesto de trabajo puede ser considerado peligroso, penoso o tóxico pero eso no significa que automáticamente se vaya a ver compensado en

<sup>84</sup> Vid. art. 72 del Convenio Colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 19 diciembre 2006): «mientras existan en alguna medida».

<sup>85</sup> Al margen de lo anterior, y de que el riesgo sea consustancial o ajeno a la labor, puede ocurrir que los trabajadores no perciban este complemento porque se incluya en el salario de calificación del puesto, esto es, en la propia valoración del mismo. Vid. art. 43 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de Derivados del Cemento (BO. Almería 8 marzo 2007); art. 55 del Convenio Colectivo para el sector de derivados del cemento para Granada y su provincia (BO. Granada 12 agosto 2005); art. 51 del Convenio Colectivo del sector de derivados de Sevilla (BO. Sevilla 7 febrero 2007); art. 43 del Convenio Colectivo para el sector de Industrias de Derivados del Cemento de Huelva (BO. Huelva 13 marzo 2007); art. 27 del Convenio Colectivo del Sector de Derivados del Cemento de Córdoba (BO. Córdoba 30 agosto 2006); art. 13 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias de derivados del Cemento, Materiales y Prefabricados de la Construcción de Cádiz (BO. Cádiz 17 noviembre 2006); art. 44 del Convenio Colectivo del sector de derivados del Cemento de Málaga (BO. Málaga 7 junio 2007); art. 16 del Convenio Colectivo de trabajo de la industria de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona para los años 2005 y 2006 (DO. Generalitat de Catalunya 20 diciembre 2005); art. 24 del Convenio Colectivo del sector de empresas Siderometalúrgicas de Málaga (BO Málaga 23 marzo 2005); arts. 48 y 49 del IV Convenio Colectivo General del Sector de Derivados del Cemento (BOE 18 octubre 2007).

términos de salario. Es necesario que los sujetos negociadores hayan previsto un complemento de peligrosidad, penosidad o toxicidad, según los casos, para que, a partir de esa previsión, pueda considerarse la posibilidad de percibirlo. Y se hace referencia a posibilidad y no a su efectiva percepción porque, aunque los convenios colectivos contemplen este tipo de complementos, puede afirmarse que intervienen distintos factores a la hora de determinar si un trabajador tiene o no derecho a percibirlos, entre ellos, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, la presencia del riesgo, su tipo, y, en todos los casos, el hecho de que sea o no evitable; sin olvidar, en algunos supuestos, la necesidad de que esa presencia del riesgo, y, por tanto, de la exposición al mismo, no sea ocasional.

Pues bien, esa conexión entre riesgo y derecho al complemento se detecta en todos los convenios en los que los sujetos negociadores han decidido que exista este concepto salarial. Es decir, la concausa en cualquier caso es el riesgo que sufre el trabajador con ocasión de la realización de su trabajo. Pero, en ningún supuesto, es posible sustituir las medidas preventivas por el establecimiento de este tipo de complementos, y, por la misma razón, siempre que sea posible deberán eliminarse o neutralizarse los riesgos; aunque esto implique, a su vez, que el trabajador deje de percibir estos complementos. Lo que, al mismo tiempo, dependerá de los términos en los que estén regulados.

El riesgo como factor común a todas las regulaciones convencionales no opera del mismo modo en todos los casos. Esto es así porque a la vista de las regulaciones convencionales en las que se contempla este tipo de complementos no puede afirmarse que siempre exista una correlación entre asunción de cierto grado de riesgo, después de haber adoptado todas las posibles medidas preventivas, y derecho a percibir el complemento. Los trabajadores pueden realizar labores para las que deban asumir cierto riesgo y, sin embargo, no se encuentren entre las previstas en las que señale el convenio en cuestión, o no tengan las características que éste indica, o no se trate de las categorías profesionales que apunta. Es decir, puede ser que el convenio haya dejado al margen determinadas labores que, a pesar de ser peligrosas, penosas o tóxicas, y de conllevar ciertos riesgos su realización al margen de la adopción de todas las posibles medidas preventivas, deberán de llevarse a cabo y, por tanto, los trabajadores van a asumir ciertos riesgos que no se van a compensar de este modo. Por tanto, no siempre hay una correlación entre riesgos inherentes o consustanciales a la labor y percepción de este tipo de complementos; aún en los casos en los que las regulaciones convencionales son más precisas.

Pero la diferencia fundamental en la consideración del riesgo opera en los supuestos en los que sólo se hace referencia a trabajos excepcionalmente peligrosos, penosos o tóxicos; o en los que únicamente se mencionan es-

tos adjetivos sin señalar esa excepcionalidad ni hacer ningún tipo de concreción al respecto. Si se tiene en cuenta la interpretación llevada a cabo por los Tribunales en estos casos, el resultado es que la parquedad de los convenios finalmente determina una delimitación restrictiva del círculo de sujetos que van a tener derecho al complemento. En estos casos es indiferente que los trabajadores realicen actividades muy peligrosas, penosas o tóxicas o, por el contrario, labores en las que no se detecta riesgo alguno. De esta forma, el riesgo derivado de la labor en cuestión ni se tiene en cuenta ni, por tanto, se resarce de modo alguno. Esto implica circunscribir la operatividad del complemento a situaciones de riesgo para el trabajador siempre y cuando ese riesgo sea ajeno a su labor. Por tanto, cuando los convenios señalan este complemento para los trabajados excepcionalmente peligrosos, penosos o tóxicos (o sin hacer referencia a esa excepcionalidad) el complemento de penosidad, peligrosidad y toxicidad, según los casos, no está vinculado de una forma genérica a cualquier riesgo inevitable, sino sólo a los riesgos ajenos a los de su labor aisladamente considerada; lo que significa que nada tienen que ver con los que derivan de las funciones que realiza el trabajador en el marco de su categoría profesional. En definitiva, son riesgos que superan y, por tanto, se añaden a los propios de dicha categoría profesional; riesgos que debe soportar el trabajador, al margen de los derivados de su labor, y que aún adoptando medidas preventivas no es posible eliminar, ya que si lo fuera no se generaría el derecho al mencionado complemento.

En general, puede afirmarse que se detecta una tendencia restrictiva en cuanto al mantenimiento de este tipo de complementos. Por una parte, porque en muchos convenios a la hora de establecer estos complementos no se tienen en cuenta los riesgos inherentes o consustanciales a la labor en cuestión, sino únicamente los ajenos a la misma en los términos indicados, e incluso cuando se parte de esos riesgos inherentes o de riesgos ajenos en muchos casos se acota el complemento al condicionar su percepción a que exista una cierta habitualidad en la exposición al riesgo en cuestión. Por otra parte, aunque los convenios contemplan estos complementos, la obligación empresarial de adoptar medidas preventivas, para eliminar o neutralizar los riesgos, determina la desaparición del complemento de forma progresiva, en el sentido de que los sucesivos avances en esta materia permiten que esto suceda y, por tanto, que los complementos carezcan de razón de ser. De forma que prevención de riesgos laborales y complementos de peligrosidad, penosidad y toxicidad conviven en la medida en que existan riesgos inevitables, en unos casos inherentes o consustanciales y en otros ajenos o añadidos; de lo contrario se presentan como términos antagónicos.





# LA SITUACIÓN LABORAL-CONTRACTUAL DEL AGENTE DE DESARROLLO LOCAL COMO FACTOR LIMITADOR DE LOS EFECTOS DE SU ACTIVIDAD: UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN\*

RICARDO CALVO PALOMARES

*Profesor Departamento Sociología y Antropología Social*  
Universidad de Valencia

## EXTRACTO

En un contexto como el actual en el que las acciones públicas para la mejora y crecimiento económico de la sociedad, se convierten en un pilar fundamental del desarrollo del mercado de trabajo en todos sus ámbitos, y donde la figura del Agente de Desarrollo Local —ADL— es una pieza clave en la aplicación, desarrollo y ejecución de estas políticas activas de empleo, nos parece muy conveniente plantear una cuestión que está en la base del actual modelo regulador del desarrollo local: ¿es posible que la relación laboral del ADL se convierta en un factor limitador, o incluso obstructor en determinados casos, de su labor profesional?

Para ello presentamos en primer lugar una propuesta de clasificación de la situación laboral de los ADL's, basada en un estudio realizado en 2006 sobre la totalidad de los agentes de desarrollo local de la comarca valenciana de La Ribera Alta.

Clasificación que nos es de gran utilidad para, en segundo lugar concluir el presente artículo con los principales efectos negativos causados por la situación laboral de los técnicos de empleo local, efectos generados tanto a nivel interno como a nivel externo. Entre los primeros destacar aquellos que afectan a tres ámbitos, a los programas desarrollados, al funcionamiento de la propia agencia o a la misma persona del ADL. Y entre los efectos externos, remarcar los que tienen repercusiones considerables sobre la calidad del servicio ofertado al municipio y sobre las posibles actuaciones concretas en el mismo.

\* Este artículo se enmarca en un proyecto de investigación en curso en el Departamento de Sociología y Antropología Social de la Universitat de València, que pretende analizar el papel clave que desarrollan los ADL's en la aplicación de las políticas activas de empleo, así como la medición de los efectos reales de las mismas.

## ÍNDICE

1. POLÍTICAS DE EMPLEO A NIVEL LOCAL: LOS AGENTES DE DESARROLLO LOCAL (ADL)
2. EL MARCO REGULADOR: SITUACIÓN LABORAL-CONTRACTUAL DE LOS ADL'S
3. BREVE DESCRIPCIÓN DEL ESTUDIO DE CASOS REALIZADO: LOS ADL'S DE LA RIBERA ALTA
  - 3.1. Instrumentación del estudio y técnicas de análisis aplicadas
  - 3.2. Principales datos de interés de la población de referencia
4. UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN LABORAL-CONTRACTUAL DE LOS ADL'S
5. CONCLUSIONES: PRINCIPALES EFECTOS LIMITADORES
6. BIBLIOGRAFÍA

### 1. POLÍTICAS DE EMPLEO A NIVEL LOCAL: LOS AGENTES DE DESARROLLO LOCAL (ADL)

La escasa funcionalidad observada en la actualidad de las políticas de empleo que hasta la fecha se han venido aplicando tanto a nivel nacional como comunitario hacen necesaria la búsqueda de nuevas formulas de actuación en materia de empleo y ocupación. En este contexto las entidades locales han ido asumido su protagonismo, generando dinámicas de actuación directamente relacionadas y por tanto vinculadas con su realidad.

Cada localidad tiene unas características endógenas (estructurales, económicas, sociales, políticas, medioambientales y culturales) que marcaran la especificidad en el planteamiento y ejecución de cada política de empleo. Nos encontramos con una administración local gestora inmediata de la dimensión municipal, la más cercana a la ciudadanía con problemas de desempleo, a la cual se acudiría en primera instancia; y en teoría, sabedora de las posibilidades, recursos y de las posibles soluciones.

En este sentido, la implementación de estas actuaciones plantea diversos problemas, tanto en relación a su desarrollo práctico —condicionado por los recursos disponibles— como por la concurrencia respecto de medidas o acciones similares ejecutadas desde otras Administraciones <sup>1</sup>.

Cabe destacar que el fenómeno de las iniciativas de desarrollo local en España no está estructurado y no existen criterios de homogenización, el enfoque que cada ayuntamiento realiza a la hora de materializar las políticas de empleo entendidas como parte del desarrollo local en su concepto más amplio, se ciñe a las establecidas en la Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y a Las leyes de Empleo y Medidas para la modernización del gobierno local aprobadas en diciembre de 2003.

En este contexto y frente a la necesidad de optimizar los resultados de la política de desarrollo local ante la carencia de recursos, encontramos la

1 Jorge Aragón Medina. Fernando Rocha Sánchez. Fundación 1.º de Mayo. Octubre 2003.

figura del agente de desarrollo local como elemento vertebrador en la promoción e implantación de las políticas de empleo.

El ADL será el encargado de promocionar actividad, realizar estudios de mercado y fomentar los proyectos empresariales; gestionando a tal efecto el departamento encargado del desarrollo local creado por el ayuntamiento y coordinando este con el resto de departamentos del consistorio; promoviendo desde allí proyectos que creen empleo y riqueza en la economía local y bienestar social. Conjunto de funciones que se describen en el Título II de la Orden de 15 de julio de 1999 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales sobre «Fomento del Desarrollo Local e impulso de los proyectos y empresas calificadas como I+E», modificada parcialmente por la Orden de 27 de diciembre de 1999 y por la Orden 49/2005, de 14 de enero. Concretamente sus funciones quedan recogidas en el artículo 8:

- Prospección de recursos ociosos o infrautilizados, de proyectos empresariales de promoción económica local e iniciativas innovadoras para la generación de empleo en el ámbito local, identificando nuevas actividades económicas y posibles emprendedores.
- Difusión y estímulo de potenciales oportunidades de creación de actividad entre los desempleados, promotores y emprendedores, así como instituciones colaboradoras.
- Acompañamiento técnico en la iniciación de proyectos empresariales para su consolidación en empresas, los proyectos generadores de nuevos empleos, asesorando e informando sobre la viabilidad técnica, económica y financiera y, en general, sobre los planes de lanzamiento de las empresas.
- Apoyo a promotores de las empresas, una vez constituidas éstas, acompañando técnicamente a los mismos durante las primeras etapas de funcionamiento, mediante la aplicación de técnicas de consultoría en gestión empresarial y asistencia en los procesos formativos adecuados para coadyuvar a la buena marcha de las empresas creadas.
- Cualesquiera otras que contribuyan a la promoción e implantación de políticas activas de empleo e impulse la creación de actividad empresarial.

Desgraciadamente esta figura no es en la práctica ese elemento catalizador o cuanto menos coadyuvante en la eficacia de las políticas de empleo recogidas en la Ley 56/2003 de 16 de diciembre, de Empleo y las directrices que se venían desarrollando en los Planes Nacionales de Empleo, Programas Nacionales de Reformas, en la actualidad.

Muchos son los efectos limitadores a la labor del ADL en la práctica que desvirtúan su labor, o no dejan que sea la realmente prevista o establecida en la normativa legal vigente y que más adelante señalaremos.

## 2. EL MARCO REGULADOR: SITUACIÓN LABORAL-CONTRACTUAL DE LOS ADL'S

La Orden Ministerial de 21 de febrero de 1986 será la primera referencia expresa a la figura del agente de desarrollo local como tal, definiéndolo en su artículo 11.4 como «agentes de desarrollo, promotores de ocupación o expertos de naturaleza análoga, que tienen como función promover, desarrollar o asesorar iniciativas locales de ocupación». La Orden de 12 de abril de 1994 por la que se regulan las Iniciativas Locales de Empleo y los Agentes de Empleo y Desarrollo Local, establecerá las bases reguladoras de la concesión de las subvenciones y ayudas a las Iniciativas Locales de Empleo y a la contratación de Agentes de Empleo y Desarrollo Local.

Transcurrido el tiempo y después de haberse observado y constado la necesidad de reformular los planteamientos hasta la fecha utilizados, con el objeto de potenciar el papel de las corporaciones locales como impulsoras de la creación de empleo y bastiones importantísimos en el apoyo a las pequeñas y medianas empresas, favoreciendo un tejido empresarial estable y por tanto un crecimiento económico; y dentro de los Planes Nacionales de Acción para el Empleo se publicó la Orden de 15 de julio de 1999 por la que se establecen las bases de concesión de subvenciones públicas para el fomento del desarrollo local e impulso de los proyectos y empresas calificadas de I + E. La mencionada Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales reconoce a la corporación local libertad para elegir la modalidad contractual más adecuada pero limitaba, en el apartado 3 del artículo 10, el periodo máximo de contratación y subvención (80%) de los Agentes de Empleo y Desarrollo Local por parte de los Servicios Públicos de Empleo a cuatro años, impidiéndoles participar en los procesos de selección para la cobertura de nuevas plazas subvencionadas de esta figura. Esto imposibilitaba el aprovechamiento de la experiencia, y contribuía a fomentar la precariedad laboral del ADL, por lo que la Orden 49/2005 de 14 de enero vino a modificar el plazo máximo anteriormente descrito:»transcurrido dicha duración máxima, la contratación del mismo agente de Empleo y Desarrollo Local podrá ser subvencionada por el Servicio Público de Empleo competente siempre que esta contratación se realice por distinta Corporación Local o entidad dependiente o vinculada».

En la actualidad la totalidad de las Comunidades Autónomas<sup>2</sup> tienen transferidas las competencias en materia de empleo, si bien la normativa au-

<sup>2</sup> *Comunidad Valenciana*: Orden de 18 de diciembre de 2002, de la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo de la Generalitat Valenciana (DOGV núm. 4.409 de 31 de diciembre de 2002). *Andalucía*: Orden de 29 de mayo de 2001 por la que se establece el Programa de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLTs)



tonómica viene a ser muy similar a la estatal, habrá que tener en cuenta. Dentro del estudio que nos ocupa y a modo de ejemplo cabe reseñar que las subvenciones concedidas para la contratación de estos agentes durante el año 2005 en la Comunidad Valenciana ascendieron a cerca de 7 millones de euros que sirvieron para contratar a 304 ADL's, siendo abonados por el Serverf (denominación del Servicio Público de Empleo autonómico) hasta el 80% de los costes laborales de estos trabajadores, incluida la cotización a la Seguridad Social.

En relación a la contratación laboral de las actividades subvencionadas con fondos finalistas procedentes de otros organismos supralocales, caso de los agentes de desarrollo local, es costumbre repetida en muchos municipios la utilización del contrato de obra o servicio determinado para la realización de planes y actividades. La jurisprudencia ha limitado este uso, entendiendo que la existencia de un programa subvencionado no justifica la temporalidad de la relación laboral, y menos cuando la actividad subvencionada es una de las que la administración local debe prestar obligatoriamente a sus ciudadanos, entendiéndose como esta actividad como permanente y ser cubierta con contrataciones indefinidas.

Así y según la jurisprudencia (SSTSJ Comunidad Valenciana de 25 de junio de 2003, Castilla La Mancha de 13 de mayo de 2005, STS de 10 de abril de 2002 entre otras) la contratación de los agentes de desarrollo local sin que se concrete que iban a desarrollar exclusivamente un proyecto concreto, y sin que se justifique la temporalidad de la subvención, afecta a la concesión de la subvención pero no a la actividad en sí misma. Entendiéndose la actividad del ADL como de obligada prestación por parte de la entidad local. Lo primordial, por tanto, para calificar la relación contractual será si la actividad, puede calificarse de temporal o permanente al margen del carácter de la subvención que se les entrega.

### **3. BREVE DESCRIPCIÓN DEL ESTUDIO DE CASOS REALIZADO: LOS ADL'S DE LA RIBERA ALTA**

#### **3.1. Instrumentación del estudio y técnicas de análisis aplicadas**

El estudio tuvo lugar entre los meses de abril y junio del año 2006. Los objetivos que se perseguían con el estudio fueron los siguientes: analizar las características del entorno de trabajo que rodea al agente: determinación de la relación de éste con el medio en que convive y las necesidades más importantes del servicio que presta; conocimiento de los recursos con que cuenta el agente en su trabajo; obtención de la información suficiente para determinar un perfil del mismo basado en: titulación, formación complementaria y experiencia; análisis de la perspectiva básica de los agentes ante su

tarea; análisis de la situación laboral de los agentes y los efectos que puede causar en su trabajo; y concreción de las dificultades con las que se encuentran los agentes en el desarrollo de su tarea.

Para desarrollar esta investigación se decidió emplear dos tipos de herramientas con la totalidad de técnicos que están trabajando actualmente en las agencias de desarrollo del área geográfica de La Ribera Alta: en primer lugar un pequeño cuestionario que se les mandó a los ADL's por correo electrónico, en el que se les pedía la información básica respecto de su relación laboral-contractual, y en segundo lugar, una entrevista personal con ellos, se optó por una entrevista semiestructurada donde hubieran establecidos unos ítems básicos de trabajo común a todos ellos, y que nos permitiera adaptarla a cada situación en concreto, y así poder profundizar en los aspectos más interesantes de cada uno de los ADL' s entrevistados.

Los contenidos del cuestionario remitido por correo electrónico anterior a la entrevista versaba sobre las siguientes informaciones: Fecha aproximada de inicio de la actividad de la agencia de desarrollo local; Número de recursos humanos disponibles de carácter estable en la agencia; Actual situación laboral-contractual del ADL y del resto de técnicos en su caso; Evolución de la situación laboral-contractual de los técnicos que han pasado por la agencia; Otros aspectos destacables de la relación laboral-contractual a lo largo de estos años; y Número de habitantes de la población.

Los contenidos básicos de la entrevista fueron los siguientes: breve descripción del mercado de trabajo de la localidad; Perfil del ADL (formación académica, complementaria y experiencia previa). ¿Cómo afrontas este trabajo?; ¿Cómo nace la agencia en esta localidad? Años de trabajo; Líneas básicas de trabajo de la agencia. Objetivos de la misma; Actuaciones, acciones y programas desarrollados; Proceso seguido para la de detección de necesidades en la localidad; Aplicación de métodos para el seguimiento y medición de los efectos de los programas: percepción de las utilidades de la tarea desarrollada: ¿indicadores?; Principales dificultades con las que te encuentras en el desarrollo de tu tarea; Esfuerzo de la corporación municipal. Implicación política; Recursos disponibles (humanos y técnicos).

Por lo que respecta a las técnicas de análisis aplicadas a los datos recogidos, hemos utilizado básicamente dos: unas de carácter cuantitativo, sobre todo para trabajar con los datos recogidos de los cuestionarios enviados, y por otra, dado que la entrevista es una herramienta de recogida de información de carácter cualitativo, hemos utilizado la técnica de análisis de contenidos de las mismas.

Con la suma de ambas hemos generado una tabla de resultados donde después analizarlos y agruparlos, nos ha permitido plantear una propuesta de clasificación de las relaciones laborales-contractuales de los agentes de desarrollo local de la comarca, así como los efectos más destacables de estas situaciones, aspectos que se desarrollan en los apartados 4 y 5 de este artículo.

### 3.2. Principales datos de interés de la población de referencia

En este sentido como hemos dicho anteriormente, se han incluido en el censo como agencias de desarrollo a estudiar la totalidad de agencias de desarrollo local de titularidad municipal existentes en la comarca de La Ribera Alta<sup>3</sup>. En la tabla 1 se recogen algunos de los principales datos de interés de la población de referencia, como son la fecha de constitución o de inicio de la actividad de la agencia, los recursos humanos disponibles de manera constante, el tipo de relación laboral-contractual actual de cada uno de estos ADL's y el número de habitantes del municipio.

TABLA 1

MUNICIPIO	NÚMERO DE HABITANTES	FECHA DE INICIO DE LA AGENCIA	RECURSOS HUMANOS ACTUALES	RELACIÓN LABORAL-CONTRACTUAL
Alberic	10.081	12/1996	ADL	Subvención 4 años
L'Alcúdia	10.838	11/2000	ADL ADL	Laborales fijos
Algemesí	26.740	07/1996	ADL ADL	Funcionario Subvención 4 años
Alginet	12.820	10/2005	ADL	Subvención 4 años
Alzira	42.543	05/1995	ADL ADL ADL Administr. Administr.	Funcionaria Subvención 4 años Subvención 4 años Laboral fijo Laboral temporal
Antella	1.500	01/2002	ADL	Subvención 4 años
Beneixida	636	11/2003	ADL	Subvención 4 años

<sup>3</sup> Concretamente las agencias y los agentes entrevistados son los siguientes: Alberic (Noelia Díez), L'Alcúdia (Eva Martínez y Manuel Alarcón), Algemesí (Carme Ferrís), Alginet (Cristina Oliver), Alzira (Carmen Herrero), Antella (David Estarlich), Beneixida (Nieves Anaya), Benifaió (Teresa Aragón), Benimodo (Ana Medán), Carcaixent (Carolina Moreno), Càrcer (Vicent Alegre), Carlet (Inmaculada Botella), Gavarda (Ana Boscá), Pobla Llarga (M.<sup>a</sup> Carmen Pla), Senyera (Emilio Revert), Sumacàrcer (Ester Azorín), Torís (José Nogueroles) y Tous (Rosario Lliso). Hay que decir que han quedado fuera de la investigación municipios que se encontraban en trámites de constitución de la agencia —como Sant Joan d'Énova y Castelló de la Ribera—, y aquellos municipios que no contaban con un servicio de desarrollo local como tal: Alcàntera del Xúquer, Alfarp, Benimuslem, Catadau, Cotes, L'Énova, Guadassuar, Llombai, Manuel, Massalavés, Montroi, Montserrat, Rafelguaraf, Real de Montroi y Sellent —todos ellos poblaciones con menos de cuatro mil habitantes y que representan un porcentaje muy bajo respecto de la población total de la comarca. A su vez no hemos incluido los datos referentes al servicio de ADL de La Mancomunitat de municipios de las comarcas de La Ribera Alta y de La Ribera Baixa, dado que su ámbito de actuación superaba el objetivo del presente artículo.

(Continuación Tabla 1)

Benifaió	12.208	12/2001	ADL	Laboral fijo
Benimodo	2.050	11/2005	ADL	Subvención 4 años
Carcaixent	21.299	02/1999	ADL ADL Administr.	Laboral fijo Subvención 4 años Laboral temporal
Càrcer	2.040	05/2000	ADL	Subvención 4 años
Carlet	14.812	11/1996	ADL ADL ADL	Laboral fijo Subvención 4 años Subvención 4 años
Gavarda	1.171	10/2002	ADL	Subvención 4 años
La Pobla Llarga	4.451	09/2003	ADL	Subvención 4 años
Senyera	1.045	11/2005	ADL	Subvención 4 años
Sumacàrcer	1.300	12/2002	ADL	Subvención 4 años
Torís	5.556	11/1999	ADL	Funcionario interino
Tous	1.116	02/2001	ADL	Funcionario

En la tabla número 2 podemos observar la evolución sufrida por las relaciones laborales-contractuales de los distintos ADL's de la comarca estudiada desde su creación. Se trata de una evolución en la que observados dos caminos establecidos y marcados, aquellos puestos de trabajo que evolucionan hacia la asunción directa por parte de la entidad local y por tanto se inicia su lento proceso de funcionarización, y por otro aquellos cuya condición de temporales es prácticamente eterna, y la dinámica aplicada es la sustitución de un técnico por otro a la finalización del citado contrato.

TABLA 2

MUNICIPIO	AÑOS												
	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	
Alberic													
L'Alcúdia													
Algemesí													
Algimot													
Alzira													
Antella													
Benetida													
Benifaió													
Benimodo													
Carcaixent													
Càrcer													
Carlet													
Gavarda													
La Pobla Llarga													
Senyera													
Sumacàrcer													
Torís													
Tous													

 Subvención ADL
  Personal Laboral Fijo
  Funcionario Interino
  Funcionario de carrera

Fuente: Elaboración propia

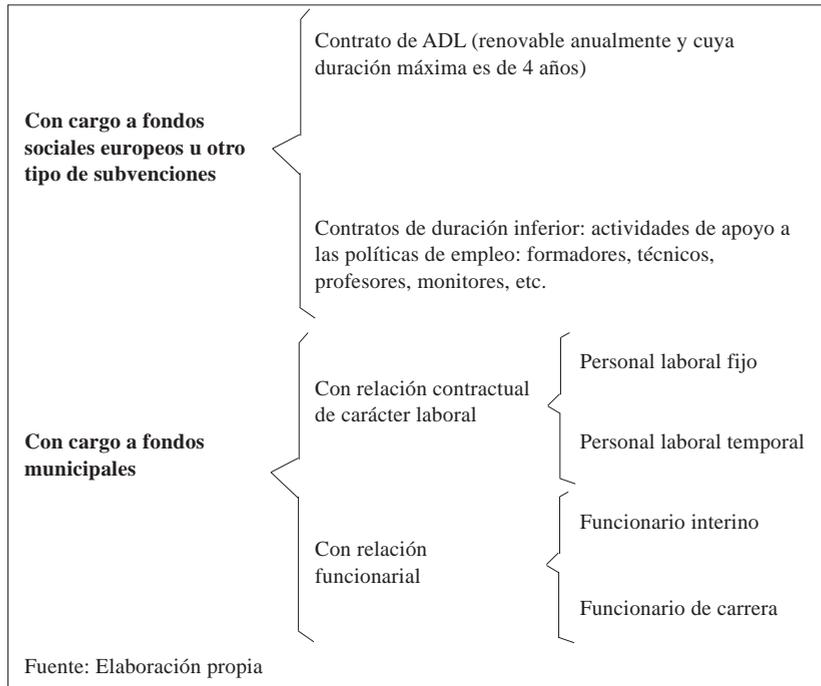
#### 4. UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN LABORAL-CONTRACTUAL DE LOS ADL'S

Tomando como referencia lo expuesto en los apartados anteriores, presentamos a continuación (*ver figura 1*) una propuesta de clasificación que intenta recoger la actual situación laboral-contractual de los agentes de desarrollo local. Para ello hemos tomado como criterio diferenciador que nos permita realizar estos grupos el origen o la naturaleza de los fondos con que se financia el coste del ADL. En este aspecto diferenciamos dos grandes bloques, aquellos con cargo a fondos sociales europeos u otro tipo de subvenciones establecidas al respecto y aquellos con cargo directamente a fondos municipales.

En el primer conjunto referido a aquellos financiados con fondos no municipales —al menos no en su totalidad—, podemos diferenciar a su vez entre dos tipos: el contrato del propio ADL renovable de forma anual hasta un máximo de cuatro años en la actualidad, anteriormente de tres, que subvenciona hasta un 80 % del coste salarial de la contratación del ADL con cargo a fondos sociales europeos y que tiene su origen en la Orden de 15 de julio de 1999, y por otro lado una serie de contrataciones realizadas en la agencia, que pueden afectar directa o indirectamente al ADL, cuya duración está muy vinculada con el programa ejecutado, y que engloba todas aquellas actividades de apoyo a las políticas de empleo desarrolladas: formadores de cursos de formación ocupacional o continua, técnicos en orientación laboral, profesores de escuelas taller, monitores de programas de garantía social, y un largo etc.

En el segundo, donde la implicación municipal y el compromiso del ayuntamiento en materia de empleo se pone de manifiesto en mayor grado con la dotación de recursos del presupuesto municipal destinados para cubrir, no tan solo acciones a desarrollar sino directamente para la asunción de los costes de contratación del técnico. En este grupo podemos a su vez diferenciar entre los que adquieren la condición de trabajadores con una relación laboral y los que acceden a una plaza de funcionario municipal —con carácter de interinidad o de carrera. Como podemos observar en la figura 1, en el primer subgrupo además matizamos entre los que adquieren una condición de trabajadores con relación laboral de carácter indefinido, conocidos como personal laboral fijo, y aquellos cuya relación laboral es de carácter temporal (principalmente personal de apoyo a la actividad de los ADL's procedentes de bolsas internas de trabajo del ayuntamiento o personal en comisión de servicios).

FIGURA 1



## 5. CONCLUSIONES: PRINCIPALES EFECTOS LIMITADORES

Nos parece muy conveniente para concluir este artículo presentar algunos de los principales efectos limitadores que la situación laboral-contractual de los ADL's está causando sobre la actividad profesional de estos técnicos y de su importancia en el desarrollo y aplicación de las políticas activas de empleo<sup>4</sup>.

Dos son los niveles en los que podemos observar estos efectos limitadores: por un lado a nivel interno, con las repercusiones que ocasiona sobre los programas desarrollados, sobre el funcionamiento de la propia agencia y sobre la propia persona del técnico, y por otro, cabe establecer un nivel externo de efectos, con repercusiones sobre el servicio ofertado al municipio y con ello las consecuencias directas sobre la realidad del mismo.

<sup>4</sup> Que si bien estas conclusiones están extraídas del estudio realizado en la comarca de La Ribera Alta (Valencia) entendemos que la mayor parte de las mismas son extrapolables y por tanto aplicables o otros ámbitos geográficos distintos.

Partimos de una premisa básica —constatada en la mayor parte de las agencias estudiadas— y es que el ADL presta su actividad bajo el telón de la subvención que alimenta su contrato de trabajo, y que presenta una característica concreta, la de su duración limitada en el tiempo. Hoy en día los cuatro años suponen un plazo de término de la actividad del ADL en su puesto de trabajo y por tanto de su sustitución por otro, sustitución por otra parte no garantizada ni de carácter automático, que puede generar momentos de inexistencia de un ADL en la población.

El tipo de actividad desarrollada por un ADL requiere necesariamente de un grado de implicación y motivación muy altos, de un dinamismo y de una capacidad de análisis de la realidad con la que convive excepcionales. Aspectos éstos que pueden entrar en contradicción directa con lo expuesto anteriormente y que suponen un freno en el desarrollo de sus actuaciones.

Esta situación de precariedad y de limitación de la vigencia temporal del contrato de trabajo del agente, puede derivar en una anticipada desvinculación y en una manifiesta desmotivación hacia su actividad profesional. La inseguridad en el futuro laboral de estos técnicos se convierte en un arma de doble filo que tiene grandes efectos negativos sobre la implicación en su trabajo. La falta de valoración de su labor por parte de las altas esferas municipales, manifestada en la posibilidad o no de continuidad laboral en el puesto —manifiestamente imposible en muchos casos por la inexistencia de recursos económicos municipales— suponen una pérdida de esfuerzos y de sinergias productivas que pasan factura sobre el servicio prestado al municipio en concreto, y en general, sobre el éxito de las políticas de empleo.

Otra característica básica de la actividad de una ADL es su alto grado de dependencia de los programas de empleo que van apareciendo y que son publicados a lo largo del ejercicio. En este aspecto los ADL's son verdaderos supervivientes entre procesos burocráticos interminables —por citar los más destacables: documentación para la solicitud inicial del programa, documentación recabada del control de la ejecución del programa y documentación para la justificación final del mismo— en cada uno de los programas ejecutados. Es por ello, que una complicación básica es que no ejecute el programa el mismo técnico que lo concibió y que lo diseñó, y que por tanto nos encontremos con un servicio que se resiente, con mermas considerables en los niveles de calidad ofertados, con programas que se aparcan o no llegan a aplicarse, etc., una serie de situaciones que repercuten directamente sobre el municipio y sobre el ciudadano —que no debemos olvidar es el cliente último de todo programa público—.

Un servicio público no puede confiarse al destino, debe estar gestionado desde todas sus vertientes. Lo que carece de todo sentido, es la posible aparición de situaciones de inoperatividad, de letargo o incluso de inactividad funcional de la agencia local causada por un proceso de sustitución «obligatorio» legalmente establecido del técnico. La salida de un ADL que deja

el puesto después de un período de tres, o actualmente de cuatro años de trabajo, abandona su legado a la deriva, con la confianza puesta en que los proyectos que deja abiertos saldrán bien, y de que su sustituto —cuando el proceso de selección haya concluido, dos o tres meses después en el mejor de los casos— continúe su actividad. En este aspecto hay que tener muy presente la falta de conexión y contacto entre el nuevo y el anterior ADL, debido a la no coincidencia temporal entre ambos. Además de un factor añadido como es el tiempo necesario por el técnico novel para situarse, organizarse y aprender la dinámica de trabajo de su nuevo puesto, lo que indirectamente supone para la corporación local un comenzar de nuevo en la actividad.

Los programas solicitados pueden a su vez verse también afectados directamente, tanto en su vertiente cuantitativa como cualitativa. Una acción o programa no solicitado en el momento adecuado puede suponer que se cierre una vía de actuación, que una subvención no llegue a un municipio o que determinadas actuaciones necesarias en el mismo no se desarrollen. En este aspecto, los efectos negativos se extienden a todas las partes implicadas, empezando por la corporación local, pasando por la propia agencia de desarrollo local y terminando por el propio municipio con sus vecinos.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBULQUERQUE (2002) F: *Desarrollo económico territorial. Guía para agentes*, Instituto de Desarrollo Regional, Fundación Universitaria. Sevilla.
- ALUJAS, J. A. (2003): *Políticas Activas de mercado de trabajo en España. Situación en el contexto europeo*. Consejo Económico y Social. Colección Estudios Núm. 146
- ARAGÓN, J.; ROCHA, F.; y FERNÁNDEZ, A. (2002): *Políticas de fomento del empleo en el ámbito local*. Documentos de Trabajo de la Fundación 1.º de Mayo, núm. 2/2002.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1993): *Libro blanco sobre el crecimiento, competitividad y empleo*. Bruselas, COM (93) 700 final.
- CACHÓN, L. (1996): *Nuevos yacimientos de empleo y desarrollo local*.
- SANCHÍS, J.R (2000): *Manual para agentes de inserción socio-laboral*, Valencia, UNED.
- SANCHÍS, J.R. (2005): «El papel del agente de empleo y desarrollo local en la implementación de las políticas locales de empleo y en la creación de empresas en España. Estudio empírico y análisis comparativo entre CC.AA.» *Informes y Estudios Empleo*, núm. 26. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- VÁZQUEZ BARQUERO, A (1988): *Desarrollo local: una estrategia de creación de empleo*. Madrid, Pirámide.
- VV.AA. (1991): *Manual de desarrollo económico local*. Madrid, FEMP.





2

---

# Mercado de Trabajo







# LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

ANÁLISIS TRIMESTRAL SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO  
EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (SEGUNDO TRIMESTRE 2007)

SANTOS RUESGA BENITO

*Catedrático de Economía Aplicada*  
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

*Catedrático E.U. de Economía Aplicada*  
Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ

*Investigadora*  
Universidad Autónoma de Madrid

## EXTRACTO

En este artículo se presenta una reflexión algo más detenida del papel de las mutuas de accidentes de trabajo en el contexto general del mercado laboral español y de su relación con el Sistema de Seguridad Social. La siniestralidad es una de las lacras más importantes del mercado laboral español. Las mutuas, que nacieron a principios del siglo XX, constituyen un instrumento importante para la protección de muchos trabajadores. Este sector está sujeto a importantes retos en los últimos años, y el sector está siendo sometido a importantes reestructuraciones como a un fuerte proceso de concentración empresarial. En el presente artículo se hace un repaso a las características más relevantes de las mutuas de accidentes en España relativas su nacimiento, y papel económico en un entorno de reforma del sistema de Seguridad Social español. Pero antes de entrar en el análisis de las mutuas de accidentes, el artículo comienza con un epígrafe breve referido a la evolución del mercado laboral español y andaluz en el segundo trimestre de 2007.

## INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. SEGUNDO TRIMESTRE 2007

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA <sup>(*)</sup>	VB <sup>(*)</sup>	Dato	VA <sup>(*)</sup>	VB <sup>(*)</sup>
<b>I. MERCADO DE TRABAJO</b>								
Población activa	Miles	2º Trim. 07	22.127,30	0,9	1,3	3.675,10	0,7	1,2
Tasa de actividad	Porcentaje	2º Trim. 07	58,86	0,5	0,5	56,11	0,2	0,3
Hombres	..	..	69,33	0,6	-0,1	68,12	0,5	0,5
Mujeres	..	..	48,78	0,3	1,3	44,48	-0,2	-0,1
16-19 años	..	..	30,30	10,8	-2,6	32,24	12,5	0,7
20-24 años	..	..	66,75	0,6	-0,4	65,13	1,7	-0,8
25-54 años	..	..	82,81	0,1	0,0	77,57	-0,4	0,4
Más de 55 años	..	..	19,87	0,5	0,0	16,94	-0,1	-1,0
Ocupados	Miles	2º Trim. 07	20.367,30	1,5	1,6	3.235,60	1,4	1,7
Agricultura	..	..	921,00	-7,0	-3,7	244,00	-17,0	-1,7
Industria	..	..	3.243,80	-0,7	1,0	318,10	0,3	2,4
Construcción	..	..	2.713,70	1,8	4,0	502,70	4,6	6,7
Servicios	..	..	13.488,70	2,6	1,6	2.170,80	3,4	0,9
Asalariados del sector público	..	2º Trim. 07	2.874,70	-2,0	1,9	500,30	-3,2	3,6
Asalariados temporales	..	2º Trim. 07	5.343,90	1,3	0,5	1.207,40	2,3	2,5
Parados encuestados	..	2º Trim. 07	1.760,00	-5,2	-1,4	439,50	-3,7	-2,4
<b>Hombres</b>	..	..	780,60	-2,4	-4,0	188,80	-7,5	-4,5
Mujeres	..	..	979,30	-7,3	0,5	250,80	-0,5	-0,8
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	2º Trim. 07	7,95	-6,1	-2,7	11,96	-4,4	-3,6
Hombres	..	..	6,10	-3,5	-4,7	8,60	-8,5	-5,9
Mujeres	..	..	10,49	-7,9	-1,5	16,94	-0,8	-1,5
16-19 años	..	..	29,13	6,1	0,1	31,88	3,9	2,2
20-24 años	..	..	14,93	-2,0	-3,1	19,48	-1,8	-9,0
25-54 años	..	..	6,87	-8,8	-2,5	10,43	-7,3	-3,9
Más de 55 años	..	..	5,40	-7,8	0,0	9,32	2,0	10,3
Parados de larga duración	Porcentaje	2º Trim. 07	24,64	-3,8	-3,7	28,19	0,8	-13,6
<b>Parados registrados</b>	Miles	2º Trim. 07	1.987,30	-4,1	0,0	479,8	-2,2	3,3
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	1º Trim. 07	93,23	2,7	12,4	..	..	..
<b>II. CONDICIONES DE TRABAJO</b>								
Salario mínimo	€/mes	2º Trim. 07	570,60	0,0	0,0	570,6	0,0	0,0
Coste laboral por trabajador	€/mes	2º Trim. 07	2.282,89	3,8	5,2	2.069,77	4,8	3,9
Industria	..	..	2.576,44	1,9	6,5	2.246,75	2,8	8,2
Construcción	..	..	2.291,67	8,5	3,7	2.212,20	6,6	-3,0
Servicios	..	..	2.203,05	3,5	5,2	1.997,84	4,7	5,1
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	1º Trim. 07	155,00	7,0	-0,2	153,6	5,3	0,6
Accidentes mortales de trabajo	Total	2º Trim. 07	263	-17,0	18,0	..	..	..
<b>III. REGULACIÓN DE EMPLEO</b>								
Expedientes	Total	2º Trim. 07	983	-8,6	-14,3	122	17,3	-31,6
Trabajadores Extinción de empleo	..	..	6.096	-7,7	-7,0	140	-50,4	-42,9
Suspensión de empleo	..	..	5.456	-62,8	27,8	225	-65,8	-64,6
Reducción de jornada	..	..	5	-93,4	28,9	0	..	..
<b>IV. CONFLICTOS LABORALES</b>								
Huelgas	Total	2º Trim. 07	273	22,4	-8,3	..	..	..
Participantes	Miles	..	137	202,5	-48,5	134,7	632,1	497,4
Jornadas no trabajadas	..	..	356,50	356,5	-17,9	146,1	764,5	447,7
<b>V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS</b>								
Crecimiento económico	Porcentaje	2º Trim. 07	4,0	-2,4	11,1	..	..	..
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	1º Trim. 07	-25,5	20,6	-15,7	..	..	..
Inflación	Porcentaje	2º Trim. 07	2,2	2,4	3,9	2,6	2,8	3,9
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	1º Trim. 07	..	..	..	..	..	..
Tipo de interés (Euribor 12) meses	Porcentaje	2º Trim. 07	4,5	4,1	3,9	..	..	..

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

**ÍNDICE**

1. EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA EN EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2007
2. INTRODUCCIÓN AL PAPEL ECONÓMICO DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES LABORALES
3. LA IMPORTANCIA DE LOS SERVICIOS DE LAS MUTUAS: SINIESTRALIDAD EN EL TRABAJO
4. EL ENTORNO ECONÓMICO DE LAS MUTUAS
5. SITUACIÓN ACTUAL Y TENDENCIAS PARA LAS MUTUAS

**1. EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA EN EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2007**

Como hemos señalado en informes anteriores, la economía española presenta desde hace algunos años un periodo de fuerte crecimiento sostenido del PIB. Sin embargo, las previsiones para los próximos trimestres muestran una posible reducción de las tasas de crecimiento de la economía española, todavía por encima de la media de la U.E. y de sus países de mayor peso económico. Se han empezado a alzar diversas voces, —el Banco de España, Eurostat, la OCDE, etc.— que señalan el final de un ciclo, o al menos la ralentización del crecimiento. Algunos se han aventurado a señalar aspectos aún más negativos como el del agotamiento del modelo español basado en la construcción y el consumo interno. No obstante, todavía —segundo trimestre de 2007— estos malos augurios no han encontrado reflejos significativos en las variables laborales principales. La tendencia a la caída del desempleo y a la creación de empleo se mantiene desde hace más de una década aunque se observan tasas más reducidas que en periodos anteriores.

Según los datos proporcionados por la Encuesta de Población Activa referidos al segundo trimestre de 2007, el crecimiento de la ocupación en el conjunto de la economía nacional es el rasgo más significativo del comportamiento de mercado laboral español de los últimos periodos. En este trimestre, la ocupación sigue creciendo situándose en 20.367.300 personas, lo que significa un aumento en este trimestre de 298.100 personas respecto al trimestre anterior. Traducido a lo ocurrido en el conjunto del año, en los últimos doce meses se han creado 674.200 empleos, una cifra algo superior al crecimiento interanual del empleo ocurrido en el primer trimestre del año (669.100 empleos). En términos porcentuales el aumento de la ocupación equivalente a una tasa de crecimiento interanual del 3,42%, mientras que en el trimestre anterior el crecimiento fue del 3,45%, mientras que en el cuarto trimestre de 2006 este crecimiento fue del 3,56%, que a su vez fue inferior al del tercer trimestre de 2006 (3,67%) que a su vez es también menor de la correspondiente al segundo trimestre (4,22%). Esto significa que la desaceleración en el crecimiento del empleo se ha mantenido a lo largo del último año, por lo que se confirma la cierta desaceleración del crecimiento en la creación de empleo en el conjunto de la economía española.

El número total de activos también ha aumentado este trimestre, alcanzando la cifra de 22.127.300 personas, superando este trimestre los veintidós millones de personas que están dispuestas a participar en el mercado laboral. El aumento de la actividad del segundo trimestre ha sido de 202.000 personas respecto al primer trimestre de 2007. El número de mujeres activas se establece en un total de 9.338.900, aumentando este trimestre una cifra estimada en 68.300 mujeres (en el trimestre anterior el aumento fue de 53.300 mujeres). Por su parte, el número total de hombres activos este trimestre es de 12.788.300, lo que significa un subida de 133.700 (frente a 59.600 del trimestre anterior. En los últimos doce meses se han incorporado al mercado de trabajo casi seiscientas mil personas (597.200) que se dividen entre 288.800 hombres y 308.400 mujeres.

Como consecuencia de los cambios que acabamos de reseñar, la tasa de actividad del conjunto de la sociedad española ha alcanzado el 58.86% subiendo tres décimas respecto a los dos trimestres anteriores. Como es sabido, las tasas de actividad divergen para hombres (69.33%) y mujeres (48,78%). Si se considera la población entre 16 y 64 años, entonces la tasa media de actividad es del 72,57%, siendo del 82,78% para los hombres y del 62.11% para las mujeres. La diferencia entre tasa de actividad para los nacionales españoles (56.76%) y los extranjeros (75.96%) es superior a los 19 20 puntos que se puede explicar por la diferente estructura de población de ambos grupos.

Como ya hemos señalado, lo más destacado de los datos ofrecidos por la EPA este segundo trimestre de 2007 es que la ocupación sigue situada en una cifra superior a los veinte millones de personas. En este trimestre respecto al trimestre anterior, la ocupación ha crecido de forma casi idéntica entre hombres (153.100) y mujeres (144.900). Los ocupados españoles aumentan en 197.600 mientras que los trabajadores de nacionalidad extranjera lo hacen en 100.400.

El crecimiento del empleo en los últimos tres meses es mayor en el sector de los servicios (339.500 personas) seguido por la construcción (49.100). Por el contrario, la ocupación baja en la agricultura (69.000) y la industria (21.500). En términos porcentuales de crecimiento interanual, en los servicios ha sido del 4.34% (3.50% en el trimestre anterior), en el sector de la construcción el empleo ha crecido en el 7.62% (9.35% en el primer trimestre. El sector industrial presenta una reducción del empleo de un 1,31% y el empleo en la agricultura se reduce en una tasa del 3.81%.

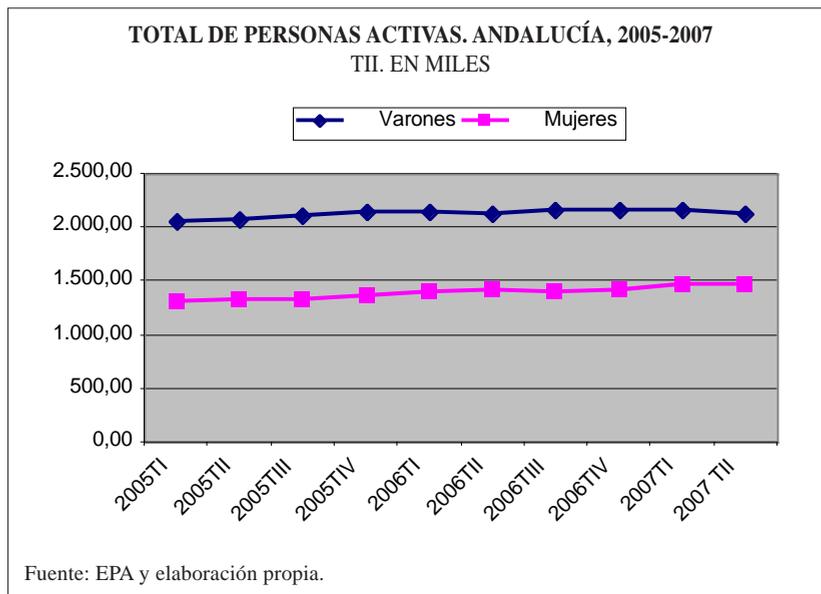
El número total de asalariados en el segundo trimestre de 2007 es de 16.779.400 personas, aumentando desde el trimestre anterior en 264.800. De ellos, 11.435.500 tienen contrato indefinido (lo que representa una subida de 197.800 personas) y 5.343.900 tiene contrato temporal (un aumento de 67.000 personas). Este trimestre, la tasa de temporalidad cae casi una décima situándose en 31.85% (33,95% en el trimestre anterior). En cuanto

al tiempo de trabajo, el 11.98% de los ocupados lo está a tiempo parcial, porcentaje que cae en casi medio punto respecto al trimestre anterior.

La conjunción de la evolución de la oferta y la demanda de trabajo expuesta brevemente, ha dado lugar a que el desempleo en este primer trimestre se sitúe en 1.760.000 personas, lo que significa una disminución de 96.100 personas este trimestre (el trimestre anterior también aumento en otras 45.500 personas). Según los datos de la Encuesta de Población Activa el paro ha bajado en 77.000 personas respecto al segundo trimestre del año 2006. Finalmente, la tasa de paro se sitúa en el 7.95% disminuyendo en casi medio punto respecto al trimestre anterior. La tasa de paro masculina queda en el 6,1% (6,32% en el trimestre anterior), y la tasa de paro femenina se fija en el 10.49% casi un punto menos que en el primer trimestre de 2007 (11,39%). La tasa de paro de los españoles se sitúa en el 7,29%, la de los extranjeros en el 11.97%.

Hasta aquí una breve caracterización de lo ocurrido en el conjunto del mercado laboral español. Pasemos a continuación a considerar con algo más de detenimiento la evolución de las principales variables laborales en Andalucía en el periodo considerado.

En lo que respecta a la oferta de trabajo, el número total de personas laboralmente activas se situó en el segundo trimestre de 2007 en Andalucía en un total de 3.675.100 personas, lo que supone un aumento de 26.500 personas respecto al trimestre anterior. El incremento de población activa en este trimestre se distribuyó en un aumento de 23.400 hombres y de 3.100

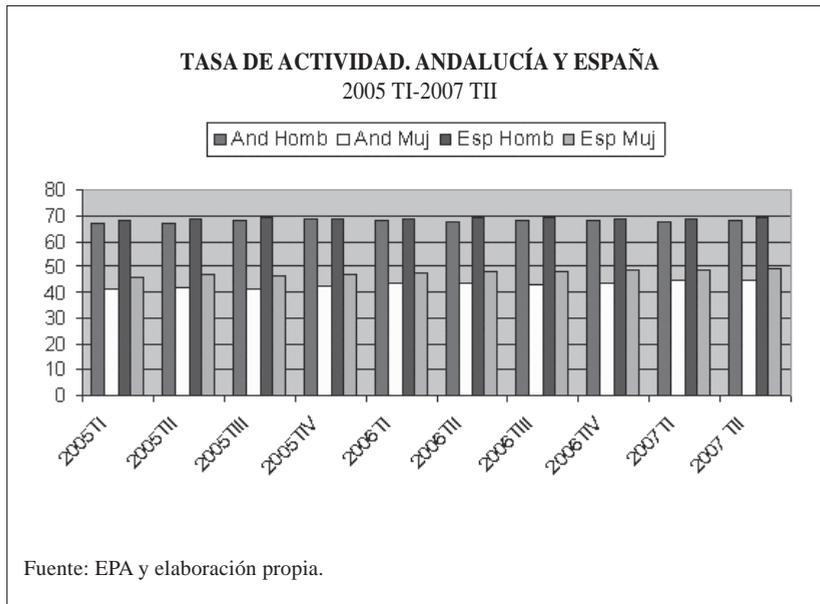


mujeres. La tendencia creciente del total de la población activa se mantiene ya que la diferencia con respecto al mismo trimestre del año 2006 es de 126.800 personas activas, lo que representa un aumento del 3,57%, frente a 12,84 % del trimestre anterior y al 2,27% del último trimestres de 2006.

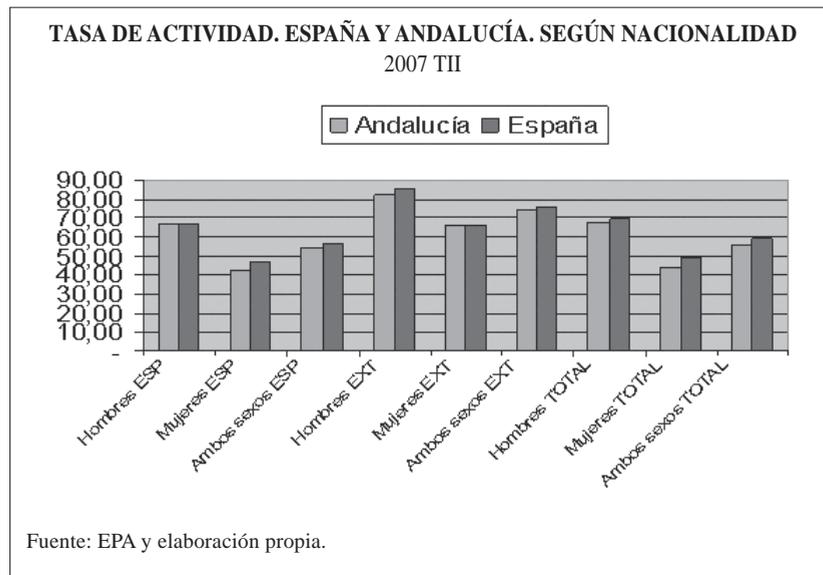
El número de personas nacionales activas en Andalucía se ha situado en 3.305.100 personas, 18.300 más que el trimestre anterior. El número de personas extranjeras activas en Andalucía se estima en 370.000, lo que significa un aumento de 8.200 en este trimestre.

Como consecuencia de esta evolución, la tasa de actividad de Andalucía ha alcanzado el 56,11% lo que representa un aumento de catorce décimas respecto al trimestre anterior y de 0,88 puntos respecto al mismo trimestre del año anterior. La diferencia con la tasa media de actividad nacional (58,86%) se ha situado en 2,75 puntos porcentuales.

La tasa de actividad masculina ha aumentado este trimestre, alcanzando la cifra de 68,12% (en el trimestre anterior 67,75%) y sigue acercándose a la media nacional (69,33 %). Por el contrario, la tasa de actividad femenina ha bajado 0,10 puntos, quedando en el 44,48%, siendo el valor nacional 48,78%. La convergencia en la tasa de actividad masculina es prácticamente total entre Andalucía y España, mientras que se mantiene la diferencia entre las tasas de actividad femeninas nacional y regional. Como ya se ha señalado, la diferencia entre la tasa andaluza y la nacional se explica fundamentalmente por el colectivo femenino.

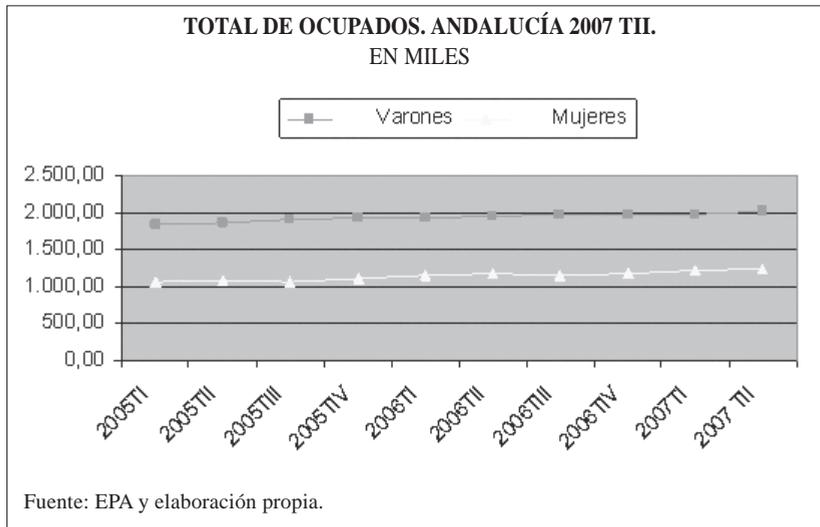


En los últimos años, la sociedad española en general y la andaluza en particular, ha experimentado un fuerte proceso de llegada de inmigrantes. La llegada de este colectivo fundamentalmente a partir de la segunda mitad de los años noventa del siglo XX, ha modificado de forma sustancial las condiciones de la oferta de trabajo que venía siendo características de los años ochenta y noventa. La tasa de actividad que recoge la EPA para hombres y mujeres nacionales y extranjeros presenta diferencias sustanciales. Como se observa en el gráfico adjunto, la tasa de actividad es mayor para la población extranjera que para la nacional, tanto en España como en Andalucía. La tasa de actividad mayor la presenta el colectivo de varones de nacionalidad extranjera en el conjunto nacional, La tasa más bajas la presenta el colectivo de mujeres nacionales en Andalucía.



Una vez planteada de forma simplificada la evolución de la oferta de trabajo pasemos a considerar el lado de la demanda que está relacionada con la evolución de la ocupación. En el segundo trimestre de 2007, en Andalucía, la cifra de ocupados alcanzó las 3.235.600 personas (3.192.300 en el primer trimestre de 2007 y 3.151.700 personas en el cuarto trimestre de 2006), lo que representa un 15,88% del total de la ocupación en España. Se mantiene la tendencia al crecimiento de la ocupación en Andalucía que en este trimestre ha aumentado en 43.300 personas (el aumento del primer trimestre de 2007 fue de 40.600 personas). Esta evolución se distribuye en un aumento de 38.900 hombres y de 4.500 mujeres. Si se compara con las cifras de ocupación del mismo trimestre del año anterior se observa que el

aumento ha sido de 136.900 personas, lo que significa un crecimiento de la ocupación en Andalucía respecto al mismo trimestre del año anterior de un 4.42% (frente a un 3.82% del primer trimestre de 2007, mientras que en el cuarto trimestre de 2006 la tasa interanual de crecimiento de la ocupación fue del 4,18%). Por el contrario, en el conjunto de España, la tasa de aumento de la ocupación fue del 3.42% frente al 3,45% del trimestre anterior que también es algo inferior al correspondiente al cuarto trimestre que se situó en el 3,56%).



Como se observa en el gráfico, la evolución de la ocupación en Andalucía muestra una tendencia positiva sostenida en los últimos trimestres. Este importante aumento de la ocupación ha sido especialmente destacado en el caso de las mujeres, ya que el crecimiento de la ocupación ha sido como consecuencia de una importante incorporación de la mujer al mercado de trabajo español y andaluz.

En cuanto a los sectores productivos, el empleo en este trimestre ha descendido en la Agricultura en 50.100 empleos menos (el descenso se ha centrado sobre todo en las mujeres 36.900). En la industria, el empleo se ha mantenido casi constante este trimestre, (1.100 empleados más), mientras que en los servicios el empleo ha crecido sustancialmente este trimestre en un total de 70.500 de los que 32.900 han sido hombres. El aumento del empleo más significativo en términos absolutos se ha dado en el subsector de los servicios tradicionales (55.400 personas). En lo que respecta al empleo en el sector de la construcción, la ocupación ha ascendido en 21.900 personas.

En términos porcentuales con respecto al empleo en el mismo trimestre del año anterior, el mayor aumento de la ocupación se ha dado en el sector de la construcción (7,55%) seguido del sector de los servicios (4,86%) y dentro de este sector en el subgrupo de los servicios avanzados cuyo empleo ha crecido a una tasa interanual del 15,59% este segundo trimestre. El empleo en la agricultura se ha reducido en una tasa del 1,86% este trimestre.

PORCENTAJE DEL EMPLEO RESPECTO AL TOTAL POR SEXO  
ANDALUCÍA Y ESPAÑA. 2007 TI

	HOMBRES		MUJERES		INDICE: % MUJERES / % HOMBRES	
	Andalucía	España	Andalucía	España	Andalucía	España
Agricultura	8,49	5,63	5,99	2,93	0,7059	0,5193
Industria	12,76	20,27	5,05	9,69	0,3955	0,4779
Construcción	24,18	21,32	1,43	1,84	0,0591	0,0861
Servicios	54,56	52,77	87,53	85,55	1,6042	1,6210
Servicios tradicionales	28,04	26,36	32,00	31,07	1,1411	1,1786
Servicios avanzados	8,59	10,61	13,27	14,69	1,5445	1,3840
Servicios públicos	13,81	11,84	26,36	26,08	1,9096	2,2031
Servicios personales	4,12	3,96	15,90	13,72	3,8577	3,4600
TOTAL	100,00	100,00	100,00	100,00	1	1

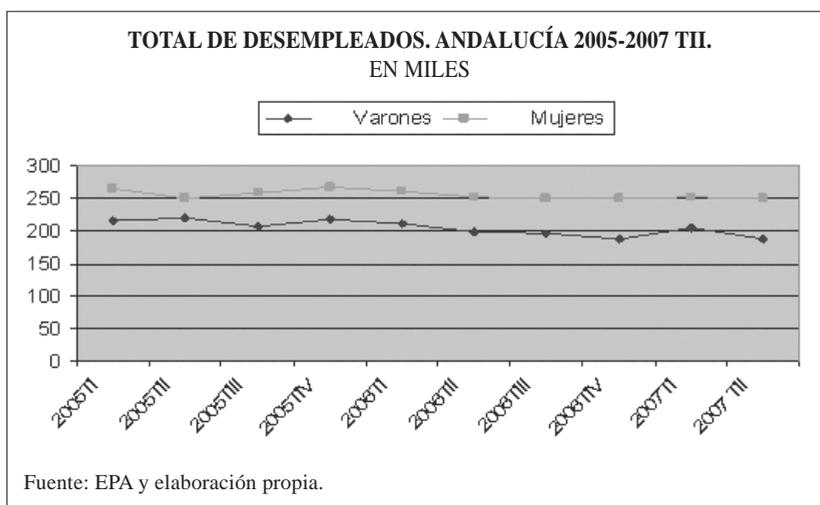
Fuente: EPA y elaboración propia

Como se observa en la Tabla, el porcentaje mayor del empleo femenino se concentra en el Sector de los servicios y fundamentalmente en el de servicios tradicionales. La concentración en el subsector de los servicios públicos del empleo femenino es también destacable respecto a la estructura del empleo masculino. Un índice simplificado para ver la especialización del empleo femenino en los diferentes sectores económicos en España y Andalucía se puede calcular dividiendo el porcentaje del empleo femenino sobre el porcentaje masculino en cada subsector. Como se observa, el ratio es especialmente elevado en el subsector de los servicios personales (3,8 en Andalucía y 3,4 en el conjunto de España). Los servicios públicos y los servicios avanzados también presentan un alto grado de especialización del empleo femenino. Por el contrario, la construcción es el sector de menor índice a favor de las mujeres trabajadoras.

La estructura de la ocupación en Andalucía respecto al total nacional muestra una especialización en el sector agrícola y en especial para el caso de las mujeres que representan casi el 40% del total de mujeres ocupadas

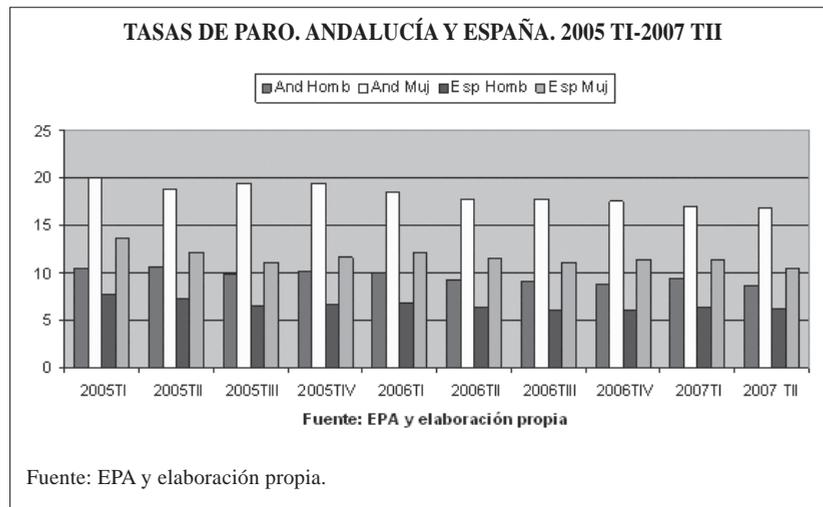
en España en ese sector. Por el contrario, la ocupación en Andalucía en el sector industrial tiene un peso reducido en torno al 10,8% del total nacional aunque la representación de las mujeres en este sector alcanza el 6%.

Pasemos a continuación a plantear la evolución del desajuste entre oferta y demanda de trabajo en Andalucía, esto es la evolución del desempleo. Según los datos de la EPA referidos a Andalucía, el número de desempleados se situó en el segundo trimestre de 2007 en 439.500 personas, lo que supone una reducción 16.800 respecto al trimestre anterior, frente a un aumento de 17.700 personas del primer trimestre del año. En comparación con lo ocurrido en el mismo trimestre de 2006 la reducción del desempleo ha sido de 10.000 personas (la reducción del trimestre anterior fue de 16.900 personas). Esta evolución significa una reducción del paro del 2.23% en los últimos cuatro trimestres (la reducción del primer trimestre fue del 3.56%), mientras que a nivel nacional la reducción del desempleo en este mismo periodo fue del 4.19% (en el trimestre anterior la reducción del número de parados fue del 4.12%).



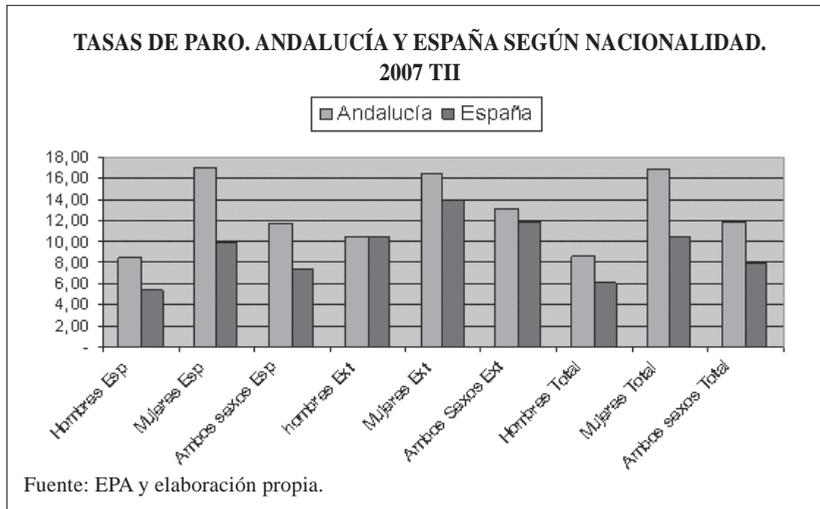
La evolución a la que nos hemos referido situó la tasa de paro media andaluza en este trimestre en el 11,96% una cifra reducida en la historia del paro en Andalucía. La tasa media de paro que señalamos engloba diferentes realidades que tienen que ver con la zona geográfica y con el género y la nacionalidad de los desempleados. Si nos centramos en la nacionalidad de los trabajadores y la zona geográfica en la que prestan sus servicios, la tasa de paro más elevada corresponde a las mujeres en Andalucía

(16.94%), mientras que este colectivo a nivel nacional presenta una tasa de desempleo más reducida (10.49%). La distancia entre ambas se reduce a lo largo del tiempo pues la caída de la tasa de paro femenina en Andalucía ha sido de 0.87 puntos respecto al mismo trimestre del año 2006 mientras que a nivel nacional la reducción ha sido algo superior (1.05 puntos).



En lo que se refiere a las tasas de paro masculinas, la diferencia entre el valor nacional y regional es de algo más de tres puntos. La reducción de ambas tasas de paro con respecto al mismo trimestre del año anterior ha sido de 0.66 puntos en Andalucía y 0,26 puntos en la tasa nacional (la reducción de la tasa en el trimestre anterior fue idéntica de 0.49 puntos).

Podemos afinar algo más si consideramos la nacionalidad de los desempleados en Andalucía y en España. Las tasas de desempleo más elevadas las soportan las mujeres de nacionalidad española en Andalucía. Las tasas de paro para de los hombres de nacionalidad española es menor que la de los hombres de nacionalidad extranjera en ambas zonas geográficas. Es significativo el papel de la emigración en el mercado laboral español y en menor medida por su más escasa presencia en el mercado laboral andaluz. Su evolución futura puede dar pistas sobre los cambios que se están produciendo en el ciclo económico, ya que debido a los empleos que el colectivo de emigrantes ocupan, pueden ser uno de los primeros grupos sociales en estar expuestos a una desaceleración del crecimiento económico español en su conjunto o de algunos de sus sectores como la agricultura, la construcción o las actividades ligadas al turismo y la hostelería.



## 2. INTRODUCCIÓN AL PAPEL ECONÓMICO DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES LABORALES

### Legislación básica

Las Mutuas nacen en España con la Ley sobre Accidentes de Trabajo, promulgada el 30 de enero de 1900, donde se establece por primera vez la responsabilidad objetiva del empresario, obligando al patrono a indemnizar a los trabajadores que se accidentasen en el trabajo. Los empresarios, para asegurar el cumplimiento de estas nuevas obligaciones, deciden asociarse entre sí constituyéndose de este modo las primeras Mutuas de Accidentes de Trabajo en nuestro país.

Posteriormente, se promulga la Ley de Accidentes de 1922, que introduce la imprudencia profesional entre los riesgos a que se extendía la responsabilidad empresarial y establece un Fondo de Garantía para que quedase cubierta la correspondiente indemnización al trabajador para los casos de insolvencia empresarial.

El Texto Refundido sobre Accidentes de Trabajo de 1932 y el Reglamento de Accidentes de 1933 establecieron la obligatoriedad para el empresario de estar asegurado contra el riesgo de accidentes de trabajo de sus empleados, debiendo contratar un seguro de accidentes con una Mutua Patronal, una Compañía de Seguros, o con la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo. Así, las Mutuas Patronales aparecen como entidades privadas que pueden gestionar este riesgo profesional en las mismas condiciones que una entidad pública (la Caja Nacional) y en competencia con las Compañías de Seguros legalmente constituidas.

En la Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, verdadero punto de arranque del actual Sistema de Seguridad Social en España, se establece un sistema de protección social único, incorporando en el régimen público, junto con el resto de los seguros sociales obligatorios, la cobertura del Seguro de Accidentes de Trabajo. La gestión de las contingencias profesionales queda atribuida al Instituto Nacional de Previsión, que se convierte en Entidad Gestora de la Seguridad Social, a las Mutualidades Laborales y a las Mutuas Patronales.

CUADRO 1  
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE MUTUAS

	Legislación	Principales características
1900	Ley de Accidentes de trabajo	Se erigen las Mutuas como respuesta de los empresarios a la Ley
1922	Ley de Accidentes	Se crea un Fondo de Garantía para los casos de insolvencia empresarial
1933	Reglamento de Accidentes	— Se establece la obligación para el empresario de estar asegurado contra el riesgo de accidente de trabajo de sus empleados — Las Mutuas Patronales se convierten en entidades privadas que gestionan el riesgo de accidente en las mismas condiciones que una entidad pública
1963	Ley de Bases de la Seguridad Social	— Se crea un sistema de protección social único, incorporando en el régimen público la cobertura del Seguro de Accidentes de Trabajo — La gestión de las contingencias profesionales queda atribuida al Instituto Nacional de Previsión y a las Mutualidades, que pasan a ser entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social
1977-1985	Transición democrática	— Se opta por el modelo existente con la introducción de mecanismos de control y tutela — Se debatió sobre el futuro de las Mutuas, sobre la conveniencia de incluirlas en el INSS o mantener su status — Aunque había posibilidades de cambios en el sistema, imperó la hipótesis de mantener el sistema mutual, circunscrito a las contingencias profesionales, bajo presiones del empresariado, fundamentalmente
1972	Ley de Financiación de la Acción Protectora de la SS	Se considera a las primas, a cargo exclusivo del empresario, como cuotas de la Seguridad Social
1996	Ley 42/1994 de medidas fiscales, administrativas y de orden social	— Se otorga la capacidad de gestión de incapacidad temporal por contingencias comunes (ITCC) a las Mutuas — Se permite cubrir la prestación por ITCC a los trabajadores autónomos y por cuenta propia del Régimen Especial Agrario
1995	Ley de Prevención de Riesgos Laborales	Se permite a las Mutuas dar servicios de prevención ajenos, sólo para sus empresas asociadas
1998	Ley 66/1997 de medidas fiscales, administrativas y del orden social	Obligación de los nuevos trabajadores por cuenta propia a acogerse a la prestación de ITCC con una Mutua
2004	Real Decreto 1273/2003	Se otorga a las Mutuas la competencia para cubrir las contingencias profesionales también a los trabajadores autónomos

Fuente: Elaboración propia.

En la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social, se establece que las primas, a cargo exclusivo del empresario, tienen a todos los efectos la consideración de cuotas de la Seguridad Social.

La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, amplía la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social al permitir a los empresarios ya asociados a una Mutua para la cobertura de las contingencias profesionales, concertar con esa misma Entidad la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores a su servicio, situación que las Mutuas empezaron a desarrollar a partir de 1996. Asimismo, se permitió optar por cubrir esta prestación con las Mutuas a los trabajadores autónomos y a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, amplía el campo de competencias de las Mutuas al permitírseles desarrollar exclusivamente para sus empresas asociadas las funciones correspondientes a los Servicios de Prevención Ajenos que esa Ley establecía. Posteriormente, la Orden Ministerial de 22 de abril de 1997 vino a regular el funcionamiento de las Mutuas en la realización de actividades preventivas, distinguiendo entre las tradicionales comprendidas dentro de la cobertura de los riesgos profesionales y las que realicen como Servicios de Prevención Ajenos. Al finalizar el año 1998 todas las Mutuas de Accidentes se encontraban acreditadas para desarrollar las funciones como Servicio de Prevención, en una o varias Comunidades Autónomas.

A partir del año 1998 (Ley 66/1997 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social) se estableció para los trabajadores autónomos que ejercitasen la opción para la cobertura de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes, la obligación de formalizar esa opción necesariamente con una Mutua de Accidentes.

La ampliación del ámbito de competencias de las Mutuas continuó, al reconocérseles a estas Entidades, desde el año 2004, competencia para cubrir las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional de los trabajadores autónomos (según el Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia).

### **Características y funciones de las Mutuas**

Por tanto, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social son asociaciones voluntarias de empresa-

rios que, autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales como entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, tienen entre sus objetivos y funciones:

- gestionar los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales,
- cubrir la prestación económica de la Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes,
- a través de los servicios de prevención, dar solución al cumplimiento de las obligaciones que los empresarios tienen en relación a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Las características principales de las Mutuas son las siguientes:

- carecen de ánimo de lucro. Los excedentes de la gestión ingresan en la Seguridad Social,
- los empresarios asociados se responsabilizan mancomunadamente,
- están tuteladas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,
- la asociación de empresarios es de carácter voluntario, es decir, el empresario puede optar entre formalizar la cobertura de los accidentes de trabajo con las Entidades Gestoras de la Seguridad Social o asociarse a una Mutua.

Así, la función originaria de las Mutuas es la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para lo cual deben prestar obligatoriamente una serie de servicios, para cuya realización se destinan los porcentajes de la cuota de accidentes de trabajo que mensualmente pagan los empresarios asociados.

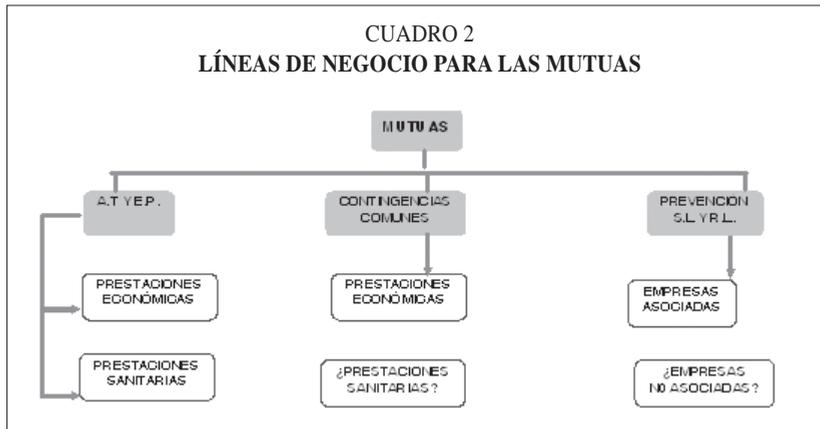
Debido a la ampliación del campo de acción de las mutuas en la última década, se ha establecido una relación de las prestaciones que debe dar la mutua, a cargo de dichas cuotas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, entre las que se encuentran las siguientes:

- En primer lugar, deben realizar prestaciones preventivas, que respondan a la necesidad de realizar prevención para evitar que se tengan que producir las correspondientes prestaciones asistenciales y las económicas. Las mutuas también pueden realizar actividades preventivas con cargo a cuotas de contingencias profesionales en las empresas que tienen asociadas.
- Las prestaciones asistenciales propias de las mutuas se darán cuando se produzca un accidente o enfermedad profesional. Estas prestaciones incluyen asistencia sanitaria, ya sea mediante tratamientos con medios propios o concertados; rehabilitación y orientación profesional.
- En cuanto a las prestaciones económicas, existen diferentes prestaciones, dependiendo de la contingencia que impida el desarrollo de la actividad profesional, ya sean prestaciones derivadas de:
  - una contingencia profesional (accidente de trabajo o enfermedad profesional): la gestión incluye las contingencias y situa-

ciones de incapacidad temporal (IT) e invalidez, muerte y supervivencia (IMS). Se extiende a los trabajadores por cuenta ajena pertenecientes a las empresas asociadas a las mutuas y, desde el año 2004, cubre también a los trabajadores autónomos.

- una contingencia común (enfermedad común y accidente no laboral de la Seguridad Social): la gestión incluye la contingencia de incapacidad temporal derivada de las contingencias expresadas para los trabajadores por cuenta ajena ya protegidos por las mutuas que cubren la contingencia profesional y para los trabajadores por cuenta propia adheridos a una mutua.

De este modo, las líneas de negocio de las mutuas se pueden resumir en el siguiente cuadro, con la perspectiva de ampliación de las mismas que se señala.



Fuente: Elaboración propia.

### Relación entre las Mutuas y la Seguridad Social

De esta forma, la colaboración de las mutuas en la gestión de la Seguridad Social comprende las siguientes actividades:

- La colaboración en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- La colaboración en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
- Su contabilidad se rige por el Plan General de Contabilidad de la Seguridad Social, debiendo las Mutuas rendir cuentas de su gestión ante el Tribunal de Cuentas. Sus presupuestos anuales se integran en el Presupuesto de la Seguridad Social.

Así, a la tradicional gestión de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, se une la de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes (1996), la ampliación de la protección a los trabajadores por cuenta propia y la variación de competencias en materia de prevención de riesgos laborales (2005).

La financiación de las Mutuas de accidentes de Trabajo se realiza a partir de la aportación de dos cuotas independientes: una, por la gestión de las Contingencias Profesionales y, otra, por las Contingencias Comunes.

La colaboración de las Mutuas en la gestión de las contingencias profesionales se financia por medio de las cuotas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, que son exclusivamente a cargo del empresario. Estas cuotas son recaudadas por la Tesorería General de la Seguridad Social, y, posteriormente, son entregadas a la Mutua correspondiente. La cotización por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, se realiza mediante la aplicación de una tarifa de primas, en función de si el trabajador lo es por cuenta ajena o por cuenta propia.

La colaboración de estas entidades en la gestión de las contingencias comunes se financia a través de un porcentaje o fracción sobre las cuotas por contingencias comunes, a cargo tanto de los empresarios como de los trabajadores, y que igualmente recauda la Tesorería General de la Seguridad Social. Cada año es la correspondiente Orden de Cotización la que establece la fracción de cuota a recibir por las Mutuas para hacer frente a la colaboración en la gestión de esta contingencia.

### **3. IMPORTANCIA DE SERVICIOS DE LAS MUTUAS: SINIESTRALIDAD EN EL TRABAJO**

Entre las principales funciones de las Mutuas se encuentra la de colaborar con la Seguridad social en la gestión de las contingencias profesionales, es decir, se encargan, por un lado, de prestar asistencia sanitaria cuando se produzca un accidente o enfermedad profesional, así como de dar cobertura económica por la incapacidad temporal o de invalidez, muerte y supervivencia, derivada de dicha contingencia profesional.

De esta forma, la evolución de los accidentes y enfermedades profesionales en nuestro país, y su incidencia entre el total de los trabajadores y los protegidos por estas contingencias, deviene en una cuestión fundamental en la prestación de servicios, y por tanto, en la propia existencia, de las Mutuas.

Entre los años 1997 y 2006 los accidentes de trabajo con baja laboral se han incrementado en un 35 por ciento, derivado principalmente del aumento en el número de accidentes leves, pues tanto los accidentes graves como los mortales registran una caída del 19 y del 11 por ciento, respecti-

vamente, en este periodo. El año que marca el mayor número de accidentes es el año 2001, a partir del cual comienzan a disminuir tanto los accidentes leves como los graves, aunque los mortales iniciarán su descenso en el año siguiente.

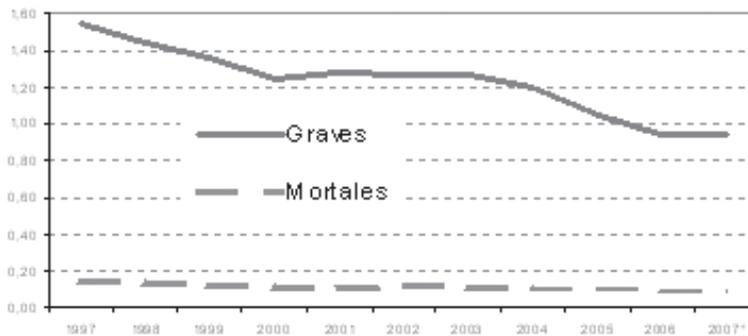
CUADRO 3  
ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO CON BAJA, SEGÚN GRAVEDAD

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007*
Leves	665.565	741.455	856.286	920.156	933.484	925.201	862.588	860.304	880.682	902.062	543.570
Graves	10.515	10.866	11.771	11.640	12.086	11.886	11.116	10.452	9.255	8.552	5.178
Mortales	1.058	1.075	1.104	1.136	1.030	1.101	1.020	968	935	947	493
<b>Total</b>	<b>677.138</b>	<b>753.396</b>	<b>869.161</b>	<b>932.932</b>	<b>946.600</b>	<b>938.188</b>	<b>874.724</b>	<b>871.724</b>	<b>890.872</b>	<b>911.561</b>	<b>549.241</b>

\* Datos acumulados hasta julio de 2007. Fuente: *Estadística de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (MTAS)*.

Sin embargo, esta disminución no es constante, pues los accidentes leves muestran de nuevo un ascenso en el año 2005 que continúa en 2006, año donde también se recoge un mayor número de accidentes mortales respecto al anterior.

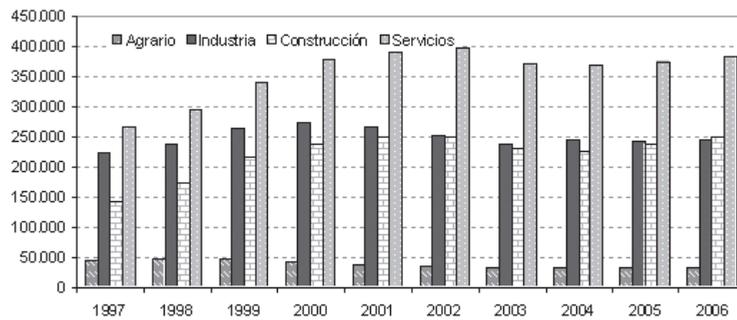
CUADRO 4  
EVOLUCIÓN DEL PORCENTAJE DE ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO CON BAJA: GRAVES Y MORTALES (1997-2007)



\* Datos acumulados hasta julio de 2007. Fuente: Elaboración propia a partir de *Estadística de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (MTAS)*.

Por sectores, la evolución del número de accidentes en jornada laboral con baja, indica una disminución, en el conjunto del periodo citado 1997-2006, del 25,3 por ciento en los accidentes en el sector agrario, aumentando, por el contrario, en el resto de sectores: en el año 2006 únicamente se registra un incremento del 9,2 por ciento en los accidentes en el sector de la industria; en el sector servicios el aumento es del 44,5 por ciento; mientras en la construcción es en el sector donde se han disparado los accidentes en jornada de trabajo con baja, pues la subida respecto al año 1997 es del 75,2 por ciento.

CUADRO 5  
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO CON BAJA, POR SECTOR DE ACTIVIDAD (1997-2006)



Fuente: Elaboración propia a partir de *Estadística de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales* (MTAS).

El 80 por ciento de los accidentes en jornada laboral, con baja, se producen entre los varones. La cifra alcanza el 96,4 por ciento cuando el accidente resulta en muerte y el 90 por ciento de los accidentes de carácter grave sucede también en el caso de los varones. Entre los accidentes *in itinere*, los porcentajes se igualan más entre hombres y mujeres: el 55 por ciento de los accidentados en estas circunstancias son hombres y el 45 por ciento, mujeres.

CUADRO 6  
**NÚMERO DE ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO CON BAJA,  
 POR EDAD Y SEXO (2006)**

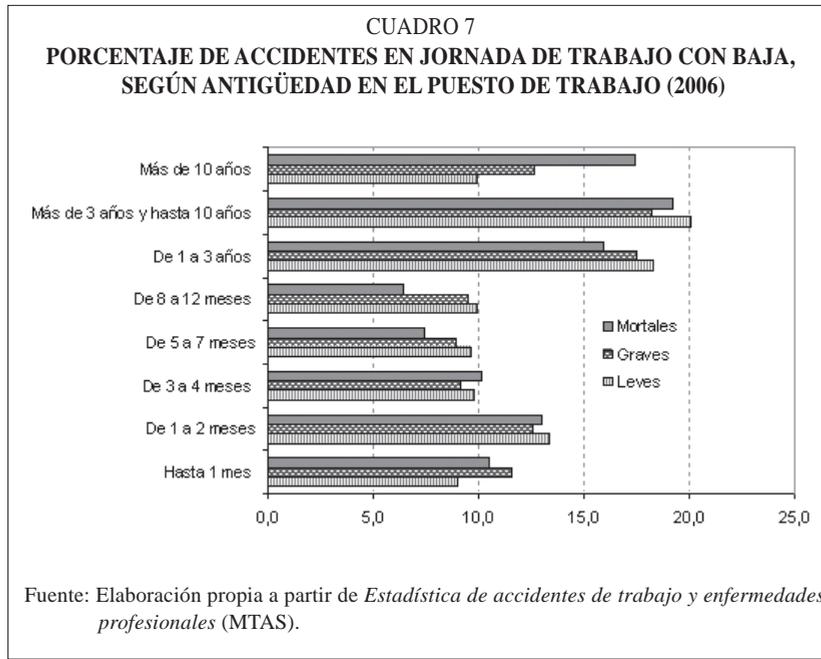
	Total		Leves		Graves		Mortales	
	V	M	V	M	V	M	V	M
De 16 y 17 años	8.767	1.371	8.709	1.367	54	4	4	-
De 18 y 19 años	23.641	5.161	23.452	5.147	175	14	14	-
De 20 a 24 años	96.872	23.723	96.201	23.659	628	64	43	-
De 25 a 29 años	124.433	31.239	123.291	31.131	1.064	100	78	8
De 30 a 34 años	118.146	27.618	117.004	27.504	1.039	109	103	5
De 35 a 39 años	103.756	25.318	102.635	25.203	1.002	112	119	3
De 40 a 44 años	85.091	24.282	83.889	24.176	1.084	100	118	6
De 45 a 49 años	65.060	21.454	64.027	21.333	899	119	134	2
De 50 a 54 años	46.586	15.099	45.679	14.990	782	105	125	4
De 55 a 64 años	50.513	12.637	49.390	12.507	951	124	172	6
De 65 y más años	551	243	531	237	17	6	3	-
<b>Total</b>	<b>723.416</b>	<b>188.145</b>	<b>714.808</b>	<b>187.254</b>	<b>7.695</b>	<b>857</b>	<b>913</b>	<b>34</b>

Fuente: *Estadística de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (MTAS)*.

En el año 2006, el 17 por ciento de los accidentes en jornada laboral con baja se producen entre los 25 y los 29 años, tanto en el caso de los varones como en el de las mujeres (17,2 y 16,6 por ciento, respectivamente), aunque en esta edad, la mayoría de los accidentes son de carácter leve (el 17,3 por ciento de los accidentes de carácter leve entre los varones se produce en este tramo de edad, siendo el porcentaje del 16,6 en el caso de las mujeres).

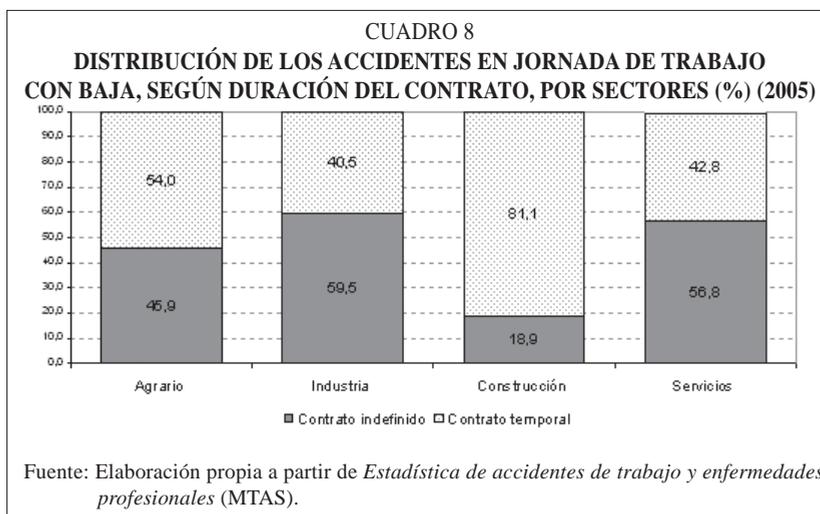
El mayor número de accidentes de carácter grave sucede entre los 40 y los 44 años (el 13,84 por ciento): entre los varones la cifra es del 14,1 por ciento de este tipo de accidentes en esta edad. Sin embargo, el mayor número de accidentes graves entre las mujeres se sitúa en el tramo de 55 a 64 años (el 14,5 por ciento).

Mientras que los accidentes mortales se producen con mayor frecuencia en el tramo que abarca entre los 55 y los 64 años en términos generales (el 18,8 por ciento, con idéntico porcentaje para los varones en este abanico de edad), en el caso de las mujeres, este tipo de accidentes ocurrió en mayor medida entre los 25 y 29 años, con un 23,5 por ciento de los accidentes mortales en jornada laboral en el año 2006.



Casi el 40 por ciento de los accidentes de trabajo en jornada laboral se produce entre trabajadores cuya antigüedad en el puesto de trabajo se sitúa entre 1 y 10 años. Cuando el trabajador lleva entre 3 y 10 años en el puesto de trabajo es cuando se produce el 20 por ciento de los accidentes, ya sean leves, graves o mortales. Además, los accidentes mortales también son más numerosos según aumenta la antigüedad del trabajador en su puesto de trabajo, lo cual puede indicar una cierta relajación a la hora de tomar las precauciones adecuadas (año 2006).

En cuanto al tipo de contrato, ocurren más accidentes en jornada laboral entre los trabajadores contratados de forma temporal (52,6 por ciento en el año 2006) que entre los trabajadores con contrato indefinido (46,3 por ciento). Esta proporción se repite en los accidentes de carácter leve y, más o menos, en los de carácter grave (el 54 por ciento de los accidentados graves tenía un contrato de carácter temporal en el año 2006), pero se invierte en el caso de accidentes mortales (el 51,4 por ciento de los accidentes mortales se registraron entre trabajadores con contrato indefinido).



Al observar los accidentes producidos según duración del contrato por sectores, se aprecia una gran diferencia: la proporción de accidentados en el sector de la construcción es del 81,1 por ciento en el caso de los contratados temporalmente, mientras que en la industria, el 59,5 por ciento de los accidentes les suceden a los trabajadores con contrato indefinido. Bien es verdad que es el sector de la construcción uno de los que mayor tasa de temporalidad presenta (del 56,04 por ciento en el 2º trimestre del año 2005), mientras en el sector industrial, la tasa de temporalidad es la menor entre todos los sectores (del 24,62 por ciento en ese mismo periodo).

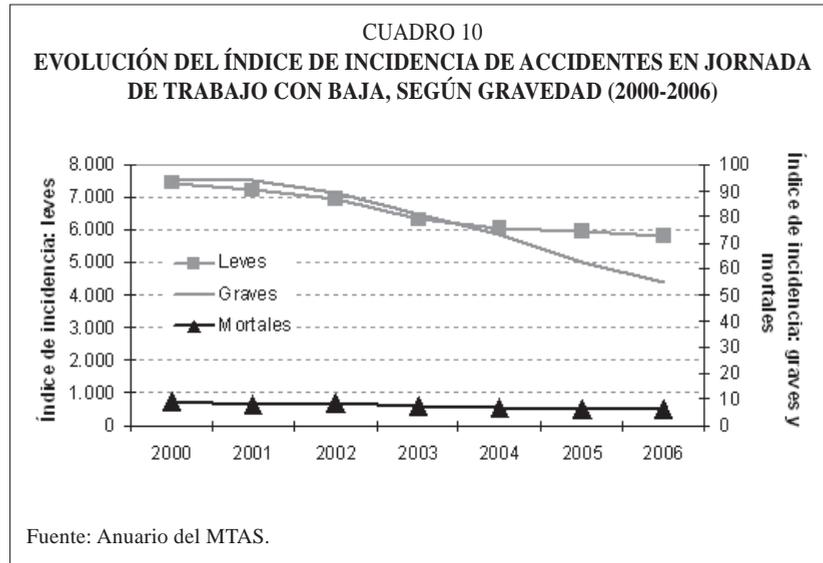
Entre los trabajadores con contrato indefinido, la mitad de los accidentes se producen en el sector servicios (el 51 por ciento), mientras entre los trabajadores con contrato temporal, la mayoría de los accidentes (el 41,1 por ciento) ocurren en el sector de la construcción.

**CUADRO 9**  
**EVOLUCIÓN DE LOS ACCIDENTES EN JORNADA DE TRABAJO**  
**CON BAJA / OCUPADOS, POR SECTORES (1/1.000), 1997-2006**

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Agrario	42,6	45,1	45,2	42,0	37,1	37,4	35,2	35,8	34,7	35,4
Industria	84,3	83,5	89,6	89,2	83,5	79,3	74,3	76,5	74,3	74,3
Construcción	108,4	125,8	140,2	140,7	133,4	125,5	108,8	100,1	102,0	99,3
Servicios	32,2	34,6	37,6	39,1	39,3	38,2	34,0	32,1	30,5	29,6
Total	51,0	54,5	59,4	60,4	58,9	56,5	50,7	48,8	47,1	46,3

Fuente: Elaboración propia a partir de *Estadística de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales* (MTAS) y EPA (INE)

La tasa de accidentes por ocupado ha disminuido de forma continuada entre 2000 y 2004, en todos los sectores, salvo en el de servicios, que comenzó a disminuir un año después. En los dos últimos años se ha estabilizado la relación en todos los sectores.



Si se observan los datos del índice de incidencia de accidentes en jornada de trabajo (definido como n.º de accidentes x 100.000 / afiliados a la Seguridad Social con la contingencia de accidente de trabajo específicamente cubierta), se comprueba la reducción que se manifiesta en todos los índices, especialmente, entre los accidentes de carácter grave.

En definitiva, se puede concluir que la inmensa mayoría de los accidentes en jornada laboral con baja son de carácter leve (el 98,6 por ciento, de media para el periodo 1997-2006).

Además, de los accidentes con baja laboral, sólo el 8 por ciento (de media para la década 1997-2006) se produjeron *in itinere*, mientras el 92 por ciento restante entran dentro de la consideración de accidentes en jornada laboral.

En cuanto a las enfermedades profesionales, éstas han experimentado un continuo crecimiento hasta el año 2005 para, en el último año, reflejar una fuerte disminución.



Estas enfermedades profesionales están tipificadas en el Cuadro de Enfermedades Profesionales, aprobado por el gobierno mediante Real Decreto. La última revisión de esta lista ha entrado en vigor el 1 de enero de este año 2007 y en ella se han procurado adecuar las enfermedades profesionales a las Recomendaciones dictadas por la Unión Europea, con el fin de unificar criterios en un espacio común.

La evolución por sectores también presenta un incremento considerable en el sector de la industria hasta el año 2003, a partir del cual, comienzan a descender las enfermedades con baja en este sector, mientras en el resto, continúan aumentando hasta el año 2005.





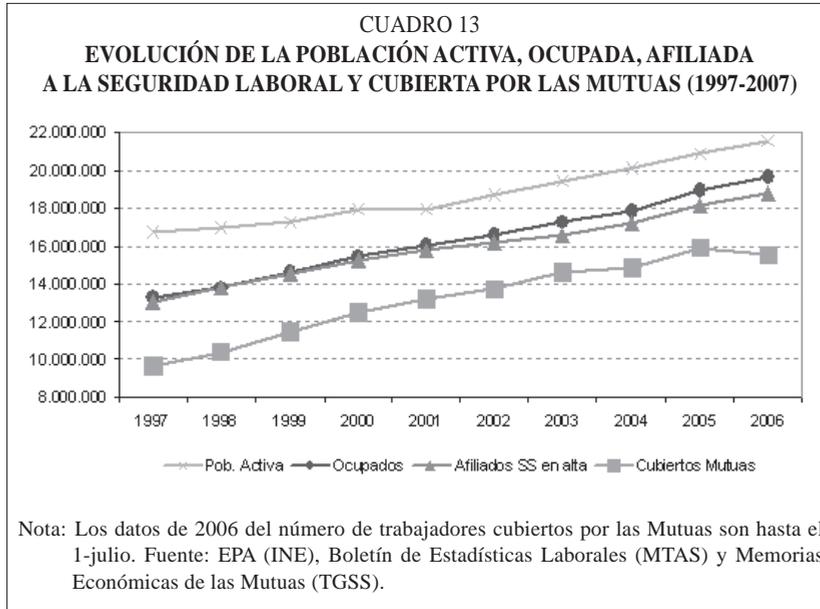
En definitiva, se puede considerar que, en general, la globalización y flexibilidad laboral, la mayor inestabilidad laboral, derivada de un mayor número de contratos temporales, así como de un incremento del nivel de empleo por cuenta propia, y la falta de formación en prevención de riesgo, se configuran como los elementos determinantes en la evolución de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que determinan la demanda de servicios a las mutuas.

Asimismo, la introducción de nuevas tecnologías, con las consiguientes nuevas formas de trabajo y los correspondientes cambios en los métodos de producción, que derivan en nuevas formas de contratación (subcontratación, *outsourcing*, *just in time*, etc.), así como la aparición de nuevas enfermedades profesionales que conllevan, plantean un futuro de constante incertidumbre en el ámbito de las mutuas.

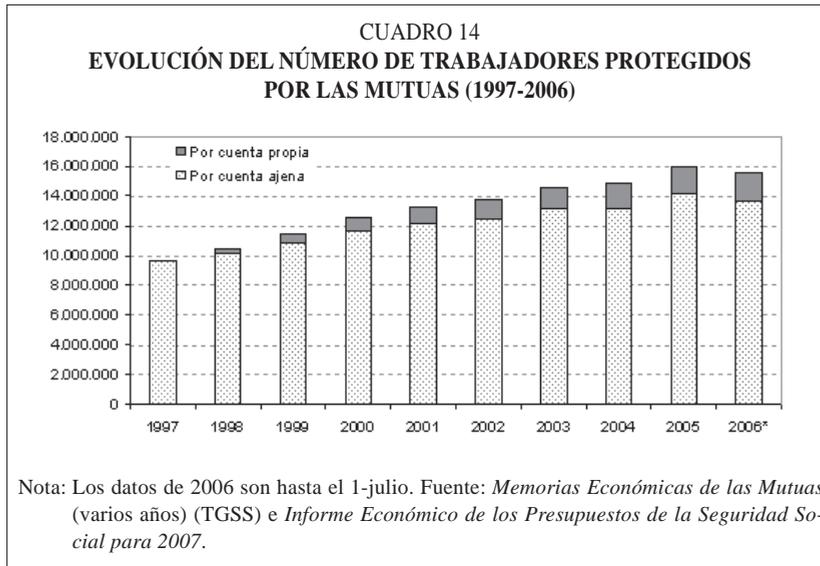
Por otra parte, la internacionalización de la demanda, que provoca una mayor movilidad de trabajadores, especialmente en el cercano entorno de la Unión Europea, y la falta de mecanismos penalizadores para las empresas con altas tasas de siniestralidad, pueden favorecer un incremento en los costes y gastos de protección de accidentes y enfermedades laborales.

#### 4. ENTORNO ECONÓMICO DE LAS MUTUAS

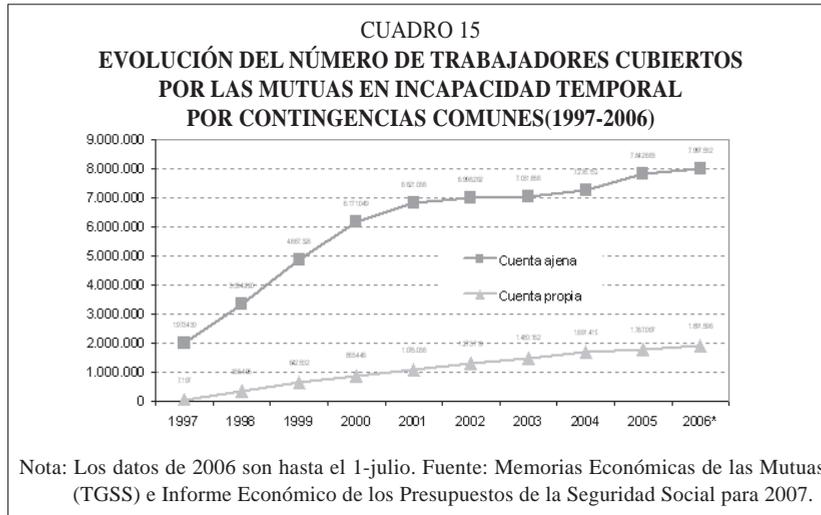
El crecimiento registrado en la última década en la población activa y ocupada en España, se traduce, a su vez, en un aumento en el número de trabajadores cubiertos por las mutuas. El número de trabajadores protegidos por las mutuas se incrementó con mayor celeridad en los últimos años de la pasada década, a partir de la incorporación de la gestión de incapacidad temporal por contingencias comunes (efectiva a partir de 1996), así como de la obligación de los trabajadores por cuenta propia a acogerse a la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes en una mutua, en 1998.



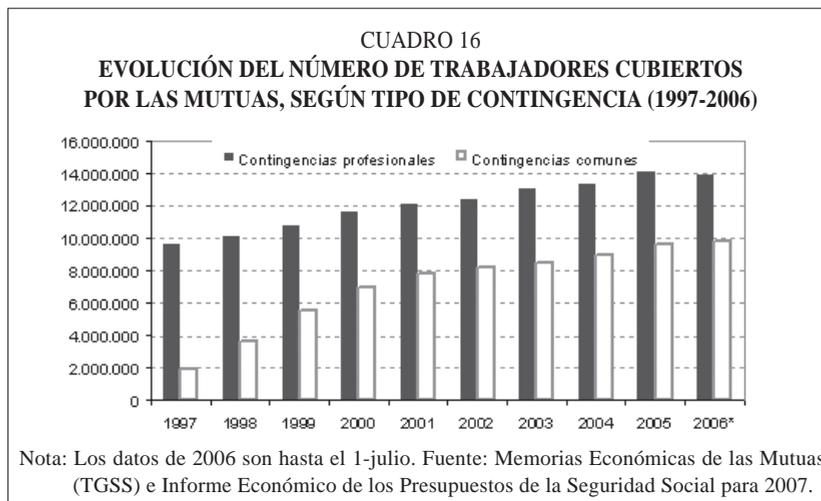
De hecho el número de trabajadores por cuenta propia ha pasado a representar más del 10 por ciento del total de trabajadores acogidos en las mutuas. Incluso, a partir de 2004, cuando se permite a los trabajadores autónomos acogerse a las prestaciones por contingencias profesionales en las mutuas, la previsión es de seguir aumentando.



Aunque todavía los trabajadores por cuenta propia con las contingencias profesionales cubiertas por las mutuas apenas representan el 2 por ciento del total de trabajadores con la contingencias profesionales cubiertas, la situación en cuanto a la incapacidad temporal por contingencias comunes es distinta, pues los trabajadores por cuenta ajena suponen ya casi el 20 por ciento.



También se observa la fuerte subida en el número de trabajadores protegidos por ITCC al permitirse a las mutuas la gestión de esta incapacidad temporal desde el año 1996. De todos los trabajadores incluidos en las mutuas, alrededor del 90 por ciento están protegidos frente a las contingencias



profesionales (en definitiva, el origen de las mutuas) y en torno al 50 por ciento, lo están también frente a las contingencias comunes.

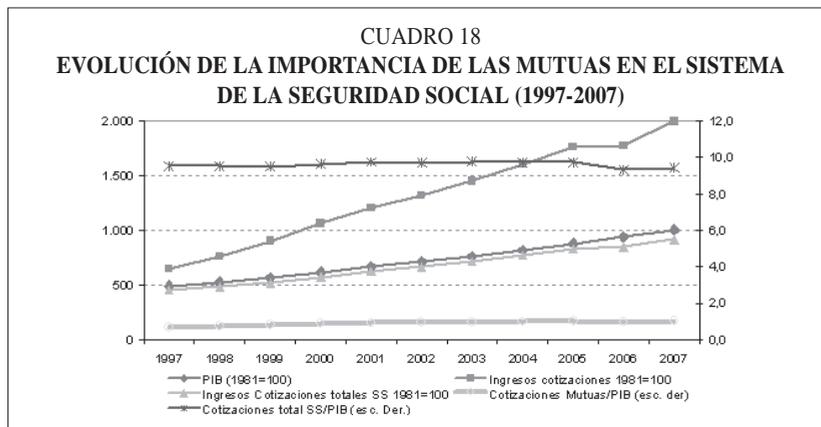
En lo que se refiere a las contingencias profesionales, es decir, a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, alrededor del 95 por ciento de los trabajadores están protegidos por las Mutuas y tan sólo alrededor del 5 por ciento lo está por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. En el caso de las contingencias comunes, la situación se vuelve más pareja, pues en torno al 55 por ciento de los trabajadores, ya sean por cuenta propia o ajena, están afiliados a través de las mutuas, mientras el 45 por ciento restante lo está directamente mediante las Entidades Gestoras.

CUADRO 17  
AFILIADOS SEGÚN TIPO DE COBERTURA Y ENTIDAD

	Afiliados por cobertura de contingencias profesionales				Afiliados por cobertura de incapacidad temporal por contingencias comunes			
	E. Gestoras	%	Mutuas	%	E. Gestoras	%	Mutuas	%
2002	888.324	6,7	12.436.943	93,3	6.896.123	45,5	8.272.011	54,5
2003	522.872	3,8	13.116.052	96,2	7.126.612	45,6	8.511.850	54,4
2004	847.606	6,0	13.380.601	94,0	7.253.623	44,7	8.969.571	55,3
2005	827.485	5,9	13.275.658	94,1	7.383.614	43,4	9.609.780	56,6
2006	816.729	5,5	13.979.895	94,5	7.331.977	42,6	9.889.180	57,4

Los ingresos por cotizaciones de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales representan el 10,6 por ciento del Sistema de Seguridad de España, en el año 2006. Esto equivale a alrededor del 1 por ciento del PIB del país (el INSS representa alrededor del 9,7 por ciento del PIB). Desde el año 1997 este porcentaje se ha incrementado considerablemente, en un 52,7 por ciento.

CUADRO 18  
EVOLUCIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LAS MUTUAS EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL (1997-2007)

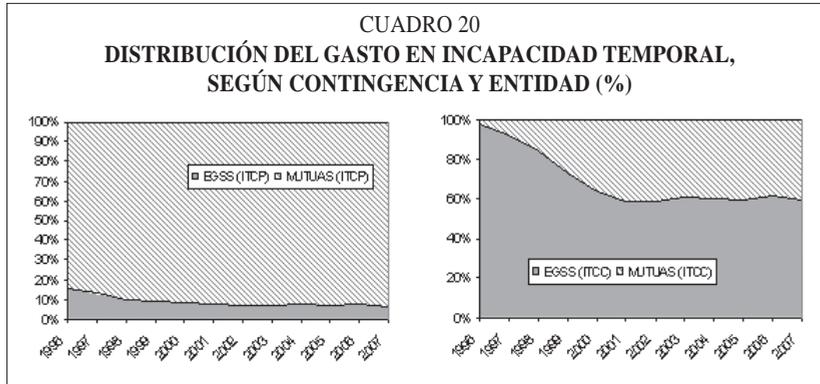


En cuanto al peso de las cotizaciones ingresadas por las mutuas en concepto de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, éstas suponen más del 90 por ciento de las cotizaciones ingresadas por este concepto en el total de la Seguridad social, pues la Tesorería General sólo recibe el 5 por ciento restante. El peso de las cotizaciones ingresadas por las mutuas ha ido aumentando en la última década, hasta alcanzar el 10,6 por ciento del total de ingresos por cotizaciones en la Seguridad Social.

CUADRO 19  
INGRESOS POR COTIZACIONES (MILLONES DE €)

	Mutuas				Treasorería			
	Total	%	AT	%	Total	%	AT	%
1997	3.345,13	7,0	3.067,46	90,6	44.696,08	93,0	318,38	9,4
1998	3.925,75	7,6	3.351,78	91,8	47.401,43	92,4	297,45	8,2
1999	4.689,26	8,5	3.743,58	93,0	50.423,00	91,5	283,38	7,0
2000	5.522,46	9,1	4.219,00	94,0	55.243,87	90,9	269,03	6,0
2001	6.266,08	9,4	4.672,64	94,5	60.123,97	90,6	270,74	5,5
2002	6.842,15	9,7	5.050,00	95,2	63.986,95	90,3	254,46	4,8
2003	7.526,16	9,8	5.504,38	95,4	68.903,40	90,2	262,81	4,6
2004	8.309,23	10,1	5.941,69	95,5	73.561,81	89,9	279,68	4,5
2005	9.137,10	10,4	6.530,09	95,7	79.098,63	89,6	291,10	4,3
2006	10.133,82	10,6	7.240,13	96,0	85.267,89	89,4	299,67	4,0
2007	10.354,74	10,6	7.251,18	95,9	87.002,80	89,4	312,83	4,1

En la distribución de los gastos por incapacidad temporal a que hacen frente tanto entidades gestoras como mutuas se ha producido un cambio durante los últimos años: ha aumentado paulatinamente la participación de las mutuas en los gastos totales, de manera que mientras en el año 1996 únicamente suponían el 12,6 por ciento de los gastos de incapacidad temporal, en el año 2007 ese porcentaje se eleva hasta casi el 48 por ciento. Este aumento se debe, sobre todo, al considerable incremento del gasto en prestaciones por incapacidad temporal debida a contingencias comunes, derivado de las modificaciones legislativas que han otorgado también esta competencia a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.



De manera que el gasto por afiliado que resulta muestra una mayor eficiencia en la gestión por incapacidad temporal de las mutuas, frente a las entidades gestoras, pues en ambos casos, en la cobertura por contingencias profesionales y por contingencias comunes, los gastos por afiliado son significativamente inferiores.

**CUADRO 21**  
**GASTO POR AFILIADOS SEGÚN TIPO DE COBERTURA Y ENTIDAD**

	Gasto /afiliado por conting. profesionales		Gasto /afiliado por conting. comunes	
	Entidades Gestoras	Mutuas	Entidades Gestoras	Mutuas
2002	62,5	58,5	338,0	198,3
2003	104,4	58,1	367,9	201,6
2004	72,4	59,6	414,1	219,4
2005	75,6	64,3	443,4	230,6
2006	84,9	62,2	480,1	222,2

Esta mayor eficiencia en la gestión por incapacidad temporal de las mutuas frente a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social se pone de manifiesto en la duración media de los procesos finalizados por cada entidad: en el caso de las mutuas, la duración media es siempre inferior, sobre todo, en la gestión de la incapacidad temporal por contingencias profesionales (que duran una media de unos 42 días menos en el caso de las mutuas que en el del INSS) y por contingencias comunes, en el caso de los trabajadores autónomos (con una duración media de casi 44 días menos en las gestionadas por las mutuas que en las del INSS), y no tanto en la incapacidad

temporal de las contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena (con sólo 10 días de diferencia de media, entre ambas entidades).

CUADRO 22  
DURACIÓN MEDIA DE LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL  
FINALIZADOS EN EL PERIODO (EN DÍAS)

	Contingencias profesionales		Contingencias comunes (excepto autónomos)		Contingencias comunes para autónomos	
	Mutuas	INSS	Mutuas	INSS	Mutuas	INSS
2002	25,12	68,03	37,37	48,00	109,82	151,28
2003	25,88	68,53	37,01	46,78	96,56	140,57
2004	25,97	64,58	36,19	45,88	80,63	119,91
2005	26,07	69,72	32,67	43,89	79,25	127,87
2006	26,20	70,22	34,63	47,75	85,24	129,84

Fuente: Seguridad Social.

Esta mayor eficiencia de las mutuas en la gestión de los servicios y prestaciones por incapacidad temporal es la que ha llevado a que se concentren los servicios, ya sean por contingencias profesionales o comunes, en estas entidades colaboradoras, derivando el gasto desde las entidades gestoras de la Seguridad Social, que pueden mejorar así la gestión de las demás prestaciones de las que se ocupan.

## 5. SITUACIÓN ACTUAL Y TENDENCIAS

Se está produciendo un amplio proceso de concentración, pues se ha pasado de contar con 155 Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en el año 1986, a las 28 mutuas registradas en el año 2005 o las 22 que se cuentan en la actualidad.

Además, las 7 mayores mutuas, en las previsiones del año 2007, concentran el 77,6 por ciento de los afiliados, mientras son las 15 primeras las que concentran a alrededor del 92 por ciento de todo el colectivo (en todos los casos, cumpliéndose el límite legal de 30.000 afiliados).

CUADRO 23  
**DISTRIBUCIÓN DEL COLECTIVO DE TRABAJADORES ASOCIADOS  
 Y ADHERIDOS PROTEGIDO POR LAS MUTUAS POR INCAPACIDAD,  
 MUERTE Y SUPERVIVENCIA PARA EL AÑO 2007, SEGÚN SU DIMENSIÓN**

	Mutuas		Colectivo		Media
	Número	%	Personas	%	
<b>Más de 1.000.000</b>	6	23,1	11.318.056	73,8	1.886.343
<b>De 500.000 a 1.000.00</b>	1	3,8	589.449	3,8	589.449
<b>De 200.000 a 500.000</b>	8	30,8	2.142.070	14,0	267.759
<b>De 100.000 a 200.000</b>	6	23,1	931.635	6,1	155.273
<b>De 30.000 a 100.000</b>	5	19,2	356.357	2,3	71.271
<b>Suma</b>	26	100,0	15.337.567	100,0	

Fuente: Presupuestos de la Seguridad Social 2007.

Entre los determinantes de esta concentración se pueden encontrar razones económicas y estructurales. Por un lado, la propia debilidad financiera y el déficit económico acumulado. Otra de las razones se debe al ámbito de actuación limitado en el que actúan, impidiendo economías de escala (puesto que las Mutuas nacen ligadas a gremios y limitadas geográficamente).

La propia nueva dinámica de la economía, con un fuerte desarrollo del sector servicios, así como una expansión territorial de las empresas, hace que sólo unas pocas mutuas puedan atender a las nuevas demandas, de ahí que se acelere el proceso de concentración y fusión entre las mismas.

A todo ello, en un proceso todavía en marcha, se añade un nuevo elemento de cambio estructural importante: el Mercado Único Europeo.

### Comparación con el entorno europeo

Antes de ello, conviene comparar, someramente, los diferentes modelos de hacer frente a la incapacidad temporal por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que se encuentran en los países europeos, atendiendo a las disparidades según la gestión, las formas de cotización y los métodos de prevención de los riesgos laborales.

CUADRO 24  
**INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS PAÍSES EUROPEOS**

	Países	Gestión
Según gestión	Reino Unido e Irlanda	Directamente por el gobierno
	Finlandia	Exclusivamente privada
	Bélgica, Dinamarca y Portugal	Enfermedades profesionales: sector público Accidentes de trabajo: en Portugal y Dinamarca, el sector privado; en Bélgica, sectores público y privado y Mutuas
	Mayoría de países	Organización pública, bajo el control del Estado. En general, en asociación con agentes sociales
	España	Mutuas
		<b>Sistema de cotización</b>
Según cotización	Austria y Suecia	— Solidaridad inter-empresa a escala nacional — Cotización única, independientemente del tamaño y sector de la empresa
	Francia	Individualización de la cotización por empresa según: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tasa de riesgo laboral del establecimiento</li> <li>• Tamaño de la empresa</li> </ul>
	Resto de países	— Solidaridad sectorial — Cotizaciones definidas en función del riesgo asociado al sector de actividad
		<b>Prevención de riesgo</b>
Según prevención de riesgo	Bélgica, Finlandia, Italia, España y Portugal	Prevención a partir de formación
	Alemania, Francia, Austria y Luxemburgo	— La prevención resulta fundamental en la seguridad laboral — Existencia de un cuerpo de inspectores y controladores que pueden penalizar financieramente a las empresas que no cumplan con las recomendaciones o requisitos de prevención y seguridad laboral
	Dinamarca, Suecia, Reino Unido e Irlanda	No está regulado

Sin embargo, a pesar de las diferentes formas de afrontarlo, todos los países se enfrentan a similares problemas y dificultades resultantes de la expansión de la demanda y de los incrementos del coste, debidos a la aparición de nuevas enfermedades profesionales y a una mayor inestabilidad laboral.

En cuanto a la evolución del gasto en protección social, en general, España queda en los últimos puestos de los países europeos, con un porcentaje sobre el PIB siete puntos porcentuales por debajo de la media europea.

Si se tienen en cuenta las distintas funciones a que se dedican los gastos, la situación comparada de España no mejora: en la función de invalidez, en el año 2004, alcanzaba el 1,5 por ciento del PIB, frente al 2,1 que representaba la media de los países de la Unión Europea (tanto de los 15 como de los 25 países). Y en la función de enfermedad, en España se llega

a la cifra del 6 por ciento del PIB, y la media de la Unión Europea se sitúa en el 7,5 por ciento.

CUADRO 25  
EVOLUCIÓN DEL GASTO EN PROTECCIÓN SOCIAL (EN %PIB)

País	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Suecia	33,2	32,3	31,5	31,2	30,1	30,2	31,1	32,1	31,7
Dinamarca	30,4	29,3	29,2	29,0	28,1	28,4	28,8	29,8	29,8
Francia	29,1	28,9	28,5	28,4	27,7	27,8	28,5	29,0	29,3
Alemania	28,2	27,9	27,8	28,1	28,2	28,3	28,9	29,1	28,4
Austria	27,8	27,6	27,5	27,9	27,3	27,7	28,2	28,5	28,3
Bélgica	26,5	25,7	25,6	25,6	25,0	25,6	26,7	27,8	27,9
Holanda	28,0	27,0	26,1	25,4	24,7	24,8	25,8	26,5	26,6
<b>U.E.-15</b>	<b>26,8</b>	<b>26,4</b>	<b>26,1</b>	<b>26,0</b>	<b>25,8</b>	<b>26,0</b>	<b>26,3</b>	<b>26,7</b>	<b>26,6</b>
<b>U.E.-25</b>					<b>25,5</b>	<b>25,7</b>	<b>26,0</b>	<b>26,4</b>	<b>26,2</b>
Finlandia	30,4	28,3	26,1	25,6	24,3	24,1	24,8	25,7	25,9
Reino Unido	26,8	26,4	25,8	25,3	26,1	26,5	25,6	25,9	25,8
Grecia	22,1	22,5	23,4	24,7	24,9	26,0	25,5	25,2	25,2
Italia	23,4	24,1	23,7	23,9	23,8	24,0	24,4	24,9	25,2
Eslovenia					24,3	24,7	24,7	24,0	23,8
Portugal	18,2	18,0	18,3	18,7	19,4	20,0	21,7	22,5	23,2
Luxemburgo	20,4	20,7	20,4	19,8	18,8	20,4	21,0	21,8	22,2
Hungría					18,9	18,9	19,9	20,7	20,3
Polonia					19,0	20,3	20,7	20,6	19,6
<b>España</b>	<b>20,9</b>	<b>20,3</b>	<b>19,7</b>	<b>19,3</b>	<b>19,2</b>	<b>19,0</b>	<b>19,2</b>	<b>19,4</b>	<b>19,5</b>
Repúb. Checa					18,9	18,8	19,6	19,6	18,9
Malta					16,1	16,9	16,9	17,6	18,6
Chipre					14,6	14,7	16,0	18,1	17,5
Eslovaquia					18,7	18,4	18,4	17,6	16,6
Irlanda	16,9	15,7	14,5	13,9	13,4	14,4	15,3	15,8	16,3
Estonia					13,8	12,9	12,5	12,7	13,2
Lituania					15,4	14,3	13,7	13,1	12,9
Letonia					14,8	13,9	13,4	13,0	12,2



## Tendencias

Así, ante este contexto europeo, la Comisión Europea crea el concepto de «Servicio Social y de Sanidad de Interés General», que implica que todos los servicios sociales pueden estar en manos del sector privado, pudiendo ser contratados, bajo una situación de competencia entre los países europeos o incluso en el ámbito global, para atender a las necesidades de los servicios sociales. De manera que esto puede llevar a que el seguro estatutario pueda ser sustituido por uno privado de carácter obligatorio

Atendiendo al contexto puramente español, parece que continuará la concentración que se está produciendo entre las mutuas, principales gestoras de la incapacidad temporal, en busca de una mayor eficiencia económica y financiera de las empresas.

Por ello, se está produciendo una agrupación en estas entidades colaboradoras de la Seguridad Social, de la gestión de las prestaciones de incapacidad temporal, tanto por contingencias comunes como profesionales, y abarcando a todo el colectivo de los trabajadores, tanto por cuenta ajena como, más recientemente, a los trabajadores por cuenta propia.

Esta situación está provocando, a pesar del contexto de contención de gasto, un incremento de la participación de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el presupuesto de la Seguridad Social.

Conviene resaltar, no obstante, la creciente preocupación por avanzar en la política de protección del riesgo laboral, como medida de carácter preventivo, previa a la necesidad de actuar con prestaciones sanitarias y económicas, ante las contingencias profesionales.





3

---

# Comentarios de Jurisprudencia







## RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Almería

# LA DEFRAUDACIÓN DE CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL MEDIANTE LA SIMULACIÓN DE DIETAS EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN Y DERIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA A LA EMPRESA PRINCIPAL

*Sentencias 128/2007, de 30 de abril, y 139/2007, de 9 de mayo, del  
Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Almería*

MANUEL GÁMEZ OREA \*

**SUPUESTO DE HECHO:** La Inspección de Trabajo y Seguridad Social extendió en 2005 un acta de liquidación a la empresa contratista R. tras comprobar que los empleados percibieron durante 2001, además del plus de transporte, unas cantidades mensuales constantes calificadas como dietas, que no fueron integradas en las bases de cotización, algunas de las cuales se abonaron también durante los periodos en los que los trabajadores permanecieron en situación de incapacidad temporal, sin que se justificaran los desplazamientos a centro distinto del habitual. En el citado documento público, al amparo de los arts. 104 y 127 LGSS, se declaraba responsable subsidiaria del pago a la empresa promotora-constructora P., única cliente de aquella empresa auxiliar. Tras confirmarse administrativamente el acta y desestimarse los recursos de alzada interpuestos por las dos empresas, el Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 1 de Almería desestimó los recursos planteados por la empresa principal y contratista en las SS. 128/2007, de 30 de abril, y 139/2007, de 9 de mayo.

\* Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Doctor en Derecho. Prof. Universidad de Almería.

**RESUMEN:** Estas resoluciones se centran, teniendo en cuenta los límites del debate procesal planteado en los recursos, tanto en el aspecto puramente sustantivo (naturaleza compensatoria o salarial de esas cantidades) como en otros de carácter adjetivo o procedimental: transcurso del plazo de prescripción de un año del art. 42 LET y viabilidad de la responsabilidad subsidiaria cuando todavía no se ha declarado la insolvencia de la responsable principal. Sobre el primero declaran la naturaleza salarial de las denominadas dietas desde la presunción de la naturaleza salarial de las retribuciones. En cuanto al segundo, confirman la irrelevancia de la no declaración previa de insolvencia del obligado principal al no ser el liquidatorio un procedimiento ejecutivo.

### ÍNDICE

1. ANTIGUOS Y NUEVOS MODOS DE DEFRAUDACIÓN
2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS DIETAS, BASES DE COTIZACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL Y CONTRATO DE OBRA EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN
3. LOS HECHOS Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE LAS DIETAS
4. LA DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE CUOTAS EN LOS CASOS DE CONTRATAS Y LOS ARTÍCULOS 42 LET Y 127 LGSS

## 1. ANTIGUOS Y NUEVOS MODOS DE DEFRAUDACIÓN

Junto al simple y deliberado impago de cuotas por trabajadores en situación de alta, o al tradicional derivado de la ocultación contractual —trabajadores sin alta—, las demás fórmulas de defraudación han ido ligadas bien a la opacidad del pago de retribuciones en metálico mediante el llamado dinero *negro*, que no deja rastro documental alguno y es casi imposible de investigar, o a la utilización de mecanismos de simulación, haciendo pasar por conceptos excluidos de la base de cotización (art. 109 LGSS, en relación con el art. 23 del Reglamento de Cotización, R.D. 2064/19959, RC), partidas de neto carácter retributivo o salarial. Entre ellas se encuentran importes excesivos de los pluses de transporte y quebranto de moneda —a los que puso coto la fijación en el RC de un máximo exceptuado del 20% del IPREM mensual—, o, como en el caso que se comenta, la calificación como dietas por estancia y manutención de percepciones que en verdad no son sino retribuciones salariales, que también están limitadas en su cuantía exceptuada de gravamen por los topes máximos establecidos en cada momento por la normativa tributaria (remisión del art. 23.2 RC al Reglamento del IRPF, aprobado por el R.D. 1775/2004, de 30 de julio —RIRPF—, y anteriormente, al precedente, R.D. 214/1999, de 5 de febrero, RIRPF-99).



Con independencia de las anteriores o en mezcolanza con ellas han proliferado modos de defraudación cada vez más elaborados. Desde la creación sucesiva de nuevas personificaciones jurídicas, en fenómenos de sucesión no transparente de empresas, con abandono de la empresa inicial deudora, a la interposición en los casos de contratas y subcontratas de contratistas solventes que introducen de hecho una empresa instrumental subcontratista como verdadera empleadora, que no abona las cuotas. También, auténticos montajes de ingeniería societaria, casi siempre ligados a supuestos de externalización productiva y de cesión ilícita de mano de obra, en los que se crea una metástasis de sociedades instrumentales, administradas por testaferros (empleados de la empresa dominante, desempleados agrícolas, perceptores del subsidio agrario, pensionistas que de pronto aparecen como administradores de empresas de la construcción, etc.); o, en fin, se adquieren en una tarde y ante Notario la totalidad de las participaciones de empresas previamente creadas e inactivas, que son ofrecidas vía Web para este fin, y se utilizan como empresas subcontratistas de una obra en cuya ejecución generan una deuda de centenares de miles de euros en unos pocos meses. En definitiva, empresas *prêt-à-porter*, de usar y tirar.

El fraude mediante sucesiones no transparentes se está atajando en mejores condiciones con la ayuda de las nuevas bases electrónicas de datos — principalmente la de la Tesorería General de la Seguridad Social o las de empresas suministradoras de información del Registro Mercantil—, y con los nuevos instrumentos normativos que permiten la derivación de responsabilidad a los administradores (arts. 15.3, 30.2 y 31.1, *c*, LGSS; LSA, LSRL y Ley Concursal). En los demás, junto a esos medios, se revelan como indispensables casi siempre el cruce de información con documentos tributarios (modelos 190, de declaración empresarial de pagos a efectos del IRPF, y 347, sobre operaciones con terceros que excedan de 3.005,06 €) y la investigación «*in situ*» mediante visita a los centros de trabajo para comprobar la efectiva prestación de servicios de empresas y trabajadores y el verdadero ejercicio del poder directivo, que muchas veces pone de manifiesto auténticos supuestos de cesión ilícita de mano de obra.

En general, se trata de casos en los que se requiere una labor de investigación que puede prolongarse durante varios meses, y en los que el volumen de documentación a examinar (contratos civiles de obra, laborales, documentación tributaria y mercantil, etc.), de visitas a realizar o de personas a entrevistar la hace singularmente compleja; eso sí, con el resultado positivo de que se consigue normalmente un importante saldo recaudatorio y, sobre todo, la interrupción siquiera temporal del comportamiento defraudatorio.

El supuesto que se contempla en las sentencias comentadas combina la elusión del pago parcial de cuotas mediante el encubrimiento de retribuciones salariales por conceptos formalmente compensatorios (dietas) y una estructura de descentralización productiva en la que ese comportamiento se

lleva a cabo por una empresa contratista, cautiva de la comitente, a la que tiene como único cliente. De hecho, el administrador de la empresa auxiliar —titular del 1% de su capital— era al mismo tiempo empleado de la principal, cuyos administradores a su vez, mediante una sociedad interpuesta, eran titulares del 99% del capital de la contratista.

## 2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS DIETAS, BASES DE COTIZACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL Y CONTRATO DE OBRA EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

El art. 109.2, a) LGSS excluye del cómputo en la base de cotización el plus de transporte urbano —compensador del gasto que ocasiona al trabajador el desplazamiento desde su domicilio al centro de trabajo— y las dietas, asignaciones para gastos de viaje y gastos de locomoción, *cuando correspondan a desplazamientos del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto*. Todo ello en la cuantía y alcance que reglamentariamente se establezca, previsión legal desarrollada en el ya citado art. 23 RC, aspecto sin incidencia en el caso analizado, en el que el objeto debatido era la dimensión cualitativa o puramente conceptual.

Es decir, las dietas y gastos de locomoción excluidos legalmente de la base de cotización son exclusivamente los que vengan motivados por desplazamientos desde el centro de trabajo habitual a un lugar o centro distinto, puesto que el traslado desde el domicilio del trabajador ya está indemnizado con el plus de transporte, que ni la empresa con toda razón no cotizó, ni acertadamente la Inspección realizó reclamación alguna sobre él. Otra cosa distinta es que se hubiera pactado verbal o tácitamente —algo que probablemente ocurrió— el pago de cualquier cantidad salarial adicional, o por los gastos de transporte desde el domicilio al centro de trabajo que incrementara el plus de transporte, estipulaciones lícitas en el marco de la relación contractual privada (art. 3.1, c, LET) pero sin eficacia en la esfera de la relación jurídico-pública de Seguridad Social, en la medida que se superaran los límites cuantitativos reglamentarios sobre percepciones compensatorias, porque la norma que la disciplina es de orden público e indisponible para las partes al verse afectados los intereses patrimoniales de la Seguridad Social. De ahí que el art. 105 LGSS declare la nulidad de los pactos que pretendan alterar las bases de cotización que se fijan en el art. 109.

Al margen de ello es claro que cabe el devengo de gastos de desplazamiento y dietas cuando el trabajador haya de prestar servicios en un centro o centros que no sean el habitual, algo corriente cuando se trata de centros de trabajo fijos, bien para compensar el traslado desde ese centro al nuevo o, incluso, la mayor onerosidad que le suponga la ida y vuelta desde su do-



micilio al nuevo lugar de trabajo si hemos de hacer una interpretación no necesariamente extensiva de la expresión legal *fuera de su centro habitual de trabajo* (art. 109.2, a, LGSS), con los consiguientes efectos de exclusión de esos pagos de la base de cotización —desde luego del plus de transporte— y de las cantidades suplementarias precisas para compensar los gastos originados. Los gastos de locomoción excluidos de cotizar son los realizados fuera de la fábrica, taller, oficina o centro habitual en lugar distinto del mismo o diferente municipio (art. 23.2, A, b, RC), mientras que las dietas exceptuadas son las que obedecen a dos presupuestos acumulativos: gastos en municipio distinto del lugar de trabajo habitual y del que constituya la residencia del trabajador (art. 23.2, A, a, RC).

Ahora bien, estructuralmente esta situación es más difícil de imaginar cuando se trata de los centros temporales propios del sector de la construcción, en los que la actividad profesional predominante se canaliza mediante la figura del contrato de obra o, en la acepción convencional colectiva, contrato fijo de obra, normativamente ligado a la obra en un centro de trabajo o a sucesivas obras en otros tantos centros de la misma provincia, siempre que exista acuerdo expreso para cada centro y durante un periodo máximo de tres años (art. 28 Convenio General de la Construcción, vigente hasta el 31-12-2001, BOE 4-6-1998; art. 28 Convenio General de la Construcción, con vigencia hasta el 31-12-2006, BOE 10-8-02; art. 20 nuevo Convenio General del sector, BOE 17-8-2007, CGC).

Desde luego en las situaciones más generalizadas de contrato para una sola obra o de obras sucesivas cada nuevo centro de trabajo se convertirá en el habitual del trabajador, por lo que la compensación del plus de transporte dejará sin espacio al concepto de dieta o gastos de desplazamiento exceptuados de cotización, con independencia del abono de cantidades adicionales compensatorias que, si bien laboralmente pueden seguir teniendo tal naturaleza (art. 26.2 LET) y no la salarial, en el ámbito delimitado por el Derecho de la Seguridad Social la ajustada opción por una u otra calificación jurídico-laboral sería intrascendente en orden a su inclusión en la base de cotización. Es decir, a efectos de esa integración no se plantea un problema de naturalezas o de caracterización jurídico-contractual del título del pago, sino simplemente de si conforme a este sector iuspublicista del ordenamiento esas cantidades, según lo dispuesto exclusivamente en los arts. 109 LGSS y 23 RC, han de integrarse o no en la base. Y la respuesta ha de ser en principio y con carácter general positiva desde el momento en que no hay cambio locativo fuera del *nuevo* centro habitual.

¿Qué sentido ha de atribuirse entonces a la expresión *devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos*, contenida en los convenios colectivos? Aparece tras regularse la estipulación antes señalada, relativa a que el personal fijo de obra, manteniéndose el carácter de un único contrato, podrá prestar servicios a una misma empresa

en distintos centros de trabajo en una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los centros sucesivos, durante un periodo máximo de tres años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término, para lo que habrá de suscribirse a tal efecto el correspondiente documento según el modelo que figura en uno de los Anexos y devengando los conceptos compensatorios que correspondan a tales desplazamientos (así, art. 28.3 Convenio General de 2002 y art. 20.3 Convenio General de 2007).

En nuestra opinión, sólo el que repercute en la relación jurídico privada —por ejemplo, a efectos del cálculo de la posible indemnización por despido, al no tener naturaleza salarial (art. 26.2 LET)—, sin incidencia alguna en la de cotización —de nuevo la relativa o gran independencia de la relación jurídica de Seguridad Social respecto de la contractual, no siempre recordada—, pues las dietas y gastos de manutención y estancia en establecimientos de hostelería del trabajador, según se ha visto, sólo están exceptuados de gravamen cuando correspondan a desplazamientos fuera de su centro de trabajo habitual (art. 109.2, *a*, LGSS) y del que constituya su residencia (art. 23.2, *A, a*, RC, en similitud y con remisión a la normativa tributaria, arts. 8 RIRPF y RIRPF-99), desde el presupuesto de que el nuevo centro es el centro de trabajo habitual. Y lo mismo cabe decir de los gastos de locomoción (art. 23.2, *b* RC), pues sólo estarían excluidos los destinados a compensar los desplazamientos fuera de la fábrica, taller, oficina o centro habitual de trabajo.

Como excepción, sí cabría exceptuar las mejoras convencionales individuales que se hicieran del plus de transporte sobre el mínimo que se hubiera pactado colectivamente, pero con el límite cuantitativo ya expuesto del 20% del IPREM mensual, y con nula o escasa trascendencia práctica, puesto que en los convenios colectivos las cuantías acordadas suelen establecerse en ese umbral reglamentario.

Esas cantidades compensatorias tampoco podrían reconducirse a las indemnizaciones por traslados que, junto a las de suspensiones, fallecimientos, despidos y ceses se recogen en los arts. 109.2, *b*) LGSS y 23.2.B RC, ligadas todas a vicisitudes extintivas o suspensivas de la relación laboral (art. 26.2, en relación con art. 40 LET, en los que se distingue entre los suplidos compensadores de gastos ocasionados por razón del trabajo y las indemnizaciones por cese).

Las dietas y gastos de manutención y estancia, o de locomoción, exceptuados del deber de cotizar quedarán por tanto reservados a dos supuestos:

- a) El contemplado en el Criterio Técnico 40/2005, de 18 de enero, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, referido a los contratos fijos de obra para obras sucesivas. Entonces la exención de gravamen comprendería sólo los casos episódicos de despla-

miento del trabajador a centro distinto del habitual, simultaneando el trabajo en el de origen con otros secundarios o residuales, en relación con el primero, en lugares distintos, y siempre en las cuantías que no superaran los límites reglamentarios. Desde el momento que no fuera así, y el trabajador pasara a prestar sus servicios con carácter exclusivo a un centro distinto, se conformaría una plena novación objetiva del contrato, esto es, una obra con sustantividad propia, que convertiría en habitual al nuevo centro y se perdería a estos efectos la referencia comparativa al centro primitivo exigida en el RC. Suele ocurrir en la práctica que empresas con varios centros de trabajo en la misma provincia —normalmente en localidades próximas— movilicen a parte de los trabajadores por los distintos centros en función de las circunstancias más variadas (necesidades productivas en un determinado centro, suplencia de trabajadores en incapacidad temporal, etc.) —algo incluso tácitamente pactado o admitido por el trabajador desde el principio—, sin que este hecho modifique la conclusión apuntada porque entonces nos hallaremos con la existencia de varios centros habituales, sin perjuicio de los acuerdos que puedan establecerse entre las partes para compensar los mayores gastos que eventualmente pudiera esa movilidad ocasionar al empleado. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la movilidad generalizada entre centros y el correspondiente pago de dietas constituye un comportamiento ajeno a las más elementales reglas de racionalidad económica empresarial, aspecto a tener en cuenta a la hora de valoración del material probatorio porque seguramente encubrirá un supuesto de defraudación.

- b) Los que puedan devengar los trabajadores fijos de plantilla o contratados por tiempo indefinido, que será la modalidad normal de contratación a realizar por empresarios y trabajadores en todos los centros de trabajo de carácter permanente (art. 27 CGC-2002 y art. 19.1 CGC-2007). En realidad las dietas y demás gastos citados exceptuados de cotización de acuerdo con la normativa de Seguridad Social son los que pueden percibir estos trabajadores. Bien porque se trate de un centro permanente (por ejemplo, contrata de servicios de mantenimiento en una empresa principal, técnico o administrativo que presta sus servicios en el centro fijo de la empresa) y sea desplazado a otro centro distinto —la excepción se mantiene un máximo de nueve meses para las dietas de manutención y estancia (arts. 8 RIRPF y RIRPF-99, por remisión RC)—, bien porque se trate de trabajadores (normalmente técnicos o profesionales cualificados) que realizan tareas de control y dirección en varios centros en una misma jornada respecto de los gastos de locomoción, o dietas en municipio distinto del lugar de trabajo habitual —en rea-

lidad, no hay centro habitual de referencia— y del que constituya su residencia.

### 3. LOS HECHOS Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE LAS DIETAS

Como se ha expuesto, los trabajadores de la empresa contratista, todos contratados por obra, percibían unas cantidades constantes en concepto de dietas, que incluso se abonaban en los periodos en los que se encontraban en situación de suspensión de contrato por incapacidad temporal. Ante estas circunstancias la debilidad de la defensa empresarial era evidente. De ahí que por innecesarias muchas de las cuestiones planteadas en las consideraciones anteriores ni siquiera sean tratadas en los fundamentos jurídicos por el juzgador, que parte de la presunción legal (art. 26 LET) y jurisprudencial sobre la naturaleza salarial de las prestaciones económicas percibidas por el trabajador, con el consiguiente desplazamiento de la carga de la prueba a la empresa que pretenda destruirla. Se razona a continuación que *de lo actuado en vía administrativa se desprende que las cantidades que se dicen son dietas se han venido abonando de forma constante y habitual durante el periodo de vigencia de la relación laboral. Debiendo precisar que incluso en periodos de incapacidad temporal también se han abonado dichas cantidades. Las cantidades referidas han sido abonadas mes a mes, siendo su cuantía idéntica, lo que no compagina con las dietas que se abonaban por desplazamientos* (S. 139/07, F.J. 4.º y S. 128/07, F.J. 3.º).

Como ocurre en todos o la mayoría de los supuestos de defraudación, la prueba indiciaria se revela como la única o más útil para desmontar la ficción elusiva del pago de cuotas. En efecto, son contrarios a la naturaleza de las cosas tanto el pago generalizado y permanente de dietas, por su incompatibilidad con los más elementales criterios de planificación empresarial y control de costes, como la invariabilidad de las cuantías mensuales, ya que por definición se va a tratar casi siempre de gastos no uniformes o irregulares tanto en su cuantía como en su periodicidad. Y más claro aún es la imposibilidad ontológica de pretender considerar como dietas exceptuadas las abonadas en periodos de incapacidad temporal, circunstancia que desde luego sirve como indicio añadido a los anteriores, pero que por sí misma es ya una prueba directa del propósito defraudatorio, reflejado a su vez en que muchas de esas cantidades disimuladas como dietas no se reflejaban en los recibos de salario y sí en el modelo 190 presentado por la empresa a la Agencia Tributaria dentro de la clave A de retribuciones —por las que los trabajadores hubieron de tributar— y no en la clave L correspondiente a dietas e indemnizaciones exceptuadas de gravamen. Cualesquiera de estas opciones para la empresa era neutra desde el punto de vista tributario, por-



que en ambos casos esas partidas integrarían la cuenta de gastos, aunque podría haber colocado a los trabajadores —probablemente también a la empleadora— en una posición comprometida ante la inspección tributaria por la dificultad o imposibilidad de acreditar los presupuestos determinantes de la regularidad y calificación de esos pagos.

Estos dos últimos aspectos son también objeto de consideración por el juzgador en argumentos adicionales o de ratificación cuando afirma que *no sólo la empresa no ha acreditado de una manera razonable que dichas cantidades no tenían la naturaleza de salario a pesar de haber sido requerida en varias ocasiones por la Administración a tal fin* (es decir, al menos, algún principio de prueba de los pretendidos desplazamientos), así como que *se debe precisar que ante las discrepancia entre las nóminas presentadas a la Inspección de Trabajo y las cantidades declaradas como retribuciones a la AEAT, la parte actora presentó una propuesta de regularización que no fue aceptada por la Administración, y que es acreditativa de los hechos constatados*, cuya importancia se refleja en que la cantidad defraudada en un solo año, incluido el recargo legal por mora del 20% (art. 27 LGSS), ascendía a 153.265, 67 euros.

#### 4. LA DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE CUOTAS EN LOS CASOS DE CONTRATAS Y LOS ARTÍCULOS 42 LET Y 127 LGSS

Debemos aclarar desde el principio que no pretendemos en modo alguno con este comentario, dada la extensión razonable a la que han de atenderse los de esta clase, ocuparnos de todas las cuestiones que plantea la aplicación de estos preceptos, ni siquiera limitándolo a los aspectos esenciales. Nos ceñiremos exclusivamente por tanto a las dos suscitadas en las resoluciones que constituyen su objeto o pretexto.

Ambas tienen que ver con los correspondientes motivos de recurso aducidos tanto por la empresa contratista R., como por constructora y promotora de las obras P.

A) En el primero de ellos se argumenta la prescripción de la deuda apreciada por defectos de cotización (diferencias en las bases), por aplicación de lo dispuesto en el art. 42.2 LET, que limita la responsabilidad solidaria del empresario principal por las deudas de contratistas y subcontratistas al año siguiente desde la terminación del encargo objeto del negocio jurídico descentralizador, el contrato civil de obra. Al respecto conviene recordar que el acto administrativo de reclamación es un acta de liquidación de 2005 en la que se exigen las cuotas pertinentes no satisfechas del año 2001, por lo que es de suponer que, salvo supuestos excepcionales de grandes obras prolongadas durante varios años, efectivamente hubiera transcurrido el plazo

de un año desde su conclusión, alzándose de este modo el obstáculo sustantivo y procesal de la extinción de la responsabilidad y de la improcedencia de exigirla. Sin embargo, hay que tener presente que en aquel documento público la responsabilidad reclamada de la empresa comitente no era la solidaria del art. 42.2 LET y sí la subsidiaria del art. 127 LGSS (en relación con el art. 104), jugando entonces el plazo general de cuatro años de prescripción del pago de cuotas de Seguridad Social (art. 21.1 LGSS). Lo que hace pensar razonablemente que al actuario no se le escapó la dificultad o imposibilidad de encauzar su actuación por el precepto estatutario, optando por la vía temporalmente más amplia propiciada por el art. 127.

Desde estos presupuestos, el motivo de oposición no puede entenderse sino como una argucia procesal de la defensa, dada la incongruencia entre el argumento empresarial y el título de la reclamación administrativa. Sin duda iba encaminado a remover y enturbiar unas aguas en las que eventualmente pudiera obtener alguna captura para los demandantes patrocinados. Ese ambiente embarrado no confundió sin embargo al juzgador, que de un modo terminante se limitó a declarar —no era preciso abundar más— que *la responsabilidad exigida a P. deriva de la prevista en el art. 104 del R.D.Leg. 1/1994, de 20 de junio... Y la contemplada en el art. 127 de la misma Ley: Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratatas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo dispuesto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviese contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente, concluyendo entonces que el plazo general de prescripción es el general de cuatro años del art. 21 LGSS (SS. 128 y 139/2007, F.J. 2.º).*

Como aspecto periférico implícitamente incluido en este razonamiento, aunque no planteado en el debate procesal, parece que se está confirmando asimismo la compatibilidad de estas dos vías de derivación de responsabilidad —solidaria y subsidiaria— cuando se trata de empresas contratistas de la misma actividad, sin que la específica del art. 42.2 LET para este tipo de contratatas impida la genérica de los arts. 104 y 127 LGSS cuando las empresas despliegan tareas idénticas o del mismo ciclo productivo. Es cierto que esta cuestión no debería ofrecer duda alguna, ni merecer mayor atención, con sólo reparar en el enunciado transcrito del art. 127, si no fuera porque algún pronunciamiento de los Tribunales Superiores de Justicia (STSJ Asturias 28-11-2002)<sup>1</sup> ha rechazado el doble canal de reclamación partiendo de la base de que una misma responsabilidad no puede ser

<sup>1</sup> Rec. 2003/1998, JUR 2003\32442. Ponente: GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J.M.

exigible indistintamente por diferentes conceptos. La discusión quedó resuelta en STS 6-7-2005 (3.ª)<sup>2</sup>, estimatoria del recurso formulado por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra aquella resolución, al declarar como resumen de los razonamientos anteriores que *cuando el apartado 1 del artículo 127 establece la responsabilidad subsidiaria por impago del obligado «sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores», esa salvedad no tiene por objeto establecer un régimen de responsabilidad excluyente del sentado en el art. 42, sino complementario y acumulativo del mismo, arbitrando una fórmula que permita demandar al propietario de la obra el abono de las cotizaciones impagadas por el subcontratista declarado insolvente... y con absoluta independencia de que la responsabilidad prevista en el art. 42 del Estatuto pudiese resultar opativamente exigible* (F.J. 3.º).

Este criterio es tan acertado como desafortunado y perjudicial para los intereses públicos era el corregido, porque frente a la apariencia de la mayor garantía y gravedad de la responsabilidad solidaria del precepto estatutario, el breve plazo para su exigencia la hace inaplicable en muchos supuestos, no ya sólo por el restrictivo criterio sobre la identidad de actividades que se ha ido imponiendo en la jurisprudencia, sino porque el plazo de un año para exigirla desde la conclusión de la obra la hace inoperante en muchas ocasiones, particularmente por el crecimiento exponencial de la subcontratación que se ha extendido en el sector de la construcción, determinante por sí mismo de una compleja investigación en la maraña empresarial. Por otra parte, ha de recordarse que gran parte de esos negocios jurídicos son opacos o no documentados, o aún siéndolo no existe ningún registro público de ellos, a lo que se suma que los deberes de información a trabajadores y a la TGSS del art. 42 LET son generalmente incumplidos (no suele haber representantes legales de los trabajadores). Su descubrimiento ha de esperar por tanto a la casualidad de una visita inspectora —que con ser numerosas y predominantes en el sector, a estos efectos son insuficientes—, o a principios del año siguiente, en la confianza de que al menos una de las empresas implicadas haga la oportuna declaración tributaria de clientes y proveedores del año precedente (modelo 347). Con lo cual habrá transcurrido ese plazo o existirá una seria probabilidad de que transcurra, porque en ese momento comenzará la tarea de investigación que encierra la complejidad que sólo hemos dejado apuntada.

De este modo, sólo la vía de la responsabilidad subsidiaria permitirá la satisfacción de los intereses públicos y cegar el paso a la paradoja de que las empresas de la misma actividad, que son las que mejor conocen el negocio y modo de operar de sus empresas auxiliares, tengan de hecho un tra-

<sup>2</sup> Rec. U.D. 451/2004, RJ 2005\9537. Ponente SOTO VÁZQUEZ, R.

tamiento más favorable que las que contratan servicios distintos o marginales de los propios (actividad de limpieza de un comercio o de una oficina). Además, en la práctica, las mayores garantías que en principio ofrece para la entidad acreedora la responsabilidad solidaria frente a la subsidiaria (posibilidad de dirigir la primera contra uno, varios o todos los responsables, no necesidad de probar la insolvencia del principal, arts. 31.1, c LGSS, 1137 y 1144 C. Civil), son sólo aparentes cuando se trata de deudas por cuotas, porque en verdad, como lo acreditan las sentencias comentadas y lo que se expondrá a continuación, lo significativo es la solvencia de los deudores más que la clase de reclamación.

B) En el segundo motivo de recurso los demandantes aducían que no era posible reclamar en las actas la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal puesto que todavía no había sido declarada la insolvencia de la responsable directa conforme establece el art. 127 LGSS. Las sentencias comentadas, con la mayor brevedad pero trasluciendo un cabal conocimiento de las distintas naturalezas y finalidades de los procedimientos administrativos implicados —liquidatorio y de recaudación ejecutiva—, rechazan el argumento empresarial declarando *que la responsabilidad empresarial sí se puede efectuar a la empresa principal, sin perjuicio de que en el procedimiento ejecutivo será necesario declarar previamente la insolvencia del responsable directo*.

Este criterio ya fue en su día establecido por el Tribunal Supremo STS 18-12-91 (3.<sup>a</sup>)<sup>3</sup>, al señalar que «carece de base la argumentación de la sentencia sobre la presunta solvencia del responsable principal, y sobre la falta de gestión de cobro respecto a él, pues el acta de liquidación constituye el primer trámite de gestión, y el hecho de incluir en el acta a la cooperativa dueña de la obra, como responsable subsidiaria, no supone sino la aplicación correcta de los preceptos legales que así lo establecen. Cosa distinta es que en el momento de una eventual recaudación ejecutiva con base en ese acta, deba procederse primero contra el responsable principal, y sólo en caso de insolvencia de éste, contra el subsidiario» (F.J. 5.<sup>o</sup>).

A lo anterior ha de añadirse que este modo de operar, precisamente cuando se trata de actas de liquidación por diferencias en las bases, es el único que garantiza plenamente la seguridad jurídica y preventivamente evita la aparición de resoluciones contradictorias sobre los mismos hechos, tanto en el ámbito administrativo como en el del contencioso judicial, al permitir configurar plena y adecuadamente la relación jurídica procesal, interviniendo desde el principio como partes todos los interesados (litisconsorcio pasivo necesario). De otro modo, si se hiciera la reclamación exclusivamente al res-

<sup>3</sup> Rec. 1022/1989, RJ 1991\9334.

pensable principal, cabría el riesgo de que recayeran una resolución administrativa o judicial sobre el fondo (sujeción al deber de cotizar de las cantidades omitidas en las bases declaradas), con las que podrían entrar en contradicción las que se dictaran en el ulterior procedimiento administrativo contra el responsable subsidiario o en el proceso judicial que éste promoviera.

Desde el punto de vista de la normativa de procedimiento que regula la expedición de actas de liquidación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por derivación de responsabilidad la disciplina de este tipo de actos no ha cambiado en las últimas décadas. Su tramitación se ha realizado extendiendo una única acta en la que figuraban como responsables tanto la empresa deudora principal como la subsidiaria (así, art. 22, *a*, Decreto 1860/1975, requisito reiterado por el Reglamento de procedimiento vigente, aprobado por el R.D. 928/1998, art. 32, RISOS) —lo que abre el procedimiento liquidatorio a las dos—, respondiendo desde luego esta última por elementales razones legales únicamente en caso de insolvencia de la principal, vicisitud que salvo alguna excepcional ocasión sólo se generaba —y se genera— en la fase de ejecución del acta o del acto administrativo que la confirma, cuando el órgano recaudador ejecutivo acredita la carencia o insuficiencia de bienes y derechos en el patrimonio de aquélla con los que hacer frente a la deuda. Y lo mismo puede decirse de la legislación sustantiva (art. 127 LGSS y art. 97 LGSS-1974, ... *el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente*).

La confusión puede surgir cuando a esta norma se le hace una lectura mecánica y no estrictamente sustantiva, porque como efectivamente hemos visto en las sentencias anteriores el responsable subsidiario no va a responder hasta que no haya sido declarada la insolvencia del principal.

Y lo mismo ocurre cuando se realiza una interpretación literal y no contextual del enunciado del art. 14.1 RGRSS (R.D. 1415/2004) «... *una vez constatada la insolvencia del deudor principal, podrá emitirse reclamación de deuda o acta de liquidación contra el responsable subsidiario*».

La primera consideración que cabe hacer es que el término verbal *podrá* ha de interpretarse no en el sentido de facultad y sí de potestad de obligado ejercicio (*deberá*), puesto que el interés económico público comprometido no creemos que permita discrecionalidad alguna en su ejercicio —la transacción sobre los derechos de la Seguridad Social, salvo en caso de concurso, cabe sólo mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado, 24 LGSS—, configurándose técnicamente como un concepto jurídico indeterminado que admite por eso una sola solución justa: la reclamación administrativa por la TGSS o mediante acta de liquidación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuyas funciones sobre este particular «serán ejercidas de acuerdo con lo establecido en las normas reguladoras de sus respectivas competencias funcional y territorial» (art. 4.2 RC).

En segundo lugar ha de resaltarse la falta de idoneidad de la Inspección para constatar esa insolvencia al limitarse su intervención al procedimiento declarativo y no al ejecutivo, que es el apropiado para esa verificación, en contraposición a la Tesorería General —de ahí las facultades conferidas a las unidades de recaudación ejecutiva sobre obtención de información de bienes del art. 89 RGRSS—, que tiene atribuidas competencias tanto en el procedimiento declarativo de reclamación de cuotas como en la vía de apremio. Por eso, aunque el procedimiento liquidatorio genéricamente es también procedimiento recaudatorio (la sección 3.ª del Capítulo III, Título I LGSS, en el que se inserta el art. 31, gira bajo la rúbrica *Recaudación*), el ejecutivo es el *estrictamente recaudatorio* como se encargan de recordar la exposición de motivos del R.D. 2064/1995, y el RGRSS, al distinguir entre «Procedimiento de recaudación en periodo voluntario» (Título II, en el que se regulan las actas de liquidación) y «Procedimiento de recaudación en vía ejecutiva» (Título III).

Pues bien, en principio podría pensarse que cuando la Inspección pretenda hacer una derivación de esta clase de responsabilidad habrá de cerciorarse de que la Tesorería General ha declarado la insolvencia del deudor principal, solicitando la pertinente declaración que, como en la mayoría de los casos tarda varios meses o años en emitirse, hará casi siempre infructuoso el esfuerzo del funcionario, cuya actuación vendrá determinada por la inmediatez de su actividad ordinaria, surgiendo entonces materialmente la antinomia entre el precepto general de recaudación (art. 14 RGRSS) y el específico de la actividad liquidatoria inspectora (art. 32 RISOS), pues es igualmente evidente que entonces aquella declaración de insolvencia tendrá como presupuesto una previa declaración de deuda por la TGSS (art. 30 LGSS), careciendo de sentido la previsión del último precepto en orden a que en las actas de liquidación se incluyan los responsables directos y los subsidiarios.

El único modo de salvar esta contradicción y la coherencia de los dos preceptos reglamentarios es entender que el art. 14 RGRSS no regula todos los casos en los que procede extender acta de liquidación por derivación subsidiaria, sino sólo uno de ellos, esto es, aquél en que en el momento de la actuación inspectora liquidatoria ya se ha constatado por la TGSS la insolvencia del deudor principal. De hecho es significativo que todo el contenido restante del artículo va a encaminado a regular únicamente la posterior intervención de ese Servicio Común mediante el procedimiento de reclamación de cuotas con olvido deliberado del procedimiento liquidatorio inspector, que se rige como se ha expuesto por su normativa específica. Y así, el 33.2, 3) RISOS estipula que *en los supuestos de derivación de responsabilidad, la resolución que se dicte determinará quién resulte el deudor principal y, en su caso, los restantes deudores solidarios y subsidiarios*.

Por tanto, declarada esa insolvencia, podrá la propia Tesorería formular reclamación de deuda contra el responsable subsidiario —en atención a



los datos que obren en el organismo (art. 30.2 LGSS)—, o quedará expedita la vía del acta de liquidación si el presupuesto fáctico ha sido comprobado a resultas de la actividad inspectora, en ejercicio obligado tanto por aquel Servicio como por la Inspección de sus respectivas competencias.

En los demás supuestos, antes de esa declaración, la Inspección conforme a su normativa específica deberá extender conjuntamente las actas que correspondan por derivación de responsabilidad al deudor principal y subsidiario, siendo en el trámite del posterior procedimiento de ejecución cuando se acreditará por la TGSS la insolvencia del primero, pudiendo entonces perseguir el patrimonio del responsable secundario.

Esta opción indudablemente beneficia los intereses públicos por la inmediatez de la actuación inspectora —que identifica desde el principio a los dos responsables—, y al mismo tiempo contribuye a reforzar la posición del eventual responsable subsidiario, que conoce anticipadamente la posición deudora del principal, lo que le permitirá adoptar las medidas precisas para una mejor tutela de su interés (postergar los pagos de la contrata, indagar sobre el patrimonio del contratista, denunciar el contrato que le vincula con él, etc.), o defenderse desde el principio en el procedimiento declarativo-liquidatorio frente a hipotéticos comportamientos defraudadores del deudor principal (por ejemplo, subida artificial de las bases de cotización). Siempre desde la perspectiva de que la incidencia real en sus intereses sólo se producirá en el procedimiento de ejecución, cuando se haya constatado la insolvencia del principal, pues el impago de la deuda por éste será el único presupuesto material ejecutivo de su responsabilidad, quedando en otro caso como una mera posibilidad, que no llegará a su actualización, si antes de hacerse efectiva se produce el pago.

En definitiva, cuando la responsabilidad venga exigida por la Tesorería se sustanciará al menos mediante dos procedimientos declarativos y uno ejecutivo. En el primero de ellos se reclama la deuda del principal, que de no ser satisfecha, desembocará en el procedimiento ejecutivo que concluirá con la constatación o declaración de insolvencia (arts. 30 LGSS, 62, 63 y 64 RGRSS, en relación con el 14.1), siguiendo después con un requerimiento de intimación, que de no ser atendido será seguido por una segunda reclamación de cuotas al responsable subsidiario (art. 14.1, 2, RGRSS), antecedente a su vez si no es satisfecha de un segundo procedimiento de apremio contra él. En cambio, si se produce la intervención de la Inspección, el procedimiento declarativo será único, dirigido contra los deudores principal y subsidiario, que concluirá en su caso con el acto del Jefe de la Unidad especializada que le pone término, en el que se fijará la responsabilidad de cada uno de ellos conforme dispone el art. 32.2 RISOS, con la previsión en este mismo precepto de que «en caso de insolvencia del deudor principal, el procedimiento de apremio podrá dirigirse... contra los subsidiarios si concuriesen los supuestos legales para su exigencia».





## PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVICENCIA

Universidad de Córdoba

### PENSIÓN DE VIUDEDAD: SEPARACIÓN MATRIMONIAL

*Sentencia del TSJ del País Vasco, de 5 de diciembre de 2006*

JULIA MUÑOZ MOLINA \*

**SUPUESTO DE HECHO:** La actora se separó de mutuo acuerdo el 11 de diciembre de 1998, si bien la cláusula del Convenio Regulador estipulaba que en atención a los problemas de salud del esposo mantendría éste su residencia en el domicilio conyugal hasta que los mismos cesaran o mejoraran. La convivencia anterior se prolonga hasta el momento del fallecimiento del causante el 8 de abril de 2005. La Resolución del INSS, que es la que aquí se impugna, declaró que la actora tenía derecho sólo a un porcentaje (86,83%) de la pensión de viudedad en aplicación del criterio «prorrata temporis». La Sentencia de Instancia estima la demanda interpuesta contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, condenando al INSS-TGSS, a abonar a la actora íntegramente la pensión de viudedad, más las revalorizaciones y actualizaciones correspondientes, al tener en cuenta la convivencia posterior a la separación.

**RESUMEN:** Frente a la misma se interpuso Recurso de Suplicación por el INSS, que fue impugnado por la actora. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso, revocando la Sentencia de Instancia y confirmando la Resolución Administrativa impugnada. Según entendió la Sala, los cónyuges separados, no reconciliados en ningún momento, siguieron viviendo en el mismo lugar por circunstancias excepcionales, sin que ello hubiera afectado realmente a la separación acordada.

\* Profa. Dra. Titular de Escuela Universitaria del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

## ÍNDICE

1. BREVE CONFIGURACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD Y CUANTÍA
2. ANÁLISIS DE LA STSJ DEL PAÍS VASCO DE 5 DE DICIEMBRE DE 2006. SUPUESTO DE HECHO Y SOLUCIÓN ADOPTADA
3. EL FUTURO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD. LA REGULACIÓN PREVISTA EN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
4. BREVE CONCLUSIÓN

### 1. BREVE CONFIGURACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD Y SU CUANTÍA

Sin ánimo de llevar a cabo un análisis exhaustivo de la pensión de viudedad<sup>1</sup>, si conviene señalar para conocer el marco jurídico en el que se inserta la Sentencia que se comenta, quienes son actualmente los beneficiarios de la pensión de viudedad y la cuantía de la misma.

El beneficiario de la pensión de viudedad es el cónyuge superviviente, siendo necesario que exista o haya existido vínculo matrimonial, en cualquiera de las formas previstas en el Código civil<sup>2</sup>. Con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, no importa que el matrimonio se haya celebrado entre personas del mismo o distinto sexo.

Actualmente, no se puede causar derecho a la pensión de viudedad por parte del superviviente de una unión extramatrimonial<sup>3</sup>. Respecto a la exigencia de vínculo matrimonial, el TS es contundente en el sentido de no equiparar este requisito a la convivencia more uxorio, ni tampoco la promesa o compromiso de contraer matrimonio<sup>4</sup>, ni a otras uniones o formas de convivencia no legalmente institucionalizadas. Como ha declarado el Tribunal Constitucional reiteradamente, la denegación de la pensión de viudedad en estos supuestos no lesiona el derecho de igualdad<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Sobre el tema *vid.*, entre otros, ALONSO OLEA, M. «Las pensiones de viudedad hoy», *TS* núm. 154, 2003, págs. 9 y ss; DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> L. Régimen jurídico de la viudedad, CARL, Sevilla, 2002; PÉREZ ALONSO, M.<sup>a</sup> A. *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Comentarios a los artículos 171 a 179 de la Ley General de la Seguridad Social», en AA.VV. (Dir. Sempere Navarro, A.) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003.

<sup>2</sup> Art. 174.1 TRLGSS.

<sup>3</sup> *Vid.*, entre otros, LÓPEZ TARRUELLA, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C. «Uniones extramatrimoniales y pensión de viudedad», *RL* núm. 10, 1991; MORENO GENE, J, ROMERO BURILLO, A. M.<sup>a</sup> y PARDELL VEA, A. «La protección social del miembro supérstite en las uniones de hecho: pensión de viudedad», *AL* núm. 10, 1997.

<sup>4</sup> STS 19 de noviembre de 1998 (R.Ar. 10008).

<sup>5</sup> Entre otras, SSTC 29/1991, de 14 de febrero; 140/2005, de 6 de junio. En relación con la celebración del matrimonio conforme al rito gitano el TC ha declarado (STC 69/2007, de 16 de abril), confirmando el criterio mantenido por el TS, que la denegación de la pensión

También son posibles beneficiarios de la pensión de viudedad quienes hayan sido cónyuges legítimos, siempre que no hubieren contraído nuevas nupcias, y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o divorcio <sup>6</sup>.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión corresponde al superviviente que no hubiera actuado de mala fe <sup>7</sup>, siempre que no hubiere contraído nuevas nupcias <sup>8</sup> y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante.

Respecto a la cuantía de la pensión de viudedad, el porcentaje aplicable, con carácter general, para determinar su importe inicial es del 52% <sup>9</sup>. Excepcionalmente, el porcentaje será del 70%, cuando el pensionista tenga cargas familiares, la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos y los rendimientos anuales del pensionista no superen los límites establecidos. Los mencionados requisitos deberán concurrir durante todo el período de percepción de la pensión.

Como hemos adelantado, en caso de separación o divorcio, la pensión de viudedad será reconocida en cuantía proporcional al tiempo de convivencia con el causante fallecido, aun cuando no exista una posterior unión matrimonial del causante, ni, por ende, otro cónyuge superviviente <sup>10</sup>. Se entenderá como tiempo convivido con el causante, el transcurrido desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de efectos de la separación judicial, del divorcio o de la nulidad declarados por sentencia firme.

La cuantía de la pensión de viudedad, en los casos de separación judicial, cuando posteriormente se ha reanudado la convivencia del matrimonio pero no se ha comunicado o producido la reconciliación ante el Juzgado, se concede en proporción al tiempo de convivencia anterior a la separación judicial, sin incluir la convivencia de hecho posterior <sup>11</sup>.

---

de viudedad no lesiona el derecho a la igualdad, ni implica una discriminación por razón de raza dado que la exigencia de vínculo matrimonial carece por completo de cualquier tipo de connotación étnica.

<sup>6</sup> Art. 174.2 del TRLGSS.

<sup>7</sup> Si no se ha efectuado pronunciamiento acerca de la buena o mala fe de ninguno de los cónyuges, se presume la buena fe (SSTS 1 de octubre de 1993 (R. Ar. 7561); 11 de febrero de 1994 (R.Ar. 870)

<sup>8</sup> Art. 174.2 del TRLGSS.

<sup>9</sup> Art. 1 RD 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad. Porcentaje que rige desde el 1 de enero de 2004, pero que también se aplica a las pensiones causadas con anterioridad, si bien con efectos desde la indicada fecha.

<sup>10</sup> SSTS 21 marzo 1995 (R.Ar. 2171); 20 mayo 2002 (R.Ar. 6797); 22 de octubre 2002 (R.Ar. 1905); 19 diciembre 2002 (R.Ar. 2350).

<sup>11</sup> SSTS 15 diciembre 2004 (R.Ar. 2169); 2 febrero 2005 (R.Ar. 2596); 23 febrero 2005 (R.Ar. 2364); 28 febrero 2006 (R.Ar. 4819); 28 noviembre 2006 (R.Ar. 1469).

Como hemos podido comprobar, con la regulación actual, no se exigen condiciones especiales a los beneficiarios de la pensión de viudedad, por lo que puede suceder que accedan a esta pensión personas que ninguna dependencia económica tenían con el fallecido, con grave perjuicio para el cónyuge superviviente (al reducirse la cuantía de la pensión a su favor) que sin embargo es el que por definición participaba de las rentas del causante y, por tanto, el que efectivamente soporta el estado de necesidad presunto, que cubre la pensión contributiva de viudedad. Además, se trata de una regulación que sigue ligada a esquemas matrimoniales<sup>12</sup>, desconociendo los nuevos usos familiares, especialmente las uniones convivenciales de hecho, cuya presencia está presente en nuestra realidad social.

El modo en que están regulados los beneficiarios de la pensión de viudedad nos lleva a cuestionarnos cuál es la verdadera razón de ser de la pensión de viudedad, ya que pueden ser beneficiarios de dicha pensión quienes no ostentan la condición de cónyuges (excónyuges cuyo matrimonio se disolvió por divorcio) e incluso personas que nunca ostentaron tal condición por haber sido declarado nulo su matrimonio.

Como ha señalado la doctrina, la protección que se otorga es múltiple en beneficiarios, insuficiente en términos económicos y desfasada con respecto a la situación familiar actual<sup>13</sup>.

## 2. ANÁLISIS DE LA STSJ DEL PAÍS VASCO DE 5 DE DICIEMBRE DE 2006: EL SUPUESTO DE HECHO Y LA SOLUCIÓN ADOPTADA

La cuestión litigiosa estriba en determinar qué efectos ha de darse a la convivencia posterior a la separación cuando los cónyuges ya previeron en el convenio regulador que la residencia del causante en el mismo domicilio continuaría por motivos de salud, pese a la separación.

El Juzgado de lo Social al tener en cuenta el convenio regulador, así como que la convivencia se ha prolongado hasta el fallecimiento del causante, estima la pretensión de la actora y le reconoce íntegramente la pensión de viudedad, el 52% de la base reguladora en que dicha pensión consiste.

El INSS recurre dicha decisión en suplicación, y la correspondiente STSJ del País vasco, de 5 de diciembre de 2006 estima el recurso, anula la sentencia de instancia y deniega, en consecuencia la pretensión de la actora,

<sup>12</sup> Vid. ALONSO OLEA, M. «Familia, matrimonio y pensión de viudedad», *REDT* núm. 46, 1991.

<sup>13</sup> ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L. *Instituciones de Seguridad Social*, 18.º ed., Madrid, Civitas, 2002, pág. 313.



esencialmente por entender que los cónyuges separados, no reconciliados en ningún momento, siguieron viviendo en el mismo domicilio por circunstancias excepcionales, sin que ello hubiera afectado realmente a la separación acordada.

Como la propia Sentencia precisa, los cónyuges acordaron continuar la residencia del marido en el mismo domicilio y lo hacen en el marco del convenio regulador de su separación matrimonial, por razones de enfermedad de aquél, pero en el marco de la separación de los cónyuges. En consecuencia, no habiéndose producido la real reconciliación y una nueva convivencia en este nuevo marco, no puede entenderse que proceda la pensión en los términos solicitados.

En el caso que nos ocupa el Superior de Justicia tiene en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre la posible reconciliación de los cónyuges<sup>14</sup>. Al respecto, el TS deja claro que, en tanto subsista y no se modifique la situación de separación matrimonial o divorcio decretada judicialmente, la pensión de viudedad del cónyuge superviviente que siguió conviviendo con el causante habrá de reconocerse en proporción exclusivamente al tiempo de convivencia «legal» de ambos cónyuges, sin que la convivencia real entre cónyuges judicialmente separados, que no han pretendido del órgano judicial competente la resolución consecuente con una propia reconciliación matrimonial, pueda surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha, por las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho.

A nuestro juicio, la postura del TSJ es acertada y acorde con la doctrina jurisprudencial, no puede computarse con el objetivo de aumentar el porcentaje de la pensión de viudedad calculado en el momento de la separación judicial la convivencia posterior a la misma, que se produce como consecuencia del convenio regulador, porque en tal caso sólo existe una convivencia acordada voluntaria y de común acuerdo entre dos personas, que legalmente tienen la separación matrimonial, lo que para nada supone el restablecimiento del vínculo matrimonial. Además, como ha quedado reflejado, el legislador limita la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia.

### 3. EL FUTURO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Como ha quedado reflejado, la protección de esta prestación apenas ha cambiado, sigue ligada a las estructuras sociales y familiares del pasado, no

<sup>14</sup> SSTS 15 diciembre 2004 (cit.); 2 febrero 2005 (cit.) y 23 febrero 2005 (cit.)

ha incorporado las alteraciones sociológicas, como las uniones de hecho. La pensión de viudedad está cimentada en un concepto de familia tradicional fundada en el matrimonio y en la dependencia económica de la mujer con respecto al cabeza de familia.

El actual régimen jurídico de la pensión de viudedad se hace depender fundamentalmente del matrimonio, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio, partiendo de la aceptación del hecho de que ser viuda/o constituye por sí una situación de necesidad, que sólo se extingue cuando el sujeto contrae nuevo matrimonio. De esta forma prima más un criterio formal que una evaluación real de la situación de necesidad <sup>15</sup>.

A pesar de todo el cúmulo de reformas que se han sucedido desde 1978 sobre la Seguridad Social y, en especial, sobre las pensiones, la pensión de viudedad a penas ha sufrido variaciones.

Un primer intento de proceder a la reformulación global de la pensión de viudedad se encuentra en la Disposición adicional 54.<sup>a</sup> de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006 <sup>16</sup>, al establecer literalmente que: «El Gobierno presentará ante el Congreso de los Diputados, previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de Ley que, dentro de un contexto de reformulación global de la pensión de viudedad, dirigido a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento del fallecimiento del causante».

No se ha presentado ante el Congreso un Proyecto de Ley específico en materia de viudedad, pero sí se recogen las anteriores previsiones en el Proyecto de Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 13 de septiembre de 2007 <sup>17</sup>, fruto del Acuerdo de julio de 2006 entre el Gobierno y los interlocutores sociales <sup>18</sup>.

En el referido Proyecto del Ley se prevé una alteración de gran profundidad en la pensión de viudedad, los factores claves sobre los que pivota

<sup>15</sup> BARREIRO GONZALEZ, G. y MARTÍNEZ BARROSO, M.<sup>a</sup> R. «La pensión de viudedad a debate», *AL* núm. 20, 2006.

<sup>16</sup> Ley 30/2005, de 29 de diciembre.

<sup>17</sup> Boletín oficial de las Cortes generales de 20 de septiembre de 2007.

<sup>18</sup> Sobre el Acuerdo firmado el 13 de julio de 2006, entre el Gobierno y las organizaciones patronales y sindicales más representativas, *vid.* GARCÍA NINET, J. I. «Acerca de lo que pretende el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social», *TS* núm. 187, págs. 5 y ss.



la reforma son, la incorporación del requisito de la dependencia económica del superviviente respecto del causante, junto con el reconocimiento de las uniones de hecho.

En caso de matrimonio, para acceder a la pensión de viudedad, en los supuestos de fallecimiento del causante por enfermedad común, el proyecto establece que se requerirá que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia como pareja de hecho que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

Si el cónyuge sobreviviente no puede acceder a la pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, la existencia de hijos comunes, se tendrá derecho a una prestación temporal de viudedad con una duración de dos años.

El Proyecto de Ley prevé que tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho<sup>19</sup>, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período; o el 25% en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

También se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del SMI vigente por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

En el Proyecto de Ley, con gran acierto a nuestro juicio, el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante, siempre que no hubiera contraí-

<sup>19</sup> Entendida ésta como la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y, acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en los registros específicos existentes en las CC.AA. o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja; que deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

do nuevas nupcias o hubiera constituido pareja de hecho en los términos que hemos visto.

En caso de nulidad matrimonial el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el art. 98 del Código civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos vistos.

Asimismo, el proyecto recoge que si habiendo mediado divorcio se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40% a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad por cumplir los requisitos exigidos cuando se trata de una pareja de hecho.

#### 4. BREVE CONCLUSIÓN

Como ha quedado reflejado, existe un desfase absoluto entre la configuración normativa de la pensión de viudedad y la realidad social, económica, laboral y familiar actual, muy distinta a aquella en la que se desarrolló la mujer cuando se configuró por primera vez la pensión de viudedad, en la que existía una dependencia económica con respecto al cabeza de familia.

Lo que sí es realmente criticable, al menos a nuestro juicio, es que el excónyuge que no participa de las rentas del causante se convierta en partícipe de la pensión de viudedad con carácter vitalicio. En los casos de excónyuges cabe presumir que en su situación económica no repercute la muerte del causante, no se da materialmente una situación de necesidad económica generada por el fallecimiento del causante, por lo que la protección que se otorga en estos momentos no encuentra base suficiente para su justificación, a menos que se exigiera algún requisito adicional.

Por otro lado, la prorrata temporis produce desprotección sobre el cónyuge supérstite, ya que es él quien presumiblemente sufre los efectos económicos negativos derivados del fallecimiento del causante. Además, la distribución de la pensión de viudedad tiene como resultado percepciones económicas muy escasas que, a su vez, carecen de garantía de mínimos individuales<sup>20</sup>, por lo que sería oportuno ganar en protección cuantitativa lo que hubiera de perderse de protección cualitativa.

Por todo ello, la pensión de viudedad manifiesta la necesidad de abordar una remodelación que limite el acceso a la misma en el caso de perso-

<sup>20</sup> En este sentido, GÓMEZ MUÑOZ, J. M., en AA.VV. (Dir. Alarcón Caracuel, M.R.) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 1129.

nas separadas o divorciadas. Sobre esta cuestión incide la futura reforma de la pensión de viudedad, ya que en tales casos no bastara con la existencia de un matrimonio anterior, sino también, y aquí está la novedad, la constatación de una dependencia económica, acreditada por la existencia de pensión alimenticia o compensatoria, de modo que si no había derecho a la pensión compensatoria tampoco lo habrá para generar una pensión de viudedad. Pero además, se establece un límite en favor de quien es cónyuge en la fecha del fallecimiento, que en cualquier caso será como mínimo equivalente al 40% de la pensión. No obstante, el límite nos parece insuficiente.

Por otro lado, el Proyecto endurece las condiciones de quienes tienen la condición de cónyuges en el momento del fallecimiento de uno de ellos por enfermedad común, al exigirse un período previo de vínculo conyugal o la existencia de hijos en común, lo que a nuestro juicio merece una valoración negativa<sup>21</sup>. No hay que olvidar que nos encontramos ante una prestación contributiva y esta medida es absolutamente injusta y lesiona las expectativas del viudo/a; además, no cabe duda que la muerte del causante, con independencia del origen de la misma, provoca un desequilibrio económico total o parcial en la economía familiar; y, finalmente, aumenta aún más las diferencias de trato entre los riesgos comunes y profesionales, con un tratamiento discriminatorio para la enfermedad común.

Para concluir, nos parece un gran acierto el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho que el Proyecto de Ley realiza, pues debe reconocerse que esas formas de convivencia van recibiendo un empuje institucional hacia su asimilación al matrimonio. Además, no asimila sin más las meras convivencias de hecho al matrimonio, sino que exige la acreditación registral de una convivencia con características comunes al matrimonio.

Analizados los ejes sobre los que va a girar la futura y no lejana remodelación de la pensión de viudedad, es probable que parte del debate planteado en la sentencia objeto de este comentario se centrara, no tanto en si debe o no computarse la convivencia posterior a la separación matrimonial como asimilada a la convivencia marital, sino en la existencia o no de derecho a pensión compensatoria, de modo que si no había derecho a tal pensión compensatoria tampoco lo habrá para generar derecho a una pensión de viudedad.

<sup>21</sup> Critican esta medida, entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ, J. «El acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social», *TL* núm. 86, 2006, págs. 24 y 25; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. «La inminente reforma de las pensiones de seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF núm. 288, 2007, págs. 99 y 100.





## INCAPACIDAD PERMANENTE

Universidad de Granada

# LA ACCIDENTADA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL PARÉNTESIS EN LA INCAPACIDAD PERMANENTE DECLARADA JUDICIALMENTE

*Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2007, de 15 de enero de 2007*

SOFÍA OLARTE ENCABO \*

**SUPUESTO DE HECHO:** La Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2007, de 15 de enero de 2007, desestima la demanda de amparo después de que inicialmente la Sección Cuarta de este mismo Tribunal dictara providencia por la que no se admitía la demanda de amparo (por ausencia de contenido constitucional, ex artículo 50.1 c) LOTC) y, posteriormente, la Sala Segunda de este Tribunal —que es la que dicta la presente Sentencia— dictara Auto estimando el recuso de súplica presentado por el Ministerio Fiscal, por el que admitía la demanda. El supuesto en cuestión se refiere a una pensión de incapacidad permanente absoluta reconocida judicialmente por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona, de 24 de febrero de 2000. Posteriormente, con motivo del cambio operado en la jurisprudencia del TS a partir de su Sentencia de 7 de febrero de 2000, sobre la forma de cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, aplicando el criterio más favorable del paréntesis —y, por tanto, sin aplicar las bases mínimas durante el período precedente de invalidez provisional, como hasta ahora venía interpretando el TS—, el beneficiario, ante la revisión de oficio por parte del INSS de la cuantía de las pensiones, y una vez agotada la vía previa, interpuso demanda solicitando la revisión de su base reguladora. Esta pretensión fue denegada por Sentencia del Juzga-

\* Profesora T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

do de lo Social núm. 18 de Barcelona, de 15 de noviembre de 2001. Interpuesto el recurso de suplicación ante el TSJ de Cataluña, el mismo fue desestimado por el Tribunal Superior, en Sentencia de 20 de noviembre de 2002, confirmando la apreciación de existencia de cosa juzgada efectuada por Juzgado de lo Social. Finalmente, el demandante, interpuso recurso de casación para unificación de la doctrina, que fue inadmitido por falta de idoneidad de la Sentencia de contraste, mediante Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2004., siendo sentencia de contraste la STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2002, que denegó la aplicación de la cosa juzgada en un caso similar al considerado —aunque esta Sentencia no era firme por haberse interpuesto contra la misma un recurso de casación para la unificación de doctrina y que, posteriormente el TS llegó a anular en Sentencia de 27 de enero de 2003—.

**RESUMEN:** El TC «inadmite» la demanda de amparo por una cuestión de orden procesal, sin entrar en el fondo, que no es la de cosa juzgada apreciada en la jurisdicción ordinaria. La cuestión controvertida en la demanda de amparo se centra en determinar si la negativa del INSS a revisar la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente reconocida al demandante de amparo conforme a la doctrina establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 200, relativa a la forma de cómputo de los períodos de invalidez provisional, ha vulnerado el derecho a la igualdad, en relación con aquellos pensionistas que sí vieron revisada la citada base reguladora por el indicado motivo y si la STSJ que desestimó el recuso de suplicación vulneró o no dicho derecho fundamental. Pese a ser ésta la cuestión, el TC no entra en ella por estimar que concurre un obstáculo procesal: la exigencia de agotar la vía judicial precedente antes de acudir al recurso de amparo, ex artículo 44. 1 a) de la LPTC, ya que éste es un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria, que responde a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo. El TC reitera su doctrina, según la cual la vía judicial previa sólo puede entenderse efectivamente agotada y abierta la del proceso constitucional de amparo, si los recursos jurisdiccionales pertinentes se han interpuesto en tiempo y forma, ya que si se interponen extemporáneamente, o sin cumplir los requisitos procesales establecidos por las normas que resulten de aplicación, el órgano jurisdiccional llamado a resolverlos no tendrá la posibilidad de entrar en su conocimiento y resolución, y no podrá, por tanto, reparar la supuesta lesión constitucional. Y en el presente caso, el TC considera que el fracaso de los recursos idóneos para obtener la reparación del derecho constitucional supuestamente vulnerado equivale a su no utilización cuando tal fracaso sea imputable a la conducta procesal del recurrente y en el supuesto



enjuiciado el recurrente aportó como sentencia de contraste una que, no sólo no era firme en la fecha en que se dictó la Sentencia recurrida, sino que incluso ya había sido anulada pero el TS en fecha cercana pero anterior a la formalización del recurso de casación.

### ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE CÁLCULO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE
2. LA INTRODUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DEL «PARÉNTESIS» EN LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD TRAS UN PERÍODO DE INVALIDEZ PROVISIONAL
3. EL EFECTO DE COSA JUZGADA COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DE LA REVISIÓN DE LA PENSIÓN POR EL INSS
4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL PREVIA

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE CÁLCULO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

El régimen jurídico de la cuantía de las pensiones de incapacidad permanente ha sido objeto de importantes modificaciones en los últimos veinte años. Pero puede hablarse de un antes y un después de la Ley 26/1985: con anterioridad a ésta, para el cálculo de la base reguladora se tomaban en cuenta las cotizaciones habidas en un período relativamente corto, lo que, unido al fuerte incremento de las bases máximas de cotización a partir de la Ley 24/1972, determinó una acusada elevación de la cuantía inicial de estas pensiones. Además, en la medida en que el período considerado no era a penas representativo de las cotizaciones realizadas al sistema a lo largo de la vida laboral, el régimen jurídico entonces vigente propició la extensión de conductas selectivas y fraudulentas, en cuanto dirigidas a obtener un incremento de la pensión mediante incrementos ficticios de los salarios supuestamente abonados en los veinticuatro meses anteriores.

La Ley 26/1985 pretendió, entre otros objetivos atajar esta situación y en su artículo 3 estableció que la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivada de enfermedad común será «el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante». Previsiones que actualmente recoge el artículo 140 de la LGSS y que se limitan a la base reguladora de las pensiones derivadas de enfermedad común y accidente no laboral cuando el trabajador no está en alta o situación asimilada en el momento del hecho causante.

El resultado fue un importante recorte en la cuantía de esas pensiones pero, pese a una desaceleración en el crecimiento del gasto, la reforma no

consiguió evitar que el gasto en pensiones de IP haya seguido incrementándose, ya que los beneficiarios presentan cada vez carreras de seguro más dilatadas. Por ello, la Recomendación 9.<sup>a</sup> del Pacto de Toledo —«*Sobre la equidad y el carácter contributivo del sistema*», señala la necesidad, no sólo respecto de la IP sino de todas las prestaciones contributivas, de que las mismas «*guarden mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización y se eviten situaciones de falta de equidad en el reconocimiento de las mismas*».

La Ley 24/1997, desarrolló esta recomendación respecto a las pensiones de jubilación, incrementando el promedio de las bases cotizadas que se han de tomar en consideración para calcular la base reguladora (que pasa de 8 años a 15), sin embargo la forma de cálculo de base reguladora de las pensiones de IP y los porcentajes aplicables a los distintos grados de incapacidad permanente quedaron inalteradas, siendo ello unánimemente criticado por la doctrina.

En las perspectivas de futuro inmediato, el Proyecto de Ley de Medidas de Reforma en materia de Seguridad Social (2007) ha tenido como objetivo fundamental, en materia de incapacidad permanente, modificar la forma de cálculo de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, para aproximarla a la establecida para la pensión de jubilación, introduciendo, por tanto una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización. Concretamente, el apartado Cinco del artículo 2 dispone una nueva redacción de los apartados 1 y 3 del artículo 140 de la LGSS, pero, mientras que la reforma del apartado 1 comporta un cambio sustantivo (para asimilar el régimen de cálculo de éstas al de las pensiones de jubilación), la del apartado 3 no altera el régimen jurídico vigente propiamente, ya que sólo se realizaría un cambio terminológico.

En cuanto a la integración de lagunas, sigue en vigor lo dispuesto en el artículo 140.4 LGS, según el que «*si en el período de que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de cotización de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años*», lo que se entiende se refiere tanto a las situaciones asimiladas a la de alta para las que no se exija tal obligación, como a otras situaciones en que no nace la obligación de cotizar por no encontrarse el trabajador en alta o situación asimilada (artículo 5.5 del RD 1799/1985). Sin embargo, no incide la reforma en el problema planteado en el supuesto de hecho que aquí analizaremos, la aplicación de dicho precepto o no al cálculo de la base reguladora de las pensiones de IP procedentes de IPP o IT prorrogada, lo que devuelve la cuestión al campo de la interpretación judicial, pero desde mi puntote vista, dado que la finalidad de la reforma es buscar la mayor correspondencia entre el esfuerzo de cotización y la cuantía de la pensión, lo coherente habría sido exceptuar esta regla en el supuesto señalado y, en lugar de acudir a las bases míni-



mas, aplicar el paréntesis y, por tanto, acudir a las bases reales inmediatamente anteriores.

## **2. LA INTRODUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DEL «PARÉNTESIS» EN LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE TRAS UN PERÍODO DE INVALIDEZ PROVISIONAL**

El problema de fondo planteado en el recurso de amparo aquí analizado, en lo que a Derecho sustantivo se refiere, nos lleva a la controvertida cuestión de la aplicación de la doctrina del paréntesis, en lugar de la integración de lagunas con las bases mínimas, para el cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, tras un período de invalidez provisional o incapacidad temporal prorrogada.

En efecto, esta es una cuestión controvertida en la medida en que inicialmente el TS se inclinó por una interpretación conforme a lo establecido el artículo 140.4 de la LGSS, y, por tanto, a favor de la integración de las lagunas con bases mínimas, a partir de su Sentencia de 18 de junio de 1994, en que la pensión también estuvo precedida de un período de invalidez provisional. Sin embargo, en su posterior Sentencia de 7 de febrero de 2000, se pasa a defender la interpretación alternativa del paréntesis respecto del período de invalidez provisional. Cambio jurisprudencial que tampoco se puede considerar esté lo suficientemente estabilizado, porque no sólo la Sentencia que cambia de criterio —y que, por la trascendencia de la cuestión, fue debatida en Sala General— cuenta con un voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, al que se adhirieron tres magistrados más, sino porque en sentencias posteriores dicha doctrina ha sido objeto de matizaciones de signo limitador.

Dicho en términos más directos, la cuestión objeto de debate era determinar si la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, cuando dentro del plazo anterior al hecho causante previsto en el artículo 140 LGSSS haya habido un algún período durante el que no existiese obligación de cotizar, tal y como sucedía durante la situación de invalidez provisional —y sucede con la de IT prorrogada—, se ha de calcular teniendo en cuenta durante tal período la base mínima de cotización, o bien si la base reguladora se debe de calcular sobre cotizaciones reales a partir del mes inmediatamente anterior a producirse la situación que dio lugar a la exención del deber de cotizar, aplicando sólo las reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> contenidas del apartado 1 y el apartado 2 del precepto legal.

La primera línea jurisprudencial, mantenida invariablemente desde 1994 hasta el año 2000 por el TS, primó una interpretación básicamente literal de

lo dispuesto en artículo 140.4 LGSS a estas situaciones. Este apartado establece que «*si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años*». Por ello, teniendo en cuenta que durante el período de invalidez provisional no existía obligación de cotizar, el TS no dudó en aplicar a este caso este precepto de integración de lagunas de cotización con las bases mínimas existentes en cada momento.

El cambio jurisprudencial en el año 2000 no viene precedido de ningún cambio normativo que se refiera de forma directa a este punto. De hecho, como recuerda el Fundamento Jurídico Segundo de la STS de 7 de febrero de 2000, no ha habido un cambio normativo, ya que lo dispuesto en apartado 4 del precepto legal tiene su origen en la Ley 26/1985, de 31 de julio (artículo 3.4) y tras su integración en el TRLGSS de 1994, no ha experimentado ningún cambio, sin que la reforma operada por la Ley 24/1997 le afectase. El TS reconsidera su doctrina anterior principalmente, «*porque su aplicación conduce en la mayor parte de los casos a un resultado gravemente perjudicial para los beneficiarios, sobre todo en unos supuestos en los que el retraso en el paso de la situación de incapacidad temporal a la de incapacidad permanente suele ser imputable a la Entidad Gestora, que es la que tiene que realizar la calificación*». Por tanto, estaríamos ante una manifestación de la vigencia del principio pro beneficiario, que, no obstante, no es el único argumento sino que éste está acompañado de otros criterios hermenéuticos que conducen al TS a esta misma interpretación favorable.

En efecto, el TS se basa también en una interpretación declarativa de la verdadera voluntad de la ley. Por ello afirma que la Ley 26/1985 impulsó el reforzamiento del carácter profesional, contributivo y proporcional de las pensiones de jubilación e invalidez y la mejora de la eficacia protectora. Y casaría mal con estos objetivos «*la penalización de un retraso en la progresión de la incapacidad laboral transitoria a la incapacidad permanente*», pues como declaraba el Preámbulo de la Ley se buscaba con las nuevas reglas de cálculo de la base reguladora, una garantía de que se tiene en cuenta realmente la vida laboral del trabajador, evitando el fraude. Por ello, para el TS la aplicación de lo establecido en el apartado 4 del artículo 140 a este caso no respetaría esa finalidad, si por causa no imputable al trabajador se dejan de tener en cuenta las bases de cotización correspondientes a su vida laboral y se aplican unas bases artificiales de cómputo; además de ello, no se combatiría de esta forma ninguna conducta fraudulenta, ya que la situación depende de una decisión de la Entidad Gestora y no del beneficiario.

De otro lado la Sala Cuarta busca reforzar el argumento finalista junto con el literal, aprovechando lo equívoco del concepto de «hecho causante»



que permite una hermenéutica abierta y que, por tanto, la prestación pueda considerarse causada en distintos momentos (bien la fecha de la contingencia determinante de la incapacidad permanente, bien la fecha en que se objetivan las lesiones como permanentes, bien la fecha de la constatación administrativa de las lesiones). En efecto, la Disposición Adicional de la Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1982, consideraba hecho causante el dictamen de la UMVI, pero esta norma se refería a los efectos económicos de esta prestación, además fue derogada por la Orden de 18 de enero de 1996, cuyo artículo 13.2 establece que el hecho causante se entenderá producido en la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal, salvo cuando no haya situación previa de IT, en cuyo caso se toma la fecha del dictamen del EVI. No obstante, no se define el momento en que se considera extinguida la IT y, aunque el artículo 131 bis LGSS se refiera a la extinción de la IT, lo hace sólo en relación a la dinámica de la prestación y al paso de la IT a la IP a efectos económicos, pero no a los efectos determinar el hecho causante. Por ello, el TS alude a supuestos en que ha prevalecido un concepto material de hecho causante, frente al concepto formal (dictamen de la UMVI o EVI) y es la equívocidad del concepto lo que ha permitido «*un juego flexible de la jurisprudencia para lograr una solución adecuada y justa en determinados casos*» y cita los relativos al momento de exigencia del requisito del alta en el que el momento del hecho causante no es el momento final de la invalidez provisional —ya que en este momento no está en alta— y el relativo al cómputo de las denominadas carencias cualificadas (la exigencia de que una quinta parte del período de cotización se cumpla en los 10 años anteriores al hecho causante) en el caso de trabajadores procedentes de la antigua invalidez provisional y actual IT prorrogada. Y entiende el TS, f.j., 4.º, que «*el mismo criterio debe aplicarse en materia de base reguladora, pues los términos de la regulación son los mismos: la referencia al «hecho causante» en los artículos 138 y 140 de la LGSS; y también existe identidad de razón: evitar imponer a solicitante un perjuicio no justificado por un hecho que no le resulta imputable y en virtud de la utilización por parte e la ley de un término equívoco*».

De esta argumentación se desprende que el verdadero fundamento de fondo, nos remite a la existencia de un término equívoco que abre la vía de nuevo a una interpretación pro beneficiario, y hay que decir que el TS se esfuerza en dejar claro que existe un punto controvertido en el precepto legal, pues dicho principio no procedería en caso contrario, según la máxima hermenéutica *in claris non fit interpretatio*. Sin embargo, desde nuestro punto de vista hay cierta artificiosidad en esta construcción, más allá de que en el caso concreto favorezca al beneficiario, ya que lo establecido en el apartado 4 del artículo 140 tiene un contenido claro que parece resultar aplicable a las pensiones de incapacidad permanente por contingencias comunes procedentes de una invalidez provisional o una incapacidad temporal prorrogada.

En este sentido compartimos las objeciones que formula el voto particular —sin perjuicio de llegar a la misma conclusión a que llega la mayoría de la Sala—, ya que, en primer lugar, no es tan claro que esta solución favorezca en todo caso los intereses de los beneficiarios de estas pensiones, ya que en otras situaciones el artículo 140.4 puede ser considerado como una ficción legal favorable a aquéllos, ya que la ley le atribuiría unas cotizaciones que realmente no ha realizado y que en algunos casos pueden ser necesarias para completar los períodos de carencia exigidos, además de que las propias reglas de cálculo de la base reguladora parecen aconsejar evitar vacíos de cotización. Si no, se llega a la situación difícilmente justificable de aplicar estrictamente el artículo 140.4 LGSS a efectos del período de carencia exigido y no aplicarlo a efectos de cálculo de la base reguladora, según convenga al beneficiario. De modo que el precepto, como dice el Magistrado que formula el voto particular, *«es lo que es, sin posibilidad de aplicarlo a unos efectos y dejarlo de aplicar en otros»*.

El voto particular combate, en primer lugar, el argumento de la mayor favorabilidad, pues es claro que lo que en un caso puede favorecer, en otros puede perjudicar y viceversa, luego no parece sólido el argumento de una interpretación más favorable globalmente considerada, más allá del caso concreto —o similares— al que se refiere el recurso. En segundo lugar, el argumento de la dilación en la gestión de la prestación de la IP provisional o IT prorrogada, parte de un prejuicio no constatado y, aún en el caso de que se produjera dicha situación, vuelve a plantearse la posibilidad de que ello pueda tanto perjudicar como beneficiar al pensionista. Y en cuanto a la interpretación flexibilizadora, desde nuestro punto de vista, la misma es posible cuando la norma plantea problemas de interpretación por su complejidad o se haya claramente obsoleta y necesitada de una interpretación conforme a un nuevo contexto, como es el caso de la responsabilidad empresarial en orden a prestaciones ex artículo 126 LGSS.

En cualquier caso, y al margen de estas consideraciones críticas, parece claro que, para el TS, en los supuestos en que la incapacidad permanente ha estado precedida por una invalidez provisional —o incapacidad temporal prorrogada— no es aplicable lo dispuesto en el artículo 140.4 sobre períodos en que no existió obligación de cotización, sino la doctrina del paréntesis. Por tanto, dichas lagunas no se integrarán con la base mínima, sino que la base reguladora se calcula a partir del mes inmediatamente anterior a producirse la situación que dio lugar a la exención del deber de cotizar, aplicando las reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del apartado 1, así como el apartado 2 del precepto legal. Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido desde 2000, si bien es cierto que el TS tiende a hacer una aplicación restrictiva de la misma, tal como podemos ver, por ejemplo en la STS de 14 de junio de 2006, en la que el TS limita esta interpretación sólo a los supuestos en que la invalidez provisional es inmediatamente anterior o la STS de 5 de julio de 2007, don-



de al plantearse la duda sobre las bases de cotización a considerar de cara al cálculo de la base reguladora de una pensión de invalidez permanente, subsiguiente a una IT durante la que se extingue el contrato de trabajo, el TS considera que el período de IT/desempleo computará por las bases mínimas, es decir, que aplica el artículo 140.4 de la LGSS, en lugar de aplicar la doctrina del paréntesis o acudir a las cotizaciones que el Servicio de Empleo hubiera debido cotizar, como solicitaba el demandante.

### 3. EL EFECTO DE COSA JUZGADA COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DE LA REVISIÓN DE LA PENSIÓN POR EL INSS

Con carácter general, podemos decir que la jurisprudencia en materia de pensiones es sumamente respetuosa con la institución de la cosa juzgada. El efecto de cosa juzgada ha sido objeto de numerosos pronunciamientos del TS, tanto en relación con la revisión de las pensiones como en relación con la determinación de la base reguladora de las mismas. En relación con la base reguladora, destacamos dos sentencias, la primera, por su grado de minuciosidad y, la segunda por su claridad: la STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 1504) y la STS de 11 de octubre de 2005 (RJ 2005, 9956). La doctrina sentada recuerda la aplicación del artículo 222 de la LECiv, por lo que para poder apreciar la existencia de cosa juzgada en sentido negativo o excluyente, es necesario que se dé la más perfecta identidad entre las personas, las cosas y las acciones de los dos procesos que se toman en consideración —razón por la cual en la primera de las sentencias mencionadas, el TS llega a la conclusión de inexistencia de cosa juzgada, ya que en un proceso se debate el reconocimiento de la pensión, mientras que en otro, la cuantía de la misma—. Pero, en lo que ahora nos ocupa, el TS ha sentado una doctrina clara en el sentido de considerar que, una vez reconocido en sentencia el derecho a percibir una determinada prestación de la Seguridad Social, no puede el beneficiario formular válidamente nueva demanda para modificar alguno de los elementos ya reconocidos de tal prestación (base reguladora, porcentaje aplicable, fecha de efectos...), pues lo impide la cosa juzgada —entre otras SSTS de 19 de mayo de 1992, Ar. 3575, de 9 de diciembre de 1993, Ar. 9767, de 27 de enero de 1997, Ar. 633, de 21 de julio de 2000, Ar. 7641 y de 7 de octubre de 2003, Ar.7820—. La STS de 11 de octubre de 2005, en la que fue ponente Martín Valverde, que invoca la primera de 19 de mayo de 1992, resume esta doctrina en los siguientes puntos:

- primero: la LECiv establece que el efecto de cosa juzgada excluirá «un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo» (art. 222.1), alcanzando a las pretensiones de la demanda y de la reconvención (art. 222.2)

- segundo: el «objeto de la pretensión» en los litigios sobre incapacidad o invalidez permanente es «único», aunque contenga normalmente «dos pronunciamientos relacionados íntimamente, que son la determinación del grado de invalidez y el cálculo del contenido económico de la prestación» (STS de 21 de julio de 2000, Ar. 7641).
- tercero: la base reguladora de la pensión de invalidez constituye, por tanto, un «elemento de la pretensión que no puede escindirse de la misma sin desvirtuarla» (STS de 27 de enero de 1997)
- cuarto: una vez que se ha resuelto por sentencia firme sobre pensión de invalidez, se despliega el efecto excluyente de un proceso posterior sobre la misma materia, sin que tal efecto pueda ser enervado mediante la invocación de un error evidente de la sentencia que ha establecido la cosa juzgada

En definitiva, la interpretación jurisprudencial es constante en afirmar que si la base reguladora de una prestación está fijada en sentencia firme, aunque no se hubiese pedido ni discutido en la demanda, no cabe después —por existir cosa juzgada— iniciar un nuevo proceso solicitando aisladamente el incremento de dicha base, alegando que la IP deriva de contingencia diversa —entre otras SSTS, de 19 de febrero de 19992— o que se inaplicó la doctrina del paréntesis —STS de 10 de mayo de 2004, Ar. 4461—, además, para el TS la base reguladora es una cuestión que no puede escindirse de la declaración de IP, sin que quepa invocar un supuesto error pues, en caso de existir, sería, si no exclusivo, al menos compartido por el demandante, razones por las que se impone la cosa juzgada por seguridad jurídica.

En definitiva, los razonamientos anteriores dejan poco espacio para sostener una interpretación alternativa, sin embargo, sí podemos invocar, que, a diferencia de los supuestos enjuiciados en las SSTS que han sentado esta jurisprudencia, no se alega aquí ni error ni una revisión en relación con la contingencia de origen, sino que en realidad, hay un hecho nuevo que tiene su origen en la revisión discriminatoria de las bases reguladoras de oficio (el INSS sólo revisó las reconocidas por resolución administrativa, perjudicando a las reconocidas judicialmente), que, además, paradójicamente está motivada en un cambio de interpretación por el propio TS.

Es cierto que en este caso hay un contenido constitucional propio del recurso de amparo, pero no lo es menos que los tribunales ordinarios también están vinculados por la Constitución y la actuación del INSS era claramente discriminatoria, como ha declarado ya el TC—. Por lo que, en vía de amparo, se hallaría implicado no sólo el derecho del artículo 14 CE, sino también el del artículo 24. Desde nuestro punto de vista, tal y como hizo el TSJ de Cataluña, es posible considerar hechos nuevos y objeto nuevo del proceso —la aplicación no discriminatoria de una nueva interpretación jurisprudencial—, sin caer en una posición que lleva justamente a un efecto no deseado a través del juego de la excepción de cosa juzgada, la seguridad



jurídica, pues ésta se vería perjudicada por una aplicación discriminatoria de la jurisprudencia por parte de un ente público. Conclusiones, además, que vendrían avaladas por la amplia configuración de los actos revisión por parte de los entes gestores, más aún cuando no es una revisión de signo restrictivo sino pro beneficiario.

Aunque la STC 8/2007 no llega a plantear la cuestión de la aplicación del efecto de cosa juzgada, pues se detiene en otro obstáculo procesal propio de la vía de amparo, lo cierto es que hay que ponerlo de manifiesto, es que éste es el tema central en todo el debate judicial en la instancia, sobre la modificación de la cuantía de la base reguladora de las pensiones de IP. En efecto, en materia de Seguridad Social, la cosa juzgada tiene en este asunto el principal referente, lo cual tiene su explicación en la intensa judicialización de las pensiones de IP, derivada de los constantes cambios normativos y administrativos, así como por los cambios jurisprudenciales, no siempre motivados por modificaciones legales, tal y como ha sucedido con la interpretación del artículo 140.4 LGSS.

Como ya he puesto de relieve, la jurisprudencia ha sido muy oscilante a la hora de aplicar la doctrina del paréntesis al cálculo de la base reguladora de las pensiones de IP, hasta el año 2000, momento en que la STS de 7-2-2000 en Sala General generalizó la doctrina de paréntesis a otros períodos distintos de la situación de incapacidad temporal en los que no existía obligación de cotizar, lo que determinó que el INSS cambiara sus criterios administrativos en cuanto al cálculo de las bases reguladoras y, además, que dictara instrucciones para la revisión de las pensiones reconocidas con anterioridad, si bien excluía a las que hubieran sido reconocidas judicialmente, por considerar que a ello se oponía la cosa juzgada.

Muy sucintamente, y para situar el alcance de la excepción de cosa juzgada, conviene partir de cual es el sentido de esta institución procesal. En primer lugar, es tópico ya el situar la cosa juzgada en la encrucijada de la seguridad jurídica —lo que no es lo mismo que la negación del error judicial— y la justicia, de tal modo que la misma vendría a suponer la consagración de la situación jurídica declarada por una sentencia firme, al margen de cualquier otra consideración, de tal forma que sólo por motivos excepcionales se puede acudir a los recursos extraordinarios —en nuestro sistema, el de revisión contra sentencias dotadas de efectos de cosa juzgada por los motivos tasados en el artículo 510 LECiv o los especiales de audiencia al rebelde o el incidente de nulidad de actuaciones—.

El efecto de cosa juzgada tiene una doble dimensión: de un lado, el efecto negativo, en cuanto supone la imposibilidad de un nuevo proceso en el que concurren determinadas identidades —sujetos, causa y objeto—; y, de otro, el efecto positivo o prejudicial, que se da cuando, en caso de no existir la triple identidad, son parte integrante de la pretensión nueva cuestiones que ya fueron resueltas en un proceso anterior, en cuyo caso el juez o

tribunal queda vinculado por la sentencia anterior. Y es claro que en el supuesto de hecho que sirve de referencia a estas reflexiones, estaríamos hablando del efecto negativo de la cosa juzgada.

El fundamento de la cosa juzgada, según la doctrina procesalista más clásica, no es otro que la seguridad jurídica, aunque según posiciones más matizadas, lo que realmente se tutela no es otra cosa que la propia función jurisdiccional. El Tribunal Constitucional coincide en relacionar directamente la cosa juzgada con el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, si bien también lo conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva (ex art. 24 CE). De otro lado, la cosa juzgada se ha revelado como una institución en zona de fricción con respecto al principio de igualdad —que es lo que precisamente subyace en el supuesto de hecho de la Sentencia aquí analizada—, sin embargo, el TC ha dejado claro que la existencia de sentencias contradictorias no determina necesariamente la violación del derecho a la igualdad ni del derecho a la tutela judicial efectiva.

Con anterioridad a la STC 8/2007 —que nos ha servido de punto de partida para estas reflexiones—, la STC 307/2006, de 23 de octubre, resolvía con acierto esta misma cuestión. En ella se plantean tanto los efectos del cambio en la jurisprudencia del TS, como el efecto de cosa juzgada (al entender el INSS que la existencia de sentencia firme le impedía la modificación de la cuantía de la pensión). Y es que hay que señalar que las instrucciones del INSS provocaron numerosos litigios que dieron lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios; así, por ejemplo la STSJ de Castilla-La Mancha de 1-10-2002 (AS 2003, 1182) no aceptó la excepción de cosa juzgada, por considerar que la actuación del INSS atentaba contra el principio de igualdad. En cambio, en otros casos idénticos, se aceptó la cosa juzgada como fundamento de la denegación de la revisión de la cuantía de la base reguladora de las pensiones de IP que habían sido fijadas por sentencia firme (SSTSJ de Cataluña de 12-11-2002, AS 2003, 255, 15-4-2003, AS 1096 y de 8-1-2003, que es contra la que se interpuso el recurso de amparo que resuelve la STC 307/2006, de 23 de octubre).

Cualquiera que sea la posición adoptada, conviene no perder de vista que, en ningún caso, la cosa juzgada impide a una parte reconocer extraprocesalmente más de lo que reconoce una sentencia. Y, además, tratar de fundamentar un trato desigual en el efecto de cosa juzgada no parece acertado, ya que el artículo 14 CE vincula al INSS y le obliga a no dar tratamiento discriminatorio a ningún beneficiario que se halle en la misma situación. Como advierte el TC (Sentencia 76/1990), «*el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional*». Y, argumentos tales como la imposibilidad de una comparación en términos de igualdad por no existir un tér-



mino adecuado de comparación o la necesidad de aplicar la cosa juzgada como garante último de la seguridad jurídica, son de escasa consistencia si tenemos en cuenta que no se cuestionan estos principios por ejemplo, por el hecho, de que el TS cambie su interpretación de una norma, pues sabemos que un cambio en el sentido de la interpretación no da lugar a la posibilidad replantear todos los asuntos decididos por sentencia firme en que se aplicó el criterio interpretativo precedente.

#### **4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE AGOTAMIENTO DE LA VIA JUDICIAL PREVIA**

El TC, en su Sentencia 8/2007, no entra a considerar la causa en que, tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ, fundaron la desestimación de la demanda y el recurso correspondiente, que no era otra sino la existencia de cosa juzgada material como causa de la negativa a la revisión de las pensiones de IP reconocidas por sentencia y procedentes de una Invalidez Provisional. Como ya se ha señalado, el TC se centra en fundamentar que la demanda de amparo resulta inadmisibile por falta de agotamiento de la vía judicial previa, ya que en el recurso de casación se presentó como sentencia de contraste una que no era firme y que, además, en el momento de la formalización del recurso de amparo, ya había sido casada y anulada por el TS.

Más allá de lo restrictivo o no del criterio del TC en la admisión de recursos de amparo, y siendo cierto que esta circunstancia —la sentencia de contraste no firme— impidió al TS pronunciarse en el recurso de casación, no es menos cierto que, dado que la sentencia de contraste fue casada y anulada, el TS tuvo ocasión de sentar su criterio al respecto y que una interpretación no tan estrictamente formal, habría permitido al TC entrar en el fondo de la cuestión, que no es otra que determinar si es discriminatorio o no el hecho de que la modificación de un criterio jurisprudencial beneficie a los sujetos que vieron reconocida su pensión de IP, tras un período de invalidez provisional, por resolución del INSS —puesto que éste procedió de oficio a la revisión tras el cambio operado en la doctrina del TS—, en detrimento de aquellos otros a los que se les reconoció la IP por sentencia, oponiendo el INSS a dicha revisión, el efecto de cosa juzgada.

De hecho, en caso de haber admitido el recurso de amparo, el TC habría otorgado amparo sin lugar a dudas, por coherencia con su propia doctrina, ya que pocos meses antes el Alto Tribunal dictó la Sentencia 307/2006, de 23 de octubre, en la que ante un supuesto idéntico al ahora planteado, reconoció amparo por violación del artículo 14 CE. En efecto, el supuesto de la Sentencia de 2006 se refiere a un beneficiario de una pensión de IP, al que se reconoce la pensión tras un proceso judicial y que, posteriormente solicita la revisión de la base reguladora ya fijada en sentencia, en base al

cambio de criterio del TS sobre su cálculo (en la antigua situación de invalidez provisional ya no procedería tener en cuenta las bases mínimas, sino que se aplica la teoría del paréntesis). El Juzgado de lo social núm. 19 de Barcelona atiende la pretensión, sin que la alegación del INSS de cosa juzgada resulte obstáculo, porque, para el TSJ, quien acudió a la vía judicial para reconocimiento de su derecho no puede tener peor trato que el recibido por aquellos que vieron reconocido su derecho por resolución administrativa. En suplicación el TSJ de Cataluña revocó la sentencia, apreciando cosa juzgada y finalmente, no prosperó el recurso de casación.

El TC —en la Sentencia 307/2006— consideraba que la actuación del INSS resulta contraria al artículo 14 de la CE, por no ser un motivo válido de diferenciación el que el reconocimiento de la pensión tuviera su origen en resolución administrativa o en sentencia. Además, el TC señala que el INSS adopta un criterio distinto, no apreciando cosa juzgada material, por ejemplo, en la revisión del grado de incapacidad reconocida judicialmente, al considerar que existe un hecho nuevo en relación con el fundamento de las pretensiones. Y en todo caso, en esta misma Sentencia 307/2006, el TC recuerda que la función jurisdiccional no impide al TC la revisión de la interpretación judicial de las leyes cuando quede afectado un derecho fundamental. Y por ello afirma que el efecto de cosa juzgada «no puede ser justificación para que la Administración depare un peor tratamiento a pensionistas que se encuentren en idéntica situación, además de que también serían, igualmente, firmes las resoluciones administrativas reconociendo la pensión y que no fueron recurridas en tiempo y forma. Por tanto, para el TC no se discute si el INSS tiene o no obligación de revisar, ni los límites que de tal obligación pudieran derivarse del efecto de cosa juzgada, sino que, una vez ha decidido proceder a la revisión de las pensiones por propia iniciativa, y a partir de un cambio de criterio jurisprudencial, no puede hacerlo sólo respecto de unos y excluir a otros. Por ello se considera que es una actuación contraria al artículo 14 CE y otorga amparo y, expresamente desautoriza el argumento de la cosa juzgada, negando que ésta sea «criterio objetivo y razonable que justifique la desigualdad de trato» recibida del INSS por aquellos que obtuvieron el reconocimiento a su prestación por vía judicial, respecto de quienes no recurrieron a tal vía, no impugnando la resolución administrativa de reconocimiento de la prestación.

Y aunque esta sentencia no permite concluir genéricamente que el principio de igualdad constituye un límite al efecto de la cosa juzgada, y menos aún que prevalezca sobre la seguridad jurídica, lo cierto es que en determinados casos puede serlo o puede imponerse, en casos en que la desigualdad está motivada en un acto de revisión unilateral —y no exigido por el cambio jurisprudencial— que se desenvuelve en sede administrativa y no en sede jurisdiccional, donde sí sería oponible una excepción de naturaleza procesal. En otras palabras, la respuesta podría haber sido justamente la contraria



si el INSS no se hubiera anticipado a la actuación de los beneficiarios, ya que en tal caso, sí tendría visos de prosperar la excepción de cosa juzgada.

Volviendo al supuesto de hecho que nos ocupa, conviene precisar que la sentencia de contraste efectivamente no era firme y además fue anulada por el TS en Sentencia de 27 de enero de 2003. Sin embargo, el TS anuló la sentencia del TSJ por considerar que el recurso de suplicación era improcedente por contener una reclamación inferior a 300.000 pesetas, y es por ello, únicamente por lo que el TS anula la Sentencia del TSJ de Cataluña y confirma la de instancia contra la que, realmente, no procedía recurso alguno (y por tanto, no entró a analizar la cuestión de la cosa juzgada). Además, el TS en la STS de 27 de enero de 2003 descarta que procediera el recurso de suplicación por la vía de —aun de cuantía inferior— tratarse de una cuestión a la que fuese aplicable la excepción de la «afectación general». Por tanto, ni el TS ni el TSJ de Cataluña se refirieron ni mantuvieron la excepción de cosa juzgada.

Desde nuestro punto de vista, la excepción de cosa juzgada no es un argumento suficiente para denegar en la instancia el derecho a la revisión de la base reguladora. No se trata en este caso de que la cosa juzgada ceda por sobrevenir un nuevo hecho —un cambio jurisprudencial—, ya que realmente, lo que se está enjuiciando es una actuación administrativa de oficio de la Entidad Gestora, como consecuencia de la modificación de un criterio jurisprudencial, que le lleva a la revisión de oficio por el INSS de las cuantías de las pensiones de IP, a excepción de las reconocidas en Sentencia. Y es esta actuación administrativa, extra-procesal, lo que en realidad se ha de enjuiciar, y por tanto, no habría una colisión con la institución procesal de cosa juzgada sino con el principio de igualdad y éste actuaría no tanto como límite de la cosa juzgada como de la actuación de los poderes públicos.

En el caso de que hubieran sido los particulares los que reclamasen una revisión de sus pensiones como consecuencia de la jurisprudencia favorable a la aplicación del paréntesis a estos casos, la respuesta, en mi opinión tampoco sería absoluta ni cerrada en orden a la aplicación de la cosa juzgada, ya que en materia de incapacidades juegan un papel importante la modificación de los hechos y circunstancias como causa excluyente o impeditiva del efecto positivo de la cosa juzgada —nos referimos a la enfermedad como fenómeno dinámico y en constante evolución—. Y ello aun cuando en muchas ocasiones los Tribunales han aplicado la cosa juzgada, por ejemplo, para negar la aplicación de la nueva jurisprudencia sobre responsabilidad en el pago de las prestaciones por incapacidad permanente derivada de riesgos profesionales en el supuesto de concurrencia Mutuas de Accidentes de Trabajo, por considerar que «habiéndose basado la revisión no en la aparición de enfermedades nuevas o intercurrentes, sino en la agravación *per se* de las mismas lesiones y limitaciones que sirvieron de base a la concesión de la IPP, manteniéndose por ende la misma contingencia, la responsabili-

dad del pago de la prestación ha de seguir siendo compartida, en tanto en cuanto a la misma le resulta de aplicación la citada institución de la cosa juzgada por aplicación del artículo 222.4 de la LECiv. sin que a ello pueda obstar la nueva corriente jurisprudencial, modificando la anterior, que atribuye la mencionada responsabilidad en el pago, en general, a la Mutua que cubría el riesgo al tiempo del accidente» (STSJ Castilla-La Mancha, de 29 de septiembre de 2004 (AS 3183).

Pero volviendo a la STC 8/2007, no compartimos la posición del TC que admite el óbice procesal opuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, según el que la demanda de amparo resulta inadmisibles por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Y ésta no se habría agotado por falta de diligencia del recurrente, por haber interpuesto éste un recurso de casación para unificación de la doctrina aportando una sentencia contradictoria que no era firme en el momento de dictarse la resolución recurrida.

Parece claro, como señala el TC que el hecho de que la demanda de amparo haya sido inicialmente admitida no significa que se subsanen los defectos de que pudiera estar afectada la demanda, y, por tanto, no es éste un momento procesal inoportuno y puede el TC apreciarlo en este momento (SSTC 228/2001, 18/2002, 213/2003, 106/2005 y 17/2006). Pero sin cuestionar que *«la exigencia de agotar la vía judicial procedente antes de acudir al recurso de amparo (art. 44.1. a) LOTC) no es, ciertamente, una mera formalidad, sino que constituye un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria, que responde a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca sin brindar antes a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada»*, el TC lleva estas consideraciones hasta el extremo al considerar que no basta el haber interpuesto en tiempo y forma el correspondiente recurso jurisdiccional, sino que es necesario que no se haga extemporáneamente y, además que se cumplan los requisitos procesales establecidos. Para el TC el «fracaso» del recurso idóneo para obtener la reparación del derecho constitucional supuestamente vulnerado equivale a su no utilización, cuando ello sea imputable a la conducta procesal incorrecta del recurrente, por tanto, no entra a analizar si se trata de un error craso injustificable o de un error razonable, que no encierre voluntad de «circunvalar» al TS.

Es cierto que la interposición defectuosa de un recurso impide al órgano correspondiente, en este caso el TS, pronunciarse sobre la cuestión, pero puesto que ya lo había hecho en supuesto idéntico, de la misma manera que también el propio TC ya se había pronunciado sobre la cuestión, nos resulta una posición formalista en exceso, hasta llegar a un punto final paradójico, que más recuerda a un «castigo» a los letrados poco diligentes que a una protección efectiva de un derecho fundamental.



## JUBILACIÓN PARCIAL Y ANTICIPADA

Universidad de Huelva

### LA JUBILACIÓN PARCIAL Y ANTICIPADA DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

*Sentencias del TSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 10 de marzo de 2006 y del TSJ de Madrid, de 13 de febrero de 2006*

JOSÉ MANUEL DE SOTO RIOJA \*

**SUPUESTOS DE HECHO:** 1.º Un funcionario, con régimen de personal estatutario del Servicio Canario de Salud (SCS), solicitó la jubilación voluntaria parcial con reducción de jornada del 80%, señalando como fecha de referencia la de la jornada laboral del 14 de octubre de 2004, realizando el SCS, en consecuencia, un nombramiento de personal eventual para la prestación de los servicios complementarios vacantes. Pese a lo anterior, y a que el actor presentó ante el INSS, con fecha 29 de octubre de 2004, solicitud de pensión de jubilación parcial, ésta resultó denegada «por no estar prevista la jubilación parcial al personal estatutario dentro de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social». Interpuesta demanda ante el Juzgado de lo Social se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: «*Que estimando la demanda... debo declarar el derecho del actor a que se le reconozca la jubilación parcial del 80% respecto a su jornada hasta la jubilación definitiva*». Contra dicha Sentencia el INSS interpuso Recurso de Suplicación, siendo impugnado de contrario. 2.º Dos trabajadores de un Hospital de la red pública sanitaria de Madrid, ambos con la condición de personal estatutario fijo, presentaron sendos escritos, en fecha 10 de marzo de 2004, solicitando el acceso a la pensión de jubilación parcial por cumplir la edad de 60 años. La gerencia administrativa dictó Resolución en la que comunicaba que dicha reclamación había sido redirigida al Instituto Madrileño de Salud, como órgano competente para resolver, solicitando informa-

\* Profesor Colaborador de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva.

ción a la Dirección General sobre los trámites a seguir para resolver las solicitudes formuladas, pero sin que en ningún caso el Hospital emitiese resolución denegatoria. En fecha 1 de julio de 2004 el INSS dictó resolución denegatoria de la prestación de jubilación parcial por no haberse producido el hecho causante de la pensión. Presentada reclamación previa en fecha 30 de julio de 2004, fue desestimada por resolución de 20 de agosto de 2004 reiterando la causa de no haberse producido el hecho causante. El 10 de septiembre de 2004 fue presentada la demanda por los actores y en fecha 27 de octubre de 2004 la Comunidad de Madrid dictó resolución en la que manifestaba que en relación con el apartado 4 del artículo 26 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aun no se han dado las circunstancias señaladas en el último párrafo de dicho precepto, lo que motiva que ningún profesional haya sido declarado aún en tal situación administrativa. La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Madrid estima la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el INSS, y desestima la demanda planteada por los actores contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid y el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

**RESÚMENES:** 1.º La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife)<sup>1</sup>, desestima el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSS al entender que el artículo 26.4 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, reconoce el derecho a la jubilación parcial al personal estatutario remitiendo a los requisitos generales establecidos en la legislación de la Seguridad Social. Pues, ni en la referida normativa, ni en el cuerpo de la Ley, ni en sus disposiciones adicionales o transitorias se pospone su entrada en vigor o su aplicación a desarrollo reglamentario alguno. Y sin que, tampoco, el segundo párrafo del citado precepto, lo restrinja al no contemplar otra previsión que la posibilidad de las distintas Administraciones Públicas de fomentar este tipo de jubilaciones en supuestos de reordenación de recursos humanos. 2.º La STSJ de Madrid<sup>2</sup>, sin entrar a resolver el fondo del asunto, declara de oficio la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la controversia material objeto del proceso, declarando la nulidad de todo lo actuado, incluida la resolución recurrida. Quedando imprejuzgada la acción en autos y señalando el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción como el competente para ello.

<sup>1</sup> Referencia Aranzadi JUR 2006\154265. Recurso de Suplicación 879/2005.

<sup>2</sup> Resolución de la Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm.112/2006. Recurso de Suplicación 4766/2005. Base de datos www.tirant on-line.com: marginal, 28079340012006100081.



## ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO
2. LA JUBILACIÓN PARCIAL EN EL ESTATUTO MARCO
3. EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
4. EL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE
5. CONCLUSIONES

## 1. PLANTEAMIENTO

La entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, (B.O.E. núm. 301 de 17 de diciembre de 2003), ha creado, en relación a la posibilidad de acceder a una situación de jubilación parcial, en el personal estatutario de los servicios de salud, unas expectativas que, tanto por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social como algunos órganos de la jurisdicción social, han sido truncadas y ha situado a los beneficiarios, de ese derecho, en una situación de indefensión y de larga lucha administrativa y judicial para, en el mejor de los casos, poder acceder a la jubilación parcial transcurridos muchos meses desde el inicio de la tramitación ante el INSS<sup>3</sup>; y, en el peor, no ya la denegación del derecho sino la nulidad de todas las actuaciones por entender el Tribunal que no es el órgano jurisdiccional competente para resolver la materia<sup>4</sup>.

Así, el INSS deniega sistemáticamente toda solicitud de jubilación parcial presentada por el personal estatutario de los servicios de salud, alegando causas tan dispares como que no se cumplen los requisitos establecidos en la normativa de aplicación o que la normativa que regula la jubilación parcial no es de aplicación al personal estatutario (si bien estos están encuadrados en el régimen general de la Seguridad Social), aun cuando los distintos servicios de salud de las Comunidades Autónomas, como es el caso del Servicio Canario de Salud o el Servicio Andaluz de Salud, por citar algunos, o centros Sanitarios dependientes aun del Ministerio de Sanidad, como es el Hospital Gregorio Marañón, de Madrid, se han mostrado partidarios<sup>5</sup>

<sup>3</sup> En el caso de la Sentencia de Santa Cruz de Tenerife, el actor inició el trámite ante el INSS (previamente lo había iniciado ante el Servicio Canario de Salud) el 29 de octubre de 2004. El Juzgado de lo Social núm. 4 de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia estimatoria el día 29 de junio de 2005. Contado de fecha a fecha 8 meses justos de espera e incertidumbre y por supuesto de imposibilidad de acceder a la situación de jubilación parcial hasta esa fecha.

<sup>4</sup> Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, los actores iniciaron la tramitación de la solicitud en fecha 10 de marzo de 2004 y la Sentencia que anula toda la actuación procesal es de fecha 13 de febrero de 2006, veintitrés meses, por no decir dos años.

<sup>5</sup> Esto podemos observarlo con la lectura de las sentencias objeto de este estudio, en el caso de Canarias, donde desde el principio el SCS fue partidario de la jubilación parcial solici-

de esta modalidad de jubilación y han concedido a sus trabajadores la reducción de jornada procediendo a contratar a personal estatutario eventual para la prestación de servicios complementarios de reducción de la jornada por jubilación parcial del trabajador acogido a ella.

Ante esta situación, creada por una política, que entiendo claramente contraria al reconocimiento del derecho a la prestación de jubilación parcial<sup>6</sup>, basada más que en otra cosa en un grave problema de caja, de falta recursos, y no de falta de regulación jurídica o de posible desarrollo reglamentario, el INSS está haciendo frente a la gran cantidad de reclamaciones que están interponiendo los trabajadores de los servicios públicos de salud con la denegación automática de las mismas, incluso a personal de régimen laboral<sup>7</sup>, por lo que se frustra, de esta manera, la consecución de un dere-

tada por su trabajador, o en el caso de Madrid, donde los actores citan una situación similar alcanzada por una trabajadora del Hospital Gregorio Marañón de Madrid. Por otro lado un Juzgado de lo Social, el núm. 2 de Huelva, ha reconocido, en este año, la jubilación parcial a una trabajadora del Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva, previamente el SAS le había reconocido el derecho a reducir su jornada de trabajo en un 85% de la misma.

<sup>6</sup> Cuestión confirmada por el propio Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, Don Fidel Ferreras Alonso, el cual en su intervención en las Jornadas sobre «El presente y el futuro de las pensiones en España» organizadas por el Centro de Estudios Financieros, con motivo de su 30.º aniversario (ver Revista Trabajo y Seguridad Social, Comentarios y Casos Prácticos, noviembre de 2007, páginas 93 y siguientes) dijo, según se refleja en la transcripción que hace el CEF, «..., el funcionamiento de la jubilación queda distorsionado por la jubilación parcial. Socialmente está justificada, pero probablemente esté mal diseñada en sus efectos. Se hace necesario huir de la jubilación “mazazo”, que supone trabajar hoy ocho horas y mañana cero; pero tampoco puede existir una concepción donde la jubilación parcial sea económicamente más beneficiosa que la jubilación normal, pues desde el punto de vista económico-social no es asumible, aunque ello esté pasando. La jubilación parcial ha sufrido un crecimiento importante, produciéndose en España a 31 de agosto de 2007 un total de 19.360 nuevas jubilaciones parciales, siendo esto algo que distorsiona mucho el funcionamiento normal de los sistemas en España y Europa».

<sup>7</sup> En la edición digital del Correo Vasco, [http://www.elcorrerodigital.com/vizcaya/prensa/20070515/economia\\_viz/jubilacion-parcial](http://www.elcorrerodigital.com/vizcaya/prensa/20070515/economia_viz/jubilacion-parcial), se publica un artículo, cuyo titular establece «**La jubilación parcial del personal de la Administración vasca suma ya 264 casos. Los empleados de Osakidetza tienen vedado el acceso a esa fórmula por el INSS**», en el que se informa que: «Hay varias decenas de demandas en los tribunales contra el INSS presentadas por trabajadores de Osakidetza que harán engordar estas estadísticas de forma paulatina, dado que casi todas las sentencias de primera instancia que se van conociendo les dan la razón. El organismo estatal, no obstante, mantendrá la aplicación de los criterios que vedan esta vía de acceso al retiro del personal laboral del Sistema Vasco de Salud, según confirmaron fuentes de esa entidad. El INSS alega que, según la normativa vigente —ley de ordenación sanitaria de Euskadi—, Osakidetza no puede desarrollar relaciones de tipo laboral —capítulo donde se enmarcan los contratos de relevo—, sino sólo estatutario —con funcionario— ... Aunque el INNS basa su actuación en razones jurídicas, expertos y sindicalistas coinciden en que su veto se debe a la aplicación de una política restrictiva...».



cho claramente reconocido por la legislación vigente, dilatando en el tiempo el posible disfrute de la misma, y posiblemente, en algunos casos extremos, la consecución del anhelado derecho cuando el trabajador ya pueda ser beneficiario, de pleno derecho, de la pensión de jubilación, por haber cumplido los 65 años, único requisito que no le es exigible para alcanzar la jubilación parcial.

Todo esto desvirtúa la institución de la jubilación parcial, como derecho reconocido al personal estatutario de los servicios públicos de salud, que al igual que se reconoce al personal laboral, en su triple función permitiría: en primer lugar, un acceso gradual y flexible a la jubilación; en segundo lugar, una clara opción de creación y reparto del trabajo y empleo; y por último, y en tercer lugar, la compatibilización de la actividad laboral y jubilación, incentivando así la permanencia en la cotización<sup>8</sup>.

## 2. LA JUBILACIÓN PARCIAL EN EL ESTATUTO MARCO

El Estatuto Marco, en su artículo 26.4 establece dos previsiones bien distintas y diferenciadas. En su párrafo primero reconoce al personal estatutario de los servicios de salud el derecho a optar por la jubilación voluntaria, total o parcial, siempre que reúnan los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. En el segundo admite que los órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos.

Con respecto a lo primero estamos ante un reconocimiento directo, mucho más aun, y sin duda alguna, con respecto a la jubilación voluntaria total, del derecho a la jubilación voluntaria parcial. En este sentido la Sentencia de Santa Cruz de Tenerife establece que «...*el referido precepto reconoce la jubilación parcial al personal estatutario remitiendo a los requisitos generales establecidos en la legislación de la Seguridad Social. Ni en la referida normativa, ni en el cuerpo de la Ley, ni en sus disposiciones adicionales, ni transitorias, en ningún caso se pospone su entrada en vigor o su aplicación a desarrollo reglamentario alguno, remitiéndose en este concreto campo, a la normativa de Seguridad Social... Por lo tanto, se trata de una norma de aplicación directa e inmediata, que por ello, no precisa de desarrollo reglamentario alguno*». Según esto el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos, tanto en el artículo 166 de la Ley General

<sup>8</sup> Vid. F.J. CALVO GALLEG0, *El Acceso Progresivo a la Jubilación. Del Contrato de Relevo a la Jubilación Parcial*, Mergablum, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002., págs. 19 y ss.

de la Seguridad Social, como en los artículos 9 y 10 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, (B.O.E. núm. 284, de 27 de noviembre de 2002), podrá jubilarse parcialmente, compatibilizando el percibo de la prestación de jubilación con la realización de una jornada parcial de prestación de servicios. En términos parecidos se expresa la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Huelva, que teniendo por «*acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación aplicable... así como la voluntad de la empleadora de reducir la jornada en el tiempo necesario y cubrirla con un relevista, debe estimarse la demanda y revocarse la decisión administrativa*», si bien en ésta se tiene en cuenta, como elemento crucial, que el órgano gestor del servicio de salud admita la petición, cuestión que no se contempla en el precepto analizado. En ambos casos los órganos judiciales han aplicado, por analogía, tanto el artículo 166 de la LGSS y los artículos 9 y 10 del RD 1131/2002, a pesar de las referencias que en estos se hace al artículo 12.6 del TRET, asimilando la figura del contrato de relevo con la del nombramiento de personal estatutario eventual para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria (ex artículo 9.3.c) del Estatuto Marco), con las especificidades propias de la relación estatutaria que prohíbe el nombramiento de personal eventual fijo.

Con respecto a lo segundo, el Estatuto Marco solamente establece una posibilidad de la que podrán hacer uso los Servicios de Salud de las distintas Comunidades Autónomas<sup>9</sup>. Posibilidad, que no obligación de hacer, por lo que no constituye requisito indispensable para que el personal estatutario pueda acceder a la pensión de jubilación parcial. En este sentido se pronuncia la Sentencia de Santa Cruz de Tenerife «...*el párrafo segundo del citado precepto no contempla otra previsión que la posibilidad de las distintas Administraciones Públicas de fomentar este tipo de jubilaciones en supuestos de reordenación de recursos humanos*». En sentido contrario, y entiendo que equivocadamente, se muestra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3

<sup>9</sup> Así ha ocurrido en Castilla y León, donde su Parlamento aprobó la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León, (Boletín Oficial de Castilla y León núm. 52). En su artículo 52.3 establece «*En los Planes de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio de Salud de Castilla y León, se podrán establecer los mecanismos para que el personal estatutario, que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social, pueda acogerse a la jubilación voluntaria anticipada, total o parcial, pudiéndose establecer en los mismos medidas para incentivar esta forma de jubilación*», para señalar, más adelante, en su Disposición Final Primera, sobre los Planes de Ordenación de Recursos Humanos, que «*La Gerencia Regional de Salud elaborará, en el plazo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, un Plan de Ordenación de Recursos Humanos para un período de cinco años*».



de Madrid, de la que trae causa el Recurso de Suplicación desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, objeto de la Sentencia referenciada, en la que se dice que *«De las normas transcritas con anterioridad, se deduce que, para que los trabajadores, (que no hay que olvidar que se trata de personal estatutario), tengan derecho a la reducción de jornada y a la jubilación parcial que solicitan es preciso, que los órganos competentes de la Comunidad de Madrid establezcan un plan de ordenación de los recursos humanos y este plan no existe en la actualidad según manifestó el letrado que compareció en representación de la Comunidad demandada; ni por parte de los actores se ha acreditado lo contrario, por lo que hasta tanto no exista este plan, dicho Organismo no está obligado legalmente a facilitar a los demandantes la reducción de la jornada como acceso a la jubilación parcial que reclaman, por todo lo cual procede desestimar la demanda y absolver a los demandados de las peticiones formuladas en su contra»*, interpretación muy «sui generis» del párrafo segundo del artículo 26.4, que para nada dice algo parecido a la fundamentación del órgano judicial y que unido al fallo, sobre la misma litis, del órgano superior, por el cual el Tribunal *«Sin entrar a resolver el recurso de suplicación...declara de oficio la falta de jurisdicción de este orden social para conocer de la controversia material traída al proceso, con declaración de nulidad de todo lo actuado desde el auto de admisión a trámite de las demandas rectoras de autos, incluida, pues, la resolución judicial recurrida, quedando, en suma, imprejuizada la acción ejercitada en autos y señalando el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción como el competente para ello, ante el cual podrán los demandantes actuar cuantos derechos estimen que les asisten...»*, se observa que se deja al administrado en una clara situación de indefensión y frustración.

### **3. EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**

EL proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social presentado por el Gobierno para su tramitación parlamentaria, el 16 de febrero de 2007, podría haber solucionado o, mejor dicho, aclarado, la situación de incertidumbre que viven a día de hoy el personal estatutario de los servicios de salud, en relación a la consecución de una jubilación parcial compatible con su jornada de trabajo y más concretamente de los numerosos profesionales, sanitarios o no, que vienen prestando sus servicios en hospitales, centros de salud y otras instituciones, dependiente de los servicios de salud de las distintas Comunidades Autónomas o del propio Ministerio de Sanidad desde hace ya más de treinta y cinco años, por lo cual ya tienen garantizado el percibo del cien por cien de la base reguladora de su pensión

de jubilación, y que pueden seguir mejorando de cara a la consecución de la pensión de jubilación definitiva.

En el proyecto se incluyeron una serie de compromisos que tienen su origen en el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social<sup>10</sup> que a su vez trae causa de la Declaración para el Diálogo Social<sup>11</sup>. En el texto original del proyecto presentado por el Gobierno<sup>12</sup> no se establecía ninguna referencia a la jubilación parcial del personal estatutario, si bien el artículo 4 del mencionado texto pretende reformar profundamente el artículo 166 de la Ley General de Seguridad Social, sobre la jubilación parcial, y se propone añadir una nueva disposición transitoria, la número diecisiete, a la misma ley, de aplicación transitoria de las futuras reformas previstas en esta materia.

Esa reforma endurecerá claramente el acceso a la jubilación parcial, incrementando la edad de acceso en un año, a partir de los 61, a que el trabajador tenga una antigüedad de seis años en la empresa y a que acredite un período de cotización de 30 años como mínimo, se reducen los márgenes de reducción de la jornada, del 15-85%, se pasa al 25-75%. Sin embargo, el legislador sigue pensando exclusivamente en clave laboral, sin tener en cuenta que otros colectivos han sido reconocidos como potenciales beneficiarios de este derecho, como es el caso que nos ocupa, el del personal estatutario de los servicios de salud, o el más amplio de los funcionarios públicos, pero aún más incomprensible en el caso de los primeros, ya que en su normativa propia, el Estatuto Marco, se remite al artículo 166 de la L.G.S.S., de aplicación directa a éstos y que siendo objeto de reforma no aclara la situación de acceso de los mismos al reconocimiento de la prestación de jubilación parcial.

De las múltiples enmiendas presentadas por todos los grupos parlamentarios, del Congreso de los Diputados, al texto del proyecto, bien de veto, adición, supresión o modificación, sólo una, la número 149<sup>13</sup>, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana proponía una regulación legal y expresa, en los mismos, o parecidos términos, a los que realiza el artículo 166 de la LGSS con respecto a los trabajadores de régimen labo-

<sup>10</sup> Acuerdo suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

<sup>11</sup> Declaración suscrita el 8 de julio de 2004 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

<sup>12</sup> B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 126-1, de 23 de febrero de 2007.

<sup>13</sup> B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 126-12, de 5 de junio de 2007.

ral. No es la primera vez que un grupo parlamentario presenta ante las Cortes un propuesta similar a la comentada, pues en la tramitación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en el trámite de enmiendas en el Senado, el Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria presentó una enmienda, la número 83<sup>14</sup>, versando en términos parecidos, con un importante matiz diferenciador, (más adelante se comentará), que la presentada por Esquerra Republicana al texto del proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social, enmienda, la de Coalición Canaria, que fue rechazada.

La enmienda, de adición, proponía añadir una disposición adicional nueva al texto refundido de la Ley General de Seguridad Social con la rúbrica «*Jubilación parcial del personal estatutario de los servicios de salud*», en la cual se reconoce al personal estatutario de los servicios de salud, que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con arreglo al régimen general de la Seguridad Social, con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en cinco años, como máximo, a la exigida con carácter general, poder acceder a la jubilación parcial, en los términos previstos en el artículo 166 de la Ley y disposiciones que lo complementan o desarrollan, con las particularidades que la misma enmienda introduce. Esas particularidades son: que el porcentaje de resolución de la jornada se entenderá referido a la jornada ordinaria del personal homólogo con dedicación a tiempo completo; no podrán realizar jornada complementaria, o en su caso, especial, en los términos previstos en el Estatuto Marco; y por último, para poder acceder a la jubilación parcial, la Administración deberá efectuar simultáneamente un nombramiento de personal estatutario eventual para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria de los previstos en el artículo 9.3.c) del Estatuto Marco, al que serán de aplicación la incompatibilidad a que se refiere al apartado 2 del artículo 165 de la LGSS.

Antes de comentar la justificación argumentada por el enmendante, hay que resaltar la incongruencia del último inciso, pues exige, en primer lugar, que la Administración Sanitaria tenga intención de conceder la reducción de jornada y, en segundo lugar, que la percepción de la prestación de jubilación será incompatible con el desempeño de la jornada reducida. Y ello por que utilizando la misma redacción, idéntica o calcada, que la realizada por Coalición Canaria, el año anterior, en su justificación, Esquerra Republicana, reproduce el sentir de la Sentencia de Tenerife al entender que el artículo 26.4 del Estatuto Marco es una norma «*de aplicación directa e inmediata*», que, por ello, no precisa de desarrollo reglamentario alguno, añadiendo

<sup>14</sup> B.O.C.G. Senado, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 76 (e), de 30 de noviembre de 2006.

que dicha situación no es imputable al personal estatutario y a los organismos gestores por la «*existencia de lagunas normativas*».

Sostiene el enmendante que la previsión del artículo 26.4 del Estatuto Marco «*provee a los servicios de salud de una herramienta de gestión para la ordenación de los recursos humanos, y representa paralelamente un derecho individual del personal contemplado expresamente en el artículo 17.1.i) de la referida Ley*». Para que esta medida sea efectiva «*se requiere el correspondiente reflejo de la misma en la Ley General de Seguridad Social, en términos análogos a los previstos en el artículo 166 de dicha Ley y normativa complementaria para el personal laboral sometido al estatuto de los trabajadores*». Esa falta de regulación «*está impidiendo la aplicación del precepto señalado, y la consiguiente imposibilidad de llevar a efecto las expectativas generadas tanto en el personal como en los organismos gestores, lo que se traduce en situaciones de desprotección e inseguridad jurídica que vienen siendo resueltas en algún caso por los tribunales de justicia en sentido favorable a los trabajadores, en aplicación del artículo 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por ser de aplicación directa e inmediata, no siendo imputable a las mismas la existencia de lagunas normativas*». Siendo esta situación «*puesta de manifiesto en reiteradas ocasiones por los servicios de salud en el seno de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud*». Concluye la justificación de la enmienda con la pretensión de «*solventar la situación descrita mediante la previsión expresa del tal derecho en la Ley General de la Seguridad Social en términos similares a los previstos para el régimen laboral común, salvando las escasas particularidades derivadas de la específica regulación del régimen estatutario*».

La citada enmienda no fue tenida en cuenta, en su práctica totalidad, manteniéndola viva el enmendante, si bien la Ponencia, en su Informe<sup>15</sup>, propuso una modificación sustancial del articulado y de sus disposiciones, a resultas de la cual en el nuevo texto aparece una nueva disposición adicional nueva, la séptima<sup>16</sup>, que con la rúbrica «*Aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos*» propone que «*en el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los funcionarios civiles del Estado, las Fuerzas Armadas y el personal al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones*

<sup>15</sup> B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, núm. 126-14, de 26 de junio de 2007.

<sup>16</sup> El texto original contaba con tan solo cinco disposiciones adicionales.

*de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes Regímenes».*

Como se puede observar no se hace mención al personal estatutario de los servicios de salud. Podríamos entender que la Ponencia entiende incluido en el grupo de funcionarios civiles del Estado a dicho personal, sobre todo desde la entrada en vigor del Estatuto Marco, pues éste ha establecido, con claridad meridiana, el carácter funcionarial de la relación estatutaria en su artículo 2. Sin embargo hay que decantarse por lo primero, la omisión. La prueba nos la ofrece el Dictamen de la Comisión<sup>17</sup>, en el cual se observa una muy importante modificación del texto de la disposición adicional séptima ya que sustituye la expresión «...de los funcionarios civiles del Estado, las Fuerzas Armadas y el personal al servicio de la Administración de Justicia...», por la de «...empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia,...». En definitiva, según entiendo, esa modificación obedece, más bien, a la reciente aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, (B.O.E. núm. 89, de 13 de abril de 2007), el cual en su artículo 67.1.d) reconoce la jubilación parcial de los funcionarios públicos, con bastante más claridad, incluso, que el propio artículo 26.4 del Estatuto Marco, si bien es cierto, que con la aclaración realizada, por esta última norma, del carácter funcionarial de la relación, podríamos acabar diciendo que aun habiéndose procedido a silenciar la mención expresa del personal estatutario, éste debe entenderse integrado en el conjunto de empleados públicos, si bien más abajo veremos que eso no es así.

La enmienda, no incorporada al dictamen de la Comisión, fue mantenida para su defensa en el Pleno, siendo rechazada en Sesión plenaria núm. 259 celebrada el jueves, 13 de septiembre de 2007<sup>18</sup>, por 165 votos en contra, 14 votos a favor y 129 abstenciones<sup>19</sup>. Así, el texto definitivo del proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social era aprobado por el Congreso<sup>20</sup>, en la fecha antes citada y remitido al Senado, teniendo entrada en el mismo el día 24 de septiembre de 2007<sup>21</sup>, sin incluir mención expresa alguna al personal estatutario de los servicios de salud, manteniendo

<sup>17</sup> B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 126-15, de 11 de julio de 2007.

<sup>18</sup> B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 126-16, de 10 de septiembre de 2007.

<sup>19</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2007, VIII Legislatura, núm. 281.

<sup>20</sup> B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 126-17, de 20 de septiembre de 2007.

<sup>21</sup> B.O.C.G. Senado, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 118 (a), de 24 de septiembre de 2007.

do así esa situación de incertidumbre e inseguridad para el mismo al no verse clara la solución al problema al que tienen que enfrentarse continuamente, solicitud de prestación de jubilación parcial ante el INSS, denegación, reclamación previa, desestimación, demanda ante el Juzgado de lo Social, sentencia, y en el peor de los casos, recurso de suplicación, y aun peor, o más grave, tramitación de nueva demanda ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo.

En su tramitación en el Senado el proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social ha sido objeto de nuevas enmiendas por parte de los grupos parlamentarios y dos de ellas versan sobre la jubilación parcial del personal estatutario de los servicios de salud, la número 56, del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, y la número 78, del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió<sup>22</sup>.

La enmienda de la Entesa, que propone una nueva disposición adicional, reproduce literalmente, o mejor dicho hace suya, la enmienda presentada por Ezquerra Republicana en el trámite de enmiendas del Congreso, transcribiendo, palabra por palabra, la justificación realizada en su momento por dicho grupo, y solo en lo relativo a esta última, la justificación que se acompañaba en la enmienda que Coalición Canaria presentó al proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

La enmienda de CIU, que propone la adición de un nuevo apartado al artículo 4.1 del proyecto, apartado Uno bis, con una justificación muy parca y breve, sí reproduce el contenido de la mencionada enmienda de Coalición Canaria. Las dos grandes diferencias, son, de un lado, la aplicación de las particularidades previstas en la normativa laboral para el contrato de relevo al personal estatutario eventual nombrado para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria, y de otro lado, la relativa a la compatibilidad del disfrute de la prestación de jubilación con el desempeño a tiempo parcial del puesto de trabajo en el sector público desde el que se accede a la misma, no siendo, por consiguiente, de aplicación la incompatibilidad a que se refiere el apartado 2 del artículo 165 de la LGSS. El objetivo a alcanzar, según reza en la justificación, es *«favorecer la jubilación parcial del personal estatutario de los servicios de salud que reúna las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con arreglo al Régimen General de la Seguridad Social»*.

Con respecto a la primera diferencia habrá que entender que la intención del enmendante es la de conseguir que el personal eventual pueda ser contratado a tiempo completo, por aplicación del artículo 12.6 del E.T. y no exclusivamente por el porcentaje de reducción de la jornada del personal

<sup>22</sup> B.O.C.G. Senado, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 118 (d), de 16 de octubre de 2007.

estatutario jubilado parcialmente, como establece el Estatuto Marco, ya que lo que no procede es la posibilidad de contratación indefinida, pues el personal estatutario fijo solo puede ser nombrado tras la superación del correspondiente proceso selectivo, según establece el artículo 8 del mismo. Con respecto a la segunda diferencia la intención, entiendo, es clara, dar solución a una situación contradictoria, pues el contenido del apartado 2 del artículo 165 de la LGSS es claramente contrario con el espíritu del derecho a la jubilación parcial del personal estatutario de los servicios de salud.

Ambas enmiendas no han sido tenidas en cuenta por la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Senado en su Dictamen<sup>23</sup>, si bien ambos grupos manifestaron su deseo de mantener como votos particulares al texto del proyecto de ley, las mismas, al objeto de ser defendidas ante el Pleno del Senado. En Sesión Plenaria, celebrada el día 7 de noviembre de 2007<sup>24</sup>, la enmienda de la Entesa fue rechazada, por 3 votos a favor, 225 en contra y 10 abstenciones, mientras que la enmienda de Convergencia i Unió ha sido objeto de una transaccional, recogida en el Texto aprobado por el Senado<sup>25</sup>, así como en las Enmiendas al Proyecto de Ley, del Senado<sup>26</sup>, acompañadas de mensaje motivado remitida al Congreso de los Diputados, por la que se adiciona a la disposición adicional séptima el siguiente texto *«En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior»*.

En definitiva, nada de nada, dar vueltas sobre vueltas y no dar soluciones concretas. De paso, he de reafirmarme en la idea que manifesté más arriba, cuando sostuve que la disposición adicional séptima no era de aplicación al personal estatutario de los servicios de salud, que habían sido omitidos y, que al parecer, ni siquiera la tan citada condición funcional de los mismos recogida en el Estatuto Marco, justificaba su inclusión en el genérico de Empleados Públicos. El texto definitivo de la Ley, ha sido aprobado en la Sesión Plenaria, núm. 280, que celebrada el pasado jueves 22 de noviembre de 2007.

<sup>23</sup> B.O.C.G. Senado, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 118 (f), de 31 de octubre de 2007.

<sup>24</sup> Diario de Sesiones del Senado, año 2007, VIII Legislatura, núm. 137.

<sup>25</sup> B.O.C.G. Senado, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 118 (g), de 14 de noviembre de 2007.

<sup>26</sup> B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 126-18, de 16 de noviembre de 2007.

#### 4. EL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

No voy a entrar en este punto a discutir si la competencia jurisdiccional para conocer de las reclamaciones interpuestas por el personal estatuario de los servicios de salud frente a esas entidades es la Jurisdicción laboral o la contencioso-administrativa, pues ya es algo que está pacíficamente resuelto, porque, si bien el propio Estatuto Marco no ha derogado expresa o tácitamente el artículo 45.2 de la L.G.S.S., la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en su Auto de 20 de junio de 2005 (Auto 8/2005) (RJ 2005,4466), recaído en conflicto de competencia núm. 48/04, resolución que claramente no constituye jurisprudencia, ha sentado el criterio de que es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para conocer de estos asuntos. Ante esta situación algunos Tribunales Superiores de Justicia cambiaron sus criterios a favor de la Jurisdicción contencioso-administrativa<sup>27</sup>, mientras otros modificaron su criterio inicial de asignación de competencia al orden contencioso-administrativo para asignarla al orden social<sup>28</sup>. Situación que claramente se debe entender resuelta y zanjada por el pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que en su Sentencia, de 16 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 7821), se decanta por el criterio que mantuvo la Sala Especial de Conflictos de competencia del mismo Tribunal.

Sin embargo, este tipo de procedimientos que interponen los trabajadores de los servicios de salud, personal estatuario o funcionarios de régimen especial, en los que el objeto principal es la reclamación del reconocimiento y procedencia del derecho a la jubilación parcial y al devengo de la prestación económica correspondiente de su cuadro de acción protectora, no son litigios contra el Servicio Público de Salud en el que prestan sus servicios, de nacimiento o extinción de la relación estatutaria ni tampoco acerca de sus condiciones de trabajo, sino procedimientos de seguridad social en los que la Administración Sanitaria competente es codemandada por su condición de parte interesada y más que posible afectada a efectos de lo que pueda resultar. Por ello es el Orden Social el competente para conocer de estas reclamaciones, seguidas por el procedimiento de los artículos 139 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Así lo hace el propio INSS cuando al desestimar la reclamación previa a la vía judicial reconoce al interesado el derecho a interponer demanda ante el Juzgado de lo Social, y los propios Juzgados de lo Social, que en sus Sen-

<sup>27</sup> Entre otras STSJ de Aragón de 15 de julio de 2005 (JUR 2005, 220816), STSJ Murcia de 21 de julio de 2005 (JUR, 185519) o STSJ de Extremadura de 13 de septiembre de 2005 (JUR 2005, 215843).

<sup>28</sup> STSJ de la Rioja de 7 de julio de 2005 (JUR 2005, 187623).



tencias advierten a las partes el derecho que les asiste para interponer Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, como se puede ver en las sentencias de instancia de las que traen causa los recursos resueltos por las sentencias objeto de este estudio.

No tiene, por lo tanto, sentido alguno el fallo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al declararse dicho órgano judicial «*falto de jurisdicción*», pues ante situaciones como éstas el administrado se encuentra claramente en situación de indefensión y de confusión. Entiendo que el Tribunal ha aplicado en este pronunciamiento, y de forma errónea, el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo, sin ser en este caso aplicable tal doctrina, que no jurisprudencia, del Supremo. Tengo la duda de que pasaría si se interpusiera esa reclamación ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, seguramente el Tribunal se declararía incompetente para conocer de esa controversia, por tratarse de un pleito de seguridad social para los que la competencia viene atribuida al Orden Social, y aun más, al estar encuadrados el personal estatutario de los servicios de salud en el régimen general de la seguridad social y no en el régimen especial de funcionarios.

Peor sería llegar a pensar que el administrado debiera interponer dos demandas simultáneas, una contra el Servicio Público de Salud, ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo, en reclamación de la reducción de jornada, y otra contra las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, ante el Juzgado de lo Social, en reclamación de reconocimiento del derecho de jubilación parcial. La primera debería condicionar a la segunda, pero la segunda no podría ser estimada sin haber alcanzado un resultado positivo en la primera. En definitiva, el demandante podría tener derecho a la pensión de jubilación, por cumplimiento de la edad, antes de que las situaciones litigiosas fuesen resueltas.

En definitiva, el orden jurisdiccional competente para conocer de este tipo de reclamaciones, no puede ser otro que el Orden Social, independientemente del carácter funcional otorgado al personal estatutario de los servicios de salud por el Estatuto Marco.

## 5. CONCLUSIONES

En primer lugar debo manifestar, de un lado, el gran acierto que me parece el fallo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, y de otro lado, el gran desatino que, considerando, comete en su Sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En relación con lo primero, por entender que el reconocimiento del derecho de acceso a la jubilación parcial del personal estatutario de los servicios públicos de salud, por su propia normativa, el Estatuto Marco, es un

reconocimiento directo, sin necesidad de requisito adicional alguno, más que los que ya marca el artículo 166 de la L.G.S.S. y los artículos 9 y 10 del R/D 1131/2002, sin necesidad por lo tanto de desarrollo reglamentario, si bien hubiera sido deseable, que en trámite de elaboración de la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social y en su aprobación definitiva, se hubieran incluido ciertas «pequeñas» modificaciones que hubieran dado como fruto la homologación del derecho del personal estatutario con el personal laboral, incluyendo breves expresiones que igualaran el significado de empresa con el de servicio de salud, o el más gravoso, contrato de relevo con nombramiento de personal estatutario eventual para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Con esas pequeñas matizaciones, entiendo que la cuestión problemática planteada ante los juzgados no tendría razón de ser, o lo que es lo mismo, no sería preciso acudir a la vía judicial. No obstante, y a pesar de todo, entiendo que por aplicación de la analogía, la situación de hecho está claramente protegida por la legislación vigente, sin necesidad, por lo tanto, de regulación específica o de desarrollo reglamentario.

En relación con lo segundo, insisto en lo que ya he reflejado en el último párrafo del punto 4 de este estudio, el orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones litigiosas surgidas por la desestimación de la solicitud de jubilación parcial por parte del personal estatutario ante el INSS no puede ser otro que el Orden Social, pues ante todo, estaremos siempre ante un pleito de seguridad social y no de otro tipo, aunque sea codemandada, junto al INSS, el servicio público de salud correspondiente.

En segundo lugar, entiendo que la previsión contenida en el segundo párrafo del artículo 26.4, y más concretamente, su desarrollo, no se convierte en requisito indispensable para que el personal estatutario pueda acceder a la jubilación parcial. No se trata de una norma imperativa que obligue a los distintos Servicios de Salud a planificar la jubilación parcial de manera acorde o según lo establecido en sus Planes de Ordenación de Recursos Humanos. Lo que el precepto hace no es más que otorgar a las Comunidades Autónomas la posibilidad, que no la obligación, de incluir en sus Planes de Ordenación de Recursos Humanos ciertos mecanismos que puedan facilitar el acceso del personal a esta modalidad de jubilación y armonizar la organización de sus recursos humanos.

En tercer lugar quiero manifestarme crítico con el trámite parlamentario de la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social. Parece mentira que todo el esfuerzo puesto por varios grupos parlamentarios, a través de sus enmiendas, para conseguir un reconocimiento más expreso y sin equívocos del derecho a la jubilación parcial del personal estatutario, que insisto de por sí ya es directo tal y como lo reconoce el artículo 26.4 del Estatuto Marco, haya dado como único fruto el mandato al Gobierno para la presentación, en el plazo de un año, de un estudio sobre la normativa reguladora



de la jubilación anticipada y parcial...en el que se ha de contemplar la realidad específica de los diferentes colectivos, como el personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo...En definitiva, nada de nada, palabras vacías que lo único que consiguen es dilatar el acceso de determinados colectivos concretos, como el del personal sanitario no facultativo, que no pudiendo acceder a la jubilación anticipada, según lo establecido en el artículo 151, del antiguo Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo, no derogado por el Estatuto Marco, ven como tendrán que esperar al cumplimiento de la edad para definitivamente poderse jubilar.

En cuarto y último lugar, creo que estamos ante una situación en la que claramente se refleja que el problema no es otro que la falta de fondos del Sistema y no concretamente ahora, sino más bien de cara a un futuro muy cercano. Ante esta situación el administrado tiene dos opciones, mantenerse en su puesto de trabajo o aventurarse a anticipar la jubilación, con aplicación de coeficientes reductores que mermarán el importe de su pensión, cuando en muchos casos que actualmente se están decidiendo en sede judicial se trata de personal con treinta y cinco, y a veces muchos más, años cotizados a la Seguridad Social, y que con el acceso a la jubilación parcial incluso mejorarían su pensión final de jubilación total.





## EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

### ¿RESULTA POSIBLE ESTABLECER LA JUBILACIÓN FORZOSA DEL TRABAJADOR POR ACUERDO O PACTO DE EMPRESA?

*Sentencia TSJ de Andalucía, Sala de lo Social (Sevilla),  
de 13 de febrero de 2007*

FERNANDO ELORZA GUERRERO <sup>1</sup>

**SUPUESTO DE HECHO:** Trabajador con una antigüedad superior a los once años en la empresa recibe el 12 de diciembre de 2005 una comunicación escrita de la misma en la que se comunica la extinción del contrato de trabajo con efectos de 5 de diciembre, al haber superado la edad establecida para acceder a la pensión de jubilación en la Seguridad Social. Para ello, la empresa esgrime un acuerdo alcanzado el día 2 de ese mismo mes con el 100% de los representantes sindicales de ésta, y en cuya Disposición Final se establece la jubilación forzosa a los 65 años de todo trabajador que reúna los requisitos para acceder a la correspondiente pensión de jubilación de la Seguridad Social. Consta como hecho probado que el convenio colectivo de Cajas de Ahorros 2003-2006 se manifiesta en su articulado a favor de la voluntariedad de la jubilación, si bien contiene en su D.A. 8.ª una declaración sobre el denominado «Acuerdo intergeneracional de empleo», en el que expresamente se dice que «*se acuerda que en los pactos o acuerdos en los que se aborde esta política se establecerá la jubilación obligatoria a los 65 años, siempre que en el momento de cumplimiento de dicha edad el trabajador pudiera acreditar las cotizaciones necesarias para acceder al 100% de la base reguladora o, en su defecto, a la primera edad en que pudiera acreditar dichas cotizaciones*». El trabajador demandó a la empresa por despido.

<sup>1</sup> Profesor Titular de Universidad del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**RESUMEN:** La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía confirma la Sentencia del Juzgado de lo Social que califica como improcedente la extinción del contrato acordada por la empresa con base fundamentalmente en los siguientes argumentos:

1. Es claro que conforme a la D.A. 8.<sup>a</sup> del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro se puede fijar la edad de jubilación a los 65 años, pero ello no quiere decir que dicha disposición pueda desarrollarse a nivel de empresa mediante un pacto con la representación sindical de los trabajadores, sino exclusivamente a nivel de convenio, por ser la jubilación materia propia del convenio colectivo, en desarrollo del Acuerdo Intergeneracional del Empleo que afecta a todas las Cajas de Ahorro incluidas en el ámbito de aplicación del convenio.
2. Lo contrario generaría una discriminación injustificada de los empleados de la Caja de Ahorros demandada en relación con otros trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, que serían obligados a jubilarse a los 65 años, mientras que los demás son sólo «invitados» a la jubilación, como cabe deducir de lo dispuesto por el art. 70.3 del citado convenio colectivo.
3. Un pacto de eficacia limitada, como es el caso del acuerdo firmado entre la empresa y la representación sindical, no puede prevalecer ni contradecir las disposiciones de un convenio colectivo estatutario.

#### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CLAVES DEL RÉGIMEN DE LA JUBILACIÓN FORZOSA INSTAURADO TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 14/2005
3. LUCES Y SOMBRAS DE UNA TESIS JUDICIAL DISCUTIBLE
4. EL ACUERDO O PACTO DE EMPRESA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA JUBILACIÓN FORZOSA DEL TRABAJADOR
5. UNA REFLEXIÓN FINAL

### 1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que hoy traemos a colación aporta en cierta medida algunas claves a tener en cuenta precisamente en relación con la cuestión que encabeza el presente análisis, que no es otra que hasta qué punto la jubilación forzosa puede acordarse mediante pacto o acuerdo colectivo extraestatutario. En concreto, la sentencia del Alto Tribunal andaluz indaga a partir de un supuesto de hecho novedoso las relaciones que en esta materia pueden establecerse entre los convenios colectivos del Título III ET y los pactos colectivos extraestatutarios.



No es por supuesto la primera ocasión en que nuestros Tribunales tienen la oportunidad de abordar el fenómeno de la jubilación forzosa desde la perspectiva de los pactos o acuerdos colectivos extraestatutarios. De hecho, como antecedentes al presente caso podríamos recordar los siguientes pronunciamientos judiciales:

- a) La STS (Sala 3.ª) de 25 de enero de 1999<sup>2</sup>, que si bien no entra en el fondo del asunto que se plantea por los recurrentes, parece validar la doctrina de la instancia inferior<sup>3</sup> en el sentido de que el acuerdo colectivo negociado entre el comité de empresa y la empresa en el contexto de un expediente de regulación de empleo, y que entre otras medidas contemplaba la jubilación forzosa de ciertos trabajadores, «vincula a los trabajadores afectados».
- b) La STSJ de las Islas Canarias, de 5 de marzo de 1998<sup>4</sup>, que establece que un pacto colectivo extraestatutario (en aquel caso suscrito entre la empresa y los representantes de un colectivo de trabajadores) no puede contradecir lo dispuesto en un convenio colectivo normativo, en cuanto norma paccionada de derecho necesario —lo que es el caso del acuerdo extraestatutario que no estableciendo nada en relación con la jubilación forzosa de trabajadores, sin embargo contempla la aplicación del convenio colectivo estatutario de empresa (que dispone a su vez de forma imperativa la jubilación forzosa de los trabajadores), sólo en la medida en que dicha aplicación específicamente considerada fuera más favorable al trabajador—. El acuerdo extraestatutario es calificado finalmente como un «pacto «ilegal» o mejor, contrario a derecho, por contradecir puntualmente una norma paccionada de derecho necesario, que es fruto de la autonomía colectiva —Empresa y Sindicatos— como representantes institucionales de los trabajadores, mientras que aquél es fruto de la autonomía individual de los representantes de un grupo de interesados». Por tanto, no ha lugar a la inaplicación de las previsiones sobre jubilación forzosa contenidas en el convenio colectivo que se pretendía con base en lo dispuesto por el acuerdo extraestatutario en materia de mayor favorabilidad.
- c) La más reciente STSJ del País Vasco, de 13 de septiembre de 2005<sup>5</sup>, que afirma que la Ley 14/2005 entraña una «prohibición

<sup>2</sup> Rec. cas. núm. 7206/1995.

<sup>3</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 2 de junio de 2005 (Rec. núm. 7959/1993).

<sup>4</sup> Rec. sup. núm. 81/1998. En sentido parecido, y en fechas anteriores, pueden consultarse también la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 20 de febrero de 1996 (Rec. sup. núm. 1801/1995) y la STSJ de Cataluña, de 29 de diciembre de 1995 (Rec. sup. núm. 3348/1995).

<sup>5</sup> Rec. sup. núm. 1724/2005.

*implícita*» de pactar la jubilación forzosa en «*acuerdos extraestatutarios*»<sup>6</sup>.

Antes de analizar las luces y sombras de la citada sentencia, estimamos oportuno hacer una aproximación, aunque sea breve, a los principales aspectos clave del nuevo régimen de la jubilación forzosa, de la misma manera que no queremos finalizar el presente análisis sin realizar una consideración de conjunto del papel que los acuerdos o pactos de empresa pueden desempeñar en materia de jubilación forzosa, asunto al que dedicaremos el último apartado de este estudio.

## 2. CLAVES DEL RÉGIMEN DE LA JUBILACIÓN FORZOSA INSTAURADO TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 14/2005

La fijación de edades de jubilación forzosa conforme al nuevo tenor de la D.A. 10.<sup>a</sup> ET, en la versión establecida por la Ley 14/2005, de 1 de julio, exige, a decir del legislador, la observancia de una serie de requisitos que podemos resumir de la siguiente manera:

- 1) Exigencia de vinculación de la jubilación forzosa «*a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo*», que la norma concreta, en una enumeración no exhaustiva, en aspectos como la «*mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad en el empleo*».
- 2) Que el trabajador afectado por la extinción de su contrato tenga cubierto, a la fecha de efectividad de la citada medida, tenga cubierto el período mínimo de cotización, «*o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo*», así como cumplir los demás requisitos establecidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

En ese sentido, y de forma resumida, podría afirmarse que las claves en relación con el vigente régimen de jubilación forzosa son las siguientes:

- a) La norma faculta a los «*convenios colectivos*» para decidir la adopción de esta medida. En general, la doctrina entiende<sup>7</sup>, en línea con

<sup>6</sup> Advirtiendo el Tribunal en ese sentido que no por casualidad «*la nueva Ley circunscribe tanto su contenido autorizador "pro futuro", como convalidatorio, a los "convenios colectivos" en lugar de a la "negociación colectiva", como sucedía en la anterior redacción de la Disposición Adicional*».

<sup>7</sup> Véase, entre otros, GÓMEZ CABALLERO, P.: «Las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación», AS, núm. 15, 2005, pág. 3; CABELLA PEREIRO, J.: «Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005, de 1 julio», AL, núm. 8, 2006, pág. 912.



lo expresado en la citada STSJ del País Vasco, de 13 de septiembre de 2005, que la referencia a dichos convenios no es casual, debe entenderse exclusivamente referida a los convenios colectivos del Título III ET, y que en ese sentido por tanto hay una decida concreción de las manifestaciones de la autonomía colectiva que pueden decretar la jubilación, descartándose su establecimiento por convenios o acuerdos colectivos extraestatutarios.

- b) La extinción del contrato sólo podrá producirse con ocasión de alcanzar el trabajador la edad ordinaria de jubilación, situación que se ha de advertir, no queda definida porque el trabajador alcance los 65 años, sino porque el trabajador se sitúe en una edad que le permita acceder a la pensión de jubilación<sup>8</sup>, motivo por el que hay que considerar bajo el paraguas de la D.A. 10.<sup>a</sup> ET supuestos como los de reducción de la edad mínima que se aplican a colectivos cuyos trabajos son especialmente penosos, tóxicos, peligrosos o insalubres y que acusen elevados índices de mortalidad o morbilidad (art 161.2 TRLGSS), o la jubilación especial a los 64 años prevista por el R.D. 1191/1985, de 17 de julio, no así las jubilaciones anticipadas, por tratarse éstas de jubilaciones que se producen antes de alcanzarse la edad ordinaria de jubilación con la consiguiente reducción de la cuantía de la pensión.
- c) Se establece un nexo de causalidad entre la decisión pactada de forzar la jubilación de trabajadores y la existencia de razones vinculadas con la política de empleo —como son la mejora de la calidad del empleo, su estabilidad— o la contratación de nuevos trabajadores. Hay que advertir que, pese al interés del legislador por mejorar técnicamente la formulación legal de este aspecto de la D.A. 10.<sup>a</sup> ET, en comparación con el tenor literal de la norma vigente años atrás —intentando evitar con ello la discrecionalidad que se apreciaba hasta el momento—, la doctrina científica por regla general ha mostrado su escepticismo, no sin razón por cierto, sobre la capacidad real del tenor normativo para impedir o limitar la disposición de jubilaciones forzosas con escasa justificación<sup>9</sup>. Lo que no quita para que reconozcamos que con la nueva D.A. 10.<sup>a</sup> ET, aque-

<sup>8</sup> En este sentido, *vid.* SEMPRES NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y GÓMEZ CABALLERO, P.: *Apuntes sobre la Jubilación Forzosa*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, págs. 84-85.

<sup>9</sup> En ese sentido, por ejemplo, ALBIOL MONTESINOS, I: «Jubilación forzosa y convenio colectivo (La Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> ET)», en LÓPEZ CUMBRE, L (coord.): *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2006, pág. 1369, ha manifestado que «la exigencia de la nueva disposición adicional 10.<sup>a</sup> ET de constancia expresa en convenio colectivo de la vinculación de la jubilación forzosa

llos convenios que no justifiquen adecuadamente la conexión de las jubilaciones forzosas pactadas con los objetivos de empleo expresados en el texto estatutario corren el riesgo de toparse con una sentencia judicial que considere la nulidad, por discriminación, del despido producido.

### 3. LUCES Y SOMBRAS DE UNA TESIS JUDICIAL DISCUTIBLE

La figura central de la Sentencia del TSJ de Andalucía que analizamos en estas páginas es sin duda el acuerdo colectivo suscrito entre la empresa demandada y el 100% de la representación sindical de la misma, y que en su Disposición Final contemplaba la jubilación obligatoria a los 65 años de aquellos trabajadores que acreditaran haber efectuado cotizaciones suficientes como para acceder al 100 % de la base reguladora de la pensión de jubilación. Este acuerdo se produce en el contexto un convenio colectivo de sector vigente que, a decir de la Sala, posibilita —en virtud de su D.A. 8.<sup>a</sup>— el establecimiento de la jubilación forzosa de los trabajadores a los 65 años de edad. La citada disposición convencional existía con anterioridad a la Ley 14/2005 —aquella que otorgó nueva redacción y vigencia a la D.A. 10.<sup>a</sup> ET—, entendiéndose con acierto por el Alto Tribunal andaluz que un pacto que desarrolle la citada «*disposición convencional goza de la habilitación legal necesaria para pactar la jubilación de los trabajadores a los 65 años, siempre y cuando se cumplieran los requisitos de cotización y fomento del empleo que establece la norma*», es decir la vigente D.A. 10.<sup>a</sup> ET en su versión de la Ley 14/2005. Y todo ello en atención a lo dispuesto por la D.T. Única de la citada Ley 14/2005, cuya aplicación en el presente caso no resulta problemática, dado que la situación que se enjuicia es de una fecha posterior a la entrada en vigor de dicha Ley<sup>10</sup>.

*con objetivos coherentes de política de empleo, puede quedar en nada: tanto por la generalidad de los objetivos que se admiten, como por la dificultad de control jurisdiccional sobre su existencia y la adecuación y razonabilidad de la extinción contractual».*

<sup>10</sup> Mayores dudas pueden surgir —aunque al no ser objeto de debate en el presente caso no entraremos en ello— entorno la cuestión de hasta qué punto registraría problemas de constitucionalidad la retroactividad consagrada por la D.T. Única de la Ley 14/2005 que convalida cláusulas de jubilación nulas en origen, como es el caso de las cláusulas de jubilación forzosa pactadas entre el 4 de marzo de 2001 y el 3 de julio de 2005 —el Convenio de Caja de Ahorros que integra el presente litigio es de 2003—. Sobre esta cuestión resultará útil la consulta de MOLINER TAMBORERO, G.: «Convenios colectivos y jubilación forzosa. Una primera aproximación al contenido de la disposición transitoria de la Ley 14/2005», *AL*, núm. 21, 2005, pág. 2504 y ss., que es de la opinión de que «*el legislador, al igual que puede convalidar Leyes que antes eran nulas pueda convalidar Convenios Colectivos nulos*» (pág. 2515).



Sin embargo, considera la Sala del TSJ de Andalucía que la habilitación restablecida por la Ley 14/2005 lo que no posibilita es que el desarrollo de la previsión convencional del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro —la ya citada D.A. 8.<sup>a</sup>— pueda tener lugar en el ámbito de una concreta Caja de Ahorros «mediante un pacto entre esta empresa y la representación sindical de sus trabajadores» por contravenir ello lo dispuesto en los artículos 70, 71, 73 y 75 de dicha norma convencional. Recordando a estos efectos el Tribunal andaluz que, en virtud del principio de jerarquía normativa, ya no es posible una equiparación absoluta entre los convenios colectivos y los pactos extraestatutarios, que «*el puesto que corresponde a los convenios colectivos extraestatutarios es el tercero, es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito de aplicación excede de lo individual*»<sup>11</sup>, por lo «*un pacto de eficacia limitada a una empresa no puede prevalecer ni contradecir las disposiciones de un convenio colectivo estatutario*». Es por ello que en el ámbito de la empresa no cabe establecer edad de jubilación forzosa alguna, dado que el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro contempla este asunto como una materia a negociar exclusivamente en el ámbito del sector, pues lo contrario provocaría «*una discriminación injustificada de los empleados de la Caja de Ahorros*» en cuestión respecto de los demás empleados afectados por el Convenio Colectivo, pues mientras los primeros se verían obligados a jubilarse a los 65 años, los segundos sólo son «*invitados*», al decir del Tribunal, a hacerlo a esa edad.

Hasta aquí la argumentación principal del Alto Tribunal andaluz. Una argumentación que, sin embargo, entendemos criticable desde dos planos distintos<sup>12</sup>. Uno primero, que tiene que ver con la interpretación de la ya citada D.A. 8.<sup>a</sup> del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro, que nos lleva a pensar que la solución posiblemente debería haber sido otra. Uno segundo, ligado a la utilización del argumento discriminatorio en el presente caso.

Comenzando por la primera de las cuestiones, entendemos necesaria la transcripción de la mencionada D.A. 8.<sup>a</sup>, cuyo encabezamiento reza «*Declaración sobre Acuerdo Intergeneracional de empleo*», y que se expresa en los siguientes términos: «*Durante la vigencia del presente Convenio, las partes acuerdan favorecer la utilización de las fórmulas más adecuadas en materia de contratación, bien a través del contrato de relevo o cualquier otra que legalmente se establezca, y acceso a medidas de jubilación antici-*

<sup>11</sup> En aplicación explícita de la doctrina de la STS de 20 de noviembre de 2003.

<sup>12</sup> Críticas en estas dos direcciones, en relación con esta misma Sentencia, han sido ya expresadas en un breve comentario por MARÍN CORREA, J.M.: «Jubilación forzosa por edad y pacto de empresa», *AL*, núm. 11, 2007, pág. 975.

*pada y/o parcial en términos de solidaridad intergeneracional, en consonancia con las medidas legislativas puestas en marcha en los últimos tiempos tendentes a fomentar el empleo y al acceso de forma flexible y gradual a la situación de jubilación, y como consecuencia de la política de empleo señalada anteriormente, se acuerda que en los pactos o acuerdos en los que se aborde esta política se establecerá la jubilación obligatoria a los 65 años, siempre que en el momento de cumplimiento de dicha edad el trabajador pudiera acreditar las cotizaciones necesarias para acceder al 100 % de la base reguladora o, en su defecto, a la primera edad en que pudiera acreditar dichas cotizaciones».*

A nuestro juicio, el Convenio Colectivo lejos de impedir la negociación colectiva en ámbitos inferiores al sector lo único que hace es establecer una limitación expresa a todo proceso negociador sobre jubilación forzosa, como es la consistente en que una jubilación de estas características en ningún caso podrá producirse antes de los 65 años, y ello siempre que se reúnan cotizaciones suficientes para alcanzar el 100% de la base reguladora. Del precepto convencional entendemos que no cabe deducir que la negociación de estos acuerdos tenga por qué producirse en el ámbito sectorial y no en el de empresa. Es más, frente a lo indicado en la Sentencia, consideramos que una previsión convencional a nivel de empresa estableciendo la jubilación forzosa de los trabajadores difícilmente puede comprenderse como vulneradora de los mencionados arts. 70, 71, 73 y 75 de la norma convencional, por ser éstas normas reguladoras de aspectos ajenos a la jubilación forzosa —complementos de la pensión de jubilación, pensiones mínimas o la revisión de los complementos de pensión—, de tal manera que lo más próximo a la institución que nos ocupa es la previsión del art. 70.3 del Convenio en el sentido de que «*si una vez cumplidos los sesenta y cinco años de edad, la Institución invitare a la jubilación al empleado y éste rehusase perderá el derecho al Complemento de Pensión*», previsión esta última que tampoco podemos considerar decisiva a los efectos analizados en este momento.

En definitiva, ni explícita, ni implícitamente, pensamos que del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros pueda deducirse la existencia de una prohibición de negociar en el ámbito de la empresa la jubilación forzosa de trabajadores. Lo cual no significa que, con carácter general, y con la vigente D.A. 10.<sup>a</sup> ET en la mano, no pueda establecerse dicha prohibición por convenio colectivo de sector. Otra cosa distinta, claro está, es que una prohibición de este tipo sea deseable, pues somos de los que piensan que la negociación colectiva de empresa en esta materia estaría llamada a desempeñar un papel sino principal, sí complementario en muchos casos. Y es que, si bien la D.A. 10.<sup>a</sup> ET no muestra preferencia por unidad negocial alguna, y por principio la jubilación forzosa podría pactarse tanto por convenio colectivo de sector como por convenio colectivo de empresa, la proximidad



de la unidad de negociación a los trabajadores que se va a ver afectados por una medida del calibre de la jubilación forzosa, constituye un valor a no desechar<sup>13</sup> pues resulta indudable que en estos ámbitos será más fácil el ajuste de dicha medida a la situación real de la empresa, así como el control de su adecuada aplicación. En ese sentido, no sería desaconsejable configurar un escenario donde en el ámbito sectorial se establezcan los grandes principios que han de regir la jubilación forzosa de los trabajadores, para posteriormente los convenios de empresa concretar los supuestos en que ésta medida podría aplicarse en función de la realidad de cada organización empresarial, así como los mecanismos exactos de control del cumplimiento de lo que pueden considerarse «objetivos coherentes de la política de empleo», conforme a lo dispuesto tanto por el convenio de sector, como en su caso por el convenio de empresa.

Pero comentábamos también hace unos instantes que tampoco terminábamos de compartir el recurso al argumento discriminatorio en este caso, con lo que nos adentramos en la segunda consideración crítica que queríamos realizar. Y es que, recordemos, el Alto Tribunal andaluz sostiene que la efectividad del acuerdo colectivo suscrito en una Caja concreta suscitaría una «discriminación injustificada» de los empleados de la misma en relación con los demás trabajadores afectados por el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros, si se obligara a los trabajadores de la Caja en cuestión a jubilarse, mientras a los pertenecientes a otras Cajas el citado Convenio sólo resultan invitados a ello.

La cuestión en este caso, desde una perspectiva más general, sería interrogarse sobre la viabilidad de pactos en el ámbito de la empresa que determinen la jubilación forzosa de trabajadores cuando a nivel sectorial en ningún caso se impone la misma. Anticipamos en ese sentido nuestra coincidencia con aquellos que han propugnado que «exigir una igualdad de condiciones entre trabajadores de distintas empresas, carece de fundamento en el art. 14 del Texto Fundamental»<sup>14</sup>.

Partamos por principio de la idea de que la igualdad y la no discriminación sirven no sólo para proporcionar iguales derechos y oportunidades, sino también, tal y como han señalado voces autorizadas<sup>15</sup>, para «racionalizar la diferencia», de tal manera que se trataría de pasar «del reino de la

<sup>13</sup> En este sentido también, por ejemplo, SEMPRE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y GÓMEZ CABALLERO, P.: *Apuntes sobre...*, op. cit., pág. 80.

<sup>14</sup> MARÍN CORREA, J.M.: «Jubilación forzosa por edad...», op. cit., pág. 976.

<sup>15</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales», en AA.VV.: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 387-388.

*diferencia «salvaje» (o injusta) al reino de la diferencia «racional» (esto es, justificada)». En esa línea debe situarse la doctrina del TC<sup>16</sup> en materia de jubilación forzosa, al reconocer la posibilidad de establecer tratamientos diferenciados por razón de la edad, siempre y cuando exista una razón justificada y la medida se considere proporcionada a los fines perseguidos con dicha medida, que en ningún caso pueden quedar en la mera amortización de puestos de trabajo.*

Con todo, conviene advertir que en materia de diferenciación por razón de edad —y la jubilación forzosa es un supuesto a situar en este ámbito—, el TC generalmente se ha apuntado a la praxis de una aplicación flexible del control de constitucionalidad, renunciando por tanto a practicar un «juicio estricto», opción que resulta congruente a su vez con el planteamiento plasmado en la Directiva comunitaria 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que asume la existencia de diferencias de trato basadas en alguno de los motivos discriminatorios prohibidos *a priori*, entre los que por supuesto se encuentra la edad, de manera que en lugar de prohibir taxativamente las diferencias basadas en razones como la edad, finalmente se reconoce la viabilidad de diferencias con base en alguno de los motivos que en principio podrían considerarse discriminatorios<sup>17</sup>. La edad por tanto puede servir de criterio diferenciador con relevancia jurídica<sup>18</sup>, tanto desde una perspectiva legal como convencional, siempre que ello no suponga incurrir en arbitrariedad, en cuanto ausencia de una justificación objetiva y razonable<sup>19</sup>. En ese

<sup>16</sup> Recuérdese en este sentido, por ejemplo, la STC 22/1981, que al hilo del análisis de la constitucionalidad de la primitiva D.A. 5.ª ET ya declaró en su momento que *«la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo; es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo (...) Ahora bien, tal limitación supone un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación, pues para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito; es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. Este es el sentido que ha de atribuirse a la compensación prevista en la disposición adicional quinta al asegurar que el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación».*

<sup>17</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La discriminación por razón de la edad», *TL*, núm. 59, 2001, pág. 103.

<sup>18</sup> *Vid.* MERCADER UGUINA, J.R., y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El fin de la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa: Comentario a la STS 9 de marzo de 2004», *AS*, núm. 12, 2004, pág. 35.

<sup>19</sup> Recuérdese por ejemplo la STC 67/1982, de 15 de noviembre, que en su momento planteó que *«el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual*



sentido, consideramos que por principio no se puede afirmar la existencia de discriminación porque en una empresa se pacte la jubilación forzosa, con amparo en el propio convenio de sector que en un momento determinado puede animar a celebrar pactos de este tipo cuando se considere oportuno y justificado, pese a que otras empresas del sector no contengan previsiones al respecto. Todo dependerá de que exista una justificación objetiva y razonable que puede estar vinculada a las concretas circunstancias de la empresa<sup>20</sup>. Distinto por supuesto sería el caso de que el convenio colectivo de sector prohibiera expresamente el establecimiento de jubilaciones forzosas.

#### 4. EL ACUERDO O PACTO DE EMPRESA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA JUBILACIÓN FORZOSA DEL TRABAJADOR

Vieja es ya la discusión entre los expertos sobre si los convenios y pactos colectivos extraestatutarios podrían constituir argumento suficiente para proceder a la jubilación forzosa de trabajadores. Tanto los detractores como quienes se muestran a favor suelen emplear el mismo argumento: la eficacia normativa y general de lo pactado. Para los primeros, por tanto, los pactos colectivos extraestatutarios resultan inidóneos para el logro de los fines propugnados por la jurisprudencia del TC en materia de jubilación forzosa precisamente por la carencia de eficacia normativa y general de los mismos, que provocan que, en el caso de esta figura negocial «*los esquemas privatistas y, de manera fundamental, el lugar reservado a lo individual en la regulación del trabajo resulten fortalecidos frente al mecanismo homogeneizador y vinculante*» que supone un convenio colectivo estatutario<sup>21</sup>. Para los segundos, sin embargo, es precisamente la eficacia normativa de los convenios colectivos extraestatutarios el factor que explicaría la idonei-

---

*con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, y que ese desigual tratamiento legal tiene como límite la arbitrariedad, causa de discriminación, es decir, a falta de una justificación objetiva y razonable».*

<sup>20</sup> Lo que no significa que se comparta pronunciamientos como el de la STS, de 14 de julio de 2000, (Rec. 3428/1999) que, en relación con el juicio sobre el respeto al principio de igualdad que en estos casos se ha de producir, llegó a afirmar que «*la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que necesariamente en esa transacción se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo y que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de que derivan*». El respeto al principio de igualdad no se puede dar por supuesto; habrá que realizar la triple comprobación sobre la razonabilidad, proporcionalidad y relevancia de las desigualdades ALONSO GARCÍA, E.: «El principio de igualdad en el art. 14 de la Constitución», *RAP*, núm. 100, 1983, pág. 23 y ss.

<sup>21</sup> BAYLOS GRAU, A.: «Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio», *RL*, Tomo II, 1985, pág. 479.

dad de estas manifestaciones de la autonomía colectiva como fuente de jubilaciones forzosas, al tiempo que se suele reconocer que la consideración de tales pactos como dotados de eficacia contractual «desvirtuaría el carácter forzoso de la jubilación»<sup>22</sup>, al pasar su efectividad por su incorporación a los contratos de los trabajadores, lo que les descalificaría como manifestaciones negociales adecuadas para el establecimiento de una jubilación de las características de la estudiada.

La transformación que ha sufrido el tenor de la D.A. 10.<sup>a</sup> ET, tras la aprobación de la Ley 14/2005, parece reforzar la posición de quienes consideran que los acuerdos o pactos colectivos extraestatutarios no tienen prácticamente nada que hacer en esta materia, pues si el tenor original de la citada D.A. en su momento encomendaba a la «negociación colectiva» el poder establecer edades de jubilación forzosa, el nuevo texto legislativo establece que serán los «convenios colectivos» los competentes para ello, circunstancia que ha sido interpretada ya por alguno de nuestros Tribunales y también por algunos expertos<sup>23</sup>, como comentábamos al principio de nuestro análisis, como la prueba evidente de que el nuevo tenor normativo alberga una «prohibición implícita» de pactar la jubilación forzosa en «acuerdos extraestatutarios» (STSJ del País Vasco, de 13 de septiembre de 2005).

No obstante, se debe advertir que el TS, a falta de un pronunciamiento concreto en materia de jubilación forzosa, ha venido mostrando en los últimos años una opinión dispar entorno a la interpretación que se debe dar al término «convenio colectivo», lo que puede complicar una predicción sobre la futura solución que el Alto Tribunal pudiera dar a esta cuestión. En efecto, como no hace tanto recordara CABEZA PEREIRO<sup>24</sup>, mientras que en relación a la posibilidad de trascender por convenio colectivo sectorial el límite máximo de seis meses de duración del contrato eventual, el TS ha declarado que «cuando la ley contempla un efecto tan excepcional como el desplazamiento de una norma legal por una norma convencional (...) hay que entender que se está refiriendo a un desplazamiento que tiene que realizarse necesariamente a través de un convenio estatutario»<sup>25</sup>, tiempo atrás no tuvo sin embargo objeción en señalar, respecto a la igualdad retributiva de los trabajadores puestos a disposición de las empresas usuarias, que «para

<sup>22</sup> ESTEVE SEGARRA, A.: *La jubilación forzosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 104-105.

<sup>23</sup> SEMPRE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y GÓMEZ CABALLERO, P.: *Apuntes sobre...*, *op. cit.*, pág. 80.

<sup>24</sup> CABEZA PEREIRO, J.: «Nuevos debates sobre el régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 912, quien con dudas se termina decantando sin embargo por considerar que la referencia de la D.A. 10.<sup>a</sup> ET sólo abarca a los convenios colectivos estatutarios.

<sup>25</sup> STS de 18 de noviembre de 2003 (Rec. cas. u.d. 4895/02); STS de 20 de noviembre de 2003 (Rec. cas. u.d. 4579/02).

*cumplir a finalidad de la equiparación salarial perseguida por el actual art. 1 de la Ley 14/1994 es obligado interpretar la referencia del mismo al convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria en un sentido amplio, que comprenda las distintas modalidades de la negociación colectiva que se encargan de determinar retribuciones, cualquiera que sea su naturaleza y eficacia»<sup>26</sup>.*

La cuestión ciertamente no deja de ser compleja. Sobre todo porque a día de hoy el universo de las manifestaciones de la autonomía colectiva resulta muy diverso y va desde los convenios colectivos estatutarios a los convenios colectivos extraestatutarios, pasando por los pactos y acuerdos colectivos informales de empresa, o los acuerdos de empresa a los que se refiere expresamente el ET y sobre los que persiste todavía un amplio debate sobre su naturaleza y eficacia<sup>27</sup>. De hecho, si bien parece descartarse por nuestros Tribunales el que los convenios colectivos extraestatutarios puedan fijar edades de jubilación forzosa<sup>28</sup>, al principio de nuestro estudio, por ejemplo, hemos reseñado un pronunciamiento del TS [STS (Sala 3.ª), de 25 de enero de 1999] que implícitamente parece validar la doctrina del TSJ de Galicia (Sentencia de 2 de junio de 1995), en el sentido de otorgar eficacia general al acuerdo colectivo firmado por una empresa y su comité de empresa, con ocasión de un expediente de regulación de empleo, y que entre otras medidas contemplaba la jubilación forzosa de trabajadores<sup>29</sup>.

No debemos olvidar en ese sentido la existencia de una tendencia bastante acusada en estos últimos años, y puesta de manifiesto por algunos estudiosos del fenómeno, a la utilización de la negociación colectiva informal

<sup>26</sup> STS de 25 de septiembre de 2002 (Rec. cas. u.d. 70/02).

<sup>27</sup> Como ha señalado GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998, pág. 191, incluso la interpretación de la referencia legislativa del art. 3.1 b) ET a los «convenios colectivos», en el sentido de considerar sólo los convenios colectivos del Título III ET, hoy día debe ser revisada pues la «negociación colectiva difícilmente se reconduce a un solo producto, como han venido a demostrar los convenios colectivos extraestatutarios y los propios acuerdos de empresa».

<sup>28</sup> Recuérdese a estos efectos la STS, de 30 de mayo de 1991, que declaró nula toda cláusula que no pudiera aplicarse individualizadamente a los trabajadores «sino que por su propia naturaleza sea necesaria su aplicación a todos los trabajadores de la empresa, aun a los trabajadores no representados por las partes contratantes». Lo que no impidió al propio Tribunal convalidar en otra ocasión un pacto homologado por la Autoridad Laboral y que fue suscrita no sólo por el comité de empresa, sino también por todos los trabajadores afectados (STS, de 12 de septiembre de 1989).

<sup>29</sup> De hecho, por ejemplo, para SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Jubilación forzosa mediante pacto extraestatutario», *AS*, 1999, vol. 1, pág. 2626, pese a pronunciamientos como el indicado, y que se analiza brevemente por esta profesora, «ni resulta evidente ni se deduce del estado de la jurisprudencia la posibilidad de recurrir a la citada disposición adicional para defender la legitimidad de que por pactos «extraestatutarios» pudieran establecerse edades de jubilación forzosa».

como instrumento preferente para el establecimiento de compromisos en materia de empleo<sup>30</sup>, tal es caso de la jubilación forzosa de trabajadores. Proceso que hay que situar en el contexto de los nuevos cometidos que desde la década de los noventa está asumiendo la negociación colectiva en nuestro país, vinculados concretamente al desempeño de lo que se ha dado en llamar «*función gestional o de gobierno colectivo de la empresa*»<sup>31</sup>, y que se canaliza principalmente a través de todo un conjunto de acuerdos o pactos colectivos de empresa del más variado tenor. A fin de cuentas, y como en algún caso se ha señalado, «*el acuerdo colectivo intenta hacer compatible la tutela del trabajo con una gestión de la empresa más flexible y abierta y menos sometida a reglamentación determinada de antemano*»<sup>32</sup>.

Acuerdos o pactos colectivos informales a no confundir en esta ocasión con los convenios colectivos extratestatutarios. Pues como en algún caso ya se ha señalado<sup>33</sup>, en los últimos años se viene observando cómo esa función gestional está determinando una sustitución de los convenios colectivos tradicionales por nuevos instrumentos —los acuerdos o pactos a que nos referimos— «*que ya no están en la lógica de los llamados convenios colectivos extraestatutarios, que son más que convenios colectivos tradicionales con insuficiencia de representación, sino que se tratan de explorar nuevas formas de tutela colectiva de intereses más allá del establecimiento de regla precisas y cerradas*»<sup>34</sup>. En ese sentido, se viene resaltado la importancia que cada vez más está cobrando esta suerte de «*negociación colectiva no oficial*» en las empresas —por contraposición a la que se ajusta al Título III ET—<sup>35</sup>. Problema: habitualmente se trata de acuerdos no pu-

<sup>30</sup> En este sentido, SERRANO OLIVARES, R.: *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 17; MOENEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 158-159, también han resaltado la proliferación en las grandes empresas de «*pactos de empresa*» en los que la jubilación en sus distintas modalidades constituye la medida estrella para afrontar objetivos de modernización empresarial.

<sup>31</sup> MOENEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: *El contenido de la negociación...*, *op. cit.*, pág. 212.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores», en AA.VV.: *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial*, MTAS, Madrid, 2001, pág. 78.

<sup>33</sup> SERRANO OLIVARES, R.: *Los compromisos de empleo...*, *op. cit.*, pág. 18.

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «La contractualización del convenio colectivo», *RL*, Tomo I, 1998, pág. 6.

<sup>35</sup> DEL REY GUANTER, S., y SERRANO OLIVARES, R.: «Algunas consideraciones en torno a la experiencia negocial a nivel empresarial», en AA.VV.: *Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial*, MTAS, Madrid, 2001, pág. 143.



blicados en boletín oficial alguno, y cuyo contenido sólo se conoce en la empresa donde se ha firmado, de manera que cuando traspasan el umbral de la empresa y se plantea su convivencia con convenios colectivos vigentes su pervivencia suele verse amenazada, como consecuencia de reglas como la de principio del jerarquía normativa (art. 3 ET) —norma invocada por cierto en el presente caso precisamente para decretar que el acuerdo en cuestión en cuanto *«pacto de eficacia limitada a una empresa no puede prevalecer ni contradecir las disposiciones de un convenio colectivo estatutario»*—.

Sin embargo, y pese al tenor restrictivo de la nueva D.A. 10.<sup>a</sup> ET —que recordemos emplea el término «convenios colectivos»—, la práctica negocial en las empresas evidencia que la prohibición implícita de pactar la jubilación forzosa por acuerdo o pacto de empresa resulta en sí misma anacrónica, sobre todo porque existen determinadas materias<sup>36</sup>, y la que nos ocupa es una de ellas, donde la negociación de empresa debe tener algo que decir —y no solamente la practicada conforme a las exigencias del Título III ET—. Sólo con la participación activa de los negociadores de la empresa, que son los que conocen mejor la realidad de la misma, entendemos que podrá cumplirse, de forma ajustada a Derecho, con los objetivos a que la ley sujeta el establecimiento de edades de jubilación forzosa —recuérdese: los objetivos coherentes con la política de empleo (mejora de la estabilidad en el empleo, contratación de nuevos trabajadores...).

La cuestión sería por tanto concretar en qué casos podría considerarse viable jurídicamente el establecimiento de edades de jubilación forzosa por acuerdo de empresa, visto que se asume generalmente que este tipo de compromisos acostumbran a establecerse en convenios colectivos del Título III ET de los que se predica una eficacia normativa general. Por principio, hay que partir de la realidad que supone la diversidad de pactos que puede englobar el término «acuerdo o pacto de empresa». Así, y a los efectos que interesa, podríamos establecer la siguiente clasificación:

- a) Los acuerdos de empresa contemplados por el ET u otra norma estatal.
- b) Los acuerdos de empresa previstos en convenio colectivo del Título III ET.
- c) Los pactos colectivos informales de empresa.

En relación con los primeros, los acuerdos de empresa contemplados por el ET u otra norma estatal, los supuestos más significativos desde la

<sup>36</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «La negociación colectiva y...», *op. cit.*, pág. 85, ha señalado que *«la situación actual exige un enfoque distinto del papel de la contratación colectiva en la empresa que puede cumplir ahora unas funciones de integración, auxilio, complemento e integración del convenio colectivo exterior a la empresa, y a la vez un papel autónomo en materias que difícilmente pueden tratarse fuera del nivel de la empresa»*.

perspectiva que estudiamos en estos momentos, y con una mayor regulación, son los de los arts. 41 y 51 ET. Estos acuerdos, y sobre todo los del art. 51 ET, suelen en ocasiones, dentro del denominado «plan social» contener previsiones sobre la jubilación forzosa. La doctrina científica en algunos casos ha sostenido que en principio no habría muchos problemas para afirmar la eficacia normativa general de estos acuerdos, por ser acuerdos contemplados por la propia norma legal; de forma más clara si se trata de acuerdos firmados por la representación unitaria de los trabajadores, por razón del ámbito de su representación —toda la empresa o el centro de trabajo en su caso—<sup>37</sup>.

El asunto es, sin embargo, que nuestros Tribunales no han sido muy claros en relación con este asunto, y a veces suelen pasar de puntillas sobre el mismo. Con todo, sí parece que respecto a los acuerdos *ex art.* 41 ET, y puesto que se trata de acuerdos que modifican convenios colectivos del Título III ET, se suele exigir que aquellos sean aprobados por la mayoría que prevé el art. 88.1 ET<sup>38</sup>, y que cuando se negocian los mismos con una organización sindical el no cumplimiento de las previsiones del Título III ET conlleva el que los jueces fallen que el acuerdo es «extraestatutario», y por tanto sólo tiene eficacia limitada<sup>39</sup>. En el caso del art. 51 ET las vacilaciones también han sido apreciables, pues junto a Sentencias de TSJ que establecen que los acuerdos *ex art.* 51 ET tienen «*naturaleza vinculante de carácter normativo y a la vez obligacional, en la medida en que es parte integrante de la propia resolución administrativa y un pacto contractual entre empresa y trabajadores de necesaria aplicación*»<sup>40</sup>, nos encontramos con otras que no van más allá de aventurar que «*los pactos de regulación de empleo tienen el carácter de instrumentos vinculantes*»<sup>41</sup>, sin olvidar la conocida STS en la que en su momento se refirió de estos acuerdos que se trataba de un «*pacto o convenio impropio, fuera del convenio estatutario*», en definitiva «*un acuerdo informal carente de eficacia normativa o fuerza vinculante cualificadora de las normas jurídicas; que no crea derecho ob-*

<sup>37</sup> DEL REY GUANTER, S., y SERRANO OLIVARES, R.: «Algunas consideraciones en torno...», *op. cit.*, pág. 147.

<sup>38</sup> STS de 18 de octubre de 2004 (Rec. cas. 191/2003). Aunque también podemos encontrar pronunciamientos donde los Tribunales han validado acuerdos de empresa modificativos de convenios colectivos del Título III ET aprobados por los propios trabajadores, que no por sus representantes (*vid.* STSJ Navarra, de 31 de octubre de 2001 (Rec. Sup. 343/2001); STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de mayo de 2000 (Rec. Sup. 1174/2000)).

<sup>39</sup> Tal es el caso objeto de la STS de 1 de julio de 1999 (Rec. Cas. 4055/1998), en relación con un acuerdo de empresa modificativo *ex art.* 41 ET, que aunque firmado por un sindicato que ostentaba una representatividad del 54,86% se negoció excluyendo a otra organización sindical con legitimación para negociar.

<sup>40</sup> STSJ Cataluña, de 25 de noviembre de 2004 (Rec. Sup. 7714/1997).

<sup>41</sup> STSJ de Andalucía, de 3 de octubre de 2003 (Rec. Sup. 824/2003).



*jetivo, sino que su eficacia es la contractual (...) aunque en la materia haya algo más que el simple marco de la teoría general de las obligaciones y contratos, pues se trata de un contrato de naturaleza colectiva negociado por la representación legal de los trabajadores»<sup>42</sup>.*

En cuanto a los acuerdos de empresa previstos en convenios colectivos del Título III ET, aquéllos que hacen efectivas previsiones más o menos generales contenidas en tales convenios —el caso objeto de la Sentencia analizada podría ser considerado como un ejemplo de este tipo de acuerdos (podríamos considerar que el acuerdo de empresa sobre jubilación sólo es un desarrollo de lo previsto por el la citada D.A. 8.<sup>a</sup> del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro—, la discusión indudablemente gira en torno a si los mismos pueden ser considerados como una prolongación del régimen previsto por los convenios colectivos estatutarios, y por tanto estar dotados de eficacia normativa y general, o por el contrario son acuerdos con entidad propia, en cuyo caso posiblemente habría que recordar algunos pronunciamientos del TS en los que se afirma que, a falta de tramitación homologable y registro, los acuerdos colectivos no poseen «*el valor de convenio colectivo de los regulados en el Título III ET*»<sup>43</sup>; se trata de pactos «*sometidos a las reglas generales sobre contratación, que extienden sus efectos a las partes negociadoras y a los directamente representados por ellas*»<sup>44</sup>.

Por lo que respecta a los pactos informales de empresa o extraestatutarios, los Tribunales sí han venido predicando generalmente de los mismos su naturaleza contractual y su eficacia jurídica limitada, lo que los haría inidóneos en principio para establecer edades de jubilación forzosa<sup>45</sup>, pues el que la eficacia de tales cláusulas pase por la incorporación de las mismas al contrato individual de trabajo no casa con la naturaleza forzosa de la jubilación<sup>46</sup>. A solución distinta se ha considerado que se llegaría<sup>47</sup>, sin embargo, si entendemos que tales pactos tienen una naturaleza normativa y una eficacia personal limitada, no siendo en ese caso un obstáculo el art. 14 CE (principio de no discriminación), a la vista de la práctica judicial que viene

<sup>42</sup> STS de 21 de enero de 1997 (Rec. u.d. 1063/1996).

<sup>43</sup> STS de 13 de noviembre de 2003 (Rec. Cas. 11/2003).

<sup>44</sup> STS (Sala de lo Social), de 2 de febrero de 1994 (Rec. Cas. u.d. 242/1993).

<sup>45</sup> BAYLOS GRAU, A.: «Derecho al trabajo...», *op. cit.*, pág. 479, alegando la mayor debilidad y vulnerabilidad en su construcción de estas manifestaciones negociales extraestatutarias, respecto de las que ve difícil que puedan alcanzar solventemente los fines propugnados por el TC en la materia.

La naturaleza contractual de los que denomina «*acuerdos colectivos de administración*» ha sido defendida también por RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.: *La administración del convenio colectivo*, CES, Madrid, 2006, pág. 201.

<sup>46</sup> ESTEVE SEGARRA, A.: *La jubilación...*, *op. cit.*, págs. 104-105.

<sup>47</sup> ESTEVE SEGARRA, A.: *La jubilación...*, *op. cit.*, págs. 104-105.

admitiendo tratamientos diferenciados para los trabajadores en función de si están incluidos o no en el ámbito de aplicación del pacto extraestatutario, lo que haría viables pactos informales de empresa sobre jubilación forzosa.

Pese a todas las dudas y polémicas que puedan existir en torno a la naturaleza y eficacia de los acuerdos y pactos colectivos de empresa, nosotros entendemos que posiblemente la clave esté en la eficacia personal que sean capaces de proyectar los firmantes del acuerdo, teniendo en cuenta que, evidentemente, tales acuerdos, por virtud del mecanismo de la representación, no podrán aplicarse a quienes no se hallen correspondientemente representados en la negociación. La eficacia general sería intrínseca al acuerdo sobre jubilación forzosa si el mismo es firmado por la representación unitaria del ámbito correspondiente<sup>48</sup>. Distinto sería el caso de las representaciones sindicales, donde todo dependerá de la capacidad representativa de las mismas.

No obstante, téngase en cuenta que en el caso de los arts. 41 y 51 ET, y por decisión del legislador, si tales acuerdos fueran suscritos por la mayoría *«de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquellos»*, el acuerdo colectivo deberá ser considerado de eficacia general. A estos efectos recuérdese que los acuerdos citados registran una natural tendencia a la eficacia general en atención a los fines en virtud de los cuales el legislador da por buena su existencia, a saber: la mejora de la situación de la empresa o su viabilidad futura

Ahora bien, ¿serían posibles acuerdos de empresa sobre jubilación forzosa de eficacia limitada? En el pasado nuestros Tribunales han admitido la inaplicación de cláusulas de jubilación forzosa a ciertos colectivos de trabajadores no afectados por un convenio que sí lo preveía, por lo que se ha defendido que sería posible, y no discriminatorio, establecer regímenes diferenciados de jubilación forzosa en función de si los trabajadores estaban incluidos o no en el ámbito de un convenio estatutario<sup>49</sup>. Sin embargo, entendemos que todo dependerá de que en el caso concreto el acuerdo colectivo sea respetuoso con las finalidades fijadas por la ley vinculadas a políticas de empleo (recordemos: mejora de la estabilidad en el empleo, transformación de los contratos temporales en indefinidos, sostenimiento del empleo, contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad en el empleo) y que en todo caso ese acuerdo de

<sup>48</sup> Así se ha considerado por algunos Tribunales (STSJ, de 22 de febrero de 2000; STSJ de Extremadura, de 3 de abril de 2000; STSJ de Canarias, de 28 de febrero de 2001), afirmándose, por ejemplo en la primera Sentencia citada, que puesto que el acuerdo colectivo se había firmado con el comité de empresa *«su eficacia personal ha de ser general o erga omnes dado que la Ley atribuye a tales órganos una representación del conjunto de los trabajadores en la empresa para la defensa de sus intereses, y ello con independencia de que el Acuerdo fuera celebrado sin los requisitos procedimentales que el Estatuto de los Trabajadores exige»*.

<sup>49</sup> ESTEVE SEGARRA, A.: *La jubilación...*, op. cit., págs. 104-105.



eficacia limitada no implique en si mismo una discriminación de aquellos que ven cortada su trayectoria profesional y por tanto su derecho al trabajo de manera poco justificada desde la perspectiva de los fines que persigue la ley.

## 5. UNA REFLEXIÓN FINAL

De las consideraciones realizadas hasta el momento, el lector habrá podido concluir nuestra predisposición a hacer una interpretación flexible del término «convenios colectivos» contenido en la D.A.10.<sup>a</sup> ET que posibilite el que por acuerdo o pacto colectivo de empresa se puedan establecer una edad de jubilación forzosa. Entendemos que ello sería viable jurídicamente si se hace una interpretación flexible de dicho término legal como ha ocurrido en otros casos. Con ello la normativa vigente reflejaría de manera más fiel la realidad de las empresas, donde el establecimiento de compromisos de empleo mediante acuerdos informales de empresa constituye una realidad cada vez más habitual.

Pretender la descalificación jurídica de un acuerdo informal sobre jubilación forzosa por el mero hecho de no haberse ajustado a los requisitos del Título III ET resulta en cierta manera un anacronismo, sobre todo cuando ese acuerdo pueda haber sido suscrito por la representación unitaria, o como en el caso de la Sentencia analizada por el 100% de la representación sindical. En los tiempos que corren, y con las posibilidades de transmisión de la información que existen, no parece razonable que se cuestione la eficacia de un acuerdo colectivo de empresa porque el mismo no se haya publicado en Boletín Oficial alguno, como es en más de una ocasión el caso, cuando el mismo es de público conocimiento en la empresa, y existe constancia documental fehaciente de su texto.

Con todo, no queremos terminar la presente reflexión sin llamar la atención sobre un detalle que en la STSJ de Andalucía analizada no se enjuicia pero que a nosotros nos ha dado que pensar, y que tiene que ver en concreto con el período de vigencia del acuerdo. Si nos atenemos a los hechos relatados en la Sentencia el acuerdo colectivo se suscribe el día 2 de diciembre, entrando en vigor el día 3 de diciembre y finalizando su vigencia el día 31 de ese mismo mes y año: en total 29 días. La duda que nos surge es hasta que punto un acuerdo tan breve en el tiempo verdaderamente se justifica por objetivas razones vinculadas a las políticas de empleo, en el sentido de la D.A.10.<sup>a</sup> ET, y no acaso con un posible interés en desprenderse de determinados trabajadores. Ciertamente la D.A. 10.<sup>a</sup> ET no establece una duración mínima de estos pactos de jubilación forzosa, pero ¿hasta qué punto en ocasiones los mismos, al tener un duración tan breve, no ocultan en última instancia un interés que se acerca más a lo que es en definitiva una posible práctica discriminatoria?





4

---

# Reseña de Legislación







## Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (julio-septiembre 2007)

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

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

### **ORDEN de 26 de junio de 2007, por la que se establecen las Bases Reguladoras de la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo del Programa Unidades de Empleo de Mujeres (UNEM) y se efectúa la convocatoria para el año 2007**

El artículo 73 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencia exclusiva en materia de política de género. En el Decreto 240/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, se atribuyen las competencias necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de la mujer y el hombre, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a través del Instituto Andaluz de la Mujer. Para llevar a cabo este objetivo, el Instituto Andaluz de la Mujer pone en marcha, en colaboración con las Corporaciones Locales, y con la cofinanciación del Fondo Social Europeo, según el Programa Operativo FSE de Andalucía 2007-2013, integrado en el Marco Estratégico Nacional de Referencia, una red de servicios de información laboral, preformación y orientación profesional para mujeres, a través de itinerarios integrados de inserción sociolaboral que incluyan la perspectiva de género, y que posibiliten la mejora de su empleabilidad.

La situación de desigualdad de las mujeres en el acceso al mercado de trabajo se manifiesta en una menor tasa de actividad y en un mayor desempleo. Es por ello necesario actuar favoreciendo su inserción laboral, atendiendo tanto las necesidades de las personas demandantes de empleo como las exigencias del tejido empresarial. A tal objeto, las denominadas Unidades de Empleo de Mujeres (UNEM) deben desarrollar actuaciones dirigidas a mejorar la empleabilidad de las mujeres a través de Itinerarios Integrados de Inserción, programa personalizado de orientación, formación, intermediación e inserción laboral, que incluye la perspectiva de género, con especial atención a los colectivos de mujeres con especiales dificultades. El Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el

que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía, dispone en su artículo 4 cuáles son los Programas de Inserción Laboral, encontrándose entre ellos el de los Itinerarios de Inserción. En el artículo 5, punto 1, se contempla que el objeto de este tipo de programas es el de promover la inserción laboral de las personas desempleadas a través de itinerarios de inserción, entendiendo por estos la definición y realización de una secuencia concatenada de acciones que mejoren su empleabilidad, como son información, orientación, asesoramiento, preformación, así como otras medidas que se establezcan, que conduzcan a la inserción laboral. La nueva Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a ayuntamientos, mancomunidades de municipios y consorcios para el desarrollo del Programa de Unidades de Empleo de Mujeres (UNEM).

Por lo que respecta al procedimiento de concesión, la nueva Orden da cumplimiento a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, exigidos en el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como los de transparencia, igualdad y no discriminación, eficacia en el cumplimiento de los objetivos y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos destinados a tal fin, estableciendo el procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva. En este aspecto las medidas incluidas en la nueva Orden están sujetas a la legislación básica sobre la materia contenida en la disposición final primera de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como a la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, resultando aplicables las reglas específicas que para los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva se contienen en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como las que se derivan de las determinaciones relativas al procedimiento de concesión de subvenciones o ayudas contenidas en el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre.

Podrán ser entidades beneficiarias de estas subvenciones los ayuntamientos, mancomunidades de municipios y consorcios de Andalucía que tengan un Centro Municipal de Información a la Mujer, aunque no podrán obtener dicha condición las entidades que se encuentren incurso en procedimientos judiciales debido a discriminación por razón de género o que no se hallen al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones. Adicionalmente, las entidades relacionadas deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Contar con una persona contratada específicamente para el desarrollo del programa UNEM, a jornada completa y con titulación, al menos de grado medio, no admitiéndose al efecto el personal de plantilla.
- b) Disponer en el Centro Municipal de Información a la Mujer de un espacio adecuado para el desarrollo de las actividades propias del Programa UNEM. Así mismo, la entidad solicitante deberá poner a disposición de este Programa un espacio adecuado para la celebración de sesiones grupales de formación.
- c) El personal técnico del programa deberá disponer para su uso exclusivo de un ordenador que reúna los requerimientos de hardware y soft-

ware necesarios para la utilización de las aplicaciones y sistemas informáticos que se establezcan. Además, contará con acceso a internet, para permitir la utilización de las herramientas puestas a disposición del programa. El ordenador dispondrá también de lector de CD-ROM y entrada USB.

- d) Las Unidades de Empleo de Mujeres deberán incorporarse a la Red de Servicios de Orientación «Andalucía Orienta», lo que posibilitará la utilización de los instrumentos para la orientación profesional con los que cuenta dicha red (art. 2.4).

Podrán ser objeto de subvención las actuaciones que se engloben en alguno de los apartados que siguen con el límite del 80 % del presupuesto, quedando excluidos los gastos corrientes y de funcionamiento:

- a) Realización de Itinerarios Integrados personalizados de Inserción Laboral de mujeres, desde la perspectiva de género, con especial atención de mujeres con especiales dificultades, que incluyan acciones de orientación, formación, intermediación e inserción laboral.
- b) Realización de Itinerarios integrados personalizados de inserción sociolaboral para mujeres con discapacidad, inmigrantes, gitanas y otras minorías étnicas y, en general, con especiales dificultades, mediante planes individualizados adaptados a las necesidades y características de las personas destinatarias y atendiendo a su situación personal, familiar y sociolaboral, con acciones de: información, orientación, preformación profesional y otras medidas que conduzcan a la inserción laboral.
- c) Actividades de dinamización y sensibilización de los grupos de mujeres para animarlas a incorporarse al mercado laboral o mejorar su posición en el mismo, especialmente en el medio rural.
- d) Acciones de formación profesional ocupacional para mejorar las condiciones de empleabilidad de las mujeres.
- e) Acciones de sensibilización que fomenten la no discriminación y la inserción laboral de las mujeres (art. 3.1).

Las solicitudes presentadas serán evaluadas con una serie de criterios que se enumeran a continuación, si bien la concesión de las subvenciones estará limitada a las disponibilidades presupuestarias:

1. La adecuación de las actividades propuestas al objeto del programa, así como el ámbito de actuación territorial de las mismas (25%).
2. Grado de viabilidad técnica, económica y financiera del proyecto (25%).
3. La categoría laboral y retribuciones de la persona técnica en Orientación Profesional del Programa UNEM (20%).
4. Elaboración de un Plan de Igualdad de Oportunidades (10%).
5. Grado de cumplimiento de anteriores subvenciones concedidas por el Instituto Andaluz de la Mujer (20%) (art. 5).

Las entidades beneficiarias de las subvenciones se obligan, entre otras, a cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones; a justificar ante el órgano concedente el cumplimiento de los requisitos y condiciones; y a someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, a las de control que correspondientes (art. 18).

**ORDEN de 29 de junio de 2007, por la que se modifica la de 8 de febrero de 2006, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social**

La Ley 4/1997, de 9 de julio, de Prevención y Asistencia en materia de Drogas, entre otros objetivos, persigue la incorporación social de las personas drogodependientes y aquellas otras afectadas por otro tipo de adicciones. Por su parte, el II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, aprobado por el Decreto 209/2002, de 23 de julio, impone al conjunto de las políticas públicas en materia de drogodependencias el objeto de evitar la exclusión y facilitar el proceso de incorporación social de las personas que a causa de su adicción no están integradas. A tal objeto fue aprobada la Orden de 8 de febrero de 2006, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social, por la que se derogaba una anterior de 21 de enero de 2004. La nueva Orden tiene como objetivo la adaptación al nuevo Marco Comunitario de Apoyo (MAC), que abarca el período 2007-2013.

**ORDEN de 27 de julio de 2007, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas para la formación de trabajadores mediante contratos programa, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía**

El R.D. 395/2007, de 23 de marzo, regula el subsistema de formación profesional para el empleo, contemplando en su art. 23 que en el ámbito autonómico la oferta de formación profesional para el empleo comprenderá la formación dirigida a trabajadores desempleados y ocupados, estableciendo en paralelo, en su artículo 24, las condiciones para el desarrollo de los Planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados. En materia procedimental, la disposición transitoria primera establece que los procedimientos de concesión de subvenciones para la formación continua iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa de desarrollo del mencionado real decreto, se regirán por la normativa anterior que les sea de aplicación. Por ello, la Orden del Ministerio de Trabajo

y Asuntos Sociales 2783/2004, de 30 de julio (modificada por las OO.MM. 2094/2005 y 2562/2005), y hasta que no se desarrolle la normativa pertinente, es de aplicación para el establecimiento de las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas mediante contratos programa para la formación de trabajadores, habilitando el procedimiento para que el Servicio Público de Empleo Estatal y los órganos competentes de la Administración Autonómica suscriban los distintos tipos de contratos programa para la ejecución de planes de formación continua intersectoriales, planes de formación continua amparados en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, planes de formación específicos de la economía social y planes de formación dirigidos a trabajadores autónomos, con las organizaciones y entidades en ella previstas.

La nueva Orden tiene por objeto la aprobación y regulación de la convocatoria de subvenciones para la financiación de planes de formación continua me-

diante la suscripción de contratos programa, de acuerdo con las bases reguladoras contenidas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2783/2004, de 30 de julio y con lo previsto en el Reglamento por el que se regulan los Procedimientos para la Concesión de Ayudas Públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su Régimen Jurídico, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre y la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias Administrativas y Financieras. Será igualmente de aplicación el Título VIII de la Ley 5/1983, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como el Real Decreto 887/2006, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones en cuanto contienen legislación básica del Estado.

Pero también, y en la medida en que las acciones formativas contarán con financiación comunitaria, resultan de aplicación el Reglamento CE 1083/2006 del Consejo de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, Reglamento CE 1081/2006 del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, Reglamento CE 1828/2006, de 8 de diciembre.

La suscripción de contratos programa y la concesión de las subvenciones correspondientes se realizará atendiendo a los principios de concurrencia, publicidad, transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia y eficiencia. Los planes de formación continua tendrán como finalidad tanto la mejora de las competencias y cualificaciones como la actualización y especialización profesional de los trabajadores ocupados, cualquiera que sea el sector o rama de actividad en que el trabajador presta sus servicios y sin que para ello sea necesaria la intermediación de las empresas en las que prestan sus servicios. Por el contrario, no serán objeto de financiación las acciones formativas que incluyan una enseñanza aplicable a puestos de trabajo de una única empresa y que ofrezcan competencias que no sean transferibles a otras empresas, ni las acciones cuyo componente fundamental no sea el desarrollo de un proceso de formación, tales como jornadas, ferias, simposios y congresos. Por otra parte, en un mismo plan de formación, un mismo trabajador no podrá recibir más de 270 horas de formación, salvo la excepción prevista en el artículo 10.3.d), asimismo un trabajador no podrá participar dos o más veces en la misma acción formativa.

La selección de los participantes en las acciones formativas se realizará por las entidades beneficiarias o responsables de impartir las acciones formativas, aunque con el objetivo de garantizar el acceso a la formación de trabajadores y trabajadoras con mayor dificultad de inserción o de mantenimiento en el mercado de trabajo, tendrán prioridad para participar en las acciones formativas los trabajadores y trabajadoras ocupados pertenecientes a pequeñas y medianas empresas, mujeres, mayores de 45 años, trabajadores y trabajadoras con baja cualificación, afectados y víctimas del terrorismo y de la violencia de género, y personas con discapacidad. Podrán solicitar su participación en los planes de formación los trabajadores asalariados con contrato en vigor, los trabajadores fijos discontinuos en los períodos de no ocupación, los trabajadores que accedan a la situación de desempleo cuando se encuentren en período formativo, los trabajadores acogidos a regulación de empleo durante el período de suspensión, los trabajadores incluidos en los Regímenes Especial Agrario, Autónomos,

del Mar, y otros de la Seguridad Social que no coticen por la contingencia de formación profesional, los socios trabajadores y de trabajo de las cooperativas, sociedades laborales y otras empresas y entidades de economía social. El personal al servicio de las Administraciones Públicas sólo podrá participar en los Planes Intersectoriales, dirigidos a la formación de trabajadores en competencias transversales y horizontales a varios sectores de la actividad económica, con un límite máximo de un 10% del total de participantes en cada plan.

Podrán suscribirse distintos tipos de contrato programa de formación continua:

- a) Contratos programa para la ejecución de planes de formación intersectoriales, dirigidos a la formación de trabajadores en competencias transversales y horizontales a varios sectores de la actividad económica. Asimismo podrán incluir acciones formativas destinadas a la capacitación de trabajadores para labores de representación y negociación en los ámbitos de la negociación colectiva y la formación continua.
- b) Contratos programa para la ejecución de planes de formación de ámbito sectorial dirigidos a los sectores productivos que figuran en el Anexo V, con el fin de desarrollar acciones formativas de interés general para dichos sectores y satisfacer necesidades específicas de formación de los mismos.
- c) Contratos programa para la ejecución de planes de formación que incorporen a trabajadores y socios trabajadores y de trabajo de dos o más cooperativas, sociedades laborales y otras empresas y entidades de la economía social que, sin pertenecer a un mismo sector productivo, atiendan demandas formativas derivadas de la naturaleza jurídica de aquellas o de necesidades de carácter transversal.
- d) Contratos programa para la ejecución de planes de formación dirigidos a trabajadores autónomos, con el fin de mejorar su capacitación en las competencias relacionadas con la actividad que desarrollen, bien de carácter sectorial o bien transversal u horizontal.

Podrán solicitar la concesión de subvenciones públicas las organizaciones empresariales y sindicales de ámbito andaluz más representativas de carácter intersectorial, las organizaciones empresariales y sindicales de ámbito andaluz más representativas de carácter sectorial, las confederaciones y federaciones de cooperativas o sociedades laborales de carácter intersectorial con notable implantación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y las asociaciones intersectoriales de trabajadores autónomos, que tengan suficiente implantación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

**ORDEN de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía**

Tras la entrada en vigor, del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las Prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración, resulta

necesario abordar la regulación de aquellas otras materias que permitirán completar la aplicación de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y de sus disposiciones de desarrollo.

En desarrollo de la citada Ley han sido aprobados los Reales Decretos 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia, 614/2007, de 11 de mayo, sobre nivel mínimo de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia garantizado por la Administración General del Estado, 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, y 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y las cuantías de las prestaciones económicas de la citada Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

La nueva Orden tiene por objeto establecer la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad entre las prestaciones y los servicios, así como regular la gestión de las prestaciones económicas para la aplicación del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.

A efectos de lo establecido en el artículo 10.3 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, a cada grado y nivel de dependencia podrán corresponder los siguientes servicios y prestaciones:

- a) Dependencia moderada. Grado I. Nivel 1 y 2.
  - Teleasistencia.
  - Ayuda a Domicilio.
  - Centro de Día (UED) y de Noche (UEN).
  - Estancias residenciales temporales en centros residenciales.
  - Prestación económica vinculada al servicio.
  - Prestación económica para cuidados en el entorno familiar.
- b) Dependencia severa. Grado II. Nivel 1 y 2.
  - Teleasistencia.
  - Ayuda a Domicilio.
  - Centro de Día (UED) y de Noche (UEN).
  - Atención residencial.
  - Estancias residenciales temporales en centros residenciales.
  - Prestación económica vinculada al servicio.
  - Prestación económica para cuidados en el entorno familiar.
- c) Gran dependencia. Grado III. Nivel 1 y 2.
  - Teleasistencia.
  - Ayuda a Domicilio.
  - Centro de Día (UED) y de Noche (UEN).
  - Atención residencial.
  - Estancias residenciales temporales en centros residenciales.
  - Prestación económica para cuidados en el entorno familiar.
  - Prestación económica vinculada al servicio.
  - Prestación de asistencia personal.

El servicio de Teleasistencia se prestará las veinticuatro horas del día durante todos los días del año para las personas en situación de dependencia, mientras que el servicio de Ayuda a Domicilio comprenderá la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria y la cobertura de las necesidades domésticas, en función del Programa Individual de Atención según grado y

nivel de dependencia. El servicio de Centro de Día o Unidad de Estancia Diurna pública o acreditada ajustará los servicios a las necesidades de las personas en situación de dependencia atendidas según su grado y nivel. El servicio de Atención Residencial ofrece una atención integral y continuada, de carácter personalizado y social, que se prestará en centros residenciales, públicos o acreditados, teniendo en cuenta la naturaleza de la dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona. El régimen de compatibilidades para cada uno de los servicios y prestaciones económicas resulta complejo, por lo que habrá que estar a lo previsto en el art. 11 de la Orden.

Por lo que respecta a las prestaciones económicas, y de conformidad con lo establecido en los artículos 14 y 17 a 20 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia prevé tres modalidades: la prestación económica vinculada al servicio, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y la prestación económica de asistencia personal.

La prestación económica vinculada al servicio se reconocerá de forma subsidiaria, únicamente cuando sea posible la atención a través de los servicios públicos o concertados, es decir, cuando no se disponga de plaza adecuada en los centros públicos o privados concertados en el ámbito de la provincia en que reside la persona beneficiaria, si se trata de Centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia o, en el ámbito autonómico, cuando se trate de Centros de Atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad, en el supuesto de servicios de Centro de Día y de Noche, cuando no se disponga de plaza o de transporte adecuados para centros públicos o privados ubicados a una distancia máxima de cuarenta y cinco minutos con los medios habituales de locomoción desde el domicilio de la persona beneficiaria.

La prestación económica para cuidados en el entorno familiar pretende contribuir a la cobertura de los gastos derivados de la atención prestada por una persona no profesional, pudiendo ser reconocida en cualquier grado y nivel de dependencia, cuando se reúnan las condiciones de acceso establecidas. Corresponde al Estado el coste de la cotización a la Seguridad Social y las acciones de formación de la persona no profesional, que siendo mayor de 18 años, deberá residir legalmente en España y ser cónyuge y/o pariente por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco, salvo en supuestos especiales de despoblación o circunstancias geográficas.

La prestación económica de asistencia personal pretende contribuir a la cobertura de los gastos derivados de la contratación de un asistente personal, que posibilite una mayor autonomía en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria a las personas con gran dependencia, facilitándoles el acceso a la educación y al trabajo. Dicho asistente deberá reunir condiciones de idoneidad para prestar sus servicios mediante contrato con empresa dedicada a dicha actividad, o directamente mediante contrato laboral o de prestación de servicios con la persona beneficiaria, ser mayor de 18 años y residir legalmente en España.

La cuantía de las prestaciones económicas se establecerá anualmente por el Gobierno mediante Real Decreto, previo acuerdo del Consejo Territorial, para los grados y niveles con derecho a prestaciones, actualizándose, al menos, con el incremento del IPC anual. El importe de la prestación económica se determinará aplicando a tales cuantías un coeficiente calculado de acuerdo con su ca-

pacidad económica personal establecida conforme al artículo 14.7 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. La capacidad económica final del solicitante será la correspondiente a su renta, modificada al alza por la suma de un 5 por ciento del valor del patrimonio neto que supere el mínimo exento para la realización de la declaración del impuesto sobre el patrimonio, a partir de los 65 años de edad, un 3 por ciento de los 35 a los 65 años, y un 1 por ciento los menores de 35 años.

**ORDEN de 26 de julio de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a mujeres y empresas de mujeres para el Fomento y Mejora empresarial, y se efectúa su convocatoria para el año 2007**

Entre las políticas diseñadas para la consecución de la igualdad material entre hombres y mujeres, el Instituto Andaluz de la Mujer con la cofinanciación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, dentro del Programa Operativo FEDER de Andalucía 2007-2013, integrado en el Marco Estratégico Nacional de Referencia, pone en marcha una serie de actuaciones, entre las que se encuentra una línea de subvenciones, dirigidas a la promoción del espíritu empresarial de las mujeres andaluzas y la mejora de empresas ya constituidas que tengan participación mayoritaria de mujeres. Atendiendo a la finalidad de promover el desarrollo económico de Andalucía, se dicta la Orden comentada en desarrollo del Decreto 21/2007, de 30 de enero, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y en favor de las pequeñas y medianas empresas (PYME) que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía en los años 2007, 2008 y 2009 y, en consecuencia, las subvenciones reguladas se regirán igualmente por lo establecido en dicho Decreto.

A tales efectos, se considerará pequeña y mediana empresa la que se ajuste a la definición establecida en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas y pequeñas y medianas empresas, según la cual serán aquellas que ocupen a menos de 250 personas, cuyo volumen de negocios anual no exceda de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no exceda de 43 millones de euros y que cumpla con el criterio de independencia tal y como se establece en la citada Recomendación. No podrán obtener la condición de beneficiarias las personas o entidades condenados mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, las que hubieran solicitado la declaración de concurso, o hubieran sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, o hubieran sido declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso, las que hubieran dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración, o estar incurso tanto la persona física, como los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de incompatibilidad. Tampoco podrán ser beneficiarios quienes no se hallen al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social, los que tengan deudas con la Comunidad Autónoma de Andalucía por cualquier ingreso de

Derecho Público, quienes fijen su residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, o quienes estén incurso en procedimientos judiciales de discriminación por razón de género.

Podrán ser objeto de subvención los gastos de acondicionamiento de local, de reforma y modernización de tecnologías y sistemas de organización, en bienes de equipos nuevos, instalaciones, mobiliario y equipos informáticos. de constitución formal de la empresa, de registro de patentes y marcas, para la adquisición de software y aplicaciones informáticas necesarias para el desarrollo de la actividad, de elaboración e implantación de Planes de prevención de riesgos laborales, de igualdad y sistemas de calidad, de asistencia técnica para la elaboración e implantación de los proyectos que contribuyan a la generación de empleo, la estabilidad y el crecimiento de las empresas, o la puesta en marcha de un Plan de comercialización para la empresa. Por el contrario, no son los realizados con anterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes, las tasas, impuestos y contribuciones, los gastos derivados de la colegiación en colegios profesionales, los gastos de personal, los gastos corrientes y gastos de explotación distinto a los anteriores. Salvo excepciones, la cuantía de la subvención concedida no podrá superar el 50% del presupuesto del proyecto de inversión. Las solicitudes serán evaluadas atendiendo al grado de cumplimiento de anteriores subvenciones concedidas por el Instituto Andaluz de la Mujer, a la viabilidad técnica, económica y financiera de los proyectos presentados, a la coherencia del proyecto, la introducción de Nuevas Tecnologías, la elaboración de Planes de Igualdad de oportunidades y a la inclusión del proyecto en acuerdos o planes sectoriales de adaptación ambiental.

En relación al procedimiento de concesión, la nueva norma da cumplimiento a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, exigidos en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como los de transparencia, igualdad y no discriminación, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados en la presente Orden y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos destinados a tal fin, estableciendo el procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva.

**ORDEN de 26 de junio de 2007, por la que se establecen las Bases Regulatoras de la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo del Programa Unidades de Empleo de Mujeres (UNEM) y se efectúa la convocatoria para el año 2007 (BOJA núm. 134, de 9 de julio)**

El artículo 73 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencia exclusiva en materia de política de género. En el Decreto 240/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería para la Igualdad y Bienes-

Social, se atribuyen las competencias necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de la mujer y el hombre, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a través del Instituto Andaluz de la Mujer.

El Instituto Andaluz de la Mujer, de acuerdo con la Ley 10/1988, de 29 de

diciembre, de su creación, tiene como fin promover las condiciones para que sea real y efectiva la igualdad del hombre y la mujer andaluces, fomentando la participación y presencia de las mujeres en la vida política, económica, cultural y social, y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política de éstas.

Para llevar a cabo este objetivo, el Instituto Andaluz de la Mujer pone en marcha, en colaboración con las Corporaciones Locales, y con la cofinanciación del Fondo Social Europeo, según el Programa Operativo FSE de Andalucía 2007-2013, integrado en el Marco Estratégico Nacional de Referencia, una red de servicios de información laboral, preformación y orientación profesional para mujeres, a través de itinerarios integrados de inserción sociolaboral que incluyan la perspectiva de género, y que posibiliten la mejora de su empleabilidad.

Aunque el crecimiento de empleo de Andalucía en los últimos años ha sido constante, se mantiene la situación de desigualdad de las mujeres en el acceso al mercado de trabajo. Ello se traduce en una menor presencia de las mujeres como parte de la población activa y un mayor desempleo que el que se produce en los hombres. Por ello es necesaria la creación y desarrollo de actuaciones que favorezcan la inserción laboral acordes a las necesidades de las personas demandantes de empleo y del tejido empresarial.

Para ello los servicios denominados Unidades de Empleo de Mujeres (UNEM) desarrollarán actuaciones dirigidas a mejorar la empleabilidad de las mujeres a través de Itinerarios Integrados de Inserción, programa personalizado de orientación, formación, intermediación e inserción laboral, que incluye la perspectiva de género, con especial atención a los colectivos de mujeres con especiales dificultades.

El Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía, dispone en su artículo 4 cuáles son los Programas de Inserción Laboral, encontrándose entre ellos el de los Itinerarios de Inserción. En el artículo 5, punto 1, se contempla que el objeto de este tipo de programas es el de promover la inserción laboral de las personas desempleadas a través de itinerarios de inserción, entendiendo por estos la definición y realización de una secuencia concatenada de acciones que mejoren su empleabilidad, como son información, orientación, asesoramiento, preformación, así como otras medidas que se establezcan, que conduzcan a la inserción laboral.

En cuanto al procedimiento de concesión, esta Orden da cumplimiento a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, exigidos en el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como los de transparencia, igualdad y no discriminación, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados en la presente Orden y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos destinados a tal fin, estableciendo el procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva. En este aspecto la Orden está sujeta a la legislación básica sobre la materia contenida en la disposición final primera de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como a la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, y aplica las reglas específicas que para los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva se contienen en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como las que se derivan de las determinaciones

relativas al procedimiento de concesión de subvenciones o ayudas contenidas en el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre.

En su virtud, a propuesta de la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en uso de las atribuciones conferidas en la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía,

DISPONGO

**Artículo 1.º** *Objeto y régimen jurídico.*—1. La presente Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a ayuntamientos, mancomunidades de municipios y consorcios para el desarrollo del Programa de Unidades de Empleo de Mujeres (UNEM).

2. El Programa de Unidades de Empleo de Mujeres se concibe como un programa específico de ámbito local, dirigido a la realización de itinerarios de inserción laboral de mujeres, desde la perspectiva de género, con especial atención a mujeres con especiales dificultades, que incluyan acciones de información, orientación, asesoramiento, preformación y otras medidas que conduzcan a la inserción laboral. El programa comprende una acción integral de acompañamiento al empleo de mujeres incluyendo la atención individualizada, sesiones grupales de formación y seguimiento de los itinerarios de inserción laboral de las usuarias.

3. Las subvenciones a que se refiere la presente Orden, además de lo previsto por la misma, se regirán por lo establecido en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de acuerdo con lo dispuesto en su disposición final primera, y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 887/2006, en la Ley anual del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Capítulo I del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como en el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, y demás disposiciones de desarrollo, en lo que no se opongan a los preceptos básicos de la norma estatal citada.

4. La concesión de subvenciones se regirá por el procedimiento de concurrencia competitiva.

**Art. 2.º** *Entidades beneficiarias.*—  
1. Podrán ser entidades beneficiarias de estas subvenciones los ayuntamientos, mancomunidades de municipios y consorcios de Andalucía que tengan un Centro Municipal de Información a la Mujer y se ajusten a los requisitos establecidos en la presente Orden.

2. Al amparo de lo establecido en el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como en el artículo 29.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y

Financieras, y atendiendo a la naturaleza de las subvenciones reguladas por la presente Orden, dirigidas a mejorar la empleabilidad de las mujeres, las entidades solicitantes quedan exceptuadas de la obligación de acreditar que se hallan al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, y que no son deudoras en período ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía por cualquier otro ingreso de Derecho Público.

3. No podrán obtener la condición de beneficiarias las entidades que se encuentren incursas en procedimientos judiciales debido a discriminación por razón de género o que no se hallen al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones.

4. Los requisitos que habrán de reunir las entidades solicitantes serán los siguientes:

a) Contar con una persona contratada específicamente para el desarrollo del programa UNEM, a jornada completa y con titulación, al menos de grado medio, no admitiéndose al efecto el personal de plantilla.

b) Disponer en el Centro Municipal de Información a la Mujer de un espacio adecuado para el desarrollo de las actividades propias del Programa UNEM. Así mismo, la entidad solicitante deberá poner a disposición de este Programa un espacio adecuado para la celebración de sesiones grupales de formación.

c) El personal técnico del programa deberá disponer para su uso exclusivo de un ordenador que reúna los requerimientos de hardware y software necesarios para la utilización de las aplicaciones y sistemas informáticos que se establezcan. Además, contará con acceso a internet, para permitir la utilización de las herramientas puestas a disposición del programa. El ordena-

dor dispondrá también de lector de CD-ROM y entrada USB.

d) Las Unidades de Empleo de Mujeres deberán incorporarse a la Red de Servicios de Orientación «Andalucía Orienta», lo que posibilitará la utilización de los instrumentos para la orientación profesional con los que cuenta dicha red.

**Art. 3.º** *Conceptos subvencionables y cuantía de las subvenciones.*—

1. Podrán ser objeto de subvención las actuaciones que se engloben en alguna de las siguientes líneas:

a) Realización de Itinerarios Integrados personalizados de Inserción Laboral de mujeres, desde la perspectiva de género, con especial atención de mujeres con especiales dificultades, que incluyan acciones de orientación, formación, intermediación e inserción laboral.

b) Realización de Itinerarios integrados personalizados de inserción sociolaboral para mujeres con discapacidad, inmigrantes, gitanas y otras minorías étnicas y, en general, con especiales dificultades, mediante planes individualizados adaptados a las necesidades y características de las personas destinatarias y atendiendo a su situación personal, familiar y sociolaboral, con acciones de: información, orientación, preformación profesional y otras medidas que conduzcan a la inserción laboral.

c) Actividades de dinamización y sensibilización de los grupos de mujeres para animarlas a incorporarse al mercado laboral o mejorar su posición en el mismo, especialmente en el medio rural.

d) Acciones de formación profesional ocupacional para mejorar las condiciones de empleabilidad de las mujeres.

e) Acciones de sensibilización que fomenten la no discriminación y la inserción laboral de las mujeres.

2. Todos los conceptos subvencionables recogidos en los apartados anteriores deben corresponderse con proyectos de inversión presentados, quedando excluidos, en todo caso, los gastos corrientes y de funcionamiento.

3. La subvención no podrá representar en ningún caso más del 80% del presupuesto que se acepte en la resolución para los conceptos subvencionables recogidos en los apartados anteriores.

**Art. 4.º** *Plazo de ejecución de las acciones.*—Las acciones objeto de subvención se desarrollarán en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del ejercicio correspondiente a la respectiva convocatoria.

**Art. 5.º** *Criterios de valoración.*—Las solicitudes serán evaluadas con los criterios objetivos que se enumeran a continuación:

1. La adecuación de las actividades propuestas al objeto del programa, así como el ámbito de actuación territorial de las mismas (25%).
2. Grado de viabilidad técnica, económica y financiera del proyecto (25%).
3. La categoría laboral y retribuciones de la persona técnica en Orientación Profesional del Programa UNEM (20%).
4. Elaboración de un Plan de Igualdad de Oportunidades (10%).
5. Grado de cumplimiento de anteriores subvenciones concedidas por el Instituto Andaluz de la Mujer (20%).

**Art. 6.º** *Limitaciones presupuestarias.*—1. La concesión de las subvenciones que regula esta Orden estará limitada a las disponibilidades presupuestarias existentes del ejercicio en que se realice la convocatoria, pudiendo adquirirse compromisos por gastos

de carácter plurianual en las condiciones previstas en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y normas de desarrollo.

2. El importe de la subvención concedida en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente, o en concurrencia con subvenciones o ayudas de otras Administraciones Públicas, o de otros entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por la entidad beneficiaria.

**Art. 7.º** *Financiación de las actividades subvencionadas.*—1. Las subvenciones se concederán con cargo a la siguiente aplicación presupuestaria: 0.1.19.31.16.00.760.00 32G.

2. Los proyectos cofinanciados con el Fondo Social Europeo no podrán concurrir con otro fondo distinto o iniciativa comunitaria.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, las subvenciones que se otorguen al amparo de las presentes bases reguladoras serán compatibles con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o de organismos internacionales.

**Art. 8.º** *Solicitudes y documentación.*—1. Las solicitudes deberán dirigirse a la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer y formularse conforme al modelo establecido en el Anexo 1 a la presente Orden. Dicho modelo se podrá obtener en la página web del Instituto Andaluz de la Mujer, en la dirección [www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer), o en la sede del Instituto Andaluz de la Mujer y en sus centros de la mujer provinciales.

2. La solicitud irá acompañada de la siguiente documentación:

a) Documento Nacional de Identidad del representante legal de la entidad solicitante.

b) Cédula o Código de Identificación Fiscal de la entidad solicitante.

c) Certificado del Secretario o Secretaria de la entidad acreditativo de la personalidad de quien ocupa la alcaldía o presidencia de la entidad (Anexo 2).

d) Declaración responsable de otras subvenciones concedidas y/o solicitadas a otras Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, para la misma finalidad (Anexo 1).

e) Declaración responsable de no estar incurso en los supuestos de prohibición para ser entidad beneficiaria establecidos en el artículo 2 de esta Orden (Anexo 1).

f) Memoria descriptiva de la actividad con indicación de los objetivos, acciones a desarrollar y método de trabajo, así como calendario, programa y fecha de realización de las actividades.

g) Presupuesto desglosado en el que conste la relación de gastos e ingresos previstos para la realización de la actividad o proyecto objeto de la ayuda y las cantidades otorgadas por otras entidades para su financiación. No figurarán en el presupuesto las partidas no subvencionables.

h) Certificado emitido por el Secretario o Secretaria de la entidad en relación con la persona contratada para desarrollo del programa UNEM y del presupuesto de gastos derivado de su contratación (Anexo 3).

3. La documentación que se acompaña a la solicitud deberá presentarse en documento original y fotocopia para su cotejo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

4. La presentación de la solicitud por parte de la entidad interesada implicará la aceptación de su inclusión en

la lista de personas beneficiarias publicada de conformidad con el artículo 7, apartado 2, letra d), del Reglamento (CE) núm. 1828/2006 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2006, sobre las actividades de información y publicidad que deben llevar a cabo los Estados miembros en relación con las intervenciones de los fondos estructurales.

**Art. 9.º Lugar y plazo de presentación de solicitudes.**—1. Las solicitudes se presentarán en los registros de los centros de la mujer provinciales del Instituto Andaluz de la Mujer, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. El plazo de presentación de las solicitudes será de un mes, contado a partir del día siguiente al de la publicación de la correspondiente convocatoria en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

No serán admitidas a trámite las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, resolviéndose la inadmisión de las mismas, que deberá ser notificada a las entidades interesadas en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**Art. 10. Presentación electrónica.**—Las personas solicitantes que dispongan de un certificado reconocido de usuario que les habilite para utilizar una firma electrónica avanzada, podrán cursar sus solicitudes a través del Registro Telemático único de la Junta de Andalucía, con los requisitos exigidos en el apartado 3 del artículo 12 del Decreto 183/2003, a través del portal del ciudadano «andaluciajunta. es» dentro del apartado «administración electrónica», así como en la página web del Instituto Andaluz de la Mujer [www.](http://www.)

juntadeandalucia.es/institutodelamujer. Las solicitudes así presentadas producirán los mismos efectos jurídicos que las formuladas de acuerdo con el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**Art. 11. *Subsanación de solicitudes.***—Si las solicitudes no reunieran los requisitos exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, el órgano instructor del procedimiento requerirá a la entidad interesada para que en el plazo de diez días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos con la indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**Art. 12. *Tramitación.***—1. Las solicitudes serán objeto de una evaluación previa por el Servicio de Formación y Empleo de Mujeres del Instituto Andaluz de la Mujer, que evaluará las solicitudes así como la documentación preceptiva atendiendo a los criterios de valoración indicados en la presente Orden; a tal efecto podrá:

a) Requerir a la entidad para que aporte la documentación complementaria que permita realizar adecuadamente la evaluación previa, siendo el plazo para la presentación de dicha documentación de diez días.

b) Realizar cuantas verificaciones o controles considere oportunos al mismo fin previsto en la letra anterior.

2. El trámite de evaluación previa dará lugar a una propuesta provisional de resolución de la convocatoria en la que se contendrán:

a) Relación de entidades que, cumpliendo los requisitos exigidos, obtienen una puntuación suficiente para

obtener la condición de entidades beneficiarias provisionales, por orden de puntuación obtenida en la valoración previa y la cuantía de la subvención otorgable.

b) Relación de entidades interesadas que, cumpliendo los requisitos exigidos, no obtienen puntuación suficiente en la valoración previa para ser consideradas beneficiarias provisionales, por orden de puntuación.

c) Relación de entidades interesadas que no cumplen con los requisitos exigidos y causas de dichos incumplimientos.

d) En su caso, relación de entidades beneficiarias provisionales susceptibles de poder reformular la solicitud, ajustándose a los compromisos y condiciones de la subvención.

3. A continuación, estando en el momento inmediatamente anterior a la propuesta definitiva de resolución y en los términos que prevé el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se procederá al trámite de audiencia en el que los interesados podrán alegar y presentar los documentos que estimen pertinentes y, en concreto, las entidades beneficiarias provisionales podrán comunicar su aceptación a la subvención propuesta.

Si existiese la relación a que hace referencia la letra d) del apartado anterior, los incluidos en la misma podrán plantear la oportuna reformulación si lo consideran conveniente.

4. Completada y analizada la documentación correspondiente, emitirá informe razonado de la prelación de las subvenciones a conceder así como de la cuantía de la subvención.

5. El resultado del trámite anterior dará lugar a la definitiva propuesta de resolución.

**Art. 13. *Reformulación de las solicitudes y aceptación de la subvención.***—1. Cuando la subvención ten-

ga por objeto la financiación de actividades a desarrollar por la entidad solicitante y el importe de la subvención de la propuesta de resolución provisional sea inferior al que figura en la solicitud presentada, se podrá instar de la beneficiaria la reformulación de su solicitud para ajustar los compromisos y condiciones a la subvención otorgable.

2. En cualquier caso, la reformulación de solicitudes deberá respetar el objeto, condiciones y finalidad de la subvención, así como los criterios de valoración establecidos respecto de las solicitudes o peticiones.

3. La subvención se tendrá por aceptada:

a) Cuando se conceda en los importes solicitados sin que se comunique el desistimiento por el solicitante.

b) Transcurrido el plazo para reformular sin que se comunique el desistimiento por el solicitante.

**Art. 14. Resolución.**—1. Una vez fiscalizada la propuesta de resolución, la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer dictará la correspondiente resolución, que contendrá los siguientes extremos:

a) Indicación de la entidad beneficiaria o beneficiarias, de la actividad a realizar o comportamiento a adoptar y del plazo de ejecución con expresión del inicio del cómputo del mismo.

b) La cuantía de la subvención o ayuda, la aplicación presupuestaria del gasto y, si procede, su distribución plurianual de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, y en el Decreto 44/1993, de 20 de abril, por el que se regulan los gastos de anualidades futuras. En el supuesto de que se trate de una actividad, presupuesto subvencionado y el porcentaje de ayuda con respecto al presupuesto aceptado.

c) La forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono.

d) Las condiciones que se impongan a la entidad beneficiaria.

e) Plazo y forma de justificación por parte de la entidad beneficiaria del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda o subvención y de la aplicación de los fondos recibidos.

f) El porcentaje de cofinanciación por el Fondo Social Europeo así como las obligaciones establecidas en el Reglamento (CE) núm. 1828/2006 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2006, sobre las actividades de información y publicidad que deben llevar a cabo los Estados miembros en relación con las intervenciones de los fondos estructurales.

2. La referida resolución será motivada, fundamentándose la adjudicación de las subvenciones en los criterios establecidos en la presente Orden, debiendo hacer constar expresamente que la resolución es contraria a la estimación del resto de solicitudes.

3. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución de las solicitudes será de seis meses y se computará a partir del día siguiente al de finalización del plazo para la presentación de solicitudes. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiese dictado y notificado resolución expresa las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio administrativo conforme a lo establecido en el artículo 31.4 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

4. Las resoluciones ponen fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse contra las mismas recurso contencioso-administrativo en la forma y los plazos establecidos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, o, potestativamente, recurso de reposición, conforme a lo dispuesto en el ar-

título 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**Art. 15. *Publicidad de las subvenciones.***—La resolución que pone fin al procedimiento de concesión de subvenciones será notificada mediante su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en la forma establecida en el artículo 18 de la Ley General de Subvenciones.

**Art. 16. *Forma y secuencia del pago.***—1. En atención a la naturaleza de las subvenciones concedidas, su abono se efectuará en un solo pago sin justificación previa, siempre que así lo recoja la correspondiente Ley anual del Presupuesto. En caso contrario, de conformidad con el artículo 32.4 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, no podrá abonarse a la beneficiaria un importe superior al 75% de la subvención, sin que se justifiquen previamente los pagos anteriores, excepto en los supuestos en que el importe de aquellas sea igual o inferior a 6.050 euros.

2. No podrá proponerse el pago de subvenciones a beneficiarias que no hayan justificado en tiempo y forma las subvenciones concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Administración Autónoma y sus Organismos Autónomos.

No obstante y a tenor de lo establecido en el artículo 32.2 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, el órgano que, de acuerdo con el artículo 104 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sea titular de la competencia para la concesión de subvenciones, así como el competente para proponer el pago, podrán, mediante resolución motivada, exceptuar las limitaciones contenidas en el párrafo ante-

rior cuando concurren circunstancias de especial interés social, sin que en ningún caso pueda delegarse la competencia.

3. El pago se efectuará mediante transferencia bancaria a la cuenta que la solicitante haya indicado en la solicitud.

**Art. 17. *Justificación de la subvención.***—1. La justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en el acto de concesión de la subvención revestirá la forma de cuenta justificativa del gasto realizado. La rendición de la cuenta justificativa constituye un acto obligatorio de la entidad beneficiaria.

2. El importe de la documentación justificativa deberá corresponderse con el presupuesto aceptado de la actividad, aun en el caso de que la cuantía de la subvención concedida fuese inferior.

3. La documentación justificativa será la siguiente:

a) La cuenta justificativa de los gastos, debiendo incluir declaración de las actividades realizadas y su coste, con el desglose de cada uno de los gastos incurridos. Incluirá igualmente relación individualizada de todos los gastos correspondientes al presupuesto total de la actividad subvencionada, aunque el importe de la subvención sea inferior, debidamente ordenado y numerado, con especificación de los perceptores y los importes correspondientes, y diferenciando los gastos referidos a la subvención concedida de los restantes de la actividad.

b) Facturas originales o autenticadas acreditativas de los gastos efectuados y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa, que serán devueltos a la entidad beneficiaria una vez cote-

ados y sellados, con indicación de la subvención para cuya justificación han sido presentados y si el importe del justificante se imputa total o parcialmente a la subvención. La acreditación de los gastos también podrá efectuarse mediante facturas electrónicas, siempre que cumplan los requisitos exigidos para su aceptación en el ámbito tributario.

4. Siempre que se hubiera alcanzado el objetivo o finalidad perseguida, si no se justificara debidamente el total de la actividad subvencionada, deberá reducirse el importe de la subvención concedida, aplicando el porcentaje de financiación sobre la cuantía correspondiente a los justificantes no presentados o no aceptados.

5. El plazo de presentación de documentación y justificación para el pago será de tres meses contados a partir de la finalización de la actividad.

6. Conforme a lo establecido en el artículo 31.3 de la Ley General de Subvenciones, cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 12.000 euros en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, la entidad beneficiaria deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contratación del compromiso para la prestación del servicio o la entrega del bien, salvo que por las especiales características de los gastos subvencionables no exista en el mercado suficiente número de entidades que lo suministren o presten, o salvo que el gasto se hubiera realizado con anterioridad a la solicitud de la subvención. La elección entre las ofertas presentadas, que deberán aportarse en la justificación, o, en su caso, en la solicitud de la subvención, se realizará conforme a criterios de eficiencia y economía, debiendo justificarse expresamente en una

memoria la elección cuando no recaiga en la propuesta económica más ventajosa.

7. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.1 del Reglamento (CE) 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, se considerará, en todo caso, como gasto realizado el que ha sido efectivamente pagado.

**Art. 18. Obligaciones de las entidades beneficiarias.**—Son obligaciones de las beneficiarias:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.

b) Justificar ante el órgano concedente el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

c) El sometimiento a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, a las de control que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía, a la Dirección General de Fondos Europeos de la Consejería de Economía y Hacienda y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía, así como de los Servicios Financieros de la Comisión Europea y del Tribunal de Cuentas Europeo.

d) Facilitar cuanta información les sea requerida por el Tribunal de Cuentas, la Cámara de Cuentas de Andalucía, la Intervención General de la Junta de Andalucía y la Dirección General de Fondos Europeos de la Consejería de Economía y Hacienda, así como de los Servicios Financieros de la Comisión Europea y del Tribunal de Cuentas Europeo.

e) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que

financien las actividades subvencionadas. Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos.

f) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable a la entidad beneficiaria en cada caso, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

h) Hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la actividad u objeto de la subvención que la misma está subvencionada por la Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de la Mujer. Al existir cofinanciación del Fondo Social Europeo, las beneficiarias deberán cumplir con las disposiciones que sobre información y publicidad se dicten por la Unión Europea, concretamente con el Reglamento (CE) núm. 1828/2006 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2006.

i) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 20 de la presente Orden.

j) Comunicar a la entidad concedente de la subvención todos aquellos cambios de domicilios, teléfono y correo electrónico a efectos de notificaciones, durante el período en que la subvención es susceptible de control.

**Art. 19. Modificación de la resolución de concesión.**—1. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subven-

ción y, en todo caso, la obtención concurrente de subvenciones o ayudas otorgadas por otras Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión, conforme a lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Por razones justificadas debidamente acreditadas, la entidad beneficiaria de la subvención podrá solicitar del órgano concedente de la misma la modificación de la resolución de concesión, incluida la ampliación de los plazos de ejecución y justificación, sin que en ningún caso pueda variarse el destino o finalidad de la subvención, ni alterar la actividad, programa, actuación para los que se solicita la subvención ni elevar la cuantía de la subvención obtenida que figura en la resolución de concesión.

3. Siempre que se hubiera alcanzado el objetivo o finalidad perseguida, si no se justificara debidamente el total de la actividad subvencionada, deberá reducirse el importe de la ayuda concedida aplicando el porcentaje de financiación sobre la cuantía correspondiente a los justificantes no presentados o no aceptados.

**Art. 20. Causas de reintegro.**—

1. Además de los casos de nulidad y anulabilidad previstos en el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones, procederá también el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente, desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello y ocultando aquellas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en los artículos 14 y 15 de la Ley General de Subvenciones, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

g) Incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acre-

ditado el incumplimiento por parte del beneficiario de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniere obligado.

h) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a los beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos con motivo de la concesión de la subvención distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

i) En su caso, la adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro.

2. Cuando el cumplimiento por la entidad beneficiaria se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éste una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá determinada una vez analizada la memoria explicativa que exprese el grado de cumplimiento alcanzado con la realización de la actividad en relación al objeto de la presente Orden, atendándose al principio de proporcionalidad.

3. En el supuesto de que el importe de las subvenciones resulte ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada, procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada, así como la exigencia del interés de demora correspondiente.

4. Las cantidades a reintegrar tendrán la consideración de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza lo previsto en la Ley General de Hacienda Pública. El interés de demora aplicable en materia de subvenciones será el interés legal del dinero incrementado en un 25%, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente. El destino de los reintegros de los fondos de la Unión Europea tendrá el tratamiento que en su caso determine la normativa comunitaria. Los procedimientos para la exigencia del reintegro de las subvenciones tendrán siempre carácter administrativo.

5. Será competente para iniciar y resolver el procedimiento de reintegro el órgano concedente.

6. De conformidad con lo establecido en el artículo 33.c) de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de doce meses desde la fecha del acuerdo de iniciación.

**Disposición adicional única.** *Convocatoria de subvenciones para 2007.*—Se convoca para el ejercicio 2007 la concesión de subvenciones a ayuntamientos, mancomunidades de municipios y consorcios para el desarrollo del Programa de Unidades de Empleo de Mujeres, cofinanciadas por la Unión Europea con Fondo Social Europeo, de conformidad con las siguientes determinaciones:

1. El plazo de presentación de las solicitudes de ayudas en el año 2007 será de un mes, contado a partir del día siguiente al de la publicación de la presente Orden en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

2. Proyectos subvencionables: Los recogidos en el artículo 3 de la presente Orden.

3. El período de ejecución de los proyectos objeto de subvención concluirá el 31 de diciembre de 2007 y el período de justificación el 31 de marzo de 2008.

**Disposición derogatoria única.** Queda derogada la Orden de 3 de noviembre de 2005, por la que se establece el procedimiento y las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a ayuntamientos, mancomunidades de municipios y consorcios para el desarrollo del Programa de Orientación y Preformación para el Empleo de las Mujeres (OPEM)

**Disposición final primera.** *Habilitación.*—Se faculta a la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer para realizar cuantas actuaciones sean necesarias en la ejecución y aplicación de la presente Orden.

**Disposición final segunda.** *Convocatorias anuales.*—La Directora del Instituto Andaluz de la Mujer efectuará las convocatorias anuales de las subvenciones reguladas en la presente Orden.

**Disposición final tercera.** *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 26 de junio de 2007

MICAELA NAVARRO GARZÓN  
Consejera para la Igualdad  
y Bienestar Social

**ORDEN de 29 de junio de 2007, por la que se modifica la de 8 de febrero de 2006, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social (BOJA núm. 139, de 16 de julio)**

Al amparo del marco normativo previsto en la Ley 4/1997, de 9 de julio, de Prevención y Asistencia en materia de Drogas, en orden a la incorporación social de las personas drogodependientes y aquellas otras afectadas por otro tipo de adicciones, y en cumplimiento de lo establecido en el II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, aprobado por el Decreto 209/2002, de 23 de julio, conforme al cual todas las políticas públicas diseñadas para la actuación en drogodependencias deben tener como objeto final evitar la exclusión y facilitar el proceso de incorporación social de las personas que a causa de su adicción no están integradas, tuvo lugar la publicación de la Orden de 8 de febrero de 2006, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social, por la que se derogaba una anterior de 21 de enero de 2004.

En enero de 2007 ha entrado en vigor el nuevo Marco Comunitario de Apoyo (MAC), que abarca el período 2007- 2013. Dicho Marco es un documento aprobado por la Comisión Europea una vez analizados los Planes presentados por los Estados Miembros, y en el que se describe la estrategia y prioridades de acción, objetivos específicos y la participación en los Fondos y demás recursos financieros de los Estados Miembros, que se estructura en Ejes Prioritarios, aplicándose a través de uno o más Programas Operativos.

Este nuevo Marco modifica el anterior correspondiente al período 2000-2006, estableciéndose tres objetivos

prioritarios: «Convergencia», «Competitividad Regional y Empleo» y «Cooperación Territorial Europea». Dentro del objetivo de la «Competitividad Regional y Empleo», se encuentra el Plan Operativo FSE Andalucía en cuyo Eje 2, relativo al fomento de la estabilidad, la inclusión social y la igualdad entre hombres y mujeres, y más concretamente en la categoría de gasto 71 rubricada, «proponer oportunidades de integración a las personas en riesgo de exclusión del mercado de trabajo», se contemplan, entre otros objetivos, los de: inserción sociolaboral de personas en riesgo de exclusión, fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social o asesoramiento, formación y apoyo a la creación y mantenimiento de empresas de inserción.

La participación de la Unión Europea, a través del Fondo Social Europeo, en la financiación de subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social, se concreta en el nuevo Marco Comunitario de Apoyo (MAC) en un 80%, correspondiendo el 20% restante a la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

Por otro lado, razones de eficacia y mejora de la gestión de la Orden de 8 de febrero de 2006, por la que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social, aconsejan la ampliación del plazo de presentación de solicitudes.

En su virtud, a propuesta del Director General para las Drogodependencias y Adicciones, con el fin de adaptarse al nuevo Marco Económico y Financiero y operar la ampliación del plazo de presentación de solicitudes, en uso de las atribuciones que me confiere la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía,

## DISPONGO

**Artículo único.** Modificación de la Orden de 8 de febrero de 2006 en los siguientes artículos:

Uno. Se modifica el apartado 3 del artículo 1, quedando redactado como a continuación se recoge:

«La concesión de subvenciones estará limitada a la existencia de disponibilidad presupuestaria para cada ejercicio económico, y se financiará con cargo al presupuesto de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, participando en la misma la Unión Europea a través del Fondo Social Europeo.

Las solicitudes que hayan tenido entrada en el Registro General de la Consejería a partir del 1 de enero de 2007 se entenderán incluidas dentro de la programación 2007-2013 del Marco Comunitario de Apoyo».

Dos. Se modifica el apartado 4 del artículo 1, quedando redactado como a continuación se recoge:

«Las subvenciones reguladas en la presente Orden se regirán por lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, de acuerdo con lo establecido en la disposición final primera de ambas disposiciones, en las Leyes anuales de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Capítulo I del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciem-

bre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, en el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en sus normas de desarrollo, en el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, aprobado por el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, en lo que no se oponga a los preceptos básicos de la norma estatal citada, en toda la normativa reguladora de los Fondos Europeos y en las bases que se establecen a continuación».

Tres. Se modifica el apartado 2 del artículo 8, que pasa a tener el siguiente tenor:

«El plazo de presentación de las solicitudes se iniciará el 1 de enero y concluirá el 15 de octubre de cada año».

Cuatro. Se modifica el artículo 11.7, que pasa a tener el siguiente tenor: «En la notificación de concesión de subvenciones a las personas o entidades beneficiarias, se señalará que la Unión Europea participa en la financiación de las mismas a través del Fondo Social Europeo en un 80%».

Cinco. Se modifica la letra f) del artículo 14, que pasa a tener el siguiente tenor:

«Hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la contratación realizada, que la misma está subvencionada por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en colaboración con el Fondo Social Europeo. Asimismo las personas y entidades beneficiarias deberán cumplir con las disposiciones sobre información y publicidad previstas en el artículo 8, apartados 2, 3 y 4, y artículo 9 del Reglamento (CE) núm. 1828/2006, de la Comisión, de 8 de diciembre de 2006».

Seis. Se modifica el apartado 1 del artículo 18, que pasa a tener el siguiente tenor:

«Los beneficiarios justificarán la ejecución de la contratación subvencionada mediante la aportación del certificado acreditativo de haber sido registrado en su contabilidad el ingreso de la subvención recibida, con expresión del asiento contable practicado y de los documentos originales que se citan a continuación:

- a) Recibos de las nóminas del trabajador contratado.
- b) Boletín de cotizaciones a la Seguridad Social.
- c) Documento de ingreso en Hacienda de retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los trabajadores.

No obstante lo anterior, podrán igualmente aportarse copias de los documentos mencionados, siendo necesario en tal caso presentar el original, a fin de que en éste se deje constancia, mediante la estampación del sello correspondiente, de que ha servido de justificación de la subvención concedida».

Siete. Se adiciona un apartado 6 al artículo 18, con el siguiente tenor:

«Siempre que se haya alcanzado el objetivo o finalidad perseguidos, si no se justificara debidamente el total de la contratación subvencionada, deberá reducirse el importe de la subvención concedida aplicando el porcentaje de financiación sobre la cuantía correspondiente a los justificantes no presentados o no aceptados».

**Disposición final primera.** *Instrucciones y medidas de ejecución.*— Se autoriza al Director General para las Drogodependencias y Adicciones para dictar las instrucciones y medidas necesarias para la ejecución de la presente Orden.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 29 de junio de 2007

MICAELA NAVARRO GARZÓN  
Consejera para la Igualdad  
y Bienestar Social

**ORDEN de 27 de julio de 2007, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas para la formación de trabajadores mediante contratos programa, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía  
(BOJA núm. 158, de 10 de agosto)**

Entre las políticas activas de empleo, la formación de los trabajadores constituye una de las herramientas más sólidas para fomentar el crecimiento económico, mejorar el bienestar colectivo e impulsar la cohesión social de nuestra Comunidad. Las empresas, cada vez más, están incorporando la formación permanente a su estrategia de negocio y consideran que el capital humano es su principal acti-

vo, imprescindible para competir con éxito en los mercados globalizados.

Desde 1993, los Agentes Sociales, con la posterior incorporación de la Administración, sin menoscabo del protagonismo de los mismos, en un marco de permanente diálogo social, han contribuido poderosamente al diseño, gestión e implantación de un modelo de formación continua, que aunando los intereses de los trabajado-

res y las empresas persigue como último fin la creación y mantenimiento del empleo y el incremento de la productividad. Para ello fue suscrito el VI Acuerdo de Concertación Social entre la Junta de Andalucía y los sindicatos mayoritarios en nuestra Comunidad Autónoma; Unión General de Trabajadores de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía, así como con la Confederación de Empresarios de Andalucía. En el apartado III.1.4 de dicho acuerdo fueron especificadas medidas específicas para implantar en Andalucía la Cultura de la Calidad en el Empleo, con actuaciones que permitan la cualificación de los recursos humanos, planteando como uno de sus objetivos la consolidación de la formación continua como oferta permanente de aprendizaje para los trabajadores y trabajadoras, así como el fomento del reconocimiento y la acreditación de las cualificaciones profesionales de los mismos, garantizándose la participación de los agentes sociales y económicos.

El R.D. 395/2007, de 23 de marzo, regula el subsistema de formación profesional para el empleo, contemplando en su art. 23 que en el ámbito autonómico la oferta de formación profesional para el empleo comprenderá la formación dirigida a trabajadores desempleados y ocupados, estableciendo en su artículo 24 las condiciones para el desarrollo de los Planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados. De la misma forma, su disposición transitoria primera establece que los procedimientos de concesión de subvenciones en materia de formación continua iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa de desarrollo del mencionado real decreto, se regirán por la normativa anterior que les sea de aplicación. Por ello, la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2783/2004, de 30 de julio (modificada por las

OO.MM. 2094/2005 y 2562/2005), y hasta que no se desarrolle la normativa pertinente, es de aplicación para el establecimiento de las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas mediante contratos programa para la formación de trabajadores, habilitando el procedimiento para que el Servicio Público de Empleo Estatal y los órganos competentes de la Administración Autonómica suscriban los distintos tipos de contratos programa para la ejecución de planes de formación continua intersectoriales, planes de formación continua amparados en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, planes de formación específicos de la economía social y planes de formación dirigidos a trabajadores autónomos, con las organizaciones y entidades en ella previstas.

En el tratamiento de esta materia, hemos de tener en cuenta el interés social que supone la labor de los agentes sociales en este permanente aprendizaje para los trabajadores y trabajadoras, ya que las acciones de formación continua y de reconocimiento de las cualificaciones profesionales que las entidades beneficiarias de estas ayudas desarrollan vienen a contribuir sustancialmente a la mejora de la empleabilidad en Andalucía y, en definitiva a mejorar el tejido socio-económico de nuestra Comunidad Autónoma.

Por todo ello, a propuesta de la Dirección General de Formación para el Empleo, de acuerdo con los Agentes Sociales y Económicos representados en el Consejo Andaluz de Formación Profesional y teniendo en cuenta los preceptivos informes, dispongo:

#### CAPÍTULO I

#### Disposiciones generales

**Artículo 1.º** *Objeto de la convocatoria.*—La presente norma tiene por objeto la aprobación y regulación de la

convocatoria de subvenciones para la financiación de planes de formación continua mediante la suscripción de contratos programa, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con las bases reguladoras contenidas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2783/2004, de 30 de julio y con lo previsto en el Reglamento por el que se regulan los Procedimientos para la Concesión de Ayudas Públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su Régimen Jurídico, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre y la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias Administrativas y Financieras. Será igualmente de aplicación el Título VIII de la Ley 5/1983, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como el Real Decreto 887/2006, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones en cuanto contienen legislación básica del Estado.

Dado que las acciones formativas contarán con financiación comunitaria resultan de aplicación El Reglamento CE 1083/2006 del Consejo de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, Reglamento CE 1081/2006 del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, Reglamento CE 1828/2006, de 8 de diciembre.

**Art. 2.º** *Finalidad y principios que rigen la concesión de las subvenciones.*—1. Los planes de formación continua, objeto de financiación en esta convocatoria mediante la suscripción de contratos programa, tendrán como finalidad tanto la mejora de las competencias y cualificaciones como la actua-

lización y especialización profesional de los trabajadores ocupados, cualquiera que sea el sector o rama de actividad en que el trabajador presta sus servicios y sin que para ello sea necesaria la intermediación de las empresas en las que prestan sus servicios. Igualmente se tendrá como objetivo que tanto la formación como la experiencia laboral puedan ser debidamente acreditadas.

2. La suscripción de contratos programa y la concesión de las subvenciones correspondientes se realizará atendiendo a los principios de concurrencia, publicidad, transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia y eficiencia.

**Art. 3.º** *Duración de los contratos programa.*—Los contratos programa que se suscriban al amparo de esta convocatoria tendrán la duración que se establezca en la resolución de concesión hasta un máximo de dos años.

**Art. 4.º** *Plazo de ejecución de los planes de formación.*—Los planes de formación incorporados a los contratos programa que se suscriban se podrán ejecutar desde la notificación de la resolución de concesión hasta la fecha que sea establecida en dicha resolución, salvo prórroga por causa justificada.

**Art. 5.º** *Participación de los trabajadores.*—1. Podrán solicitar su participación en los planes de formación previstos en esta Orden, mediante el modelo de solicitud que figura en el Anexo I de esta convocatoria, en los términos y condiciones que se determinan:

a) Los trabajadores asalariados que prestan sus servicios en empresas privadas o en entidades públicas empresariales y cotizan a la Seguridad Social en concepto de formación profesional.

b) Los trabajadores que se encuentran en alguna de las siguientes situaciones:

— Trabajadores fijos discontinuos en los períodos de no ocupación.

— Trabajadores que accedan a la situación de desempleo cuando se encuentren en período formativo.

— Trabajadores acogidos a regulación de empleo en sus de suspensión de empleo por expediente autorizado.

c) Los trabajadores incluidos en los Regímenes Especial Agrario, Autónomos, del Mar, y otros de la Seguridad Social que no coticen por la contingencia de formación profesional.

d) Los socios trabajadores y de trabajo de las cooperativas, sociedades laborales y otras empresas y entidades de economía social.

e) El personal al servicio de las Administraciones Públicas sólo podrán participar en los Planes Intersectoriales, dirigidos a la formación de trabajadores en competencias transversales y horizontales a varios sectores de la actividad económica, con un límite máximo de un 10% del total de participantes en cada plan.

Dentro de un mismo plan de formación, un mismo trabajador no podrá recibir más de 270 horas de formación, salvo que participe en una única acción cuyo límite haya sido excepcionado de acuerdo con lo previsto en el punto 3.d) del artículo 10 de esta Orden, asimismo un trabajador no podrá participar dos o más veces en la misma acción formativa.

Las solicitudes de participación deberán ser custodiadas por las entidades beneficiarias de las subvenciones y estar a disposición de los órganos de control.

No serán objeto de financiación las siguientes acciones:

Las acciones formativas que incluyan una enseñanza aplicable a puestos de trabajo de una única empresa y

que ofrezcan competencias que no sean transferibles a otras empresas.

Las acciones cuyo componente fundamental no sea el desarrollo de un proceso de formación, tales como jornadas, ferias, simposios y congresos.

2. La selección de los participantes en las acciones formativas se realizará por las entidades beneficiarias o responsables de impartir las acciones formativas, atendiendo a las prioridades previstas en esta Orden. A fin de garantizar el acceso a la formación de trabajadores y trabajadoras con mayor dificultad de inserción o de mantenimiento en el mercado de trabajo, tendrán prioridad para participar en las acciones formativas los siguientes colectivos:

Los trabajadores y trabajadoras ocupados pertenecientes a pequeñas y medianas empresas, mujeres, mayores de 45 años, trabajadores y trabajadoras con baja cualificación, afectados y víctimas del terrorismo y de la violencia de género, y personas con discapacidad, de acuerdo con lo que establezcan, en su caso, los Programas Operativos del Fondo Social Europeo y las Administraciones competentes.

## CAPÍTULO II Presupuesto

**Art. 6.º** *Presupuesto para la financiación de los contratos programa.*—Los contratos programa suscritos al amparo de esta convocatoria se financiarán con cargo a los créditos presupuestarios destinados a la financiación de la formación continua que se determinen en los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en las modificaciones presupuestarias aprobadas reglamentariamente con cargo a la aplicación 01.14.31.18.786.01.32D del Presupuesto de Gastos del Servicio Andaluz de Empleo.

## CAPÍTULO III

**Tipos de contratos programa y entidades solicitantes****Art. 7.º Contratos programa.—**

1. Los contratos programas contendrán como mínimo las siguientes especificaciones:

- a) Objeto del contrato programa.
- b) Requisitos del plan de formación, describiendo sus aspectos técnicos y formales, indicándose si procede, cuáles de estos aspectos pueden ser modificados previo acuerdo de su Comisión Mixta.
- c) Ámbito territorial y temporal de aplicación.
- d) Financiación.
- e) Normativa aplicable.
- f) Comisión Mixta de Seguimiento, especificando su composición, número de miembros y régimen de funcionamiento.
- g) Causa de resolución y efectos.
- h) Vigencia y denuncia del contrato programa indicando los supuestos, las formalidades y los plazos para ello.
- i) Entidades asociadas al Contrato Programa, haciendo constar los compromisos y cuantías que asume gestionar cada una de ellas.
- j) Entidades que colaboren en la ejecución del Contrato Programa con indicación, en su caso, de las que sean vinculadas a la Entidad beneficiaria.

2. Se podrán suscribir los siguientes tipos de contrato programa de formación continua:

- a) Contratos programa para la ejecución de planes de formación intersectoriales, dirigidos a la formación de trabajadores en competencias transversales y horizontales a varios sectores de la actividad económica. Asimismo podrán incluir acciones formativas destinadas a la capacitación de trabajadores para labores de representación y negociación en los ámbi-

tos de la negociación colectiva y la formación continua.

- b) Contratos programa para la ejecución de planes de formación de ámbito sectorial dirigidos a los sectores productivos que figuran en el Anexo V, con el fin de desarrollar acciones formativas de interés general para dichos sectores y satisfacer necesidades específicas de formación de los mismos.

c) Contratos programa para la ejecución de planes de formación que incorporen a trabajadores y socios trabajadores y de trabajo de dos o más cooperativas, sociedades laborales y otras empresas y entidades de la economía social que, sin pertenecer a un mismo sector productivo, atiendan demandas formativas derivadas de la naturaleza jurídica de aquellas o de necesidades de carácter trasversal.

d) Contratos programa para la ejecución de planes de formación dirigidos a trabajadores autónomos, con el fin de mejorar su capacitación en las competencias relacionadas con la actividad que desarrollen, bien de carácter sectorial o bien trasversal u horizontal.

**Art. 8.º Entidades solicitantes: Requisitos y acreditación.—**

1. Podrán solicitar la concesión de subvenciones públicas para la suscripción de los distintos tipos de contratos programa señalados en el artículo 7 de la presente convocatoria, las siguientes entidades:

- a) Las organizaciones empresariales y sindicales de ámbito andaluz de carácter intersectorial que, estando inscritas en el Registro de Asociaciones Empresariales y Sindicales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, tengan el carácter de más representativas, podrán solicitar los contratos programa para la ejecución de planes de formación intersectoriales y sec-

toriales previstos en los apartados a) y b) del artículo 7.2 de esta Orden.

b) Las organizaciones empresariales y sindicales de ámbito andaluz de carácter sectorial que, estando inscritas en el Registro de Asociaciones Empresariales y Sindicales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, tengan el carácter de más representativas o representativas en los respectivos sectores, los contratos programa previstos en el apartado b) del artículo 7.2 de esta Orden.

c) Las confederaciones y federaciones de cooperativas o sociedades laborales con notable implantación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de carácter intersectorial, los contratos programa para la ejecución de planes de formación previstos en el apartado c) del artículo 7.2 de esta Orden.

d) Las asociaciones de trabajadores autónomos, con carácter intersectorial, que tengan suficiente implantación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con experiencia acreditada en la gestión y desarrollo de acciones formativas por sí mismas o a través de sus organizaciones asociadas, los contratos programa para la ejecución de planes de formación previstos en el apartado d) del artículo 7.2 de esta Orden.

2. Las entidades solicitantes deberán cumplir las obligaciones y requisitos establecidos en el artículo 105 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como las previstas en el artículo 14 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones y artículo 29 de la Ley 3/2004, de Medidas Tributarias Administrativas y Fiscales, sin que puedan tener en período ejecutivo ningún tipo de deudas de derecho público frente a la Comunidad Autónoma de Andalucía. Además, deberán comunicar oportunamente los

posibles cambios de domicilio que se produzcan durante el período en el cual la subvención esté sometida a control.

3. No podrán tener la condición de beneficiario aquellas entidades en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar por causa de la que hubiesen sido declarados culpables a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, o tratarse de cualquiera de los Cargos Electivos regulados en la Ley Orgánica 8/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento en las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones.

h) Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según la Ley 38/2003 o la Ley General Tributaria.

No podrán acceder a la condición de beneficiarios las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, si concurriera en cualquiera de sus miembros cualquiera de las anteriores prohibiciones.

4. En ningún caso podrán obtener la condición de beneficiario las asociaciones incursas en las causas de prohibición previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

Tampoco podrán obtener la condición de beneficiario las asociaciones respecto de las que se hubiera suspendido el procedimiento administrativo de inscripción por encontrarse indicios racionales de ilicitud penal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.4 de la Ley orgánica 1/2002 en tanto no recaiga resolución judicial firme en cuya virtud pueda practicarse la inscripción en el correspondiente registro.

La justificación de no hallarse incurso en alguna de dichas circunstancias se efectuará mediante la presentación de declaración responsable al efecto.

5. Una misma entidad no podrá solicitar, con cargo a esta convocatoria, la suscripción de más de un contrato programa para un mismo sector cuando se trate de ejecutar planes de formación sectoriales, o bien para el mismo tipo de contrato programa en el caso de los supuestos restantes.

#### CAPÍTULO IV

### Iniciación del procedimiento

**Art. 9.º** *Solicitudes de subvención.*—1. Las solicitudes de subvención para la financiación de planes de formación continua, mediante la suscripción de contratos programa (Anexo II), se cumplimentarán en los modelos normalizados disponibles en la página web del Servicio Andaluz de Empleo: [www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/sae/fcontinua/presentacion.asp](http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/sae/fcontinua/presentacion.asp).

También podrán conseguirse los modelos en las oficinas de la Dirección General de Formación para el Empleo.

2. Las citadas entidades deberán presentar un juego en soporte magnético y una copia en papel tanto de la solicitud como del plan de formación anexo.

3. Las solicitudes se dirigirán al Excmo. Sr. Presidente del Servicio Andaluz de Empleo y se presentarán, preferentemente, en el registro de la Consejería de Empleo, sita en Avenida Hytasa, 14 de Sevilla, pudiéndose, además, presentar en los registros y oficinas a que se refiere el artículo 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. El plazo para la presentación de solicitudes será desde la fecha de publicación de la presente Orden en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía hasta el próximo día 14 de septiembre de 2007, inclusive. En todo caso entre la publicación de la Orden en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y la finalización del plazo de presentación de solicitudes habrán de transcurrir 20 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de dicha Orden.

La presentación de la solicitud conlleva la autorización al órgano gestor para recabar las certificaciones a emitir por la Agencia Estatal de Admi-

nistración Tributaria y por la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, de estar al corriente de sus obligaciones fiscales, de acuerdo con el artículo 31.2 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

**Art. 10. Documentos e informaciones que deben acompañarse a la solicitud.**—1. En el impreso de solicitud se deberán hacer constar, al menos, los siguientes datos:

a) Nombre y razón social del solicitante.

b) Identificación y firma del representante legal autorizado que formula la solicitud.

c) Declaración responsable del solicitante sobre la veracidad de la información y los datos aportados en la solicitud y de no ser deudor a la Comunidad Autónoma de Andalucía, por cualquier otro ingreso de Derecho Público.

d) Declaración responsable de que el solicitante no está incurso en ninguna de las prohibiciones para ser persona beneficiaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

e) Declaración responsable de no haber obtenido otras subvenciones o ayudas públicas por el mismo concepto y ejercicio, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales. En el supuesto de que hubieran sido solicitadas u obtenidas otras subvenciones para la misma finalidad, siempre que pudieran ser compartidas, relación de las acciones financiadas, del importe subvencionado, y de la Entidad concedente.

2. La solicitud deberá acompañarse de la siguiente documentación:

a) Fotocopia compulsada del CIF de la entidad y del DNI del representante legal.

b) Poder que acredite las facultades de representación del firmante de la solicitud para actuar en nombre de la persona jurídica solicitante.

c) Fotocopia compulsada de los estatutos debidamente legalizados.

d) Documentos acreditativos de la inscripción de la entidad en el registro administrativo correspondiente y de estar de alta y al corriente de sus obligaciones frente a la Seguridad Social.

3. El Plan de formación anejo a la solicitud deberá contener, al menos, la siguiente información:

a) Ámbito de aplicación del Plan.

b) Objetivos y contenidos.

c) Colectivos destinatarios, desglosados por colectivos prioritarios de FSE, categorías y grupos profesionales, situación laboral y régimen de afiliación a la Seguridad Social.

d) Acciones formativas a desarrollar:

Se presentarán en formato informático y contendrán los siguientes campos: denominación de la acción, modalidad, nivel formativo, número de horas, número de participantes, coste de la acción, y lugar en la que se imparte.

La duración de la acción formativa no podrá ser inferior a 10 horas ni superior a 270. Este límite se podrá excepcionar cuando la acción se destine a la obtención de una titulación o acreditación oficial, o cuando por norma o convenio sea exigida una duración mayor.

El número de horas lectivas diarias de las acciones formativas no podrá exceder de 8.

e) Presupuesto y fuentes de financiación.

Se acompañará de los siguientes Anexos, a cumplimentar por el solicitante en los impresos normalizados informatizados establecidos al efecto:

— Anexo III. Datos generales del Plan de Formación.

— Anexo IV. Memoria justificativa del contrato programa, y de la capacidad técnica del solicitante para la gestión del plan que se solicita.

#### CAPÍTULO V

#### Instrucción

**Art. 11. *Requerimientos.***—Presentada la solicitud de subvención, si ésta no reúne los requisitos que se señalan en esta convocatoria, la Dirección General de Formación para el Empleo, que actuará de órgano instructor, podrá requerir a los interesados la subsanación de la misma para que en un plazo de 10 días, a partir del siguiente a la recepción del requerimiento, aporten la información o los documentos preceptivos, de acuerdo con el artículo 71 de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De no ser contestado el requerimiento en el citado plazo, se le tendrá por desistido de su petición previa resolución que deberá ser dictada por la Dirección General de Formación para el Empleo, en los términos del artículo 42 de la mencionada Ley, en quien se delega esta competencia. En el supuesto de que el requerimiento afecte a alguna o algunas de las acciones formativas del plan, se excluirán del mismo tales acciones, tramitándose el resto del plan si se mantienen las condiciones y requisitos que así lo permitan.

**Art. 12. *Criterios de valoración.***—Se tendrán en consideración para la valoración técnica de los planes de formación continua a ejecutar a través de la suscripción de contratos programa, los siguientes criterios:

a) En relación con las acciones formativas que integran el plan:

— Definición de sus objetivos: Hasta 10 puntos.

Para su valoración se tendrá en cuenta que se formulen en términos cuantificables, diferenciados entre generales y específicos y se expresen de forma que indiquen conocimientos o habilidades que van a adquirirse al finalizar la acción formativa.

— Contenidos de las acciones formativas: Hasta 15 puntos.

En su valoración se tendrá en cuenta que estén relacionados con los objetivos perseguidos, que se presenten en unidades didácticas con indicación de su duración, que se especifiquen los contenidos prácticos y que incluyan algún módulo de «alfabetización informática» o de «sensibilización medioambiental».

— Mecanismos de seguimiento, evaluación y control del aprendizaje: Hasta 20 puntos.

Se considerarán para la valoración de este apartado los mecanismos de control que tengan en cuenta la opinión de los participantes, describan las herramientas utilizadas en la evaluación, los plazos para realizarla, los responsables del proceso y la aplicabilidad en el puesto de trabajo y, fundamentalmente, el plan de seguimiento por la entidad, en tiempo real, del cumplimiento de los requisitos imprescindibles, tanto de los formadores como de los locales y de los medios didácticos, el cumplimiento del horario, del calendario, de la presencia de los trabajadores y de los tiempos de conexión.

— Certificación de las acciones formativas: Hasta 5 puntos. Este apartado sólo se valorará si además del certificado de realización se otorga otro tipo de certificación: que se obtenga el certificado de aprovechamiento tras los controles pertinentes o que se realice formación preparatoria para la obtención de títulos o certificados de profesionalidad regulados por norma.

Se valorará el tipo de certificación que se obtiene al finalizar la acción formativa, siempre que, al menos, el 5% de las acciones del plan formativo tengan previsto este tipo de certificación.

b) Capacidad acreditada de la entidad solicitante para desarrollar el plan presentado, teniendo en cuenta el grado de ejecución y de cumplimiento de las condiciones en que se otorgaron subvenciones para experiencias anteriores y los medios personales y materiales propios o ajenos puestos a disposición para la ejecución del plan.

— Experiencia previa en formación: Hasta 10 puntos.

Se tendrán en cuenta para valorar este apartado los años de experiencia demostrada en la gestión de planes de formación, el catálogo de cursos impartidos o gestionados y el haber obtenido subvenciones públicas y la experiencia en su gestión.

— Recursos humanos: Hasta 15 puntos.

Se considerará en la valoración de este punto que el responsable del plan de formación tenga experiencia en la gestión de planes de formación continua, el número de formadores por grupo, que cuente con asesores pedagógicos y con la figura del orientador laboral, así como, con personal administrativo de apoyo para la gestión eficaz del mismo. En caso de teleformación o formación a distancia que cuente con un tutor/dinamizador y servicios de apoyo adecuados.

— Instalaciones y medios didácticos: Hasta 15 puntos.

Se tendrá en consideración para la valoración de este punto que la acción formativa se imparta en un centro homologado o autorizado, que además del aula teórica cuente, si procede, con aula de informática, talleres o laboratorios. Que el contenido del curso

cuente con el apoyo de videos, imágenes, documentos sonoros, animaciones y simulaciones interactivas. Que cuente con textos y manuales de apoyo con ejercicios que apoyen el desarrollo teórico de la acción.

— Sistema de calidad: Hasta 10 puntos.

Se valorará que la entidad solicitante o la entidad designada para la gestión y ejecución del plan de formación, tenga implantado un sistema de gestión de la calidad en la formación y los aspectos que contemple el sistema de calidad.

Para la valoración de estos dos apartados se tendrá en cuenta la información disponible en la Memoria Justificativa del contrato programa.

**Art. 13. Determinación del importe de la subvención.**—Para la financiación de los planes de formación continua mediante suscripción de contratos programa en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la subvención a conceder se determinará teniendo en cuenta:

1. Para los Contratos Programa de carácter intersectorial se determinará la subvención a conceder teniendo en cuenta el presupuesto establecido para este tipo de Contratos Programa, las entidades que concurren y el plan a desarrollar teniendo en cuenta su valoración según lo previsto en el artículo 12 de esta Orden, los módulos económicos máximos establecidos en la Orden Ministerial. Orden TAS 2783/2004 de 30 de julio, y el volumen de actividad cofinanciada por el Fondo Social Europeo.

2. Para los Contratos Programa sectoriales la cuantía de la subvención se determinará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a) Presupuesto destinado a financiar este tipo de Contratos Programa.

b) Valoración obtenida para cada plan según lo previsto en el artículo 12 de esta Orden.

c) Los módulos económicos máximos establecidos en el Anexo II de la Orden Ministerial, Orden TAS 2783/2004, el volumen de actividad cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

3. Para los Contratos Programa de planes de formación de la economía social y de los trabajadores autónomos previstos en los apartados c y d del artículo 7.2 de esta Orden la subvención a conceder para la financiación del plan vendrá determinada para cada uno de los dos tipos de Contratos Programa, el número de planes necesarios para dar cobertura a las necesidades de formación planteadas, la valoración obtenida por cada plan según lo previsto en el artículo 12 de esta Orden y el volumen de la actividad formativa que el solicitante se compromete a realizar en el marco de la cofinanciación del Fondo Social Europeo.

Si por el Ministerio de Trabajo y Asunto Sociales se modificase los módulos económicos a que se hace referencia en los tres apartados anteriores, con los mismos efectos y en la misma cuantía resultarían afectados los módulos aplicables a esta subvención.

**Art. 14. Propuesta de resolución y reformulación de solicitudes.**—1. Los resultados de la valoración técnica del proyecto y la determinación de la subvención como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de esta convocatoria serán sometidos a informe del Consejo Andaluz de Formación Profesional, a través del órgano o comisión de este que corresponda.

2. Cuando el importe de la subvención que figure en el informe sea inferior al que figura en la solicitud presentada, se instará al beneficiario para que en el plazo de diez días acepte y reformule el plan de formación a esa

cuantía, que en cualquier caso deberá respetar el objeto, condiciones y finalidad de la subvención, según los siguientes criterios:

a) Habrán de respetarse los objetivos de cofinanciación del FSE fijados en la propuesta de resolución provisional, tanto en lo que se refiere al importe de la ayuda cofinanciada como al número de participantes pertenecientes a colectivos prioritarios.

b) Podrá reducirse el número de acciones formativas, teniendo en cuenta la prioridad de las mismas, con las condiciones que se establezcan en la propuesta de resolución provisional. Asimismo, se podrá reducir o ampliar el número de grupos y participantes previstos en cada una de ellas de acuerdo con cualquier otro límite o condición que se indique expresamente en la propuesta de resolución.

c) No se podrán incluir acciones formativas no admitidas, ni modificar la duración ni la modalidad de las aprobadas, salvo que sea, previamente, justificada su necesidad.

d) Caso de que el interesado no contestase al ofrecimiento de reformulación en el plazo de diez días, conforme al art. 61.1 del Real Decreto 887/2006, se entenderá que persiste en el plan formativo presentado con su solicitud inicial.

3. Teniendo en cuenta lo alegado por el solicitante en el trámite de audiencia y la reformulación del plan de formación, en su caso, la Dirección General de Formación para el Empleo formulará la propuesta de resolución y del contrato programa a suscribir, que regulará al menos las cuestiones señaladas en el artículo 7.1 de la presente Orden.

4. En todo caso el procedimiento de concesión de la subvención se tramitará en régimen de concurrencia competitiva para cada uno de los distintos tipos de contrato programa.

## CAPÍTULO VI

**Terminación del procedimiento**

**Art. 15. Resolución.**—1. Cumplido el trámite descrito en el artículo 14 se dictará por el Titular de la Dirección General de Formación para el Empleo la correspondiente propuesta de resolución.

A la vista de la propuesta de resolución el titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo resolverá el procedimiento.

La resolución contendrá las determinaciones previstas en el artículo 13.2 del Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre. Asimismo, se indicará el porcentaje de ayuda aportada por el Fondo Social Europeo.

El plazo máximo para resolver y notificar al interesado será de 6 meses, contados a partir del día siguiente al de fecha de entrada de la solicitud en el registro. Transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado resolución expresa, se podrá entender desestimada la solicitud, de conformidad con lo que establece el artículo 31.4. de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

La Dirección General de Formación para el Empleo procederá a notificar la resolución, por correo certificado, a la entidad beneficiaria en el plazo de 10 días, a contar desde la fecha de la citada resolución.

Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para determinar la valoración técnica y la subvención a conceder y en todo caso la obtención concurrente de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedente de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales,

podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión.

2. A la resolución de concesión de subvención se incorporará el contrato programa y el correspondiente plan de formación.

3. Contra las resoluciones del titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 4/2002, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, agotan la vía administrativa, podrán los interesados interponer recurso potestativo de reposición en los términos previstos en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla en el plazo de dos meses contados a partir del día siguiente a la notificación de la misma, según lo dispuesto en los artículos 8.3, 14. Primera y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**Art. 16. Pago de la subvención.**— Una vez dictada la oportuna resolución por el Presidente del Servicio Andaluz de Empleo, se podrá proceder al pago de un anticipo del 75%, como máximo, de la subvención concedida, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de la Ley 3/2004, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras y teniendo en cuenta las posibles excepciones que pueda prever la correspondiente Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En ningún caso podrán realizarse pagos anticipados a beneficiarios incurso en los supuestos del apartado 4, párrafo tercero, del artículo 34 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

El resto de la subvención, hasta la cuantía que proceda se abonará a la finalización del contrato programa, previa justificación de los costes y conforme a la liquidación practicada mediante resolución de la Dirección General de Formación para el Empleo, por transferencia bancaria a la cuenta corriente comunicada por el beneficiario y de la que éste sea titular.

No podrá proponerse el pago de la subvención al beneficiario que no haya justificado en tiempo y forma las subvenciones concedidas, con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario, por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de la Ley 3/2004, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

En ningún caso el importe de la subvención, aisladamente, o en concurrencia con otras de cualquier tipo y procedencia podrá ser superior al coste de la actividad realizada.

#### CAPÍTULO VII

### Ejecución, justificación de costes y liquidación

**Art. 17. Ejecución y comunicación de inicio de la formación.**—1. Sin perjuicio de las obligaciones establecidas en la presente Orden, el beneficiario está obligado explícitamente a:

a) Realizar la actividad formativa que fundamenta la concesión de la subvención, de acuerdo con los requisitos que se establecen en esta Orden y con las condiciones que sirvieron de base para determinar la valoración técnica y la subvención a conceder.

b) Respetar la obligatoriedad de la gratuidad para los participantes de las acciones formativas incluidas en el plan de formación.

c) Entregar a cada participante un diploma con la certificación de la reali-

zación de la acción formativa en el que, como mínimo, se hagan constar la denominación de la acción, los contenidos formativos, los días en que se haya desarrollado y las horas de formación, conforme a los modelos que establezca la Dirección General de Formación para el Empleo. Los certificados acreditativos deberán ser entregados o remitidos a los participantes en el plazo máximo de dos meses a partir de la fecha de finalización de la acción formativa en la que hayan participado, debiendo quedar constancia de dicha entrega en la entidad subvencionada.

d) Aportar la información y documentación que se requiera durante la fase de instrucción del procedimiento y ejecución del plan formativo, así como tener a disposición de los órganos de control competentes los documentos acreditativos de la asistencia de los participantes a las acciones formativas, debidamente firmados por los mismos y según los requisitos mínimos establecidos.

Cuando la formación impartida conduzca a la obtención de créditos o certificados de profesionalidad, se tendrán en cuenta los módulos formativos y los requisitos que se determinen en los correspondientes certificados. Esta formación se certificará en los términos establecidos en la Ley 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y la Formación Profesional.

2. La ejecución del plan de formación se desarrollará por el beneficiario teniendo en cuenta lo establecido en el apartado vigésimo primero de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2783/2004, de 30 de julio.

La ejecución del contrato programa podrá ser realizada por una entidad vinculada sin que sea considerada subcontratación cuando así expresamente lo determine la resolución que otorgue la subvención o en otra resolución complementaria, y en ella se

identifique a la entidad vinculada y la aceptación del responsable de dicha entidad.

3. Al menos 7 días naturales antes del inicio de cada uno de los grupos de acciones de formación, deberá comunicarse a la Dirección General de Formación para el Empleo el lugar, fecha y horario de su realización mediante los medios y modelos que establezca la Dirección General de Formación para el Empleo. Una vez realizada dicha comunicación, su modificación o cancelación deberá notificarse a la misma Dirección General al menos con 2 días de antelación sobre la fecha inicialmente prevista para el comienzo del grupo de la acción.

Asimismo, y hasta el tercer día lectivo, inclusive, del comienzo de la acción formativa o grupo de acciones y, en todo caso, antes de que se haya impartido el 25% de las horas de formación, deberá remitirse a la Dirección General de Formación para el Empleo, una relación de los participantes igualmente por los medios y en los modelos pertinentes. Un original de esa relación deberá estar a disposición de los órganos de control en el plazo anteriormente señalado.

La no comunicación en los plazos establecidos implicará que el correspondiente grupo de formación se considerará «no realizado» a efectos de liquidación económica de la subvención, salvo que la no comunicación se deba a causas imprevistas, debidamente justificadas y comunicadas en el momento de producirse.

4. Las entidades beneficiarias de las subvenciones recogidas en esta Orden, deberán manifestar de modo expreso en todas las actuaciones que la ejecución de los contratos programa requieran, que las acciones están subvencionadas por el Servicio Andaluz de Empleo como Organismo adscrito a la Consejería de Empleo. Para ello se

tendrá en cuenta lo dispuesto en el Manual de Diseño Gráfico aprobado por el Decreto 245/1997, de 15 de octubre, modificado por el Decreto 126/2002, de 17 abril.

Asimismo, al estar cofinanciadas las acciones por el Fondo Social Europeo, los beneficiarios de las subvenciones deberán cumplir con lo previsto en el Reglamento (CE) número 1828/2006, de la Comisión, de 8 de diciembre, sobre actividades de información y publicidad que deben llevar a cabo los Estados miembros con las intervenciones de Fondos Estructurales.

**Art. 18. Comisión Mixta de Seguimiento.**—1. Para la difusión, evaluación y seguimiento de las acciones de formación continua incluidas en el plan de formación a desarrollar, así como para la resolución de las dudas que pudieran surgir en la interpretación del mismo, en cada contrato programa se designará una Comisión Mixta de Seguimiento que estará integrada por tres miembros del Servicio Andaluz de Empleo y por tres miembros de la entidad beneficiaria que ha suscrito el contrato programa.

2. Presidirá dicha Comisión el titular de la Dirección General de Formación para el Empleo o persona en quien delegue con categoría, al menos, de Jefe de Servicio.

3. La Comisión Mixta de Seguimiento se reunirá, al menos, una vez cada seis meses y, extraordinariamente, cuando lo solicite cualquiera de las partes.

4. Serán funciones de la Comisión Mixta:

a) Analizar y valorar el desarrollo del plan de formación.

b) Acordar, en su caso, modificaciones relativas a aspectos técnicos o formales del plan o planes de formación aprobados. La Comisión Mixta podrá acordar la inclusión o cancelación

de acciones o grupos de acciones, modificación de horas o número de alumnos. Estas modificaciones, en ningún caso podrán significar variación de los porcentajes de los colectivos prioritarios participantes fijados en la propuesta de resolución, ni tampoco incremento de la subvención concedida, pudiendo compensarse con el ahorro de los costes de ejecución y el abandono de alumnos.

c) Analizar los resultados obtenidos en la ejecución y evaluación de las acciones formativas.

d) Cualquier otra función que se determine en el correspondiente contrato programa.

En todo caso, para la adopción de acuerdos se requerirá mayoría absoluta de sus miembros. En todo lo referido a la constitución y funcionamiento de la Comisión para la celebración de sus sesiones y deliberaciones se estará a lo previsto en el artículo 26 de la Ley 30/ 1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**Art. 19. Justificación de costes y liquidación.**—Se deberá justificar los costes en los que se hayan incurrido para la ejecución de las acciones formativas objeto de los Contratos Programa. Para ello deberá tener en cuenta lo establecido en el artículo 31 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como la relación de costes financiables y los criterios de imputación establecidos en el Anexo I de la Orden TAS 2783/2004.

1. El beneficiario podrá optar por alguno de los procedimientos previstos en los artículos 72, 74 ó 75 (en el caso de que la subvención no alcance los 60.000 euros) del Reglamento General de Subvenciones aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, siempre que la entidad cumpla los requisi-

tos y condiciones que allí se exigen, debiendo declarar expresamente en el momento de la justificación el procedimiento elegido.

2. En el caso de que se opte por el sistema de cuenta justificativa con aportación de justificantes de gasto, previsto en el art. 72, el beneficiario remitirá a la Dirección General de Formación para el Empleo la siguiente documentación:

— Una memoria de actuación justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y de los resultados obtenidos.

— Una memoria económica justificativa del coste de las actividades realizadas, que contendrá:

a) Una relación clasificada de los gastos e inversiones de la actividad, con identificación del acreedor y del documento, su importe, fecha de emisión y, en su caso, fecha de pago.

b) Las facturas o documentos de valor probatorio equivalente en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa incorporados en la relación a que se hace referencia en el párrafo anterior y, en su caso, la documentación acreditativa del pago.

c) Indicación, en su caso, de los criterios de reparto de los costes generales y/o indirectos incorporados en la relación a que se hace referencia en el apartado a).

d) Los tres presupuestos que, en aplicación del artículo 31.3 de la Ley General de Subvenciones, deba de haber solicitado el beneficiario.

e) En su caso, la carta de pago de reintegro en el supuesto de remanentes no aplicados así como de los intereses derivados de los mismos.

Los gastos se justificarán con facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia adminis-

trativa, en original o fotocopia compulsada. Los justificantes originales presentados se marcarán con una estampilla, indicando en la misma la subvención para cuya justificación han sido presentados y si el importe del justificante se imputa total o parcialmente a la subvención. En este último caso se indicará además la cuantía exacta que resulte afectada por la subvención.

3. Si se opta por el procedimiento de cuenta justificativa con informe de auditor, prevista en el art. 74 del citado Reglamento, se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones:

a) La entidad subvencionada será la encargada de designar al Auditor, que habrá de ser profesional inscrito como ejerciente en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas dependiente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. En aquellos casos en que el beneficiario esté obligado a auditar sus cuentas anuales por un auditor sometido a la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, la revisión de la cuenta justificativa podrá llevarse a cabo por el mismo auditor, o por otro que designe la entidad beneficiaria. En el supuesto en que el beneficiario no esté obligado a auditar sus cuentas anuales, la designación del auditor de cuentas será realizada por él, siempre que cumpla el requisito anteriormente expuesto. El gasto derivado de la revisión de la cuenta justificativa tendrá la condición de gasto subvencionable como coste directo.

b) La revisión de la cuenta se realizará por plan formativo.

La revisión se realizará de acuerdo con la Resolución de 1 de septiembre de 1998 por la que se ordena la publicación de la Resolución de 14 de diciembre de 1997, que aprueba las Normas de Auditoría del Sector Público.

Se estará también a lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Econo-

mía y Hacienda 1434/2007, de 17 de mayo, por la que se aprueba la norma de actuación de los Auditores de Cuentas en la realización de los trabajos de revisión de cuentas justificativas de subvención, en el ámbito del sector público estatal, previstos en el artículo 74 del Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, aprobado mediante Real Decreto 887/2006, de 21 de julio y en la Instrucción de 11 de junio de 2002, sobre organización de los papeles de trabajo en las auditorías y las actuaciones de control financiero.

c) La cuenta justificativa incorporará, además de la memoria de actuaciones justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y de los resultados obtenidos, una memoria económica abreviada, que contendrá como mínimo un estado representativo de los gastos incurridos en la realización del plan formativo y la relación de los presupuestos de las distintas acciones y las desviaciones acaecidas.

4. Conforme a lo previsto en el artículo 75 del reglamento general de subvenciones aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, las entidades que hayan recibido una subvención inferior a los 60.000 euros, podrán optar por aportar una cuenta justificativa simplificada que tendrá carácter de documento con validez jurídica para la justificación de la subvención. En el caso de que se den las condiciones descritas, la entidad vendrá obligada a remitir únicamente la cuenta justificativa, en la que deberá figurar la siguiente información:

a) Una memoria de actuación justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y de los resultados obtenidos.

b) Una relación clasificada de los gastos e inversiones de la actividad, con identificación del acreedor y del documento, su importe, fecha de emisión y, en su caso, fecha de pago. Se indicarán también las desviaciones acaecidas con arreglo al presupuesto estimado.

c) Un detalle de otros ingresos o subvenciones que hayan financiado la actividad subvencionada con indicación del importe y su procedencia.

d) En su caso, carta de pago de reintegro en el supuesto de remanentes no aplicados así como de los intereses derivados de los mismos.

5. Los costes asociados al plan de formación, se computarán por la totalidad del plan, teniendo en cuenta que dichos costes no podrán superar el 25% de los costes directos del mismo.

Los correspondientes modelos de justificación se encuentran publicados en la página web de la Dirección General de Formación para el Empleo.

6. La liquidación económica de las subvenciones concedidas se realizará en función de los participantes que hayan finalizado la formación y las horas efectivamente realizadas que tendrán como límite de imputación los módulos económicos máximos que figuran en el Anexo II de la Orden TAS 2783/2004. Si por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se modificasen esos módulos, en la misma cuantía y con los mismos efectos, resultaran afectados los módulos aplicables a estas subvenciones.

En la formación de carácter presencial se considerará que un participante ha finalizado la formación cuando haya asistido, al menos, al 75% de las horas de que consta la acción formativa. En el caso de formación a distancia o teleformación se entenderá que han finalizado la acción aquellos participantes que hayan realizado, al menos, el 75% de los controles pe-

riódicos de seguimiento de su aprendizaje.

Si se hubieran producido abandonos de participantes una vez iniciadas las acciones, se admitirán desviaciones por acción de hasta un 15% del número de participantes que la hubieran iniciado.

Sea cual fuere el procedimiento elegido para la justificación final de la subvención, el beneficiario deberá remitir a la Dirección General de Formación para el Empleo, en el plazo máximo de tres meses tras la finalización de la ejecución del plan formativo, la documentación correspondiente.

Cuando no se hubiere presentado la documentación justificativa o ésta fuese insuficiente para considerar correctamente justificada la subvención concedida, la Dirección General de Formación para el Empleo pondrá en conocimiento de los beneficiarios la insuficiencias observadas para que en el plazo de 15 días sean subsanadas.

Examinada la documentación aportada, o transcurrido dicho plazo sin que se hubiera presentado, la Dirección General de Formación para el Empleo dictará la correspondiente resolución de liquidación o el acuerdo de iniciación del expediente de reintegro, según proceda.

Serán elegibles los costes directamente asociados a la ejecución del plan de formación, desde la fecha de la propuesta de resolución hasta la finalización del periodo de ejecución del plan formativo. Asimismo, se podrán imputar los costes relacionados con la justificación del plan durante los dos meses posteriores a la finalización de las acciones formativas.

**Art. 20. Reintegro.**—1. Las subvenciones otorgadas al amparo de esta norma podrán ser objeto de reintegro total o parcial en los supuestos y con el procedimiento establecidos en los

artículos 111 y siguientes de la Ley 5/1983, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en artículo 22 del Reglamento por el que se regulan los Procedimientos para la Concesión de Subvenciones y Ayudas Públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su Régimen Jurídico, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, el artículo 33 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

Serán causas de reintegro, conforme al artículo 37 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, las siguientes:

- a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido.
- b) Incumplimiento total o parcial del plan formativo.
- c) Incumplimiento de la obligación de justificación o justificación insuficiente.
- d) Incumplimiento de adoptar las medidas de difusión.
- e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de control financiero, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del plan formativo, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales de la Unión Europea o de organismos internacionales.
- f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por esta Orden, así como por la resolución de concesión, o de los compromisos asumidos en el contrato programa, que afecten al

modo en que se debe desarrollar el plan formativo o a la consecución de los objetivos que se persiguen en con el mismo.

g) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por esta Orden, así como por la resolución de concesión, o de los compromisos asumidos en el contrato programa, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del plan formativo, o la concurrencia de subvenciones ayudas ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de Organismos Internacionales.

h) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro.

2. Cuando el cumplimiento por el beneficiario se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éste una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos la cantidad a reintegrar vendrá determinada por el criterio de la proporcionalidad. En los demás casos el reintegro se exigirá por la totalidad de la cuantía efectivamente abonada.

3. Será órgano competente para tramitar y resolver el expediente de reintegro, el titular de la Dirección General de Formación para el Empleo por delegación del titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo.

#### CAPÍTULO VIII

### Evaluación, seguimiento y control de los planes de formación

**Art. 21.** *Evaluación, seguimiento y control.*—1. Los participantes en los planes de formación evaluarán la cali-

dad de las acciones de formación continua a través de un «cuestionario de evaluación de calidad» que deberá cubrir, al menos, los siguientes ámbitos de información:

a) Contenidos: Su adecuación a las expectativas y necesidades de formación, así como la utilidad de los contenidos para la trayectoria profesional del trabajador.

b) Profesorado: Su nivel de preparación, de especialización y de comunicación.

c) Medios didácticos: Valoración de los medios utilizados y su adecuación a los contenidos.

d) Medios técnicos: Su disponibilidad, adecuación y estado de funcionamiento.

e) Instalaciones: Luminosidad, amplitud, ventilación, condiciones climáticas y accesibilidad de las mismas.

f) Organización: Composición y homogeneidad del grupo de formación, número de alumnos, información previa recibida, horario y duración.

Las entidades beneficiarias remitirán a la Dirección General de Formación para el Empleo el resultado de la tabulación de los mismos, en el plazo de dos meses desde la finalización de cada edición con el fin de analizar la calidad de las acciones de formación continua desarrolladas en el marco de los contratos programa.

2. La Dirección General de Formación para el Empleo elaborará y ejecutará, a través de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo, las actuaciones de seguimiento y control de los contratos programa para la formación de trabajadores regulados por esta Orden mediante actuaciones en tiempo real y ex post, que le permitan comprobar el grado de ejecución de las acciones, el número real de participantes, entrega de materiales y diplomas, controles de seguimiento y pruebas, asistencia tutorial y cuantos otros

sistemas se estimen necesarios para comprobar el desarrollo de las actividades subvencionadas.

3. Sin perjuicio de las actuaciones de seguimiento y control anteriores, los contratos programa para la formación de trabajadores estarán sujetos al control que realicen los órganos a que se refiere el artículo 23.2, último párrafo del Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, así como la Cámara de Cuentas de Andalucía y la Intervención General de la Junta de Andalucía en los términos establecidos en el artículo 108.h de la Ley General de la Hacienda Pública.

#### **Disposición adicional primera.**

De conformidad con el Título IV, Capítulo II, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando los plazos se expresen en días, salvo indicación expresa en contrario, se entienden referidos a días hábiles. Cuando se expresen en meses será fecha a fecha, siendo día inicial el siguiente hábil a la notificación o promulgación y último el del mismo ordinal del mes correspondiente. Cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes o el siguiente hábil caso de ser feriado.

#### **Disposición adicional segunda.**

1. La información contenida en las comunicaciones realizadas por las entidades solicitantes, y por aquellas que resulten beneficiarias, al Servicio Andaluz de Empleo, al amparo de la presente convocatoria, quedará sometida a la normativa vigente en materia de protección de datos. Los datos identificativos de las entidades solicitantes, y de los participantes que cumplimenten el modelo de solicitud de participación que figura en el Anexo I de la presente convocatoria, se integrarán en ficheros

automatizados a los efectos oportunos, pudiendo los interesados ejercer los derechos reconocidos con carácter general en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y demás normativa de desarrollo.

**Disposición adicional tercera.**

La Dirección General de Formación para el Empleo publicará en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» las cuantías de las ayudas que se otorguen al amparo de la presente convocatoria, así como sus beneficiarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en el artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

**Disposición adicional cuarta.**

La Dirección General de Formación para el Empleo publicará en su página de internet los modelos de Justificación

de Costes y demás documentos que puedan resultar de interés general para los solicitantes o beneficiarios de las subvenciones, así como las herramientas informáticas pertinentes para un mejor seguimiento control y aprovechamiento de los planes formativos subvencionados.

**Disposición final primera. Competencias.**—Se faculta al titular de la Dirección General de Formación para el Empleo, para dictar cuantas resoluciones sean precisas para la ejecución de lo dispuesto en la presente Orden.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.—Esta Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 27 de julio de 2007

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

**ORDEN de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía (BOJA núm. 161, de 16 de agosto)**

Tras la entrada en vigor, del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las Prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración, resulta necesario abordar la regulación de aquellas otras materias que permitirán completar la aplicación de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las perso-

nas en situación de dependencia, y de sus disposiciones de desarrollo.

Así, en desarrollo de la citada Ley han sido aprobados los Reales Decretos 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia, 614/2007, de 11 de mayo, sobre nivel mínimo de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia garantizado por la Administración General del Estado, 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las

personas en situación de dependencia, y 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y las cuantías de las prestaciones económicas de la citada Ley 39/2006, de 14 de diciembre. Estas disposiciones avanzan en la determinación de algunos aspectos fundamentales para la aplicación del Sistema.

Las prestaciones establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, que pueden tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas, se integran en el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, por lo que la presente Orden tiene en cuenta la normativa vigente aplicable a los distintos servicios que constituyen el catálogo, sin necesidad de establecer en este momento regulaciones que puedan ser objeto de futuras disposiciones que completen íntegramente el régimen normativo autonómico del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía. No obstante, se establecen las disposiciones necesarias para la gestión de las prestaciones económicas que establezca el Programa Individual de Atención de las personas beneficiarias.

Por último, debe destacarse que la presente disposición tiene en cuenta el objetivo de la igualdad de género o la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la aplicación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por la Disposición final segunda del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las Prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración

DISPONGO

CAPÍTULO I

### Disposiciones generales

**Artículo 1.º** *Objeto y ámbito de aplicación.*—La presente Orden tiene por objeto establecer la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad entre las prestaciones y los servicios, así como regular la gestión de las prestaciones económicas para la aplicación del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.

**Art. 2.º** *Catálogo de servicios.*— A los servicios del Catálogo del artículo 15 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, se les aplicará el régimen de ordenación, acreditación, registro e inspección de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo, les serán aplicables las disposiciones vigentes en cuanto a las condiciones y régimen de prestación de los servicios.

**Art. 3.º** *Red de centros y servicios.*—1. La red de centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía estará integrada por los siguientes tipos:

a) Centros y servicios públicos de titularidad de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos y Entidades dependientes.

b) Centros y servicios públicos de titularidad de las Entidades Locales de Andalucía.

c) Centros y servicios privados concertados del tercer sector definidos en el artículo 2.8 de la Ley 38/2006, de 14 de diciembre.

d) Centros y servicios privados concertados de la iniciativa privada con ánimo de lucro.

2. Los centros y servicios privados concertados, así como los centros

y servicios privados no concertados que colaboren con el Sistema en la atención a personas en situación de dependencia deberán estar acreditados conforme a la normativa aplicable en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

**Art. 4.** *Obligaciones de las personas beneficiarias.*—1. Las personas beneficiarias estarán obligadas a:

— Facilitar directamente, o a través de su representante, toda la información y datos que le sean requeridos y que resulten necesarios para reconocer o mantener el derecho a las prestaciones del Sistema, salvo que ésta obre en poder de las Administraciones Públicas, siempre que según la legislación vigente pudiera obtenerlos por sus propios medios.

— Destinar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron reconocidas, así como a justificar su aplicación.

— Comunicar a las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de servicios sociales cualquier variación de circunstancias que puedan afectar al derecho, al contenido o a la intensidad de las prestaciones que tuviera reconocidas, en el plazo de treinta días a contar desde que dicha variación se produzca.

2. Si la persona beneficiaria incumpliera las obligaciones establecidas en el apartado anterior, y como consecuencia de ello, se derivaran cuantías indebidamente percibidas de la prestación económica reconocida, o una participación insuficiente en el coste de los servicios, estará obligada a su reintegro o al abono de la diferencia que corresponda.

## CAPÍTULO II Intensidad de los Servicios del Catálogo

**Art. 5.º** *Prestaciones y servicios por grado y nivel de dependencia.*—A

efectos de lo establecido en el artículo 10.3 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, a cada grado y nivel de dependencia podrán corresponder los siguientes servicios y prestaciones:

a) Dependencia moderada. Grado I. Nivel 1 y 2.

— Teleasistencia.  
— Ayuda a Domicilio.  
— Centro de Día (UED) y de Noche (UEN).  
— Estancias residenciales temporales en centros residenciales.  
— Prestación económica vinculada al servicio.

— Prestación económica para cuidados en el entorno familiar.

b) Dependencia severa. Grado II. Nivel 1 y 2.

— Teleasistencia.  
— Ayuda a Domicilio.  
— Centro de Día (UED) y de Noche (UEN).  
— Atención residencial.  
— Estancias residenciales temporales en centros residenciales.  
— Prestación económica vinculada al servicio.

— Prestación económica para cuidados en el entorno familiar.

c) Gran dependencia. Grado III. Nivel 1 y 2.

— Teleasistencia.  
— Ayuda a Domicilio.  
— Centro de Día (UED) y de Noche (UEN).  
— Atención residencial.  
— Estancias residenciales temporales en centros residenciales.  
— Prestación económica para cuidados en el entorno familiar.  
— Prestación económica vinculada al servicio.

— Prestación de asistencia personal.

**Art. 6.º** *Intensidades de los servicios.*—1. La intensidad de protección de los servicios de promoción de au-

tonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, establecidos en el artículo 15 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, se determina por el contenido prestacional de cada uno de los servicios asistenciales y por la extensión o duración del mismo según el grado y nivel de dependencia.

2. Se entiende por servicios asistenciales los que ha de recibir la persona dependiente para su atención y cuidado personal en la realización de las actividades de la vida diaria, así como los que tienen como finalidad la promoción de su autonomía personal, incluido el transporte adaptado para la asistencia al centro de día o de noche.

3. Las personas en situación de dependencia recibirán servicios con el objeto de prevenir el agravamiento de su grado y nivel de dependencia, incluyendo esta atención en los programas de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de los centros de día y de atención residencial.

4. Asimismo, recibirán asesoramiento, orientación y asistencia en tecnologías asistidas y adaptaciones que contribuyan a facilitar la realización de las actividades de la vida diaria, servicios de rehabilitación, de terapia ocupacional, así como cualesquiera otros programas de intervención que tengan como finalidad la promoción de su autonomía personal.

**Art. 7. Intensidad del servicio de Teleasistencia.**—El servicio de Teleasistencia se prestará las veinticuatro horas del día durante todos los días del año para las personas en situación de dependencia, conforme a lo establecido en el Programa Individual de Atención y en las condiciones reguladas por las disposiciones aplicables.

**Art. 8. Intensidad del servicio de Ayuda a Domicilio.**—1. El servicio de

Ayuda a Domicilio comprende la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria y la cobertura de las necesidades domésticas, mediante los servicios previstos en el artículo 23 de Ley 39/2006, de 14 de diciembre, y los que se establezcan en la normativa que resulte de aplicación.

2. La intensidad del servicio de Ayuda a Domicilio estará en función del Programa Individual de Atención y se determinará en número de horas mensuales de servicios asistenciales, mediante intervalos según grado y nivel de dependencia:

Grado III. Gran Dependencia	Horas de atención
— Nivel 2	Entre 70 y 90 horas mensuales
— Nivel 1	Entre 55 y 70 horas mensuales
Grado II. Dependencia severa	Horas de atención
— Nivel 2	Entre 40 y 55 horas mensuales
— Nivel 1	Entre 30 y 40 horas mensuales

3. El servicio de Ayuda a Domicilio se suspenderá temporalmente por el internamiento de la persona beneficiaria en establecimientos sanitarios o residenciales con carácter temporal, por un máximo de treinta días anuales.

**Art. 9.º Intensidad del servicio de Centro de Día (UED).**—El servicio de Centro de Día o Unidad de Estancia Diurna pública o acreditada ajustará los servicios establecidos en el artículo 24 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, a las necesidades de las personas en situación de dependencia atendidas según su grado y nivel.

**Art. 10. Intensidad del servicio de Atención Residencial.**—1. El servicio de Atención Residencial ofrece una atención integral y continuada, de carácter personalizado y social, que se

prestará en centros residenciales, públicos o acreditados, teniendo en cuenta la naturaleza de la dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona.

2. La intensidad del servicio Atención Residencial estará en función de los servicios del centro que precisa la persona con dependencia, de acuerdo con su Programa Individual de Atención.

3. El servicio de estancias temporales en centro residencial o de respiro familiar se ajustará a la normativa aplicable y se prestará en función de la disponibilidad de plazas del Sistema en la Comunidad Autónoma de Andalucía y del número de personas atendidas mediante cuidados en el entorno familiar.

### CAPÍTULO III

#### **Régimen de compatibilidades de los servicios y prestaciones económicas**

**Art. 11. Régimen de compatibilidades.**—El régimen de compatibilidades para cada uno de los servicios y prestaciones económicas será el siguiente:

1. El servicio de Teleasistencia será compatible con todos los servicios y prestaciones salvo con el servicio de Atención Residencial y con la prestación económica vinculada a la adquisición de un servicio de esta misma naturaleza.

2. El servicio de Ayuda a domicilio será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción de:

- a) El servicio de Teleasistencia.
- b) La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de la persona cuidadora o asistente.

3. El servicio de Centro de Día será incompatible con todos los servicios y prestaciones económicas con excepción de:

- a) El servicio de Teleasistencia.
- b) El servicio de Atención Residencial cuando el Centro de Día sea de terapia ocupacional.
- c) La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de la persona cuidadora o asistente.

4. El servicio de Centro de Noche es incompatible con los demás servicios y prestaciones económicas con excepción de:

- a) El servicio de Teleasistencia.
- b) La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de la persona cuidadora o asistente.

5. El servicio de Atención Residencial será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción de:

- a) Unidades de estancia diurna con terapia ocupacional.
- b) La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de la persona cuidadora o asistente.

6. La prestación económica vinculada al servicio será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción de:

- a) El servicio de Teleasistencia, salvo cuando se trate de prestación económica vinculada para la adquisición de un servicio de Atención Residencial.
- b) La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales du-

rante el período vacacional de la persona cuidadora.

7. La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción de:

a) El servicio de Teleasistencia.

b) Los servicios de Ayuda a domicilio, Centro de Día y de Noche y Atención Residencial, así como con la prestación económica vinculada a la adquisición de un servicio de esta última naturaleza, durante el período vacacional de la persona cuidadora.

8. La prestación económica de asistencia personal es incompatible con los demás servicios y prestaciones, con excepción de:

a) El servicio de Teleasistencia.

b) Los servicios de Ayuda a domicilio, Centro de Día y de Noche y Atención Residencial, durante el período vacacional de la persona asistente.

#### CAPÍTULO IV

### Prestaciones económicas y ayudas para facilitar la autonomía personal

#### SECCIÓN 1.<sup>a</sup>

#### *Prestaciones económicas*

**Art. 12. Clases de prestaciones económicas.**—De conformidad con lo establecido en los artículos 14 y 17 a 20 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, las prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia son:

a) La prestación económica vinculada al servicio, que se reconocerá, en los términos que se establezca, únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado.

b) La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, que

tendrá carácter excepcional y se reconocerá cuando se reúnan las condiciones establecidas.

c) La prestación económica de asistencia personal.

**Art. 13. Prestación económica vinculada al servicio.**—1. La prestación económica vinculada al servicio está destinada a contribuir a la financiación del coste de los servicios establecidos en el catálogo, únicamente cuando en el correspondiente ámbito territorial no sea posible la atención a través de los servicios públicos o concertados de la Red del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.

2. A los efectos establecidos en el apartado anterior, se considerará que no es posible la atención:

a) Servicio de Atención Residencial: Cuando no se disponga de plaza adecuada en los centros públicos o privados concertados en el ámbito de la provincia en que resida la persona beneficiaria, si se trata de Centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia, o, en el ámbito autonómico, cuando se trate de Centros de Atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

b) Servicios de Centro de Día y de Noche: Cuando no se disponga de plaza o de transporte adecuados para centros públicos o privados ubicados a una distancia máxima de cuarenta y cinco minutos con los medios habituales de locomoción desde el domicilio de la persona beneficiaria.

3. La inexistencia o insuficiencia del servicio de Ayuda a Domicilio se certificará por los Servicios Sociales Comunitarios del Municipio de residencia de la persona beneficiaria.

4. Tendrán derecho a esta prestación, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a) Reunir los requisitos específicos previstos para el acceso al servicio o servicios de atención a los que se vincula la prestación.

b) Ocupar o tener reservada plaza u obtener la prestación del servicio en centro o por entidad debidamente acreditados para la atención a la dependencia.

**Art. 14. Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales.**—1. La prestación económica para cuidados en el entorno familiar está destinada a contribuir a la cobertura de los gastos derivados de la atención prestada por la persona cuidadora no profesional, pudiendo ser reconocida en cualquier grado y nivel de dependencia, cuando se reúnan las condiciones de acceso establecidas.

2. De conformidad con las disposiciones estatales en la materia, corresponde al Estado el coste de la cotización a la Seguridad Social y las acciones de formación de la persona cuidadora no profesional.

3. Tendrán derecho a esta prestación las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a) Que la atención y los cuidados que se deriven de su situación de dependencia se estén prestando en su domicilio habitual y se adecuen a sus necesidades en función de su grado y nivel de dependencia.

b) Que se den las condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda para el desarrollo de los cuidados necesarios.

4. La persona cuidadora no profesional deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) Ser mayor de 18 años.
- b) Residir legalmente en España.
- c) Ser cónyuge y/o pariente por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco.

Cuando la persona en situación de dependencia tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, las Delegaciones Provinciales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social podrán excepcionalmente permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aún no teniendo el grado de parentesco señalado en el apartado anterior, resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el período previo de un año, debiendo quedar acreditadas en el procedimiento estas circunstancias, así como la imposibilidad de otra forma de atención.

d) Condiciones de idoneidad para prestar el cuidado y atención de forma adecuada y no estar vinculada a un servicio de atención profesionalizada. Asimismo, que los cuidados los pueda ofrecer con una continuidad de, al menos, de tres meses seguidos.

e) Condiciones de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social en la forma reglamentariamente establecida.

**Art. 15. La prestación económica de asistencia personal.**—1. La prestación económica de asistencia personal está destinada a contribuir a la cobertura de los gastos derivados de la contratación de un asistente personal, que posibilite una mayor autonomía en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria a las personas con gran dependencia, facilitándoles el acceso a la educación y al trabajo.

2. Tendrán derecho a esta prestación las personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Haber sido valoradas en el grado de gran dependencia, en cualquiera de sus niveles.

b) Tener capacidad para determinar los servicios que requiere, ejercer su control e impartir instrucciones a la persona encargada de la asistencia personal de como llevarlos a cabo por sí mismo o su representante legal.

c) Que la persona encargada de la asistencia personal preste sus servicios mediante contrato con empresa prestadora de estos servicios, o directamente mediante contrato laboral o de prestación de servicios con la persona beneficiaria, en el que se incluyan las condiciones y directrices para la prestación del servicio propuestas por ésta y, en su caso, la cláusula de confidencialidad que se establezca.

3. La persona encargada de la asistencia personal, deberá reunir los siguientes requisitos:

a) Ser mayor de 18 años.

b) Residir legalmente en España.

c) Cuando la relación entre la persona beneficiaria y su asistente personal esté basada en un contrato de prestación de servicios, este último tendrá que acreditar el cumplimiento de sus obligaciones de afiliación y alta en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social.

d) Condiciones de idoneidad para prestar los servicios derivados de la asistencia personal.

**Art. 16. Acceso a las prestaciones económicas.**—La ejecución de las resoluciones de Programa Individual de Atención por las que se reconozca el derecho a alguna de las prestaciones a que se refieren los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, corresponderá a la Delegación Provincial que las haya dictado. A tal efecto, la citada Delegación podrá requerir a los Servicios Sociales Comunitarios, a la persona en situación de dependencia o a sus familiares o representantes, la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos

específicos exigidos para el abono de la prestación, que no resulten acreditados en el procedimiento de aprobación del Programa Individual de Atención, y sean necesarios para la efectividad del derecho.

**Art. 17. Determinación de la cuantía de las prestaciones económicas.**—1. La cuantía de las prestaciones económicas se establecerá anualmente por el Gobierno mediante Real Decreto, previo acuerdo del Consejo Territorial, para los grados y niveles con derecho a prestaciones, actualizándose, al menos, con el incremento del IPC anual.

2. El importe de la prestación económica a reconocer a cada persona beneficiaria se determinará aplicando a la cuantía a que se refiere el apartado anterior un coeficiente calculado de acuerdo con su capacidad económica personal establecida conforme al artículo 14.7 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. La cuantía de las prestaciones se percibirá íntegramente o se reducirá de acuerdo con la siguiente tabla:

Capacidad económica de acuerdo con la cuantía del IPREM	Prestación Económica		
	Vinculada al servicio	Para cuidados en el entorno familiar	De asistencia personal
Menos de un IPREM	100%	100%	100%
De una a dos veces el IPREM	90%	95%	90%
De dos a tres veces el IPREM	80%	90%	80%
De tres a cuatro veces el IPREM	70%	85%	70%
De cuatro a cinco veces el IPREM	60%	80%	60%
Más de cinco veces el IPREM	50%	75%	50%

3. El importe de las prestaciones económicas que se fije para cada persona beneficiaria en situación de dependencia de Grado III, en cualquiera

de sus modalidades, no podrá ser inferior a la cuantía íntegra fijada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la pensión no contributiva.

4. La determinación de la cuantía individual de las prestaciones económicas vinculada al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personal se efectuará en función de la dedicación horaria de los cuidados, de acuerdo con la tabla que se establece a continuación, de tal manera que en la dedicación completa se percibirá la prestación íntegra, en la dedicación parcial el 50% y en la dedicación media será proporcional al número de horas de los cuidados:

Dedicación	Horas/mes	Respiro
Completa	160 horas o más	45 días/año
Media	80-159 horas	45 días/año
Parcial	Menos de 80 horas	45 días/año

**Art. 18. Abono de las prestaciones económicas.**—1. El abono de las prestaciones económicas a que se refieren los artículos anteriores se realizará en doce mensualidades anuales y, preferentemente, mediante transferencia bancaria a la cuenta designada por la persona beneficiaria o, en su caso, sus familiares o representantes.

2. La prestación reconocida tendrá efectos económicos a partir del inicio de su año de implantación, de acuerdo con el calendario del apartado 1 de la disposición final primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, o desde la fecha de la solicitud de reconocimiento de la persona interesada, si ésta es posterior al citado inicio.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará siempre que en la fecha prevista para la efectividad se reúnan los requisitos establecidos para cada prestación económica. En caso contrario, los efectos económicos se producirán a partir del día primero del mes siguiente a que concurran los mismos.

**Art. 19. Deduciones por prestaciones de análoga naturaleza y finalidad.**—De la cuantía a reconocer que resultara de la aplicación de las normas anteriores deberá deducirse cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social. En particular, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, se deducirán las siguientes:

— El complemento de gran invalidez, regulado en el artículo 139.4, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

— El complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75%, previsto en el artículo 182 bis.2.c, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

— El complemento por necesidad de tercera persona de la pensión de invalidez no contributiva, previsto en el artículo 145.6, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

— El subsidio por ayuda de tercera persona, previsto en el artículo 12.2.c, de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, LISMI.

#### SECCIÓN 2.<sup>a</sup>

#### *Ayudas para facilitar la autonomía personal*

**Art. 20. Ayudas económicas complementarias.**—1. Las ayudas económicas previstas en la disposición adicional tercera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, tienen por objeto facilitar, mediante subvenciones, una mayor autonomía personal y favorecer la permanencia en la vivienda habitual a las personas en situación de dependencia en cualquiera de sus grados y niveles.

2. Las ayudas económicas son complementarias del Catálogo de servicios y de las prestaciones económicas del Sistema, y asimismo serán subsidiarias, y en su caso complementarias, de la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

3. Las ayudas económicas están destinadas a financiar total o parcialmente los gastos ocasionados por:

a) La adquisición, renovación y reparación de ayudas técnicas o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de su vida ordinaria.

b) Las obras necesarias para facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar de la persona en situación de dependencia que contribuyan a mejorar su capacidad de desplazamiento en la vivienda.

#### CAPÍTULO V

#### Disposiciones complementarias

**Art. 21.** *Capacidad económica de la persona beneficiaria.*—1. La capacidad económica personal se determinará en atención a la renta y al patrimonio.

2. A efectos de lo establecido en el apartado anterior, se consideran rentas o ingresos computables los bienes y derechos de los que disponga la persona dependiente, derivados tanto del trabajo como del capital, así como cualesquiera otros sustitutivos de aquéllos.

3. Se entenderá por rentas del trabajo las retribuciones, tanto dinerarias como en especie, derivadas del ejercicio de actividades por cuenta propia o ajena. Se equipararán a rentas de trabajo las prestaciones reconocidas por cualquiera de los regímenes de previsión social financiados con cargo a recursos públicos o ajenos. Asimismo, tendrán la consideración de ingresos sustitutivos de las rentas de trabajo cualesquiera otras percepciones supletorias de éstas, a cargo de fondos públicos o privados.

4. Como rentas de capital se computará la totalidad de los ingresos que provengan de elementos patrimoniales, tanto de bienes como de derechos, considerándose según sus rendimientos efectivos. En el supuesto de no existir rendimientos de bienes inmuebles, éstos se valorarán conforme a las normas establecidas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a excepción de la vivienda habitual.

5. Se considera patrimonio de la persona dependiente el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de que deba responder. Se considerarán exentos de este cómputo la vivienda habitual y los bienes y derechos así calificados en la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, hasta el límite establecido legalmente, cuando el beneficiario reciba servicios o prestaciones y debe continuar residiendo en su domicilio.

6. La capacidad económica final del solicitante será la correspondiente a su renta, modificada al alza por la suma de un 5 por ciento del valor del patrimonio neto que supere el mínimo exento para la realización de la declaración del impuesto sobre el patrimonio, a partir de los 65 años de edad, un 3 por ciento de los 35 a los 65 años, y un 1 por ciento los menores de 35 años.

**Art. 22.** *Cooperación administrativa.*—La Consejería para la Igualdad y Bienestar Social colaborará con las restantes Consejerías y Organismos de la Administración de la Junta de Andalucía, en sus respectivos ámbitos competenciales, con objeto de establecer los procedimientos e instrumentos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención a las personas en situación de dependencia.

Disposición adicional única. Modificación de la Orden de 10 de enero de 2002.—1. Se añade una disposición adicional segunda a la Orden de 10 de enero de 2002, por la que se regula el Servicio Andaluz de Teleasistencia, del siguiente tenor:

«1. Las personas que tengan reconocida la situación de dependencia y el derecho a la prestación del servicio de teleasistencia, de conformidad con lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y en su normativa de desarrollo, accederán a los recursos regulados en esta Orden de manera directa, sin necesidad de cumplir otro requisito.

2. Las personas a quienes se les haya reconocido la situación de dependencia, pero que tengan supeditada la efectividad de su derecho al calendario de implantación previsto en la disposición final primera de la citada Ley, podrán acceder al servicio de teleasistencia conforme al procedimiento, requisitos y condiciones establecidos en esta Orden».

2. La disposición adicional única de la Orden de 10 de enero de 2002 pasa a ser disposición adicional primera.

**Disposición transitoria única.**

*Centros y servicios privados que se hallen prestando servicios a personas a las que se reconozca en situación de*

*dependencia.*—Por los órganos competentes de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social se establecerán las condiciones y términos para que los centros y servicios privados no acreditados que, a la entrada en vigor de la presente Orden, se hallen prestando servicios a personas a las que se reconozca en situación de dependencia, puedan seguir prestándolos, determinando los períodos transitorios de adaptación a la normativa aplicable que se consideren adecuados. Disposición final primera. Desarrollo y ejecución. Se faculta a las Directoras Generales de Personas Mayores, de Personas con Discapacidad, de Servicios Sociales e Inclusión y de Infancia y Familias, así como a la Secretaria General Técnica de la Consejería, en el ámbito de sus respectivas competencias, para establecer las medidas y dictar cuantas resoluciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en la presente Orden.

**Disposición final segunda. Entrada en vigor.**—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 3 de agosto de 2007

MICAELA NAVARRO GARZÓN  
Consejera para la Igualdad  
y Bienestar Social

**ORDEN de 26 de julio de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a mujeres y empresas de mujeres para el Fomento y Mejora empresarial, y se efectúa su convocatoria para el año 2007  
(BOJA núm. 176, de 6 de septiembre)**

El artículo 73.1.a) del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencia exclusiva en materia de

promoción de la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos sociales, laborales, económicos o representativos. En el Decreto 205/2004, de 11

de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, se atribuyen las competencias necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de la mujer y el hombre, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, a través del Instituto Andaluz de la Mujer.

El Instituto Andaluz de la Mujer de acuerdo con la Ley 10/1988, de 29 de diciembre, de su creación, tiene como fin promover las condiciones para que sea real y efectiva la igualdad del hombre y la mujer andaluces, fomentando la participación y presencia de las mujeres en la vida política, económica, cultural y social, y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política de éstas.

Entre las estrategias que se diseñan para la consecución de los referidos objetivos, el Instituto Andaluz de la Mujer con la cofinanciación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, dentro del Programa Operativo FEDER de Andalucía 2007-2013, integrado en el Marco Estratégico Nacional de Referencia, pone en marcha una serie de actuaciones, entre las que se encuentra esta línea de subvenciones, dirigidas a la promoción del espíritu empresarial de las mujeres andaluzas y la mejora de empresas ya constituidas que tengan participación mayoritaria de mujeres.

Atendiendo a la finalidad de promover el desarrollo económico de Andalucía que tienen las subvenciones que se regulan en la presente Orden, ésta se dicta en desarrollo del Decreto 21/2007, de 30 de enero, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y en favor de las pequeñas y medianas empresas (PYME) que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía en los años 2007, 2008 y 2009 y, en consecuencia, las subvenciones reguladas se van a regir igualmente por lo establecido en ese Decreto.

En relación al procedimiento de concesión, esta Orden da cumplimiento a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, exigidos en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como los de transparencia, igualdad y no discriminación, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados en la presente Orden y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos destinados a tal fin, estableciendo el procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva. En este aspecto la Orden está sujeta a la legislación básica sobre la materia contenida en la disposición final primera de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como a la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, y aplica las reglas específicas que para los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva se contienen en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como las que se derivan de las determinaciones relativas al procedimiento de concesión de subvenciones o ayudas contenidas en el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre. Será de aplicación igualmente el Decreto 183/2003, de 24 de junio, en cuanto a la tramitación telemática del procedimiento.

En su virtud, a propuesta de la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Públi-

ca de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en uso de las facultades conferidas en la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía,

DISPONGO

**Artículo 1.º** *Objeto y régimen jurídico.*—1. La presente Orden tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a mujeres y empresas de mujeres para el fomento y mejora de las pequeñas y medianas empresas de Andalucía, en desarrollo del Decreto 21/2007, de 30 de enero, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y en favor de las pequeñas y medianas empresas (PYME) que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía en los años 2007, 2008 y 2009.

2. Las subvenciones a que se refiere la presente Orden se regirán por lo establecido en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, y en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, de acuerdo con lo establecido en la disposición final primera de ambas disposiciones, en las normas especiales en materia de subvenciones contenidas en las leyes anuales del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Capítulo I del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en sus normas de desarrollo, en el Reglamento aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, que regula los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración y sus Organismos Autónomos, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el citado Decreto 21/2007, de 30 de enero y en las bases que se establecen a continuación.

En cuanto que las subvenciones objeto de la presente Orden se encuentran cofinanciadas por el fondo europeo FEDER, son de aplicación a las mismas el Reglamento (CE) 1080/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, el Reglamento (CE) 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, el Reglamento (CE) 1828/2006 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2006, así como cualquier otra norma o disposición comunitaria que afecte a las subvenciones cofinanciadas con fondos europeos.

En el supuesto de que la subvención tenga la consideración de ayuda de mínimis será de aplicación el Reglamento (CE) 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de mínimis.

3. La concesión de subvenciones se regirá por el procedimiento de concurrencia competitiva.

**Art. 2.º** *Beneficiarias.*—1. Podrán tener la condición de persona beneficiaria de estas subvenciones las empresas de mujeres, ya sean sus titulares personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes, que tengan abierta sede social, delegación o establecimiento de producción en Andalucía, así como las mujeres que estén en fase de iniciar un proyecto de actividad autónoma o empresarial en Andalucía con el carácter de empresa de mujeres.

Se consideran empresas de mujeres a los efectos de esta Orden las pequeñas y medianas empresas participadas mayoritariamente por mujeres con al menos un cincuenta por ciento del capital.

Cuando se trate de comunidades de bienes deberán hacerse constar expresamente, tanto en la solicitud como en la resolución de concesión, los compromisos de ejecución asumidos por cada miembro de la agrupación, así como el importe de subvención a aplicar por cada uno de ellos, que tendrán igualmente la consideración de personas beneficiarias. En cualquier caso, deberá nombrarse un representante o apoderado único de la comunidad de bienes, con poderes bastantes para cumplir las obligaciones que, como persona beneficiaria, corresponden a la agrupación.

2. En todo caso se considerará pequeña y mediana empresa la que se ajuste a la definición establecida en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas y pequeñas y medianas empresas, según la cual serán aquellas que ocupen a menos de 250 personas, cuyo volumen de negocios anual no exceda de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no exceda de 43 millones de euros y que cumpla con el criterio de independencia tal y como se establece en la Recomendación de la Comisión señalada.

3. Los requisitos que deben reunir las beneficiarias de las subvenciones deberán mantenerse al menos durante tres años una vez finalizado el programa subvencionado.

4. No podrán obtener la condición de persona beneficiaria de las subvenciones reguladas en las presentes bases las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido condenados mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declarados

insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de la Ley 3/2005, de 8 de abril, sobre incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

f) Tener deudas en período ejecutivo con la Comunidad Autónoma de Andalucía por cualquier ingreso de Derecho Público.

g) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

h) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones.

i) Haber sido sancionados mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según la Ley General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.

j) Estar incurso en procedimientos judiciales debido a discriminación por razón de género.

**Art. 3.º** *Proyectos subvencionables y cuantía de las subvenciones.*—

1. Podrán ser objeto de subvención las actuaciones que se engloban en alguna de las siguientes líneas:

a) Gastos de acondicionamiento de local.

b) Reforma y modernización dirigidas a la implantación de tecnologías y sistemas de organización relativos a la mejora de los sistemas de gestión.

c) Inversiones en bienes de equipos nuevos, instalaciones, mobiliario y equipos informáticos.

d) Gastos derivados de la constitución formal de la empresa, tales como notaría, registros o gestoría.

e) Gastos derivados del registro de patentes y marcas.

f) Gastos derivados de la adquisición de software y aplicaciones informáticas necesarias para el desarrollo de la actividad.

g) Gastos derivados del diseño y elaboración de la imagen corporativa de la empresa, así como los relativos al diseño de marcas, anagramas, catálogos y logotipo de los productos y servicios, incluidos soportes telemáticos.

h) Elaboración e implantación de Planes de prevención de riesgos laborales, de igualdad y sistemas de calidad.

i) Gastos derivados de la asistencia técnica para la elaboración e implantación de los proyectos que contribuyan a la generación de empleo, la estabilidad y el crecimiento de las empresas, valorándose especialmente aquellos que supongan la cooperación entre empresas de mujeres.

j) Gastos derivados de la puesta en marcha de un Plan de comercialización para la empresa, relativos al desarrollo de acciones como son: nuevas tecnologías (campañas de publicidad on-line, sms, elaboración de páginas web), material gráfico (folletos) y relaciones públicas (asistencia a ferias, mailing, material promocional).

2. Todos los conceptos subvencionables recogidos en esta Orden deben corresponderse con los proyectos anteriores, quedando excluidos, en todo caso, los siguientes gastos:

a) Como norma general, todos aquellos gastos realizados con anterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes.

b) Las tasas, impuestos y contribuciones.

c) Los gastos derivados de la colegiación en colegios profesionales.

d) Los gastos de personal.

e) Los gastos corrientes y gastos de explotación no contemplados en el apartado 1 del presente artículo.

3. La cuantía de la subvención concedida con cargo a esta modalidad, no podrá superar el 50% del presupuesto del proyecto de inversión aceptado, salvo en los supuestos de la letra d) del apartado 1 del presente artículo, en los que, sin sujeción al límite anterior, la cuantía total de las ayudas concedidas por esos conceptos no será superior a 200.000 euros durante cualquier período de tres ejercicios fiscales, en los términos dispuestos en el Reglamento (CE) 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de mínimos.

**Art. 4.º** *Requisitos de los proyectos subvencionables.*—1. Los proyectos subvencionables de inversión, establecidos en los apartados a), b), c), e) y f) del artículo 3.1 de la presente

Orden, deberán reunir los siguientes requisitos establecidos en el artículo 8.1 del Decreto 21/2007, de 30 de enero:

a) Los proyectos deberán poder ser considerados viables desde el punto de vista técnico, económico y financiero.

b) Los proyectos deberán cumplir con las normas sobre el efecto de incentivación de la inversión. Para ello se requerirá el cumplimiento de dos condiciones antes del comienzo de los trabajos en el proyecto:

1. Que la persona beneficiaria haya presentado solicitud de ayuda y

2. Que la autoridad nacional competente confirme por escrito que el proyecto, en principio, puede recibir la ayuda con arreglo al régimen.

c) Las inversiones a realizar deberán mantenerse en el establecimiento objeto de la ayuda, al menos, durante tres años, a contar desde la finalización de aquellas.

2. Los proyectos subvencionables del apartado e) del artículo 3.1 de la presente Orden, deberán reunir, además de los anteriores, los siguientes requisitos del artículo 8.2 del Decreto 21/2007, de 30 de enero, en relación a la adquisición de patentes, licencias de explotación o de conocimientos técnicos:

a) Serán explotados exclusivamente en el establecimiento beneficiario de la ayuda.

b) Serán considerados elementos del activo amortizables.

c) Serán adquiridos a un tercero en condiciones de mercado.

d) Figurarán en el activo de la empresa y permanecerán en el establecimiento del beneficiario de la ayuda durante un período mínimo de tres años.

3. En el supuesto de proyectos subvencionables no directamente relacionados con la realización de una

inversión, de los apartados g), h), i) y j) del artículo 3.1 de la presente Orden, la persona beneficiaria deberá presentar solicitud de ayuda antes de que se inicie el proyecto subvencionado, de conformidad con el artículo 8.4 del Decreto 21/2007, de 30 de enero.

**Art. 5.º Plazo de ejecución de las acciones.**—1. El plazo de ejecución de las acciones para las cuales se solicita la subvención se fijará en la correspondiente convocatoria anual.

2. Las inversiones a realizar deberán mantenerse en el establecimiento objeto de la ayuda, al menos durante tres años, a contar desde la finalización de aquellas.

**Art. 6.º Financiación de las actividades subvencionadas y limitaciones presupuestarias.**—1. Las subvenciones se concederán con cargo a las siguientes aplicaciones presupuestarias: 0.1.19.31.17.00.770.00. 32G y 3.1.19.31.17.00.770.00.32G.

2. La concesión de las subvenciones que regula esta Orden estará limitada a las disponibilidades presupuestarias existentes del ejercicio en que se realice la convocatoria, pudiendo adquirirse compromisos por gastos de carácter plurianual en las condiciones previstas en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y normas de desarrollo.

3. Las ayudas podrán ser compatibles con otras para la misma finalidad, siempre que el conjunto de todas las concedidas para un mismo proyecto no sobrepase los límites establecidos en cada caso, en términos de subvención bruta.

4. Los proyectos cofinanciados con Fondos FEDER no podrán concurrir con otro fondo distinto o iniciativa comunitaria.

**Art. 7.º Criterios de valoración.**—

Las solicitudes serán evaluadas con los criterios objetivos que se enumeran a continuación:

- a) El grado de cumplimiento de anteriores subvenciones concedidas por el Instituto Andaluz de la Mujer. Se valorará hasta un 20%.
- b) Viabilidad técnica, económica y financiera de los proyectos presentados. Se valorará hasta un 20%.
- c) Coherencia del proyecto. Se evaluará la memoria descriptiva de la actividad, así como la concreción y definición de las actuaciones planteadas y los recursos y experiencia. Se valorará hasta un 20%.
- d) Carácter innovador del proyecto y su aportación a las Nuevas Tecnologías. Se valorará hasta un 20%.
- e) Planes de Igualdad de oportunidades. Se valorarán hasta un 10%.
- f) La inclusión del proyecto en acuerdos o planes sectoriales de adaptación ambiental. Se valorará hasta un 10%.

**Art. 8.º Solicitudes y documentación.**—

1. Las solicitudes deberán dirigirse a la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer y formularse conforme al modelo establecido en el Anexo I a la presente Orden. Dicho modelo podrá obtenerse en la página web del Instituto Andaluz de la Mujer, en la dirección [www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer), o en la sede del Instituto Andaluz de la Mujer y en sus centros de la mujer provinciales.

2. La solicitud irá acompañada de la siguiente documentación original o copia debidamente autenticada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre:

a) Documentación de carácter general:

— Documento Nacional de Identidad del peticionario o autorización de residencia.

— Cédula o Código de Identificación Fiscal de la entidad solicitante.

— Estatutos de la entidad, escrituras de constitución o documentación constitutiva, debidamente inscritos en el Registro correspondiente.

b) Documentación acreditativa de la representación:

— Quienes comparezcan o firmen las solicitudes de subvención en nombre de otra persona, presentarán la acreditación de dicha representación y deberán acompañar poder de representación bastantado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y su Documento Nacional de Identidad o autorización de residencia.

— Si la persona solicitante fuera persona jurídica, además de lo anterior, el poder general deberá figurar inscrito, en su caso, en el Registro Mercantil.

— En el caso de sociedades civiles y comunidades de bienes, el contrato de constitución, el Número de Identificación Fiscal de la entidad y el Documento Nacional de Identidad o autorización de residencia de todas las personas integrantes. Toda la documentación que se presente deberá estar firmada por todas las personas integrantes de la sociedad civil o comunidad de bienes.

c) Documentación declarativa:

— Declaración expresa responsable de otras subvenciones concedidas y/o solicitadas a otras Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales para la misma finalidad.

— Declaración responsable de no estar incurso en los supuestos de prohibición para ser persona beneficiaria establecidos en el artículo 2 de esta Orden.

— Declaración responsable de que la empresa está (o lo estará en caso de proyecto de creación) promovida y/o participada mayoritariamente por mujeres.

d) Documentación relativa a los proyectos subvencionables:

— Memoria descriptiva de la actividad con indicación de los objetivos, acciones a desarrollar y método de trabajo, así como calendario, programa y fecha de realización de las actividades.

— Presupuesto desglosado en el que conste la relación de gastos e ingresos previstos para la realización de la actividad, proyecto o estudio objeto de la ayuda y las cantidades otorgadas por otras entidades para su financiación. No figurarán en el presupuesto las partidas no subvencionables.

e) Certificado acreditativo de la cuenta bancaria.

f) Certificado expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social, acreditativo de que la beneficiaria está al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social. No obstante, cuando la persona beneficiaria no esté obligada a presentar las declaraciones o documentos a que se refieren las obligaciones anteriores, su cumplimiento se acreditará mediante declaración responsable.

El modelo de impreso para el cumplimiento de las declaraciones responsables referidas en este artículo es el que figura en el Anexo I de la presente Orden.

**Art. 9.º** *Lugar y plazo de presentación de solicitudes.*—1. Las solicitudes deberán presentarse preferentemente en los registros del Instituto Andaluz de la Mujer y de los centros de la mujer provinciales, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. El plazo de presentación de las solicitudes de ayudas será de un mes, contado a partir del día siguiente al de la publicación de la correspondiente

convocatoria en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, a excepción de lo establecido para la convocatoria de 2007 en la disposición adicional única de la presente Orden.

No serán admitidas a trámite las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, resolviéndose la inadmisión de las mismas, que deberá ser notificada a las personas interesadas en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. La presentación de la solicitud por parte de la entidad o persona interesada conllevará la autorización al órgano gestor para recabar los certificados correspondientes a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, Tesorería General de la Seguridad Social y la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, que serán solicitadas y emitidas de forma electrónica.

4. La presentación de la solicitud por parte de la entidad o persona interesada implicará la aceptación de su inclusión en la lista de personas beneficiarias publicada de conformidad con el artículo 7, apartado 2, letra d), del Reglamento (CE) núm. 1828/2006 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2006, sobre las actividades de información y publicidad que deben llevar a cabo los Estados miembros en relación con las intervenciones de los fondos estructurales.

**Art. 10.** *Presentación y tramitación electrónica.*—1. Las personas interesadas que dispongan de un certificado reconocido de usuario, que les habilite para utilizar una firma electrónica avanzada, podrán cursar sus solicitudes a través del Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía, con los requisitos exigidos en el apartado 3 del artículo 12 del Decreto 183/2003, a través del portal del

ciudadano «andaluciajunta.es» dentro del apartado «administración electrónica», así como en la página web del Instituto Andaluz de la Mujer «www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer». Las solicitudes así presentadas producirán los mismos efectos jurídicos que las formuladas de acuerdo con el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Cualquier otro trámite evacuado por la interesada, así como las resoluciones que dicte la Administración en un procedimiento tramitado electrónicamente, requerirán igualmente de los mismos requisitos de firma electrónica avanzada y de su emisión o recepción a través del Registro Telemático Único.

2. El Registro telemático emitirá automáticamente un justificante de la recepción de los documentos electrónicos presentados por las personas interesadas en el que se dará constancia del asiento de entrada que se asigne al documento. Dicho justificante se hará llegar a la persona destinataria a la dirección electrónica que ésta haya indicado en el momento inmediatamente posterior al que tenga lugar el asiento del documento recibido.

3. La persona interesada, una vez iniciado un procedimiento bajo un concreto sistema de tramitación, podrá practicar actuaciones o trámites a través de otro distinto. En todo caso, en el momento de la aportación de documentos o datos en los Registros deberá indicarse expresamente si la iniciación del procedimiento o alguno de los trámites del mismo se ha efectuado en forma electrónica o telemática.

4. La persona interesada podrá obtener información personalizada por vía telemática del estado de tramitación del procedimiento y, en general, para el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la forma que se indique en las páginas web a través

de las cuales se accede al Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía.

5. Para que las notificaciones administrativas que resulten de la aplicación de las actuaciones contempladas en esta Orden puedan llevarse a cabo mediante medios o soportes informáticos y electrónicos, será preciso que la persona interesada haya señalado o consentido expresamente dicho medio de notificación como preferente mediante la identificación de una dirección electrónica al efecto, en los términos establecidos en el artículo 15 del Decreto 183/2003, de 24 de junio.

Si la persona interesada hubiese elegido la notificación electrónica como medio de notificación preferente, se realizará el correspondiente asiento de salida en la forma que se determina en el artículo 9 del Decreto 183/2003, de 24 de junio.

6. Las cuestiones relativas a las dudas o discrepancias que se produzcan acerca de la emisión o recepción de documentos electrónicos en el Registro Telemático Único las resolverá el órgano competente para la tramitación del documento electrónico de que se trate.

**Art. 11. Subsanción de solicitudes.**—Si las solicitudes no reunieran los requisitos exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, se requerirá a la persona interesada para que en el plazo de diez días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos con la indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistida de su petición, previa resolución dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**Art. 12. Tramitación.**—1. Las solicitudes serán objeto de una evaluación previa por el Servicio de Forma-

ción y Empleo de Mujeres del Instituto Andaluz de la Mujer, que evaluará las solicitudes así como la documentación preceptiva atendiendo a los criterios de valoración indicados en la presente Orden, a tal efecto podrá:

a) Requerir a la persona solicitante para que aporte la documentación complementaria que permita realizar adecuadamente la evaluación previa, siendo el plazo para la presentación de dicha documentación de diez días.

b) Realizar cuantas verificaciones o controles considere oportunos al mismo fin previsto en la letra anterior.

2. Completada y analizada la documentación, el Servicio de Formación y Empleo de Mujeres emitirá un informe propuesta que contendrá los siguientes extremos:

a) Relación de personas interesadas que, cumpliendo los requisitos exigidos, obtienen una puntuación suficiente para obtener la condición de beneficiarias provisionales, por orden de puntuación obtenida en la valoración previa y la cuantía de la subvención otorgable.

b) Relación de personas interesadas que, cumpliendo los requisitos exigidos, no obtienen puntuación suficiente en la valoración previa para ser consideradas beneficiarias provisionales, por orden de puntuación.

c) Relación de personas interesadas que no cumplen con los requisitos exigidos y causas de dichos incumplimientos.

d) En su caso, relación de beneficiarias provisionales susceptibles de poder reformular la solicitud, ajustándose a los compromisos y condiciones de la subvención.

3. A continuación, estando en el momento inmediatamente anterior a la propuesta de resolución, se evacuará el trámite de audiencia de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

teniendo en cuenta que se podrá prescindir de aquél, en los términos del apartado 4 del citado artículo.

4. El resultado del trámite anterior dará lugar a la propuesta de resolución.

**Art. 13. Reformulación y aceptación de las solicitudes.**—1. Cuando la subvención tenga por objeto la financiación de actividades a desarrollar por la persona beneficiaria y el importe de la subvención de la propuesta de resolución sea inferior al que figura en la solicitud presentada, se podrá instar de la beneficiaria la reformulación de su solicitud para ajustar los compromisos y condiciones a la subvención otorgable.

2. En cualquier caso, la reformulación de solicitudes deberá respetar el objeto, condiciones y finalidad de la subvención, así como los criterios de valoración establecidos respecto de las solicitudes o peticiones.

3. La subvención se tendrá por aceptada:

a) Cuando se conceda en los importes solicitados sin que se comunique el desistimiento por la persona solicitante.

b) Transcurrido el plazo para reformular sin que se comunique el desistimiento por la persona solicitante.

c) Cuando la beneficiaria haya indicado en el escrito de su solicitud que da su conformidad a la minoración del presupuesto que pueda realizarse por el Instituto Andaluz de la Mujer a efectos de fijación del presupuesto aceptado.

**Art. 14. Resolución.**—1. Una vez fiscalizada la propuesta de resolución, la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer dictará la correspondiente resolución, que contendrá los siguientes extremos:

a) Indicación de la persona beneficiaria o beneficiarias, de la actividad a realizar o comportamiento a adoptar

y del plazo de ejecución con expresión del inicio del cómputo del mismo.

b) La cuantía de la subvención o ayuda, la aplicación presupuestaria del gasto y, si procede, su distribución plurianual de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, y en el Decreto 44/1993, de 20 de abril, por el que se regulan los gastos de anualidades futuras. En el supuesto de que se trate de una actividad, presupuesto subvencionado y el porcentaje de ayuda con respecto al presupuesto aceptado.

c) La forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono.

d) Las condiciones que se impongan a la persona beneficiaria.

e) Plazo y forma de justificación por parte de la persona beneficiaria del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda o subvención y de la aplicación de los fondos recibidos.

f) El porcentaje de cofinanciación por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional así como las obligaciones establecidas en el Reglamento (CE) núm. 1828/2006 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2006, sobre las actividades de información y publicidad que deben llevar a cabo los Estados miembros en relación con las intervenciones de los fondos estructurales.

2. La referida resolución será motivada, fundamentándose la adjudicación de las subvenciones en los criterios establecidos en la presente Orden, debiendo hacer constar expresamente que la resolución es contraria a la estimación del resto de solicitudes.

3. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución de las solicitudes será de seis meses y se computará a partir del día siguiente al de finalización del plazo para la presentación de solicitudes. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiese dictado y notificado resolución expresa las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio

administrativo conforme a lo establecido en el artículo 31.4 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

4. Las resoluciones ponen fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse contra ellas, recurso potestativo de reposición, conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o directamente recurso contencioso-administrativo, en la forma y los plazos establecidos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**Art. 15. Notificación y publicación.**—1. Los actos que deban notificarse de forma conjunta a todas las personas interesadas, en particular, los de requerimientos de subsanación, de trámite de audiencia y de resolución del procedimiento, se publicarán en el tablón de anuncios de la Consejería y del respectivo Centro de la Mujer provincial, así como en la página web de la propia, en los términos del artículo 59.6.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sustituyendo dicha publicación a la notificación personal y surtiendo sus mismos efectos.

2. En el supuesto de actos de requerimiento de subsanación y de resolución, cuando la publicación se efectúe mediante tablón de anuncios, se publicará simultáneamente en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía un extracto del contenido de la resolución o acto, indicando los tabloneros donde se encuentra expuesto su contenido íntegro y, en su caso, el plazo que se computará a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la publicación en dicho Boletín Oficial.

**Art. 16. Forma y secuencia del pago.**—1. En atención a la naturaleza de las subvenciones concedidas, su abono se efectuará en un solo pago sin justificación previa, siempre que así lo

recoja la correspondiente Ley anual del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En caso contrario, no podrá abonarse a la persona beneficiaria un importe superior al 75% de la subvención sin que se justifiquen previamente los pagos anteriores, excepto en los supuestos en que el importe de aquellas sea igual o inferior a 6.050 euros.

2. No podrá proponerse el pago de subvenciones a beneficiarias que no hayan justificado en tiempo y forma las subvenciones concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Administración Autonómica y sus Organismos Autónomos.

No obstante y a tenor de lo establecido en el artículo 32.2 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, el órgano que, a tenor del artículo 104 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sea titular de la competencia para la concesión de subvenciones, así como el competente para proponer el pago, podrán, mediante resolución motivada, exceptuar las limitaciones contenidas en el párrafo anterior cuando concurren circunstancias de especial interés social, sin que en ningún caso pueda delegarse la competencia.

3. El pago se efectuará mediante transferencia bancaria a la cuenta acreditada por el correspondiente certificado que se ha de acompañar a la solicitud de subvención.

**Art. 17. Justificación de la subvención.**—1. La justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en el acto de concesión de la subvención revestirá la forma de cuenta justificativa del gasto realizado. La rendición de la cuenta justificativa

constituye un acto obligatorio de la persona beneficiaria.

2. El importe de la documentación justificativa deberá corresponderse con el presupuesto aceptado de la actividad, aun en el caso de que la cuantía de la subvención concedida fuese inferior.

3. La documentación justificativa para el pago de la ayuda será la siguiente:

a) La cuenta justificativa de los gastos, debiendo incluir declaración de las actividades realizadas y su coste, con el desglose de cada uno de los gastos incurridos. Incluirá igualmente relación individualizada de todos los gastos correspondientes al presupuesto total de la actividad subvencionada, aunque el importe de la subvención sea inferior, debidamente ordenado y numerado, con especificación de los perceptores y los importes correspondientes, y diferenciando los gastos referidos a la subvención concedida de los restantes de la actividad, conforme al modelo establecido en el Anexo II.

b) Facturas originales o autenticadas acreditativas de los gastos efectuados y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa, cuyos originales serán devueltos a la beneficiaria una vez cotejados y sellados, con indicación de la subvención para cuya justificación han sido presentados y si el importe del justificante se imputa total o parcialmente a la subvención. La acreditación de los gastos también podrá efectuarse mediante facturas electrónicas, siempre que cumplan los requisitos exigidos para su aceptación en el ámbito tributario.

4. Siempre que se hubiera alcanzado el objetivo o finalidad perseguida, si no se justificara debidamente el total de la actividad subvencionada, deberá reducirse el importe de la subven-

ción concedida, aplicando el porcentaje de financiación sobre la cuantía correspondiente a los justificantes no presentados o no aceptados.

5. El plazo de presentación de documentación y justificación para el pago será de tres meses contados a partir de la finalización de la actividad.

6. Conforme a lo establecido en el artículo 31.3 de la Ley General de Subvenciones, cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 12.000 euros en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, la beneficiaria deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contratación del compromiso para la prestación del servicio o la entrega del bien, salvo que por las especiales características de los gastos subvencionables no exista en el mercado suficiente número de entidades que lo suministren o presten, o salvo que el gasto se hubiera realizado con anterioridad a la solicitud de la subvención. La elección entre las ofertas presentadas, que deberán aportarse en la justificación, o, en su caso, en la solicitud de la subvención, se realizará conforme a criterios de eficiencia y economía, debiendo justificarse expresamente en una memoria la elección cuando no recaiga en la propuesta económica más ventajosa.

En el supuesto de adquisición, construcción, rehabilitación y mejora de bienes inventariables, se seguirán las reglas establecidas al respecto en el artículo 31.4 de la Ley General de Subvenciones.

7. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.1 del Reglamento (CE) 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio de 2006, se considerará, en todo caso, como gasto realizado el que ha sido efectivamente pagado.

**Art. 18. Obligaciones de las personas beneficiarias.**—Son obligaciones de la persona beneficiaria:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.

b) Justificar ante el órgano concedente el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

c) El sometimiento a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, a las de control que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía, a la Dirección General de Fondos Europeos de la Consejería de Economía y Hacienda y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía, así como de los Servicios Financieros de la Comisión Europea y del Tribunal de Cuentas Europeo.

d) Facilitar cuanta información le sea requerida por el Tribunal de Cuentas, la Cámara de Cuentas de Andalucía, la Intervención General de la Junta de Andalucía y la Dirección General de Fondos Europeos de la Consejería de Economía y Hacienda, así como de los Servicios Financieros de la Comisión Europea y del Tribunal de Cuentas Europeo.

e) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades subvencionadas. Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos.

f) Acreditar, en su caso, con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión que se halla

al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, y que se hallan al corriente en el pago, en período ejecutivo, de cualquier otro ingreso de Derecho Público respecto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

g) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable a la persona beneficiaria en cada caso, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

h) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

i) Hacer constar en toda información o publicidad que se efectúe de la actividad u objeto de la subvención que la misma está subvencionada por la Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de la Mujer. Al existir cofinanciación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, las personas beneficiarias deberán cumplir con las disposiciones que sobre información y publicidad se dicten por la Unión Europea, concretamente con el Reglamento (CE) núm. 1828/2006 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2006.

j) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 20 de la presente Orden.

k) Comunicar a la entidad concedente de la subvención todos aquellos cambios de domicilios, teléfono y correo electrónico a efectos de notificaciones, durante el período en que la subvención es susceptible de control.

**Art. 19. *Modificación de la resolución de concesión.***—1. La alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, así como la de las impuestas en la resolución, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión, conforme a lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en los siguientes supuestos:

a) La obtención concurrente de otras aportaciones para la misma actividad, cuando su importe supere el coste de la actividad subvencionada.

b) La no consecución íntegra de los objetivos.

c) La realización parcial de la actividad.

2. Los criterios de graduación que se aplicarán a los incumplimientos reseñados en el apartado anterior serán los siguientes:

a) En el caso de obtención concurrente de otras aportaciones, el exceso obtenido sobre el coste total en el que se haya incurrido por la realización de la actividad.

b) Cuando no se consigan íntegramente los objetivos previstos, pero el cumplimiento se aproxime de modo significativo al cumplimiento total, se valorará el nivel de consecución y el importe de la subvención será proporcional a dicho nivel. Este nivel de consecución deberá alcanzar, al menos, un 75% de los objetivos previstos.

c) Si la actividad subvencionable se compone de varias fases o actuaciones y se pueden identificar objetivos vinculados a cada una de ellas, el importe de la subvención será proporcional al volumen de las fases o actuaciones de la actividad en las que se hayan conseguido los objetivos previstos.

3. Por razones justificadas debidamente acreditadas, la persona bene-

ficiaria de la subvención podrá solicitar del órgano concedente de la misma la modificación de la resolución de concesión, incluida la ampliación de los plazos de ejecución y justificación, sin que en ningún caso pueda variarse el destino o finalidad de la subvención, ni alterar la actividad, programa, actuación para los que se solicita la subvención ni elevar la cuantía de la subvención obtenida que figura en la resolución de concesión.

La solicitud de modificación deberá estar suficientemente justificada, presentándose de forma inmediata a la aparición de las circunstancias que lo motiven y con antelación a la finalización del plazo de ejecución inicialmente concedido.

4. Siempre que se hubiera alcanzado el objetivo o finalidad perseguida, si no se justificara debidamente el total de la actividad subvencionada, deberá reducirse el importe de la ayuda concedida aplicando el porcentaje de financiación sobre la cuantía correspondiente a los justificantes no presentados o no aceptados.

**Art. 20. Causas de reintegro.—**

1. Además de los casos de nulidad y anulabilidad previstos en el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones, procederá también el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente, desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello y ocultando aquéllas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las personas beneficiarias, así como de los compromisos por éstas asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

g) Incumplimiento de las normas medioambientales al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte de la persona beneficiaria de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniere obligado.

h) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración

a las personas beneficiarias, así como de los compromisos por éstas asumidas con motivo de la concesión de la subvención distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

i) En su caso, la adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro.

2. Cuando el cumplimiento por la persona beneficiaria se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por ésta una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá determinada una vez analizada la memoria explicativa que exprese el grado de cumplimiento alcanzado con la realización de la actividad en relación al objeto de la presente Orden, atendándose al principio de proporcionalidad.

3. En el supuesto de que el importe de las subvenciones resulte ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada, procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada, así como la exigencia del interés de demora correspondiente.

4. Las cantidades a reintegrar tendrán la consideración de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza lo previsto en la Ley General de Hacienda Pública. El interés de demora aplicable en mate-

ria de subvenciones será el interés legal del dinero incrementado en un 25%, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente. El destino de los reintegros de los fondos de la Unión Europea tendrá el tratamiento que en su caso determine la normativa comunitaria. Los procedimientos para la exigencia del reintegro de las subvenciones, tendrán siempre carácter administrativo.

5. Será competente para iniciar y resolver el procedimiento de reintegro el órgano concedente.

6. De conformidad con lo establecido en el artículo 33.c) de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de doce meses desde la fecha del acuerdo de iniciación.

**Disposición adicional única.** *Convocatoria de subvenciones para 2007.*—

1. Se convoca para el ejercicio 2007 la concesión de subvenciones a mujeres y empresas de mujeres para el fomento y mejora de las pequeñas y medianas empresas de Andalucía, de conformidad con las siguientes determinaciones.

2. El plazo de presentación de las solicitudes de ayudas en el año 2007 será de veinte días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la publicación de la presente Orden en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

3. Proyectos subvencionables: los recogidos en el artículo 3 de la presente Orden.

4. Forma de cumplimentación y presentación de las solicitudes: Las solicitudes deberán formularse conforme a los modelos establecidos en el Anexo I a la presente Orden. Dichos modelos podrán obtenerse en la página web del Instituto Andaluz de la Mujer, en la sede del Instituto Andaluz de la Mujer o en alguno de los centros de la mujer provinciales.

a) Cumplimentación no electrónica y presentación tradicional: Una vez obtenidos los modelos antes indicados, las solicitudes podrán cumplimentarse de forma manuscrita o a máquina y deberán dirigirse preferentemente en la presente convocatoria al Registro General del Instituto Andaluz de la Mujer, sito en Sevilla, calle Doña María Coronel, núm. 6, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

b) Cumplimentación electrónica y presentación a través del Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía.

Las personas interesadas que dispongan de un certificado reconocido de usuario, que les habilite para utilizar una firma electrónica avanzada, podrán cursar sus solicitudes a través del Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía, con los requisitos y efectos previstos en la presente Orden.

5. Los expedientes de gasto de las subvenciones concedidas deberán estar sometidos a fiscalización previa.

6. El plazo de ejecución de las acciones será hasta el 30 de junio de 2008, y el plazo de justificación hasta el 30 de septiembre de 2008.

#### **Disposición transitoria única.**

La presente Orden se dicta en desarrollo del Decreto 21/2007, de 30 de enero, y al amparo de su disposición transitoria primera, apartado 2, por lo que se podrán llevar a efecto desde la entrada en vigor de la Orden y hasta que exista una decisión de la Comisión Europea por la que se autoriza el régimen de ayudas. Desde el momento en que la Comisión adopte una Decisión sobre el citado Decreto, estas ayudas dejarán de someterse a este régimen transitorio y se integrarán en el régimen de ayudas autorizado por la Comisión

conforme a las condiciones que determine la Decisión adoptada.

#### **Disposición derogatoria única.**

Queda derogada la Orden de 1 de diciembre de 2005, por la que se establece el procedimiento y las bases reguladoras aplicables a la concesión de subvenciones a mujeres, por el Instituto Andaluz de la Mujer, para la creación, consolidación y mejora de pequeñas y medianas empresas en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

**Disposición final primera.** *Habilitación.*—Se faculta a la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer para adoptar las medidas necesarias para la ejecución y aplicación de la presente Orden.

**Disposición final segunda.** *Convocatorias anuales.*—La Directora del Instituto Andaluz de la Mujer efectuará las convocatorias anuales de las subvenciones reguladas en la presente Orden.

**Disposición final tercera.** *Tramitación electrónica.*—La aplicación de los preceptos relativos a la tramitación electrónica y telemática del procedimiento de concesión de subvenciones regulado en la presente Orden quedará demorada hasta que cuente el Instituto Andaluz de la Mujer con la capacidad técnica suficiente para su implantación.

**Disposición final cuarta.** *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 26 de julio de 2007

MICAELA NAVARRO GARZÓN  
Consejera para la Igualdad  
y Bienestar Social











