

**ESTUDIOS**

La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social  
 JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

La negociación colectiva en el sector de oficinas y despachos (1999-2006)  
 PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS  
 ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario: un apunte específico sobre el Servicio Andaluz de Salud  
 CARMEN FERRADANS CARAMÉS

Igualdad y conciliación de vida personal, familiar y laboral de los empleados públicos en las administraciones andaluzas  
 M<sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO  
 PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Análisis de la reforma de las relaciones sindicales en Brasil  
 SHEILA STOLZ

**MERCADO DE TRABAJO**

La construcción arrastra a la crisis a la economía española  
 Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el segundo trimestre de 2008  
 SANTOS RUESGA BENITO, JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO Y LAURA PÉREZ ORTIZ

**INFORMES Y DOCUMENTOS**

25 años del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 25 años con el progreso de la realidad laboral

**COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

Universidad de Cádiz  
 Comité de empresa conjunto  
 MARÍA DEL JUNCO CACHERO

Universidad de Sevilla  
 De nuevo sobre la sucesión de contratos temporales en la Administración Pública: la doctrina interpretativa del TJCE  
 ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

Universidad de Málaga  
 Sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular  
 JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS  
 JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

Universidad de Jaén  
 A vueltas con la compatibilidad de indemnizaciones por daños a derechos fundamentales junto a la correspondiente por extinción de la relación laboral  
 JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

**RESEÑA DE LEGISLACIÓN**

ORDEN de 23 de mayo de 2008, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía

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

ISSN: 0213-0750



JUNTA DE ANDALUCÍA

2008



JUNTA DE ANDALUCÍA

TEMAS  
LABORALES

Consejería de Empleo

# TEMAS LABORALES



97/2008 – Cuarto Trimestre

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL

# TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**97**

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, 1ª planta  
41011 Sevilla

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

### VOCALES

AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR	Viceconsejero de Empleo
ESTHER AZORIT JIMÉNEZ	Directora General de Seguridad y Salud Laboral
JUAN MÁRQUEZ CONTRERAS	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### COMITÉ DE REDACCIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	Consejero de Empleo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Huelva

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

### SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

#### Suscripciones y distribución:

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1.º, Sevilla (41011). Tf.955 066 200  
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros  
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/car>

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 97/2008**  
**Cuarto Trimestre**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social . . . . .	9
JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO	
La negociación colectiva en el sector de oficinas y despachos (1999-2006) . . . . .	25
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	
La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario: un apunte específico sobre el Servicio Andaluz de Salud. . . . .	63
CARMEN FERRADANS CARAMÉS	
Igualdad y conciliación de vida personal, familiar y laboral de los empleados públicos en las administraciones andaluzas . . . . .	97
M <sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS	
Análisis de la reforma de las relaciones sindicales en Brasil. . . . .	137
SHEILA STOLZ	

**2. MERCADO DE TRABAJO**

La construcción arrastra a la crisis a la economía española. . . . .	153
Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el segundo trimestre de 2008	
SANTOS RUESGA BENITO, JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO Y LAURA PÉREZ ORTIZ	

**3. INFORME Y DOCUMENTOS**

25 años del Consejo Andaluz de relaciones laborales. 25 años con el progreso de la realidad laboral . . . . .	187
--	-----

**4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA Universidad de Cádiz Comité de empresa conjunto . . . . .	195
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Universidad de Sevilla

De nuevo sobre la sucesión de contratos temporales en la Administración Pública: la doctrina interpretativa del TJCE ..... 207

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

**PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL**

Universidad de Málaga

Sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular ..... 223

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

**DERECHO PROCESAL LABORAL**

Universidad de Jaén

A vueltas con la compatibilidad de indemnizaciones por daños a derechos fundamentales junto a la correspondiente por extinción de la relación laboral ..... 239

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

**5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN**

Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO. .... 249

ORDEN de 23 de mayo de 2008, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía . . . . 249

(BOJA 116, de 12 de junio)

**NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES**

Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, que se edita con periodicidad trimestral, sólo publicará trabajos de investigación inéditos y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12- y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: [jesuscruz@us.es](mailto:jesuscruz@us.es) y/o [chano@uhu.es](mailto:chano@uhu.es)

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, se dará traslado inmediato al autor.

**HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA**

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, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/!stContenidos.asp>





# LA INCIDENCIA DEL TRATADO DE LISBOA EN EL ÁMBITO SOCIAL

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

*Profesor Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Santiago de Compostela

## EXTRACTO

## Palabras Clave: Derecho Comunitario

Aunque su entrada en vigor plantee considerables dudas, el Tratado de Lisboa contiene algunas novedades que merecen ser examinadas. La consolidación del principio atributivo, en un intento de aclarar el panorama competencial, es una de las más relevantes, junto con la incorporación de la Carta de Niza al Derecho originario. En el campo de la política social en sentido estricto, se han corregido algunos defectos que se venían detectando en su funcionamiento, especialmente en materia de libre circulación y articulación de regímenes de Seguridad social, si bien otras cuestiones clave, como una correcta sistematización de las bases jurídicas o el preciso funcionamiento del diálogo social, han sido dejadas al margen. El Tratado de Lisboa, en definitiva, merece más el elogio del técnico que del político.

## ABSTRACT

## Key Words: EU-Law

Even if the Lisbon Strategy Treaty may bring up some uncertainties, it contains many significant concerns that are to be considered. The principle of attribute along with the Niza Statement of Ordinary Law, aims to clarify the treaty's competencies. Considering the strict social policy scenario, some issues have been left aside, for example correcting some functional deficiencies, especially as regards the Social Security system free-circulation, and other key issues such as the correct systematization of the juridical basis or in respect the social dialogue. Overall, The Lisbon Treaty has a more technical improvement than political one.



## ÍNDICE

1. ¿UN PASO O UN TROPIEZO MÁS EN EL CAMINO DE LA INTEGRACIÓN?
2. SOBRE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA SOCIAL
3. ¿LA SOLUCIÓN AL DILEMA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?
4. PEQUEÑOS RETOQUES Y OCASIONES PERDIDAS
5. EL DIÁLOGO SOCIAL Y EL MANTENIMIENTO DE UNA DESVIACIÓN
6. UNA LIBRE CIRCULACIÓN DE MIRAS MÁS AMPLIAS
7. CONCLUSIÓN

### 1. ¿UN PASO O UN TROPIEZO MÁS EN EL CAMINO DE LA INTEGRACIÓN?

La experiencia de la descarrilada Constitución Europea invitó ciertamente al sosiego en el estudio de la reforma de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas firmada en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Frente al considerable caudal doctrinal que generó el texto de 2004, la acogida del texto lisboeta fue mucho más prudente y moderada. La misma tardanza en la aparición de un texto consolidado, preparado por el Consejo<sup>1</sup>, pareció ser una señal de esos tiempos lentos, que no incentivaban la comparación entre el sistema actualmente en vigor, derivado del Tratado de Niza, y el que podría regir en el futuro, si supera las actuales coyunturas políticas.

Este diseño de reforma presenta, aparentemente, un perfil más discreto que los ambiciosos objetivos que se insuflaron en la Constitución Europea y que coadyuvaron en buena medida a su fracaso<sup>2</sup>. Ahora bien, no quiere esto decir que sea una reforma superficial, sino que aborda una considerable cantidad de cuestiones institucionales de gran importancia. La primera de ellas es la redefinición del marco de los Tratados. El Tratado de la Unión Europea (TUE) pasaría a ser el centro del sistema, con un cierto perfil constitucional, breve y oscuro, mientras que el Tratado de la Comunidad Europea abandonarían su cincuentenaria denominación y adquirirían una nueva identidad como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), recogiendo la mayor parte

<sup>1</sup> 6655/08. Cfr. la opinión precavida de M. P. Andrés Sáenz de Santamaría, “El Tratado de Lisboa: comienza una nueva etapa para Europa”, *Diario La Ley*, 6851, 2007: “De este opaco bosque normativo no se va a proporcionar ninguna versión consolidada oficial durante el proceso de ratificación, seguramente para evitar facilitar su comparación con la Constitución Europea, por el temor de que resurjan dificultades políticas en algunos Estados miembros. Así pues, durante un tiempo serán inevitables los ejercicios de intertextualidad o el recurso a versiones no oficiales”.

<sup>2</sup> No es la primera vez que un exceso de entusiasmo determina la caída de una iniciativa europea de crecimiento. El ejemplo de la Comunidad Europea de Defensa y de la Comunidad Política Europea no debería abandonar el recuerdo de los dirigentes comunitarios.

del anterior contenido. Desaparecería así la Comunidad y sobreviviría únicamente la Unión, titular de la mayor parte de las competencias, y la Comunidad de la Energía Atómica, con un papel claramente menor<sup>3</sup>. Esta fusión, no tan extrema como la que planteaba el proyecto de Constitución, no simplificaría sin embargo con éxito el panorama y obligaría además a un reajuste terminológico. Cuando entre en vigor el Tratado, sí podrá hablarse de la política social de la Unión Europea, pero se abrirá la incógnita de las menciones al “Derecho comunitario” y la mayor corrección del adjetivo aplicable al Derecho de la Unión, “unitario”, “unido” u otro término. Dentro de este plano simbólico, merece la pena resaltar la renuncia a plasmar en el Tratado cualquier referencia a himno, bandera o lema<sup>4</sup>, el mantenimiento de los nombres de Reglamento y Directiva, abandonando las esbozadas leyes y leyes marco europeas, o la desaparición de la cláusula del proyecto de Constitución que reconocía el principio de primacía, ahora relegada a una Declaración anexa de la Conferencia Intergubernamental<sup>5</sup>.

En el marco de esa reordenación, la materia social experimentaría ligeros cambios de escenario. La libre circulación de trabajadores pasaría a ocupar el Capítulo I del Título IV (artículos 45 a 48 TFUE); la política de inmigración, el Capítulo II del Título V; la política de empleo el Título IX (artículos 145 a 150 TFUE), siendo el antecesor inmediato de la política social, que se situaría en el Título X (artículos 151 a 161 TFUE). Éste llevaría por título simplemente “Política social”, como se había previsto también en la Constitución, desgajando las disposiciones sobre el Fondo Social Europeo en el nuevo Título XI<sup>6</sup> y sobre educación, formación profesional, juventud y deporte en un nuevo Título XII. Por último, la cohesión económica y social se regularía en el Título XVIII (artículos 174 a 178 TFUE).

La segunda gran cuestión ha sido el intento de ordenación institucional esbozado. El Título III del Tratado de la Unión recogería en el futuro una mención introductoria de las principales instituciones, sobre cuyos detalles de funcionamiento abundaría el Tratado de Funcionamiento. Se plasmaría así mismo la figura del Presidente del Consejo Europeo y se limitaría el número de miembros de la Comisión a los dos tercios del número de Estados miembros, estableciéndose un sistema de rotación igualitario entre éstos. El Tribunal de

<sup>3</sup> La Declaración nº 54, anexa al Tratado de Lisboa, recoge la voluntad de algunos Estados de que se proceda, cuanto antes, a la reforma y adecuación del EURATOM.

<sup>4</sup> En la Declaración nº 52, 16 Estados miembros hacen constar que los planteados en la Constitución seguirán siendo para ellos los símbolos de su pertenencia a la Unión.

<sup>5</sup> La Declaración nº 17 recoge además un Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007 en el que se señala que el hecho de no incluir la primacía en los Tratados no cambia en nada el panorama comunitario.

<sup>6</sup> La Constitución había optado por crear un escueto artículo III-219 para regular el Fondo.

Justicia pasaría de denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea, abarcando al Tribunal de Justicia, el Tribunal General (el antiguo Tribunal de Primera Instancia) y los tribunales especializados.

Dentro de este intento de racionalización organizativa se reconfiguran, simplificándolos, los procesos legislativos. La codecisión se transformará en el “procedimiento legislativo ordinario”, recogiendo el texto del Tratado a partir de su entrada en vigor una mención bicéfala al Consejo y al Parlamento, con lo cual se hace visible la cotitularidad de este último del poder legislativo. A su lado, se crearía una amplia categoría de “procedimientos legislativos especiales”, donde se subsume la antigua consulta y otros procedimientos que difieran del ordinario. Desaparecen la cooperación y el dictamen conforme. Por último, debe destacarse que se dará una nueva definición de la mayoría cualificada, que aparece formulada en el artículo 16.4 TUE como la norma de votación ordinaria y regulada detalladamente en el artículo 238 TFUE.

Para completar el panorama, debe hacerse referencia al nuevo mecanismo doble de reforma de los Tratados que contendrá el futuro artículo 48 TUE. En función de si la reforma proyectada afecta o no a las competencias atribuidas a la Unión, se iniciará un procedimiento ordinario o simplificado. El primero se llevará a cabo a través de la convocatoria de una Convención (salvo casos excepcionales), con una nutrida participación institucional. El segundo, a través del cual no pueden aumentar las competencias de la Unión, se basa en una decisión del Consejo Europeo por unanimidad. En ambos casos, la ratificación de los Estados miembros es un requisito insoslayable.

## 2. SOBRE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA SOCIAL

Retomando el hilo de actuación que se había plasmado en la Constitución Europea, el Tratado de Lisboa intenta aclarar el panorama formal de la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Unión. El contenido de las bases jurídicas no ha sido, como regla general, objeto de la reforma, sino que la meta parece haber sido ofrecer un cuadro conceptual que ofrezca un catálogo más claro que el hasta ahora existente.

Merece la pena resaltar también la multiplicación de las menciones del principio atributivo. Como se sabe, éste es el fundamento del sistema de competencias de la Unión, expresando, en síntesis, que toda su capacidad de actuar se deriva de lo recibido de sus Estados miembros por obra de los Tratados, para la consecución de determinados objetivos. La consagración de este principio por el Tratado de la Unión Europea en 1992 en el antiguo artículo 3B TCE no había cambiado en nada las reglas que ya se extraían de los textos de 1957. Y nada cambiará con la hipotética entrada en vigor de la

reforma. Sin embargo, la proyectada redacción futura de los Tratados aparecerá colmada de referencias a este principio. Así, en el primer párrafo del artículo 1 TUE se leería que “los Estados miembros atribuyen [a la Unión] competencias para alcanzar sus objetivos comunes”. Nuevamente se define en el artículo 5.2 TUE, se puede ver claramente en el artículo 1.1 TFUE, en el artículo 7 TFUE y tiene numerosas apariciones más en otros preceptos, protocolos y declaraciones anexas, ya sea formulado de forma positiva o negativa, activa o pasiva. Valorando el conjunto, parece que los Estados intentan crear un placebo jurídico que les reafirme en la seguridad de la posesión de sus competencias.

El esfuerzo de sistematización mencionado sigue la línea de la Constitución Europea. El Título I del TFUE reproducirá, con los debidos ajustes terminológicos, el Título III de la Constitución, con un nuevo artículo 2 TFUE que recogerá la quintuple clasificación de las competencias de la Unión: exclusivas, compartidas, de coordinación económica y en empleo, en materia de política exterior y de seguridad común, y de apoyo, coordinación o complemento (complementarias).

En el ámbito de las primeras, “sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión”. Como había señalado el Praesidium de la Convención que preparó la Constitución, este último inciso se introdujo para recordar que, por regla general, corresponde a los Estados la aplicación del Derecho de la Unión. El artículo 3 TFUE contendrá una enumeración de las competencias exclusivas de la Unión que debía considerarse exhaustiva y cerrada: la unión aduanera, el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior, la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro, la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común y la política comercial común. Ninguna materia de contenido social podrá encontrarse aquí. La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración estuviera prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando fuera necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pudiera afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

El segundo párrafo del artículo 2 TFUE recogería a su vez la definición de las competencias compartidas, vocablo que se ha preferido al también manejado doctrinalmente “concurrentes”. Tanto la Unión como los Estados miembros tienen potestad para legislar en los campos en los que existen. En primer lugar, se distinguen las competencias compartidas de las competencias en las que la Unión tiene meros poderes de coordinación. En segundo lugar, debe señalarse la plasmación, introducida mediante una enmienda, de una regla

sobre el ejercicio efectivo, tanto en su variante positiva como negativa. En tercer lugar, las competencias compartidas se configurarían en el primer párrafo del artículo 4 TFUE como un ámbito residual (aunque por número sea el más grande), ya que tendrán tal carácter todas aquellas que no estén recogidas en los artículos dedicados a las competencias exclusivas o a las de coordinación. Siendo así, es difícil justificar la inclusión de una lista, que sólo tendrá carácter ejemplificativo, donde aparecen listadas las competencias sobre el mercado interior (que afecta a la libre circulación de trabajadores), la política social “en los aspectos definidos en el presente Tratado”<sup>7</sup>, la cohesión económica, social y territorial, y el espacio de libertad, seguridad y justicia (donde encaja la política de inmigración).

El artículo 5 TFUE recogerá la intención de la Constitución Europea de plasmar el carácter específico de la coordinación de las políticas económicas y de empleo. En su momento, juzgando por el número de enmiendas presentadas durante los trabajos de la Convención y las tendencias enfrentadas en ellas, la categoría había sido polémica y la redacción final reflejó un compromiso entre todas estas posiciones. Este futuro artículo 5 TFUE supondría la plasmación del método abierto de coordinación como estrella ascendente en el firmamento comunitario, elevado a la dignidad de los Tratados y ya no construido únicamente sobre documentos de trabajo de la Comisión. En materia de empleo el método abierto se concibe como obligatorio, dejando a la Unión la iniciativa para desarrollarlo en el contexto de las políticas sociales de los Estados.

La quinta categoría de competencias previstas en el futuro Tratado será la de las competencias complementarias, cuyo ejercicio en lo sustancial no priva a los Estados de ninguna atribución. El papel de la Comunidad sería en estos casos completamente secundario<sup>8</sup>. Recogidas en el artículo 6 TFUE, se formulaban como ámbitos de “apoyo, coordinación o complemento”. En las materias incluidas, que deberán ser interpretadas en sentido restrictivo, la competencia legislativa pertenecerá a los Estados miembros con carácter exclusivo. Su vertiente social viene determinada por las menciones a la formación profesional.

<sup>7</sup> Debe resaltarse que esta nueva aparición del principio atributivo sólo aparece en este apartado de toda la lista, poniendo de manifiesto el considerable interés de los Estados en mantener firmes las riendas de sus políticas sociales.

<sup>8</sup> Cfr. T. De la Cuadra-Salcedo Janini, *El sistema europeo de distribución de competencias*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p.125: “Lo que caracteriza a estas competencias es que la Comunidad puede apoyar o complementar las medidas estatales pero su ejercicio por la Comunidad no conlleva en ningún caso la prevalencia de la norma comunitaria ni por tanto el desplazamiento de la norma estatal. En este caso la posible colisión que se pudiera provocar entre las normas de ambos niveles territoriales se resuelve a través del principio de atribución nunca a través del principio de primacía o prevalencia”.

Por último, ya no en el campo de la atribución de competencias sino en el de su ejercicio, debe hacerse mención a los ajustes que experimentará la formulación del principio de subsidiariedad, recogido en el futuro artículo 5.3 TUE. La nueva redacción es verdaderamente limitativa, al establecerse que la Unión intervendrá “sólo en el caso de que” los objetivos no puedan ser alcanzados por los Estados. La acción comunitaria se configurará de forma irremediamente secundaria, añadiendo además una precisión sobre los distintos niveles de poder territorial dentro del Estado. Por último, se añade un nuevo apartado que potencia el papel de los Parlamentos nacionales en el control del respeto de este principio, como ya se había esbozado en la Constitución. El Protocolo nº 2, anexo al Tratado, recalcará y desarrollará la aplicación efectiva del principio.

### 3. ¿LA SOLUCIÓN AL DILEMA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Estas consideraciones sobre el tema competencial conducen al artículo 6 TUE, donde parece ponerse fin a una larga historia de vacilaciones a propósito del tratamiento de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas. La Carta de Niza, tal y como fue adoptada en Estrasburgo en 2007, tendrá a partir de la hipotética entrada en vigor del Tratado de Lisboa el valor jurídico del Derecho originario, sin que ello implique atribución de competencia alguna a la Unión en esta materia. Su interpretación queda diluida por las trabas que establece el propio artículo 6 TUE, pero una base ha quedado sentada. En efecto, la mencionada proclamación de Estrasburgo afectó principalmente al Título VII, referente a la interpretación y aplicación de la Carta. Se introdujeron en él todo tipo de cortapisas al alcance de la Carta, recalcando que no tiene trascendencia competencial alguna y que los Estados sólo están vinculados por ella en tanto apliquen el Derecho de la Unión.

La aplicación que el Tribunal de Justicia haga de este nuevo instrumento de su arsenal determinará si la Carta conserva su actual estatus de comprimario o se convierte en una nueva *prima donna* de la escena europea. Ahora bien, este uso como parámetro en las decisiones, que el Tribunal ya estaba llevando a cabo con frecuencia<sup>9</sup>, quedará irremediamente vinculado a “las explica-

<sup>9</sup> Por ejemplo, en sus Conclusiones sobre los asuntos *Booker e Hydro* (asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00), el Abogado General Mischo la calificó de como “la expresión, al más alto nivel, de un consenso político democráticamente elaborado sobre lo que hoy debe considerarse como el catálogo de los derechos fundamentales, garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario”.

ciones elaboradas para guiar en la interpretación de la (...) Carta”, esto es, el polémico documento elaborado por el Presidium de la Convención Europea que lleva por título “Explicaciones actualizadas sobre el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales” (CONV 828/1/03). A ello hay que añadir las singulares posiciones de algunos Estados miembros frente a la Carta, plasmadas en los Protocolos y Declaraciones anexas al Tratado.

El segundo desencuentro que concluiría con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa tiene por protagonista al Convenio Europeo de Derechos Humanos. A partir de su ratificación en 1974 por parte de Francia, último de los Estados miembros en hacerlo, el Tribunal ha venido utilizando el Convenio como criterio interpretativo en su jurisprudencia<sup>10</sup>. Sin embargo para la Comisión no era suficiente tal grado de compromiso, cuyos defectos quedaban patentes para la doctrina<sup>11</sup>. Hasta 1990 no instó formalmente al Consejo para que autorizara las negociaciones sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia, objeto de notables críticas, descartó tal posibilidad, ante la falta de competencia de la Comunidad para hacer que sus instituciones legislen sobre derechos fundamentales y el hecho de que la adhesión al Convenio situaría a la Comunidad en un marco institucional distinto, lo que impediría el recurso al antiguo artículo 235 TCEE para suplir tal laguna<sup>12</sup>.

El artículo 6.2 TUE recogerá la obligación de que la Unión se adhiera al Convenio, sin que esta decisión suponga, nuevamente, atribución de competencia alguna. De esta forma se sobrevuela el obstáculo planteado por el Tribunal de Justicia de una forma que no es, en modo alguno, muy precisa jurídicamente. Cerrada esta brecha, se plantea ahora un escenario de futuro cuando menos dudoso: un Tribunal de Justicia, hasta ahora omnipotente, sometido hipotéticamente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a pesar de formar parte de ordenamientos jurídicos diferentes<sup>13</sup>. Nuevamente el tiempo tiene la palabra para decidir sobre los resultados de esta posible crisis.

Finalmente, el nuevo artículo 8 TFUE, heredero del antiguo artículo 3.2 TCE, mantendrá el enfoque de horizontalización del principio de igualdad entre

<sup>10</sup> Por primera vez en la STJCE de 28.01.1975, *Rutili*, asunto 36/75, Rec.1975, p.1219.

<sup>11</sup> Por todos, cfr. B. Valdés de la Vega, “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia”, *Revista de Derecho Social*, 23, 2003, pp.39–40.

<sup>12</sup> Vid. C. Escobar Hernández, “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica?”, *Revista de Integración Europea*, 3, 1996, pp.828 y ss.

<sup>13</sup> La Declaración nº 2 precisa que la adhesión deberá llevarse a cabo de forma que preserve las especificidades del Derecho de la Unión, señalando la necesidad de un diálogo fortalecido entre ambos órganos.

el hombre y la mujer<sup>14</sup>, que deberá estar presente en todas las acciones de la Comunidad, incluyendo el tratamiento de la violencia doméstica, como precisa la Declaración nº 19. De forma paralela, se introduce un nuevo artículo 10 TFUE donde, de forma más liviana, se pedirá a la Unión que trate de luchar, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. A estas declaraciones generales de principios corresponderían después las apropiadas bases jurídicas, ya presentes en los Tratados, que habilitan la intervención comunitaria.

#### 4. PEQUEÑOS RETOQUES Y OCASIONES PERDIDAS

A primera vista, es inevitable la impresión de que el Tratado de Lisboa, si llega a entrar en vigor, no será recordado, en materia social, como un hito de la categoría de los de Maastricht o Amsterdam. Podría decirse incluso arriesgadamente que palidece ante el Acta Única Europea<sup>15</sup> o el Tratado de Niza<sup>16</sup>. El contenido social de esta reforma se ha centrado en la introducción de una serie de ajustes, de tipo procedimental en línea con el planteamiento general o específicos de la materia que ahora ocupa, pero de un calado que desborda el percibido en una primera impresión.

En las nuevas formulaciones de objetivos de la Unión recogidas en los artículos 2 y 3 TUE (casi copias literales de los artículos I-2 y I-3 de la Constitución), se distinguirían varios contenidos sociales: las menciones a la igualdad, la no discriminación, la libre circulación de personas, la economía social de mercado (empleando las palabras de Ludwig Erhard) altamente competitiva, el pleno empleo, el progreso social, la lucha contra la exclusión social o la cohe-

<sup>14</sup> La Constitución, en este campo, tenía el llamativo rasgo de que todas las menciones a este principio habían sido ajustadas de tal forma que siempre se referiera a la igualdad entre mujeres y hombres. Tal trabajo de ajuste no se ha repetido, curiosamente, en el nuevo Tratado.

<sup>15</sup> Recuérdese que ésta, como contenido social principal, añadió un nuevo artículo 118 A TCEE, que otorgaba base jurídica propia a la seguridad y salud en el trabajo, y un nuevo artículo 118 B TCEE, que buscaba el fomento del diálogo social a nivel europeo.

<sup>16</sup> Introdujo, a su vez, nuevas materias en el ámbito de la Política social comunitaria: lucha contra la exclusión social y modernización de los sistemas de protección social. Introdujo además ajustes procedimentales, en su mayoría destinados a reflejar el abandono de la consulta y la unanimidad en pro de la codecisión y la mayoría cualificada en materia de igualdad (art.13.2 TCE), derecho a circular y residir libremente (art.18 TCE), elaboración de Acuerdos (art. 139.2 TCE), industria (art.157.3 TCE), entre otros preceptos. Junto a estas medidas positivas, el Tratado de Niza trajo consigo además una considerable cantidad de cortapisas a la acción comunitaria, de tipo financiero y procedimental.



sión económica y social. Aunque reformuladas, todas estas ideas ya estaban presentes en los antiguos Tratados, si bien su concentración y sistematización en estos dos preceptos debería permitir una concepción clara de lo que debe ser el modelo social europeo.

En el Tratado de Funcionamiento, el artículo 9 TFUE puede ser considerado como una cláusula social de seguridad. Tomando elementos de los antiguos artículos 127.2 TCE y 136 TCE y añadiéndoles algún matiz, este precepto establecerá una cláusula de horizontalización, semejante a la señalada antes para la discriminación, para el núcleo del modelo de perfiles borrosos: “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”. La trascendencia real de esta declaración queda pendiente de demostración con su puesta en práctica, que hará ver si es una huería declaración programática más o un auténtico intento de encarrilar por la vía de lo social el futuro del acervo de la Unión. El carácter ni claro, ni preciso ni incondicional de la afirmación, en cualquier caso, inclina las profecías hacia la primera solución.

También en el campo de los principios, se ha dejado pasar la oportunidad de revisar la redacción del futuro artículo 151 TFUE (actual 136 TCE). Se trata de un artículo construido a base de aluviones, donde apenas nada se ha rectificado o puesto al día desde su redacción en el Tratado de Roma, sino que por el contrario ha ido admitiendo con escaso concierto nuevos elementos. El tercer párrafo, por ejemplo, continúa recogiendo lo previsto en 1957 sobre el funcionamiento del mercado común y el empleo de los mecanismos del Tratado y de la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, que conducen a la armonización de los sistemas sociales. La modificación del primer apartado del artículo 136 TCE y la interpolación de un nuevo apartado segundo en 1997 hacen que este tercer párrafo sea en la actualidad poco claro. En definitiva, un ajuste de este precepto, concordándolo con lo recogido en el artículo 2 TUE, habría sido deseable, aunque su consecuencia práctica sea, debe reconocerse, escasa.

De la misma manera, la lista de bases jurídicas del artículo 152 TFUE (antiguo artículo 137 TCE) podría haber sido mejorada. Resulta difícil no criticar la defectuosa factura de este precepto. La lista de materias es poco precisa, desordenada e induce a la confusión. Conforme a la redacción dada en el Tratado de Amsterdam, era considerablemente más claro a la hora de clasificar materias y procedimientos, mientras que en el futuro, al no haberse corregido la redacción dada en Niza, se entremezclarán las remisiones al procedimiento legislativo ordinario y al especial, a la votación por mayoría cualificada

y a la unanimidad. Se impone una reforma del Derecho originario que depure este precepto y aclare el panorama social, eliminando posibles redundancias y contradicciones, y vincule claramente materias, vías de actuación y herramientas disponibles.

Ya con un mayor calado material, el futuro artículo 156 TFUE (sucesor del artículo 140 TCE) incorporará un nuevo inciso final que describe nuevas funciones de la Comisión: proponer iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. De todo ello se informará periódicamente al Parlamento Europeo. Esta modificación debe entenderse como la recepción solemne del método abierto de coordinación en el cuerpo de los Tratados, superando así las vacilaciones que se habían planteado en el seno de la Convención con motivo de la elaboración de la Constitución Europea<sup>17</sup>.

Con la posible entrada en vigor de la reforma, el papel central de la Comisión se consolidaría formalmente. Hasta ahora, ha venido ocupando, ciertamente, una posición muy relevante como motor de la aplicación del método abierto<sup>18</sup>, más allá de lo previsto inicialmente en Lisboa y por supuesto de lo

<sup>17</sup> De entre la abundante actividad de reflexión de la Convención pueden resaltarse las conclusiones del Grupo VI (Gobernanza económica), que señaló “un amplio apoyo a la inclusión en el Tratado Constitucional, por motivos de claridad, de los objetivos, procedimientos y límites básicos del método abierto de coordinación, en el que también deberían desempeñar un papel el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, pero de forma que no perjudique a la flexibilidad del método (que es una de sus ventajas principales) y que no tenga por efecto la sustitución o la elusión de procedimientos o políticas de la Comunidad”. El Grupo IX (Simplificación) insistió en la línea de la inclusión en el Tratado, pero desde un planteamiento radicalmente opuesto a lo defendido doctrinalmente. Consideraba que el método abierto “se refiere a la acción concertada de los Estados miembros al margen de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión” y que “no debe confundirse este método con las competencias de coordinación atribuidas a la Unión por diversas bases jurídicas, especialmente en materia económica y de empleo”. Como se puede constatar, ni siquiera entre los propios protagonistas del Derecho comunitario está claro el alcance de este método. El Grupo V (Competencias complementarias), también sugiriendo la pertinente incorporación al Tratado, propuso en su Informe definitivo la siguiente caracterización del método abierto de coordinación: “un proceso de planificación, examen, comparación y ajuste de las políticas (sociales) de los Estados miembros (de la UE) que se nutra de una información mutuamente suministrada y esté basado en objetivos comunes”. Por último, el Grupo XI (Europa social) también apuntaba a la necesidad de un planteamiento expreso y claro en el texto del Tratado, poniendo el acento en señalar que no debería utilizarse en ningún caso para socavar las actuales competencias de la Unión o de los Estados miembros. La justificación de la nueva categoría residía, para la Convención, en “el carácter específico de la coordinación”.

<sup>18</sup> Cfr. M. Telò, “La gouvernance économique et sociale et la réforme des traités. La méthode ouverte de coordination”, en VV.AA. (G. Vandersanden y A. de Walsche, coords.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2003, p.484: “Le rôle important dévolu à la Commission semble souvent aller de pair dans les traités avec le rapport au concept de coordination plutôt qu’avec celui de coopération, un concept plus souple et de toute évidence de nature plus nettement intergouvernementale”.

contemplado en el Tratado<sup>19</sup>. Este protagonismo ha tenido una doble dimensión: por un lado, los diseños contemplados en las numerosas Comunicaciones elaboradas por ella han sido llevados a la práctica, creando así la actual configuración del método. En segundo lugar, buena parte de la labor de evaluación comparativa ha quedado encomendada a esta Institución en el ámbito de la protección social. La Declaración nº 31 recalcará, en todo caso, que el papel principal en la puesta en práctica de estas políticas corresponde a los Estados, y que el rol de la Unión es simplemente complementario.

Un último e ínfimo ajuste se refiere a la supresión del segundo párrafo del artículo 159 TFUE (antiguo artículo 143 TCE). La mención a la capacidad del Parlamento de solicitar informes de la Comisión sobre problemas sociales específicos, que aparecía duplicada en los artículos 143 y 145 TCE, será eliminada, en un acertado trabajo de depuración del Tratado. Este loable esfuerzo, sin embargo, no se extiende a otros preceptos donde sería conveniente. Por ejemplo, los artículos que recogen la creación de los comités de empleo (150 TFUE) y de protección social (160 TCE) seguirán redactados como posibilidades de futuro, cuando dichos órganos ya están en funcionamiento.

En definitiva, el Tratado de Lisboa se ha limitado a llevar a cabo algunos ajustes en lo que a la política social, entendida en sentido estricto, concierne. Si hubiera que escoger el más relevante de entre todos ellos, éste sería, casi con total seguridad, el reconocimiento formal del método abierto de coordinación, con carácter global y ya no limitado al campo del empleo, en el Derecho originario. Este hecho simboliza claramente los nuevos rumbos, iniciados en 2000, por los que probablemente discurra el devenir social comunitario.

## 5. EL DIÁLOGO SOCIAL Y EL MANTENIMIENTO DE UNA DESVIACIÓN

La creación de un nuevo artículo 152 TFUE, donde se establecerá que la Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas, asume la apariencia de un importante hito en el camino que se inició en el Acta Única Europea. El establecimiento de un precepto singular que proclama la importancia del diálogo social, ya señalado como fin de la política social de la Unión en el artículo 151 TFUE, resalta su consideración central en el modelo europeo, en línea con lo comentado anteriormente sobre otras simbólicas declaraciones.

<sup>19</sup> Vid. M. Robles Carrillo, "El método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 239, 2005, p.11.

Ahora bien, reconociendo su importancia formal, el precepto venidero merece ser objeto de varias críticas. En primer lugar, su colocación no es afortunada. Debería haberse situado junto a los artículos que regulan la efectiva participación de los interlocutores sociales en el procedimiento legislativo comunitario. Un capítulo II dentro del Título X, que recogiera los artículos 152, 154 y 155 TFUE, obedecería a una sistemática mucho más racional. En cuanto a su contenido, en cierta medida repite lo afirmado en el artículo 154 TFUE, con mínimas variaciones de redacción. Por añadidura, no puede sostenerse que tenga auténtica relevancia la indicación a la cumbre social tripartita, que no aparece definida en modo alguno en el Tratado, para que contribuya al diálogo social.

A esta modificación debe yuxtaponerse en el análisis el mantenimiento de una práctica desviada del texto del Tratado. El artículo 155 TFUE seguirá manteniendo que los acuerdos de los interlocutores sociales podrán ser aplicados a través de una decisión del Consejo. Insistiendo en esta cuestión, se añadirá un inciso al primer párrafo del apartado 3 del artículo 153 TFUE (antiguo 137.3 TCE), donde se recuerda que los interlocutores sociales nacionales pueden aplicar, a semejanza de cualesquiera directivas, las decisiones del Consejo adoptadas de conformidad con el artículo 155 TFUE. Aunque la redacción del artículo 155 TFUE se refiera a una “decisión del Consejo”, dando la apariencia de que el acto típico del artículo 288 TFUE es el precedente<sup>20</sup>, esta interpretación ha sido desmentida por la realidad, encajando con la versión alemana del texto, que contiene el término *Beschluss* y no *Entscheidung*, que es el empleado en la enumeración de los actos típicos. Los seis acuerdos dotados de esta clase de eficacia han sido incorporados como anexos a directivas del Consejo, aplastando con rotunda uniformidad las dudas doctrinales.

Los redactores del proyecto de Constitución Europea fueron conscientes de este desajuste y el texto del artículo III-212 contemplaba la adopción de reglamentos o decisiones europeos, mediando informe al Parlamento Europeo, aunque esta solución no habría puesto fin a los problemas detectados<sup>21</sup>. Los redactores del Tratado de Lisboa optaron por pasar por alto la anomalía y mantener, sosteniendo y no enmendando, que la decisión del Consejo es el eje de la aplicación heterónoma de los acuerdos de los interlocutores sociales comunitarios. La única explicación razonable para esta obstinación es que el Consejo haya decidido alterar su práctica en el futuro e iniciar la incorporación de estos acuerdos a través de estos instrumentos.

<sup>20</sup> En la doctrina española, pionero y extensamente, A. Ojeda Avilés, “Los euroacuerdos reforzados y la naturaleza de la decisión del Consejo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 62, 1993.

<sup>21</sup> Sobre esta previsión, M. C. Aguilar González, *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp.232 y ss.

## 6. UNA LIBRE CIRCULACIÓN DE MIRAS MÁS AMPLIAS

Enclavado en la Ciudadanía de la Unión y ya no en el mercado interior, el artículo 21 TFUE (antiguo artículo 18 TCE) regulará la libre circulación de la que disfruta todo ciudadano de la Unión. Merece la pena señalar la inversión conceptual, ya presente en el actual Derecho originario, que se ha producido en este derecho vinculado con la ciudadanía de la Unión frente a la libre circulación de trabajadores. Ésta consideraba su núcleo esencial la prohibición de cualquier discriminación basada en la nacionalidad y el derecho a desplazarse se configuraba como un contenido instrumental. En cambio, el desplazamiento es aquí el corazón del derecho y la prohibición de discriminación tiene un tratamiento independiente en el futuro artículo 18 TFUE, aunque sea inconcebible sin ella. A pesar de su planteamiento general, este artículo tiene carácter residual, como sucede también a propósito del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, ya que se empleará cuando los Tratados no hayan previsto otros poderes de acción al respecto. Su verdadera utilidad parece limitarse a amparar a quienes se desplazan por motivos no económicos<sup>22</sup>. De ahí su utilización como base jurídica de apoyo, nunca en solitario, en el Derecho derivado.

El Tratado de Lisboa supondrá un considerable avance en este campo en materia social. El Tratado de Niza había incorporado a este artículo un tercer apartado que excluía la aplicación del artículo en materia de los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado, o disposiciones referentes a la seguridad social o la protección social. Dicho apartado será suprimido y dará paso a uno nuevo donde se recogerá la posibilidad de que el Consejo, mediante un procedimiento legislativo especial, previa consulta al Parlamento Europeo, y decidiendo por unanimidad, adopte medidas sobre seguridad social o protección social.

Con esta decisión se llenaría un importante hueco que obligaba a recurrir a la cláusula de flexibilidad del antiguo artículo 308 TCE para aprobar normativa sobre estas cuestiones cuando afectara a personas que no fueran trabajadores por cuenta ajena. Sirve como ejemplo el Reglamento (CE) n° 883/2004, llamado a sustituir al actualmente vigente cuando se apruebe su Reglamento de aplicación. Se sustenta sobre una base doble: el antiguo artículo 42 TCE, como era de esperar, completado por el artículo 308 TCE. La utilización de este último se debe a la existencia en la norma de medidas referidas a quienes no son trabajadores por cuenta ajena, como justifica la propia exposición de

<sup>22</sup> STJCE de 18.01.2007, *Comisión contra Suecia*, asunto C-104/06, Rec.2007, p.I-671: “En lo que atañe a las personas que ya no ejerzan una actividad económica, se impone la misma afirmación por motivos idénticos a los expuestos al examinar la imputación relativa al artículo 18 CE”.

motivos. La primera propuesta incluía como base jurídica el artículo 8 A TCE (después reenumerado como artículo 18 TCE y a punto de transformarse en el comentado artículo 21 TFUE) como base jurídica adicional, si bien se descartó en la tramitación del reglamento sin que conste justificación alguna. La explicación era la falta de un apoyo jurídico, que queda ahora solventada con esta modificación. Ciertamente, es un paso muy importante en la consolidación de la Ciudadanía de la Unión, puesto que abre las fronteras de la Seguridad social para todos los ciudadanos, desbordando la concepción profesional vinculada a la libre circulación y permitiendo concebir una Europa de los ciudadanos no muy lejana.

En línea con estos meritorios ajustes técnicos, que revelan una cuidada reflexión sobre las fallas del Derecho originario y que por desgracia no se ha extendido a otros ámbitos ya comentados, el artículo 48 TFUE (antiguo artículo 42 TCE) será también objeto de un ligero ajuste. La base jurídica para la articulación de los regímenes nacionales de Seguridad social ya no se limitará a “los trabajadores”, sino que tendrá una redacción más precisa: “trabajadores migrantes, por cuenta ajena y por cuenta propia”. De esta forma se cubrirá otra laguna que obligaba al recurso a la cláusula de flexibilidad para regular los desplazamientos de los trabajadores autónomos, como había sucedido con ocasión del Reglamento (CEE) n° 1390/81. Con ello se ganará en precisión técnica y se facilitará el procedimiento, al pasar esta materia al procedimiento legislativo ordinario y a la votación por mayoría cualificada. Resulta curiosa, por lo demás, la inclusión del término “migrante”, abandonado por el Tribunal de Justicia a raíz de la sentencia *Unger*, y que nunca hasta ahora había tenido cabida en los Tratados.

Junto a estos indudables progresos, el Tratado de Lisboa traerá consigo una importante limitación. Al artículo 48 TFUE se le añadirá un nuevo inciso final, que quizás habría sido más acertado construir como apartado segundo, y que guarda un ligero parecido con la ya existente cautela del artículo 152.4 TFUE sobre las medidas que puedan afectar a los sistemas nacionales de Seguridad social. En efecto, conforme a este nuevo texto, un Estado podrá remitir al Consejo Europeo, para su examen, los proyectos de actos legislativos que perjudiquen a aspectos importantes de su sistema de Seguridad social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o cuando afecte a su equilibrio financiero. De esta forma, se otorgará un derecho de re-examen a los Estados, en la más intergubernamental de las instituciones comunitarias, en tan delicadas materias.

Valorando la extensión de la capacidad normativa de la Unión, no sorprende la aparición de este nuevo límite. Al abrir a toda la ciudadanía, en determinadas circunstancias, la capacidad de exportar sus prestaciones, pueden estar creándose brechas que debiliten la solvencia de algunos sistemas. Por

añadidura, la extensión no uniforme de las nuevas medidas nacionales de protección, como puede ser el seguro de dependencia, crea un escenario asimétrico contra el que se quieren proteger los países más desarrollados en este campo. El hecho de que el examen haya de ser realizado por el Consejo Europeo pone de manifiesto la importancia política que se otorga a esta cuestión y se enmarca en la línea de consolidación del órgano como cabeza pensante del diseño, que no de la ejecución, de la política social de la Unión Europea.

## 7. CONCLUSIÓN

De lo hasta ahora expuesto se desprende claramente que el Tratado de Lisboa no contiene novedades de relumbrón como pudieron ser el Protocolo de Maastricht o el Título VIII en Amsterdam. Sin embargo, esto no debe conducir a la conclusión de que vaya a pasar por la materia social sin dejar huella. El examen de lo consolidado revela un trabajo de perfil poco destacado, pero que en el fondo contiene algunas novedades más sustanciales que las que recogía la mucho más ambiciosa Constitución Europea. Además, los nuevos mecanismos de reforma de los Tratados sitúan a la Unión ante un escenario de mayor flexibilidad que puede permitirle avanzar con mayor ligereza, corrigiendo esos defectos, y encarando con otras perspectivas sus próximas décadas de existencia.

En todo caso, serán necesarias nuevas reformas antes de que los reproches puedan centrarse únicamente en la oportunidad de las decisiones, y no en su dificultad o insuficiencia jurídica. Más allá del trabajo técnico, no obstante, queda el político, para convencer a los ciudadanos de que el modelo es defendible y eficaz. Sólo así se decidirá si el análisis que recoge este trabajo es la autopsia de un *nasciturus* o el diagnóstico de un porvenir.

# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR DE OFICINAS Y DESPACHOS (1999-2006)

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS

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

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

*Profesor Colaborador Doctor de Derecho del Trabajo*  
*y de la Seguridad Social.* Universidad de Cádiz

## **EXTRACTO** Palabras Clave: Negociación Colectiva, contenido, Oficinas y despachos

Como consecuencia de su proceso de adaptación a las transformaciones económicas, sociales y organizativas producidas en los últimos años, la negociación colectiva del sector de oficinas y despachos ha visto desmembrarse su ámbito natural –sustancial– de aplicación en un conjunto de múltiples unidades negociales específicas. El que inicialmente parecía iba a convertirse en el macrosector por excelencia del sector de servicios ha pasado a ser el “hermano” pobre de la familia negocial de este rama de actividad, un sector residual, segunda malla de protección para evitar y cubrir eventuales vacíos de negociación. Las características estructurales del sector, con predominio de microempresas y organizaciones de representación de intereses colectivos con grandes dificultades para alcanzar la legitimidad suficiente para suscribir acuerdos de eficacia general han condicionado en gran medida el panorama actual, en el que predominan los convenios provinciales, sin presencia de mecanismos de articulación convencional y con una notable utilización de la figura de la extensión de convenios como mecanismo habitual de cobertura de vacíos negociales. El intenso apego de los sujetos negociadores a la Ordenanza condiciona notablemente el contenido negocial, pobre y escasamente innovador, anclado en viejas tendencias que, a la postre, induce a la adaptación vía individualización de las relaciones laborales. La posibilidad de alcanzar un convenio colectivo general estatal, de carácter marco, sería una alternativa Razonable que daría respuesta y solución a muchos de los problemas actuales del sector.

## **ABSTRACT** Key Words: Collective Bargaining, content and Regulation of workers in Companies

As a result of the adaptation process of social, economic, and organisational transformation produced in the past years, the private sector collective bargaining cornerstone has been broken. At first, the service sector seemed that it would have been converted into the excellence “macro-sector” but now, collective bargaining in this area has just turned out to be the “poor brother” left behind, containing secondary elements to cover real bargaining gaps and deficiencies.

The current scenario has predominantly provincial agreements, without conventional mechanisms and without a notably figure of agreement as a mechanism of extension of coverage for regular national gaps. Therefore, the sector current characteristics with the PYMES–*Pequeña y media empresa*– (small and medium enterprises) and organisation collective interest, have great difficulties to reach sufficient legitimacy to subscribe efficient agreements that would ever influence the current scenario.

The Regulation of workers in Companies from 1972 (*Ordenanza Laboral de Oficinas y Despachos de 1972*) affects the bargaining process, which is basically poor, lacks innovation, and is totally old fashioned. Turn out to be translated into the individualisation of labour relations. To reach a macro State level general collective bargaining, would be an alternative solution that could give an answer and providing solution to many of the current problems of the collective bargaining within the sector.



## ÍNDICE

1. LA DEFINICIÓN DEL SECTOR: UN MACROSECTOR DE CARÁCTER RESIDUAL
  - 1.1. La noción sustancial de “oficinas y despachos” y su acepción en la realidad negocial
  - 1.2. La envolvente influencia de la Ordenanza de 1972
2. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
  - 2.1. La diversificación convencional entre los genéricos convenios de oficinas y despachos y los convenios de subsectores específicos
  - 2.2. Unidades negociales y mecanismos de articulación
  - 2.3. La importancia de la figura de la extensión de convenios
  - 2.4. Propuestas de futuro
3. EL CONTENIDO NEGOCIAL
  - 3.1. La pobreza de las cláusulas convencionales
  - 3.2. Una notable propensión a la individualización de las relaciones laborales
  - 3.3. El débil seguimiento de los AINC
4. A MODO DE CONCLUSIÓN

## 1. LA DEFINICIÓN DEL SECTOR: UN MACROSECTOR DE CARÁCTER RESIDUAL<sup>1</sup>

### 1.1. La noción sustancial de “oficinas y despachos” y su acepción en la realidad negocial

El sector de oficinas y despachos, considerado en sentido amplio y en sentido material, dista mucho de presentar hoy una imagen homogénea. De hecho, sus contornos no están del todo delimitados, dado que sólo de modo muy vago, abstracto y general este sector puede identificarse con la realización de una actividad productiva determinada. En un principio, su punto de referencia parecía ser más bien el lugar donde la actividad se lleva a cabo: la oficina o el despacho; si se profundiza algo más en el criterio de la actividad realizada se llega a la conclusión de que ésta no viene determinada por el carácter del servicio producido –aunque en todo caso se trata de un servicio y no de un bien material–, sino más bien por la concurrencia de unos determinados procesos de trabajo de carácter administrativo y en gran medida de tipo “transaccional”, basado en operaciones rutinarias sobre la información codificada.

<sup>1</sup> El presente artículo está basado y reproduce en gran parte el análisis y conclusiones obtenidas en dos informes realizados por encargo de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos sobre la negociación colectiva en el sector de Oficinas y Despachos, dirigidos por el profesor Cruz Villalón; el primero, publicado en un libro conjunto sobre la negociación colectiva en los sectores de alimentación y oficinas y despachos, y el segundo, actualización del anterior, incluido en la página web de la CCNCC. Véase, AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), La negociación colectiva en los sectores de alimentación y oficinas y despachos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, págs. 194 y ss. y AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), La Negociación Colectiva en el Sector de Oficinas y Despachos (2000–2006), <http://www.mtas.es/empleo/ccncc/descargas/Oficinas-despachos-2007.pdf>.

Dado que la actividad administrativa constituye uno de los elementos característicos de la sociedad postindustrial donde predomina la ocupación en el sector servicios, no es extraño que la delimitación de lo que deba entenderse como sector de oficinas y despachos aparezca en un primer momento como algo inabarcable. De un lado, muchas empresas que no son oficinas ni despachos presentan una cierta carga administrativa, que no está descentralizada a otras entidades y que será más significativa cuanto mayor sea la dimensión de la organización productiva; ello implica que en todos o en casi todos los sectores (sectores industriales, de construcción, transportes, incluso de la agricultura) pueden aparecer procesos productivos que se perciban como trabajos propios de “oficina”. De otro lado, las entidades especializadas en estas formas de trabajo o caracterizadas esencialmente por ellas pueden abarcar un número ingente de actividades que en algunos casos presentan notables especificidades: entidades financieras, aseguradoras, Administraciones Públicas, consignatarias de buques, despachos de profesionales jurídicos, consultorías de todo tipo, empresas de trabajo temporal o selección de personal, intermediarios comerciales, empresas de *software*, asociaciones civiles o religiosas, sindicatos u organizaciones empresariales, partidos políticos, etc.<sup>2</sup>

En definitiva, las “oficinas y despachos” parecen constituirse como un “macrosector” que podría llegar a abarcar en un momento dado al sector servicios en su totalidad e incluso extenderse a determinados procesos productivos presentes en otros sectores. No cabe duda que las conexiones en las formas de trabajo pueden plantear retos y problemas comunes a todos estos ámbitos –por ejemplo, los derivados de la introducción progresiva de las tecnologías de la información y comunicación en las últimas décadas– e incluso podrían estructurar regulaciones convencionales similares hasta cierto punto.

Y si la anterior pudiera ser la situación a la que conduce el entendimiento sustancial del significado “oficinas y despachos”, el discurrir del proceso de negociación colectiva deriva en un panorama muy diverso, que termina por convertir el macrosector en un conjunto desintegrado de unidades específicas en el que la raíz unificadora de la actividad de oficinas sólo de forma residual entra en aplicación en tanto no se alcance el subsector propio. Expliquemos algo más estas aseveraciones.

Generalmente, los distintos sectores productivos que conforman los ámbitos funcionales de la negociación colectiva se definen por razón de los bienes o servicios producidos, con mayor o menor nivel de generalidad, en función de cuál sea la voluntad de las partes al concretar las distintas unidades de negociación; así pues, si la definición de un sector es amplia, abarcará a todo

<sup>2</sup> Cfr. la definición del sector amplia del sector con la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (por ejemplo, epígrafes 65, 66, 67, 70, 74, 75).

un conjunto de bienes o servicios relacionados entre sí, aún cuando las empresas destinatarias del convenio tendieran a especializarse en determinados bienes o servicios o en determinadas fases del proceso de producción.

Ahora bien, la amplitud de un hipotético sector de “oficinas y despachos” rebasa el supuesto anteriormente mencionado, por cuanto no se refiere a distintas fases de un mismo proceso productivo y ni siquiera a distintos bienes o servicios que presenten una relación estrecha entre sí, aún siendo producidos por empresas distintas. Ciertamente, ninguna entidad que pueda ser definida como una “oficina” o “despacho” se encarga directamente de la extracción de materias primas ni de la fabricación de bienes (salvo que incluyamos las editoriales, periódicos y otras entidades que operan sobre información codificada para su plasmación en algún soporte material); desde luego, todas las oficinas producen servicios –aunque, desde otra perspectiva, tales servicios pueden coadyuvar a la elaboración de bienes diversos–; estos servicios, sin embargo, no presentan ninguna conexión entre sí más allá de esta caracterización. Por otra parte, el argumento también puede plantearse en sentido contrario, esto es, prácticamente cualquier servicio puede ser prestado al usuario o consumidor, al menos en su mayor parte, en una oficina o un despacho.

Así pues, el criterio para delimitar el sector de oficinas y despachos no es el de la actividad realizada ni el del carácter del servicio productivo; más bien parece que el rasgo distintivo que delimita la categoría es un elemento “geográfico”, “topográfico”, referido a la naturaleza de la entidad productiva; esto es, a primera vista estará incluida en el sector toda actividad realizada “en una oficina o despacho”. La propia definición de estos conceptos presenta una cierta ambigüedad; en términos generales podría decirse que una “oficina” es un término más genérico, que se refiere a un lugar donde trabajan empleados produciendo cualquier servicio inmaterial, mientras que un “despacho” parece referirse más bien a la oficina encargada de gestiones profesionales<sup>3</sup>.

Un examen más profundo sobre esta intuición inicial acerca de la delimitación del sector mediante criterios “geográficos” nos muestra otros dos criterios –si bien igualmente imprecisos–, presentes en la propia noción de “oficina”, cuya importancia en la definición del sector es desigual:

<sup>3</sup> Véase la definición de “oficina” en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “1. f. Local donde se hace, se ordena o trabaja algo. 2. f. Departamento donde trabajan los empleados públicos o particulares. 3. f. Laboratorio de farmacia. 4. f. Parte o lugar donde se fragua y dispone algo no material [...]” y compárese con la de “despacho”: “1. m. Acción y efecto de despachar [abreviar y concluir un negocio u otra cosa]. 2. m. Local destinado al estudio o a una gestión profesional. 3. m. Organización que realiza esa gestión. Despacho de abogados. 4. m. Mobiliario de este local. 5. m. Tienda o parte del establecimiento donde se venden determinados efectos [...]”

El criterio de menor importancia en la actualidad es el de la identificación de los trabajadores destinatarios de los convenios. Por diversas razones, los sistemas modernos de relaciones laborales se han construido sobre el prototipo del “obrero” manual, trabajador “de cuello azul”, que contrastaba con la figura del “empleado” administrativo, “oficinista” o trabajador “de cuello blanco” cuyo perfil sociológico difería en bastantes aspectos respecto del proletariado industrial. Esta distinción ha afectado en muchos países a la organización sindical, así como a la regulación jurídica<sup>4</sup> aunque está perdiendo bastante importancia a medida que el empleado del sector servicios se va convirtiendo progresivamente en el prototipo de trabajador asalariado en las sociedades post-industriales. Así, pues, de manera muy inexacta, los convenios de oficinas y despachos se dirigen principalmente hacia los “empleados”, mientras que los de otros sectores siguen más claramente el modelo de “obrero manual”; ciertamente, esta tendencia era más visible en la Ordenanza de Oficinas y despachos de 1972<sup>5</sup>, como más adelante analizaremos, que se aplicaba con carácter residual a estos empleados administrativos cuando prestaban servicios en otros sectores de la economía que no estaban cubiertos por otras Ordenanzas, pero, esta aplicación residual continúa teniendo alguna significación.

El segundo criterio es el de mayor importancia; una oficina se define en realidad por los procesos de trabajo que se llevan a cabo en su seno: tareas administrativas y de gestión que normalmente tienen un carácter “transaccional”, es decir, operan con información codificada por medio de rutinas mecánicas relativamente estandarizadas. Ciertamente, la correspondencia entre estas tareas y las oficinas no es absoluta: de un lado, no todo el trabajo que se desarrolla en las oficinas tiene un carácter puramente administrativo; de otro lado, prácticamente toda organización productiva moderna requiere un cierto volumen de tareas administrativas y de gestión (volumen que guarda una correlación positiva con la dimensión de la empresa); algunas de estas tareas se descentralizan a entidades especializadas, pero es frecuente en todos los sectores productivos que un número elevado de empresas, especialmente las más grandes, mantengan dentro de la organización determinadas labores de carácter administrativo.

Así pues, a grandes rasgos, la inclusión de las empresas en este sector debe sustentarse más bien en el predominio de las tareas administrativas de carácter transaccional en los procesos productivos; una empresa podrá ser considerada como una “oficina” cuando estos procesos productivos sean preponderantes

<sup>4</sup> En nuestro país seguramente la distinción más importante sea la división en “colegios” en lo que refiere a las elecciones –y a la composición– del Comité de Empresa, de acuerdo con el art. 71.1 ET.

<sup>5</sup> Orden de 31 de octubre de 1972, BOE de 14 de noviembre.

—como sucede, por ejemplo en una gestoría de personal—, o, al menos, cuando su incidencia sea especialmente significativa: así, en una empresa de venta y alquiler de inmuebles los trabajos administrativos y comerciales pueden ser igualmente significativos pero la importancia de los primeros les confiere el carácter de “oficina” (hay que tener en cuenta, en todo caso, que los adelantos tecnológicos en términos generales están reduciendo el volumen del trabajo “transaccional” en todos los sectores). Con esta definición amplia, prácticamente todos los subsectores del sector servicios pueden encajar en esta noción: quedarían fuera de ella en la mayor parte de los casos, no obstante, un cierto número de actividades como la hostelería, los espectáculos, las actividades recreativas, la formación y enseñanza, la limpieza, las tintorerías y lavanderías, la seguridad, los servicios sanitarios y de cuidados personales, el mantenimiento y reparación de maquinaria, los transportes, las peluquerías o centros de belleza, los gimnasios, las pompas fúnebres, así como una amplia sección de actividades comerciales, especialmente aquellas dedicadas al comercio de bienes o cuya labor de intermediación no tenga una carga importante de gestión y administración.

Definido de esta manera tan amplia, el macro-sector de oficinas y despachos presenta una alta heterogeneidad; existe un gran número de actividades empresariales —ordenadas en la Clasificación Nacional de Actividades Empresariales en epígrafes diversos— donde el trabajo administrativo es dominante o presenta una gran importancia, pero su regulación convencional no está articulada ni organizada de manera unitaria.

En el actual sistema de relaciones laborales, existen una serie de convenios genéricos de oficinas y despachos, casi exclusivamente de carácter sectorial provincial, que operan como “colchón de seguridad” para evitar vacíos de cobertura. Fuera de este grupo de convenios queda un gran número de actividades empresariales: algunos de estos “subsectores” se han percibido tradicionalmente como sectores separados y se han regulado de manera distinta debido a sus propias especificidades y a las diferencias existentes en la capacidad de organización sindical. Otros se han ido desgajando progresivamente de la matriz de los convenios genéricos, generalmente a causa de la mayor fuerza sindical en estas unidades de negociación, o simplemente de la aparición de interlocutores con cierta representatividad. Sobre ello volveremos después.

## 1.2. La envolvente influencia de la Ordenanza de 1972

La regulación heterónoma de las relaciones de prestación de servicios en oficinas y despachos no ha sido ajena a las transformaciones sociales, económicas y productivas que se han ido produciendo en el sector, como el análisis

del ámbito aplicativo de las Ordenanzas de Oficinas y Despachos pondrá de manifiesto. Ordenanzas, significativamente la última de las vigentes, la de 1972, que, por otro lado, han influido notablemente a la negociación colectiva a la hora de delimitar el ámbito funcional y personal de los convenios del sector.

La Ordenanza de Oficinas y Despachos de 1972 determinaba su ámbito de aplicación en atención a dos criterios alternativos, directamente ligadas a la circunstancia de tratarse o no de actividades sujetas a regulación específica. En el primer caso, la Ordenanza resultaba aplicable a las relaciones de trabajo en oficinas y despachos que no estuvieran recogidas en esa reglamentación particular, siempre que se refiriera a profesionales reseñados en la propia Ordenanza; profesionales que, de acuerdo con el art. 8 de la Ordenanza, representaban un amplio elenco de colectivos, desde el grupo superior de los titulados hasta el de los trabajadores subalternos y de oficios varios (conserjes, ordenanzas, botones, encargados, mozos y peones...). En este primer supuesto, la Ordenanza parecía acoger un criterio “topográfico”, de tal manera que la circunstancia de prestar servicios en un lugar determinado, una oficina o despacho, resultaba determinante, al margen de la concreta función desempeñada, que, como hemos señalado, podía ser muy diversa. Es decir, tratándose de actividades cuya autonomía les hubiera permitido gozar de una normativa propia, la Ordenanza de Oficinas y Despachos de 1972 sólo sería de aplicación residual, en tanto la regulación particular y específica no contemplara las relaciones de trabajo que se desarrollasen en las oficinas y despachos<sup>6</sup>.

Por el contrario, en el segundo supuesto, es decir, en el de los sectores o actividades no incluidos en ninguna Reglamentación u Ordenanza de Trabajo, la Ordenanza de Oficinas y Despachos abandonaba su carácter residual, si bien se alejaba igualmente de su vocación general y topográfica, pues sólo era aplicable a los profesionales pertenecientes a unos concretos grupos (Administrativos, Técnicos de Oficinas y Especialistas de Oficinas). De esta forma, la Ordenanza adquiría cierto matiz funcional, o, en otras palabras, configuraba su ámbito de aplicación, y con ello el sector de actividad en cuestión, sobre la base del desempeño de unas concretas labores o cometidos, a saber, los realizados por los trabajadores pertenecientes a determinados grupos profesionales<sup>7</sup>;

<sup>6</sup> Literalmente el art. 3 de la Ordenanza de Oficinas y Despachos de 1972, bajo el título “ámbito funcional y personal”, establecía en su letra a) “La presente Ordenanza regula las relaciones de trabajo en las Oficinas y Despachos en aquellas actividades con regulación laboral específica que no comprenda a los profesionales incluidos en esta normativa”.

<sup>7</sup> La letra b) del art. 3 de la Ordenanza de Oficinas y Despachos de 1972 disponía: “Asimismo regula la actividad laboral de los profesionales de los grupos 2º, 3º y 4º del artículo 8 de esta Ordenanza [Administrativos, Técnicos de Oficinas y Especialistas de Oficinas] que presten servicios a empresas correspondientes a sectores o actividades no incluidos en ninguna Reglamentación u Ordenanza de Trabajo”.

tareas cuyo denominador común era la circunstancia de realizarse, en esencia, en una oficina o despacho.

Tal dualidad delimitadora<sup>8</sup>, que en la práctica oscurecía y dificultaba la correcta interpretación de la extensión aplicativa de a Ordenanza de 1972, representaba una importante novedad en relación con su antecesora, la Reglamentación de 1948<sup>9</sup>, y de alguna forma evidenciaba una clara voluntad de dar respuesta a las transformaciones económicas y organizativas que se estaban produciendo en las relaciones de trabajo en oficinas y despachos. En efecto, la Reglamentación de 1948 incorporaba en su ámbito de aplicación a todos los trabajadores, tanto si realizaban funciones técnicas o administrativas, como de esfuerzo físico o de atención, que prestaran servicios en oficinas y despachos que no estuvieran comprendidas en una Reglamentación Nacional de Trabajo<sup>10</sup>, lo que parecía reflejar una realidad económica y productiva en la que existía una identificación casi total entre la oficina y despacho como entidad espacial, la empresa como organización autónoma y la actividad de producción de bienes y prestación de servicios que esta última desarrollaba. Pero esa equivalencia se diluía y desmembraba en el contexto económico y social en el que la Ordenanza de 1972 se insertaba, donde la actividad en la oficina y despacho podía ser una de tantas dentro de una organización empresarial de prestación de servicios más genéricos y diversos. De alguna forma, la Ordenanza de 1972, y la determinación de su ámbito de aplicación así lo demuestra, era consciente de la nueva realidad, en la que, en muchas ocasiones, la actividad llevada a cabo en el seno de una oficina o despacho alcanza tal importancia económica que es capaz por sí misma de configurar un subsector propio. Pero en la que, al mismo tiempo,

<sup>8</sup> Véase, AA. VV., La negociación colectiva en los sectores de alimentación y oficinas..., op. cit. págs. 164 y ss., donde se califica el modelo de aplicación escogido por la Ordenanza de 1972 como de "franja residual", de tal manera que las disposiciones de la misma funcionaban a modo de regulación escoba que recogía todos los ámbitos que, por razones diversas, no encajaban en ninguna regulación vigente, aunque siempre sobre la base de un acogimiento parcial, sólo para ciertos profesionales.

<sup>9</sup> Orden de 21 de abril de 1948, BOE de 3 de junio, que aprobaba la Reglamentación Nacional de Trabajo para Oficinas y Despachos. Su antecedente fue la Orden de 31 de diciembre de 1945, BOE de 5 de enero de 1946, que aprobada las Bases de Trabajo para las actividades no reglamentadas.

<sup>10</sup> Los artículos 1 y 2 de la Orden de 21 de abril de 1948 señalaban lo siguiente: "Artículo 1. La presente Reglamentación, que afecta a todo el territorio nacional, incluyendo las plazas de soberanía del norte de África, regula las relaciones de trabajo en las Oficinas y Despachos que no estén comprendidas en una Reglamentación Nacional de Trabajo, quedando afectadas por estas normas las Oficinas y despachos que vinieran rigiéndose hasta el momento por la Orden de 31 de diciembre de 1945 sobre actividades no reglamentadas. Artículo 2. Como normal general se aplicarán estas Ordenanzas a los trabajadores todos que presten servicios en las oficinas y despachos a que se refiere el artículo anterior, tanto si realizan funciones técnicas o administrativas como si sólo prestan su esfuerzo físico o de atención...".

hay que dar cobertura a aquellos profesionales que desempeñan sus funciones en un espacio físico determinado y singular y con unos instrumentos particulares; trabajadores que si bien en un momento anterior sirvieron para identificar al entero sector de oficinas y despachos, uniforme y homogéneo, ahora podían desarrollar sus funciones en el marco de actividades o subsectores muy diversos. Semejante regulación, sin parangón en el panorama normativo de la época, venía a significar, en última instancia, una ruptura del principio de unidad de empresa tan característico de la época franquista.

## **2. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

### **2.1. La diversificación convencional entre los genéricos convenios de oficinas y despachos y los convenios de subsectores específicos**

La evolución de la negociación colectiva en el sector de oficinas y despachos es en buena medida reflejo y consagración de los criterios y tendencias que el cambio normativo de la Ordenanza de 1972 respecto a su predecesora vino a significar. El genérico sector de oficinas y despachos surge con la pretensión histórica inicial de constituir un nivel relevante y de considerable aplicación numérica a un alto número de trabajadores. En sede teórica nace con la voluntad de convertirse en el convenio colectivo por excelencia del sector servicios, sector de la actividad económica en emergencia cuando aparece este nivel negocial a mediados del presente siglo. Y así, a diferencia de la habitual división–funcional por sectores de la negociación colectiva en atención al referente unitario del tipo de bienes o servicios que prestan las empresas en él integradas, en el caso del sector de oficinas y despachos, más que atender a la actividad propiamente dicha, lo que se tomaría como referencia sería el lugar donde se realiza la prestación laboral. En realidad se trataría de configurar, como señalábamos al inicio de este artículo, un “macrosector”, en el que se englobaría el conjunto del sector terciario de la economía, incluyendo dentro de su ámbito a cuantas empresas y trabajadores pertenezcan al sector servicios, con independencia de cual sea su concreta actividad negocial. En otras palabras, se estaría creando una unidad negocial cuyo resultado sería una especie de convenio colectivo de «actividades diversas» dentro del sector servicios de la economía.

A tenor de todo lo anterior, si nos situamos en un panorama de una sociedad y economía postindustrial, donde el porcentaje más elevado con diferencia de la población asalariada se concentra en el sector servicios, cabría presumir que el convenio colectivo sectorial de oficinas y despachos adquiriría con el paso del tiempo un protagonismo predominante en el conjunto de nuestro



sistema de negociación colectiva. Y, sin embargo, un análisis pausado del conjunto de las piezas que componen nuestra actual estructura negocial evidencia todo lo contrario. La evolución práctica del sector en cuestión ha derivado a la situación inversa: poco a poco, el genérico sector de oficinas y despachos se ha ido desvalorizando, tanto en lo que refiere al número de empresas y trabajadores afectados, como al contenido de lo pactado en sus cláusulas. Paulatinamente, ha ido retrocediendo en importancia, hasta convertirse en un sector marginal, progresivamente depauperado en el marco de la negociación colectiva en el sector servicios.

La explicación principal ya la apuntábamos al inicio de este trabajo cuando aludíamos a las dificultades de identificación del sector. El desarrollo progresivo de ciertas actividades que en términos conceptuales podrían ligarse a las propias de oficinas y despachos ha dado lugar a la aparición de unidades negociales específicas, propias, autónomas que, como tales, han escapado de la cobertura convencional de un genérico convenio de oficinas y despachos.

De esta forma, en el panorama normativo convencional actual, junto a los denominados convenios colectivos de oficinas y despachos, que operan como “colchón de seguridad” para evitar vacíos de cobertura, conviven convenios de actividades muy diversas que podrían integrarse en un concepto amplio de oficinas y despachos –y, como tales, regularse por dichas normas convencionales de no existir regulación propia–, tales como los convenios de empresas consultoras de planificación, de empresas de ingeniería y estudios técnicos, de gestorías administrativas, de oficinas de estudios técnicos y delineantes, de despachos de graduados sociales, de oficinas de importación y exportación, de agencias de viajes, de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo, de cajas de ahorros, de oficinas de importación y exportación, de entidades bancarias, de sociedades cooperativas de crédito, de empresas de mediación en seguros privados, de establecimientos financieros de crédito, de empresas exportadoras de mercados particulares, de consignatarios de buques y transitarios, etc.

Algunos de estos “subsectores” se han percibido tradicionalmente como sectores separados y se han regulado de manera distinta debido a sus propias especificidades y a las diferencias existentes en la capacidad de organización sindical. Otros, los más numerosos – lo que en definitiva explica la situación actual de la negociación colectiva en el sector–, se han ido desgajando progresivamente de la matriz de los convenios genéricos, generalmente a causa de la mayor fuerza sindical en estas unidades de negociación, o simplemente de la aparición de interlocutores con cierta representatividad.

En todo caso, este fenómeno de configuración de marcos específicos de negociación para actividades que podrían enmarcarse globalmente en el sector de oficinas y despachos no parece haberse estabilizado. Al contrario, han conti-

nuado apareciendo convenios que se aplican a determinadas actividades que anteriormente se encontraban enmarcadas en la Ordenanza Laboral de Oficinas y Despachos de 1972, allí donde ha podido constituirse un interlocutor sindical de cierta fuerza<sup>11</sup> o un interlocutor empresarial menos difuso que en el caso de los convenios genéricos; en ocasiones sin que las peculiaridades de la actividad sean, a nuestro juicio y en términos generales, lo suficientemente significativas como para justificar una regulación diferente de las condiciones de trabajo.

## 2.2. Unidades negociales y mecanismos de articulación

Una primera observación de los ámbitos de negociación presentes en el sector, que por oposición a esos otros subsectores singulares que van apareciendo, denominaremos genérico de oficinas y despachos, pone de manifiesto, por lo que al ámbito territorial respecta, una clara opción a favor del nivel provincial de negociación. Es esta una pauta que se mantiene y pervive a lo largo de los años<sup>12</sup>, y que evidencia, amén de una absoluta inamovilidad de la estructura negocial respecto de lo que fue su origen histórico, un gran desinterés de los agentes sociales por afrontar procesos negociales de ámbitos diversos, particularmente de carácter estatal<sup>13</sup>.

La práctica totalidad de los convenios vigentes<sup>14</sup> son provinciales, con la única excepción del convenio de Cataluña. Si bien es cierto que a este último se unen otros que se autocalifican como de comunidad autónoma (léase Islas Baleares o Murcia), no lo es menos que se trata de convenios aplicables a Comunidades Autónomas uniprovinciales.

<sup>11</sup> Como ya señalamos en su momento, “allí donde se logra concentrar un mínimo de fuerza sindical, se tiende a crear una actividad sindical independizada del resto y, a través de la misma, lograr constituir una unidad negocial independiente para subactividades muy pequeñas dentro del conjunto del sector de oficinas y despachos”, AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), *La negociación colectiva en los sectores de alimentación y oficinas*, op.cit., pág. 190.

<sup>12</sup> Así se constató en el Informe del año 2000 y así se vuelve a deducir del análisis de los convenios vigentes en 2006.

<sup>13</sup> Muy distinta se antoja la situación en lo que respecta a esos otros subsectores que se han ido configurando como satélites del sector genérico de oficinas y despachos. Así, por ejemplo, en relación a los convenios colectivos de entidades financieras (banca privada, establecimientos financieros de crédito, cajas de ahorros, sociedades cooperativas de crédito, sociedades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo, empresas de mediación de seguros privados), la mayor capacidad negociadora y de presión de sus representantes ha propiciado la frecuente aparición de convenios sectoriales de ámbito estatal. Cfr. AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), *La Negociación Colectiva en el Sector de Oficinas y Despachos (2000–2006)*”, op. cit., págs. 15 y ss.

<sup>14</sup> La mención temporal va referida al momento de cierre del estudio “La Negociación Colectiva en el Sector de Oficinas y Despachos (2000–2006)”, incluyéndose al final del mismo un Anexo con la lista de convenios vigentes en dicha fecha y que aquí citamos. Cfr. <http://www.mtas.es/empleo/ccncc/descargas/Oficinas-despachos-2007.pdf>.

Desde otra perspectiva, la relación de convenios colectivos de oficinas y despachos vigentes da cobertura reguladora a 43 de las 50 provincias existentes (dejando al margen las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla), lo que deja sin norma convencional aplicable a las provincias de Álava, Castellón<sup>15</sup>, Cuenca, Guadalajara, Orense, Soria y Toledo. Si a ello unimos la inexistencia de un acuerdo sectorial –siquiera marco– nacional, la pérdida de vigencia del Acuerdo de Cobertura de Vacíos y la ínfima presencia de convenios de empresa –debido al carácter microempresarial del sector que impide la existencia de sujetos con la legitimidad suficiente para negociar–, el resultado no es otro que la constatación de espacios carentes de regulación autónoma.

Por lo que concierne al ámbito funcional negocial, esa dualidad delimitadora de su ámbito aplicativo que comentábamos al analizar la Ordenanza de Oficinas y Despachos de 1972, parece seguir estando muy presente en la mente de los sujetos negociadores. De los convenios vigentes<sup>16</sup>, casi la mitad de ellos contiene una expresa alusión a la Ordenanza de 1972 a la hora de definir su ámbito de aplicación, y la realizan en términos tales que recuerdan grandemente aquella duplicidad<sup>17</sup>. Las opciones más habituales son las de prever la aplicación del convenio en cuestión a las relaciones laborales en empresas regidas por la Ordenanza de Oficinas y despachos<sup>18</sup>, o en empresas encuadradas en actividades reguladas por la Ordenanza de Oficinas y Despachos<sup>19</sup>, o en empresas de oficinas y despachos<sup>20</sup>, o en empresas incluidas en el ámbito personal y funcional de la Ordenanza<sup>21</sup>, o en empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ordenanza<sup>22</sup>, o en empresas que se rigen por la Ordenanza Laboral<sup>23</sup>, o en empresas y trabajadores de las mismas comprendidos en el ámbito funcional de la Ordenanza de 1972<sup>24</sup>, o en todas las actividades que se

<sup>15</sup> La STSJ de la Comunidad Autónoma de Valencia de 27 de junio de 2005, declaró nula la referencia que el art. 2 del I Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de las provincias de Castellón y Valencia (BOGV 08/06/2001) hacía a Castellón, reduciendo su ámbito territorial a la provincia de Valencia.

<sup>16</sup> Reiteramos, vigentes en la fecha de cierre del citado estudio “La Negociación Colectiva en el Sector de Oficinas y Despachos (2000–2006)”.

<sup>17</sup> Una detallada exposición de los ámbitos aplicativos de los convenios de oficinas y despachos puede verse en las Tablas sistemáticas que se recoge como Anexo en AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), *La Negociación Colectiva en el Sector de Oficinas y Despachos (2000–2006)*, op. cit., págs. 207 y ss., en <http://www.mtas.es/empleo/ccncc/descargas/Oficinas-despachos-2007.pdf>.

<sup>18</sup> CC Oficinas Asturias/1996.

<sup>19</sup> CC Oficinas Galicia/2003; CC Oficinas Lugo/2001; CC Oficinas Pontevedra/1995; CC Oficinas Zamora/2005.

<sup>20</sup> CC Oficinas Cádiz/2006.

<sup>21</sup> CC Oficinas Ávila/2004.

<sup>22</sup> CC Oficinas Jaén/2005; CC Oficinas Málaga/1990.

<sup>23</sup> CC Oficinas Zaragoza/2004.

<sup>24</sup> CC Oficinas Huelva/2005.

rigen por la Ordenanza de oficinas y despachos<sup>25</sup>, o en empresas y trabajadores técnicos que se rigen por la Ordenanza Laboral<sup>26</sup>, o en todas las oficinas y despachos<sup>27</sup>. Estas cláusulas parecen reproducir ese primer supuesto de delimitación de su ámbito aplicativo que la Ordenanza de 1972 realizaba en atención a parámetros geográficos de prestación de servicios en una oficina o despacho, pues a la citada configuración del ámbito funcional del convenio se suele añadir una determinación omnicomprendiva del conjunto de trabajadores afectados, sin distinción de categorías o grupos profesionales concretos; en definitiva, de acuerdo con un criterio clásico de unidad de empresa. Criterio, por lo demás, que, como apuntábamos, no siempre ha gozado de vigencia absoluta y general en este sector<sup>28</sup>.

Cuando se opta por no mencionar de forma explícita la Ordenanza Laboral de Oficinas y Despachos de 1972 en la delimitación del ámbito funcional del convenio, la situación, no obstante, tampoco es muy distinta, pues en frecuentes ocasiones lo que se hace es reproducir alguno de los criterios que en la Ordenanza se utilizaban como referentes, básicamente el relativo a tratarse de relaciones laborales en empresas del sector de oficinas y despachos<sup>29</sup>; aunque tampoco faltan ejemplos en los que la aplicación de la correspondiente norma convencional va referida a los trabajadores que realicen como actividad principal la de oficinas y despachos y servicios de tipo administrativo en general<sup>30</sup>, en línea con esa variante applicativa de la Ordenanza fundamentada en criterios de tipo funcional .

La situación descrita, con generalizado desarrollo de unidades negociales provinciales, carencia de convenios empresariales y notable desinterés por afrontar procesos negociales de ámbitos territoriales superiores, da lugar a una casi total ausencia de fórmulas de coordinación y articulación entre niveles negociales diversos. Las únicas referencias a otras unidades de negociación –con remisión a otros sectores o a otros convenios de empresa– lo son a los meros efectos de indicar que los trabajadores afectados por el convenio provincial de oficinas y despachos en cuestión son aquellos que presten servicios para empresas “cuyo sector o subsector no se encuentre afectado por otro convenio”, de tal forma que el convenio colectivo provincial de oficinas y despachos se

<sup>25</sup> CC Oficinas Palencia/2005.

<sup>26</sup> CC Santa Cruz de Tenerife/1976.

<sup>27</sup> CC Oficinas Valladolid/2003.

<sup>28</sup> Véase, AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), *La Negociación colectiva en los sectores de alimentación y oficinas*, op. cit. págs. 178–179.

<sup>29</sup> CC Oficinas Madrid/2005; CC Oficinas Murcia/2006; CC Oficinas Navarra/2005; CC Oficinas Cáceres/2005; CC Oficinas Cádiz/2006; CC Oficinas Guipúzcoa/2001; CC Oficinas Las Palmas/2002; CC Oficinas Salamanca/2004; CC Oficinas Valladolid/2003.

<sup>30</sup> CC Oficinas Cataluña/2004.

convierte en una unidad residual, garantía última para la cobertura de hipotéticos vacíos negociales. El escenario recuerda notablemente al existente durante la vigencia de la Ordenanza de Oficinas y Despachos de 1972, en el que las disposiciones de ésta funcionaban como una especie de regulación escoba, que afectaban y cubrían todos aquellos ámbitos que no encajaban ni contaban con una regulación específica<sup>31</sup>.

Justamente, es en relación con el proceso de segregación de actividades y constitución de unidades específicas respecto del sector matriz de oficinas y despachos, donde, en ausencia de previsiones convencionales sobre el particular, podrían producirse conflictos de concurrencia<sup>32</sup>. En muchos casos, esa disociación presenta una cierta uniformidad por cuanto se lleva a cabo mediante convenios sectoriales estatales, de manera que la segregación opera al mismo tiempo en todo el territorio nacional. Tal es el caso de las empresas consultoras<sup>33</sup>, de las empresas de ingeniería y estudios técnicos<sup>34</sup>, de los despachos de técnicos tributarios<sup>35</sup>, de las gestorías

<sup>31</sup> Ejemplo paradigmático de cuanto venimos exponiendo lo encontramos en el art. 2 CC Oficinas Salamanca/1998 –repetido en el art. 2 CC Oficinas Salamanca/1999–, que, al regular su ámbito personal de aplicación indicaba: “Quedan afectados por este convenio todos los trabajadores de aquellas empresas a las que se refiere el artículo anterior, cuyo sector o subsector al que pertenezcan no se encuentre afectado por otro Convenio en el día de la fecha, cualquiera que sea su ámbito de aplicación, teniendo, en consecuencia, este Convenio carácter residual y excluyente dentro de las distintas actividades de oficinas y despachos”. Con el paso de los años la tajante alusión a la aplicación residual del convenio provincial de Oficinas y Despachos ha desaparecido, pero se sigue manteniendo esa referencia expresa al dato de que la empresa no este afectada por convenio de sector o subsector diverso. Cfr. CC Oficinas Salamanca/2001; CC Oficinas Salamanca/2005. En similar sentido, CC Oficinas Madrid/2005; CC Oficinas Ávila/2004; CC Oficinas Cáceres/2005; CC Oficinas Cádiz/2006; CC Oficinas Granada/2005; CC Oficinas Palencia/2005; CC Oficinas Zaragoza/2004.

<sup>32</sup> La prueba más evidente de la conflictividad que esta situación ha originado es el elevado número de consultas formuladas a la Comisión Consultiva Nacional de convenios colectivos acerca del alcance aplicativo de convenios colectivos funcionalmente próximos. Véase, AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), *La negociación colectiva en los sectores de alimentación y oficinas...*, op. cit. págs. 176–177.

<sup>33</sup> Convenio Colectivo Estatal de empresas Consultoras de Planificación, de Organización de Empresas y Contable (BOE 25/06/2004) (el XV Convenio se ha firmado el 28 de noviembre de 2006). Podría solaparse con el Convenio Colectivo de Despachos profesionales y empresas dedicadas a asesoría fiscal y contable particulares de Vizcaya (BOP 01/07/1993).

<sup>34</sup> Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos (BOE 20/09/2005), Convenio Colectivo de Oficinas de Estudios Técnicos de Murcia (BORM 24/10/2006). Debe tenerse en cuenta que existe un gran número de convenios de empresa aplicables a entidades dedicadas a la ingeniería, cuya adscripción al sector no siempre es clara, por cuanto a veces pueden incluir actividades de producción de bienes materiales.

<sup>35</sup> Convenio Colectivo Estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales (BOE 29/07/2005); el primer convenio estatal es de 1999; antes de que éste apareciera, existían dos de ámbito autonómico: así el de Cataluña (derogado por acuerdo de la Comisión Paritaria publicado en DOGC 01/09/2000 para dejar paso al estatal); el de la Comunidad de Madrid (BOCM

administrativas<sup>36</sup>, de las inmobiliarias<sup>37</sup>, de las agencias de viaje<sup>38</sup> y de los registradores de la propiedad y mercantiles<sup>39</sup>. Esto no implica que la estructura de la negociación colectiva sea sencilla en estos casos: en primer lugar, porque a veces existen convenios de empresa o grupo, o incluso provinciales, que conviven con estos estatales; en segundo lugar, porque la delimitación de los subsectores tiende a ser estrecha, mientras que las empresas destinatarias podrían llevar a cabo al mismo tiempo actividades incluidas en convenios distintos.

En otros casos, sin embargo, la nueva unidad de negociación se genera en un ámbito territorial más reducido o en varios de ellos (pero sin abarcar al conjunto del territorio nacional), de manera que la misma actividad se regulará por un convenio específico o por un convenio genérico de oficinas y despachos –en caso de que exista– en función de la localización geográfica de la empresa. Es frecuente que esto suceda en los despachos de profesionales colegiados, lo que en gran medida puede atribuirse a la pluralidad de colegios profesionales; así, la excepción a esta regla viene constituida, como hemos visto, por los registradores de la propiedad y mercantiles, que están colegiados a nivel estatal. Un caso paradigmático de esta dispersión geográfica relacionada con la pluralidad de colegios aparece en la actividad de notarías<sup>40</sup>, donde la cobertura es relativamente elevada (al cubrirse gran parte del territorio nacional). Mucha menor cobertura presentan los convenios específicos para los despachos de graduados

---

29/06/1998) seguramente ha sido también sustituido al transcurrir el período previsto de vigencia y ser sustituido por el estatal. En todo caso, también este convenio estatal puede concurrir con el Convenio Colectivo de Despachos profesionales y empresas dedicadas a asesoría fiscal y contable particulares de Vizcaya (BOP 01/07/1993).

<sup>36</sup> Convenio Colectivo Estatal de Gestorías Administrativas (BOE 23/05/2006).

<sup>37</sup> Convenio Colectivo Estatal para las empresas de Gestión y Mediación Inmobiliaria (BOE 15/07/2003, modificado en BOE 07/04/2004). Nótese que se trata del primer convenio en este ámbito, lo que demuestra la continuidad del proceso de segregación.

<sup>38</sup> Convenio Colectivo Laboral, de ámbito estatal, para el sector de agencias de viaje (BOE 05/05/2005).

<sup>39</sup> Convenio Colectivo de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (BOE 29/09/1992).

<sup>40</sup> Convenio Colectivo para Empleados de notarías de Asturias (BOPA 03/05/2006) Convenio Colectivo de empleados de notarías de la Comunidad Autónoma de Cataluña (DOGC 07/10/2005), Convenio Colectivo de empleados de notarías de las Islas Baleares (BOIB 11/11/1993), Convenio Colectivo de empleados de notarías de Galicia de 13 de mayo de 1994 (DOG 11/07/1994), Convenio Colectivo Interprovincial de empleados de notarías del Colegio Notarial de Madrid (Ávila, Guadalajara, Madrid, Segovia y Toledo) de 17 de abril de 1984 (BOE 28/07/1984) (se ha firmado ya un nuevo convenio para el año 2006), CC Notarías Valencia/1992: Convenio Colectivo de empleados de notarios del Ilustre Colegio Notarial de Valencia (DOGV 03/12/1992), Convenio Colectivo de empleados de notarías de Andalucía Occidental de 20 de noviembre de 1990 (BOJA 25/01/1991), Convenio Colectivo de empleados de notarías de Andalucía Oriental de 9 de mayo de 1992 (BOE 25/09/1992), Convenio Colectivo de empleados de notarías de Canarias (BOCAC 25/07/1994), Convenio Colectivo de empleados de notarías de Extremadura de 20 de marzo de 1982 (BOE 08/07/1982), Convenio Colectivo de empleados de

sociales<sup>41</sup>. En algunas ocasiones incluso se unen varias profesiones jurídicas (abogados, procuradores y graduados sociales)<sup>42</sup>.

En cualquier caso, este fenómeno de desgajamiento parcial no se produce únicamente en los despachos profesionales (claramente incluíbles en el sector de “oficinas y despachos”), sino que también afecta a otras actividades, que normalmente tienen una alta proporción de trabajo administrativo. Esto sucede con las oficinas de importación y exportación, para las que existe únicamente un convenio sectorial provincial<sup>43</sup>. Por su parte, la mayor parte del sector asociativo (asociaciones, fundaciones, sindicatos, partidos políticos, organizaciones religiosas, organizaciones no gubernamentales de voluntariado, etc.), que pueden encajar en una esa noción amplia de “oficinas y despachos” a la que al principio aludíamos, puesto que normalmente estas entidades necesitan contratar trabajadores para atender a los requerimientos administrativos que exige su actividad (si bien es cierto que en algunas de estas asociaciones esta actividad podría ser tan específica que perdiera importancia el trabajo de tipo “transaccional”); hemos localizado un único convenio sectorial de fundaciones, cámaras y asociaciones de carácter provincial<sup>44</sup>; en realidad, verdaderamente en este subsector predominan los convenios de empresa o de grupo (o incluso de ámbito inferior a la empresa), referidos a organizaciones religiosas<sup>45</sup>, sindicales<sup>46</sup> o a otras

---

notarías del Colegio notarial de Bilbao (Álava y Vizcaya) (BOPV 15/03/1983), Convenio Colectivo de empleados de notarías del Colegio notarial de Burgos (Burgos, Santander, Soria y La Rioja) (BOE 05/10/1981), Convenio Colectivo de empleados de notarías del Colegio Notarial de Valladolid (León, Palencia, Salamanca, Valladolid y Zamora) de 31 de marzo de 1981 (BOE 12/08/1981), Convenio Colectivo de empleados de notarías del Colegio Notarial de Albacete (Albacete, Ciudad Real, Cuenca y Murcia) de 1 de febrero de 1996 (BOE 07/05/1996), Convenio Colectivo para empleados de notarías de Aragón de 6 de octubre de 2003 (BOA 12/12/2003).

<sup>41</sup> Convenio Colectivo de Despachos de graduados sociales de Aragón (BOA 15/04/2005), que se ha extendido a Zamora (BOP 10/06/2005), Convenio Colectivo de Despachos de graduados sociales de las Islas Baleares (BOIB 22/04/2004), Convenio Colectivo de Despachos de graduados sociales de Almería de (BOP 14/11/2003), Convenio Colectivo de Despachos profesionales de graduados sociales de Barcelona (DOGC 20/09/1991).

<sup>42</sup> Convenio Colectivo de Abogados, procuradores y graduados sociales de Cantabria de (BOC 25/08/2004), Convenio Colectivo para Colegios profesionales y despachos de abogados, procuradores y graduados sociales y agencias de información comercial de Vizcaya.

<sup>43</sup> Convenio Colectivo de oficinas de importación y exportación de la Comunidad de Madrid (BOCM 03/10/2005).

<sup>44</sup> Convenio Colectivo de Oficinas de cámaras, colegios, asociaciones, federaciones e instituciones de Murcia (BORM 30/05/2002).

<sup>45</sup> Así, por ejemplo, existe un amplio número de convenios aplicables a las distintas entidades de Cáritas (Cartagena, Segovia, Plasencia, Pontevedra, Solsona, Albacete, A Coruña, Ciudad Real, Madrid, Barcelona, Getafe, Canarias, Bizkaia, Orihuela–Alicante, Girona, La Rioja); asimismo, existe un convenio para el Obispado de Cádiz y Ceuta.

<sup>46</sup> UGT tiene un Convenio Marco que se aplica a todo el territorio nacional, mientras que a CCOO se aplican diversos convenios, que normalmente se aplican a las uniones territoriales (Andalucía, País Valenciano), y en algún caso sus federaciones.

asociaciones<sup>47</sup>, que a veces afectan a la Comunidad Autónoma que tiene convenio genérico. Allí donde no existieran convenios de empresa habrían de aplicarse los genéricos de oficinas y despachos<sup>48</sup>.

Toda esta compleja red de convenios se ha constituido con cierta “espontaneidad”, sin que exista ninguna pauta formal de articulación o coordinación. Ello supone un cierto desorden en la aplicación; al mismo tiempo, las continuas segregaciones, llevadas a cabo de manera desordenada y en subsectores muy pequeños, inciden en el progresivo deterioro del contenido de la negociación colectiva de los convenios genéricos y probablemente, de algunos específicos que van apareciendo.

### 2.3. La importancia de la figura de la extensión de convenios

Tradicionalmente se ha mantenido, y la experiencia en muchas ocasiones así lo ha confirmado, que el mecanismo de la extensión de convenios colectivos previsto en el art. 92. 2 ET, se configuraba como una “forma excepcional de integrar lagunas de la regulación profesional”, de “carácter provisional” y “accidental”, “siempre subordinado a la autonomía colectiva”<sup>49</sup>. Sin embargo, en el sector que examinamos, tales afirmaciones deben ser notablemente matizadas, cuando no exceptuadas. Y ello porque este mecanismo ha adquirido carta de naturaleza habitual en el sector de oficinas y despachos como forma de cubrir los vacíos negociales, en ocasiones desarrollándose en los límites de lo previsto legalmente<sup>50</sup>. Ya en su momento, la masiva pertenencia de los expe-

<sup>47</sup> El número de convenios de empresa o grupo aplicables a asociaciones es enorme; a título de ejemplo podemos mencionar los de Federación Andalucía Acoge, Asociación Valenciana de la Caridad, Cruz Roja Valladolid, Cruz Roja Las Palmas, Asociación Ciudadana de Lucha contra la Droga de La Coruña, etc.

<sup>48</sup> Debe tenerse en cuenta, no obstante, que posteriormente al período analizado ha aparecido un Acuerdo marco de acción e intervención social (BOE 19-6-2007, modificado en BOE 14-4-2008).

<sup>49</sup> STS de 23 de enero d 1995, Ar. 396.

<sup>50</sup> Y ello porque si es comúnmente aceptado (Valdés Dal-Ré, Sala Franco, Escudero Rodríguez, Camps Ruiz, Sáez Lara) que uno de los requisitos exigidos para que la extensión pueda operar es que el convenio que se pretende extender sea un convenio estatutario (por todos y más recientemente, “como se sabe, el convenio colectivo que se pretende extender al sector o subsector de actividad o a una pluralidad de empresas con vacío convencional ha de ser estatutario o de eficacia general, es decir, negociado conforme a las reglas del Título III de la LET. Por consiguiente, no resulta admisible la extensión de un convenio extraestatutario” AAVV, García-Perrote Escartín, I. (dir), Balance de las experiencias de extensión de convenios colectivos en España: de la regulación estatutaria al nuevo procedimiento de 2005, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2005, pág. 45), en algunos períodos temporales ha sido objeto de extensión convenios declarado judicialmente nulos como convenios de eficacia general (Véase, La Negociación colectiva en los sectores de alimentación y oficinas y despachos..., op. cit. pág. 182).



dientes de extensión a este ámbito propició declaraciones doctrinales acerca de la conveniencia de “abrir la vía para la regulación sectorial de condiciones de trabajo prevista en la disposición adicional primera del Estatuto (hoy DA 7ª ET)”<sup>51</sup>, abogando por una interpretación “razonable” de la prioridad que el artículo 92 ET se concede al procedimiento de extensión sobre la antes denominada Ordenanza de necesidad y actualmente titulada más asépticamente regulación de condiciones de trabajo por ramas de actividad. Quizás la solución no deba hoy día, dado el actual marco y evolución de nuestro sistema de relaciones laborales, pasar por la regulación heterónoma de condiciones laborales pero la persistencia de la situación –y de las causas que la provocan–, como enseguida demostraremos, sí permite sostener con alta dosis de razonabilidad y fundamentación la oportunidad de abordar la negociación de un Acuerdo Marco para todo el sector; sobre ello volveremos más adelante.

Decíamos que el recurso a la extensión de convenios es una constante en el sector de oficinas y despachos, y el análisis del desarrollo y desenvolvimiento de la negociación a lo largo de los años no muestra indicios de cambio alguno al respecto. Si en el año 1999<sup>52</sup> el número de convenios que eran extensión de otros ascendía a 7, tal cifra permanece inalterada en el año 2006<sup>53</sup>, siendo

<sup>51</sup> Durán López, F.: “Problemas de la extensión de los convenios colectivos”, RL, 1994, I, pág. 102.

<sup>52</sup> Y con anterioridad, en el año 1994, ya se indicaba que “casi la mitad de los expedientes de extensión tratados por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (ochenta y tres) se concentran en dos sectores, oficinas y despachos (treinta) y comercio (once)”, Durán López, F.: “Problemas de la extensión...”, op., cit. pág. 102.

<sup>53</sup> Salvo error u omisión, en el año 1999, la situación era la siguiente: el convenio de oficinas y despachos de la CCAA de Cantabria era extensión del correspondiente al mismo sector de la provincia de Burgos; el realtivo a la CCAA de Baleares era extensión del aplicable al Principado de Asturias; el convenio de oficinas y despachos de Burgos había sido objeto de extensión también a la CCAA de La Rioja, ala provincia de León y a la provincia de Toledo; el convenio de oficinas y despachos de Ciudad Real era extensión del convenio para la misma actividad de Granada y en la provincia de Sevilla habían existido extensiones del convenio de Málaga y, posteriormente, del de Almería. En el año 2006 la situación no es muy diversa: el convenio colectivo oficinas y despachos de Ciudad Real es extensión del convenio colectivo del mismo sector de Granada; el convenio de oficinas y despachos de Burgos ha sido objeto de extensión al mismo sector de la provincia de León, Segovia y a Cantabria; el convenio colectivo de oficinas y despachos de la CCAA de La Rioja es extensión del convenio de oficinas y despachos de la provincia de Valladolid; el convenio colectivo de oficinas de estudios técnicos, oficinas de arquitectura y oficinas y despachos en general de Almería ha sido objeto de extensión al mismo sector de la provincia de Córdoba y de la de Sevilla.

La relación de provincias a las que han tenido que extenderse otros convenios vigentes es también muy similar en los dos períodos, con las excepciones de Segovia –sin convenio específico ni convenio extendido– en la situación existente en el año 1999, y Toledo y las Islas Baleares, que en aquella ocasión se incluían entre las provincias y Comunidades a las que se habían extendido otros convenios (el de Burgos y el de Asturias, respectivamente), y en el escenario de 2006 Toledo carece de cobertura convencional y Baleares posee convenio propio.

también muy constante –salvo el máximo que representa el año 2000–, el número de expedientes tramitados por año<sup>54</sup>. Y en un balance general de la extensiones producidas en el período comprendido entre 1983 y 2005, la conclusión alcanzada no ha sido otra que la de estimar que el “el sector de Oficinas y Despachos aparece como el más necesitado de cobertura negocial, pues ha generado el mayor número de Expedientes, en concreto, un 25,7 por ciento”<sup>55</sup>. Pero lo más trascendente no es sólo que el sector que analizamos sea el que aglutina cuantitativamente el grueso de los expedientes de extensión que se tramitan, sino que en él, la resolución administrativa que pone fin al procedimiento, a diferencia de lo que acontece en otros sectores de actividad en los que el recurso a la extensión se muestra también como habitual<sup>56</sup>, suele ser casi siempre favorable a la extensión<sup>57</sup>.

Las razones y el fundamento causal de todo cuanto venimos exponiendo no parecen ser otras que las derivadas de la propia caracterización estructural del sector, en el que la paulatina segregación de unidades subsectoriales ha reducido el núcleo originario del sector a un conjunto de microempresas sin capacidad suficiente para gozar de partes con legitimación para negociar<sup>58</sup>. Si con carácter general “la atomización empresarial, la falta de asociación patronal y unas condiciones económicas poco satisfactorias para los trabajadores, que

<sup>54</sup> Así se constata al menos en el período comprendido entre 2000 y 2006. Cfr. lista de expedientes de extensión informados por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en dicho tramo temporal reproducida al final del estudio *La Negociación Colectiva en el Sector de Oficinas y Despachos (2000–2006)* citado, págs. 236 y ss. Un lista de todos los expedientes de extensión tramitados en el período 1984–2005, en AAVV, García-Perrote Escartín, I. (dir), *Balance de las experiencias de extensión de convenios colectivos en España...*, op. cit. págs. 175 y ss.

<sup>55</sup> AAVV, García-Perrote Escartín, I. (dir), *Balance de las experiencias de extensión de convenios colectivos en España...*, op. cit. pág. 173.

<sup>56</sup> Así, en el período 2000–2006, el sector de locales de espectáculos públicos y deportes, piscinas e instalaciones acuáticas es, junto con el de oficinas y despachos, en el que se han tramitado un número más elevado de expedientes de extensión; pero con una diferencia importante entre ambos sectores, pues mientras que en el de espectáculos públicos y deportes, piscinas e instalaciones acuáticas la resolución administrativa que pone fin al procedimiento ha concluido mayoritariamente en la no procedencia de la extensión, en el de oficinas y despachos la situación ha sido justamente la contraria.

<sup>57</sup> Véase la relación de los expedientes de extensión de convenios colectivos informados por al CCNCC relativos al sector de oficinas y despachos en el período 2000–2006, en AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), *La Negociación colectiva en el Sector de Oficinas y Despachos (2000–2006)*, op. cit. págs. 236 y ss. Para una relación de todos los expedientes de extensión informados por la CCNCC en el período 1984–2004, cfr. AAVV, García-Perrote Escartín, I. (dir), *Balance de las experiencias de extensión de convenios colectivos en España...*, op. cit. págs. 114 y ss.

<sup>58</sup> En general, sobre las causas determinantes de esta situación, véase, AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), *La Negociación Colectiva en los sectores de alimentación y oficinas...*, op. cit., págs. 186 y ss.

dificultan la formación de representaciones legitimadas para negociar” suelen ser los factores explicativos de la fuerte presencia de procesos de extensión convencional en un determinado sector de actividad<sup>59</sup>, la constatación de la intensa manifestación de tales circunstancias en el de oficinas y despachos explicaría por sí misma el alto número de extensiones que como venimos señalando se han producido en este sector. En efecto, se observa una notable carencia de representatividad de los interlocutores sociales en este sector de la producción, con una ausencia casi total de asociaciones representativas de los intereses de los empresarios. Pero incluso cuando se logra identificar la presencia de algún tipo de representación al efecto, ésta escasamente logra el respaldo afiliativo o electoral suficiente como para ser aceptada como interlocutor válido por la otra parte; y, a pesar de que lo logre, ello no supone despejar todas las dudas acerca de su grado de legitimidad negocial, teniendo en cuenta los requisitos al efecto exigidos por el Estatuto de los Trabajadores.

Por lo demás, conviene advertir que la importancia de la extensión de convenios como instrumento de cobertura de vacíos convencionales en el sector, lejos de decrecer, puede que haya encontrado argumentos adicionales para su utilización, pues en aquellos sectores a los que se aplicaba el Acuerdo de Cobertura de Vacíos de 28 de abril de 1997 –AICV–<sup>60</sup>, entre los que figura el de oficinas y despachos –aunque ampliamente excepcionado<sup>61</sup>–, la pérdida de vigencia de éste puede crear nuevas lagunas de regulación<sup>62</sup>; lagunas que habrán de ser cubiertas por otros mecanismos, siendo justamente la extensión la “fórmula diseñada para cubrir el vacío normativo en los sectores afectados por el AICV”<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> AAVV, García-Perrote Escartín, I. (dir), Balance de las experiencias de extensión de convenios colectivos en España..., op. cit. pág. 174.

<sup>60</sup> BOE de 9 de junio.

<sup>61</sup> El Anexo I del ACV incluye entre los sectores a los que se aplica el de Oficinas y Despachos, excepto Gestorías Administrativas, Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos, Empresas Consultoras de Planificación, Agencias de Viaje y Entidades de Financiación y Arrendamiento Financiero: Leasing y Factoring. La explicación de la exclusión radica en el dato de que estas actividades contaban con Ordenanza Laboral específica diversa a la de Oficinas y Despachos, lo que, a la postre, les facilitó contar con su propio nivel negocial.

<sup>62</sup> Aplicación al sector del AICV que no es sino una prueba más de las dificultades que en él encuentran los sujetos negociadores para desarrollar su función, pues como se ha señalado, la aplicación del ACV no es sino la vía de sustitución de la Ordenanza en los sectores con “déficit negocial” (AAVV, Valdés Dal-Ré, F (dir), Balance material del proceso de sustitución de las Ordenanzas Laborales: continuidad y crisis de sus contenidos normativos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, pág. 40.

<sup>63</sup> AAVV, García-Perrote Escartín, I. (dir), Balance de las experiencias de extensión de convenios colectivos en España..., op. cit. pág. 167.

## 2.5. Propuestas de futuro

La evolución de la negociación colectiva en el sector de oficinas y despachos viene a demostrar que éste se está configurando como una segunda malla de protección para aquellos supuestos en que la fuerza de la organización sindical –y, por ende, la empresarial–, no ha sido suficiente para crear sujetos con la legitimación necesaria para negociar convenios colectivos propios. Allí donde esto no ha sucedido ha aparecido el correspondiente subsector –más propiamente sector independiente– con su regulación convencional específica. Por otra parte, ese proceso de progresiva desmembración de un sector en el que las transformaciones económicas, sociales y organizativas han conducido a una cada vez más honda separación entre el ámbito geográfico de prestación del servicio y la naturaleza funcional de éste, parece que aún inconcluso, lo que obliga a plantearse, al menos en términos de hipótesis, cuáles podrían ser las opciones negociales más lógicas de cara al futuro.

Cualquier propuesta razonable debe partir del hecho de que el panorama actual se remonta en el tiempo y parece encontrarse fuertemente enraizado, lo que hace sospechar que obedece a elementos estructurales del sistema, de carácter objetivo, que no deben perderse de vista a la hora de realizar cualquier tipo de sugerencia. Uno de esos elementos y condicionantes, al que ya nos hemos referido anteriormente, es la dimensión microempresarial del sector, factor que lejos de desaparecer, parece encaminado a afianzarse si tenemos en cuenta las consecuencias que, en materia de tamaño empresarial, están provocando en el sector servicios –en el que en gran medida se insertan las empresas del ámbito de oficinas y despachos–, tanto las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones como la consolidación y extensión de los fenómenos de descentralización productiva.

Teniendo presente las anteriores consideraciones, dos alternativas podrían barajarse: una, de tipo más conservador y de simple modificación parcial de la situación actual; otra, más incisiva, de cambio algo más radical de la estructura negocial existente. La primera buscaría simplemente racionalizar el proceso de segregación de unidades negociales que venimos indicando, intentando evitar vacíos de negociación, procurando ajustar y definir con claridad los ámbitos funcionales de cada nivel y estudiando la posibilidad de fusionar las unidades negociales excesivamente pequeñas y aleatorias en lo que al tipo de actividad empresarial de referencia concierne, al objeto de conseguir acuerdos de contenido más rico y diverso. La segunda de las opciones, de naturaleza más global, se dirigiría al análisis de la viabilidad y conveniencia de suscribir un Acuerdo Marco para todo el sector, si

bien respetando las unidades negociales ya segregadas. Este convenio general estatal de oficinas y despachos, operaría como marco general para el sector y como instrumento para la cobertura de vacíos de regulación –de manera similar al Acuerdo Interconfederal de Cobertura de Vacíos, pero en un contexto sectorial–, evitando los problemas de falta de cobertura, el mantenimiento de instituciones no reguladas –como el régimen disciplinario o el descuelgue salarial–, las remisiones a una Ordenanza que en general ya no se adapta a la situación actual, y superando el anormal y hasta cierto punto patológico uso reiterado en el sector de la técnica de las extensiones de convenios colectivos. Este eventual acuerdo–marco, podría tener dos partes: un contenido obligatorio que debería imponerse a todas las empresas afectadas por convenios genéricos provinciales (por ejemplo, un sistema moderno de clasificación profesional y un régimen disciplinario común) y un contenido supletorio que sólo operaría en defecto de regulación convencional colectiva de ámbito inferior (como por ejemplo la estructura y cuantía de los salarios o la jornada), dada la necesidad de adaptar la regulación a distintos contextos territoriales o empresariales. Este contenido supletorio podría incluso referirse a cualesquiera oficinas y despachos, aunque estuvieran afectados por otros convenios sectoriales o empresariales, siempre que no regularan estas materias consideradas esenciales, configurándose como un punto de referencia central para todo el macrosector.

Debe hacerse notar que esta propuesta de racionalización de la estructura no sólo resulta favorable a los intereses de los trabajadores –evitando vacíos de cobertura y seguramente configurando un “suelo” para la negociación provincial–, sino que también puede resultar muy conveniente para los intereses empresariales: así pues, contribuiría a eliminar progresivamente el arcaico régimen de las categorías profesionales que todavía puede producir disfunciones, del mismo modo que permitiría que existiera un régimen disciplinario general para aquellos casos en los que resultara conveniente el ejercicio de este poder; asimismo, elimina distorsiones en la competencia derivadas de regulaciones diversas que no se justifican ni por las peculiaridades del tejido productivo del territorio ni por la necesidad de manifestación de la autonomía colectiva de los negociadores a nivel provincial, que más bien presentan en general problemas de representatividad. Por otro lado, con este modelo, sería viable mantener la estructura actual de convenios provinciales de oficinas y despachos y convenios de subsector, al tiempo que se podría alcanzar un mayor grado de coordinación y articulación en el conjunto del sistema de negociación.

### 3. EL CONTENIDO NEGOCIAL

#### 3.1. La pobreza de las cláusulas convencionales

Desde el punto de vista del contenido negocial<sup>64</sup>, los convenios genéricos de oficinas y despachos no ofrecen un panorama muy rico ni excesivamente detallado, lo que no impide la existencia de cláusulas de interés. Tales cláusulas están, lógicamente, ligadas al contexto empresarial al que este tipo de convenios se dirige. Así, por ejemplo, la institución del preaviso en la extinción del contrato a iniciativa del trabajador aparece frecuentemente<sup>65</sup>, lo que se explica en el interés que este tipo de estipulaciones posee para las pequeñas empresas, habituales en el sector.

La falta de diversidad, innovación y adaptación a la nueva realidad de las estipulaciones convencionales del sector es una constante, que sólo en escasa medida parece evolucionar hacia una situación más fructífera. Es cierto que en la actualidad ya no sería justo calificar la situación como de “indigencia” negocial<sup>66</sup>, pero tampoco caben valoraciones especialmente positivas en la materia. La fuerte influencia de las disposiciones de la Ordenanza de 1972, la débil fuerza representativa de las organizaciones sindicales del sector, el carácter micro de sus empresas pueden servir de explicación de este panorama, pero no lo justifican completamente.

Hay que indicar, no obstante, que en muchas ocasiones, las limitaciones de la riqueza del contenido vienen determinadas por el contexto de la normativa estatal. Así pues, en términos comparados, por diversas razones la legislación española proporciona una regulación relativamente completa y detallada de la relación laboral –por ejemplo, este fenómeno se aprecia muy claramente en materia de prevención de riesgos laborales–, dejando poco espacio para la

<sup>64</sup> Un detallado análisis del contenido de los convenios genéricos de oficinas y despachos a lo largo de los años en AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), *La negociación colectiva en los sectores de alimentación y oficinas...*, op. cit. págs. 201 y ss y AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), *La Negociación colectiva en el Sector de Oficinas y Despachos (2000–2006)*, págs. 16 y ss.

<sup>65</sup> CC Oficinas Asturias/1996 prevé como mínimo 8 días en el caso del personal obrero y subalterno, 15 para los administrativos, y 30 si son jefes administrativos y técnicos; en CC Oficinas Cataluña/2004 y CC Oficinas Islas Baleares/2003 desde 10 días hasta 30; CC Oficinas Madrid/2005, 15 días sin distinguir por categorías profesionales; CC Oficinas Albacete/2005, de 15 días a 2 meses; CC Oficinas Burgos/2004, 1 mes para los titulados, y 15 días el resto; CC Oficinas Cádiz/2005, 15 días laborables; CC Oficinas Lugo/2001, un mes licenciados y diplomados, 15 días el resto, al igual que CC Oficinas Salamanca/2004 y que CC Oficinas Zamora/2005; CC Oficinas Valencia/2005, llega hasta los dos meses; CC Oficinas Bizkaia/2003, 15 días naturales.

<sup>66</sup> Cfr. AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), *La negociación colectiva en los sectores de alimentación y oficinas*, op. cit. pág. 185.

negociación colectiva (que tradicionalmente se ha ocupado de la determinación de la retribución y el tiempo de trabajo). Ciertamente, esta tendencia está cambiando a medida que los interlocutores sociales van preocupándose más por los aspectos cualitativos y, desde luego, las sucesivas reformas legales desde principios de los años noventa han ido abriendo distintos espacios para la regulación convencional. Ahora bien, este cambio progresivo hacia el enriquecimiento del contenido de los convenios opera muy lentamente, en parte debido a la mencionada tendencia a la continuidad, en parte porque los espacios abiertos a la regulación autónoma podrían no coincidir en todo caso con instituciones especialmente vinculadas a los intereses de las partes y en gran medida, especialmente en lo que refiere a los convenios de oficinas y despachos, por las circunstancias del contexto al que la negociación colectiva se dirige. Así pues, donde existen problemas de representatividad, las partes difícilmente pueden establecer una regulación muy completa, porque tienen dificultades para controlar su cumplimiento, porque pueden quedar deslegitimadas o bien porque precisan de un mayor acercamiento a la realidad de las empresas afectadas para conocer sus problemas, de manera que tienden a establecer una estructura de mínimos. Por otra parte, para muchas microempresas la regulación legal ya podría ser excesivamente detallada, prolija, exigente o formalista, de manera que en muchos casos resultaría poco conveniente añadir nuevas obligaciones, cuyo cumplimiento efectivo, por lo demás, parece difícil de garantizar.

Así pues, debido en parte a este condicionamiento, la reproducción de los preceptos legales –en las más diversas instituciones (derechos colectivos<sup>67</sup>, prevención de riesgos laborales<sup>68</sup>, poderes organizativos empresariales<sup>69</sup>, solución de conflictos<sup>70</sup>)– es una constante en los convenios de oficinas y despa-

<sup>67</sup> CC Oficinas Granada/2005, CC Oficinas Huelva/2005, CC Oficinas Lugo/2001, CC Oficinas Palencia/2005, CC Oficinas Pontevedra/1995, CC Oficinas Teruel/2004, CC Oficinas Murcia/2006, CC Oficinas Zaragoza/2004, CC Oficinas Asturias/1996 y CC Oficinas Madrid/2005 se limitan a la remisión a lo dispuesto en el ET y/o la LOLS sin ofrecer regulación alguna. Remiten “a la legislación vigente” o directamente a las dos normas, el CC Oficinas Alicante/2003, el CC Oficinas Ávila/2004, el CC Oficinas Cádiz/2005 y el CC Oficinas Huesca/2006. El CC Oficinas Cáceres/2005 se limita a reproducir lo ya regulado por el ET; CC Oficinas Bizkaia/2003 dedica varios artículos a los derechos colectivos, limitándose a copiar en muchos de ellos el articulado de la LOLS y el art. 64 ET.

<sup>68</sup> CC Oficinas Huesca/2006, CC Oficinas Teruel/2004, CC Oficinas Cádiz/2005, CC Oficinas Granada/2005, CC Oficinas Huelva/2005, CC Oficinas Salamanca/2004, CC Oficinas Albacete/2005, CC Oficinas Jaén/2005, CC Oficinas Cataluña/2004, CC Oficinas Almería/2003.

<sup>69</sup> CC Oficinas Cataluña/2004, CC Oficinas Baleares/2003, CC Oficinas Valladolid/2003, CC Oficinas Albacete/2005, CC Oficinas Madrid/2005.

<sup>70</sup> El contenido de numerosos convenios en este tema se limita simplemente a adherirse a los respectivos Acuerdos Autonómicos de resolución de conflictos colectivos, con declaraciones repetitivas de lo dispuesto legalmente. Cfr. CC Oficinas Almería/2003, CC Oficinas Cata-

chos. Desde perspectivas estrictamente jurídicas suele minimizarse la importancia de estas reiteraciones, por cuanto que no implican cambio alguno en el régimen jurídico aplicable; no obstante, ello no supone que estas previsiones no desplieguen ninguna utilidad, e incluso esta utilidad puede ser especialmente importante, como, por ejemplo, en lo que refiere a los derechos fundamentales. Ello es así porque las reglas convencionales –y, en realidad, cualquier tipo de normas– no sólo despliegan efectos jurídicos, sino también simbólicos: así pues, pueden reforzar la normatividad o la obligatoriedad de una pauta determinada, facilitar su conocimiento por parte de empresarios o trabajadores, o bien contribuir a explicar su contenido si éste es confuso o está expresado en términos excesivamente técnicos. Por otra parte, en ocasiones, la inclusión de una institución jurídica en el convenio en los términos de la Ley se utiliza como estrategia por parte de los negociadores para introducir la materia en él como contenido expreso del propio convenio, de manera que en textos futuros puedan producirse innovaciones si el equilibrio de fuerzas lo permite.

No obstante lo anterior, la reiteración de la Ley no deja de producir problemas jurídicos en muchas ocasiones. Ello es así, de un lado, porque la inclusión de unos aspectos y la omisión de otros –en la misma institución– que se han considerado de menor interés puede producir confusión respecto al elenco de derechos y obligaciones que afectan a las partes; de otro lado porque, aunque la negociación colectiva puede ser más dinámica que la norma estatal, no está exenta de inercias. Así, en ocasiones, si los convenios no reaccionan adecuadamente a los cambios normativos, podrían reproducir disposiciones derogadas o modificadas, de modo que no es fácil deducir si la mera supresión en la norma legal se mantiene como regla vigente en el ámbito del convenio por cuanto que su texto formalmente la recoge en su clausulado; del mismo modo que en otros supuestos el mantenimiento de esa redacción en el texto del convenio, tras la reforma de la norma estatal, provoca a veces la duda de si por el contrario se verifica una ilegalidad sobrevenida de la cláusula convencional que, una vez más genera confusiones respecto al régimen jurídico aplicable. En los convenios de oficinas y despachos, esto sucede, por ejemplo, en la regulación de las modalidades de contratación, la conversión de contratos temporales en indefinidos y más recientemente en materia de conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales.

---

luña/2004, CC Oficinas Islas Baleares/2003, CC Oficinas Madrid/2005, CC Oficinas Murcia/2006, CC Oficinas Guipúzcoa/2001, CC Oficinas Huesca/2006, CC Oficinas Teruel/2004, CC Oficinas Zaragoza/ CC Oficinas Valencia/2005, CC Oficinas Salamanca/2004.



### 3.2. Una notable propensión a la individualización de las relaciones laborales

El espacio de la negociación colectiva no sólo se ve restringido por la regulación legal, sino también por la fuerte tendencia a la individualización de las relaciones laborales. Este fenómeno resulta especialmente difícil de advertir analizando exclusivamente los convenios, dado que generalmente no se manifiesta mediante el reenvío directo a la voluntad de los contratantes, sino más bien a través de la omisión de regulación o mediante la producción de normas que no se aplican en la práctica o cuya aplicación debe ser concretada mediante la decisión unilateral o el pacto individual. En todo caso, aunque la individualización de las relaciones laborales es un fenómeno general, en estos convenios se advierten indicios de que puede adquirir una notable importancia en el sector, si bien esta hipótesis habría de ser comprobada con un acercamiento empírico a las prácticas reales. Con esta cautela, hay signos de que la individualización afecta de manera especialmente significativa a las prestaciones esenciales de las partes del contrato de trabajo, esto es, la prestación de trabajo –mediante la clasificación profesional– y la retribución.

Por otra parte, esta patente tendencia a la individualización de las relaciones laborales de los convenios de oficinas y despachos no resulta extraña, dado que se dirigen principalmente a pequeñas empresas y microempresas, donde por diversas razones, la individualización –si bien materializada en prácticas informales– es más fuerte. Así, se aprecia un sistema complejo y detallado de categorías profesionales muy específicas, a veces anacrónicas, que casi con toda seguridad no se aplican en lo más mínimo en las empresas de pequeña dimensión, mientras que los sistemas de grupos no son del todo capaces de desprenderse de estas categorías ni de los viejos grupos funcionales. Por otra parte, se aprecian en los convenios colectivos cuantías salariales muy bajas comparativamente con lo que suele mostrar la encuesta de salarios, con retribuciones estructuradas mecánicamente por antigüedad y sin tomar en consideración la productividad específica del trabajador; resulta, pues, bastante razonable pensar que las cuantías previstas en tales convenios colectivos en la práctica son rebasadas en muchos casos por acuerdos individuales; así, la retribución efectiva dependerá en primer lugar de una categoría abstracta en la que el trabajador queda encajado por pacto individual (fuertemente condicionada por la voluntad unilateral del empresario), limitada hasta cierto punto por la consideración de la antigüedad en los ascensos y, en segundo lugar, por lo que verdaderamente el empresario está dispuesto a pagar al trabajador para contar con sus servicios, incluyendo las “comisiones” o el trabajo por objetivos en el supuesto de que resulten convenientes para la concreta actividad realizada.

Todo esto plantea peligros importantes para la negociación colectiva del sector, que corre el riesgo de apartarse cada vez más de la realidad que pretende regular y de las prácticas efectivas de las empresas. En lugar de ocupar la posición de un marco regulador que, por un lado, contribuye a generar condiciones de productividad y que, por otro lado, limita el poder empresarial, podría terminar convirtiéndose en una serie de restricciones anacrónicas, contrarias a la mejora del valor añadido del trabajo, que las empresas prefieren esquivar o soportar y que se muestran incapaces para evitar las arbitrariedades empresariales. Así, por ejemplo, llama la atención que la parte del salario que resulta efectivamente controlada por los convenios es la que se refiere al criterio de antigüedad, que parece estar en franco –si bien lento– retroceso; por ello, si la antigüedad no es el único elemento que se valora a la hora de determinar la productividad del trabajo, es preciso hacer explícitos los demás criterios y regularlos de alguna manera.

El reto para la negociación colectiva –ciertamente, de gran dificultad– consiste en captar las prácticas reales verdaderamente importantes para las empresas y articular un “esqueleto” normativo que, sin impedir el acuerdo individual informal o las políticas de recursos humanos, los enmarque en función de intereses específicos, como la protección de los derechos fundamentales y la eliminación de discriminaciones, la interdicción de las arbitrariedades en el ejercicio del poder empresarial o una cierta redistribución de los ingresos de los trabajadores más productivos a los menos cualificados.

### 3.3. El débil seguimiento de los AINC

Las características estructurales de la negociación colectiva en el sector de oficinas y despachos que venimos comentando condicionan, por otra parte, las posibilidades de respeto y seguimiento de los convenios del sector de los criterios orientativos y las directrices recogidas en los diversos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva<sup>71</sup>. El carácter sectorial provincial de los convenios dificulta, por no decir impide, el cumplimiento de previsiones como la de que sea un convenio colectivo nacional el que aborde materias como la delimitación del ámbito funcional del sector –lo que, dada las disfuncionalidades que en la práctica se producen en este tema, sería notablemente adecuado–, el procedimiento de adaptación de las viejas categorías laborales a los nuevos grupos profesionales, la jornada máxima efectiva de trabajo y su distribución, la forma de reducción de las horas extraordinarias, o, la adapta-

<sup>71</sup> Véase, AAVV, Cruz Villalón, J. (dir), La Negociación colectiva en el Sector de Oficinas y Despachos (2000–2006), págs. 185 y ss.

ción y reordenación de los derechos sindicales y de información y consulta de los representantes<sup>72</sup>; o, más globalmente, que los negociadores lleven a cabo una labor de examen y análisis de la estructura de la negociación del sector estableciendo los ámbitos más apropiados para el tratamiento de las diversas materias así como los mecanismos de articulación entre ellos<sup>73</sup>.

Si limitado es el seguimiento en los aspectos estructurales, no mucho más halagüeño es el panorama en el terreno de los contenidos. Centrándonos en el tramo temporal 2000–2006, los convenios del sector de oficinas y despachos sólo en cuestiones muy concretas, algunas, no obstante, de singular importancia, ofrecen un alto nivel de respeto a las orientaciones del acuerdo interconfederal. Así acontece, por ejemplo, en lo relativo a la promoción y fomento de la contratación indefinida y la inclusión de fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de contratos temporales<sup>74</sup>, donde los convenios colectivos de oficinas y despachos recogen una importante apuesta a favor de la transformación de los contratos temporales en indefinidos<sup>75</sup>, de la utilización

<sup>72</sup> Tal como en su momento indicó el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 1997 (Resolución de 13 de mayo de 1997, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 6 de junio).

<sup>73</sup> En línea con las recomendaciones del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2005 (Resolución de 7 de marzo de 2005, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 16 de marzo). Nos referimos específicamente a este AINC de 2005 y al AINC de 1997 por ser los vigentes en los períodos temporales de elaboración de los dos Informes que sirven de base a este artículo.

<sup>74</sup> Capítulo V (Empleo y contratación) del AINC de 2005.

<sup>75</sup> Los convenios de oficinas y despachos han utilizado frecuentemente la vía de la ampliación de los límites temporales fijados en la norma estatal para que la transformación de un contrato temporal en un contrato indefinido. Recordemos a tales efectos que, de conformidad con lo que preveía el RDL 8/1997, los contratos temporales celebrados una vez transcurrido un año desde su entrada en vigor (es decir, los concluidos después del 17 de mayo de 1998) sólo podían convertirse en contratos para el fomento de la contratación indefinida si la negociación colectiva así lo disponía y autorizaba. Por su parte, el RDL 5/2001 permitía la conversión en contratos indefinidos, sin sujeción a plazo temporal alguno, si bien sólo de aquellos contratos temporales celebrados con anterioridad a 31 de diciembre de 2003, sin dejar claro qué acontecía en lo que se refería a posibilidad de conversión con los contratos temporales concluidos después de 31 de diciembre de 2003. Aunque a nuestro juicio la interpretación más correcta de las modificaciones legales es la que entiende que tras las reformas del RDL 5/2001 (y, posterior Ley 12/2001), se eliminaba la posibilidad de que la negociación colectiva pudiera ampliar el instrumento de la conversión a los contratos celebrados con posterioridad a 31 de diciembre de 2003, sin embargo, la indefinición legal ha propiciado que los convenios colectivos (en muchos casos quizás sin intención de contradecir la norma legal sino como fruto de la frecuente práctica de reproducir una y otra vez las mismas disposiciones del convenio que se sustituye sin reparar en si se corresponden o no con las eventuales alteraciones que la normativa estatal haya sufrido) sigan contemplando la vía de la conversión como uno de los mecanismos más útiles para el incremento del empleo estable (CC Oficinas Almería/2003, CC Oficinas Navarra/2005, CC Oficinas Palencia/2005, CC Oficinas Teruel/2004, CC Oficinas Burgos/2004, CC Oficinas Huesca/2006,

del contrato para el fomento de la contratación indefinida y de la incorporación de límites máximos de duración de los contratos temporales<sup>76</sup>. Idéntica valoración merece el acatamiento de las pautas sobre cómputo anual de la jornada y limitación de las horas extraordinarias<sup>77</sup>, incluyendo los convenios del sector una destacable consagración del principio de prohibición de las horas extraordinarias que no obedezcan a puntas de producción<sup>78</sup>. En alguna ocasión, el respeto a las indicaciones del AINC-2005 no son tanto el fruto de la voluntad deliberada de los negociadores cuanto consecuencia de la propia realidad del sector. Ejemplo paradigmático de ello es la materia salarial. Las llamadas a la moderación salarial y a incrementos de salarios ligados al IPC del acuerdo interconfederal<sup>79</sup> encuentran buena acogida en los bajos niveles retributivos que lucen los convenios de oficinas y despachos –muy inferiores a los precios de mercado<sup>80</sup>– pero tal circunstancia, más que obedecer a un intencionado seguimiento de directrices genéricas, parece ser el resultado de esa tendencia a la individualización de las relaciones laborales de la que más arriba hablábamos.

---

CC Oficinas Valladolid/2003). La modificación de la DA 1ª.2 b) de la Ley 12/2001 por el art. 10 del RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y el empleo ampliando los contratos susceptibles de conversión para incluir a todos aquellos celebrados con anterioridad a 31 de diciembre de 2007, hace que pierdan gran parte de su significado aquellas cláusulas convencionales que, a nuestro juicio con discutible validez, habían previsto que todos los contratos temporales celebrados durante su vigencia eran susceptibles de ser convertidos en contratos para fomento de la contratación indefinida, pues la vigencia temporal de los convenios (dejando a un lado eventuales prórrogas y períodos de ultraactividad convencional) suele finalizar con anterioridad a la llegada del término final fijado en la norma legal (CC Oficinas Valladolid/2006).

<sup>76</sup> CC Oficinas Almería/2003, CC Oficinas Jaén/2005 y CC Oficinas Valladolid/2003.

<sup>77</sup> Capítulo V (Flexibilidad y seguridad en el empleo) del AINC de 2005. A favor del cómputo anual de la jornada de trabajo, CC Oficinas Granada/2005, CC Oficinas Las Palmas/2002, CC Oficinas Teruel/2004, CC Oficinas Ávila/2004, CC Oficinas Albacete/2005, CC Oficinas Cataluña/2004, CC Oficinas Zaragoza/2004, CC Oficinas Guipúzcoa/2001, CC Oficinas Burgos/2004.

<sup>78</sup> CC Oficinas Valencia/2005, “conscientes ambas partes de la grave situación de paro existente, y con el objetivo de favorecer la creación de empleo, únicamente se podrán realizar horas extraordinarias estructurales”; CC Oficinas Jaén/2005, “ambas partes, dada la situación de paro existente en la provincia, se comprometen a la eliminación, en lo posible, de las horas extraordinarias”.

<sup>79</sup> Capítulo IV (Criterios en materia salarial) del AINC de 2005.

<sup>80</sup> Señalamos algunos ejemplos a título ilustrativo: en CC Oficinas Zamora/2005 el abanico salarial es de 7.969 a 9558 € al año (sin que se prevea actualmente ningún complemento salarial, al margen de la antigüedad consolidada); en CC Oficinas A Coruña/2003 de 7037 a 15287 (aunque con antigüedad); en CC Oficinas Madrid/2005, de 7397'46 a 13611'76; en CC Oficinas Murcia/2006, de 1071'45 € al mes a 544'84 (aunque con un plus importante y seguramente fraudulento de gastos de locomoción); en CC Oficinas Salamanca/2005, de 750'22 a 1179'66, CC Oficinas Huesca/2006 de 562'32 € al mes a 1095, etc. Más elevados resultan los salarios en CC Oficinas Navarra/2005, CC Oficinas Guipúzcoa/2001, CC Oficinas Bizkaia/2005.

Mucho menos esperanzador es el panorama respecto a otras materias. La constante llamada de los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva a la configuración de un sistema de clasificación profesional basado en grupos profesionales y áreas profesionales<sup>81</sup> no encuentra respuesta en el sector<sup>82</sup>. La fuerte influencia de la Ordenanza de Oficinas y Despachos de 1972 en lo relativo a clasificación profesional hace que, pese a ciertos intentos de innovación y adaptación a la nueva realidad, la negociación siga anclada enérgicamente en el campo de las categorías profesionales. Similar es la situación en materia de igualdad de trato y oportunidades<sup>83</sup>. Sólo una minoría, aunque significativa, de convenios de oficinas y despachos contienen cláusulas declarativas antidiscriminatorias<sup>84</sup> y la inercia reiterativa de la negociación colectiva unida a la vigencia de normas de marcada antigüedad hacen que aún persistan cláusulas en cuestiones de discriminación ya superadas normativamente. Quizás la única excepción venga representada por una cierta preocupación por favorecer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres a través de medidas conectadas con la conciliación de la vida laboral y familiar, singularmente enfocadas en las reducciones de jornada por cuidado de hijos –aunque el interés es más cuantitativo que cualitativo, pues la casi totalidad de las menciones convencionales al tema se limitan a reproducir lo previsto en la normativa estatal<sup>85</sup>– y en

<sup>81</sup> Ya el AINC de 1997 apostaba por esta fórmula (apartado IV, 3º, Estructura profesional), que el AINC de 2005 (Capítulo V, Flexibilidad y seguridad en el empleo) sigue manteniendo.

<sup>82</sup> Siguen exactamente el sistema de los seis grupos profesionales recogidos en el art. 8 de la Ordenanza de 1972, con cambios en las categorías, los siguientes convenios: CC Oficinas Granada/2005, CC Oficinas Pontevedra/1995 (46 categorías), CC Oficinas Tenerife/1996 (63, aunque incluyendo categorías de edad que desaparecen en las revisiones salariales), CC Oficinas Murcia/2006 (25 categorías), CC Oficinas Madrid/2005 (30 categorías), CC Oficinas Huesca/2005 (30 categorías con algunas secundarias), CC Oficinas Guipúzcoa/2001 (30 categorías con muchas secundarias), CC Oficinas Cáceres/2004 (44 categorías con muchas secundarias), CC Oficinas Almería/2003 (45 Categorías, con secundarias), CC Oficinas Lugo/2001 (41 categorías, con secundarias), CC Oficinas A Coruña/2003 (30, con muchas secundarias), CC Oficinas Jaén/2005 (28, con secundarias), CC Oficinas Huelva/2004 (46); por su parte, CC Oficinas Alicante/2003 (63 y secundarias), además de estos seis grupos incorpora un nuevo grupo funcional de “personal de laboratorio”. CC Oficinas Badajoz/1984 extrae solamente 13 categorías (situadas por “niveles retributivos”), pero se remite como norma supletoria a la Ordenanza.

<sup>83</sup> Capítulo VI (Igualdad de trato y oportunidades) del AINC de 2005.

<sup>84</sup> CC Oficinas Valencia/2005, CC Oficinas Zaragoza/2004, CC Oficinas Teruel/2005, CC Oficinas Huesca/2006, CC Oficinas Valladolid/2003, CC Oficinas Salamanca/2004 CC, CC Oficinas Cataluña/2004. Hay convenios que no tienen una cláusula general de igualdad pero hacen declaraciones antidiscriminatorias en alguna parte de su articulado; así, CC Oficinas Albacete/2005 en lo que refiere a la clasificación profesional.

<sup>85</sup> Las escasas innovaciones convencionales, en algunas ocasiones, lejos de representar mejoras a los más que imprecisos derechos consagrados en la norma estatutaria, en cierta medida vienen a limitar el régimen legal fijado para su ejercicio, lo que, por otra parte, provoca las consiguientes dudas acerca de su legitimidad. Así, encontramos cláusulas en las que de forma absolu-

la preferencia de los trabajadores con hijos en edad escolar por la elección del turno de vacaciones que coincida con el período vacacional docente<sup>86</sup>.

Tampoco faltan los supuestos en los que las sugerencias del AINC no hallan mayor acatamiento que la, más habitual de lo deseable, asunción general de lo previsto en la norma heterónoma. Tal es el caso de la formación continua<sup>87</sup>, o la seguridad y salud en el trabajo<sup>88</sup>, que sólo encuentra una amplia recepción de las directrices interconfederales en lo que respecta a la vigilancia de la salud y la sustitución de los reconocimientos médicos generales por exámenes específicos en atención a los riesgos del sector<sup>89</sup>.

Y casi sin referencia o mención queda un conjunto variado de cuestiones y temas que, por el contrario, sí han ocupado un hueco importante en la redacción del AINC-2005. Así acontece con los fenómenos descentralizadores –prácticamente olvidados–, la flexiguridad, la promoción de la estabilidad laboral de los jóvenes, la atención a la situación de inmigrantes y discapacitados, la responsabilidad social corporativa, o las muchas llamadas a la negociación en aspectos como procedimientos de designación de delegados de prevención, criterios de colaboración de éstos con la empresa en la mejora de la acción preventiva, elaboración de planes de prevención y evaluación de riesgos o procedimientos de información y consulta en supuestos de coordinación de actividades empresariales del art. 24 de la LPRL<sup>90</sup>.

---

tamente razonable se añade a lo establecido legalmente sobre la ausencia al trabajo por lactancia la obligación del trabajador de comunicar a la empresa cuándo se va a disfrutar del permiso, si al inicio, la mitad o al final de la jornada diaria (CC Oficinas Valladolid/2003, CC Oficinas Albacete/2005); otras que parecen mejorar lo establecido en el art. 37.4 ET en la medida en que permiten que la ausencia al trabajo por lactancia pueda ser disfrutada al inicio o al final de la jornada laboral (CC Oficinas Vizcaya/2003, CC Oficinas Valencia/2005), posibilidad que no parece desprenderse nítidamente de los términos en que está redactado el precepto estatutario; y, finalmente, otras que permiten sustituir el permiso de lactancia por 13 días naturales de descanso que se sumarán al período de maternidad (CC Oficinas Valencia/2005, CC Oficinas Vizcaya/2003), con una redacción que parece constituir un delante de lo que se ha venido a incorporar al Estatuto de los Trabajadores a resultas de su reforma por la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, precisamente haciéndolo por remisión a los términos en los que se prevea en la negociación colectiva.

<sup>86</sup> CC Oficinas Islas Baleares/2003, CC Oficinas Cataluña/2004.

<sup>87</sup> Capítulo V (Formación permanente) del AINC de 2005. Cfr. CC Oficinas Huesca/2006, CC Oficinas Granada/2005, CC Oficinas Cádiz/2005, CC Oficinas Teruel/2004, CC Oficinas Valencia/2006.

<sup>88</sup> Capítulo VII (Seguridad y salud en el trabajo) del AINC de 2005.

<sup>89</sup> CC Oficinas La Coruña/2003, CC Oficinas Valladolid/2003, CC Oficinas Lugo/2001, CC Oficinas Cáceres/2005, CC Oficinas Zamora/2005, CC Oficinas Granada/2005, CC Oficinas Navarra/2005, CC Oficinas Almería/2003, CC Oficinas Valencia/2005.

<sup>90</sup> Véase Capítulo VII (Seguridad y salud en el trabajo) del AINC de 2005.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

—La configuración actual del denominado con carácter general sector de oficinas y despachos es en gran medida el resultado de su proceso de adaptación a la propia evolución del sistema de relaciones laborales. El paso de una estructura sindical de carácter primordialmente horizontal a otra más atenta al elemento funcional, que da origen a una negociación pensada fundamentalmente para la rama de actividad, ha incidido de manera significativa en la delimitación y conceptualización del sector, que ha visto cómo la diversificación funcional de las tareas desarrolladas en el espacio físico de una oficina o despacho lo desmembraba en tantas unidades como nuevas actividades autónomas iban surgiendo. Así, desde una inicial situación en la que el elemento topográfico del lugar de prestación de servicios servía para identificar el tipo de actividad productiva que en él se desarrollaba, se pasa a otra muy distinta, en la que los objetivos, funciones y organizaciones empresariales que encuentran en la oficina y despacho su sede natural de desenvolvimiento pueden diferir enormemente. El considerado sector genérico de oficinas y despachos sufre de esta forma un proceso de disgregación y atomización en tantos subsectores como actividades productivas independientes y diversas llegan a configurarse, algunas de las cuales de tal magnitud que incluso pugnan por subsumir la totalidad del sector; pensemos, por ejemplo, en las entidades bancarias y de seguros, prototipos actuales de empresas cuya actividad económica se desarrolla en una oficina y cuyo nivel de desarrollo y consolidación es tal que desde el punto de vista sociológico identifica en gran medida a todo el sector<sup>91</sup>.

En suma, hoy día la pretendida actividad de oficinas y despachos no es única ni homogénea y sólo el elemento topográfico del lugar de su prestación puede servir de factor de aglutinación. Ello ha condicionado, evidentemente, el proceso y la evolución de la negociación colectiva en el sector.

En la actualidad, la denominada negociación colectiva del sector de oficinas y despachos en sentido estricto viene constituida por toda una serie de convenios genéricos, herederos de la antigua Ordenanza de Oficinas y Despachos de 1972; estos convenios tienen, en cierta medida, carácter “residual” —operan en aquellos sectores con empleo de tipo administrativo que no tienen regulación propia o para aquellas empresas del sector servicios que no tienen convenio propio—, lo que ha terminado convirtiéndolos en un “cajón de sastre” destinado principalmente a pequeñas empresas, o aún microempresas, que tienen problemas de representación de los trabajadores en el ámbito de la

<sup>91</sup> No es extraño, por tanto, que en algunas organizaciones sindicales sea la federación de la banca y seguros la interlocutora designada para el tratamiento de la problemática correspondiente al sector general de oficinas y despachos.

empresa y de representatividad de trabajadores y empresarios en ámbitos supra-empresariales y que generalmente no tienen centros de trabajo dispersos por todo el territorio nacional.

—En términos generales, puede decirse que la regulación convencional del sector se encuentra fuertemente marcada por la continuidad y la inercia. Esta continuidad se manifiesta en varias circunstancias.

En primer lugar, se mantiene una continuidad en la estructura de la negociación colectiva en el sector. En términos generales, las unidades de negociación se han mantenido inalteradas, e incluso su definición presenta notables conexiones con las Ordenanzas Laborales. Así, se ha consagrado un modelo caracterizado por una serie de convenios genéricos de ámbito provincial que operan como “colchón de protección” para evitar vacíos de cobertura, del que se desmarcan (por tradición o, en la mayoría de los casos, por existir menos dificultades de representación) un gran número de convenios relativos a actividades concretas que en términos amplios pueden conceptuarse como de oficinas y despachos. Tampoco ha habido variaciones sustanciales en cuanto al importante uso de la institución de la extensión de convenios colectivos, que en otros sectores es completamente residual. Pero la continuidad en el diseño estructural del sector, pese a condicionar, no impide aventurar proyectos de transformación. Ahora bien, la cautela debe presidir las propuestas de reforma que se hagan desde el análisis abstracto, lo que no implica que las reformas no sean posibles, sino más bien que su realización no está exenta de dificultades. Las comentadas disfuncionalidades en la estructura negocial, que persisten a lo largo de los años, aconsejan intervenciones racionalizadoras, que eviten vacíos negociales, al tiempo que minimicen el frecuente recurso al mecanismo de la extensión de convenios del sector. Un Acuerdo Marco o convenio general estatal podría representar una razonable opción.

En segundo lugar, existe una significativa continuidad del contenido de los convenios. En términos generales no se han producido grandes innovaciones normativas. Así, por ejemplo, aunque hay algunas prácticas de adaptación al cambio tecnológico en diversas instituciones, éstas no son ni muy frecuentes ni muy intensas, a pesar de que éste ha podido afectar sustancialmente a los procesos de trabajo y al empleo en el sector. Ciertamente, se aprecia un esfuerzo por transformar los sistemas de clasificación profesional, que, sin embargo, se ve condicionado por la fuerte inercia de las categorías y los grupos funcionales y las dificultades para modificar el régimen retributivo regulado por los convenios; en muchos convenios se han mantenido incluso distinciones anacrónicas —y discriminatorias— por razón de edad en la composición de las categorías. En algunos casos, la continuidad supone el mantenimiento de diversos regímenes transitorios, o incluso la reproducción mecánica de normativa de convenios anteriores que ha sido completamente derogada y no resulta



de aplicación siquiera con carácter transitorio. Por otra parte, este continuismo, desarrollado en el contexto de una negociación escasamente innovadora y poco receptiva a las llamadas reguladoras de la norma estatal, parece ocultar una fuerte tendencia a la individualización de las relaciones laborales, fenómeno natural en sectores de pequeñas y microempresas como es el de oficinas y despachos.

En tercer lugar, aunque como un caso específico relativo a los dos puntos anteriores, se aprecia una influencia significativa de la Ordenanza de Oficinas y Despachos de 1972. Esta influencia afecta en parte a la estructura y, sobre todo, al contenido, que se ve condicionado de manera directa o indirecta. De modo directo, en tanto se mantienen remisiones a la Ordenanza como norma supletoria general o en algunas instituciones concretas –por ejemplo, en relación al régimen disciplinario o la clasificación profesional–, provocando la aplicabilidad de aquélla a pesar de su derogación formal. De manera indirecta, en cuanto las inercias normativas derivadas de la Ordenanza también afectan a las cláusulas pactadas en convenio, como puede apreciarse, por ejemplo, en materia de período de prueba<sup>92</sup> o clasificación profesional.

Esta influencia de la Ordenanza contrasta con la particular incidencia del Acuerdo Interconfederal de Cobertura de Vacíos en el sector, pues aunque en principio el sector genérico de “oficinas y despachos” se encontraba dentro de su ámbito de aplicación, de él se excepcionaban un importante número de actividades o subsectores que, más allá de su eventual pertenencia conceptual a lo que se puede considerar actividad de oficinas y despachos, presentaban la característica de contar con convenio propio. Como se ha dicho, la estructura de la negociación colectiva ha permanecido esencialmente inalterada, manteniéndose los vacíos de cobertura una vez concluido el período de vigencia pactado del AICV –totales o referidos a alguna institución determinada como el régimen disciplinario<sup>93</sup>– y la práctica de la extensión. Tampoco parece que

<sup>92</sup> En uso de la habilitación que el art. 14 ET hace a la negociación colectiva para fijar la duración del período de prueba, lo habitual es que los convenios del sector que aluden a esta cuestión (casi la mitad de los vigentes) se limiten a establecer la duración máxima del tiempo en que el trabajador puede estar sujeto a prueba. En tal fijación, estos convenios, apartándose de los criterios supletorios ofrecidos por la norma estatutaria y perpetuando las directrices del art. 13 de la antigua Ordenanza de 1972, suelen diferenciar más de dos grupos diversos de trabajadores, bien distinguiendo explícitamente entre personal titulado, personal administrativo y técnico, personal subalterno y personal de oficios varios, bien remitiendo en tal delimitación a los distintos grupos profesionales incluidos en el sistema de clasificación profesional. Sólo en un par de convenios la distinción en orden a determinar la duración del período de prueba se hace, al igual que en el art. 14 ET, entre técnicos titulados y demás trabajadores.

<sup>93</sup> Algo más de la mitad de los convenios de oficinas y despachos no regulan régimen disciplinario alguno, o bien se remiten simplemente a la Ordenanza de 1972 (CC Oficinas Alicante/2003, CC Oficinas Lugo/2001, CC Oficinas Teruel/2005, CC Oficinas Zaragoza/2004,

el contenido del AICV haya influido fuertemente en los convenios de oficinas y despachos, en parte debido a la influencia de la Ordenanza y de la regulación anterior; por ejemplo, aunque se aprecian importantes esfuerzos por establecer sistemas de clasificación basados en los grupos, éstos se encuentran en muchos casos lastrados por la inercia del pasado.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esta continuidad no en todo caso debe ser valorada negativamente. En primer lugar, dota de una cierta estabilidad a la regulación, permitiendo la generalización de expectativas por parte de empresarios y trabajadores, lo que les proporciona mayor seguridad en el ejercicio de sus derechos; así, por ejemplo, en lo que refiere al mantenimiento de regímenes transitorios. En segundo lugar, no debe asumirse *a priori* que el cambio es siempre necesario; incluso los importantes cambios tecnológicos mencionados no necesariamente afectan significativamente a todas las instituciones: así, por ejemplo, la regulación de la Ordenanza puede haberse mantenido porque se trata de una herramienta útil y técnicamente bien construida. Dicho esto, es evidente que la tendencia a la continuidad produce numerosas disfunciones.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que esta tendencia no viene marcada por el capricho de los negociadores –de hecho, en ocasiones se aprecia un esfuerzo por la innovación o por la adaptación a la nueva realidad económica, tecnológica o normativa–, sino por determinados factores estructurales que deben ser tomados en consideración: empresas destinatarias de pequeña dimensión, problemas de representatividad, tendencias generales del sistema español de negociación colectiva, voluntad de no perjudicar las expectativas adquiridas por trabajadores y empresarios o el difícil encaje entre una legislación bastante detallada y la individualización de las relaciones laborales a la que nos hemos referido anteriormente. Estos factores estructurales deben considerarse a la hora de proponer reformas de la estructura o el contenido, como ya hemos indicado, que pueden ser muy necesarias, pero cuya realización práctica no es sencilla.

– Esa continuidad e inercia en contenidos y estructura de la negociación colectiva de este sector explica y condiciona fuertemente el seguimiento que la misma ha realizado de las directrices y recomendaciones de los diversos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva. Ni los llamamientos a la articulación y coordinación en el tratamiento de las diversas materias –difícil en un sector marcado por la pertinaz insistencia en el nivel provincial de negociación sin atisbo de apertura hacia ámbitos territoriales superiores–, ni

---

CC Oficinas Málaga/1993, CC Oficinas Jaén/2005, CC Oficinas Murcia/2002, CC Oficinas Asturias/1997, CC Oficinas Burgos/2005, CC Oficinas Tenerife/1976, CC Oficinas Las Palmas/2002, CC Oficinas Pontevedra/1996, CC Oficinas A Coruña/2003, CC Oficinas Ávila/2004, CC Oficinas Badajoz/1984; CC Oficinas Bizkaia/2003, CC Palencia/2005).

líneas de actuación más concretas en la regulación de las distintas cuestiones que realizan y recogen los acuerdos interconfederales encuentran en la negociación colectiva del sector de oficinas y despachos una global y acentuada respuesta.

## ANEXO

Relación de Convenios de Oficinas y Despachos citados.

### *Convenios Colectivos de Comunidad Autónoma.*

CATALUÑA. Convenio Colectivo del sector de Oficinas y Despachos de Cataluña para los años 2004 al 2007 (DO Generalitat de Catalunya 22/11/2004).

### *Convenios Colectivos Provinciales e Interprovinciales.*

A CORUÑA. Convenio Colectivo para el sector de Oficinas y Despachos provincial de A Coruña (DO Galicia 17/09/2003; BO A Coruña 31/07/2003).

ALBACETE. Convenio Colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de la provincia de Albacete 2005 a 2007 (BO Albacete 24/12/2004).

ALICANTE. Convenio Colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Alicante para 2003 a 2006 de ámbito provincial (BO Alicante 28/11/2003)

ALMERÍA. Convenio Colectivo Provincial de Trabajo para Estudios Técnicos y Oficinas de Arquitectura y Oficinas y Despachos en general (BO Almería 22/09/2004).

ASTURIAS. Convenio Colectivo de “Oficinas y Despachos” del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias 12/08/1997).

ÁVILA. Convenio Colectivo Provincial de Trabajo para la actividad de Oficinas y Despachos de Ávila (BO Ávila 07/07/2004).

BADAJOS. Convenio Colectivo provincial de Oficinas y Despachos de Badajoz (BO Badajoz 30/06/1984) .

BIZKAIA. Convenio Colectivo del sector de Bizkaia (BO Bizkaia 26/04/2005).

BURGOS. Convenio colectivo de Trabajo de ámbito provincial para la actividad de Oficinas y despachos de Burgos (BO Burgos 03/03/2005). Vigencia 2004–2007.

CÁCERES. Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la provincia de Cáceres (DO Extremadura 21/01/2003; BO Cáceres 16/01/2003).

CÁDIZ. Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Cádiz (BO Cádiz 27/09/2005).

- CANTABRIA. Extensión del Convenio Colectivo del sector de la provincia de Guipúzcoa al mismo sector de la Comunidad de Cantabria (BO Cantabria 03/05/2000) Extensión del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la provincia de Burgos al mismo sector de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO Cantabria 24/11/2005).
- CIUDAD REAL. Extensión del Convenio Colectivo Provincial de Granada a Ciudad Real (DO Castilla-La Mancha 28/08/2001); Extensión del Convenio Colectivo de la provincia de Granada al mismo sector de la provincia de Ciudad Real (DO Castilla-La Mancha 27/01/03).
- CÓRDOBA. Extensión del Convenio Colectivo de Trabajo de Oficinas de Estudios Técnicos, Oficinas de Arquitectura y Oficinas y Despachos en General de la provincia de Almería (2000-01) al mismo sector de la provincia de Córdoba (BO Córdoba 22/03/2002).
- GRANADA. Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de Oficinas y Despachos de Granada (BO Granada 31/03/2005).
- GUIPÚZCOA. Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos excepto gestorías administrativas de Guipúzcoa 2001-2002 (BO Guipúzcoa 20/03/2002).
- HUELVA. Convenio Colectivo del sector de Oficinas y Despachos de Huelva (BO Huelva 30/05/2005).
- HUESCA. Convenio Colectivo Oficinas y Despachos de Huesca 2004-2005 (BO Huesca 26/01/2005).
- ISLAS BALEARES. Convenio Colectivo de Trabajo del sector de Oficinas y despachos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para los años 2003 y 2004 (BO Islas Baleares 01/11/2003).
- JAÉN. Convenio Colectivo de trabajo de ámbito sectorial para la actividad de Oficinas y Despachos de Jaén (BO Jaén 21/06/2005).
- LA RIOJA. Extensión del Convenio Colectivo de Trabajo del sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Valladolid 2003 a 2006 al mismo sector de actividades de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BO La Rioja 24/07/2004).
- LAS PALMAS. Convenio Colectivo del Sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Las Palmas (BO Las Palmas 13/12/2002).
- LEÓN. Extensión del Convenio Colectivo de Trabajo del sector Oficinas y Despachos de la provincia de Burgos (años 1998-2003) al mismo sector de la provincia de León (BO León 30/08/2000).
- LUGO. Convenio colectivo para el sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Lugo (DO Galicia 13/10/2005).
- MADRID. Convenio Colectivo del sector "Oficinas y Despachos" de la Comunidad de Madrid (BO Comunidad de Madrid 29/07/2005).
- MÁLAGA. Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Málaga (BO Málaga 12/04/1991).

- MURCIA. Convenio Colectivo de Trabajo para Oficinas y Despachos de la Región de Murcia 2002/2004 (BO Región Murcia 16/12/2002).
- NAVARRA. Convenio Colectivo de trabajo para el Sector de “Oficinas y Despachos” de la Comunidad Foral de Navarra (BO Navarra 22/07/2005).
- PALENCIA. Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos para Palencia Capital y provincia (BO Palencia 26/08/2005).
- PONTEVEDRA. Convenio Colectivo para el sector “Oficinas y Despachos” de la provincia de Pontevedra (BO Pontevedra 02/02/1996).
- SALAMANCA. Convenio Colectivo del sector de Oficinas y Despachos de Salamanca (BO Salamanca 25/02/2005); Convenio Colectivo del sector de Oficinas y Despachos de Salamanca de 1998 (BO Salamanca 10/12/1998); Convenio Colectivo del sector de Oficinas y Despachos de Salamanca de 1999 (BO Salamanca 13/12/1999); Convenio Colectivo del sector de Oficinas y Despachos de Salamanca de 2001 (BO Salamanca 30/11/2001).
- SEGOVIA. Extensión del Convenio Colectivo provincial “Oficinas y Despachos” de la provincia de Burgos (años 1998–2003) al mismo sector de la provincia de Segovia (BO Segovia 11/08/2000).
- SEVILLA. Extensión del Convenio Colectivo de “Estudios Técnicos y Oficinas de Arquitectura y Oficinas y Despachos en General” de la provincia de Almería al mismo sector de la provincia de Sevilla (BO Sevilla 02/03/2005).
- TENERIFE. Convenio Colectivo Oficinas y despachos Tenerife (BO Tenerife 16/04/1976) Tablas salariales de 2005.
- TERUEL. I Convenio Colectivo del sector de Oficinas y Despacho de la provincia de Teruel (BO Teruel 18/01/2005).
- VALENCIA. Convenio Colectivo de trabajo del sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Valencia (BO Valencia 07/10/2005).
- VALLADOLID. Convenio Colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de Valladolid 2003/2006 (BO Valladolid 08/01/2004).
- ZAMORA. Convenio Colectivo Provincial de Trabajo para el Sector de Oficinas y Despachos de la Provincia de Zamora (BO Zamora 08/08/2005).
- ZARAGOZA. Convenio Colectivo del sector de Oficinas y Despachos de Zaragoza (BO Zaragoza 05/07/2004).

# LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL ESTATUTARIO: UN APUNTE ESPECÍFICO SOBRE EL SERVICIO ANDALUZ DE SALUD

CARMEN FERRADANS CARAMÉS

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

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Personal Estatutario, Tiempo de Trabajo**

El personal sanitario de los hospitales públicos posee mayoritariamente un régimen jurídico estatutario, sujeto a la regulación establecida por el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Las reglas del Estatuto en materia de jornada, permisos, licencias y descansos son particularmente importantes, dada la relevancia de conciliar la atención del servicio público sanitario con la protección de la seguridad y salud laboral de estos trabajadores. Además con ellas se pretende transponer al sector sanitario la Directiva comunitaria relativa a la regulación del tiempo de trabajo.

Particularmente importante resulta la distinción entre tiempo de trabajo efectivo, tiempo de presencia en el centro sanitario y tiempo de localización, la posibilidad de realización de jornadas complementarias y especiales, las reglas de jornada máxima y descansos, así como las reglas que regulan el disfrute de los permisos, licencias y vacaciones. A todo lo anterior hay que añadir en el ámbito andaluz el Acuerdo sobre Política de Personal, que introduce la institución novedosa de la jornada de continuidad asistencial, que requiere un estudio singularizado

## ABSTRACT

**Key Words: Statutory Staff, Working Time**

The public hospitals' health workers statutory judicial regime is one way or another subscribed to the established regulation to the employees of the health sector's General Statute. Considering the Statute, working days, work permit, licensing, and day-offs statutory laws are quite important to care about work and family-life conciliation and protection of health at risk at work of those workers. Besides, the Fixed-Time Directive is intended to be transposed in the health sector with such measures.

Above all and quite important, we shall mention the difference between the number of hours of working days and days-off (for various reasons). Thus, taking into account real and effective work: full-time working days at the health care centre, commuting, allowance of complementary working-days, maximum time per working-day, etc, compared to days-off, work leave, licensing, and holiday period under the law that regulates these cases. Adding up, it shall be included the Andalusian Agreement on Employment Policy (*Acuerdo sobre Política de Personal*) that brings up the assistance work-day and which must be analysed.

## INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DEFINICIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO: PROBLEMAS DE SU APLICACIÓN AL SECTOR SANITARIO
3. MODALIDADES DE JORNADA DE TRABAJO
  - 3.1. Jornada ordinaria
  - 3.2. Jornada complementaria
  - 3.3. Jornada especial
  - 3.4. La situación específica andaluza: la reordenación de las guardias médicas y la creación de la continuidad asistencial
4. PAUSAS, DESCANSOS Y VACACIONES
5. PERMISOS Y LICENCIAS
6. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, alumbró el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (LEM), que fue adoptado con el “*objeto de establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud*”<sup>1</sup>. A ella hay que sumar la posterior publicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que pretende ser la norma básica sobre la que se desarrollan las condiciones laborales de los funcionarios públicos, dado que desde hace tiempo la jurisprudencia optó por asimilar la relación del personal estatutario a la relación funcional, declarando como supletoria no la legislación laboral, sino la normativa de la función pública<sup>2</sup>. Tanto en una como en otra Ley se regulan la jornada de trabajo, los permisos y las vacaciones de estos empleados públicos.

La Ley 55/2003<sup>3</sup> se configura como la legislación básica sobre el personal estatutario de los servicios públicos de salud, de modo que las normas contenidas en la misma son susceptibles de desarrollo y ejecución por parte de las Comunidades Autónomas<sup>4</sup>, en relación con el personal estatutario de sus

<sup>1</sup> La LEM derogó el régimen estatutario configurado por los tres Estatutos de Personal precedentes, y por las disposiciones que los modificaron, complementaron o desarrollaron. En concreto el Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, para el Personal Médico, la OM de 26 de abril de 1973, para el Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica (Personal no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social) y OM de 5 de julio de 1971, para el Personal no Sanitario.

<sup>2</sup> STS de 14 de octubre de 1996, Ar. 7624 y de 23 de febrero de 2000, Ar. 2235.

<sup>3</sup> Cfr. Sobre el mismo GARCÍA MURCIA, J., y CASTRO ARGÜELLES, M.A., “El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud: una presentación”, *Aranzadi Social*, nº21, 2004, pág. 1492 y ss.

<sup>4</sup> Según la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, el Estado tiene competencia exclusiva respecto de las bases y coordinación general de la sanidad (art.

respectivos centros de salud, y, además, pueden ser mejoradas a través de la negociación colectiva en el ámbito estatutario.

En lo no previsto por la LEM, o en las normas estatales o autonómicas aplicables al personal de cada servicio de salud, o en los pactos o acuerdos regulados por la LEM (arts. 78, 79 y 80), serán de aplicación las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente, en particular el EBEP, que al delimitar su ámbito de aplicación expresamente indica su operatividad sobre el personal estatutario de los Servicios de Salud<sup>5</sup> (art. 2 EBEP).

En el marco de este entramado jurídico, que en los últimos cinco años ha sido sustancialmente modificado, se van a estudiar de forma singular algunos aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud. Es por ello que se deberá tomar en consideración de forma importante, junto a las normas citadas, el Acuerdo entre el Servicio Andaluz de Salud y los sindicatos integrantes de la Mesa Sectorial de Sanidad en materia de política de personal para el período 2006-2008, firmado el 16 de mayo de 2006, el Acuerdo adoptado en el seno de la misma Mesa Sectorial de Sanidad, en materia de vacaciones, licencias y permisos, de 30 de diciembre de 2003, y el resto de normas de desarrollo adoptadas y aprobadas por la Junta de Andalucía.

## **2. DEFINICIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO: PROBLEMAS DE SU APLICACIÓN AL SECTOR SANITARIO**

Según el art. 46.2.c) de la Ley 55/2003 será tiempo de trabajo el período en el que el personal permanece en el centro sanitario, a disposición del mismo y en ejercicio efectivo de su actividad y funciones. Su cómputo se realizará de modo que tanto al comienzo como al final de cada jornada el personal se encuentre en su puesto de trabajo y en el ejercicio de su actividad y funciones. También se considerará jornada de trabajo los servicios prestados fuera del centro sanitario, siempre que se produzcan como consecuencia del modelo de organización asistencial o deriven de la programación funcional del centro.

---

149.1.16ª Constitución Española), la legislación básica de Seguridad Social (art. 149.1.17ª) y respecto de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de régimen estatutario de sus funcionarios (art. 149.1.18ª).

<sup>5</sup> Salvo el capítulo II del Título III, relativo al derecho a la carrera profesional y a la promoción interna (excepto el art. 20, referido a la evaluación del desempeño que sí será de aplicación), los arts. 22.3 y 24, relativos a las retribuciones complementarias y el art. 84 sobre movilidad voluntaria en las Administraciones Públicas.



Esta definición coincide en esencia con la dispuesta por el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, que establece que el tiempo de trabajo es aquel período durante el cual el trabajador permanece en el centro de trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones. El período de descanso, por exclusión, se define como todo período de tiempo que no sea tiempo de trabajo. En la Directiva no existe ninguna categoría intermedia, por lo que un período determinado sólo puede ser considerado tiempo de trabajo o de descanso.

Es necesario resaltar que, a estos efectos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha considerado que las guardias con presencia física en el centro sanitario deben ser equiparadas a tiempo de trabajo, con independencia de que llegue a producirse efectivamente o no la prestación de servicios.

Esta es la doctrina emitida por el TJCE, en sentencias SIMAP y JAEGER, respectivamente de 3 de octubre de 2000 y de 9 de septiembre de 2003<sup>6</sup>. El TJCE afirma que los elementos característicos del tiempo de trabajo concurren únicamente cuando el personal está presente en el centro de trabajo, y no por el mero hecho de estar localizable, pues en este caso sólo debe entenderse como tiempo de trabajo el correspondiente a la efectiva prestación de servicios<sup>7</sup> tras la producción de una llamada.

<sup>6</sup> Cfr. la STJCE SIMAP vs Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana, As. C-303/98, de 3 de octubre de 2000, en la que se plantea al Alto Tribunal si cuando los médicos que realizan turnos de atención continuada (guardias), mediante los dos sistemas posibles: de localización y de presencia física, debe estimarse todo este tiempo como de trabajo o sólo aquél efectivamente invertido en la realización de la actividad para la que son llamados. Así como en el mismo sentido el Auto CIG vs el servicio Gallego de Salud, As.C-241/99, de 3 de julio de 2001. Asimismo, la STJCE JAEGER y KIEL, de 9 de septiembre de 2003, As. C-151/02, manifiesta que es preciso considerar que un servicio de atención continuada que efectúa un médico en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo a efectos de la Directiva 93/104/CEE, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios.

<sup>7</sup> El TJCE en su sentencia SIMAP manifestó que “el tiempo dedicado a la atención continuada prestado por los médicos de equipos de atención primaria, bien mediante el régimen de presencia física en los centros sanitarios debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria”. En la sentencia JAEGER se precisó que un servicio de atención continuada que un médico efectúa en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo con arreglo a la Directiva, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se requieran sus servicios”. Secundando esta doctrina por la que los elementos característicos del tiempo de trabajo son las obligaciones de hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y de permanecer a disposición de éste para poder prestar inmediatamente servicios en caso de necesidad, vid en la jurisprudencia española, entre otras, STSJ de Galicia, de 21 de marzo de 2001, Ar. 2128 y STSJ de Aragón, de 18 de marzo de 2002, Ar. 922.

Estos pronunciamientos tienen importantes consecuencias en determinados sectores de los distintos Estados miembros, esencialmente en el de la sanidad<sup>8</sup>, que requieren períodos de guardia regulares. Esto es así, porque antes de la sentencia SIMAP el concepto de tiempo de trabajo se solía interpretar en el sentido de que no exigía considerar como tiempo de trabajo las fases de inactividad durante el servicio de atención continuada, no equiparándose los períodos de atención continuada al tiempo de trabajo a que se refiere el artículo 2 de la Directiva. En algunos países miembros estaban en vigor disposiciones relativas a categorías intermedias entre estos dos conceptos, como la disponibilidad, las actividades de guardia, de permanencia, de desplazamientos<sup>9</sup>, etc.

El impacto de esta doctrina jurisprudencial, dado que ahora a igual tiempo de trabajo se llegará antes al umbral que delimita la duración máxima del tiempo de trabajo, lleva consigo en la mayoría de los Estados miembros, en sectores como el sanitario, la contratación de un número adicional de recursos humanos, el estudio de nuevas formas de trabajo en equipo multidisciplinar, la prestación, cuando sea posible, con profesionales sanitarios, no médicos, de determinados servicios, el rediseño de servicios en algunas áreas..., para prestar el mismo nivel de calidad<sup>10</sup>. Otra opción para eludir las importantes

<sup>8</sup> Otros sectores en los que esta definición del tiempo de trabajo puede tener una fuerte incidencia son: los bomberos, la policía, trabajadores de la hostelería, cuidadores en internados, personal de residencias de ancianos, trabajadores ferroviarios o funcionarios de prisiones.

<sup>9</sup> Cfr, a modo de ejemplo, en España, el RD 1561/1995, de 8 de septiembre, de jornadas especiales de trabajo, que en su artículo 8, limitado al sector del transporte, establece lo siguiente:

Se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga. Siéndole aplicable la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el artículo 34 del ET y los límites establecidos para las horas extraordinarias en el artículo 35.

Se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta o similares. Las horas de presencia no computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite de las horas extraordinarias.

Además, se establece que los convenios colectivos aplicables a estos sectores determinarán, en cada caso, los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia, no pudiendo exceder de 20 horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes, y distribuyéndose con arreglo a los criterios que se pacten colectivamente, con el respeto debido a los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad.

<sup>10</sup> Por ejemplo, el Gobierno Alemán señala que, de conformidad con esta línea jurisprudencial, las necesidades de personal aumentarían en un 24% y que se necesitarían entre 15.000 y 27.000 médicos más, requiriendo, a su vez, unos costes adicionales de uso 1750 millones de euros. En el Reino Unido sería necesario contratar entre 6250 y 12550 médicos, situándose los costes adicionales entre 380 y 780 millones de libras esterlinas. En los Países Bajos se deberían

consecuencias que derivan de esta línea jurisprudencial, es extender la práctica del “*opt-out*” entre el personal sanitario, pero no se puede obviar, en primer lugar, que su aceptación debe ser siempre voluntaria y no todo este personal la querrá, y en segundo lugar que esta institución está inmersa en un controvertido proceso de debate, no estando garantizada su permanencia tras la revisión de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo<sup>11</sup>.

Son varias las alternativas que, con el objeto de preservar los servicios esenciales y eludir unos efectos desproporcionados, podrían ser adoptadas al hilo de la revisión de la Directiva:

1.- Permitir que los Estados miembros puedan derogar las reglas que surgen de la jurisprudencia del TJCE sobre el cómputo del tiempo de trabajo durante las guardias. De este modo los distintos países podrían, a través de su legislación o de convenios colectivos, admitir que a diferentes niveles –nacional, local- se adoptaran fórmulas alternativas, como la definición de una proporción del tiempo de trabajo total en guardia como tiempo de trabajo. Esto permitiría más flexibilidad.

2.- Alterar el contenido de la Directiva, creando una nueva categoría de tiempo de inactividad del período de atención continuada, un período durante el cual el trabajador está trabajando a llamada, en una guardia, pero en el cual no es requerido para desarrollar sus actividades, siendo libre para dormir o descansar<sup>12</sup>. Este tiempo no contaría como trabajo efectivo, a efectos de calcular el límite máximo de jornada o de delimitar los descansos a que se tienen derecho. Los Estados miembros, en este supuesto, deberían estar habilitados a determinar qué proporción del tiempo denominado inactivo debería ser computado, fijando por ejemplo una proporción estándar o dejando esta materia a la negociación colectiva

3.- Modificar la definición de tiempo de trabajo establecida en el artículo 2 de la Directiva, para aclarar que esta categoría no incluye los períodos en los

---

contratar a 10000 nuevos miembros del personal sanitario, lo cual representaría un coste adicional de 400 millones de euros. Existe un problema, además de financiero, de imposibilidad de encontrar a un número de candidatos suficiente con la cualificación necesaria para desempeñar estos servicios.

<sup>11</sup> Vid FERRADANS CARAMÉS, C., “La controvertida reforma de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo”, *Temas Laborales*, nº86, 2006, pág. 120.

<sup>12</sup> Esta es la opción por la que se decanta la modificación de Directiva aprobada el 9 de junio de 2008 por la Consejo Europeo, ya que introduce la categoría del tiempo de atención continuada, en el que el trabajador está disponible, en su lugar de trabajo, para desarrollar su actividad a la llamada del empresario y el período inactivo del mismo, en el que existe disponibilidad pero no actividad. Este último no se considerará tiempo de trabajo, a no ser que se prevea lo contrario en las legislaciones laborales nacionales. No obstante, hay que resaltar que esta modificación está pendiente de su aprobación por el Parlamento Europeo, por lo que se podría introducir alguna precisión adicional.

que el trabajador está trabajando a llamada, y no es requerido efectivamente para realizar sus obligaciones, teniendo libertad para descansar o dormir. Esto permitiría que la Directiva se interpretara de la misma forma que antes de que se emitiera la jurisprudencia resultante de las sentencias SIMAP y JAEGER, resolviéndose los problemas que surgen en la mayoría de los Estados miembros respecto, esencialmente, la atención de los servicios sanitarios.

Tras destacar cuáles son las opciones posibles, hay que prestar atención a la reacción efectivamente producida al hilo de la presentación por la Comisión de las propuestas de modificación de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo. La Comisión Europea plantea que los períodos de tiempo latente o inactivo durante el tiempo de guardia, en los que no se realiza un trabajo real y efectivo, no deben gozar del mismo nivel de protección que los períodos realmente activos. Por lo tanto, tales intervalos no deben ser equiparados a tiempo de trabajo. No obstante, esta iniciativa deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de admitir lo contrario mediante la legislación nacional de cada uno, así como mediante la negociación colectiva entre los agentes sociales<sup>13</sup>.

De forma más concreta, la primera de las propuestas de la Comisión, fechada en septiembre de 2004, establece, con el objeto de eludir los efectos de la línea jurisprudencial surgida en los pronunciamientos reseñados<sup>14</sup>, dos nuevas definiciones, en adición a tiempo de trabajo y tiempo de descanso, el tiempo de atención continuada, en el que el trabajador tiene la obligación de permanecer en el lugar de trabajo, y el período inactivo del tiempo de atención continuada. En esta propuesta se dispone que el tiempo de atención continuada durante el que no se trabaje no contará como tiempo de trabajo, y sí el tiempo de atención continuada en el que el trabajador ejerce efectivamente su actividad o funciones. Lo expuesto presenta una laguna de gran envergadura, puesto que no se aclara cómo se mide el tiempo de trabajo en los períodos de atención continuada y en la práctica esta cuestión puede estar rodeada de una gran heterogeneidad.

El Parlamento Europeo, en oposición, aboga por la consideración del período inactivo de las guardias como tiempo efectivamente trabajado, aunque admitiendo que por Ley o convenio colectivo estos tiempos puedan ser computados de forma específica a efectos de la duración media semanal máxima de

<sup>13</sup> Cfr. en este mismo sentido del informe del Comité de las Regiones, así como la Comisión de Industria, Investigación y Energía. En contra Comisión de Derechos de la Mujer e igualdad de Género, que entiende que permitiendo esto se dañan las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar.

<sup>14</sup> Vid sobre los efectos resaltados de forma detenida, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La aplicación de la Directiva 93/104/CEE al personal estatuario de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 12 a 17.

48 horas. Consecuentemente, el Parlamento aboga por contabilizar todas las horas de guardia como tiempo de trabajo efectivo, pero simultáneamente admite un cómputo especial y diferenciado de aquellas horas de inactividad, por ejemplo determinándose que tres horas de guardia computadas corresponden a nueve horas reales de guardia, y siempre y cuando coetáneamente a esta medida se cumplan los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

Tras estos primeros movimientos la Comisión, al presentar su segunda propuesta de modificación de la Directiva en mayo de 2005<sup>15</sup>, realiza ciertas precisiones. El período inactivo del tiempo de atención continuada no se considerará tiempo de trabajo, a menos que la legislación nacional o, de conformidad con la legislación o la prácticas nacionales, un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores sociales dispongan de otro modo. Para aclarar esto último, se concreta que el período inactivo del tiempo de atención continuada podrá calcularse sobre la base de una media del número de horas o de una proporción del tiempo de atención continuada que tenga en cuenta la experiencia del sector de que se trate, en virtud de convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales o previa consulta de éstos. Con ello se conseguirá que, dado que en los distintos sectores, profesiones y empresas existen condiciones distintas de aplicación del tiempo de atención continuada, por ejemplo pueden surgir diferencias en el sector hospitalario en función del tamaño de los hospitales o de las especialidades médicas, se adopten normas especiales, adaptadas a cada sector y actividad, que deberán establecer, fundamentalmente, las partes negociadoras de los convenios colectivos.

Asimismo, en la propuesta de la Comisión se concreta que los períodos efectivamente inactivos del tiempo de atención continuada no se tendrán en cuenta para el cálculo de los períodos de descanso (diario, semanal)<sup>16</sup> que correspondan, lo que conlleva que se dote de gran relevancia a la delimitación del modo de escisión de estas dos categorías, el período activo y el inactivo del tiempo de atención continuada, en los convenios colectivos.

Posteriormente, el 20 de octubre de 2006<sup>17</sup>, se presentó nueva propuesta por el Consejo de la Unión Europea, que fijó una regulación más estricta de las

<sup>15</sup> Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de 22 de septiembre de 2004 (COM 2004 607 final). Y Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de 31 de mayo de 2005, (COM 2005 246 final).

<sup>16</sup> Cfr. un análisis de relativo a los descansos desde la perspectiva comunitaria en LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Evolución normativa de los descansos laborales*, MTAS, Madrid, 2005, págs. 120 a 125.

<sup>17</sup> Consejo de la Unión Europea, expediente interinstitucional 2004/0209 (COD), de 20 de octubre de 2006. Acuerdo político de la presidencia finlandesa finalmente no aprobado.

condiciones de uso del “*opt-out*” y estableció un procedimiento de revisión (informes de aplicación, grupo de seguimiento, reexamen por los Estados miembros), al término del cual y no más tarde de seis años, la Comisión procedería, si fuera necesario, a elevar propuestas apropiadas para reducir las horas excesivas de trabajo, de cara a una gradual finalización del “*opt-out*”. No obstante, esta propuesta tampoco fue aprobada porque un grupo de países se oponía a que no figurase una fecha cierta para el final del “*opt-out*”.

En junio de 2008, tras este dilatado debate, se ha aprobado en el Consejo Europeo de Ministros de Empleo, por mayoría cualificada<sup>18</sup>, la propuesta de reforma de la Directiva, que aún debe recibir el respaldo del Parlamento Europeo. La Directiva establece como regla general que la semana de trabajo en la UE tendrá 48 horas como máximo. Si embargo, se permitirá que los Estados miembros puedan autorizar la superación de este límite, siempre que adopten las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de la seguridad y la salud de los trabajadores y ello esté previsto expresamente en la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales, o en convenio colectivo<sup>19</sup>. Cuando se cumplan las condiciones indicadas, empresario y trabajador, en virtud de acuerdos individuales, pueden alargar la jornada laboral hasta 60 horas semanales y hasta 65 horas en el caso de las guardias médicas, en ambos casos calculadas como media de un período de tres meses. Es más, se podrán superar las 60 y las 65 horas de trabajo semanal si hay acuerdo entre los interlocutores sociales o si así lo establece un convenio colectivo.

En relación al personal sanitario, se introduce el concepto de tiempo de atención continuada, en el que el trabajador está disponible, en su lugar de trabajo, para desarrollar, a petición del empresario, su actividad y el período inactivo del mismo, en el que existe disponibilidad, pero no actividad. Este último no será considerado tiempo de trabajo, a no ser que se prevea lo contrario en las legislaciones laborales nacionales o los convenios o acuerdos colectivos y podrá ser calculado sobre la base de una media del número de horas o de una proporción del tiempo de atención continuada que tenga en cuenta la experiencia del sector de que se trate, en virtud de convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales o en virtud de la legislación nacional, previa consulta de dichos interlocutores<sup>20</sup>. Como consecuencia de que

<sup>18</sup> Dado que se han abstenido varios países de la UE, entre ellos España.

<sup>19</sup> Según lo aprobado por el Consejo Europeo, que todavía está pendiente de segunda lectura por el Parlamento Europeo, cuatro años después de la entrada en vigor de la norma el Ejecutivo comunitario deberá elaborar un informe sobre la aplicación de las excepciones a la jornada laboral de 48 horas semanales, que podrá ir acompañado de propuestas para reducir el exceso de horas trabajadas.

<sup>20</sup> Cfr. Art. 2 bis de la propuesta de reforma de la Directiva 2003/88, presentada en junio de 2008 en el Consejo Europeo.

el período inactivo del tiempo de atención continuada, en principio, no es considerado tiempo de trabajo, no se tendrá en cuenta para calcular los períodos de descanso diario y semanal, a menos que se disponga lo contrario en un convenio colectivo o acuerdo entre interlocutores sociales o en la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales. Respecto a los descansos compensatorios, aplicables cuando se superen los límites máximos de jornada establecidos, se indica que podrán ser concedidos en un período de tiempo razonable, no necesariamente de forma inmediata, el cual será delimitado por las legislaciones nacionales, los convenios colectivos o el acuerdo entre empresario y trabajadores.

Resulta llamativo que con cualquiera de las alternativas propuestas no se secunda la jurisprudencia emanada del TJCE<sup>21</sup>. Al contrario, en este caso la legislación comunitaria conlleva una intervención correctora, para eludir el impacto negativo que la doctrina judicial puede tener sobre la suficiencia y calidad de los recursos humanos y los costes de determinados sectores productivos, fundamentalmente el sanitario.

En cualquier caso, los efectos de la modificación pueden ser muy importantes a la hora de delimitar el modo de ordenación del tiempo de trabajo en el sector sanitario y, por ello, aun teniendo presente la normativa vigente en la actualidad no se debe obviar cómo puede ser la futura definición del tiempo de trabajo y sus efectos sobre este sector.

### 3. MODALIDADES DE JORNADA DE TRABAJO

Mientras en el ámbito laboral como norma general se distingue entre dos modalidades de jornada: ordinaria y extraordinaria, en el ámbito del personal estatutario se regulan la jornada ordinaria, la complementaria y la especial<sup>22</sup>. Los artículos 47 a 49 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud regulan la denominada jornada ordinaria de trabajo, la jornada complementaria y el régimen de jornada especial. En adición el artículo 60 se refiere a la jornada parcial<sup>23</sup>. Hay que

<sup>21</sup> Cfr. en este sentido el Informe del Comité Económico y Social Europeo, que hace hincapié en este argumento y en que es necesario que las instituciones comunitarias al abordar esta revisión legislativa busquen un planteamiento compatible con el TJCE.

<sup>22</sup> Cfr. Sobre la regulación del tiempo de trabajo del personal estatutario precedente a la Ley 55/2003, RABANAL CARBAJO, P., "Tiempo de trabajo del personal estatutario de la Seguridad Social", en AA.VV., *Personal Estatutario de la Seguridad Social*, pág. 180 y ss. Así como MARÍN ALONSO, I., "Problemas jurisprudenciales en torno a la jornada del personal estatutario", *Temas Laborales*, nº 43, 1997, págs. 102 y ss.

<sup>23</sup> Sobre esta posibilidad vid de forma detenida VÁZQUEZ BELTRÁN, A., "Tiempo de trabajo y personal estatutario de los Servicios de Salud: la problemática de la jornada a tiempo parcial", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº129, 2006, pág. 113 y ss.

resaltar que aunque el tiempo de trabajo y de descanso no figuraba entre los contenidos fundamentales que se atribuyeron<sup>24</sup> al Estatuto Marco, la LEM incluye en su articulado unas disposiciones mínimas en esta materia, fundamentalmente con el fin de garantizar la protección de la seguridad y salud del personal estatutario.

### 3.1. Jornada ordinaria

La jornada ordinaria de trabajo en los centros sanitarios se determinará en las normas, pactos o acuerdos, según resulte procedente en cada caso. A su vez, a través de la programación funcional del correspondiente centro se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año (art. 47 LEM). El tiempo de trabajo correspondiente a la jornada ordinaria no excederá de 12 horas ininterrumpidas<sup>25</sup>, si bien mediante la programación funcional de los centros se podrán establecer jornadas de hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias, con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones asistenciales u organizativas, debiendo en estos casos ampliarse los períodos mínimos de descanso ininterrumpido según se derive de los procesos de negociación con los representantes sindicales en el servicio de salud y “*con la debida antelación para hacerlos compatibles con las posibilidades de los servicios y unidades afectadas por los mismos*” (art. 51.1 LEM). Se trata de una medida excepcional, causal y para determinados servicios o unidades, aquellos en los que se realicen jornadas complementarias, es decir, servicios de atención continuada, a través de guardias de presencia física o localizada.

Por lo tanto, la concreción de la jornada ordinaria de trabajo se remite a la regulación derivada de la negociación colectiva de este peculiar tipo de funcionarios, según proceda, pacto o acuerdo, ya que entre las materias que serán objeto de negociación se cita la regulación de la jornada laboral, tiempo de trabajo y régimen de descansos (art. 80.2.e) LEM). Tales acuerdos deberán respetar las 12 horas máximas de jornada ordinaria con carácter general, así como el descanso mínimo entre una jornada de trabajo y la siguiente, sin que se establezca ningún período temporal de referencia.

A estos efectos se constituirá una mesa sectorial de negociación en cada servicio de salud, con presencia de los representantes de la correspondiente Administración Autonómica o servicio de salud y las organizaciones sindicales

<sup>24</sup> Vid, a estos efectos, el art.84 de la Ley General de Sanidad.

<sup>25</sup> Cfr. RODRÍGUEZ PASTOR, G., “Jornada de trabajo, permisos y licencias en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud”, Tribuna Social, nº 169, 2005, pág.21.



más representativas a nivel estatal y a nivel autonómico, así como las que hayan obtenido el 10% o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal en el ámbito del servicio de salud (art. 79 LEM). A su vez hay que tener en consideración que de conformidad con la LEM, y la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo que traspone, ningún trabajador puede superar las 48 horas de trabajo efectivo semanal en cómputo semestral (una vez sumadas la jornada ordinaria y la complementaria), a menos que el empleado exprese su consentimiento para ello.

Ahora bien, teniendo presente la propuesta de reforma de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo aprobada en junio de 2008 por el Consejo Europeo, se podrían producir importantes cambios. Ello es así, porque de conformidad con la misma, en primer lugar, se introduce el concepto de tiempo de atención continuada, en el que el trabajador está disponible, en su lugar de trabajo, para desarrollar, a petición del empresario, su actividad, y el de período inactivo del mismo, en el que existe disponibilidad pero no actividad, que no será considerado tiempo de trabajo, a menos que la legislación nacional o los convenios y acuerdos colectivos dispongan lo contrario. Y en segundo lugar porque, aún manteniéndose el límite máximo de tiempo de trabajo en 48 horas semanales, los Estados miembros podrán autorizar su superación, siempre que adopten las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de la seguridad y salud de los trabajadores y que ello esté expresamente previsto en la legislación nacional o en un convenio colectivo de nivel adecuado. En este caso, tal y como ocurre en la legislación comunitaria vigente, para que un empresario pueda requerir a un trabajador la superación de dicho límite debe obtener el consentimiento por escrito<sup>26</sup> del mismo (que estará rodeado de una serie de garantías). Cuando se cumplan los requisitos citados la duración máxima del trabajo será, en cada período de siete días, de 60 horas, a menos que se disponga otra cosa en convenio colectivo o acuerdo entre los interlocutores sociales, o de 65, en ausencia de convenio colectivo y cuando el período inactivo del tiempo de atención continuada se considere jornada laboral. En este último supuesto, si un Estado hace uso de esta posibilidad no podrá, simultáneamente, ampliar el período de referencia para el cálculo de los límites del tiempo de trabajo, sino que la duración máxima indicada deberá ser calculada como promedio de un período de tres meses<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Cfr., sobre el régimen jurídico del “*opt-out*” el art. 22 1 bis de la propuesta de reforma de Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, aprobada por mayoría cualificada por el Consejo Europeo en junio de 2008.

<sup>27</sup> Cfr. Arts. 22.1bis d) y 22 bis b) de la propuesta de reforma de la Directiva aprobada en junio de 2008.

No se puede obviar que las Directivas comunitarias, a diferencia de los Reglamentos, no requieren una regulación uniforme en todos los países comunitarios, sino que, una vez aprobadas, abren posibilidades a los países que las desarrollen, siendo factibles varias alternativas de transposición.

En España, la legislación vigente, la LEM, indica que la duración de la jornada ordinaria del personal estatutario será fijada en la negociación colectiva, debiendo respetar el límite de que no puede superar las 48 horas de trabajo efectivo semanal en cómputo semestral, a menos que cada trabajador individualmente exprese su consentimiento expreso para ello, lo que conlleva el desarrollo de la denominada jornada especial. Asimismo, el período en el que el trabajador estatutario desarrolla guardias de presencia física es equiparado por completo a tiempo efectivo de trabajo, a diferencia del período de guardias en régimen de localización, en el que sólo se contabiliza como tiempo de trabajo el efectivamente invertido en la realización de la actividad para la que es llamado el trabajador<sup>28</sup>. Por lo tanto, si la propuesta de Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo es definitivamente aprobada por el Parlamento Europeo se abre la posibilidad a que la legislación española, en este caso el Estatuto Marco del personal estatutario, sea reformada en línea con la normativa comunitaria, si bien los algunos de los cambios que se pueden introducir son complejos. Esto es así, porque en nuestro país no se ha introducido en ningún momento el concepto de período inactivo del tiempo de atención continuada en las guardias presenciales, ni ha dejado de ser equiparado todo el tiempo de estas guardias a tiempo de trabajo; y el desarrollo de una jornada más extensa, que se traduce en la realización de la jornada especial en el ámbito del personal estatutario, está rodeado de requisitos más estrictos, particularmente en lo relativo a su duración, puesto que la misma será como máximo de 150 horas al año en 2013<sup>29</sup>, lo que supone una cantidad menor que la prevista en la legislación comunitaria propuesta.

Finalmente, recordar que para determinar la duración de la jornada ordinaria del personal estatutario también hay que tener presente las medidas intro-

<sup>28</sup> A estos efectos, es importante la precisión, en caso de efectivo llamamiento, del modo de medición del tiempo de trabajo tanto del desplazamiento como de la asistencia que se preste, con la intención de que se compute como jornada efectivamente realizada a efectos del cómputo de jornada.

<sup>29</sup> Vid Disposición Transitoria Sexta de la LEM, si bien la medida dispuesta en esta Disposición aún está pendiente de ser aprobada de forma efectiva por el Gobierno mediante un Real Decreto. Actualmente se ha emitido un borrador de informe preceptivo por la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud sobre aplicación de este límite máximo de 150 horas de jornada especial, que propone una aplicación decreciente del número máximo de jornada especial que, de modo bienal, trienal o en plazos más amplios, se reduzca desde el máximo teórico de 1150 horas al año hasta las 150 horas por año a la finalización del período de diez años.

ducidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que son aplicables a este personal a raíz de lo dispuesto por la Disposición Adicional 19 de la misma<sup>30</sup>, pues se crean o se amplían varios supuestos de hecho en los que los trabajadores tiene derecho a solicitar una reducción de la jornada de trabajo. Por ejemplo, por razones de guarda legal, quien tenga a su cuidado directo algún menor de 12 años, de persona mayor que requiera especial dedicación o a una persona con discapacidad, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a la disminución de su jornada de trabajo, con la disminución proporcional de sus retribuciones<sup>31</sup> o por enfermedad muy grave de un familiar en primer grado de consanguinidad o afinidad, mientras permanezca dicho diagnóstico y por el plazo máximo de un mes, el trabajador tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta un 50% de la jornada con carácter retribuido.

### 3.2. Jornada complementaria

La jornada complementaria sustituye al anterior concepto de guardias médicas, estableciéndose que cuando se trate de prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios, el personal de determinadas categorías o unidades de los mismos desarrollará una jornada complementaria en la forma que se establezca a través de la programación funcional del correspondiente centro (art. 48 LEM). Se trata de una jornada distinta a la ordinaria, pero no equiparable a la extraordinaria<sup>32</sup>, que se determina por la propia dirección de los centros sanitarios, en su programación funcional, lo que conlleva que pueda ser o no objeto de negociación con los representantes del personal.

La no equiparación de las horas de jornada complementaria con las de jornada extraordinaria ha sido una cuestión harto controvertida<sup>33</sup>, discutida

<sup>30</sup> La Disposición Adicional Decimonovena de la citada Ley, introduce determinadas modificaciones al contenido de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que también son aplicables al personal estatutario.

<sup>31</sup> En estos casos, según el Acuerdo alcanzado en el ámbito andaluz el 30 de diciembre de 2003, cuando se trate del cuidado de un menor de nueve años o de un disminuido físico, psíquico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida y la reducción de la jornada lo sea de un tercio o de la mitad de la misma, se percibirá un 80 o 60 por ciento, respectivamente, de la totalidad de sus retribuciones tanto básicas como complementarias, con inclusión de los trienios.

<sup>32</sup> Tal y como el propio art. 48.3 de la LEM se ocupa de precisar al señalar que la jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición de hora extraordinaria, lo que conlleva la inaplicación de los límites establecidos por el artículo 35 ET, ni una retribución o compensación específica.

<sup>33</sup> Vid GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social*, Consejo Económico y Social, 1996, pág. 256, que precisa que

judicialmente, y continuamente reivindicada por el colectivo estatutario. Y, a pesar de que el Estatuto Marco indica la no equivalencia de ambos tipos de jornada, no se pueden obviar ciertos pronunciamientos jurisprudenciales en sentido contrario, desde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que en su sentencia SIMAP afirmó que el tiempo de guardia que requiera la presencia física del trabajador debe considerarse como tiempo de trabajo, y en su caso horas extraordinarias, hasta varias sentencias del Tribunal Supremo<sup>34</sup> que vienen a abundar en este posicionamiento.

Más allá de esta controversia, la duración máxima de la adición de la jornada ordinaria y la complementaria tiene un límite: 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio se establezca otro cómputo. A causa de esta última indicación algunas de las cuestiones que rodean a la jornada complementaria pueden ser objeto de negociación entre la administración competente y las organizaciones sindicales más representativas en cada ámbito, por ejemplo el posible establecimiento de límites máximos anuales, mensuales o semanales, o regímenes específicos en atención a circunstancias personales del personal (embarazo, lactancia...) <sup>35</sup>.

Ahora bien, al hilo de la modificación de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo pueden implantarse ciertos cambios en esta materia. Al introducirse el concepto de tiempo de atención continuada y de período inactivo del mismo, y no equipararse este último a tiempo efectivo de trabajo, a menos que dispongan lo contrario las legislaciones nacionales o convenios colectivos, resultará esencial el modo de delimitar la duración del período inactivo del tiempo de atención continuada. Según la última propuesta de modificación de la Directiva éste podrá ser calculado sobre la base de una media del número de horas o de una proporción del tiempo de atención continuada que

---

la guardia es un concepto específico, consistente en un exceso de jornada e independiente de ésta, con autonomía propia y que responde a los principios de obligatoriedad en su ejecución, por el contrario de la voluntariedad de las horas extraordinarias, sistema especial de descansos y régimen retributivo independiente del ordinario. Y en igual sentido MARÍN ALONSO, I., "Problemas jurisprudenciales..." , pág.109.

<sup>34</sup> Cfr. STS de 12 de julio de 2004, Ar. 5945, así como STSJ de Canarias, de 30 de junio de 2005, Ar. 1796, y STSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de 3 de marzo, 31 de marzo y 12 de mayo de 2004, respectivamente Ar. 463, 505 y 465.

<sup>35</sup> En el Servicio Andaluz de Salud, en el punto 2 del acuerdo de 30 de diciembre de 2003, podrán solicitar la exención de jornada complementaria tanto el personal médico de la asistencia especializada y primaria, como los diplomados en enfermería de atención primaria, cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: 1) trabajadores mayores de 55 años; 2) trabajadoras en estado de gestación; 3) trabajadores con hijos menores de un año; 4) trabajadores que tengan hijos con minusvalías o discapacitados y 5) trabajadores a los que por razón de enfermedad sea contraproducente para su estado de salud ampliar la jornada ordinaria.

tenga en cuenta la experiencia del sector de que se trate, en virtud de convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales o en virtud de la legislación nacional, previa consulta de dichos interlocutores. Además, en caso de que un Estado miembro opte por asimilar el período inactivo del tiempo de atención continuada a tiempo de trabajo la consecuencia será que, cuando se cumplan las condiciones fijadas, empresario y trabajador podrán acordar que la duración máxima de la jornada podrá alcanzar las 65 horas semanales de promedio en cómputo trimestral, a menos que en convenio colectivo se disponga otra cosa. Otro efecto de la definición de tiempo de atención continuada y período inactivo del mismo es que como consecuencia de que este último, en principio, no es considerado tiempo de trabajo no se tendrá en cuenta para calcular los períodos de descanso diario y semanal, a menos que se disponga lo contrario en un convenio colectivo o en la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales.

Al margen de lo dispuesto de forma general sobre la duración máxima de la suma de las jornadas ordinarias y complementarias hay que tener en cuenta la singular situación de los médicos internos residentes (MIR). La Disposición Transitoria Primera del Estatuto Marco establece la adaptación progresiva de su jornada a la del resto del personal estatutario, implantando las siguientes normas: una jornada de 58 horas semanales de promedio en cómputo anual, entre el 1 de agosto de 2004 y el 31 de julio de 2007; 56 horas semanales de promedio en cómputo semestral, entre el 1 de agosto de 2007 y el 31 de julio de 2008; 48 horas semanales de promedio en cómputo semestral a partir del 1 de agosto de 2008. Además de la normativa comunitaria que traspone la Disposición Transitoria Primera LEM, hay que tener en cuenta lo aprobado en el RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia (art. 5), ya que en principio el régimen de trabajo y descansos de los MIR será el que se establezca en cada servicio de salud a través del correspondiente convenio y, en su defecto, el establecido en normas legales, reglamentarias o pactadas para el personal estatutario de la especialidad que se curse, si bien siempre se deberá respetar el límite máximo de 37.5 horas semanales de promedio semestral, salvo que por acuerdo, pacto o convenio se establezca otro cómputo. Asimismo, el residente estará obligado exclusivamente a realizar las horas de jornada complementaria que el programa formativo establezca para el curso correspondiente. En todo caso, no podrá realizar más de siete guardias al mes (art. 5.1.c) RD 1146/2006).

### 3.3. Jornada especial

El artículo 49 de Estatuto Marco establece el denominado régimen de jornada especial, precisando que cuando la jornada complementaria fuera insu-

ficiente para garantizar la adecuada atención continuada y permanente, y siempre que existan razones organizativas o asistenciales que lo justifiquen, previa oferta expresa del centro sanitario, podrá fijarse una jornada especial, por encima de la duración máxima conjunta de las jornadas ordinaria y complementaria.

Será requisito imprescindible para ello que el personal manifieste por escrito, individualizada y libremente, su consentimiento para ello.

Se establece un límite total máximo de horas realizadas de acuerdo con esta jornada especial, concretamente de 150 horas al año. Este límite se aplicará de forma progresiva durante los diez años siguientes a la entrada en vigor de la LEM, en la forma que determine el Gobierno mediante Real Decreto, adoptado previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud (Disposición Transitoria Sexta LEM). La aplicación progresiva de esta medida que repercute en la mejor protección de la seguridad y salud del personal sanitario, sin embargo, no ha sido abordada hasta el momento por el precepto reglamentario reclamado<sup>36</sup>, siendo necesaria su efectiva aprobación para introducir un límite expreso de aquí a 2013, dado que su inexistencia permite que algunos servicios de salud interpreten que mientras no esté publicado este Real Decreto no existe una limitación del número de horas a realizar como jornada especial<sup>37</sup>. Es más, en la propuesta de reforma de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo aprobada por el Consejo en junio de 2008 sí que se incluye un número máximo de horas de trabajo a la semana, 60 o 65, si bien calculado en cómputo trimestral, que deberá ser respetado tras la adición de la jornada ordinaria, complementaria y, en su caso, especial que efectúe el personal estatutario.

Dada la singularidad de esta jornada especial es necesario implantar medidas que procuren garantizar la efectiva voluntariedad del trabajador que presta su consentimiento a su desarrollo<sup>38</sup>. Se debería establecer que el consentimiento no sea superior a un determinado plazo temporal, por ejemplo de un año, siendo, en su caso, renovable; que el consentimiento dado en el momento de la firma del contrato o durante el período de prueba se considera nulo y sin

<sup>36</sup> Hasta el momento se ha emitido un borrador de informe preceptivo por la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud sobre aplicación de este límite máximo de 150 horas de jornada especial, que propone una aplicación decreciente del número máximo de jornada especial que, de modo bienal, trienal o en plazos más amplios, se reduzca desde el máximo teórico de 1150 horas al año hasta las 150 horas por año a la finalización del período de diez años.

<sup>37</sup> Cfr., en este sentido, el documento del Servicio Andaluz de Salud sobre la "Ordenación de la Atención Urgente en el Servicio Andaluz de Salud", de 31 de enero de 2007.

<sup>38</sup> Vid, las modificaciones que se introducen con la propuesta de reforma de Directiva aprobada en junio de 2008 por el Consejo Europeo de Ministros de Empleo, fundamentalmente en el art. 22. 1 bis de la misma.

efecto, por los riesgos de denuncia modificativa que ello conlleva; que ningún trabajador puede sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo; que ningún trabajador puede trabajar más de un número máximo de horas en el transcurso de siete días; que el empresario debe llevar registros actualizados de todos los trabajadores que efectúan trabajos de este tipo y del número de horas efectivamente trabajadas; y que los registros mencionados deben estar puestos a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal.

En este sentido, la propuesta de reforma de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo aprobada por el Consejo Europeo en junio de 2008 señala que los Estados podrán autorizar la superación de las 48 horas semanales de trabajo, siempre que adopten las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de la seguridad y salud de los trabajadores y que ello esté expresamente previsto en la legislación nacional o en un convenio colectivo de nivel adecuado. En este supuesto, para que se pueda requerir a un trabajador la superación de dicho límite se debe obtener el consentimiento por escrito del mismo, de validez no superior a un año, renovable, siendo considerado nulo si se produce en el momento de la firma del contrato de trabajo o en las cuatro semanas siguientes. El trabajador no puede sufrir perjuicio alguno por negar su consentimiento o por retractarse del mismo, lo que puede hacer en los seis primeros meses posteriores a la firma del acuerdo, o durante el período de prueba especificado en su contrato y hasta tres meses después del final de dicho período, ateniéndose al que sea más largo de dichos plazos, pudiendo el empresario en este caso exigir un preaviso que no deberá ser superior a dos meses. Cuando se cumplan los requisitos citados la duración máxima del trabajo podrá ser, a menos que se disponga otra cosa en convenio colectivo, en cada período de siete días de 60 horas o de 65, cuando el período inactivo del tiempo de atención continuada se considere jornada laboral, calculadas, en ambos casos, como promedio durante un período de tres meses.

Todas estas propuestas tienen por objeto, fundamentalmente, garantizar que el consentimiento del trabajador sea exteriorizado por escrito, que no sea dado al inicio de la relación laboral o durante el período de prueba, que tenga validez durante un plazo limitado, fijar un límite máximo absoluto de horas de trabajo y obligar a mantener determinados registros.

Con todo ello el acuerdo entre el trabajador estatutario y la Administración sanitaria contratante se debería realizar por escrito<sup>39</sup>, concretando su duración

<sup>39</sup> En el Servicio Andaluz de Salud, por ejemplo, se establece que la jornada especial podrá ser requerida, cuando existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen. En este

y, en su caso, el plazo de preaviso para su rescisión; obligando a la Administración a llevar registros<sup>40</sup> actualizados que contengan, esencialmente, una lista de los trabajadores que hayan aceptado esta posibilidad, la definición de las condiciones en las que el trabajador ha aceptado esta opción y la especificación del número de horas efectuadas por el trabajador para el empresario durante cada período de referencia desde la entrada en vigor del acuerdo; poniendo dichos registros a disposición de cualquier inspección; y poniendo a disposición de las autoridades competentes, a petición de éstas, la información que soliciten sobre cualquier caso en que un trabajador haya aceptado ampliar la duración de su tiempo de trabajo.

En la negociación colectiva también se podría precisar que la celebración de este pacto esté rodeada de una determinada forma, además de su carácter escrito, determinándose que en caso de inobservarse la forma prescrita se producirá una cierta consecuencia jurídica. La más extrema consistiría en decretar la nulidad del pacto mismo por no respetar lo dispuesto al efecto<sup>41</sup>, si bien otras podrían consistir en la imposición de infracciones administrativas que se tipificaran al efecto<sup>42</sup>.

Respecto a la renuncia, en el contenido de algún acuerdo autonómico en materia de recursos humanos se establece que la duración del pacto es anual, renovable por el mismo período, siendo posible renunciar al mismo en los 30 días previos a la fecha de vencimiento<sup>43</sup>.

---

caso el Centro ofertará al profesional de manera expresa la posibilidad de superar la duración máxima conjunta de la jornada ordinaria y la complementaria, siempre y cuando el personal manifieste, por escrito, individualizadamente y libremente, su consentimiento a ello. Dicho consentimiento implicará por parte del profesional su compromiso de superar el límite legalmente previsto, fijar hasta cuánto estaría dispuesto a superarlo (este límite nunca podrá superar el que se determine por las normas específicas que en cada momento se regulen) y el tiempo de dicho compromiso, seis meses al menos, prorrogables automáticamente si ninguna de las partes lo denuncia con al menos 30 días de antelación a la fecha de vencimiento.

<sup>40</sup> Cfr. en referencia a los registros, MONTROYA MELGAR, A., "El tiempo de trabajo de los médicos de la Seguridad Social", *Tribuna Social*, n°135, 2002, pág. 12.

<sup>41</sup> Tal y como ocurre en el ordenamiento jurídico español cuando se dota de unos efectos *ad solemnitatem* a la no celebración por escrito de un período de prueba o del pacto de horas complementarias ligado a un contrato a tiempo parcial indefinido.

<sup>42</sup> A modo de ejemplo podemos traer a colación en el artículo 6.6 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que establece que cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales serán tipificados como infracciones leves

<sup>43</sup> En el caso del SAS, el Acuerdo de Mesa Sectorial sobre condiciones laborales y retributivas para el médico de familia en plaza diferenciada de servicio de cuidados críticos y urgencias en el ámbito de atención especializada y para el médico de familia en plaza diferenciada de cuidados críticos y urgencias en el ámbito de atención primaria, de 30 de enero de 2007, establece que siempre que existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen, el Centro ofertará al profesional de forma expresa la posibilidad de superar la duración máxima conjunta



En cuanto a los registros, hay que precisar que sus normas reguladoras deben tener por objeto que la Administración sanitaria lleve un registro de las horas realmente efectuadas por el trabajador y no sólo una relación nominal de los trabajadores que hayan firmado tal declaración. Esto es corroborado por el hecho de que las autoridades competentes puedan prohibir o restringir la posibilidad de trabajar más de 48 horas a fin de proteger la salud y seguridad de los trabajadores<sup>44</sup>, pues sólo es posible tomar una decisión de este tipo si se puede acceder al registro de las horas efectivamente trabajadas por las personas que hayan firmado la jornada especial.

Estos registros resultan esenciales para controlar el cumplimiento de otras disposiciones, por ejemplo el descanso diario, las pausas o el descanso semanal, dado que sino se dispone de ningún registro sobre el tiempo de trabajo efectivamente realizado por los trabajadores que firman la jornada especial, no se podrán verificar estos extremos. Como contrapunto, el problema que conllevan todas estas exigencias es la carga burocrática que pueden suponer para la Administración Sanitaria.

### **3.4. La situación específica andaluza: la reordenación de las guardias médicas y la creación de la jornada de continuidad asistencial**

La jornada ordinaria en Andalucía viene fijada en el Decreto 553/2004, de 7 de diciembre, siendo de 1540 horas anuales en el turno diurno, 1483 en el turno rotatorio y de 1450 para el nocturno. La suma de la jornada ordinaria y la complementaria, en tanto en cuanto no cambie el marco legislativo comunitario y español, no puede superar dos límites: las 48 horas de trabajo a la semana en cómputo semestral y el descanso de al menos 12 horas entre dos jornadas de trabajo, para garantizar la salud de los trabajadores.

El último acuerdo andaluz en materia de personal es el adoptado el 16 de mayo de 2006 entre el Servicio Andaluz de Salud y los sindicatos integrantes de la Mesa Sectorial de Sanidad, CC.OO, CESAMTSE, CSI-CSIF y UGT, posteriormente ratificado por el Consejo de Gobierno y publicado en BOJA de 31 de julio de 2006.

En el mismo se introduce un nuevo modelo de atención urgente tanto en el ámbito de la atención primaria como de la atención especializada, que pretende

---

de la jornada ordinaria y la complementaria, siempre y cuando el personal manifieste, por escrito, individualizada y libremente, su consentimiento a ello. Dicho consentimiento implicará por parte del profesional su compromiso de superar el límite legalmente previsto, fijar hasta cuánto estaría dispuesto a superarlo y el tiempo de dicho compromiso, seis meses al menos, prorrogables automáticamente si ninguna de las partes los denuncia con al menos 30 días de antelación a la fecha de vencimiento.

<sup>44</sup> Cfr. En este sentido la Directiva 2003/88/CE.

coadyuvar a cumplir lo dispuesto por la Ley 55/2003 en materia de jornada y descansos, y que está en funcionamiento desde el uno de febrero de 2007.

La ordenación del tiempo de trabajo acordada presenta importantes novedades, puesto que junto a la jornada ordinaria y la complementaria se crea la denominada continuidad asistencial, que se desarrolla entre las 15 y las 20h, en días laborables de lunes a viernes, por el personal facultativo especialista de área de los Centros de Atención Especializada.

Este nuevo tipo de jornada será operativo en cada centro, servicio o unidad, tras decisión en reunión con las organizaciones sindicales firmantes del acuerdo en cada centro, y recibe una retribución específica. Todos los profesionales que a uno de febrero de 2007 vengan realizando guardias médicas, o hayan realizado o solicitado la realización de actividad adicional alternativa en los doce meses anteriores a la publicación del acuerdo en el BOJA, deberán prolongar la jornada hasta las 20 horas de lunes a viernes. Dicha prolongación será de una o dos tardes a la semana, en días laborables, según las necesidades de cada especialidad en cada centro, a propuesta de la Dirección del centro y oída la Junta Facultativa o Comisión de Participación<sup>45</sup>.

De conformidad con este cambio en la distribución de la jornada, en función del tamaño del centro, la demanda asistencial y la cartera de servicios, oída la Junta Facultativa y de acuerdo con las orientaciones de la Dirección General de Asistencia Sanitaria, se planificará el número de profesionales y las correspondientes especialidades necesarios para la cobertura de la atención urgente del área hospitalaria desde las 20 horas hasta las 8 horas del día siguiente, de lunes a viernes, y durante las 24 horas los sábados, domingos y festivos, bien en régimen de presencia física o en régimen de disponibilidad, según los criterios que se negocien en Mesa Sectorial de Sanidad.

Según el acuerdo alcanzado, la cobertura de la jornada complementaria, de 20 horas a 8 horas, se realizará preferentemente con facultativos específicos en plaza diferenciada de la correspondiente especialidad, en jornada ordinaria, complementaria y especial en su caso. Sólo de forma excepcional se señala que dichos horarios podrán ser cubiertos por el propio personal de cada servicio o unidad, a través de la jornada complementaria y, en su caso, especial y que en aquellos Centros, Servicios o Unidades que por su dimensionamiento de plantillas o por las dificultades de selección de personal, resulte complejo la total

<sup>45</sup> Según el Acuerdo la Dirección de cada centro, a propuesta justificada del Jefe de Servicio o Unidad, con informe favorable de la Junta Facultativa o Comisión de Participación correspondiente, podrá proponer que otras especialidades o unidades que no realizan guardia médica, en principio estas son los Médicos de Familia en plaza diferenciada de Cuidados Críticos y Urgencias, Medicina Interna, Radiología, Pediatría, Obstetricia y Ginecología, Cirugía General y Digestivo, Anestesia y Reanimación, Cuidados Intensivos y Traumatología y Cirugía Ortopédica, puedan prolongar igualmente su jornada hasta las 20 horas de lunes a viernes.

aplicación de lo previsto en los apartados anteriores podrán establecerse otros turnos de trabajo, siempre con respeto a las limitaciones legales en cuanto a jornada y descanso vigentes.

De esta forma dentro de cada Unidad o Servicio se quiere diferenciar, por un lado, los facultativos que realizan la jornada ordinaria y, en su caso, la denominada continuidad asistencial y, por otro, los que efectúan la jornada complementaria, de 20 horas a 8 horas, y 24 horas los sábados, domingos y festivos.

Con esta reordenación se pretende, según el SAS, además de la mejora de la atención sanitaria que se presta en las urgencias, la facilitación de la aplicación del régimen de descansos de sus profesionales, compatibilizando el modelo de asistencia con la garantía de descanso de doce horas entre dos jornadas de trabajo y de que todo profesional que trabaje veinticuatro horas, sumando su jornada diaria ordinaria y la complementaria, descansará al día siguiente.

A su vez, con este sistema se procurará aumentar el número de consultas de especialidades en turno de tarde, de lunes a viernes, de 15 a 20 horas, así como los procedimientos diagnósticos e intervenciones quirúrgicas, y disminuir los tiempos de respuesta en los procesos de consulta. La aplicación de este acuerdo conllevará el incremento de plantilla de profesionales, y, por lo tanto, los costes derivados de la misma, dado que a todos los efectos el personal específico de las guardias es equiparado al resto de facultativos especialistas de área, pudiendo participar en los procesos de traslado a unas u otras plazas de su categoría y/o especialidad.

La reordenación tiene aspectos positivos, entre otros, el aumento del horario de las consultas permitirá recibir más pacientes y reducir las listas de espera, pero para ello los distintos servicios tienen que programar y dotar de contenido a las consultas del turno de tarde, pues antes durante ese horario sólo se realizaba la atención urgente y ahora el objetivo es más amplio; se incrementará el número de profesionales del SAS, y se les proporcionará más estabilidad, pues los antiguos contratos de guardias no equiparaban al contratante con el resto de facultativos especialistas de área<sup>46</sup>; se garantizará el derecho al

<sup>46</sup> Cfr. Este tipo de contratos y su problemática en VÁZQUEZ BELTRÁN, A., “Tiempo de trabajo y personal estatutario de los servicios de salud...”, op.cit., págs. 119 y 120, que indica cómo antes de la adopción de la LEM existiendo necesidades asistenciales que reclamaban la posibilidad de que existieran nombramientos a tiempo parcial, fundamentalmente en el personal de refuerzo de las guardias y urgencias, no existía regulación de esta modalidad de jornada, y tipo contractual, para el personal estatutario, lo que provocaba que se usaran distintas modalidades de nombramientos temporales, de forma desviada, para cubrir puestos de trabajo que no participaban de ese carácter temporal. Por lo tanto, tradicionalmente, se han sustituido los nombramientos a tiempo parcial del personal estatutario en propiedad para cubrir estas necesidades por personal temporal de tipo eventual.

descanso de los profesionales, de modo acorde a la normativa comunitaria y española. Y aspectos negativos, entre otros, la limitación de un número determinado de profesionales al turno nocturno y al trabajo en festivos puede dificultar la conciliación de su vida laboral y familiar, y puede conllevar que su práctica profesional se limite, pues con el desarrollo de esa jornada sólo se atienden consultas urgentes y puede que no se recicle adecuadamente el profesional.

Todo lo que se ha expuesto conlleva determinados cambios en la jornada complementaria. La misma sólo la realizarán las categorías o unidades que con anterioridad a la entrada en vigor de este acuerdo ya venían realizándola, si bien se admite que previa negociación en las Mesas correspondientes se extienda esta posibilidad a otras categorías o unidades. Se crea el complemento de jornada complementaria, diferente del de continuidad asistencial, que sustituye al concepto de guardias médicas y se modifica la duración de las mismas, pues pasa a ser de 20 a 8 horas de lunes a viernes, y durante veinticuatro horas los sábados, domingos y festivos. La jornada complementaria ahora la efectuarán preferentemente facultativos específicos en plaza diferenciada de la correspondiente especialidad, en jornada ordinaria, complementaria y especial en su caso. Por lo tanto, se trata de Facultativos Especialistas de Área, con las mismas condiciones laborales y retributivas, pero con la diferencia de que realizarán su jornada de trabajo preferentemente en horario nocturno y/o fines de semana. Ahora bien, hay que tener presente que esos horarios también podrán ser cubiertos por el propio personal de cada servicio o unidad, a través de jornada complementaria y en su caso especial. Por lo demás, la regulación de las actuales guardias médicas se mantiene.

Las nuevas previsiones conllevan que un profesional realice la jornada ordinaria hasta las 15 horas, continuidad asistencial de las 15h a las 20 horas, y que, en principio, otro realizara la jornada complementaria de 20h a 8 horas del día siguiente. En caso de que las circunstancias del servicio o unidad<sup>47</sup> no permitan esta distribución de jornada entre profesionales y que sea el mismo el que continúe desde las 8 horas de la mañana hasta las 8 horas del día siguiente, se le tendrá que garantizar el descanso diario dispuesto en el artículo 51.2 del Estatuto Marco, donde se establece el derecho a un período mínimo de descanso ininterrumpido diario de doce horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente. Es decir, en este supuesto al ser una jornada de 24

<sup>47</sup> El punto 5.2.9 del Acuerdo alcanzado en mayo de 2006, permite otros turnos de trabajo en aquellos centros, servicios y unidades que por su dimensionamiento de plantillas o por las dificultades de selección de profesionales, resulte complejo la total aplicación de los previsto en los apartados anteriores, siempre con el respeto a las limitaciones legales en cuanto a jornada y descanso vigentes.

horas, el período mínimo de descanso ininterrumpido debe ser incrementado en igual proporción. En este caso, eso sí, se deberá diferenciar la retribución correspondiente por la continuidad asistencial<sup>48</sup> y la que corresponde por la atención continuada.

#### 4. PAUSAS, DESCANSOS Y VACACIONES

Los artículos 50 a 54 y 58 de la LEM regulan el régimen de descansos y el régimen de descansos alternativos del personal estatutario. Se regula la pausa durante la jornada, el descanso diario, semanal, las vacaciones anuales y los descansos alternativos al diario y al semanal.

Cuando la duración de una jornada diaria sea superior a seis horas continuadas, se establecerá una pausa o descanso durante la misma de, al menos, quince minutos, subordinándose el momento de disfrute de este período de descanso al mantenimiento de la atención de los servicios. Su consideración como tiempo de trabajo efectivo será “*en la forma que esté establecido por norma, pacto o acuerdo, según corresponda*” (art. 58.1 LEM). Del tenor literal de este precepto pueden extraerse dos interpretaciones, que se considere que es necesario que una norma, pacto o acuerdo se pronuncie expresamente acerca de la consideración de este período como tiempo de trabajo efectivo<sup>49</sup> o que se presuponga esta consideración y que sea la norma, pacto o acuerdo la que deba determinar la forma en la que se debe computar. La primera opción concuerda con lo establecido por el Estatuto de los Trabajadores y la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, mientras que la segunda podría sustentarse en el propio tenor literal del precepto del Estatuto Marco y en su contexto sistemático, ya que esta norma, *a sensu contrario*, sí que excluye de forma expresa la consideración como tiempo de trabajo efectivo de los períodos de descanso diario y semanal. A nuestro juicio, dada la especialidad de la normativa que regula al personal estatutario, este período será equiparado a tiempo de trabajo efectivo, a menos que una norma, pacto o acuerdo autonómico lo excluya<sup>50</sup>. Por ejemplo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza no existe hasta el momento una norma, pacto o acuerdo que prevea algo al respecto, por lo que debemos entender aplicable lo establecido por el Estatuto Marco.

<sup>48</sup> Que respectivamente ascienden a 40 euros la hora y 17 euros la hora de lunes a viernes y 19 horas la hora los fines de semana (Acuerdo de 16 de mayo de 2006).

<sup>49</sup> En este sentido RODRÍGUEZ PASTOR, G., “Jornada de trabajo, permisos, ...”, *op.cit.*, pág. 23.

<sup>50</sup> El Acuerdo de 20 de julio de 2004, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el de 30 de septiembre de 2003, de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud, no dispone nada sobre los pausas o descansos de este personal.

Respecto al descanso diario, entre jornadas, en aplicación de lo dispuesto de forma genérica por el Estatuto Marco, será de doce horas ininterrumpidas (art. 51.2 LEM). No obstante, podrá verse reducido en determinados supuestos justificados, en primer lugar, en el caso del trabajo a turnos, cuando el personal cambie de equipo y no pueda disfrutar del descanso diario entre el final de la jornada de un equipo y el comienzo de la jornada del siguiente, y en segundo, cuando se sucedan una jornada de trabajo ordinario con horas de jornada complementaria o especial. En estos casos se deberá aplicar el régimen de descansos alternativos establecidos en el artículo 54 LEM. Además, si se ha establecido una jornada de hasta 24 horas, el período mínimo de descanso ininterrumpido deberá ser ampliado en la misma proporción.

El descanso semanal tendrá una duración de 24 horas, que se adicionarán al descanso diario de 12 horas entre jornadas diarias, y será computado en un período de referencia de dos meses (art. 52 LEM). En caso de que no se pueda disfrutar este descanso, si bien en este supuesto expresamente no se exige la concurrencia de unas determinadas causas, también se aplicará el régimen de descansos alternativos, cuya duración no podrá ser inferior a la reducción experimentada. En concreto, se presume que la compensación se produce cuando en cómputo trimestral se haya disfrutado un promedio semanal de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos semanales disfrutados y computando para ello todos los descansos de duración igual o superior a doce horas (art. 54. 2 LEM)<sup>51</sup>.

El cómputo trimestral, dada la ausencia de criterio alguno al respecto, debe extenderse en el resto de casos en lo que se puedan compensar los descansos de forma alternativa<sup>52</sup>. En esta materia es necesario tener presente lo dispuesto por la normativa comunitaria, pues, en lo relativo a los descansos compensatorios derivados de superar los límites fijados, la propuesta de reforma de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo aprobada en junio de 2008 prevé que el descanso compensatorio equivalente que ha de disfrutar el trabajador tendrá lugar en un tiempo razonable, que se determinará de conformidad con la legislación nacional o con los convenios o acuerdos colectivos, lo que abre la posibilidad a que los Estados miembros adopten distintas soluciones de forma justificada.

Los períodos de descanso diario y semanal, a diferencia de la pausa entre jornadas, e incluyendo a los de compensación alternativa, no tendrán en ningún

<sup>51</sup> Las 96 horas son el resultado de la suma de los descansos mínimos diario y semanal (12 horas por 6 días más 24 horas).

<sup>52</sup> Cfr. En este sentido GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud", *Relaciones Laborales*, nº20, 2006, pág. 513.

caso la consideración de tiempo de trabajo efectivo, ni podrán ser tomados en cuenta para el cumplimiento de la jornada ordinaria, con independencia del momento de su disfrute (art. 58.2 LEM).

Resulta relevante, en lo relativo al descanso diario y semanal, lo señalado por la propuesta de reforma de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo aprobada en junio de 2008, pues en la misma al introducirse el concepto de período inactivo del tiempo de atención continuada, se precisa que el mismo no se tendrá en cuenta para calcular los períodos de descanso diario y semanal, a menos que se disponga lo contrario en un convenio colectivo o acuerdo entre los interlocutores sociales o en la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales. En la legislación española no está en vigor una disposición que conlleve la consecuencia señalada. Ahora bien, si la Directiva es definitivamente aprobada en el Parlamento Europeo, será importante la opción de transposición que elija nuestro país, pues como se puede comprobar son amplias las consecuencias derivadas de la introducción del concepto de tiempo de atención continuada y del período inactivo del mismo.

En lo que se refiere a las vacaciones, la Ley reconoce el derecho del personal estatutario al disfrute de un tiempo no inferior a 30 días naturales de vacaciones anuales retribuidas. Esta duración se verá proporcionalmente reducida en función del tiempo de servicios (inferior al año). Corresponde a la programación funcional del correspondiente centro establecer las reglas sobre el período(s) de disfrute de las vacaciones anuales. Y este período no podrá ser sustituido por una compensación económica más que en el caso de finalización de la prestación de los servicios (art. 53 LEM).

El régimen jurídico de las vacaciones establecido por el Estatuto Marco exige un desarrollo en el ámbito autonómico, dada su parquedad. Será habitual encontrar acuerdos autonómicos, en materia de vacaciones y permisos, que aborden cuestiones como la solicitud y fijación del calendario<sup>53</sup>, o el régimen de fraccionamiento de las vacaciones<sup>54</sup>.

En Andalucía, por ejemplo, en diciembre de 2003 se concluyó un Acuerdo, en materia de vacaciones, licencias y permisos, en la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad, que fue refrendado por el Consejo de Gobierno de 20 de julio de 2004.

<sup>53</sup> En los Acuerdos de Cantabria de 2004 se considera período ordinario de vacaciones el comprendido entre el 1 de junio y el 30 de septiembre, precisándose que el disfrute de vacaciones en este período debe solicitarse antes del 15 de abril, aprobándose y publicándose el correspondiente calendario de vacaciones antes del 30 de ese mes. El disfrute del período de vacaciones fuera del período ordinario debe solicitarse con 15 días de antelación y su autorización está condicionada a las necesidades del servicio. Si la solicitud de vacaciones no se resuelve en el plazo de 15 días se entenderá autorizada. En caso de que se deniegue el período solicitado deberá hacerse constar las causas.

<sup>54</sup> El Acuerdo de Andalucía de diciembre de 2003 permite dos períodos de vacaciones.

En este Acuerdo se aclaran diversas cuestiones relacionadas con el disfrute de las vacaciones.

Así, respecto a la duración, el personal tendrá derecho a una vacación retribuida cuya duración será de un mes natural, sin que en ningún caso pueda ser inferior a los 30 días naturales que indica el Estatuto Marco. Con la referencia al mes natural se posibilita que se disfrute un mes de vacaciones que conste de 31 días y no 30<sup>55</sup>. Cuando el período de disfrute de las vacaciones no coincida con un mes natural se computarán 30 días naturales contados a partir del inicio del período. Además, en función de la antigüedad, para el personal con plaza en propiedad en el momento de la generación del derecho, y con independencia de que en el cómputo de los años se tengan en cuenta, en su caso, los servicios prestados con anterioridad a la adquisición de la plaza en propiedad, se establecen unos días adicionales de vacaciones<sup>56</sup>. Estos días adicionales tendrán la consideración de trabajados a efectos del cómputo de la jornada ordinaria anual, sin que pueda entenderse que el disfrute de los mismos genera un incremento de jornada.

En cuanto a los períodos de disfrute, el Acuerdo andaluz señala como regla general que el disfrute de las vacaciones lo será de manera ininterrumpida. No obstante, las vacaciones se podrán fraccionar como máximo en dos períodos sin que la suma de ambos sobrepase 26 días laborables, considerándose entre ellos los sábados, aunque por el turno asignado corresponda descansar<sup>57</sup>. Excepcionalmente, se podrá disfrutar un tercer período de vacaciones con los días adicionales de vacaciones correspondientes por la antigüedad<sup>58</sup>.

En relación al período de disfrute de las vacaciones en el Acuerdo reseñado también se precisan determinados supuestos en los que se establecen preferencias para elegir turnos de vacaciones. El de los trabajadores que tengan hijos en edad escolar obligatoria, que tendrán preferencia para disfrutar sus vacaciones en período coincidente con las vacaciones escolares y el de los trabajadores casados o miembros de parejas de hecho que figuren como tales en el debido

<sup>55</sup> Caso de que se solicitara el disfrute de las vacaciones en el mes de febrero, se disfrutarán sus 28 o 29 días, y a éstos se sumarán los días naturales del mes de marzo que sean necesarios hasta completar 30 días naturales.

<sup>56</sup> Concretamente según el art. 6.1.3 del Acuerdo, cuando se acrediten quince años de antigüedad, 1 día hábil más. Veinte años de antigüedad, 2 días hábiles más. Veinticinco años de antigüedad, 3 días hábiles más. Treinta o más años de antigüedad, 4 días hábiles más.

<sup>57</sup> Art. 6.3 del Acuerdo, el fraccionamiento de las vacaciones se hará a petición del interesado y su concesión se adaptará a los criterios que se establezcan entre los Equipos de Dirección y de las Secciones Sindicales del centro con representación en la Mesa Sectorial, de acuerdo con la programación funcional del centro.

<sup>58</sup> Cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales para el adecuado mantenimiento de la actividad de los centros, previa resolución motivada del órgano competente.



Registro, cuyos cónyuges o convivientes presten servicios en el Servicio Andaluz de Salud, que tendrán derecho a condicionar su solicitud al otorgamiento de idéntico período para ambos, teniendo preferencia sobre el resto del personal en el caso de que el cónyuge o pareja no pueda disfrutar de las mismas<sup>59</sup>.

De forma específica se tiene en consideración el período de disfrute de las vacaciones del personal que se jubile o pase a excedencia voluntaria. Éstos deberán disfrutar, en su caso, la parte proporcional de vacaciones que corresponda antes de la fecha en la que esté prevista la baja. Si se producen estas situaciones sin mediar petición de vacaciones por parte del trabajador, perderá todo derecho a las mismas y no procederá compensación económica en la liquidación que se practique<sup>60</sup>.

Respecto al momento de disfrute de las vacaciones, se establece que las mismas se disfrutarán preferentemente durante los meses de julio, agosto y septiembre. Ahora bien, de forma flexible, se permite que voluntariamente se puedan tomar las vacaciones en otros meses del año, conforme a lo que establece la programación funcional del centro<sup>61</sup>.

El procedimiento a seguir para la concesión de vacaciones también viene precisado en el Acuerdo citado. El trabajador deberá solicitar las vacaciones por escrito, utilizando el modelo normalizado disponible en su unidad o servicio, en el mes de abril. A la vista de las solicitudes y teniendo en cuenta los acuerdos a que pueda llegar el personal de cada categoría profesional, en cada Unidad o Servicio se elaborará un calendario vacacional, siempre que tales acuerdos se ajusten a la normativa y se preserve la funcionalidad de las unidades. En caso de no existir acuerdo se sorteará el mes a elegir, estableciéndose un sistema rotatorio que servirá de base para años sucesivos. El órgano competente, las Direcciones Gerencias de Hospitales y Áreas de Gestión Sanitaria, Direcciones de Distritos y Direcciones de Centros de Transfusión Sanguínea, aprobará o denegará las propuestas de las distintas unidades o servicios con una antelación mínima de quince días a la fecha prevista para su disfrute. La denegación será motivada y, en su caso, los interesados podrán entender estimada su solicitud por silencio administrativo<sup>62</sup>. Tras todo este

<sup>59</sup> Respectivamente artículos 6.4.3 y 6.4.4. del Acuerdo.

<sup>60</sup> De conformidad con el artículo 6.5.2. in fine del Acuerdo, si por no conocerse la fecha de la baja con antelación suficiente se hubiera disfrutado un mes entero de vacaciones o más días de los que proporcionalmente le correspondiesen, se deducirán en la liquidación pertinente los haberes correspondientes a los días de vacaciones disfrutados en exceso.

<sup>61</sup> Artículo 6.4.1. del Acuerdo.

<sup>62</sup> En cada centro se constituirá una Comisión de Seguimiento formada por la Dirección del Centro y las Secciones Sindicales presentes en Mesa Sectorial, que velará por el cumplimiento del Acuerdo en materia de vacaciones y donde se presentará el plan de vacaciones anual.

proceso, en cada Centro se elaborará un plan de vacaciones donde se reflejen los períodos vacacionales autorizados y/o denegados a cada trabajador/a, incluyendo el motivo de la denegación.

Otra cuestión que se plantea en el Acuerdo reseñado es la coincidencia de las vacaciones con la incapacidad y la maternidad. Es esta una materia cada vez más presente en la negociación colectiva y reflejo de ello es la previsión que se resalta. En estos casos lo normal es que se diferencien dos supuestos de hecho: 1) La concurrencia de la incapacidad o de la maternidad antes del inicio del período de disfrute de vacaciones y su persistencia al llegar este momento y 2) La enfermedad, accidente o maternidad una vez iniciadas las vacaciones.

En la primera hipótesis planteada, el Acuerdo aplicable al personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud<sup>63</sup> señala que el trabajador tendrá derecho a solicitar un nuevo período, quedando las vacaciones aplazadas hasta que se produzca el alta, teniendo como fecha límite de disfrute el 31 de diciembre del año en curso. A estos efectos, hay que tener en cuenta que legalmente, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, se permite que el disfrute de las vacaciones incluso sea trasladado al año natural siguiente. Por ello, ha de entenderse que han devenido ilegales aquellas cláusulas, como la indicada, que exigen su disfrute dentro del año natural<sup>64</sup>.

En la segunda de las hipótesis descritas el Acuerdo diferencia entre el sobrevenimiento de la incapacidad temporal o de la maternidad durante las vacaciones<sup>65</sup>. Así, la situación de incapacidad temporal no interrumpirá el disfrute de las vacaciones, que continuará hasta la extinción del período previamente autorizado. Mientras que si durante las vacaciones se produce el nacimiento de un hijo/a, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo de un menor, su disfrute podrá quedar interrumpido y reanudarse tras la finalización del descanso por maternidad, teniendo como fecha límite de disfrute de las mismas el 15 de enero del año siguiente, y debiendo acreditarse la baja derivada del nacimiento mediante certificación del mismo o resolución judicial o administrativa de adopción o acogimiento. Debe reiterarse en este caso la precisión ya advertida sobre la ilegalidad, tras la entrada en vigor de la Ley de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de las cláusulas que exijan el disfrute de las vacaciones durante el año curso o como en este caso hasta el 15 de enero del año siguiente.

<sup>63</sup> Artículo 6.5.5 del Acuerdo.

<sup>64</sup> Cfr., en este sentido la Resolución de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional 2851/2007, de 3 de octubre, por la que se modifica el manual de normas y procedimientos en materia de vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del SAS por la LIMH.

<sup>65</sup> Artículo 6.5.4. del Acuerdo.

Una última cuestión que resulta interesante que sea abordada por los Acuerdos autonómicos, dada la ausencia de regulación legal Estatal al efecto, es la relativa al modo de determinación de la retribución que ha de percibirse durante las vacaciones en el supuesto de que el empleado haya tenido distintos regímenes de dedicación horaria en el período de referencia. En el Acuerdo andaluz, por ejemplo, se precisa que la retribución será la correspondiente al régimen de dedicación del momento de disfrute<sup>66</sup>. Una alternativa a esta opción sería hallar el promedio de retribución obtenido por el trabajador en un período anterior prefijado.

## 5. PERMISOS Y LICENCIAS

El Estatuto Marco contiene el régimen de fiestas y permisos del personal estatutario, precisando que el mismo tiene derecho a disfrutar de las fiestas y permisos que se fijan en el ámbito de cada una de las Comunidades Autónomas (art. 61 LEM). Respecto a los permisos se hace referencia a dos supuestos principales, uno de ellos referido a la aplicación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras<sup>67</sup> y el otro habilitando la norma estatutaria a las Comunidades Autónomas para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan conceder permisos en relación con dos tipos de supuestos: 1) con motivo de la realización de estudios o para asistencia de cursos formación o especialización que tengan relación directa con las funciones de los servicios sanitarios e interés relevante para el servicio de salud. En este caso los permisos podrán ser retribuidos total o parcialmente y podrá exigirse como requisito previo para su concesión el compromiso del interesado de continuar prestando servicios en la misma institución, centro, área o servicio de salud, durante los plazos que se establezcan, es decir, se puede establecer una especie de pacto de permanencia, cuyo incumplimiento implicará, a modo de indemnización, la devolución por parte del interesado de la parte proporcional que resulte procedente de las retribuciones percibidas durante el permiso; 2) con motivo de la asistencia a cursos o seminario de formación o para participar en cursos de cooperación internacional o en actividades y tareas docentes o de investigación sobre materias relacionadas con la actividad de los servicios de salud. En este supuesto, el permiso podrá ser parcialmente retribuido o no retribuido.

<sup>66</sup> Artículo 6.5.6. del Acuerdo.

<sup>67</sup> Cfr. En el ámbito Estatal el artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de reforma de la Función Pública, así como el RD 180/2004, de 30 de enero, que adopta medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en relación con el disfrute a tiempo parcial de los permisos incluidos en el art. 30.3 de la Ley 30/1984.

De forma genérica, los permisos y licencias serán de aplicación tanto al personal fijo como al temporal, salvo que en alguno, de forma justificada, se establezca lo contrario.

En esta materia, en función de la aplicación al personal estatutario del régimen de la función pública en los últimos años encontramos varias novedades. En primer lugar, hay que tener en cuenta la adopción del denominado “Plan Concilia”, Resolución de 20 de diciembre de 2005, por el que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios del personal civil al servicio de la Administración General del Estado, que es un desarrollo de la precedente Orden del Ministerio para las Administraciones Públicas 3902/2005, de 15 de diciembre, que recoge diversas medidas para mejorar la conciliación de la vida laboral y familiar en las Administraciones Públicas y contra la violencia de género y que supone el reconocimiento del Acuerdo al que se llegó en la Mesa General de Negociación, entre la Administración General del Estado y las organizaciones sindicales UGT, CSI-CSIF y SAP, por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos. Y en segundo lugar, hay que tener en consideración la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y mujeres (LIMH) y de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico de la Función Pública (EBEP), que introducen innovaciones y/o modificaciones de cierto calado.

El ámbito de aplicación subjetivo del Plan Concilia abarca tanto al personal funcionario como al personal laboral, ¿quiere ello decir que queda excluido del mismo el personal estatutario?. A nuestro juicio, no cabe una interpretación de este tipo, puesto que el capítulo I de la LEM, en su artículo 1, indica que esta Ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de este personal. El hecho de que a este personal se le diferencie del resto de funcionarios públicos, se justifica por la necesidad de elaborar una Ley específica, que se ajuste a las peculiaridades del Sistema Nacional de Salud, por lo que el personal estatutario no puede ser excluido de las mejoras sociales o de conciliación de la vida laboral y familiar que se concedan a los empleados públicos. En todo caso su regulación puede ser objeto de modulaciones en atención a sus singularidades.

Entre otras mejoras el Plan Concilia introduce medidas tales como: la ampliación a tres años del período máximo de excedencia al que tienen derecho los empleados públicos para el cuidado de cada hijo o familiar a su cargo, hasta el segundo grado de consanguinidad, reservándose durante los dos primeros años el mismo puesto de trabajo y garantizándose a partir del tercero un puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución; el derecho a ausentarse del trabajo para someterse a técnicas de fecundación asistida por el tiempo nece-

sario para su realización; el derecho de la empleada pública víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo a solicitar un traslado a distinta unidad administrativa o en otra localidad; el derecho a reducir la jornada un 50%, con carácter retribuido, durante un mes para atender a un familiar en primer grado muy enfermo.

No obstante, hay que resaltar que tras la entrada en vigor de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y el Estatuto Básico del Empleado Público se han adoptado algunas medidas nuevas y que otras, ya previstas por el Plan Concilia, han sido recogidas por esta normas y extendidas tanto al personal funcionario, como al laboral y al estatutario. Por ejemplo, el personal estatutario podrá solicitar una licencia para cumplir deberes relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar (Disposición Adicional Decimonovena LIMH y art. 48.1.j) EBEP); podrá pedir una hora diaria de ausencia al trabajo por cada hijo/a menores de dieciséis meses, lo que podrá ser sustituido por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente (Disposición Adicional Decimonovena LIMH); podrá requerir el disfrute de un permiso por paternidad de quince días naturales consecutivos (Disposición Adicional Decimonovena LIMH y art. 61.2 de la LEM); las faltas de asistencia de las trabajadoras víctimas de violencia de género, totales o parciales, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud, según proceda (art. 49.d) del EBEP y 61.2 LEM)...

Por último señalar que a efectos del cómputo de jornada algunos permisos tendrán un carácter neutro, por ejemplo los seis días de libre disposición reconocidos al personal estatutario del SAS ya son tenidos en cuenta para el cálculo de la jornada anual; y que para el cálculo de los promedios establecidos para el cómputo de la jornada no se tendrán en cuenta los permisos y licencias retribuidas<sup>68</sup>. El período comprendido en las situaciones descritas anteriormente computará como días trabajados o descansados según figuren en el cuadrante de turnos de cada trabajador. En el caso de los permisos no retribuidos, su cómputo se realizará proporcionalmente, es decir, si en 365 días le corresponde una jornada anual, a los días resultantes de la disminución se le aplicará la jornada parcial<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Y tampoco se tendrán en cuenta otros períodos, como los de incapacidad temporal o los días de huelga.

<sup>69</sup> Por ejemplo, si se han disfrutado 90 días de licencia sin retribución, se aplicará la siguiente operación aritmética,  $365-90=275$  días. Proporción  $275 \times 1540$  (jornada ordinaria diaria)/365 días= 1160,27 horas son las trabajadas ese año.

## 6. CONCLUSIONES

La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario gira en torno a tres conceptos básicos, la duración de la jornada de trabajo, la duración de los descansos y las fiestas y permisos. El último ha sido remitido de forma amplia a lo que se regule en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, si bien en los últimos años ha sido alterado, fundamentalmente, por lo innovaciones introducidas en el denominado Plan Concilia y la reciente LIMH, mientras que los dos primeros además de tener una regulación no tan parca, han estado rodeados de una amplia controversia y discusión tanto judicial como doctrinal.

En un principio podría pensarse que la regulación de la ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los Servicios de Salud, a la luz de la normativa Estatal, básicamente su Estatuto Marco, y del desarrollo que a nivel autonómico se ha hecho de esta norma, tanto legal como convencionalmente, resuelve la problemática tan singular de este colectivo. Sin embargo, si se observa la doctrina de nuestros tribunales e incluso los asuntos planteados por tribunales españoles al TJCE sobre esta materia, la conclusión no es esta.

Son varias las cuestiones que quedan pendientes y que resultan esenciales para completar el régimen jurídico del tiempo de trabajo de este personal. Empezando por la misma definición del tiempo de trabajo, en la que no se puede perder de vista lo que dispone la vigente normativa comunitaria, y las propuestas de su modificación que plantean la delimitación de un nuevo concepto de gran importancia en este sector, el tiempo de atención continuada y el período inactivo del mismo, que pueden tener repercusiones de gran relevancia para el personal del sector sanitario. Y continuando con las controversias que siguen rodeando, esencialmente, a los límites máximos de su jornada, a la duración de la jornada complementaria y su equiparación o no a la jornada extraordinaria, y a la duración y régimen jurídico de la denominada jornada especial, cuya regulación reglamentaria sigue pendiente de ser aprobada a pesar del mandato surgido de la Ley 55/2003.

En el ámbito andaluz, hay que destacar las innovaciones introducidas tras el acuerdo en materia de personal concluido en la mesa sectorial de sanidad para el período 2006-2008, puesto que se crea un nuevo tipo de jornada para el personal facultativo especialista de área de los centros de atención especializada, la denominada continuidad asistencial, a desarrollar de 15 a 20h, en días laborables. Con ello se quiere diferenciar al personal que realiza jornada ordinaria y continuidad asistencial del que cubre la jornada complementaria, de 20h a 8h, y 24 horas los fines de semana y festivos. Esta medida tiene aspectos positivos y negativos. Por una parte se pretende mejorar y reorganizar el servicio del SAS, al programarse más consultas e intervenciones por las tardes, facilitar la aplicación del régimen de descanso de sus profesionales e incrementar el

número de trabajadores estables. Y por otra, limitar a determinados trabajadores al turno nocturno y a los fines de semana les puede ocasionar problemas para conciliar vida laboral y familiar. En cualquier caso, la puesta en marcha de esta medida es reciente y se necesita un período de tiempo razonable para verificar si su aplicación conlleva mejoras efectivas tanto para la organización del trabajo en las distintas unidades o servicios del SAS como para las condiciones laborales de los profesionales afectados.

# IGUALDAD Y CONCILIACIÓN DE VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LAS ADMINISTRACIONES ANDALUZAS

M<sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO  
PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

*Profesoras Doctoras de Derecho del Trabajo  
y la Seguridad Social de INSA–ETEA  
Universidad de Córdoba*

## **EXTRACTO**      **Palabras Clave: Sector Público, Conciliación Vida Familiar y Laboral**

La regulación de los derechos de conciliación en el empleo público es un tema que se caracteriza por una profunda dispersión y complejidad, por varios factores: diversidad de regímenes de vinculación por parte de los empleados (fundamentalmente laboral y funcionario); dispersa regulación autonómica que, a su vez, regula de manera conjunta peculiaridades de los derechos de los distintos tipos de empleados públicos. Todo ello hace particularmente necesaria una sistematización de los derechos de conciliación de los empleados públicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza.

A ello se dedica el presente trabajo, de suma utilidad en el caso de las Administraciones locales andaluzas, dado que su regulación específica prevé que sus empleados “tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado (art. 142 del RDLeg 781/1986, de 18 de abril, texto refundido de Régimen Local).

## **ABSTRACT**      **Key Words: Public Sector, Work and family-life conciliation**

The regulation and of work and family–life conciliation rights of public employment is complex and unique due to various reasons. Namely, it contains different employer’s regime (applied mainly to labour and civil servants) and it has a scattered autonomic regulation that rules the particularities of civil servants’ rights. All together, leads to the systematization of the conciliation rights of the government employees in the Andalusian Autnomous Community (Comunidad Autónoma Andaluza).

The present work deals with this dilemma; in the case of local Andalusian administration it results quite useful, since the specific regulation foresees that the employers “would have the right” to be rewarded days–off, licensing, and paid holidays in the legislation of the civil servants of each Autonomous community. And it is also applicable to the civil servants of the State Administration (from the article number 142 of the RDLeg 781/1986, April 18<sup>th</sup> the amended text of the Local Regime).



**INDICE**

1. MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE CONCILIACIÓN PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LAS ADMINISTRACIONES ANDALUZAS
2. CATÁLOGO DE MEDIDAS DE CONCILIACIÓN PARA EL PERSONAL DE LAS ADMINISTRACIONES ANDALUZAS
  - 2.1. Excedencias familiares
    - 2.1.1. La excedencia por cuidado de familiares
    - 2.1.2. El derecho a la excedencia voluntaria por reagrupación familiar
  - 2.2. Reducciones de jornada
    - 2.2.1. Por lactancia
    - 2.2.2. Por parto prematuro u hospitalización del neonato
    - 2.2.3. Por guarda legal y cuidado directo de menor o persona necesitada
    - 2.2.4. Mantenimiento del salario por enfermedad muy grave de familiar
    - 2.2.5. Adaptación de la duración y distribución de la jornada
  - 2.3. Suspensiones y permisos
    - 2.3.1. Derivados del parto, adopción o acogimiento y paternidad
    - 2.3.2. Exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto
    - 2.3.3. Permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad de familiar
    - 2.3.4. Riesgo durante el embarazo o durante la lactancia
    - 2.3.5. Cumplimiento de los deberes derivados de la conciliación
  - 2.4. Vacaciones y conciliación
3. LA PROTECCIÓN DE LA EMPLEADA PÚBLICA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO
  - 3.1. Condiciones para el ejercicio de los derechos
  - 3.2. La protección de la funcionaria víctima de violencia de género
    - 3.2.1. Derecho a reducción o reordenación del tiempo de trabajo
    - 3.2.2. Justificación de las faltas de asistencia
    - 3.2.3. Movilidad por violencia de género
    - 3.2.4. Excedencia por razón de violencia de género
  - 3.3. La protección de la trabajadora laboral víctima de violencia de género
    - 3.3.1. Derecho a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo
    - 3.3.2. El derecho a la movilidad geográfica
    - 3.3.3. Derecho a la suspensión contractual
    - 3.3.4. Posibilidad de dimisión con acceso a prestación por desempleo
    - 3.3.5. Protección frente al despido

## 1. MARCO JURÍDICO VIGENTE EN MATERIA DE CONCILIACIÓN PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LAS ADMINISTRACIONES ANDALUZAS

A nivel internacional y comunitario, se ha planteado la necesidad de la conciliación del trabajo y la familia como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. Reflejo de ello, en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, se incluyó como objetivo estratégico fomentar el equilibrio en el reparto de las responsabilidades laborales y familiares entre hombres y

mujeres y, como resultado, en la Declaración, aprobada por los 189 Estados allí reunidos, se reafirmó este compromiso. Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 incluyó una mención expresa a la conciliación de vida familiar y vida laboral, reconociendo el derecho de toda persona a ser protegida contra un despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño. Así pues, la conciliación, entendida como el conjunto de medidas tendentes a posibilitar el equilibrio entre el trabajo remunerado, la familia y la vida privada, se situó como principal prioridad en la política familiar a nivel europeo.

Debido al especial sesgo de género que, aun hoy en día, “arrastran” los trabajos del cuidado de la familia, la conciliación de la vida laboral y familiar se encuentra íntimamente ligada a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres<sup>1</sup>. Por ello, la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres de 22 de marzo de 2007 (en adelante LOI) dedicó especial atención a los derechos de conciliación, regulando con exhaustividad un conjunto de medidas laborales y de seguridad social para el ámbito del empleo privado, mientras que para el ámbito del empleo público hizo una referencia general en su artículo 56, en el sentido de prever que en su regulación se establecieran medidas de protección de la maternidad y conciliación de vida personal, familiar y laboral<sup>2</sup>.

Pese a que la literalidad de la LOI parece darle una importancia subsidiaria a la conciliación en el ámbito del empleo público, pues se detiene mucho más en regular los derechos de los trabajadores por cuenta ajena, no podemos minusvalorar el papel de los derechos de conciliación en este ámbito. Es más, podemos decir que la función de garantizar la igualdad de oportunidades que otorga la Constitución a los poderes públicos debe traducirse en que los traba-

<sup>1</sup> Y, por ello, sus raíces se asientan en los artículos 9.2., 14 y 39.1 de la CE. En ellos se reconoce, respectivamente, el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición; así como “el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia” y, “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas...”.

<sup>2</sup> Art. 56 *Permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*. Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismo públicos vinculados o dependientes de ella con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública, la normativa aplicable a los mismos establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos y otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida persona, familiar y laboral. Con la misma finalidad se reconocerá un permiso de paternidad, en los términos que disponga dicha normativa.

jadores de las Administraciones Públicas gozan de una especial protección en esta materia, actuando así la Administración como punta de lanza, marcando al empresario privado la dirección en la cual debe avanzar.

A pesar de ello, la regulación de los derechos de conciliación en el empleo público es un tema que adolece de una profunda dispersión y complejidad, por diversos motivos. El primero de ellos es que se trata de un ámbito que abarca una amplia diversidad de sujetos contratantes (administración estatal, administraciones autónomas, administraciones locales...), cada uno con sus propias fuentes; a esto hay que añadir que, en cada Administración, coexisten trabajadores con diversos regímenes jurídicos, de manera que estos pueden ser tanto funcionarios de carrera como interinos, personal laboral e incluso, en algunas administraciones (como la sanitaria) personal estatutario. Es decir, que los derechos de las personas que trabajan para la Administración no se regulan de forma conjunta, sino a través de normas que pertenecen a distintas ramas del ordenamiento jurídico, cada una con su particular sistema de fuentes, sistematicidad interna y régimen jurídico.

Un problema añadido es que la LOI (que, como hemos dicho, se ocupa expresamente de los derechos de conciliación de vida personal, familiar y laboral), es mucho más prolija en lo referente a los derechos de los trabajadores por cuenta ajena que en sus referencias a los empleados públicos. Para los trabajadores de la Administración hace simplemente una referencia de carácter abierto y no exhaustivo que consiste en que, junto a la mención expresa de los derechos de los empleados públicos a las excedencias, reducciones de jornada y permisos, habla en general de establecer “otros beneficios” ligados a la maternidad o la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Hemos de tener en cuenta que tanto el contenido del art. 56 como el del 57 de la LOI, se refieren, de forma genérica, al empleo en la Administración estatal, u organismos de ella dependientes, marcando un régimen básico aplicable a todas las Administraciones Públicas (también a las Administraciones autonómicas y local) con amparo en el art. 149.1.18<sup>a</sup> de la Constitución Española. Lo que pretende es establecer un régimen primario, imponiendo al legislador el desarrollo de una normativa que incluya una serie de permisos y beneficios tendentes a mantener un adecuado sistema de protección del derecho a la igualdad y de la corresponsabilidad en el desarrollo de la vida familiar. Es decir, que la regulación básica contenida en la LOI afecta a todos los sujetos que presten servicios para la Administración Pública, sea cual sea su estatuto jurídico.

Por otra parte, el articulado de la LOI establece también una mención expresa a dos tipos de empleados públicos: las Fuerzas Armadas (arts. 65 y 66) y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (arts. 67 y 68), en el sentido de que también en estas Fuerzas y Cuerpos se respetará el principio de igualdad,

y se aplicarán las normas referidas al personal de las Administraciones Públicas, con las necesarias adaptaciones. Asimismo, en las Disposiciones Adicionales, se establecen modificaciones en la normativa de este personal, así como en la del personal Estatutario de los Servicios de Salud (DA 22<sup>a</sup>), en el sentido de reconocer a estos últimos el mismo régimen de permisos y licencias reconocidos por la sobre conciliación de vida laboral y familiar y por la propia LOI.

La cuestión era aún más dispersa por el hecho de que hasta el año 2007 no ha existido un texto legal que regulase de forma completa y con carácter general el régimen estatutario de quienes trabajan para la Administración, a pesar de la propia CE establecía la obligación de que la ley regulase el estatuto de los funcionarios públicos. Finalmente, con casi treinta años de demora, vio la luz la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP). Se trata de una norma mixta que, reconociendo la dualidad de regímenes de vinculación con la administración (funcionarial más contratación laboral), establece que se aplica “al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral al servicio de las administraciones territoriales, en sus tres niveles, es decir: a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las CCAA y de las ciudades de Ceuta y Melilla y a las Administraciones de las Entidades Locales; también se aplica a los empleados públicos de organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia<sup>3</sup>.

El concepto de “empleado público” había sido acuñado por la doctrina, pero no se había incorporado a nuestro ordenamiento hasta la aprobación del EBEP, cuyo art. 8 establece que “son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas, al servicio de intereses generales”. Dichos empleados públicos “se clasifican en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal), y personal eventual”. A pesar del carácter omnicompreensivo de la norma, se mantiene la tradicional dicotomía entre personal funcionario y personal laboral, indicándose en la Exposición de Motivos de la ley que el personal laboral incorpora, por razón de su estatuto jurídico, una mayor flexibilidad y una mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada. Teniendo esto en cuenta, la regulación del EBEP incorpora, por un lado, preceptos aplicables exclusivamente a los funcionarios de carrera, otros aplicables a los funcionarios en general (de aplicación por tanto al personal interino y eventual) por otro, preceptos, aplicables solo al personal laboral y un tercer

<sup>3</sup> Sobre el complejo tema del ámbito de aplicación del EBEP, vid. Azemar I Mallard, L., (2008), en Del Rey Guanter, S. *et. al.* (2008) pp. 125 y ss.; Sánchez Morón, M. *et al* (2007), p. 54 y ss.

grupo de principios, y también de normas, que son de aplicación a todos los empleados públicos, es decir, de forma indistinta a funcionarios y contratados laborales. Así, entre otros, son aplicables de forma exclusiva a los funcionarios de carrera los preceptos relativos a carrera profesional (art. 16, 17 y DA 10<sup>a</sup>), promoción interna (art. 18) y regulación de jornada de trabajo, permisos y vacaciones (arts. 47 a 50); temas todos ellos íntimamente relacionados con la conciliación de vida personal, familiar y laboral. Respecto a los preceptos en la materia que nos ocupa, aplicables exclusivamente a los empleados laborales, señalar que, en la mayoría de los casos, remiten directamente a la legislación laboral y las normas convencionales; sin embargo, el art. 51 del EBEP establece que para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en el propio EBEP y en la legislación laboral correspondiente.

Por otra parte, hay empleados públicos que tienen su legislación específica que, en principio, es respetada por el EBEP: es el caso del personal docente (universitario y no universitario) y el personal estatutario de los Servicios de Salud<sup>4</sup>. Este personal se rige tanto por su legislación específica como por el EBEP, con excepción a lo relativo a carrera profesional y promoción interna, las retribuciones complementarias y la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas. Otras peculiaridades que puedan contemplarse en la legislación específica de uno y otro personal no podrán contradecir lo previsto en el EBEP. Es decir, salvo para las materias mencionadas, se les aplican las normas del EBEP referidas al conjunto de los empleados públicos, ya que según su art. 2.4 “cada vez que este Estatuto haga mención del personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los servicios de salud”<sup>5</sup>. Este precepto es congruente con lo establecido para el personal estatutario por la DA 22<sup>a</sup> LOI, de manera que les resulta de aplicación lo establecido en los arts. 48 y 49 EBEP, relativos al régimen de permisos de los funcionarios<sup>6</sup>.

No son estas las únicas disposiciones legales aplicables. Siendo el EBEP una ley dictada dentro de la competencia exclusiva que tiene el Estado en el

<sup>4</sup> Sobre el derecho a la no discriminación por razón de sexo del personal estatutario, íntimamente conectado con el ejercicio de los derechos de conciliación, *vid.* Sempere Navarro, A.V. y Sánchez Trigueros, C. (2006), p. 19 y ss.

<sup>5</sup> En este sentido, Sánchez Morón, M. (2007), p. 63.

<sup>6</sup> En el mismo sentido, Purcallá Bonilla, M.A. en García Ninet, I. (Dir.) (2007), p. 877. En sentido contrario, Cayón de las Cuevas, J. (2007), p. 7; considera que, a tenor de la literalidad del art. 48 EBEP, la regulación en esta materia será la establecida en la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (en adelante, EM), y tan solo supletoriamente por el EBEP. De todas formas, la discusión es bizantina, ya que el EM, por su parte, remite al régimen establecido para los funcionarios públicos por la LOI, lo cual iguala en todo caso el régimen de permisos de funcionarios y personal estatutario.

establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18), nada impide que las distintas Comunidades Autónomas desarrollen dichas normas con respecto al personal a su servicio, incluyendo estos mismos aspectos o, en su caso, amplíen el abanico de medidas<sup>7</sup>, en virtud de la competencia para organizar su propia Administración, siempre que se haga con respeto a la citada regla 18ª del art. 149.1 de la Constitución Española<sup>8</sup>. En concreto, la Junta de Andalucía lo ha hecho a través de varios instrumentos, tanto para su personal funcionario como laboral, fundamentalmente a través de el Decreto 347/2003, de 9 de diciembre, de la Consejería de Justicia y Administración Pública (en adelante, Decreto 347/2003), que modifica, a su vez el Decreto 349/1996, de 16 de julio, por el que se regulan las diversas formas de prestación del tiempo de trabajo del personal funcionario en la Administración de la Junta de Andalucía (en adelante, Decreto 349/1996)<sup>9</sup>. Y también con carácter reciente la ISG 3/2007, de 10 de julio, de la Secretaria General para la Administración Pública sobre la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía (en adelante, ISG 3/2007) y su complementaria, la ISG 4/2007, de 11 de diciembre, que corrige y amplía algunos de los aspectos de la anterior (en adelante, ISG 4/2007). Dichas Instrucciones son de aplicación no solo al personal funcionario, de carrera e interino, que presta servicios en la Administración General de la Junta de Andalucía, sino también al personal laboral, indefinido o temporal, siempre que estén incluidos en el ámbito de aplicación del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 2 ISG 3/2007).

Por otra parte, la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía (en adelante, LAI), contiene una serie de previsiones sobre la conciliación en el empleo público en Andalucía<sup>10</sup>, que aún no han sido objeto de desarrollo reglamentario, por lo que han quedado como declaraciones programáticas han de ser concretadas por la normativa de desarrollo y la negociación colectiva<sup>11</sup>.

El conjunto de factores mencionados (diversidad de regímenes de vinculación, diversidad de sujetos, existencia de una normativa básica y dispersa regulación autonómica, que a su vez regula de manera conjunta los derechos de los

<sup>7</sup> Vid. Ley (Cataluña) 8/2006, de 5 de julio, de Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña.

<sup>8</sup> Vid. DF primera. 2 LOI.

<sup>9</sup> BOJA nº 244/de 19 de diciembre de 2003.

<sup>10</sup> Fundamentalmente en sus artículos 32, 33, 36, 39 y 40.

<sup>11</sup> Es clave, por ejemplo, la anunciada ampliación del permiso de paternidad a cuatro semanas, para todos los empleados públicos, previsto en el art. 40 LAI.

distintos tipos de empleados públicos) hace particularmente necesaria una sistematización de los derechos de conciliación de los empleados públicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza. A ello dedicamos el presente trabajo, que será también de suma utilidad en el caso de las administraciones locales andaluzas, ya que en virtud del art. 142 del RDLeg 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local; sus funcionarios “tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado”. Por tanto, el régimen legal y reglamentario de los derechos de conciliación de ambos tipos de empleados públicos de la Administración autónoma andaluza y de las administraciones locales es el mismo, a salvo de las que en cada caso se establezcan en la negociación colectiva para cada concreto ámbito funcional y territorial. Es decir, que hay que completar todo ello con las previsiones establecidas en la negociación colectiva, de carácter muy diverso dependiendo del ámbito de la negociación.

En este sentido, hay que señalar que, si bien es verdad que tanto la LOI como la LEBEP han recogido a nivel legal importantísimos derechos en el ámbito de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que hoy son de aplicación general, no podemos olvidar el importantísimo papel asumido por la negociación colectiva en esta materia, puesto que se anticipó a las reformas legislativas. Un elemento clave fue el llamado Plan Concilia, pionero a nivel nacional, fruto del Acuerdo alcanzado el 7 de diciembre de 2005 entre la Administración del Estado y las Organizaciones Sindicales UGT, CSI-CSIF y SAP sobre medidas retributivas y mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos, en el que, entre otros cuatro puntos más, se incluían medidas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y otras dirigidas a la protección integral contra la violencia de género. El Acuerdo quedó plasmado en la Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, que dispuso su publicación<sup>12</sup> y comenzó a estar en vigor a partir del 1 de enero de 2006, con el compromiso del Gobierno de impulsar las medidas de carácter legislativo, reglamentario y otras que resultasen procedentes para dar efectivo cumplimiento a los compromisos adquiridos en el Acuerdo<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> (BOE 16 diciembre 2005, núm. 300/2005).

<sup>13</sup> El Acuerdo, cuyo contenido sigue vigente, recogió lo que en aquel momento fueron importantes novedades, como una reestructuración de la jornada de trabajo en el sentido de mantener el número de horas semanales pero reducir la parte fija del horario; fijando la parte flexible se fijaba en un tercio del total, sin que nunca se pudiesen rebasar las 18:00 horas. Por otra parte, se instauraron diversas medidas de reducción de jornada y excedencias por cuidado de familiares; más flexibilidad de horario en supuestos concretos; modificaciones en el permiso de

Teniendo en cuenta todo ello, el presente estudio se centra en sistematizar los derechos de conciliación de vida personal, familiar y laboral de los empleados públicos de las administraciones andaluzas, distinguiendo entre los que corresponden a los funcionarios y aquellos que corresponden al personal sometido a la legislación laboral. Dicha diferenciación es absolutamente necesaria, dada la diversidad de regímenes jurídicos de ambos tipos de empleados.

## 2. CATÁLOGO DE MEDIDAS DE CONCILIACIÓN PARA EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES ANDALUZAS

El conjunto de medidas de conciliación de vida personal, familiar y laboral de los empleados de las administraciones andaluzas es muy variado, con una profusa casuística, manteniendo diferencias entre distintos regímenes de vinculación que no siempre están justificadas; si bien es cierto que las diferencias son menores que en el caso de la Administración del Estado. Ello es así porque las ISG 3/2007 y ISG 4/2007 de la Consejería de Justicia y de Administración Pública homogeneizan, en la medida de lo posible, la regulación de los derechos de los distintos tipos de empleados públicos.

Por claridad expositiva, en el presente estudio se agrupan los distintos derechos en función del tipo de medida y, dentro de cada medida, diferenciando según el hecho que la motiva. En cada caso, se exponen por separado el régimen jurídico de los derechos que pueden ejercer los funcionarios y el de los que corresponden a los trabajadores laborales<sup>14</sup>.

### 2.1. Excedencias familiares

Aunque con el mismo nombre, la excedencia es una figura distinta en el caso de los funcionarios que en el caso de los trabajadores laborales. Para los funcionarios es una situación administrativa, que asegura el mantenimiento de una relación jurídica permanente con la Administración Pública, aunque provi-

---

maternidad y, de manera muy señalada, se creó el permiso de paternidad, medida estrella que después se reconoció para los trabajadores por cuenta ajena por medio de la LOI de 2007. También se establecieron medidas relacionadas con el derecho a la formación y promoción profesional durante el periodo de ejercicio de los derechos de conciliación.

<sup>14</sup> Para no alargar este estudio, no haremos referencia expresa al personal estatutario, cuya regulación viene determinada tanto por lo establecido en el EBEP como por lo establecido en el EM, como hemos indicado *sup*. Además, este personal cuenta con Acuerdos colectivos y Resoluciones propias en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza [*vid*. Cruz Villalón, J. (Coord.) (2005), *La negociación colectiva en la Administración Pública Andaluza*].



sionalmente no se esté desempeñando ninguna función pública concreta. En el caso de los trabajadores laborales, puede tratarse de un supuesto de suspensión, con reserva de puesto de trabajo (en el caso de excedencia forzosa), o bien puede tratarse de una situación en que a las partes se las exonera de sus obligaciones recíprocas de trabajar y retribuir, y el trabajador conserva durante un tiempo un derecho preferente al reingreso.

A pesar de ello, en las Administraciones Públicas prácticamente se está llegando a una igualación casi total del contenido de ambas figura, en virtud en unos casos de las recientes modificaciones legislativas (como ha ocurrido, por ejemplo, en el supuesto que nos ocupa de las situaciones de excedencia por cuidado de familiares) y, en otras ocasiones, a través de los correspondientes convenios colectivos. Se trata de una situación deseable, en aras de la homogeneización de las condiciones de los empleados de cada Administración, factor que facilita la gestión de los recursos humanos en dichas entidades.

Expondremos los distintos supuestos de excedencias por motivos familiares del empleado público, separando entre personal funcional y laboral:

### 2.1.1. *La excedencia por cuidado de familiares*

En cuanto a los funcionarios públicos su regulación se encuentra en el 89.4 EBEP. En este caso, la excedencia se concede en dos supuestos: para atender al cuidado de cada hijo (ya sea por naturaleza o por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo), así como para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad que no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

La duración será tres años como máximo. En el caso de cuidado de hijo, el plazo se cuenta desde la fecha de nacimiento o, en su caso, desde la resolución judicial o administrativa. El período de excedencia será único por cada sujeto causante, de manera que, cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, su inicio dará fin a la que se viniera disfrutando. En el caso de que dos funcionarios generasen el derecho al disfrute por el mismo sujeto causante, la Administración podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios.

Por lo que respecta a los efectos, consisten en la reserva del puesto de trabajo durante al menos dos años. Transcurrido este tiempo, la reserva será de un puesto de trabajo en la misma localidad y de igual retribución. Este es el régimen general, aplicable a raíz de la entrada en vigor del EBEP: anteriormente, el tiempo de reserva del puesto de trabajo era tan solo durante un año, aunque los funcionarios de las administraciones públicas andaluzas tienen una

mejora introducida por la ISG 3/2007, cuyo apartado 7.E. dispone la ampliación del plazo de reserva del puesto de trabajo hasta los dos primeros años de la excedencia (también aplicable en supuesto de excedencia para el cuidado de otros familiares) a aquellas excedencias que, en fecha 1 de enero de 2006, aun no hubieran agotado el primer año de duración de la misma.

En caso de fallecimiento del familiar, el plazo máximo se extinguirá. Si el funcionario no solicita el reingreso antes de la finalización del plazo máximo, será declarado en situación de excedencia voluntaria por interés particular.

Para todos los funcionarios, el tiempo de excedencia se computa a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que le sea de aplicación<sup>15</sup> y, además, mientras dura esta situación los funcionarios tienen derecho a participar en los cursos de formación que convoque la Administración. En el caso de las administraciones andaluzas se establece expresamente que el tiempo de permanencia en esta situación será computable para participar en las pruebas de promoción interna.

Según la literalidad del EBEP, lo expuesto tan solo se aplicaría a una parte de los empleados públicos, puesto que se regula en el art. 84.9 EBEP, que expresamente señala que quienes pueden acogerse a estas medidas son “los funcionarios de carrera”, lo que deja fuera de su ámbito de aplicación no solo al personal laboral (que tiene una regulación específica), sino también al personal eventual e interino (que quedarían sin derecho a ningún tipo de excedencia)<sup>16</sup>. Esta exclusión es criticable, por lo que es de desear una reforma expresa del precepto en este sentido o bien un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el particular; pues su exclusión bien puede tacharse de discriminatoria. No obstante, en el ámbito de la Administración pública andaluza este problema se encuentra solventado en virtud del reconocimiento del derecho en el artículo 7.D de la ISG 3/2007, que es aplicable a todos los funcionarios, tanto los de carrera como los interinos y eventuales.

<sup>15</sup> En opinión de Lorenzo de Membiela, J. (2008), esto significa que el disfrute de la excedencia se computará a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos (p. 399).

<sup>16</sup> La cuestión, que estaba clara durante la vigencia de la LMRP, en el sentido de no aplicarse más que a los funcionarios de carrera, quedó modificada por la LOI, cuyo art. 56 reformó la LMRFP en el sentido de considerar el derecho de “los funcionarios” a la excedencia para el cuidado de hijos, y, señala, con carácter general, como titulares del derecho a un régimen de excedencias “al personal al servicio de la Administración”. Sin embargo, el problema resurgió con la posterior aprobación del EBEP, que volvió a regular el derecho a la excedencia por cuidado de familiares y por agrupación familiar entre los derechos de los funcionarios de carrera. Hay que recordar, sin embargo, la doctrina establecida en la STC de 24 de julio de 2000, que de manera contundente reconoció la excedencia para el cuidado de hijo al personal funcionario que no sea de carrera, basándose en la relevancia constitucional que tiene la protección a la familia (Vid. FJ 5º STC 24-07-00)

Por lo que respecta al personal laboral, se les reconoce el derecho a solicitar la excedencia tanto para atender al cuidado de hijos como para atender a familiares, aunque con efectos distintos en uno y otro caso. La regulación básica viene dada por el artículo 46.3 del ET.

En cuanto a la excedencia para el cuidado de hijos, da derecho a ella tanto el nacimiento como la adopción, y el acogimiento tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. Por tanto, los supuestos son más amplios que para los funcionarios, puesto que se amplía a los casos de acogimiento provisional. La duración de la excedencia para el cuidado de hijos será no superior a tres años. También puede solicitar la excedencia para el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida, aunque en este caso la duración será no superior a dos años. Tanto en el caso de la excedencia para el cuidado de hijos como en de la excedencia por cuidado de familiares, el periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada. Cuando un nuevo sujeto da derecho a la excedencia, su inicio dará fin a la que se viniese disfrutando.

El periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia será computable a efectos de antigüedad, y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva del su puesto de trabajo, y a partir de ese momento, la reserva queda referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando la familia numerosa sea de categoría general y 18 meses si se trata de categoría especial. Se echa en falta con respecto a los trabajadores laborales la previsión de que la reserva sea de un puesto de trabajo en la misma localidad, como ocurre con los funcionarios.

### ***2.1.2. El derecho a la excedencia voluntaria por reagrupación familiar***

Para los funcionarios, el derecho a la excedencia voluntaria por reagrupación familiar está reconocido por el art. 89.4 EBEP entre los derechos de los funcionarios de carrera. Conforme a éste, podrá concederse la excedencia voluntaria sin el requisito de haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas durante el periodo establecido a los funcionarios cuyo cónyuge resida en otra localidad por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral fijo en cualquiera de las Administraciones Públicas, Organismos Públicos y entidades de derecho público dependientes o vinculados a ellas, en

los Órganos Constitucionales o del Poder Judicial y Órganos similares de las CCAA, así como en la Unión Europea o en Organizaciones Internacionales. Es decir, que se requiere que el cónyuge del funcionario solicitante resida en otra localidad por haber obtenido y desempeñar un puesto de trabajo definitivo, no alcanzando a aquellos casos en que el cónyuge sea funcionario interino o trabajador eventual.

Los efectos de esta excedencia son los mismos que los de la excedencia por interés particular; es decir, no se devengan retribuciones y no les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos de Seguridad Social que les sean de aplicación. No obstante, sí se computaran a efectos de trienios, el periodo de prestación de servicios en organismos o entidades del sector público, con la excepción de los servicios prestados en sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas. No se produce en ningún caso reserva de puesto de trabajo, y el trabajador puede solicitar el reingreso al servicio activo en cualquier momento.<sup>17</sup>

La ventaja con respecto a la excedencia voluntaria es que no existe límite mínimo de permanencia, y que no se exige ningún requisito salvo el mencionado respecto al cónyuge. Tampoco existe plazo máximo, ni se exige periodo previo de prestación de servicios.

Como en el caso de las otras excedencias por motivos familiares (cuidado de hijos y familiares) este tipo de excedencia solamente se reconoce en la normativa de carácter nacional a los funcionarios de carrera (art. 84.9 del EBEP). Damos aquí por reproducidos los razonamientos hechos en los apartados anteriores sobre la discriminación que tal restricción supone, aunque se trata de un problema afortunadamente subsanado en el caso de las Administraciones Andaluzas, por la ISG 3/2007, que reconoce tal derecho a todos los funcionarios (incluyendo también, por tanto, a interinos y eventuales).

A pesar del reconocimiento del derecho a la excedencia por motivo de reagrupación familiar que hemos visto que recoge el EBEP para los funcionarios, no existe un derecho similar en el ET, por lo que no se aplica a los empleados públicos cuya vinculación con la administración es de carácter laboral. Tampoco existe en el caso de los trabajadores de las administraciones andaluzas, ya que la ISG 3/2007, que extiende el derecho a los funcionarios eventuales e interinos pero no hace lo propio con los trabajadores laborales.

En el caso de que se les presentase esta eventualidad, los trabajadores laborales podrían solicitar una excedencia voluntaria, cuyos requisitos tras la reforma introducida por la LOI en el ET se encuentran muy aligerados: tan solo

<sup>17</sup> Vid. Trillo García, A-R, en Palomar Olmeda et al. (2008), p. 759.

es necesario tener una antigüedad en la empresa de un año, con una duración no inferior a cuatro meses ni superior a cuatro años. En este caso, el trabajador no tiene derecho a la reserva de puesto, tan solo un derecho preferente al reingreso en vacantes de igual o similar categoría.

## 2.2. Reducciones de jornada

Otra de las posibilidades que tiene el funcionario o trabajador para hacer compatible su vida personal, familiar y laboral es la de reducir su jornada de trabajo. Según cual sea la causa que motiva la reducción, en unos casos la ley establece que, a pesar de la reducción de jornada, se mantiene la retribución (por lo que se trata de un derecho de naturaleza parecida a la del permiso retribuido) mientras que, en otros, la reducción de jornada lleva aparejada la reducción de retribución. En estos últimos supuestos, el plus de protección que se concede al trabajador en comparación con otras reducciones voluntarias de la jornada es, por una parte, que se trata de una reducción temporal y, por otra, que la concreción de la jornada no va a estar determinada por las necesidades de la producción, sino por el interés familiar que se intenta proteger.

### 2.2.1. *Por lactancia*

Se trata de una reducción de jornada sin pérdida de retribución que, en el caso de los empleados de las administraciones andaluzas tiene un régimen idéntico en el supuesto de los funcionarios y en el de los trabajadores laborales. Mientras que el art. 48.1.f) el EBEP reconoce el derecho para los funcionarios que tengan un hijo menor de 12 meses y el 37.4 ET para los trabajadores por cuenta ajena que tengan un hijo menor de 9 meses, todos los empleados públicos andaluces gozan de un régimen más beneficioso. Esto es así porque en el Decreto 349/1996, aplicable al personal funcionario e interino, se amplía hasta la edad de 16 meses del hijo o hija lactantes; por su parte, se establece que al personal laboral se aplicará el mismo régimen en virtud de la ISG 3/2007 y el art. 33.1 f) del VI Convenio Colectivo.

Tanto el personal funcionario como el laboral de las administraciones andaluzas tienen la posibilidad de sustituir la ausencia por lactancia de una hora (retribuida) por la reducción de jornada (retribuida) con la misma finalidad. También es posible la acumulación en jornadas completas del disfrute de estos permisos. Primero, lo fue para el personal laboral a raíz de la LOI y, después, para los funcionarios, tras la aprobación de EBEP y la ISG 3/2007. Asimismo, por aplicación tanto de la LOI como del EBEP, en caso de parto múltiple cada lactante dará derecho a su respectiva reducción o permiso de lactancia,

pudiendo en tales casos, procederse a su acumulación global (todo el tiempo a que den derecho todos los niños).

Entendemos contraria a la normativa general, e ilegal por infracción del principio de jerarquía normativa la restricción a un máximo de cuatro semanas de la duración acumulada del permiso por lactancia establecida por la ISG 3/2007, ya que la normativa general no marca límite alguno mas allá del aritmético resultante de la acumulación del número de horas a que se tenga derecho.

Tanto en el caso de los funcionarios como del personal laboral, el permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en el caso de que ambos trabajen.

### ***2.2.2. Por parto prematuro u hospitalización del neonato***

Según establece la ISG 3/2007 para todo el personal de las administraciones andaluzas, en los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el permiso por parto se amplía con un permiso específico de hasta trece semanas adicionales (como veremos más adelante, en el apartado dedicado a suspensiones y permisos). Pues bien, se establece también que, en estos mismos casos, el otro progenitor podrá ausentarse del trabajo durante un período de dos horas diarias retribuidas, así como reducir su jornada hasta un máximo de dos horas diarias con la disminución proporcional de retribuciones<sup>18</sup>. Aunque el 48.1 g) EBEP no lo especifica, se supone que el permiso y, en su caso, la reducción, se mantendrán hasta que cese la hospitalización, y que se trata de dos posibilidades acumulables<sup>19</sup>

### ***2.2.3. Por guarda legal y cuidado directo de menor o persona necesitada***

Se trata de un derecho a reducir la jornada con reducción proporcional de las retribuciones. Aunque la legislación laboral tiene un régimen distinto que la de funcionarios, para los trabajadores laborales de la Administración Pública se produce una equiparación de derechos, en virtud de lo establecido en el art. 51

<sup>18</sup> De esta manera, los empleados andaluces tienen una protección mejorada con respecto a la general, ya que el art. 49 a) del EBEP no hace referencia a este derecho para los funcionarios, y el art. 37.4 bis ET limita para los trabajadores laborales la ausencia retribuida a una hora, y consagra el derecho a reducir la jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

<sup>19</sup> En el mismo sentido, Rodríguez Escanciano, S. en Palomar Olmeda et al. (2008), p. 417.

EBEP. Congruentemente, en el caso de las administraciones andaluzas, la ISG 3/2007 también establece una regulación homogénea, mejorando en todo caso los mínimos establecidos por la ley<sup>20</sup>.

Según el apartado 3. G de dicha ISG 3/2007, se establece la jornada de trabajo reducida por razones de guarda legal o cuidado del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad a la conyugal, o de un familiar hasta el segundo grado de parentesco por consanguinidad o afinidad. En concreto, las razones de guarda legal existirán cuando el personal laboral o funcional de las administraciones andaluzas tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida; en estos casos tendrá derecho a una reducción de su jornada de trabajo, con la disminución proporcional de sus retribuciones. Tendrá el mismo derecho el personal que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

#### 2.2.4. *Mantenimiento del salario por enfermedad muy grave de familiar*

Se trata del derecho a reducir en un 50% la jornada de trabajo durante un tiempo, sin disminuir proporcionalmente el salario. Lógicamente, es una situación excepcional, que la normativa estatal reconoce tan solo en el caso de los empleados públicos, de manera directa para los funcionarios en el art. 48 EBEP y de manera indirecta para los laborales en virtud del art. 51 EBEP (ya que no se recoge un derecho paralelo en el ET).

<sup>20</sup> El art. 48.1 h) EBEP establece que, “por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda. Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida”. Para el personal laboral, el art. 37.5 ET establece que “quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida”.

Para el personal incluido en el ámbito de aplicación de la ISG 3/2007 (es decir, tanto funcionarios como personal laboral) se establece el derecho en los siguientes términos (apartado 3 F de la ISG, en relación con su apartado 2): Tendrán derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, para atender al cuidado de un familiar de primer grado, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. Si hubiese más de un titular de este derecho por el mismo sujeto causante, se podrá prorratear entre los mismos y, en todo caso, solo se podrá conceder el permiso una vez por cada proceso patológico.

De esta regulación, muy similar a la que establece el art. 48.1 EBEP exclusivamente para los funcionarios, se desprende que la intención del legislador es facilitarles la atención a padres e hijos en circunstancias de salud extremas.

### ***2.2.5. Adaptación de la duración y distribución de la jornada***

Se trata de un derecho muy genérico establecido por el art. 34.8 del ET, que no tiene paralelo en el EBEP. Por tanto, podemos decir que es un derecho exclusivo de los trabajadores laborales. De todas formas, se trata de un artículo programático, que remite los términos en que deba concretarse a la negociación colectiva o al acuerdo a que se llegue entre el trabajador y el empresario. No vamos a detenernos más en esta posibilidad, puesto que consideramos que, para los trabajadores de las administraciones andaluzas el derecho ya ha sido concretado por las distintas mejoras que se establecen en las reducciones de jornada estudiadas en los apartados anteriores.

## **2.3. Suspensiones y permisos**

### ***2.3.1. Derivados del parto, adopción o acogimiento y paternidad***

En este apartado nos vamos a referir a los que permisos de los funcionarios que el art. 49 EBEP denomina “permiso por parto”, “permiso por adopción o acogimiento” y “permiso de paternidad”, (durante los cuales se garantiza la plenitud de derechos económicos de la persona que los ejerce, computándose como de servicio efectivo a todos los efectos), y a las figuras equivalentes para los trabajadores laborales, reguladas en los arts. 48.4 y 48 bis ET, que son la “suspensión por maternidad, adopción o acogimiento” y la “suspensión por paternidad” (durante las cuales se suspenden las obligaciones recíprocas de trabajar y retribuir, pero el trabajador puede acceder a una prestación de seguridad social).



## **El permiso por parto y la suspensión por maternidad**

Estos derechos, el primero de ellos aplicable a los funcionarios y el segundo al personal laboral tienen una regulación bastante similar, por lo que expondremos lo que tienen en común, para después detenernos en las diferencias entre uno y otro régimen de vinculación con la Administración. Ambos tendrán una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más por cada hijo, a partir del segundo en el supuesto de parto múltiple, así como en el supuesto de discapacidad de hijo<sup>21</sup>, como establece expresamente tanto el art. 49 del EBEP como el 48.4 del ET.

Por lo que respecta a la titularidad del derecho, en ambos casos la titular originaria del derecho es la madre, lo que no obsta su disfrute por el padre en determinados supuestos. Es coincidente para ambos estatutos, funcionalial o laboral, la posibilidad de que la madre ceda al padre parte de su disfrute, siempre que se respete que esta descansa al menos las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. En cambio, los padres trabajadores por cuenta ajena gozan de una mejora al respecto: en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, el padre o el “otro progenitor” tendrá derecho a suspender su contrato por el período que hubiera correspondido a la madre. Esta opción es compatible con el ejercicio del derecho al permiso adicional por nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado tras el parto.

Existe una previsión especial para el supuesto de fallecimiento de la madre: En estos casos, tanto la legislación administrativa como la laboral permiten que el otro progenitor disfrute de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso. No obstante, la LOI incluyó tres mejoras expresas en el art. 48.4 TRET, aplicable a los trabajadores laborales, que no figuran en el Estatuto Básico del Empleado Público: 1) si la madre fallece, el padre puede disfrutar de la totalidad del permiso, incluso si aquella no trabajaba, 2) no se descontará la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto y 3), en caso de fallecimiento del hijo no se reducirá el período, salvo que al finalizar las seis semanas de descanso obligatorio la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. Por tanto, la regulación de los trabajadores laborales es también más favorable en este aspecto.

<sup>21</sup> Habrá que estar al baremo de valoración de la situación de dependencia contenido en el RD 504/2007, de 20 de abril, con especial atención a su DA Tercera.

El disfrute del permiso puede realizarse bajo diferentes modalidades, tanto en el caso de los funcionarios como en el del personal laboral; está prevista la posibilidad de que el permiso pueda disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan y en los términos que reglamentariamente se determinen. El disfrute por parte de los dos progenitores puede ser simultáneo o sucesivo, siempre que no se supere la duración máxima del permiso. El momento de comienzo del disfrute puede ser anterior al parto, siempre que se respeten el descanso de, al menos, las seis semanas posteriores. En los casos en que el facultativo incurra en un error respecto a la fecha del parto, y se hubiese producido un disfrute anticipado, la doctrina judicial viene entendiendo, en aplicación del Convenio nº 183 OIT, que el descanso tomado anteriormente será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la recuperación puerperal pueda ser reducida<sup>22</sup>.

Tanto el EBEP como el ET se preocupan de regular de manera expresa un supuesto especialmente problemático como es el PARTO PREMATURO, aunque dando soluciones distintas. Para los funcionarios, el EBEP establece que en los casos de parto prematuro y en aquellos supuestos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. Se trata, por tanto, de un permiso específico que se suma al de parto. Primero se disfruta el permiso por nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado y, a partir del alta hospitalaria, se disfrutará el permiso por parto. El art. 49 EBEP no dice si el titular del derecho es la madre o el otro progenitor, ni si lo puede disfrutar solo uno u otro. La protección del menor nos lleva a defender la interpretación más amplia posible, por lo que consideramos que lo podrían pedir ambos, incluso simultáneamente<sup>23</sup>.

Aunque el art. 48.4 ET establece para los trabajadores laborales, en general, un régimen distinto y más restringido<sup>24</sup> que el que hemos expuesto, los

<sup>22</sup> SSTSJ-SOC Andalucía, 17 mayo 1990 y 12 julio 1993. En este sentido, Rodríguez Escanciano, S. en Palomar Olmeda et al. (2008), p. 415.

<sup>23</sup> En el mismo sentido, Marín Alonso, I. (2007), p. 890.

<sup>24</sup> La regla general es que en los casos de parto prematuro y aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión se podrá interrumpir a instancias de la madre (sin sustituirse por otro permiso distinto, salvo la posibilidad de ausentarse una hora del trabajo sin pérdida de remuneración, o de reducir la jornada hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional de la retribución, prevista en art. 37.4 bis). Cuando la madre opte por la interrupción de la suspensión, ésta empezará a computarse a partir de la fecha de alta, excluyendo de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre. Sólo en el supuesto específico de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise hospitalización a

empleados públicos laborales disfrutan en esta materia del mismo régimen privilegiado que los funcionarios, en aplicación del art. 51 EBEP. Aplicando esta norma, la ISG 3/2007 hace una regulación conjunta para el personal de las administraciones andaluzas, señalando expresamente que tanto el personal funcionario como el laboral están afectados por las mejoras introducidas por el art. 49.a) del EBEP, por lo que los trabajadores laborales de las administraciones andaluzas disfrutan de la ampliación del permiso en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado (con un máximo de trece semanas adicionales) en todos los casos de parto prematuro (no solo en los de bajo peso) y en aquellos en que por cualquier otra causa el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto.

### **El permiso por adopción o acogimiento y la suspensión por adopción o acogimiento**

Tanto en el caso de los funcionarios como en el de los trabajadores, el permiso o suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más por cada menor, a partir del segundo, así como en el caso de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido. El periodo se computa, a opción del beneficiario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción; sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso. En la nueva redacción dada al Estatuto de los Trabajadores por la LOI se incluye, expresamente, el acogimiento provisional, que no se menciona en el EBEP (*vid.* art. 48.4 ET).

Tanto en el régimen funcional como el laboral, el permiso o suspensión se distribuirá a opción de los interesados si ambos progenitores trabajan, quienes podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre por periodos ininterrumpidos. En los casos de disfrute simultáneo de los periodos de descanso, su suma no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido. El permiso o suspensión también podrán disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, como sucede en caso de parto. En cuanto al momento del disfrute, en el caso de adopciones y acogimientos internacionales, el permiso o suspensión puede iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la

---

continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el recién nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales; de manera que, según el ET el personal laboral solo tiene este último y especialísimo caso un régimen similar al establecido para los funcionarios.

que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento. Además, en el caso de los empleados públicos (mejorando con esto lo previsto en el ET para los trabajadores laborales), y exclusivamente en los supuestos en que sea necesario un desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, se tendrá derecho, además, a un permiso adicional de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

### **La protección de la paternidad: el permiso de paternidad de los funcionarios y el permiso por nacimiento de hijo y la suspensión por paternidad de los trabajadores laborales**

La consagración de un derecho específico del padre a suspender su prestación de trabajo sin pérdida de retribución, para atender al cuidado del hijo recién nacido, es un concepto novedoso en nuestro ordenamiento. Mediante su establecimiento se pretende fomentar la corresponsabilidad, es decir intentar corregir la realidad social que hace que sea la mujer la que asume de manera prioritaria el cuidado de los hijos. Se ha demostrado que, aunque progresivamente se han ido ampliando los supuestos en que el padre puede asumir parte del permiso de maternidad (bien porque se lo ceda la madre, o bien por fallecimiento de esta), sigue siendo muy minoritaria la participación del hombre en el cuidado de los hijos, por lo que el ejercicio de los derechos de conciliación sigue siendo un factor de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo. Por ello, una medida importante en el fomento de la corresponsabilidad es la consagración de un derecho específico de los padres, independiente del permiso de maternidad, con la finalidad de atender al cuidado del hijo recién nacido.

Fue el Plan Concilia el primero en establecer este permiso a nivel nacional, siendo después recogido por la Ley de Igualdad no solo para los funcionarios, sino también para el personal laboral, aunque tiene regulación distinta en cada uno de los regímenes de vinculación con la administración. En congruencia con esta preocupación de la Administración Pública, el EBEP recogió en su articulado el derecho al permiso de paternidad de los funcionarios, por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo.

Según el art. 49 c) EBEP este permiso tendrá una duración de quince días, a disfrutar por el padre o el otro progenitor (en clara referencia a los casos de parejas homosexuales) a partir de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Este permiso es independiente del disfrute compartido de los permisos por parto, adopción o acogimiento. El artículo adolece de establecer una regulación excesivamente escueta, en la que no se señala, por ejemplo, si existe un plazo para el disfrute del derecho (en el caso del personal

laboral, por ejemplo, se establece que el disfrute tiene que ser coetáneo con el de maternidad o justo a continuación de este). Tampoco se prevén ampliaciones en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples, ni se dice nada con respecto a la posibilidad de que el permiso sea cedido por el padre al otro progenitor (cuestión expresamente prohibida por el ET para la suspensión por paternidad).

En cambio, la regulación de la suspensión por paternidad que recoge el ET es mucho más prolija que la que acabamos de ver. Además, en la legislación laboral existe un permiso retribuido adicional, por nacimiento de hijo, que es una figura clásica del Derecho del Trabajo<sup>25</sup>. Es decir, que los trabajadores con contrato laboral tienen dos derechos distintos: por una parte, el permiso retribuido de 2 días naturales recogido en el 37.3 b) ET<sup>26</sup>, que se ejerce solo en caso de parto. Por otra, el derecho a la suspensión del contrato por paternidad, figura introducida por la LOI en como art. 48 bis. del ET. y que se aplica en los casos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento (tanto preadoptivo como permanente o simple). En estos supuestos, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo<sup>27</sup>. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor (en referencia, nuevamente, a la situación de las parejas homosexuales). En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponde sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante (en congruencia con la finalidad de corresponsabilizar que tiene esta causa de suspensión), cuando el periodo de descanso por maternidad ha sido disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho de suspensión por paternidad únicamente podrá ser disfrutado por el otro.

El plazo de ejercicio del derecho se extiende desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta el momento de finalización de la suspensión por maternidad, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión por maternidad. La suspensión por paternidad puede disfrutarse a jornada completa o en régimen

<sup>25</sup> El art. 67 de la LCT ya lo recogía aunque, como correspondía a la moral de la época, la causa fuese el “alumbramiento de esposa”.

<sup>26</sup> Cuando con tal motivo el trabajador tenga que hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días. La ampliación opera por la necesidad de desplazamiento, sin estar condicionada por la distancia ni las dificultades de transporte (STSJ Aragón, 22-12-97).

<sup>27</sup> La LOI señala el compromiso de ampliar la suspensión a un plazo de cuatro semanas a los ocho años de su entrada en vigor. En las Administraciones Públicas, el EBEP (DT 6<sup>a</sup>) acorta este plazo a seis años.

de jornada parcial de un mínimo del 50% (previo acuerdo entre empresa y trabajador). Esta posibilidad de disfrute parcial es excepcional, puesto que una dispersión del permiso conduciría a desvirtuar su finalidad de involucrar al padre en el cuidado del recién nacido (o recién llegado, en el caso de adopción o acogimiento). Por tanto, aunque la ley guarde silencio, hay que entender que irían contra la finalidad de la norma los pactos por medio de los cuales se convirtiese el permiso de paternidad en una suerte de días de asuntos propios disfrutados de manera fraccionada. La protección económica del trabajador que ejerce su derecho a la suspensión por paternidad se consigue a través del reconocimiento de una prestación de paternidad en los correspondientes regímenes de Seguridad Social.

Aunque vemos que el EBEP y el ET establecen regulaciones distintas, ya hemos dicho que el art. 51 EBEP establece que a los trabajadores laborales de la Administración Pública se les aplicará el régimen de permisos de los funcionarios<sup>28</sup>. Esto significa que el trabajador laboral podrá optar por que se le aplique este permiso, en los términos previstos en la ISG, o que se le aplique el régimen laboral previsto en el ET (si considera que le resulta más favorable a su caso concreto). Lo que no cabe es solicitar la acumulación del disfrute del permiso de paternidad regulado en el EBEP con la suspensión del contrato regulado en el 48 bis ET, como ya ha resuelto expresamente la Comisión Superior de Personal ante una consulta planteada en este sentido<sup>29</sup>.

Ya que nuestro estudio se centra en el régimen de conciliación aplicable en las Administraciones Andaluzas, consideramos conveniente hacer referencia a la previsión que se establece en el art. 40 de la LAI, en el sentido de ampliar la duración del permiso de paternidad. Por la literalidad del precepto (“La Administración de la Junta de Andalucía establecerá un permiso de paternidad, de hasta cuatro semanas”), unida al hecho de que todavía no se ha producido el preceptivo desarrollo reglamentario, entendemos que aún no está vigente, teniendo el artículo un carácter programático para la propia Junta.<sup>30</sup>Es de

<sup>28</sup> En el caso de las administraciones andaluzas, congruentemente con el art. 51 EBEP, la letra C del apartado 3 de la ISG 3/2007 (modificado en su párrafo segundo por la ISG 4/2007) se refiere al permiso por parto del art. 49 c) del EBEP, en el sentido de que “tendrán derecho a disfrutar de este permiso por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo o hija el padre o el otro progenitor, siempre y cuando estén incluidos en el ámbito de aplicación de esta ISG. Este permiso tendrá una duración de quince días naturales, a disfrutar a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.” De este tenor literal, se desprende que tanto el personal funcionario como el laboral tienen derecho al permiso de quince días.

<sup>29</sup> Vid. Acuerdo de la CSP de abril de 2007. Un comentario al respecto, en Sánchez Torres, E., en Del Rey Guarnter, S. *et. al.* (Coord.) (2008), p. 622.

<sup>30</sup> Art. 40 LAI: “Permiso de paternidad: 1. La Administración de la Junta de Andalucía establecerá un permiso de paternidad, de hasta cuatro semanas, individual y no transferible a favor de todo su personal en los casos de nacimiento de hija o hijo, adopción o acogimiento permanente

esperar que la ampliación de la duración del permiso se produzca cuanto antes, pues ya ha pasado un plazo más que prudencial desde la entrada en vigor de la ley.

### **El mantenimiento de condiciones laborales de las personas que ejercen los permisos por parto, por adopción o acogimiento y por paternidad y las suspensiones por maternidad y paternidad**

Para los funcionarios, el art. 49 EBEP establece expresamente que el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este sí, de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso. Asimismo, una vez finalizado el periodo de permiso, tendrán derecho a reintegrarse en su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

En el caso del personal laboral, el art. 48 ET establece que los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato. En cuanto al tema retributivo, como ya hemos indicado, al tratarse de una suspensión del contrato el trabajador no percibe remuneración, pero en los tres casos estudiados se puede acceder a una prestación de seguridad social, cumpliendo las condiciones previstas en la normativa específica.

Para todos los trabajadores de las administraciones andaluzas, la ISG 3/2007 establece que los titulares de los permisos por parto y por adopción, durante su disfrute, podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

---

de menores de hasta 6 años. 2. Asimismo, se establecerá un permiso de las mismas características señaladas en el apartado anterior cuando progenitores adoptantes o acogedores tengan el mismo sexo, que disfrutará la persona a la que no le correspondiera el permiso por parto, adopción o acogimiento establecido con carácter general. 3. Las condiciones de acceso y las modalidades de los indicados permisos se establecerán reglamentariamente." El desarrollo reglamentario aún no se ha producido, mientras que la ISG 4/2007 de la Secretaría General para la Administración Pública sobre aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía (de fecha 11 de diciembre de 2007 y, por tanto, posterior a la entrada en vigor de la LAI) ya hemos visto que mantiene la duración del permiso de paternidad en 15 días naturales; tan solo modifica la fecha de inicio del disfrute.

### 2.3.2. *Exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto*

Su regulación es común a ambos colectivos (funcionarias y laborales). La normativa laboral, concretamente, el art. 37.3 f) del TRET, especifica que este permiso queda referido a las “técnicas” que se realicen dentro de la jornada de trabajo. Para las funcionarias, el art. 48 e) del EBEP no hace esta precisión<sup>31</sup>; sin embargo, en el caso de las administraciones andaluzas, el apartado 3.J de la ISG 3/2007 establece que el permiso se disfrutará “Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo, por el tiempo indispensable.” Entendemos que no es posible que la ISG restrinja el alcance de la Ley, en perjuicio de la trabajadora, por lo que, a pesar del tenor literal de la ISG, en el caso de las funcionarias no es requisito indispensable que el examen o los ejercicios deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

### 2.3.3. *Permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar*

En el caso de los funcionarios, el art. 48.1 a) EBEP reconoce que tienen derecho a tres o cinco días hábiles en el caso de familiares de primer grado (según que se produzca en la misma o distinta localidad), y dos o cuatro cuando se trate de familiares dentro del segundo grado. Este régimen básico está mejorado para el personal de las Administraciones andaluzas, por medio de la remisión que la ISG 3/2007 hace al Decreto 349/1996, cuyo art. 12.1.9 establece que por accidente grave, enfermedad grave, hospitalización o fallecimiento de cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad a la conyugal o de familiares dentro del primer grado de parentesco por consanguinidad o afinidad, cuatro días hábiles cuando el suceso se produce en la misma localidad y cinco si cualquiera de los eventos ocurriera fuera de la localidad de residencia del personal. Cuando los afectados fueran familiares dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de tres días si el suceso se produce en la misma localidad o de cuatro si se produjera en localidad distinta. El disfrute de este permiso podrá ejercitarse, bien de forma ininterrumpida desde el inicio del hecho causante o bien alternativamente dentro de la duración del mismo, siempre y cuando, en este último supuesto, lo permitan las necesidades del servicio<sup>32</sup>. La ISG 3/2007, a pesar de remitir al art. 12.1.9

<sup>31</sup> Literalmente, habla de “Permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas”.

<sup>32</sup> Esta regulación mejora lo establecido en el EBEP, cuyo art. 48.1 a) establece que por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma



del Decreto 349/1996, cuyo tenor literal acabamos de reproducir, considera que los funcionarios tienen derecho a disfrutar de este permiso “*por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario*”, por lo que hay que entender que los funcionarios públicos de las administraciones públicas andaluzas disfrutan del permiso también en este último caso, a pesar de que no estaba previsto en el Decreto 349/1996.

Es de lamentar que las recientes reformas no hayan clarificado el alcance del concepto de “enfermedad grave”, que no ha sido suficientemente perfilado en nuestro Ordenamiento Jurídico<sup>33</sup>. De todas formas, para el personal de las administraciones andaluzas tenemos un elemento interpretativo adicional ya que tanto para los funcionarios como para el personal laboral, la ISG 3/2007 reconoce expresamente un permiso de tres días (naturales, al no especificar) por enfermedad infecto-contagiosa de hijos menores de nueve años, incompatible con el anterior (por lo que hay que entender que este tipo de enfermedades no se consideran graves *per se*).

Cumpliendo las previsiones del ya mencionado art. 51 EBEP, la ISG recoge un régimen de ejercicio del permiso por parte del personal laboral de las

---

localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad. Cuando se trate de fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad. Al precisar que se trata de días hábiles, solo se excluyen del cómputo los domingos y festivos, pero no los sábados (como viene reconociendo la doctrina judicial, entre otras la STSJ de Madrid de 10 de marzo de 2006). Por otra parte, con este tenor literal, surge el problema de la determinación de la localidad de referencia (si la de residencia o la del centro de trabajo), para interpretar si el fallecimiento se ha producido “en la misma o en otra localidad”. El tema fue solucionado por la Consulta de la Comisión Superior de Personal de 11 de marzo de 1992 en el sentido de considerar que, ya que la diferencia de días de permiso está motivado por la necesidad de desplazamiento del funcionario, este tiempo añadido no es necesario ni en el caso de que el suceso se produzca en la localidad de residencia ni en el de que se produzca en la de trabajo, pues el funcionario no requiere habitualmente de este tiempo. En consecuencia, solo procedería la ampliación del plazo si se produce en una tercera localidad, distinta de las dos mencionadas.

<sup>33</sup> Existe, no obstante, una definición en el art. 10 bis 2 del Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre (tras su modificación por Real Decreto 215/199, de 5 de febrero): “Se considera enfermedad grave a estos efectos, siempre que pueda acreditarse mediante certificado médico de los servicios competentes de las entidades sanitarias de la Seguridad Social o entidades concertadas que atiendan al afectado:

- a) Cualquier dolencia o lesión física o psíquica que incapacite temporalmente para la ocupación o actividad habitual de la persona durante un período continuado mínimo de tres meses, y que requiera intervención clínica de cirugía mayor en un centro hospitalario o tratamiento en el mismo.
- b) Cualquier dolencia o lesión física o psíquica con secuelas permanentes que limiten parcialmente o impidan totalmente la ocupación o actividad habitual de la persona afectada, o la incapaciten para la realización de cualquier ocupación o actividad, requiera o no, en este caso, asistencia de otras personas para las actividades más esenciales de la vida humana”.

administraciones andaluzas muy similar al de los funcionarios, mejorando significativamente la regulación general del ET<sup>34</sup>. Lo hace por medio de una remisión genérica a lo establecido en el VI Convenio colectivo para el personal; lamentablemente, no se subsana el hecho de que este convenio no hace mención expresa al permiso por “hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario”, que sí está contemplado en el ET tras la reforma efectuada por la LOI. Por ello, consideramos que, en este último supuesto, el personal laboral de las administraciones andaluzas podrá ejercer el derecho reconocido en el art. 37.3 b) del ET a dos días de permiso, ampliables a cuatro cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto.

#### 2.3.4. *Riesgo durante el embarazo o durante la lactancia*<sup>35</sup>

La protección en estos supuestos es la misma para las trabajadoras laborales que para las funcionarias. Se trata de situaciones en que las condiciones del puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o de su hijo o hija, y no sea suficiente para solucionarla con la adopción de medidas de adaptación de dichas condiciones previstas en el art. 26.1 de la LPRL<sup>36</sup>. En estos casos, la legislación laboral prevé la posibilidad de

<sup>34</sup> Esta regulación mejora la del ET, en virtud del cual los trabajadores disponen de dos días naturales (incluyendo en el cómputo, por tanto, los sábados y domingos), ampliados a cuatro si se precisa desplazamiento. Con respecto a la ampliación del plazo, en el caso de los trabajadores laborales se produce siempre que haya necesidad de desplazamiento, según el tenor literal del art. 37.3 b) ET.

<sup>35</sup> Vid. Directiva CEE 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

<sup>36</sup> Art. 26 LPRL: “1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.” En caso de no ser posible la adaptación de condiciones o tiempo de trabajo, la LPRL establece que la trabajadora debe ser trasladada temporalmente de puesto o función (conservando la retribución). En el caso de que esto no sea posible la trabajadora pasará a la situación de suspensión por riesgo durante el embarazo. Igual regulación será de aplicación durante el periodo de lactancia natural. El mismo artículo de la LPRL es de aplicación a las funcionarias, por remisión del art. 69.3 de la LFCE.

suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1 d) ET), tratándose de contingencias cubiertas por las correspondientes prestaciones de Seguridad Social. En el caso de las funcionarias se trata de supuestos de licencia, durante cuya duración se garantizan la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria, teniendo la misma consideración y efectos que la situación de incapacidad temporal. Esta asimilación con la IT tiene una salvedad, y es que al tener reconocida la plenitud de derechos económicos mientras dure la situación protegida, percibe la totalidad de sus retribuciones durante todo el tiempo (a diferencia de lo que ocurre con la IT, en que a partir del cuarto mes percibe solo las retribuciones básicas).

Para la cobertura prestacional de la situación de riesgo durante el embarazo de las funcionarias debe acudir a dos tipos de normas del sistema de protección social, pues la condición de funcionaria presenta diversas posibilidades de encuadramiento, en función de la adscripción a una unidad administrativa u otra. Para las funcionarias de la Administración local y autonómica (que es el supuesto que estamos estudiando), que están incluidas en el régimen general de la Seguridad Social, es de aplicación el RD 1251/2001 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo. En cambio, para las funcionarias que se encuentren adscritas a un régimen mutualista (por ejemplo, MUFACE), rige una normativa específica<sup>37</sup>.

### 2.3.5. *Cumplimiento de los deberes derivados de la conciliación*

A pesar de que este tipo de permisos no está previsto de manera genérica en el ET, sino solo en el 48 del EBEP, se aplican también al personal laboral, pues ya hemos mencionado que en el tema de permisos del personal laboral el art. 51 EBEP establece que se les aplicará el régimen previsto para los funcionarios.

<sup>37</sup> El Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por RD 375/2003, de 28 de marzo, desarrolla, en sus arts. 88 a 101, lo dispuesto en el Texto Refundido vigente de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por RDLeg.4/2000, de 23 de junio, en cuanto a las prestaciones por incapacidad temporal y por riesgo durante el embarazo (exigiéndose para el cobro del subsidio una carencia de 6 meses), determinando la definición de las contingencias protegidas, la distribución competencial, la duración y extinción de las situaciones y las reglas aplicables a los subsidios económicos en ambos casos. Por su parte, la Orden APU/2210/2003, de 17 de julio, por la que se regula el procedimiento de las situaciones de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprueba el modelo de parte por riesgo durante el embarazo, y regula la obligación del mutualista de instar la expedición de dicho parte.

En el mismo sentido, en el caso de las administraciones andaluzas, la ISG 3/2007 reconoce este derecho tanto al personal funcionario como al laboral. De esta manera, el personal de las administraciones andaluzas tendrá derecho a disfrutar, por el tiempo indispensable, de un permiso para el ejercicio de actividades inexcusables vinculadas directamente con las vicisitudes de su entorno familiar; se trata de lo que podríamos denominar expresamente un auténtico “permiso por emergencias familiares”, cuyo ejercicio queda sometido necesariamente a la justificación cumulativa de dos condiciones: que la situación que se trata de atender por parte del beneficiario no esté ya protegida por otro permiso previsto en la normativa aplicable y que exista una situación de dependencia directa entre el sujeto causante de la emergencia familiar y el titular del derecho al permiso.

Las solicitudes deberán presentarse con una antelación suficiente en función de la previsibilidad del hecho causante, para permitir su valoración y no infligir un daño desproporcionado a las exigencias funcionales y organizativas de la administración.

## 2.4. Vacaciones y conciliación

El derecho a vacaciones es un derecho complejo, con una casuística muy variada. Podemos señalar, como características fundamentales, que se trata de un derecho que nace y se disfruta dentro de una anualidad y que, para el cómputo de su duración, se tienen en cuenta los días de trabajo efectivo y también otros tiempos que, pese a no ser de trabajo, se equiparan a éstos<sup>38</sup>.

Para los empleados públicos la regulación viene recogida de manera muy general por el art. 50 EBEP, (que establece tendrán derecho a disfrutar como mínimo, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio fue menor, y que no se considerarán días hábiles los sábados) y, con reglas más concretas, en la Resolución de 20 de diciembre de 2005 de la Secretaría General para la Administración Pública. En esta normativa, que es de aplicación al personal funcionario y al laboral de la Administración Pública (por establecerlo así tanto el art. 51 EBEP como la propia Resolución de 20-12-05), se concreta que las vacaciones se tienen que disfrutar obligatoriamente dentro del año natural y hasta el quince de enero siguiente.

<sup>38</sup> Según el art. 5.4 del Convenio OIT núm. 132, “Las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios”.

La aplicación estricta de estas reglas generales supondría una pérdida de vacaciones en el caso de que su periodo de disfrute coincidiera con el de descanso por ejercicio de derechos de conciliación, así como también una disminución en su duración (por falta de devengo) cuando durante el año se hubiese disfrutado de periodos de inactividad por ejercicio de estos derechos. Estos problemas, a los que se había ido dando diversas soluciones, han sido definitivamente solventados a raíz de la LOI<sup>39</sup>, cuyo artículo 59 establece lo siguiente: “Cuando el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan. Gozarán de este mismo derecho quienes estén disfrutando del permiso de paternidad”.

Además de esta previsión general de la LOI, la mencionada Resolución de 20 de diciembre de 2005 de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado establece que, efectos de determinar el período computable para el cálculo de las vacaciones anuales, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad del empleado público, tales como enfermedad, accidente o maternidad, así como aquellas otras derivadas del disfrute de licencias computarán como de servicios efectivos.

En el mismo sentido, para el personal laboral de las administraciones andaluzas, la ISG 3/2007 establece expresamente que los periodos de baja temporal por enfermedad, accidente o maternidad inferiores a un año se computarán como de servicio activo a los solos efectos de devengar derecho a vacaciones.

### **3. LA PROTECCIÓN DE LA EMPLEADA PÚBLICA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

La protección a efectos laborales de la mujer que, en su vida privada, está sufriendo una situación de violencia de género, es una previsión relativamente reciente en nuestra legislación, y ha supuesto un avance muy importante tanto en el sentido de hacer efectiva la protección integral de las víctimas de este tipo de violencia, como en el sentido de tener presente que la vida personal y el trabajo pueden interrelacionar en aspectos no directamente relacionados con las cuestiones familiares.

<sup>39</sup> Que recoge expresamente la doctrina que ya había sido sentada por la Sentencia de 18-3-2004, dictada por el TSJCE, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social sobre el solapamiento de la fecha de descanso maternal y de la fecha fijada colectivamente para el disfrute de la plantilla.

Por tanto en este estudio, dedicado a las medidas de conciliación en el empleo público, hay que dedicar una especial atención a esta cuestión, que tuvo su origen en la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante, LOIVG)<sup>40</sup>. A partir de dicha ley, este tipo de medidas se han incorporado tanto a la negociación colectiva como a la regulación legal posterior, como ha sido el caso del EBEP. Además, la Comunidad Autónoma Andaluza cuenta también con una ley específica, la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LAIVG) que, a pesar de consagrar su art. 53 a los “Derechos de las trabajadoras”, no establece ninguna mejora para las empleadas públicas andaluzas con respecto a la legislación estatal, limitándose a repetir sus previsiones.

Tanto la LOIVG como la regulación posterior han establecido por una parte medidas de protección de la trabajadora por cuenta ajena y, por otra, medidas similares (aunque no idénticas) de protección de la funcionaria. En ambos casos, para ejercer los derechos es necesario que concurren una serie de requisitos, de manera que las víctimas de violencia de género no pueden acceder automáticamente a ellos. Por ello, hablaremos primero de las condiciones comunes para su ejercicio y a continuación nos referiremos expresamente a cada derecho en concreto.

### 3.1. Condiciones para el ejercicio de los derechos

La activación de los derechos requiere de la concurrencia de, al menos tres condiciones: que se trate de una mujer, que sea víctima de violencia de género y que la medida que se pretenda adoptar sea necesaria para atender a su singular situación personal.

La primera de las condiciones se deriva de la definición de violencia de género que establece el artículo 1 de la LOIVG: “La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejercen sobre ésta por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.” Por tanto, para nuestra legislación, la víctima de violencia de género es siempre una mujer.

<sup>40</sup> Hasta ese momento, la protección laboral de la víctima de violencia de género se había preocupado únicamente de fomentar su acceso al empleo, y no de facilitarles la conservación del empleo que ya tuviesen. Esta es la principal novedad de las medidas laborales de la LOIVG.

La segunda de las condiciones para la activación de los derechos está interrelacionada con lo expuesto, pues se refiere a que la mujer sea víctima de violencia de género. Ya que en nuestro ordenamiento contamos con una definición de violencia de género, establecida en el mencionado artículo 1 de la LOIVG, a esta hemos de remitirnos. De esta manera, la violencia de género es la que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre ésta por parte de quiénes sean o hayan sido sus cónyuges o de quiénes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia. La fórmula legal deja fuera, en primer término, la violencia ejercida sobre las mujeres como manifestación de relaciones de poder por varones con los que no tienen lazos familiares o domésticos (como es el caso de la violencia e el trabajo) y, en segundo lugar, la practicada por quienes, teniendo con la mujer un vínculo familiar, este no es el propio de la relación de pareja, como ocurre con el padre o los hermanos.

El tercer requisito es el de que la medida que se pretende adoptar sea necesaria para su singular situación personal. La necesidad puede venir determinada por la atención psicológica o médica, o incluso para llevar a cabo los trámites relacionados con la denuncia.

A estos requisitos previos hay que sumar el de que la mujer haya denunciado la situación y se haya dictado orden de protección<sup>41</sup>, aunque excepcionalmente se puede sustituir por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género, hasta tanto se dicte la orden de protección. En uno y otro caso tiene que haber denuncia, lo cual ha sido criticado por algún autor, ya que cierra el acceso a la protección laboral al nutrido grupo de mujeres que por miedo o vergüenza no denuncian; esto es cierto, pero también lo es el hecho de que de esta manera se está incentivando a estas mujeres para que inicien el procedimiento de tutela, así como la consideración de que la mujer que guarda silencio sobre su problema probablemente lo guarde también ante su empresario, por lo que la protección no llegaría tampoco a hacerse efectiva.

<sup>41</sup> La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. A través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, la víctima obtiene un estatuto integral de protección que concentra de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpora conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.

### **3.2. La protección de la funcionaria víctima de violencia de género**

#### **3.2.1. *Derecho a reducción o reordenación del tiempo de trabajo***

Haciéndose eco de las previsiones de la LOIVG, el art. 49 d) EBEP establece que “las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, en los términos que para estos supuestos establezca la Administración Pública competente en cada caso.”

#### **3.2.2. *Justificación de las faltas de asistencia***

De manera similar a lo que ocurre con las trabajadoras por cuenta ajena, el EBEP prevé que las faltas de asistencia (sean totales o parciales) están justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o salud, según proceda. Se trata de una medida que hace posible la atención de la víctima, con el fin de que pueda preservar tanto su integridad física frente a un posible ataque del agresor como su salud psicofísica.

#### **3.2.3. *Movilidad por violencia de género***

Las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura. Aún así, en tales supuestos, la Administración Pública competente, estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades en que la interesada expresamente solicite.

Ese traslado tendrá la consideración de traslado forzoso.

El art. 82 EBEP contiene asimismo una previsión que es importante en aras de proteger a la víctima. De esta manera, se establece expresamente que en las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género, se protegerá la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y las de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia. Esto habrá de tenerse en cuenta no solo cuando la mujer solicite el traslado, sino cuando ejerza el resto de sus derechos de contenido laboral.



### 3.2.4. *Excedencia por razón de violencia de género*

Las funcionarias víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos, y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma. Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho período a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación. Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran se podrá prorrogar este periodo por tres meses, con un máximo de dieciocho, con idénticos efectos a los señalados anteriormente, a fin de garantizar el derecho a la protección de la víctima. Durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

Toda esta regulación supone una situación ciertamente privilegiada, y no solo por la posibilidad de percibir las retribuciones íntegras durante dos meses. Es importante el hecho de que, a diferencia de lo establecido como regla general para los supuestos de excedencia, el periodo en este caso se computará a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos. También se mejora en relación con los supuestos de excedencia voluntaria por interés particular, en el sentido de que para ejercerla no se exige tiempo mínimo de servicios, ni tampoco un plazo mínimo de permanencia en esta situación.

## 3.3. **La protección de la trabajadora laboral víctima de violencia de género**

### 3.3.1. *Derecho a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo*

La LOIVG estableció que la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a dos posibilidades que no son cumulativas, sino alternativas. Por una parte, puede decidir reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y, por otra, puede optar por reordenar su tiempo de trabajo (bien por medio de una adaptación del horario, o por aplicación de un horario flexible o de otras formas de ajuste del tiempo que existan en la empresa). Ninguna de las posibilidades está sujeta a límite máximo de duración, por lo que hay que interpretar que el derecho subsistirá mientras persista la necesidad. La referencia a otras formas de ajuste del tiempo de trabajo hay que entenderla en relación con posible trabajo nocturno, trabajo a turnos, jornada intensiva....Sólo se podrá exigir al

empresario la utilización de estas modalidades si es una forma de prestación de trabajo presente en la empresa, de manera que el ejercicio del derecho tiene que ser compatible con la organización del proceso productivo en la empresa concreta<sup>42</sup>. Además, el ajuste no puede afectar a las funciones que la trabajadora viene realizando, de manera que si para su puesto de trabajo no esta previsto, por ejemplo, el establecimiento de turnos, no puede cambiar de puesto. Por estas dificultades, parece más probable que la víctima que tenga problemas para compatibilizar el horario de trabajo con sus necesidades de asistencia o protección opte por reducir el horario, a pesar de la consiguiente reducción de salario y de protección social<sup>43</sup>, o bien por renunciar a la asistencia o protección si no pueden hacer frente a una reducción de salario.

### 3.3.2. *El derecho a la movilidad geográfica*

La trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo. El traslado tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tiene la obligación de reservar el puesto de trabajo. Terminado dicho periodo, la trabajadora puede optar entre regresar a su antiguo puesto o continuar en el nuevo, en cuyo caso decaerá su derecho a la reserva. Para que la trabajadora pueda ejercer este derecho a la movilidad geográfica, la empresa tiene el deber de informarle de las vacantes que existan en otros centros de trabajo, ya sean en la misma localidad o en otra distinta. El traslado no tiene que respetar las funciones que se realizaban en el puesto de trabajo originario, ya que puede ser a un puesto de categoría equivalente; esta amplitud, que puede parecer chocante en un traslado, se justifica en que no se trata de una situación impuesta por el empresario, sino que responde a la necesidad de protección o asistencia de la trabajadora.

<sup>42</sup> En este sentido, Menéndez Sebastián, P., en Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, T.(2006), p. 75.

<sup>43</sup> La trabajadora se convierte en una trabajadora a tiempo parcial, y como tal se le aplican las reglas especiales de cotización de este tipo de trabajadores, lo que puede incidir negativamente en el acceso a determinadas prestaciones (les resulta más difícil conseguir los periodos de carencia), o en la cuantía de éstas (que dependen de las bases de cotización, relacionadas con el salario).

### 3.3.3. *Derecho a la suspensión contractual*

Esta suspensión podemos decir que es una de las estrellas de la nueva regulación, ya que los otros derechos tienen unas condiciones de ejercicio más complicadas, y muchas veces van a ser insuficientes para hacer frente a los problemas reales de la víctima. La LOIVG creó una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, “por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”. La figura de la suspensión del contrato consiste en que temporalmente se suspenden las obligaciones recíprocas de trabajar y de retribuir, a pesar de lo cual el contrato de trabajo sigue existiendo. La suspensión se produce a solicitud de la trabajadora, y tendrá la duración que ésta decida, siempre que no exceda de seis meses. Si pasado este tiempo la efectividad del derecho a la protección o asistencia de la víctima sigue haciendo necesaria la suspensión, el juez podrá prorrogarla por periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses. Mientras dura la suspensión, la trabajadora tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo, y el empresario puede suplirla con un contrato de interinidad; si esto ocurre, la propia LOIVG establece que la empresa tendrá derecho a una bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida”, lo cual aligera los costes sociales del empresario.

El ejercicio de este derecho a la suspensión del contrato se acompaña de una serie de medidas en materia de Seguridad Social que le dan un atractivo único, que no está presente en el resto de las suspensiones contractuales. Estas medidas son las siguientes:

1. El tiempo en que el contrato está en suspensión, se considera tiempo cotizado a efectos de la mayoría de las prestaciones de seguridad social (aunque la cotización no se haya producido)
2. Consideración del período de suspensión como situación asimilada al alta: de esta manera, si la trabajadora sufre algún tipo de contingencia que está protegida por la seguridad social solo si el trabajador se encuentra en alta, la trabajadora puede acceder a la protección a pesar de que en realidad no está de alta porque no está trabajando.
3. Acceso a la prestación por desempleo, que además se produce en unas condiciones muy beneficiosas: Esta medida es realmente una gran mejora, ya que normalmente el acceso a la prestación por desempleo se produce a consecuencia de la pérdida del puesto de trabajo, y en el caso de suspensión no es así, ya que la trabajadora tiene derecho a la reserva de puesto. A la gran ventaja que supone de por sí el hecho de poder acceder a la prestación por desempleo se unen otros privilegios:

en primer lugar, que las cotizaciones acreditadas para tener derecho a la prestación por desempleo fundada en la suspensión no agotan su efecto, de manera que las que se utilizaron para reconocer esta prestación pueden ser nuevamente tenidas en cuenta para causar una nueva prestación por desempleo por una posterior suspensión o extinción del contrato por cualquier causa (esto supone un posible doble cómputo de cotizaciones). En segundo lugar, que a efectos de una prestación por desempleo a la que se llegara posteriormente, se computarán tanto las cotizaciones tenidas en cuenta para ésta (acabamos de ver que no agotan su efecto) como las cotizaciones efectuadas durante el propio periodo de desempleo correspondiente a la suspensión; por último, el “compromiso de actividad” que lleva aparejado el cobro de la prestación por desempleo se diluye en el caso de la trabajadora víctima de violencia de género, pues en las colocaciones que se le ofrezcan habrá que tener en cuenta sus especiales necesidades de protección y asistencia.

#### 3.3.4. *Posibilidad de dimisión con acceso a prestación por desempleo*

La LOIVG modificó el Estatuto de los Trabajadores en el sentido de que se considera expresamente causa de dimisión “la decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”. Es una solución drástica, que se producirá cuando la trabajadora considere que el trabajo le resulta incompatible con su situación, y que no va a solucionarse en el plazo de suspensión del contrato. Pues bien, si la trabajadora opta por esta solución, la LOIVG también le abre el acceso a la prestación de desempleo, que normalmente no opera en caso de dimisiones voluntarias, sino en caso de extinciones involuntarias<sup>44</sup>. La trabajadora puede acceder directamente a la prestación asistencial, o bien primero a la contributiva y, al agotarla, a la asistencial en caso de que continúe en situación de desempleo y carezca de medios económicos.

#### 3.3.5. *Protección frente al despido*

Los problemas que la situación de violencia genera en la víctima pueden estar provocando incumplimientos en su trabajo, lo que hasta la aprobación de la LOIVG podía dar lugar a que el empresario la despidiera sin derecho a

<sup>44</sup> La dimisión voluntaria solo se considera situación legal de desempleo en los casos de traslado, modificación sustancial de condiciones, dimisión forzada por incumplimiento de sus obligaciones por parte del empresario y en éste de la víctima de violencia de género.

ningún tipo de indemnización. Se trataba de un despido disciplinario, ya que las faltas de puntualidad o de asistencia no amparadas en un derecho del trabajador y justificadas abren la puerta a este tipo de despido. Hay que tener en cuenta que el contrato de trabajo genera una serie de obligaciones recíprocas entre trabajador y empresario; entre éstas, la principal obligación del empresario es retribuir, y la del trabajador la de trabajar conforme a las reglas de la buena fe y de la diligencia. Si el trabajador no cumple con su principal obligación, es decir, no acude a trabajar o lo hace de manera impuntual o poco diligente, el empresario podrá dar por terminado el contrato sin tener que indemnizarlo por ello. Hasta la entrada en vigor de la ley, si la situación de violencia de género provocaba que la trabajadora faltase al trabajo o llegase tarde el empresario podía tomar la decisión de despedirla<sup>45</sup>. La LOIVG atiende expresamente a este problema, y establece que “Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o los servicios de salud, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad”.

La ley no se queda aquí, sino que considera también la posibilidad de que el empresario, una vez que la trabajadora ha sido declarada víctima de violencia de género y decida ejercer alguno de los nuevos derechos laborales que la ley le concede, se vea tentado de despedirla, a causa de los inconvenientes que este ejercicio le produzca. Para evitarlo, los despidos de trabajadoras que hayan ejercido este tipo de derechos se consideran nulos, lo que supone un especial blindaje de su contrato, equivalente al que tienen las trabajadoras embarazadas o los sujetos que ejercen derechos relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. La protección equivale a presumir que el despido que se efectúe sobre estas trabajadoras está motivado por el ejercicio de sus derechos, y que por lo tanto es discriminatorio; el empresario tendrá que demostrar que su intención no era discriminar, lo cual es una prueba negativa que reviste grandes dificultades. La nulidad del despido tiene el efecto de que es obligatorio readmitir a la trabajadora, con abono de los salarios de tramitación, que son los devengados desde que se produce el despido hasta que se comunica la sentencia<sup>45</sup>.

Por otra parte, las faltas de asistencia motivadas por el ejercicio de los derechos no se computan a efectos de un posible despido por circunstancias objetivas, cómputo en el que sí están incluidas, por ejemplo, las bajas motivadas por pequeñas enfermedades de hasta quince días de duración. También en esto se asimila la situación de estas trabajadoras con la de aquellas que ejercen dere-

<sup>45</sup> Salvo que su capacidad para trabajar estuviese dañada por los actos de violencia, en cuyo caso tenía que haber una baja médica.

chos relacionados con la maternidad, como comentábamos en relación con la nulidad del despido, lo que tiene mucho sentido ya que en ambos casos está en juego el principio de igualdad.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Cruz Villalón, J. coord.) (2005): *La negociación colectiva en la Administración Pública Andaluza*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública.
- AA.VV. (Del Rey Guanter, S. dir; Férez Fernández, M y Sánchez Torres, E., coord.) (2008): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, La Ley.
- AA.VV. (García Ninet, I. dir.) (2007): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, CISS.
- ALFONSO MELLADO, C.L. (2007): *Igualdad entre mujeres y hombres en la Función Pública*, Albacete, Bomarzo.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2007): “La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemas de solapamiento normativo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 742/2007 (Comentario).
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2008): *Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos: conforme a la Ley 7/2007, estatuto básico del empleado público*, Pamplona, Aranzadi.
- (2007): *Permisos y licencias de los funcionarios públicos: adaptada a la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público*, Pamplona, Aranzadi.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y VELASCO PORTERO, M<sup>a</sup> T. (2006): *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Madrid, CINCA.
- (2005): “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”. *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 55/2005.
- MARÍN ALONSO, I. (2007): “La Ley Orgánica de Igualdad y el Estatuto Básico del Empleado Público ante el trabajo femenino en la Función Pública”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 136/2007, Págs. 861–895.
- NÚÑEZ–CORTÉS CONTRERAS, P. *et al.* (2007) “(Des) Igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones –parciales– planteadas en el proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (y II)” *En Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, n° 193.

- (2006) “(Des) Igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones –parciales– planteadas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres (I)” *En Tribuna Social: revista de Seguridad Social y Laboral*, n<sup>o</sup> 192, 2006, Págs. 23–36.
- PALOMAR OLMEDA, A., SEMPERE NAVARRO, A., QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. (2008): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público*, Pamplona, Aranzadi.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., (2007): *Derecho del empleo público: Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público*, Barcelona, Marcial Pons.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. et. al. (2007): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2006): “Los derechos individuales del personal estatutario”, *Aranzadi Social*, n. 2/2006 (Tribuna).
- VELASCO PORTERO, M<sup>a</sup> T., (2006): “El despido de la trabajadora víctima de violencia de género”, en AA.VV. *La extinción del contrato de trabajo*, Albacete, Bomarzo.

# ANÁLISIS DE LA REFORMA DE LAS RELACIONES SINDICALES EN BRASIL

SHEILA STOLZ

*Profesora de Derecho de la Universidad Federal do Río Grande–FURG/Brasil*

**EXTRACTO**                      **Palabras Clave: Libertad y Autonomía Sindical, Reforma, Brasil.**

La Constitución Federal brasileña –la Carta de derechos y garantías fundamentales instituida por la democracia y promulgada en 1988– ha concluido con la interferencia y a la intervención del poder público en la organización sindical. No obstante, parte de la normativa Constitucional todavía presenta problemas, sea porque no fue desarrollada legalmente, sea porque mantiene normas incongruentes con las exigencias de una sociedad plural y democrática y contrarias a los principios de libertad y autonomía sindicales. Este trabajo se dedica a analizar la viabilidad de la reforma de las relaciones sindicales redactada por el *For m Nacional do Trabalho* (FNT) y que se encuentra actualmente en discusión en el Parlamento.

**ABSTRACT**                      **Key Words: Trade Union Freedom and Autonomy, Trade Union Legal Reform, Fundamental Rights, Brazil**

The Constitution of Brazil, finished with the public sector’s intervention in the trade union organization –thought the letter of law and fundamental guarantee rights granted by the democracy and established in 1988–. However, some parts of the Constitutional Law still present some anomalies, for example and to name a few, legally speaking it has not been developed, it maintains unrelated exigencies under a plural and democratic society, and opposes to the freedom principles and trade union autonomy. This piece of work analyses the viability of the trade union relation reform assessed by the *For m Nacional do Trabalho* (FNT) which is at present under discussion in the Parliament.



## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ACOTACIONES HISTÓRICAS
3. LA NORMATIVA ACTUAL ACERCA DE LAS RELACIONES LABORALES
4. LA PROPUESTA DEL *FORUM NACIONAL DO TRABALHO* (FNT) PARA LA REFORMA LEGAL DE LAS RELACIONES SINDICALES
5. APUNTES FINALES

### 1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Federal brasileña promulgada en 1988 –la Carta de derechos y garantías fundamentales instituida por la democracia– ha puesto un término final a la interferencia y a la intervención del poder público en la organización sindical restableciendo, entre otros derechos, el derecho de huelga y la libertad de asociación sindical y profesional. La referida Carta anuló también las normas de encuadramiento sindical y las que exigían la autorización previa, concedida por el Gobierno, para la creación de la entidad sindical. Requerimientos que de no ser más exigidos ponen fin al absoluto control político y administrativo de las entidades sindicales, lo que representa innegables mejoras en el ámbito de la libertad y autonomía sindicales. No obstante, hay que resaltar que una parte de esta normativa es ineficaz pues, ante la determinación Constitucional de que los sindicatos registren su entidad en el órgano competente –mandato que hasta la fecha de hoy no fue debidamente regulado–, acaba manteniendo en la práctica y por decisión del poder judicial el registro sindical en manos del Ministerio del Trabajo y Empleo, requisito que pretende ser suprimido por la propuesta legal de reformulación de las relaciones sindicales.

Asimismo, resulta oportuno mencionar que la Constitución mantuvo la estructura sindical sedimentada en el modelo del sindicato único por categoría profesional o económica y la contribución sindical obligatoria (que es cobrada de todo trabajador), requisitos anacrónicos y que además de incongruentes con los principios de una sociedad plural y democrática, son contrarios a los convenios internacionales previstos por la Organización Internacional de Trabajo (OIT)<sup>1</sup> para esta temática.

El presente estudio se dedica al análisis de las normas que tratan de las relaciones sindicales brasileñas, relaciones que se han visto limitadas debido a la falta de estabilidad político–democrática que caracteriza nuestra realidad.

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, la Declaración Internacional de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores (OIT, 1998); y también las Convenciones 87 y 98 que tratan de la libertad sindical y negociación colectiva .

Asimismo, se examinará la normativa actual para poder comprender el modelo de reforma de las relaciones sindicales propuesto por el *Forúm Nacional do Trabalho* (FNT)<sup>2</sup>, que procura romper con los pilares que han dado origen al sistema sindical brasileño y que han contribuido al empobrecimiento de las relaciones laborales colectivas. Cuanto a la viabilidad de la propuesta de reforma de las relaciones sindicales y si ella es apta para superar el legado de un sindicalismo corporativa y antidemocrática, serán cuestiones que se abordarán a lo largo del estudio.

## 2. ACOTACIONES HISTÓRICAS

La legislación laboral brasileña es fruto de un contexto histórico que ha mezclado, entre otros aspectos, la profunda desigualdad social, los conflictos sociales y el populismo gubernamental. Y, para que se comprenda el sentido de dicha afirmación, resulta oportuno hacer de forma sucinta una reseña histórica.

Hasta la década de los años veinte del siglo pasado casi no existían en Brasil normas laborales<sup>3</sup>. De hecho fue la política gubernamental desarrollada por el entonces Presidente Getúlio Vargas (1930–45) la que instaura en el país una normativa laboral inspirada en la Carta del Lavoro (de 1927) de la Italia fascista. La carencia de legislación y de derechos laborales, sumadas a la incipiente organización obrera, permitieron que el Gobierno Vargas asumiera el papel de árbitro mediador de las relaciones existentes entre el capital y el trabajo. De esta forma el Gobierno –primeramente electo y después dictatorial– de Getúlio Vargas consigue el apoyo de los trabajadores y la creación de las condiciones necesarias para el desarrollo industrial bajo la égida del nacionalismo de Estado.

Para lograr sus objetivos el gobierno de Getúlio Vargas crea toda una estructura de control de las relaciones laborales. Primero, en 1931, creando el Ministerio del Trabajo, Industria y Comercio (MTIC)<sup>4</sup> y, segundo, la Justicia del Trabajo<sup>5</sup>. El poder judicial fue creado y planeado como un órgano adminis-

<sup>2</sup> *Forum Nacional del Trabajo* –FNT, de ahora en adelante FNT.

<sup>3</sup> Como ejemplos se pueden citar la Constitución de 1891 promulgada en 24 de febrero y que en su artículo 72, párrafo 8º, garantiza la libertad de trabajo, de asociación y de reunión. A parte de la Constitución, la legislación estableció en el Decreto nº 1.313 de 1891 la reglamentación del trabajo de los menores de edad, y en los Decretos nº 979 de 06/01/1903 y nº 1637 de 05/06/1903 la respectiva estipulación de las reglas para el establecimiento y funcionamiento de los sindicatos rurales y urbanos.

<sup>4</sup> Creado por el Decreto nº 19.443, del 26.11.1930.

<sup>5</sup> La Justicia Laboral fue creada por el Decreto–lei nº 1.237 de 1º de maio de 1939.

trativo gubernamental vinculado al Ministerio del Trabajo. Solamente a través del Decreto-Ley n° 9.797, de 9/09/1946, que modifica los artículos 644, 647, 654, 670, 672, 681, 693 y 699 de la CLT (*Consolidação das Leis do Trabalho – Código Laboral Brasileño*) deja la Justicia del Trabajo de estar vinculada al poder ejecutivo para formar parte de la estructura del poder judicial. Desde su creación y hasta la Enmienda Constitucional n° 24, de 09/12/1999 la Justicia del Trabajo estuvo estructurada de forma tripartita, es decir compuesta por un juez (funcionario del gobierno) y de dos jueces vocales (consultores), un juez representante de los trabajadores y el otro de los empleadores, que resolvían los conflictos surgidos entre los empleadores y los empleados teniendo el poder de decisión final. Antes de instaurarse la estructura de control de las relaciones laborales –MTIC y la Justicia del Trabajo–, el Gobierno regula la organización sindical de los empleadores y trabajadores<sup>6</sup>, modificándola unos años después para instituir la pluralidad sindical limitada<sup>7</sup>. En 10 de noviembre de 1937 se promulgada la Constitución Federal que, en su artículo 138, copia casi de forma literal la Carta del Lavoro italiana, manteniendo la Justicia del Trabajo como un órgano vinculado al poder ejecutivo. En julio de 1940, a través del Decreto-ley n° 2.377, se regula la recaudación de las contribuciones sindicales obligatorias debidas a los sindicatos.

La *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT)<sup>8</sup> se concibió como expresión de la política populista *varguista*, que supuso, además de una visión diferenciada del trabajador –más orgulloso de su propia condición y más convencido de sus derechos individuales–, el reforzamiento del sindicalismo basado en una ideología reformista, el llamado *trabalhismo*. Consiguientemente, de lo antedicho se puede deducir que en Brasil el Derecho Laboral es, en esencia, engendrado por el Estado y entre sus principales características se destacan: la precognición del derecho individual y la subordinación del derecho colectivo al aparato estatal. El *trabalhismo* como propuesta legal y política restringió la libertad sindical como contrapartida al supuesto respeto a los derechos individuales de los trabajadores –aunque en la práctica hubiera una reveladora distancia entre el ideal legislado y la realidad–, sujetando la creación de los sindicatos a la autorización oficial y al corporativismo.

Tres años después de que fuera promulgada la CLT se producen nuevos cambios constitucionales con la proclamación, en septiembre de 1946, de una nueva Constitución Federal que en el artículo 159<sup>9</sup> reconoce el derecho a la

<sup>6</sup> Decreto n° 19.770, de 19.03.1931.

<sup>7</sup> Decreto n° 24.694, de 12.07.1934.

<sup>8</sup> Estatuto legal creado a través del Decreto-Ley n° 5.452 y “regalado al pueblo”, según palabras de su mentor, en la significativa fecha del 1° de mayo de 1943.

<sup>9</sup> El artículo 159 establece que: “*Es libre la asociación profesional o sindical, siendo su constitución reglamentada por la ley, su representación legal en la convenciones colectivas de trabajo y el ejercicio de las funciones delegadas por el Poder Público*”.

libertad sindical, estableciendo que su ejercicio debe ser conforme al determinado en la CLT. La Constitución de 1967 proclamada por la dictadura militar mantiene en el artículo 159 la misma redacción dada por la Constitución de 1946, no obstante añade en el § 1º que cabe a los sindicatos recaudar, según la forma estipulada en ley, contribuciones para la financiación de las distintas actividades que deben ser ejercidas por el sindicato con el objetivo de ejecutar programas de interés de la categoría sindical y de la sociedad. Aparentemente la Constitución de 1967 del Gobierno dictatorial no modificó, en principio, las normas concernientes a los sindicatos y a la libertad sindical. Sin embargo, en los primeros años el ejecutivo promulga una serie de Actos “Complementares y Institucionales”<sup>10</sup>, que produjeron en la práctica una fuerte represión social y sindical manifestada en el cierre de los sindicatos, en la persecución a los líderes sindicalistas y a los sindicalizados y, en algunos casos, su encarcelamiento, tortura y muerte.

Si bien la inestabilidad económica y política es un rasgo del Estado brasileño, la CLT, por más paradójico que resulte, ha sido una legislación relativamente estable, en el sentido de que sobrevivió al populismo de su dictador<sup>11</sup> y a los sucesivos presidentes electos, a las dictaduras impuestas y a las constantes presiones empresariales, instancias que, a su modo, se abstuvieron de darle efectividad a dicha “promesa legal de derechos laborales”.

### 3. LA NORMATIVA ACTUAL ACERCA DE LAS RELACIONES LABORALES

Como ya se ha indicado, la CLT sigue vigente hoy en día y, aunque a lo largo de los años ha sufrido alteraciones, recientemente ha dado más pruebas de pervivencia tras la promulgación de la actual Constitución brasileña de

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo: 1) el Acto Complementar nº 38, de 13 de diciembre de 1968 que decreta el receso del Congreso Nacional (Parlamento); 2) el Acto Complementar nº 39, de 20 de diciembre de 1968 que decreta la suspensión de los derechos políticos y la cesación de todos los mandatos electivos; 3) el Acto Complementar nº 13, de 5 de septiembre de 1969 que decreta la exclusión de apreciación judicial de los actos practicados de acuerdo con los anteriores Actos Complementares e Institucionales.

<sup>11</sup> Arturo Bronstein subraya la existencia de una correlación entre los regímenes dictatoriales y la creación de una legislación garantista en muchos países Latinoamericanos como, por ejemplo, los códigos de trabajo de Nicaragua (Somoza, 1944), República Dominicana (Trujillo, 1951, Haití (promulgado por Duvalier, de quien recibió su nombre) y Paraguay (Stroessner, 1961), así como la legislación peruana de los años setenta y el Código de Panamá de 1971, estos dos últimos productos de regímenes militares populistas. Véase del autor: BRONSTEIN, Arturo. BRONSTEIN, Arturo, 1997: «Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, n. 1: 5-8.

1988<sup>12</sup>. En el artículo 8° de la Constitución se establece la libertad y autonomía sindical y, si bien es cierto que ésta eliminó el poder de control sindical por parte del Estado, sin embargo ha mantenido: 1) la unidad sindical; 2) la obligación de que los sindicatos oficialmente registrados ante el órgano estatal competente, y, 3) la recaudación, por el Estado, del impuesto sindical obligatorio (impuesto equivalente a un día laborable al año y cobrado en el mes de marzo de cada trabajador individual), que es posteriormente entregado a los sindicatos.

La estructura sindical vigente en Brasil se encuentra conformada por un sistema corporativo, en el cual se concede la representación sindical a un sindicato único por categoría económica o profesional por ámbito territorial. La legislación actual obliga, además, a la existencia de una simetría entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores, jerarquizándolas en tres niveles: 1) un sindicato con representatividad local, cuya representatividad está limitada por la base territorial de un municipio; 2) un sindicato con representatividad regional o federativa, cuya representatividad está limitada por la base territorial de un Estado de la Federación; y, 3) un sindicato con representatividad confederativa, cuya que su representatividad abarca a todo territorio brasileño.

Además de estas formas de representación sindical, el artículo 11 de la Constitución establece que en aquellas empresas con más de doscientos empleados habrá representación de los trabajadores en los locales de trabajo con la finalidad exclusiva de promover el entendimiento directo entre los empleados y los empleadores. Pero, en la práctica y hasta el presente éste ha sido más bien un derecho constitucional puramente formal, pues no se ha hecho efectivo por falta de desarrollo legal.

Semejante disparidad entre la realidad y el Derecho se produce en lo que concierne a las Centrales Sindicales. Organizadas al margen de las normas legales, las Centrales Sindicales se han consolidado a lo largo de los casi 20 años desde la promulgación de la Constitución como las principales entidades nacionales de representación de los trabajadores. Y, si bien es cierto que han conquistado reconocimiento político-institucional, como muestra su creciente participación en consejos y forum públicos, sólo han logrado tener reconocida legalmente la denominada “personalidad sindical”, a través de la Ley 11.648/2008, promulgada el pasado 31 de marzo. En dicha Ley se fijan los requisitos para el reconocimiento de una Central Sindical –entidad de representación general de los trabajadores constituida en el ámbito nacional–. Según dicha Ley para que una Central Sindical adquiera personalidad sindical es nece-

<sup>12</sup> El artículo 8° establece la libertad y autonomía sindical y el artículo 37, VI instituye el derecho de sindicalización a los funcionarios públicos.

sario la comprobación de la afiliación de por lo menos, 100 sindicatos, distribuidos en las 5 regiones del País; además, se establece que es obligatoria la afiliación de al menos 20 sindicatos en cada una de las regiones del país; se impone la obligatoriedad de afiliación a los sindicatos en al menos 5 sectores de actividad económica y se impone que la afiliación de dichos sindicatos debe ser representativa de al menos el 7% del total de empleados sindicalizados en el ámbito nacional. Considero que con la aprobación de la referida Ley el problema relativo a la personalidad sindical se encuentra solventado. No obstante, la aprobación del Proyecto de Ley de Reforma Sindical pretende incluir a las Centrales Sindicales entre las entidades facultadas para participar en la negociación colectiva, por entender que ellas poseen más poder de diálogo y persuasión, ya que congregan un número más extenso y variado de sindicatos.

El sistema sindical brasileño se financia con dos tipos de recaudaciones. La primera y más antigua, la contribución sindical obligatoria, prevista en los artículos 578 a 591 de la CLT. Posee naturaleza tributaria, siendo recaudada anualmente (en el mes de enero para los empleadores y en el mes de marzo/abril para los trabajadores) de forma obligatoria para todos los trabajadores y profesionales liberales en activo, independientemente de estar o no asociados a un sindicato.. Tanto a nivel constitucional como legal se delegó a los sindicatos el ejercicio y desarrollo de funciones que son usualmente consideradas funciones públicas o de interés público, . En este sentido, el artículo 592 de la CLT dispone que incumben a los sindicatos aplicar las recaudaciones hechas a título de contribución sindical obligatoria para los siguientes cometidos: asistencia médica, dentaria, hospitalaria, farmacéutica, jurídica, prevención de accidentes laborales, formación educacional, bibliotecas, guarderías, cooperativas, finalidades deportivas y eventos. Durante muchas décadas (principalmente en el período de la dictadura militar 1967–1984) los sindicatos han auxiliado el poder público en el desarrollo de distintos tipos de servicios públicos, sin embargo, la obligatoriedad de que los sindicatos los ejecutaran ha dejado de ser exigida y fiscalizada por los órganos de fiscalización pública con la llegada de la redemocratización (a partir de 1988). La segunda forma de recaudación es la prevista en el artículo 8º, IV de la Constitución, que tiene el objetivo de mantener el sistema confederal de representación sindical. Esta contribución es recaudada anualmente respecto de todos trabajadores en activo, independientemente de estar o no asociados a un sindicato. El ingreso de tal contribución es entregado de la siguiente forma: 60% del valor recaudado para los sindicatos, 15% para las federaciones, 5% para las confederaciones y 20% para la Cuenta Espacial Empleo y Salario, cuenta vinculada al programa asistencial de Amparo al Trabajador y que es administrada por el Ministerio del Trabajo y Empleo (artículo 589, incisos I–IV de la CLT).

#### 4. LA PROPUESTA DEL *FORUM NACIONAL DO TRABALHO* (FNT) PARA LA REFORMA LEGAL DE LAS RELACIONES SINDICALES

La reforma laboral y sindical constituye una prioridad del actual gobierno que, con el objetivo llevarla a la práctica, ha creado en junio de 2003 el *Forúm Nacional do Trabalho* (FNT), instancia tripartita, coordinada por la Secretaria de Relaciones del Trabajo del Ministerio del Trabajo y Empleo y apoyada institucionalmente por la OIT.

El FNT<sup>13</sup> cuenta con la participación de 600 representantes, distribuidos entre los trabajadores, el gobierno y los empleadores y posee como principal objetivo la democratización de las relaciones laborales a través de la adopción de un modelo de organización sindical basado en la libertad y la autonomía sindicales. Asimismo, aspira, en un segundo momento y después de concluida la reforma sindical, a acometer la actualización de la legislación laboral con el objetivo de que ésta responda eficazmente a los impactos causados por la globalización, por la creciente disponibilidad de mano de obra en el mercado y el envejecimiento de la población.

La propuesta normativa formulada por el FNT, después de 16 meses de intensos debates y de la participación (en congresos, oficinas, seminarios) de más de veinte mil personas vinculadas al ámbito sindical y laboral, figura en dos textos legales que todavía no han sido aprobados por el Congreso Nacional: el Proyecto de Enmienda Constitucional (PEC) n° 369/2005 que modifica los artículos 8°, 11, 37 y 114 de la Constitución Federal de 1988 y el Proyecto de Ley de las Relaciones Sindicales constituido por 238 artículos y que sólo se tramitará en el Parlamento tras la aprobación del primero citado.

El Proyecto de Enmienda Constitucional n° 369/2005 garantiza la libertad sindical y mantiene la prohibición prevista en la Constitución de injerencia del Estado en las entidades sindicales, si bien permanezca en el texto legal la obligatoriedad del registro de las entidades sindicales en el órgano estatal competente y que, según el artículo 8°, II del PEC n° 369/2005, será también el órgano responsable por atribuir “personalidad sindical” a las entidades que cumplan los siguientes requisitos: a) representatividad; b) participación democrática de los representados; c) capacidad de federación y confederación con otros sindicatos;

<sup>13</sup> El Forum Nacional del Trabajo (FNT) cuenta con varias instancias y entre ellas la Plenaria que es la instancia máxima de decisión del Forum. La Plenaria es compuesta por 72 miembros: 21 que representan los trabajadores, 21 que representan los empleadores, 21 que representan el gobierno, y 9 que representan las micro y pequeñas empresas, cooperativas y otras formas de trabajo. Los representantes de los Trabajadores y Empleadores fueran indicados por las entidades representativas de las dos categorías que disfrutaron de reconocimiento público y representatividad en los organismos gubernamentales e internacionales.

d) efectiva representación de cada entidad sindical en todos los niveles y ámbitos de la negociación colectiva. En consecuencia, la propuesta elimina la unidad sindical, es decir la representación por categoría económica y profesional prevista en el actual sistema legal y Constitucional y prevé la afiliación sindical pluralista y por empresa. Además, el derecho de representación ejercido por los sindicatos en los ámbitos judicial y administrativo, entre otros, solamente será posible, al contrario de lo que ocurre en la actualidad, respecto de aquellos trabajadores sindicalizados y que en efecto la entidad sindical representa: sus asociados. Otra novedad que pretende establecerse por el PEC es el cobro de una cantidad de cada uno de los asociados que sea pactado a través de la negociación colectiva a favor de la entidad sindical que lo representa (PEC n° 369/2005 en su artículo IV). Todos estos temas y otros más serán minuciosamente reglamentados en el Proyecto de Ley de las Relaciones Sindicales que comentaré en la secuencia.

El Proyecto de Ley de las Relaciones Sindicales (PLRS), que especifica y detalla el PEC anterior, se resume en cuatro contenidos: la organización sindical, los instrumentos de negociación colectiva, las formas de solución de conflictos y la creación del Consejo Nacional de Relaciones de Trabajo, proponiendo significativas alteraciones normativas con vistas a superar el modelo *varguista*.

En lo que se refiere a la organización sindical, ésta se fundamenta en los principios de la libertad (endógena y externa) y de autonomía sindicales y, como tal, busca modificar entre otros aspectos la actual estructura sindical brasileña (Título II del Proyecto de Ley de las Relaciones Sindicales, PLRS<sup>14</sup>). El nuevo modelo de organización sindical admite la existencia de más de una entidad representativa de los empleadores y de los trabajadores por ámbito territorial, confluyendo en la representación de sus respectivas bases y sólo y exclusivamente se admite la exclusividad en la representación sindical (artículos 38 a 41 PLRS). El modelo también estipula mecanismos de cómputo de la representatividad sindical. Para que los sindicatos formados hasta la fecha de promulgación del PLRS mantengan sus prerrogativas sindicales se ha de comprobar que ostentan una afiliación igual o superior a 20 % del total de empleados de las empresas o unidades económicas en los respectivos ámbitos de representación, o bien cuando ello no sea posible podrán por irradiación derivar su representatividad sindical por medio de su vinculación a una entidad de grado superior (federación, confederación y/o central sindical) que necesariamente debe tener su representatividad comprobada. Los artículos 33 a 35 del

<sup>14</sup> En lo que sigue y cuando mencione el Proyecto de Ley de las Relaciones Sindicales haré referencia solamente a la sigla: PLRS.



PLRS<sup>15</sup> formalizan los requisitos para el reconocimiento de la representatividad de las nuevas confederaciones, federaciones y entidades sindicales que vengán a ser instituidas después de promulgado el Proyecto de Ley en cuestión. Indu-

<sup>15</sup> Art. 33. La confederación obtiene representatividad ante la observancia de 3 (tres) de los siguientes requisitos:

I – afiliación de sindicatos, con representatividad comprobada, en por lo menos 18 (dieciocho) unidades de la Federación, distribuidas en las 5 (cinco) regiones del País;

II – afiliación de sindicatos, con representatividad comprobada, en por lo menos 12 (doce) unidades de la Federación, con índice de afiliación igual o superior al 20% (veinte por ciento) de la suma de las empresas o unidades económicas correspondientes a los ámbitos de representación de los sindicatos;

III – afiliación de sindicatos, con representatividad comprobada, en por lo menos 18 (dieciocho) unidades de la Federación, en las cuales la suma del capital social de las empresas o unidades económicas afiliadas a los sindicatos vinculados a la confederación sea igual o superior al 20% (veinte por ciento) de la suma del capital social de las empresas o unidades económicas correspondientes a los ámbitos de representación de los sindicatos;

IV – afiliación de sindicatos, con representatividad comprobada, en por lo menos 18 (dieciocho) unidades de la Federación, en las cuales la suma del número de empleados en las empresas o unidades económicas afiliadas a los sindicatos vinculados a la confederación sea igual o superior al 20% (veinte por ciento) de la suma de los empleados de las empresas o unidades económicas correspondientes a los ámbitos de representación de los sindicatos.

Párrafo único. Para efecto de comprobación de la representatividad que trata este artículo, serán considerados los sindicatos afiliados a la federación que se encuentre afiliada o vinculada a la confederación.

Art. 34. La federación obtiene representatividad ante afiliación o vinculación a la confederación o con la observancia de 3 (tres) de los siguientes requisitos:

I – afiliación de sindicatos con representatividad comprobada en por lo menos 3 (tres) ramas de la actividad económica;

II – afiliación de sindicatos con representatividad comprobada y cuya suma de empresas o unidades económicas afiliadas sea igual o superior al 20% (veinte por ciento) de la suma de las empresas o unidades económicas en los respectivos ámbitos de representación;

III – afiliación de sindicatos con representatividad comprobada y cuya suma del capital social de las empresas o unidades económicas afiliadas sea igual o superior al 20% (veinte por ciento) de la suma del capital social de las empresas o unidades económicas en los respectivos ámbitos de representación;

IV – afiliación de sindicatos con representatividad comprobada y cuya suma del número de empleados en las empresas o unidades económicas afiliadas sea igual o superior al 20% (veinte por ciento) de la suma del número de empleados de las empresas o unidades económicas en los respectivos ámbitos de representación.

Art. 35. El sindicato obtiene representatividad ante vinculación a la confederación o a la federación o con la observancia de 2 (dos) de los siguientes requisitos:

I – afiliación de número igual o superior al 20% (veinte por ciento) de las empresas o unidades económicas en su ámbito de representación;

II – afiliación de empresas o unidades económicas, cuya suma del capital social sea igual o superior al 20% (veinte por ciento) de la suma del capital social de las empresas o unidades económicas en el respectivo ámbito de representación;

III – afiliación de empresas o unidades económicas, cuya suma del número de sus empleados sea igual o superior al 20% (veinte por ciento) de la suma del número de empleados de las empresas o unidades económicas en el respectivo ámbito de representación.

dablemente esta normativa no sólo altera el sistema anterior, sino que implica sobre todo profundos cambios en la realidad actualmente existente y en la que muchas entidades (sean patronales o de trabajadores) “representan” variados grupos sociales que no se encuentran asociados a ellas. Desde mi punto de vista, tanto la restricción normativa que exige que la representatividad sindical se circunscriba a los asociados y no a la categoría profesional o económica (como actualmente sucede), como el requisito de que las entidades sindicales posean una representatividad real y cuantitativa, provocará efectos sustantivos en las relaciones sindicales, no sólo en la configuración de los sindicatos que ya no podrán ser meros “sindicatos amarillos” –tal como suele ocurrir en la actualidad con un elevado número de sindicatos que en la práctica son ino-cuos–, sino en la calidad de los contenidos de los instrumentos de negociación colectiva –puesto que los sindicatos tendrán que obligatoria y efectivamente negociar las relaciones de trabajo presentes y futuras con sus empleadores.

También de forma innovadora el PLRS prevé la legitimación de dos formas de representación sindical: la representación de los trabajadores en los centros de trabajo (Título III, artículos 59 a 92) y las centrales sindicales. Respecto a la primera se pretende que el reconocimiento constitucional se materialice en la práctica. Con la finalidad de que la representación de los trabajadores en los centros de trabajo quede garantizada más allá de la norma positiva, se prevé que se implantará de forma gradual a lo largo de seis años y cabrá a los representantes negociar y asumir la competencia de solución de conflictos individuales, de grupos de trabajadores o colectivos. La segunda forma de representación, finalmente, concede legitimidad sindical a las Centrales Sindicales y la posibilidad de que éstas actúen como representantes legales de los asociados en las negociaciones colectivas.

El PLRS suprime las formas actuales de contribución sindical: la contribución obligatoria (establecida por la CLT) y la contribución confederal (establecida por la Constitución), por entender que ambas al ser cobradas de forma obligatoria a todos los trabajadores acabarían transformándose en una fuente segura de financiación pública de las entidades sindicales. Además, lo que es en mi opinión todavía más temerario, como no se exige de los sindicatos ningún tipo de contrapartida, una buena parte de ellos no cumple con sus funciones o existe sólo como sindicato virtual o formal. Si el PLRS llega a ser aprobado, ambas contribuciones serán sustituidas por otras dos formas no obligatorias –en el sentido de que serán los representados asociados quienes estipularán la cuantía de las contribuciones y su oportunidad de cobro– de financiación: la mensualidad sindical y la contribución anual fruto de la negociación colectiva de las entidades representativas de empleadores y trabajadores. A diferencia del sistema actual, los porcentajes de las contribuciones serán decididos por los sindicalizados en asamblea general, es decir de una forma más legítima y democrática.

Respecto a los instrumentos de la negociación colectiva, el PLRS crea la posibilidad de que se instituyan negociaciones colectivas de ámbito nacional entre las centrales sindicales y las confederaciones patronales, con prerrogativas de fijar derechos aplicables verticalmente a determinado sector de la actividad económica. Como los principios de la representatividad real y de la negociación democrática están enunciados en el marco del PLRS, cualquier negociación sólo puede ser abordada en base a lo que decidan las asambleas generales, en las que participarán todos los trabajadores interesados, sean o no asociados del sindicato; requisito también exigido para las entidades patronales. Además, como el sistema establece la pluralidad sindical, todos los sindicatos con representatividad reconocida (por comprobación o por irradiación) participan de las negociaciones colectivas y de la distribución de las contribuciones que provienen de las mismas en la proporción del número de afiliados que efectivamente representen. Bastante interesante es la norma que trata de mantener la vigencia de uno de los principios laborales basales: el de la norma más favorable. El predominio de dicho principio se observará siempre y cuando exista más de una norma colectiva aplicable a cada rama de actividad.

En lo que se refiere a las formas de solución de los conflictos, el PLRS sigue presentando novedades, comenzando por la completa supresión del llamado *poder normativo* de la Justicia del Trabajo. Según la Constitución el poder normativo es la competencia conferida a la Justicia del Trabajo para decidir, crear y modificar normas, respetando los límites establecidos por las disposiciones convencionales y legales mínimas de protección del trabajo (artículo 114, § 2°). Dicho poder es ejercido siempre y cuando una de las partes (entidad patronal o de trabajadores) afectadas por la relación laboral requiera, a través del instrumento de acción procesal colectiva, la intervención de la Justicia del Trabajo, para que ella decida el conflicto colectivo existente a la vista de que la otra parte se opone a negociar o a someterse al arbitraje. Conforme al texto Constitucional las acciones colectivas sólo pueden ser interpuestas en la Justicia del Trabajo cuando haya acuerdo expreso entre las partes afectadas por el conflicto para que sea la Justicia el Trabajo quien lo resuelva (artículo 114, § 2° conferida por la Enmienda Constitucional n° 45/2004), lo que ha dado lugar a mucha discusión doctrinal y jurisprudencial sobre el alcance del poder normativo. Ahora bien, lo cierto es que el PLRS además de suprimir el poder normativo, fuerza a las partes a que negocien. Así, en los casos en que las partes no logren el acuerdo, los contratos colectivos fruto de las negociaciones pasadas mantienen su vigencia prorrogada automáticamente durante 90 días, de modo que con ello se estimula la autocomposición entre las partes. Cuando no se logre acuerdo, la solución del mismo puede darse por la vía pública (Justicia del Trabajo) o privada (arbitraje), en los términos previstos legalmente. Desaparece, de esta forma, el arbitraje obligatorio ejercido hasta la

fecha actual por la Justicia del Trabajo. Para que la Justicia del Trabajo actúe jurisdiccionalmente serán las partes (entidad patronal y de trabajadores) las que por acuerdo voluntario someterán ante dicho Poder Judicial sus demandas. Pero las partes también podrán recurrir al arbitrio privado cuando así lo acuerden. En aquellos casos en que las partes optan por la intervención de la Justicia del Trabajo sus decisiones no podrán ser reexaminadas, puesto que serán decididas de conformidad con la sistemática de las ofertas finales: cada parte presenta su propuesta final para composición en cada asunto y el juez laboral decidirá a favor de uno de ellos, inclinándose bien por la propuesta final patronal o por la propuesta final de los sindicatos de trabajadores; por tanto, se encuentra prohibido adoptar una decisión intermedia entre ambas propuestas y que busque un denominador común favorable a las partes (exactamente como en la actualidad son juzgadas los acuerdos y convenciones colectivas laborales).

Otro instrumento novedoso y que no encuentra parangón en la legislación laboral actual creado por el PLRS y que busca favorecer e impulsar la solución de los conflictos entre empleadores y trabajadores se encuentra en las normas de prevención y punición de las conductas ante-sindicales y las respectivas providencias jurisdiccionales que tienen la pretensión de ser ágiles y eficientes (artículos 173 a 177).

En cuanto a la creación del Consejo Nacional de Relaciones de Trabajo (CNRT), órgano tripartito vinculado al Ministerio del Trabajo y Empleo, cabe señalar que entre otras atribuciones tendrá las siguientes: a) definir los procedimientos y plazos para la contestación y confirmación de la “personalidad sindical”; b) proponer disposiciones reglamentarias mínimas y obligatorias para la formación de los sindicatos; c) formular la lista que agrupará a los sectores económicos y ramas de actividad ; y, d) aprobar el procedimiento de la recaudación y de la prestación de cuentas de las contribuciones establecidas en la negociación colectiva (artículos 80 a 83).

Si bien no cabe detenerse demasiado en ello, las atribuciones del CNRT relacionadas en el párrafo anterior se caracterizan desde mi punto de vista por una notable ingerencia estatal en las organizaciones sindicales. En este punto parece ser que los esfuerzos se canalizan –como suele ocurrir, según Oscar Ermida Uriarte, en los países latinoamericanos– en dirección a un reglamentarismo restrictivo: registro sindical, limitaciones estructurales y funcionales, condiciones minuciosas para ser dirigente, control de los procesos electorales, procedimentalización excesiva de la huelga y de los medios de solución, limitación de la duración, finalidad y titularidad de las medidas de acción directa<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, 1990: «Las relaciones de trabajo en América Latina», *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n. 18, p. 67.

## 5. APUNTES FINALES

En lo que concierne a la reforma legal de las relaciones sindicales, tema de este ensayo, creo que la propuesta gubernamental de discutirla e implementarla en un Forum en el cual fueran partícipes el gobierno, los empleadores y los trabajadores fue, además de innovadora, muy relevante –si bien vuelvo a resaltar que no estoy, al emitir este juicio, desconsiderando los problemas que ya he apuntado con antelación– y, quizá, la única capaz de obtener el apoyo y respaldo social capaces de tornarla efectiva.

Al principio de estas páginas me he pronunciado de forma favorable a la implementación de una Reforma Legal de las Relaciones Sindicales en Brasil. No obstante, no me he pronunciado sobre el alcance de dicha reforma. Una reforma de esta envergadura sólo conseguirá ser exitosa si es capaz de englobar la compleja variedad de tipos de situaciones que abarca la esfera laboral, de evitar la conflictividad, de fortalecer las instituciones laborales y de superar los viejos y siempre presentes prejuicios de clase. En definitiva, una reforma de esta amplitud, debe promover el diálogo y la negociación, tal como se ha promovido para que se llegará a redactar los Proyectos de Reforma Constitucional y Legal, propias de esta rama del Derecho y de un Estado de Derecho democrático.

---

# Mercado de Trabajo



# LA CONSTRUCCIÓN ARRASTRA A LA CRISIS A LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

INFORME DE CONYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (SEGUNDO TRIMESTRE DE 2008\*)

SANTOS M. RUESGA BENITO

*Catedrático de Economía Aplicada*  
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

*Catedrático E.U. de Economía Aplicada*  
Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ

*Investigadora en la Universidad Autónoma de Madrid*

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Sector de la construcción, crisis y desempleo**

En el segundo trimestre de 2008 la situación de crisis económica en la que se instala la economía española afecta de forma significativa a las variables laborales tanto en España como en Andalucía. En este sentido, la caída del sector de la construcción y más concretamente de la construcción de viviendas está siendo determinante. La reducción en el ritmo de crecimiento del empleo en el conjunto de España así como el mantenimiento de la actividad ha generado un aumento del desempleo en este trimestre. En lo referente al mercado de trabajo en Andalucía el empleo se ha reducido y el paro ha subido alcanzando una tasa del 16,27% en este trimestre.

## ABSTRACT

**Key Words: Building Sector, crisis, unemployment**

After a long period of economic growth, Spanish economy is entering a deep crisis, growing strongly during the last year and labour variables begin to show a pessimistic evolution. A central roll in this evolution is played by the Building Sector and specially the building of private housing. In Spain as a whole, employment annual growth rates are declining since 2005, although in the second quarter of 2008 unemployment has begun to grow. In relation to labour market in Andalusia, employment is falling and unemployment rate has reached 16,25% as an average.

\* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 1 de septiembre de 2008.



## ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO
5. CONDICIONES DE TRABAJO

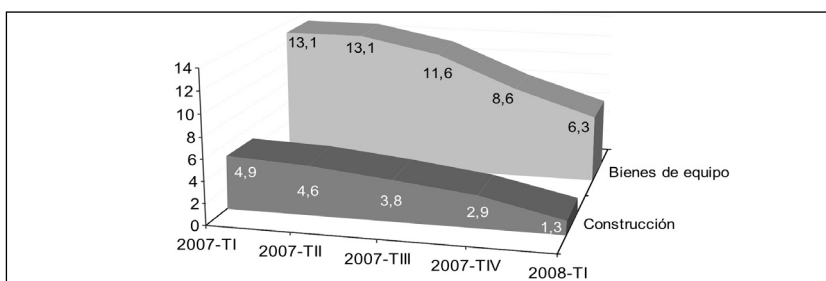
### 1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

Tras la continua revisión a la baja de las previsiones económicas tanto del Gobierno, como de los principales organismos nacionales e internacionales, en las cifras oficiales, las recogidas por la Contabilidad Nacional Trimestral, el primer trimestre del año comienza con un PIB del 2,7 por ciento, es decir, ocho décimas menos de como terminó 2007. Sin embargo, estos datos quedan continuamente desfasados, ante la avalancha de información publicada por diversos organismos. Y la nueva revisión de las previsiones del Gobierno señala, de nuevo, un crecimiento inferior, del 1,6 por ciento, para el conjunto del año 2008, de manera que no se auguran buenos los próximos trimestres.

Con los datos recogidos, y no las previsiones, el gasto en consumo final se ve reducido en 0,6 décimas, hasta situarse en una tasa de crecimiento interanual de 2,5 por ciento. La progresiva caída que se produjo a lo largo de todo el año 2007 se acentúa a comienzos del presente año, cuando el consumo final de los hogares no alcanza el 2 por ciento (se queda en el 1,8 por ciento de crecimiento interanual).

Lo mismo sucede con la formación bruta de capital fijo, que cae 1,6 puntos porcentuales respecto al trimestre anterior (de forma que se mantiene en el 3,2 por ciento), especialmente en el apartado de bienes de equipo, que pierde 2,3 puntos (para colocarse en el 6,3 por ciento, así como la construcción, que se sitúa 1,6 puntos porcentuales por debajo del crecimiento logrado en el cuarto trimestre de 2007, alcanzando el 5,2 por ciento).

#### EVOLUCIÓN DE LA FORMACIÓN BRUTA DE CAPITAL FIJO, PORCENTAJE DE VARIACIÓN INTERANUAL



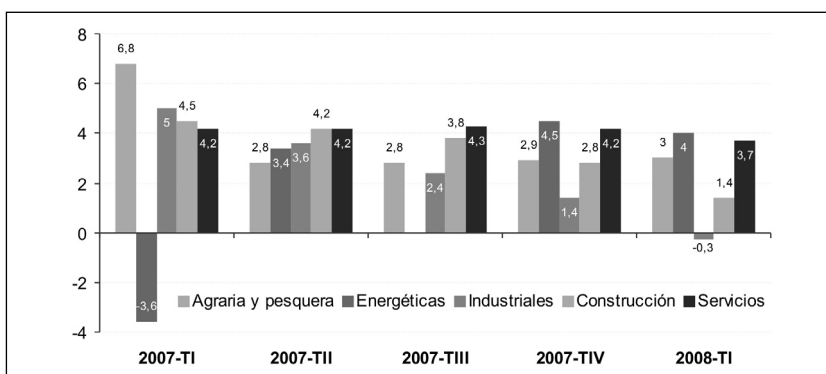
Fuente: Elaboración propia a partir de la Contabilidad Nacional Trimestral de España, Instituto Nacional de Estadística.

El valor añadido registra a su vez una desaceleración del crecimiento en todas las ramas de actividad, salvo en la agricultura. En conjunto, crece un 2,7 por ciento anual, que por ramas se traduce en un aumento del 3 por ciento en el caso del sector agrícola, y un aumento del 4 por ciento en las ramas energéticas, así como una caída del valor añadido de las ramas industriales de 0,3 décimas en un año.

El ritmo de crecimiento de la construcción casi desaparece, pues pasa a un 1,4 por ciento interanual, tras recoger incrementos superiores al 5 por ciento anual durante el año 2006. Esta desaceleración se corresponde asimismo con la producida en la formación bruta de capital.

Son las ramas de servicios las que menos suavizan su crecimiento, alcanzando un aumento anual del 3,7 por ciento.

### VALOR AÑADIDO BRUTO POR RAMAS DE ACTIVIDAD, TASAS DE VARIACIÓN INTERANUAL



Fuente: Elaboración propia a partir de la Contabilidad Nacional Trimestral de España, Instituto Nacional de Estadística.

El empleo por ramas de actividad, también recoge, en la contabilidad nacional, la caída en la construcción (con una pérdida de puestos de trabajo equivalentes a tiempo completo del 1,1 por ciento interanual). En todas las ramas de actividad se registran pérdidas de puestos de trabajo respecto al año anterior, salvo en las industriales (tras tres trimestres seguidos mostrando tasas de variación con signo negativo, que alcanzan en este primero del año un aumento del 1,7 por ciento) y en las de servicios, que se mantienen creciendo, a menor ritmo, pero aún creciendo un 2,8 por ciento.

## 2. LA OFERTA DE TRABAJO

La mejor noticia de los datos publicados por la Encuesta de Población Activa en el segundo trimestre del año es que, por primera vez, la tasa de actividad de las mujeres supera el 50 por ciento: el 50,25, medio punto porcentual más que en el primer trimestre de 2008 y un punto y medio por encima del segundo trimestre del año 2007. En conjunto, la tasa de actividad alcanza el 59,8 por ciento, gracias a los 230 mil nuevos activos que engrosan las filas de la población activa.

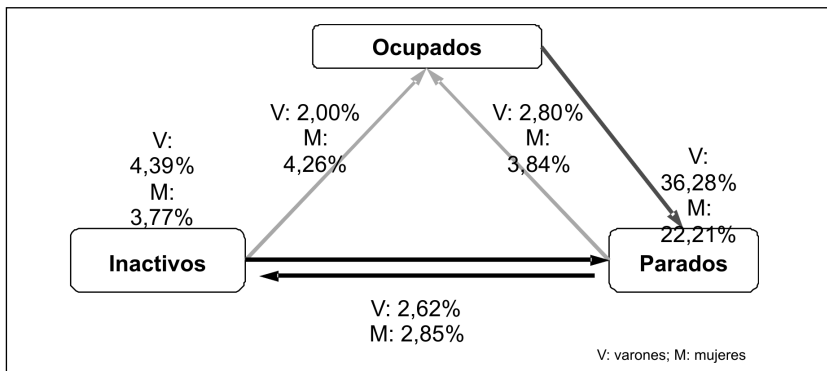
Esta incorporación de activos proviene, como suele suceder en las fases recesivas, de los inactivos que deciden mudar de situación. En estos momentos, las personas que en las épocas boyantes se mantienen ociosas, al cambiar las tornas, observan cómo su tiempo de inactividad se hace relativamente más caro y, debido a este efecto renta, se enganchan a la vida activa, engrosando casi siempre directamente las filas del desempleo.

Es decir, el incremento que se recoge entre la población activa no se debe sólo a los factores demográficos habituales, sino también a la recesiva situación económica en la que nos encontramos, que impulsa a los desanimados a participar en el mercado de trabajo del que antes quedaban al margen.

Por ello, al aumento de la población activa por la incorporación de nuevos activos, ya sea por los que inician su edad laboral, la demora de las jubilaciones, la disminución de las jubilaciones anticipadas, y otras cuestiones más estrictamente demográficas, se añade el colectivo de amas de casa, estudiantes y desanimados en general, que prefieren buscar un empleo activamente.

En las épocas expansivas del ciclo económico, puede suceder que no todas las personas que buscan empleo lo hagan con mucho empeño, porque no se perciba tan necesario, o porque hay mucha rotación y demanda de empleo en el mercado de trabajo, de manera que puede ser relativamente sencillo encontrar un puesto de trabajo adecuado. Sin embargo, al percibirse una situación recesiva o de dificultades económicas, estas mismas personas dedican un esfuerzo mayor a la tarea de buscar un empleo, pues ya no hay tanta abundancia o no resulta tan factible encontrarlo como antes. Es otro de los signos que hace que las cifras del desempleo aumenten: aquellos que antes no se contabilizaban como buscadores de empleo, por no hacerlo activamente, ahora sí.

**MOVIMIENTOS EN EL MERCADO DE TRABAJO,  
2º TRIMESTRE 2008 (EN PORCENTAJE RESPECTO  
AL TRIMESTRE ANTERIOR)**



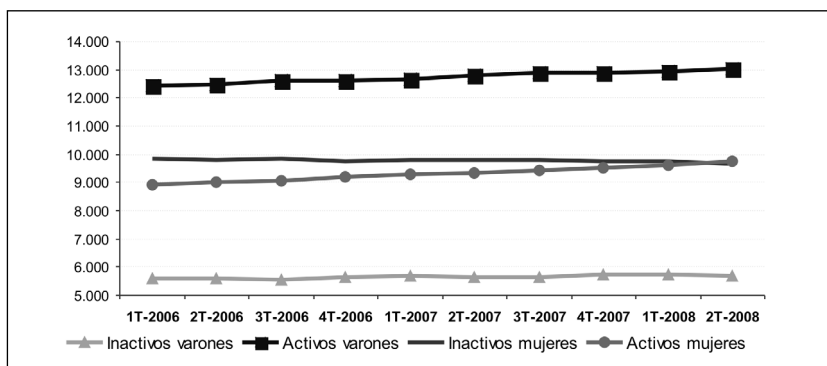
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Así, hay un 34,13 por ciento de mujeres más que en el trimestre anterior que desde la inactividad se incorporan a las filas de los desempleados. En el caso de los varones, son un 20,30 por ciento más de inactivos que se incorporan al mercado de trabajo sin un empleo. Un 4,26 por ciento más de inactivas sí entran directamente con un empleo, y un 2 por ciento más de hombres acceden al mundo laboral como ocupados.

No obstante, el mayor movimiento entre los varones se produce desde el empleo al desempleo, pues un 36,28 por ciento más de los que se encontraban ocupados durante el trimestre anterior, han perdido el empleo en este segundo trimestre del año. Entre las mujeres, aún siendo una cifra alta (un 22,21 por ciento más de ocupadas pierden el puesto de trabajo), el incremento respecto al trimestre anterior no es tan intenso como en el tránsito desde la inactividad hacia el desempleo.

Esto constata que la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo sigue una senda ascendente, de hecho, en este trimestre, por primera vez, las mujeres en activo superan a las que se encuentran fuera del mercado de trabajo, las inactivas. Todo un signo del avance imparable que supone la incorporación femenina al mercado laboral.

### POBLACIÓN ACTIVA E INACTIVA POR SEXO, 2006–2008 (MILES DE PERSONAS)

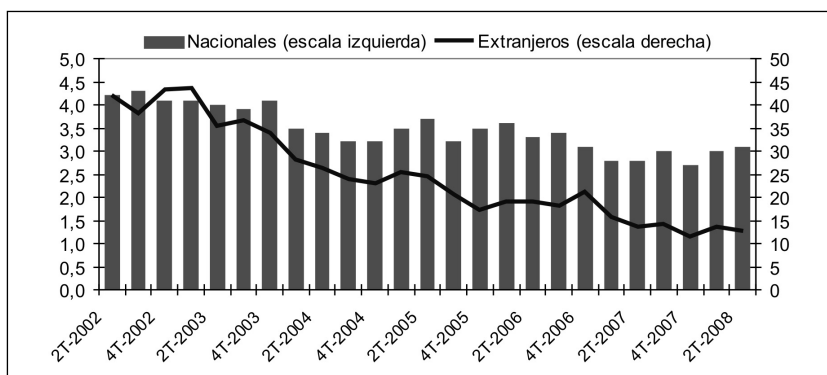


Fuente: Elaboración propia a partir de la Contabilidad Nacional Trimestral de España, Instituto Nacional de Estadística.

Así, hay 425 mil mujeres más en activo que en el mismo periodo del año anterior (un 4,6 por ciento más), y 130 mil más que en el primer trimestre de 2008 (un 1,4 por ciento por encima), lo que lleva a un total de 9.764.400 mujeres dispuestas a trabajar en el mercado laboral, frente a los 9.667.600 que quedan fuera de él. Aunque la diferencia con los hombres sigue siendo abrumadora (no llega al 30 por ciento la población masculina mayor de 16 años que queda al margen del mercado de trabajo), la mujer participa cada vez en mayor medida de la vida laboral.

En cuanto a la procedencia de los nuevos activos del mercado de trabajo, todos los inactivos que han dejado de serlo son de nacionalidad española, mientras la población activa extranjera aumenta en un 12,6 por ciento respecto al año anterior, superando así los tres millones y medio (3.523,1 activos de procedencia extranjera).

**CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN ACTIVA SEGÚN  
NACIONALIDAD, 2002 – 2008**  
(TASAS DE VARIACIÓN INTERANUAL)



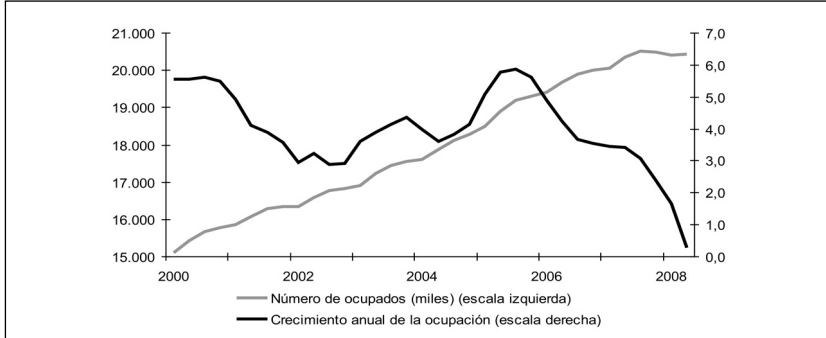
Fuente: Elaboración propia a partir de la Contabilidad Nacional Trimestral de España, Instituto Nacional de Estadística.

### 3. LA DEMANDA DE TRABAJO

Tras dos trimestres seguidos con destrucción de empleo, en esta ocasión ha aumentado el número de ocupados (en apenas veintitrés mil personas), gracias, una vez más, a la aportación femenina al mercado de trabajo (hay 87,4 mil mujeres más ocupadas). En el caso de los hombres sí se ha perdido empleo: hay sesenta y cuatro mil quinientos hombres menos empleados en este trimestre que en el anterior, un 0,54 por ciento menos. En términos interanuales, son ciento cuarenta y ocho mil trescientos, un 1,24 por ciento, menos que en el mismo periodo del año 2007.

Desde el tercer trimestre de 2005 se observa una fuerte reducción del ritmo de creación de empleo, que se hizo muy acusada durante el año 2006 y se mantuvo constante en el transcurso de la mayor parte del año 2007. Ya a finales de este año, el crecimiento del número de ocupados había caído siete décimas en un año. 2008 comenzó con una caída de otras siete décimas, de forma que únicamente creció el empleo en un 1,7 por ciento interanual. Pero en este segundo trimestre del año, el más significativo, pues es el que se utiliza como referencia de todo el año, prácticamente se anula el crecimiento del empleo, apenas un 0,3 por ciento más respecto al año anterior, 14 décimas menos de lo que había aumentado el trimestre precedente. En consecuencia, habrá que observar si en los próximos periodos definitivamente dejará de crearse empleo o se destruye, como ya sucediera en términos intertrimestrales, en las dos etapas anteriores.

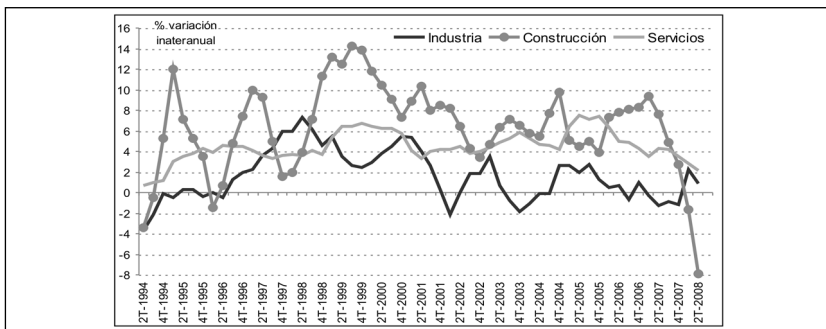
### CRECIMIENTO ANUAL DEL NÚMERO DE OCUPADOS, 2000–2008



Fuente: Elaboración propia a partir de la Contabilidad Nacional Trimestral de España, Instituto Nacional de Estadística.

Manteniendo aún la clasificación sectorial de la CNAE93 (con el fin de comparar los datos anuales), se observa, por primera vez en doce años, una pérdida de empleo en la construcción (en términos interanuales), y el dato es contundente: un 3,4 por ciento menos de ocupados en un año. Se ha pasado de ser el sector líder en creación de puestos de trabajo, a ser también el principal causante de la destrucción de empleo, especialmente entre los hombres. Durante el año 2007 se observó ya la disminución en el ritmo de creación de puestos de trabajo en este sector, pero en este año directamente se ha destruido empleo. En el sector servicios la caída se inició dos años antes, aunque aún se crean puestos de trabajo, eso sí, a menor ritmo. La industria continúa con una evolución dispar, creando y destruyendo empleo según el trimestre.

### CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN OCUPADA POR SECTOR CNAE93, 1994–2008 (TASAS DE VARIACIÓN INTERANUAL)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Contabilidad Nacional Trimestral de España, Instituto Nacional de Estadística.

Comparando con el inicio del año, hay menos ocupados en todos los sectores salvo en el de servicios, que absorbe la pérdida de empleo del resto, creando 255,5 mil puestos de trabajo más que en el primer trimestre de 2008 (un 1,9 por ciento más). De esta forma, el sector servicios sigue siendo, con mucho, el principal en cuanto a mano de obra: el 67,4 por ciento de los ocupados pertenece a este sector.

El ritmo de incorporación de ocupados de otros países ha descendido drásticamente a menos de la mitad en un año: en el segundo trimestre de 2007, había un 13,5 por ciento más de ocupados extranjeros que en el periodo precedente, mientras este año sólo hay un 6,9 por ciento más. Los casi tres millones de ocupados extranjeros (2.943.100, de los cuales algo más de la mitad, el 56 por ciento, son varones) se reparten de la siguiente manera, por sectores.

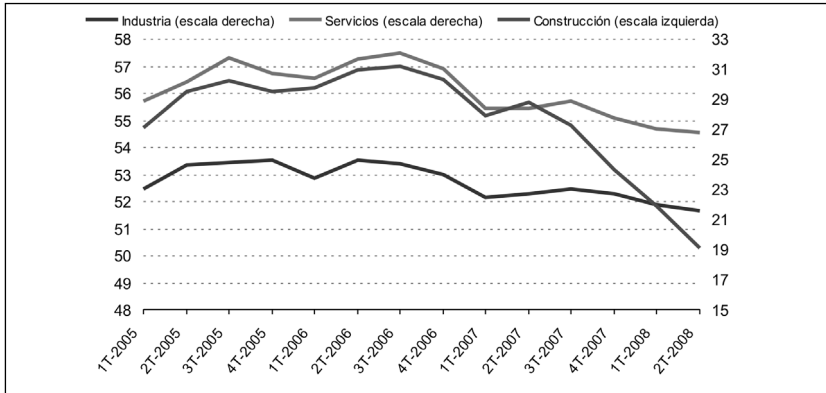
Las mujeres se encuadran casi exclusivamente (el 90 por ciento de ellas) en el sector servicios, mientras los hombres se distribuyen fundamentalmente entre los sectores de la construcción y los servicios, siendo más en este último sector en este trimestre, al contrario que el anterior (39,5 por ciento van a servicios y 37,6 por ciento a construcción, quedando un 16,1 por ciento en la industria y el 6,8 por ciento restante, en la agricultura).

Aumenta ligeramente el número de ocupados asalariados, entre los que se incrementan aquellos que tienen contrato indefinido, a la vez que se produce una reducción de los contratados temporalmente, que son los primeros también en ser despedidos en situaciones económicas adversas. Así, la tasa de temporalidad desciende del treinta por ciento por primera vez desde hace dieciocho años, quedándose en un 29,4 por ciento los trabajadores asalariados que tienen un contrato de duración determinada.

Por sectores, la temporalidad afecta fundamentalmente al sector de la construcción, donde más de la mitad de los asalariados (concretamente, el 50,28 por ciento, en el segundo trimestre de 2008) está contratada con carácter temporal, mientras en los sectores de la industria y los servicios rondan el veinticuatro y el treinta por ciento, respectivamente, con tendencia descendente, hasta situarse en el 21,55 por ciento en el sector industrial y el 26,73 por ciento en el sector de servicios. De hecho, esta reducción se constata desde el cuarto trimestre del pasado año, aunque el sector de la construcción, precediendo a la caída más generalizada, ya reflejó reducciones de la tasa de temporalidad dos trimestres antes.



**TEMPORALIDAD SEGÚN SECTORES, 2005–2008 (PORCENTAJE DE CONTRATOS TEMPORALES SOBRE EL TOTAL DE ASALARIADOS EN CADA SECTOR)**

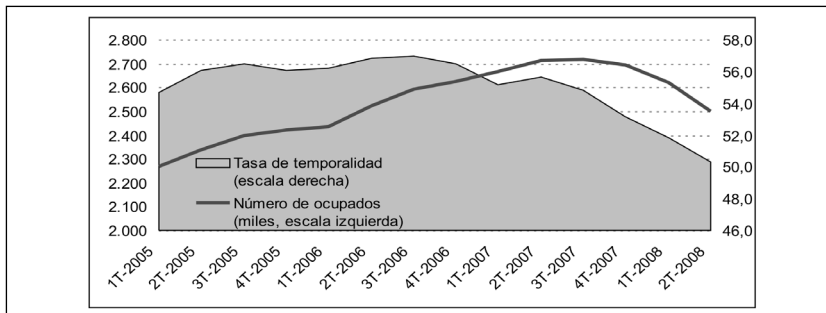


**Fuente:** Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

De los puestos de empleo perdidos en el sector de la construcción, la mayor parte son contratos de duración determinada, de manera que la pérdida de empleo repercute en los trabajos en principio peor situados: la rotación laboral es mucho mayor, pero una mayor flexibilidad implica, y, asimismo, una mayor probabilidad de pérdida del puesto de trabajo, pues los costes por despido suelen ser inferiores. El eterno debate sobre la flexibilidad en el inicio o en el final de la relación laboral hace que los contratados temporalmente (cuyos costes de contratación, así como de despido son muy inferiores a los de los contratos de duración indefinida) sean los primeros de la cola en el momento en el que se producen un descenso en el volumen de empleo generado.

Por tanto, en el sector de la construcción, con tal elevada tasa de temporalidad, es el más voluble ante los cambios de tendencia económica y las dificultades del sector repercuten directamente en el volumen de empleo y la calidad del mismo.

### EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE OCUPADOS Y TASA DE TEMPORALIDAD EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN, 2005–2008

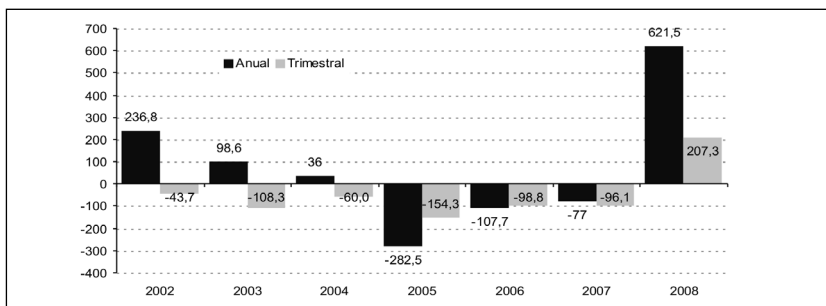


**Fuente:** Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

#### 4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

Los datos del desempleo no han sorprendido: ha aumentado, en un año, el doble que en el trimestre anterior, 2,4 puntos porcentuales, frente a los 1,2 del primer trimestre del año, hasta superar la barrera del 10 por ciento, situándose en el 10,4, ocho décimas por encima del primer dato del año. Ya son entonces 2.381.500 personas en situación de desempleo, una subida menor a la registrada en el inicio del curso, pero son 207.300 desempleados más. Y, respecto al año anterior, la diferencia se incrementa hasta 621.500 desempleados más, la cifra más elevada en los tiempos recientes, cuando nos estábamos acostumbrando a que las tasas de desempleo sólo tuvieran un dígito.

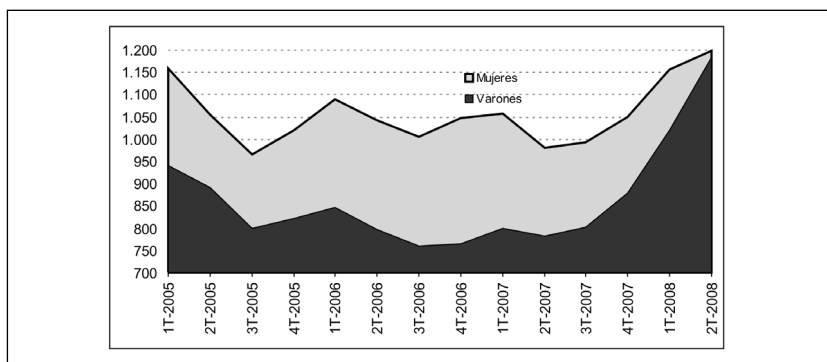
#### VARIACIÓN DEL NÚMERO DE DESEMPLEADOS EN LOS SEGUNDOS TRIMESTRES, 2005–2008 (MILES DE PERSONAS)



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

Se igualan los desempleados por sexo: tanto hombres como mujeres están rozando el millón doscientas mil personas. Aunque el desempleo afecta, en esta ocasión, a ambos sexos, es muy superior el incremento de hombres desempleados. Los datos que se venían apuntando desde el segundo y tercer trimestres del año pasado, están ahora acelerándose.

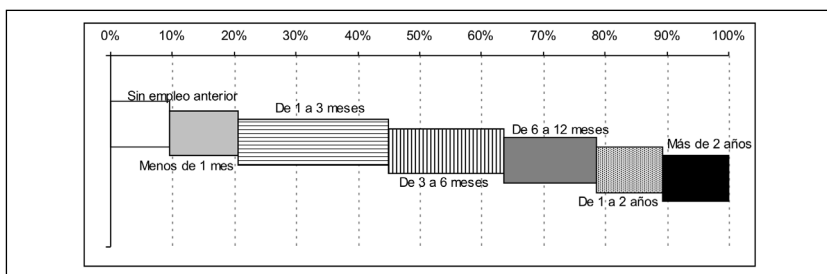
### EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE DESEMPLEADOS POR SEXO, 2005–2008 (MILES DE PERSONAS)



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

Ya en el primer trimestre de 2007 aumentó el número de desempleados que no habían ocupado un puesto de empleo anteriormente, lo cual indica que proceden de la inactividad, parte de ellos incorporándose por vez primera al mercado de trabajo. Si le añadimos el aumento del número de desempleados que busca empleo desde hace menos de 6 meses (a estas alturas del año hay un 70 por ciento más de desempleados que llevan buscando empleo entre 3 y 6 meses, y un 60,3 por ciento entre uno y tres meses), obtenemos el perfil laboral del enfriamiento económico en el que nos encontramos.

### DESEMPLEADOS SEGÚN EL TIEMPO QUE LLEVAN BUSCANDO TRABAJO, 2T 2008 (PORCENTAJE)



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

Entre estos dos grupos, los desempleados que llevan buscando empleo entre uno y tres meses, y entre tres y seis meses suman el 42,3 por ciento del total de desempleados. Por tanto, los problemas comenzarán a intensificarse a partir de los próximos trimestres, si continúa la dinámica prevista de caída de la actividad económica, cuando estos desempleados alcancen el año o más buscando un empleo, ya que cuanto más tiempo transcurre en las filas del paro, mayores son las dificultades de reincorporarse al mercado laboral.

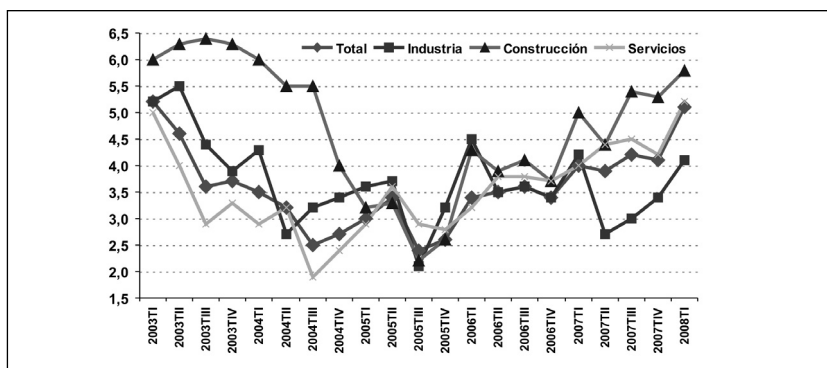
## 5. CONDICIONES DE TRABAJO

Teniendo, entonces, en cuenta el difícil comienzo del año, los costes laborales adquieren una especial relevancia: el coste laboral total por trabajador y mes se ha incrementado hasta alcanzar los 2.309,87 euros en el primer trimestre de 2008. Esta cifra supone un incremento del 5,1 por ciento respecto al mismo periodo de 2007, aunque refleja una disminución respecto al último trimestre del pasado año, cuando se registró un coste laboral por trabajador de 2.405,51 euros (un 3,9 por ciento por encima del recogido en el primer trimestre de 2008). Estas tasas de crecimiento de los costes laborales no se alcanzaban desde el año 2003.

Atendiendo a la evolución de los costes laborales por trabajador según sectores, es en el de la construcción donde se observan los mayores incrementos (un 5,8 por ciento más que en el mismo periodo del año 2007, sector que, a su vez, es el que registra una más amplia destrucción de empleo), mientras la industria es el sector con menor incremento (únicamente un 4,1 por ciento, un punto por debajo del total de la economía). Hay que considerar no

obstante que las comparaciones se hacen sobre cifras medias del trimestre, por tanto no tiene en cuenta el cambio ocupacional que se produce con el proceso de destrucción de empleo (que significa una mayor salida de personal menos cualificado, por tanto de niveles salariales más bajos, es decir no considera el efecto de cambio de estructura en las plantillas).

### COSTES LABORALES POR TRABAJADOR Y MES SEGÚN SECTORES, 2003–2008 (PORCENTAJE DE VARIACIÓN INTERANUAL)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral, Instituto Nacional de Estadística.

De entre los costes laborales, formados por los costes salariales, las percepciones no salariales (prestaciones sociales directas, tales como indemnizaciones por despido o pagos por desempleo) y las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social, la partida con mayor aumento ha sido la de los salarios, que se incrementan en un 5,3 por ciento en el último año, un 5,8 por ciento en el sector industrial y apenas un 4,8 por ciento en el de la construcción. Precisamente es en este último sector, el más afectado inicialmente por la desaceleración económica, donde los salarios tienen un menor peso en el global de los costes laborales: únicamente el 68 por ciento del coste laboral por trabajador se debe a los costes salariales en la construcción, frente al 74,2 por ciento que implican los salarios en el sector servicios, durante el primer trimestre del año.

**COSTE LABORAL POR TRABAJADOR Y MES, PRIMER  
TRIMESTRE DE 2008 (EUROS)**

	<b>Total</b>	<b>Industria</b>	<b>Construcción</b>	<b>Servicios</b>
<b>COSTE BRUTO</b>	2.330,53	2.655,45	2.251,21	2.259,77
<b>Sueldos y salarios</b>	1.689,14	1.920,87	1.519,16	1.661,36
– Coste salarial ordinario	1.506,76	1.688,16	1.439,49	1.471,85
– Coste salarial pagos extraordinarios	143,60	182,50	43,79	153,20
– Coste salarial pagos atrasados	38,78	50,20	35,87	36,31
<b>Percepciones no salariales</b>	97,00	104,46	141,65	86,08
– Pagos por Incapacidad Temporal	15,31	17,04	8,63	16,18
– Pagos por desempleo	0,06	0,21	0,03	0,03
– Otras percepciones sociales directas	3,39	5,41	0,63	3,40
– Otras percepciones no salariales	55,54	39,61	116,09	47,68
– Indemnizaciones por despido	22,70	42,19	16,27	18,79
<b>Cotizaciones obligatorias</b>	544,39	630,12	590,40	512,33
– Contingencias comunes	380,72	434,05	370,74	368,50
– Cotizaciones por desempleo, FOGASA y formación profesional	116,71	136,60	121,49	110,46
– Otras cotizaciones sociales obligatorias	46,96	59,47	98,17	33,37
<b>Subvenciones y deducciones</b>	20,67	24,22	16,69	20,52
<b>COSTE NETO</b>	2.309,86	2.631,23	2.234,52	2.239,25

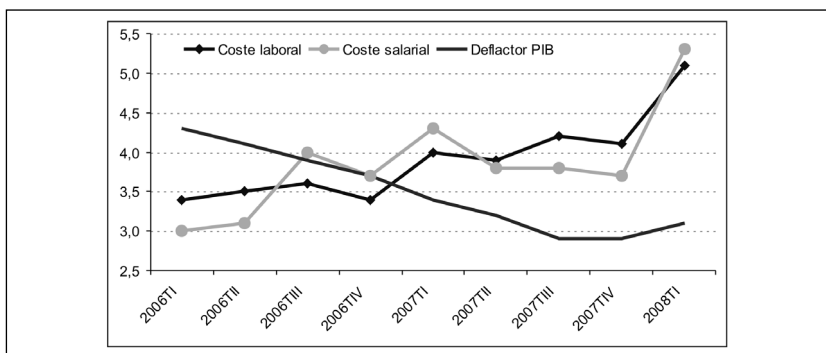
Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Coste Laboral, Instituto Nacional de Estadística.

A esto se le une el que son los otros costes, los no salariales, los que presentan el mayor repunte en el sector de la construcción (se incrementan en un 8 por ciento respecto al primer trimestre de 2007), llegando a 715,37 euros (que pesa un 22 por ciento en el coste laboral total por trabajador en la construcción). De estos costes no salariales, las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social, aun siendo los más importantes (el 83 por ciento de estos costes, es decir, 590 euros de los 715 euros de costes no salariales) y presentando un incremento interanual del 5,1 por ciento, quedan por detrás de la fuerte subida (del 20,6 por ciento) que se produjo entre los costes por percepciones no salariales. Y entre éstos, es el coste derivado del despido el que acelera el incremento de costes: un 153 por ciento más que en el primer trimestre de 2007.

Sin embargo, es en los costes laborales por hora donde se aprecia un mayor incremento, del 8,8 por ciento en el año, muy por encima del aumento al considerar los costes por trabajador, básicamente debido a la caída en el número de horas de trabajo efectivas que se registran en este trimestre, ya que las vacaciones de Semana Santa este año se han dado en el mes de marzo, es decir, se han adelantado de trimestre respecto a otros años.

Con ello, el coste laboral total por hora de trabajo se eleva a 16,73 euros. De nuevo, la mayor subida se produce en el sector de la construcción, con un aumento anual del 10,8 por ciento, lo que deja, aun así, el coste por hora más bajo de entre todos los sectores, en 15,1 euros la hora de trabajo, frente a los 18,16 euros de la industria (donde el aumento anual ha sido del 8,6 por ciento) y a los 16,7 euros del sector servicios (que, con un crecimiento del 8,3 por ciento, es el sector donde menos ha aumentado).

### CRECIMIENTO ANUAL DE LOS COSTES LABORALES Y SALARIALES POR TRABAJADOR Y MES E INFLACIÓN, PRIMER TRIMESTRE DE 2008 (EUROS)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Coste Laboral, Instituto Nacional de Estadística.

Aún así, el incremento de los costes laborales, y de los costes salariales –que son su principal componente–, continúan por encima de la inflación, medida por el deflactor implícito del PIB. Esta diferencia prácticamente se ha duplicado en el último trimestre, de forma que el peligro es que se ecentúe deterioro de la capacidad competitiva española.

Al considerar las cifras pactada en los convenios colectivos, cuya firma se realiza mayoritariamente en los meses anteriores al verano, es decir, en el segundo trimestre del año, el incremento salarial negociado en los convenios

firmados en junio de este año se eleva al 3,47 por ciento, 4 décimas por encima del pactado a primeros de año. Estos incrementos contemplan los convenios de nueva firma y las revisiones de los convenios plurianuales con efectos económicos en el año 2008. En los convenios de nueva firma, por el contrario, los incrementos salariales pactados se elevan al 4,1 por ciento, 6 décimas más, aunque estos convenios únicamente representan el 8 por ciento de los firmados en junio.

El total de trabajadores afectados por estos incrementos salariales pactados en junio asciende a 7.249.872, de los cuales, el 28 por ciento pertenecen al sector industrial, donde las subidas salariales pactadas se asemejan a las globales (3,4 por ciento); el 12,1 por ciento, son trabajadores del sector de la construcción, con incrementos salariales del 3,67 por ciento, los más elevados por sectores; y el 54,7 por ciento, se encuadran en el sector de servicios, que recoge un aumento salarial pactado del 3,49 por ciento.

Las mayores diferencias entre las tarifas salariales negociadas a comienzos del año y las que se firman una vez transcurrido el primer semestre, se producen en el sector de de servicios, donde los incrementos salariales son 2 décimas superiores a los de principios de año, mientras en el resto de sectores dichas diferencias son considerablemente inferiores. Sin embargo, al finalizar el año, habrá que incorporar las cláusulas de salvaguarda, que recogen los efectos de la inflación.

Las horas efectivas de trabajo en el primer trimestre del año se elevaron a 149,4 al mes, tomando en conjunto las jornadas a tiempo completo y a tiempo parcial. Además, en este trimestre, debido al efecto de la Semana Santa, las horas no trabajadas han superado las 20 horas semanales, en el caso de las jornadas a tiempo completo, y alcanza casi las 10 horas en las jornadas a tiempo parcial.

En el sector de la construcción las jornadas efectivas de trabajo son las más elevadas, tanto si se considera la jornada completa (150,9 horas al mes, mientras en la industria las horas efectivas son 149,4 y en el sector servicios, se quedan en 149,1) como si se tiene en cuenta la jornada a tiempo parcial (78,6 horas al mes en la construcción, 4,6 horas por encima de las trabajadas efectivamente en el sector industrial y 2,1 más que en el sector servicios).

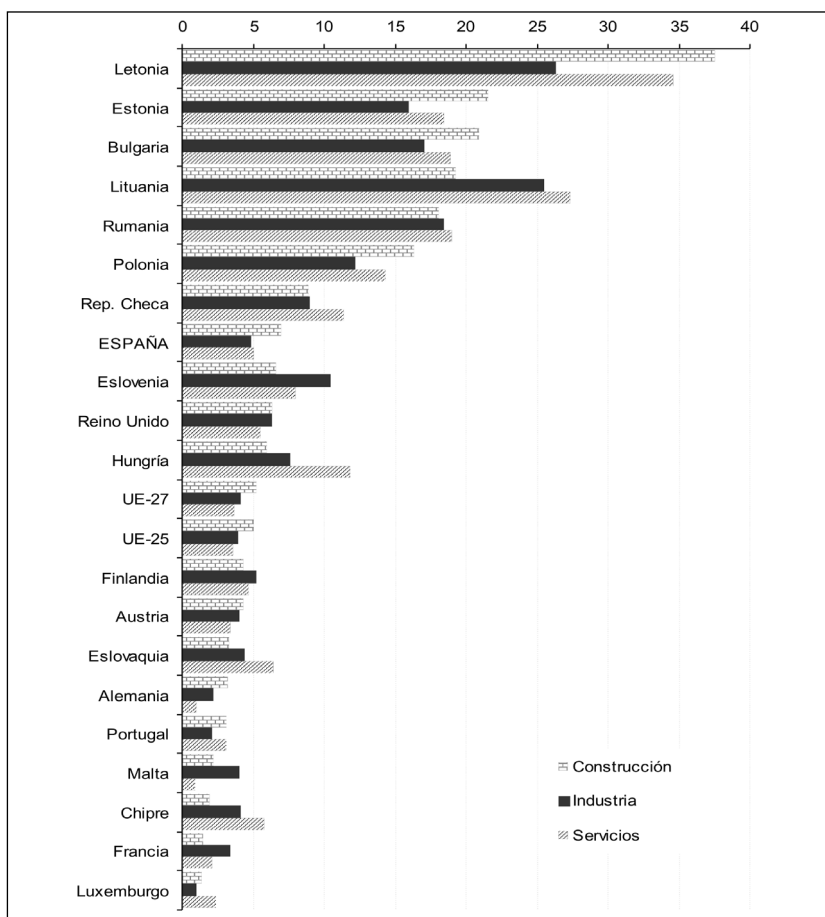
Los costes laborales nominales por trabajador en España han aumentado un 7 por ciento en el sector de la construcción, en el primer trimestre de 2008 con respecto al primer trimestre de 2007, más de dos puntos porcentuales por encima del incremento que suponen en el conjunto de la Unión Europea formada por los 27 países. Sin embargo, la mayoría de los países de la Europa del este presentan crecimientos superiores al español, mientras las economías que formaban el núcleo de los 15 países, han registrado crecimientos de los costes laborales por debajo de los españoles en el sector de la construcción. En el caso de la industria, con un aumento del 4,9 en España, no sólo los países del este, sino también el Reino Unido y Finlandia muestran incrementos superiores al de la industria española.



En todos los sectores, Alemania, Francia y Portugal ocupan las últimas posiciones, con aumentos de costes laborales muy inferiores a los del resto de economías europeas, de manera que parecen ser lo precursores de la tradicional receta de moderación de los precios del factor trabajo como una de las fórmulas para contrarrestar la crisis económica.

Así pues, la crisis ha llegado a España y a toda Europa, afectando con especial virulencia a la dinámica de generación de empleo, especialmente en el caso español. La incógnita estriba en saber cuanto durará este periodo recesivo.

### CRECIMIENTO DE LOS COSTES LABORALES NOMINALES TRABAJADOR EN LA UNIÓN EUROPEA, PRIMER TRIMESTRE DE 2008 (PORCENTAJE ANUAL)



Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat.

## 6. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

Los datos de la economía española, que hemos señalado en los epígrafes anteriores, marcan el contexto general del desarrollo de la economía y el mercado de trabajo en Andalucía. La caída de la actividad económica en España ha sido recogida por numerosos estudios y publicaciones de organismos nacionales e internacionales. Las estimaciones del crecimiento económico para el año 2008 son bastante pesimistas, especialmente para la segunda parte del año. A esto hay que añadir el aumento de la inflación que está alcanzando tasas no recogidas desde hacía muchos años. Según se ha señalado en diversos trabajos la presente crisis, aunque con un origen financiero, tiene otros dos factores que la han agravado, la evolución del precio de las materias primas, en especial energéticas y más concretamente del petróleo que ha experimentado un aumento significativo en los últimos trimestres, y la crisis del sector inmobiliario que es de naturaleza eminentemente nacional. Estos factores generales afectan de manera significativa a la economía andaluza que ha tendido una especialización productiva en el que el sector de la construcción que tenía un peso relativo mayor que a nivel nacional.

La situación económica viene deteriorándose desde hace aproximadamente un año. Las causas de la desaceleración del crecimiento económico en España y en Andalucía son complejas pero sus resultados tal y cómo se reflejan en la evolución de las principales variables laborales son malos y lo peor es que marcan una tendencia a peor en los próximos trimestres como están señalando la mayoría de los observatorios e instituciones económicas nacionales e internacionales.

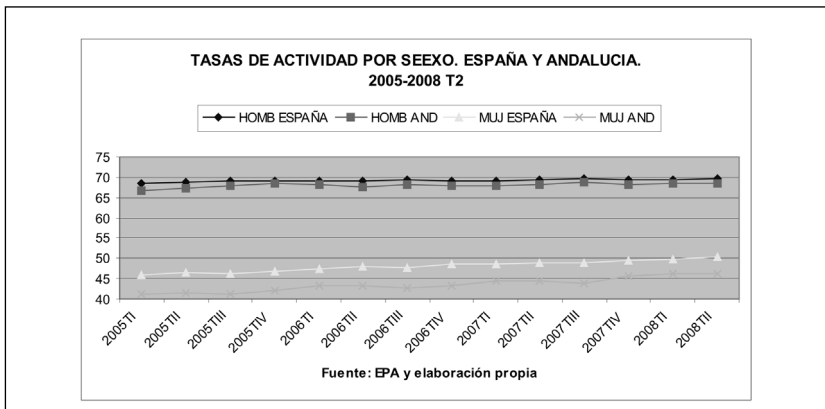
Como consecuencia de este contexto general, los resultados del mercado de trabajo andaluz no son buenos. La Encuesta de Población Activa relativa al segundo trimestre de 2008 para Andalucía recoge una caída de la ocupación y un aumento del desempleo que mantiene y prolongan la tendencia que ya se apuntaba en los últimos trimestres. Desde el punto de vista de la economía y el mercado de trabajo andaluz como ya hemos señalado, el dato más destacado es el del repunte del desempleo tanto en términos absolutos como en tasas de paro. En el segundo trimestre de 2008, el número de personas paradas se ha situado en 618.000 personas lo que representa un aumento de 175.000 efectivos con respecto al mismo trimestre del año 2007. Esto significa que la tasa de paro se sitúa en el 16,27%, o sea un aumento de 4,31 puntos con respecto al mismo trimestre del año anterior. Estos dos datos dan idea de la gravedad de la crisis económica y de con qué virulencia está actuando sobre el mercado de trabajo andaluz, deteriorando rápidamente las cifras de desempleo que se habían ido gradualmente reduciendo en los últimos años.

Estos malos datos pueden analizarse con más detalle si se observa de forma más detenida la evolución de las principales variables laborales. Con ello,

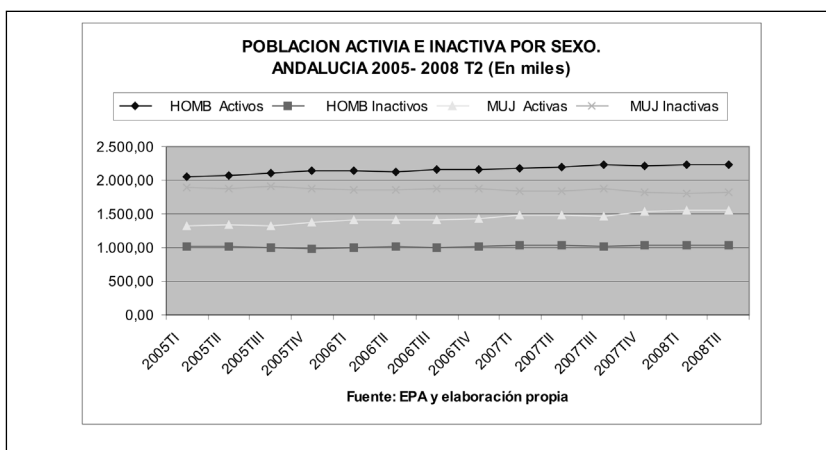
podemos obtener más información sobre cuáles son los sectores productivos o los grupos de personas que están siendo afectados especialmente por la crisis. Pasemos a continuación a analizar el comportamiento reciente de la actividad y la ocupación en la economía andaluza.

## OFERTA DE TRABAJO

En lo que respecta a la oferta de trabajo, se ha señalado que la mejor noticia de este segundo trimestre de 2008 en lo que respecta al mercado laboral es que a nivel nacional, la tasa de actividad femenina se ha situado por primera vez por encima del 50%, en concreto en el 50,25%. En lo que respecta a Andalucía, la tasa de actividad femenina se situó en el 46,22% prácticamente el mismo valor que en el trimestre anterior, pero 1,73 puntos superior al del mismo trimestre de 2007. Por su parte, la tasa de actividad masculina se sitúa en el 68,38%, registrando un ligero descenso de tres décimas respecto al trimestre anterior, pero 0,26 puntos superior a la del mismo trimestre de 2007. La conjunción de ambos colectivos, sitúa la tasa media de actividad en Andalucía en el 57,12% 1,01 puntos superior a la del mismo trimestre del año anterior, pero 2,64 puntos inferior a la media nacional (59.76%).

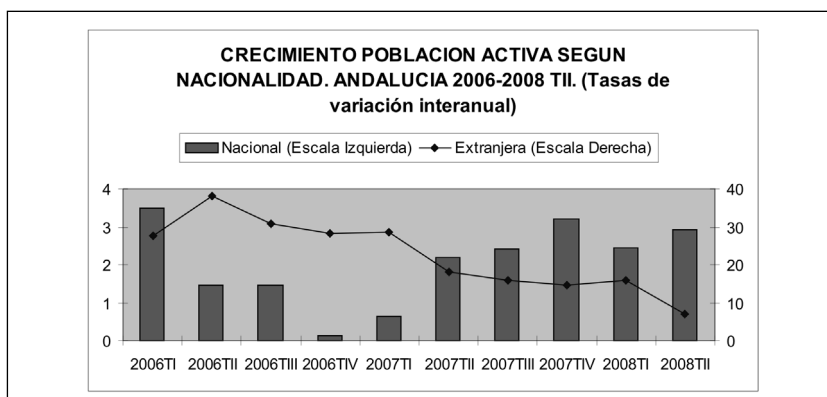


En términos absolutos, el número total de personas activas en Andalucía alcanzó la cifra de 3.798.400 personas, de las que 1.561.000 son mujeres y 2.237.400 son hombres. En este trimestre, ha aumentado la oferta de trabajo en 7.600 hombres y 5.300 mujeres. Desde el punto de vista de la nacionalidad se registra en la EPA una reducción de 22.500 activos extranjeros (de las que 15.200 son mujeres) y un aumento de 35.400 activos nacionales (de los que 20.400 son mujeres).



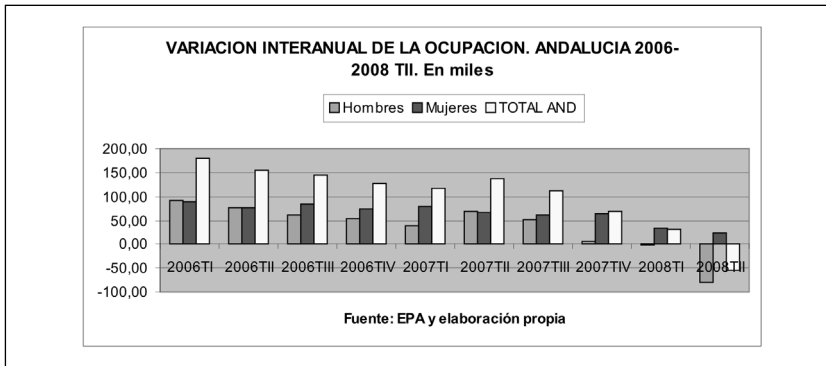
Dada la coyuntura económica en la que nos encontramos, estos cambios en los comportamientos de oferta de trabajo se pueden explicar por factores que van más allá de la mera evolución demográfica. La situación de crisis puede por un lado incentivar la incorporación al mercado de trabajo de personas que antes estaban inactivas como consecuencia de la mayor incertidumbre de rentas de la unidad familiar algunos de cuyos miembros pueden estar en riesgo de caer en desempleo (este caso podría explicar el aumento de la actividad femenina nacional). Por otra parte, la crisis puede hacer más difícil encontrar empleo y se abandone el mercado de trabajo oficial o abandonar el país, lo que puede explicar el comportamiento de los extranjeros. La diferencia en el comportamiento de la evolución de la oferta de trabajo extranjera respecto a la nacional se puede explicar por la preponderancia de los modelos de oferta individual mientras que oferta de trabajo nacional podría explicarse mejor a través de la oferta de trabajo de las familias u hogares. A los flujos normales de incorporación o retiro del mercado de trabajo derivados, por ejemplo, de la terminación de los estudios o la jubilación se añaden los efectos de la reducción de las jubilaciones voluntarias o la incorporación de amas de casas o desanimados.

La tasas de variación interanuales de la población activa muestran unos valores reducidos para la población de nacionalidad española en torno al 3% en los últimos trimestres, mientras que los mismos valores para la población de nacionalidad extranjera se han situado en tasas de más de dos dígitos. De todas formas, a partir del segundo trimestre de 2006 las tasas interanuales de crecimiento de la oferta de trabajo extranjero está cayendo de forma significativa.

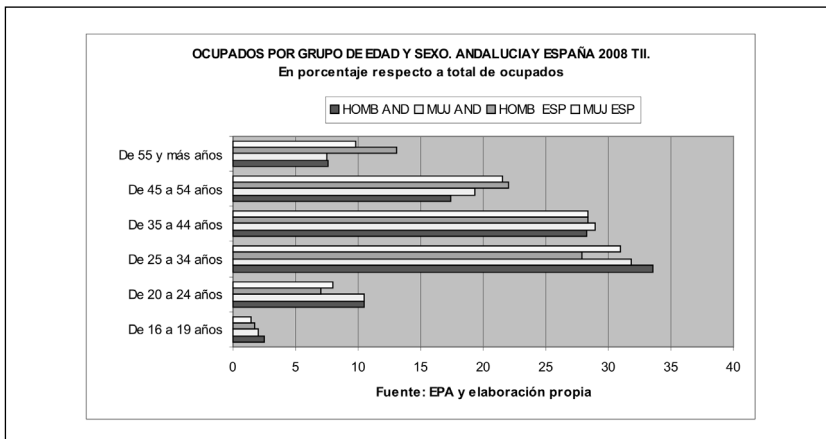


## DEMANDA DE TRABAJO

La ocupación en Andalucía está cayendo. El número de ocupados en el segundo trimestre de 2008 en Andalucía se situó en 3.180.400 personas, lo que significa una reducción de 43.600 efectivos respecto al trimestre anterior. En los últimos doce meses, el número de ocupados ha disminuido en 55.200 personas (una tasa de variación interanual del  $-1.70\%$ ). La caída de la ocupación en Andalucía muestra una señal sintomática de la situación de crisis económica. En este trimestre la ocupación disminuye fundamentalmente entre los hombres (con una caída de 39.100 efectivos), mientras que el empleo de las mujeres también se reduce en 4.500 personas. En términos interanuales la ocupación cae en 79.100 hombres, aunque aumenta en 24.000 mujeres. En los últimos tres meses en Andalucía el número de ocupados disminuye entre los nacionales en 14.500 –que es el resultado de una disminución de la ocupación entre los hombres (25.400) y un aumento de 11.000 mujeres– y también disminuye entre la población extranjera en 29.100 personas – que es la suma de una disminución de la ocupación entre los hombres de 13.700 y de 15.500 mujeres–. En el periodo considerado el  $9.96\%$  del total de ocupados en Andalucía es de nacionalidad extranjera frente al  $14,4\%$  en el conjunto nacional. En lo que respecta a la ocupación por sexo la presencia de ocupados extranjeros es mayor entre las mujeres ( $11\%$ ) que entre los hombres ( $9,29\%$ ).



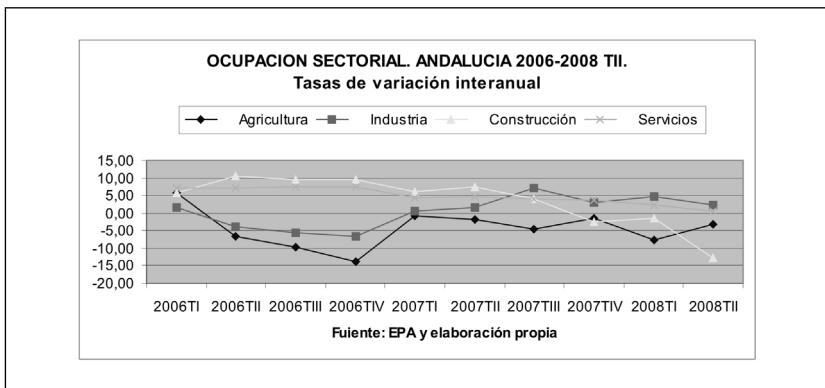
La estructura de la ocupación por edades está distribuida de forma muy similar entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo andaluz, aunque hay sustanciales diferencias con lo que ocurre a nivel nacional, la presencia de los ocupados de mayor edad (tramos de mayores de 45 años) es mayor a nivel nacional mientras que el peso de la ocupación entre los tramos de edad más jóvenes es mayor entre los hombres y mujeres en Andalucía.



En lo que respecta a la ocupación sectorial, y siguiendo la clasificación CNAE 93 con el fin de mantener la comparación interanual, se observa que la caída del empleo generalizada este trimestre. De forma específica, el descenso del empleo se ha centrado en el sector de la construcción en el que la ocupación cae en 36.400 personas, seguido del sector de la agricultura en el que se pierden 35.700 ocupados, la industria pierde también ocupados (6.500) y sólo el sector

servicios aumenta el empleo en 35.100 personas de los cuáles 34.600 corresponden al subsector de servicios tradicionales, en los que se incluyen el comercio, la hostelería, el transporte, correos y telecomunicaciones. En los últimos doce meses la caída del empleo en la construcción alcanza los 64.800 efectivos, lo que significa una tasa de variación interanual del  $-12,88\%$  ( $-7,95\%$  a nivel nacional), también cae el empleo en la industria (8.000 personas) mientras que la ocupación crece ligeramente en la industria (7.400 personas) y los servicios (10.100 efectivos).

En términos absolutos, en el segundo trimestre de 2008 el subsector que mayor ocupación genera en Andalucía es el de los servicios tradicionales (975.300 ocupados) lo que representa el 30,66% del total de la ocupación, seguido de los servicios públicos que ocupa al 19,35% del total de ocupados andaluces (615.500 personas) y la construcción que ocupa al 13,77% del total (437.900 personas). La caída prolongada de la actividad en el sector de la construcción (en especial en la construcción de viviendas) puede generar una caída significativa del empleo en este sector que tiene un peso relativo mayor en Andalucía que en la media nacional.

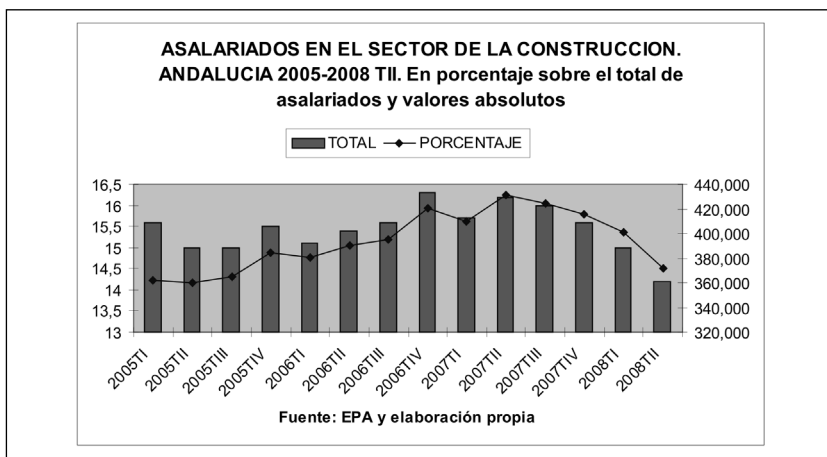


Las tasas de variación interanual de la ocupación en los cuatro sectores económicos tradicionales muestran unos valores negativos para la agricultura desde el primer trimestre de 2006. En lo que se refiere al sector industrial se observa un cierto comportamiento cíclico de destrucción de empleo en 2006 y de creación neta de empleo a lo largo de 2007 y primera mitad de 2008. La tasa de variación interanual del empleo en el sector servicios ha sido positiva a lo largo de los últimos trimestres pero muestran una clara tendencia decreciente desde el principio del periodo considerado. Lo más significativo, a nuestro juicio, es lo ocurrido en el sector de la construcción en el que se ha pasado, en relativamente poco tiempo, de unas tasas de crecimiento de la ocupación supe-

riores al 10% (2006 TII) a tasas negativas a partir del 2007 TIV llegando al  $-12,88\%$  en este segundo cuatrimestre de 2008. En conjunto, la tasa interanual de variación del empleo esta bajando inexorablemente desde el primer trimestre de 2006 ( $6,19\%$ ) hasta alcanzar este trimestre valores negativos por primera vez ( $-1,70\%$ ).

El ritmo de incorporación de ocupados extranjeros también se ha visto reducido en este segundo trimestre. En términos interanuales, la ocupación de extranjeros en Andalucía se ha reducido en 4.200 personas (repartidos casi por igual entre hombres y mujeres) siendo la primera vez que se alcanzan valores negativos en el crecimiento de la ocupación extranjera en Andalucía en los últimos trimestres.

La ocupación en el sector de la construcción presenta una evolución peculiar ya que es el sector económico en el que se están centrando las mayores pérdidas de empleo. La caída de la ocupación en este sector es significativa y se está poniendo de manifiesto de forma evidente ya que los asalariados representan el mayor porcentaje del empleo en este sector. La presencia de trabajadores asalariados en el sector de la construcción con respecto al total de los ocupados muestra una disminución significativa desde el segundo trimestre de 2007 tanto en términos absolutos como en el porcentaje que representan los asalariados en este sector respecto al total de asalariados en Andalucía.

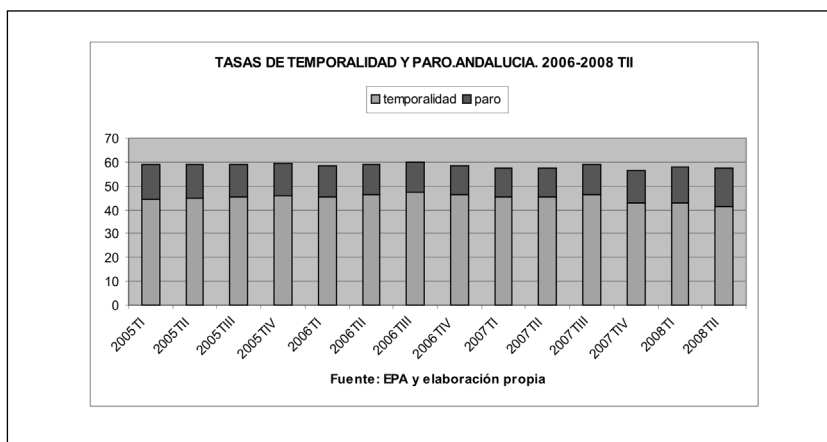


En términos generales, en Andalucía se reduce el número de asalariados en 47.200 personas con respecto al trimestre anterior y en 35.600 en los últimos doce meses lo que significa una tasa de variación interanual del  $-1,34\%$ . El número de los asalariados con contrato temporal se reduce este trimestre en 61.700 ocupados de los que 60.000 estaban empleados en el sector privado. En



el último año la bajada del número de los ocupados con contrato temporal se ha reducido en 125.600 de los que 121.900 lo eran del sector privado. Estos datos son coherentes con la situación de crisis económica en la que los primeros que pierden el empleo son los trabajadores con contrato temporal que no son renovados. La ocupación a tiempo completo también se reduce este trimestre en Andalucía en 36.900 personas así como la ocupación a tiempo parcial en 2.300 personas. Como consecuencia de todo ello, la tasa de temporalidad en Andalucía cae este trimestre en 1,58 puntos y en 4,18 puntos en los últimos doce meses cifras que casi coinciden exactamente con los aumentos de la tasa de paro 1,44 puntos en este trimestre y 4,31 puntos en el último año. Las tasas de temporalidad están cayendo en Andalucía y en el conjunto nacional desde mitad de 2006 desde entonces la tasa de temporalidad para los hombres en Andalucía se ha reducido en 5 puntos y en 7 para las mujeres.

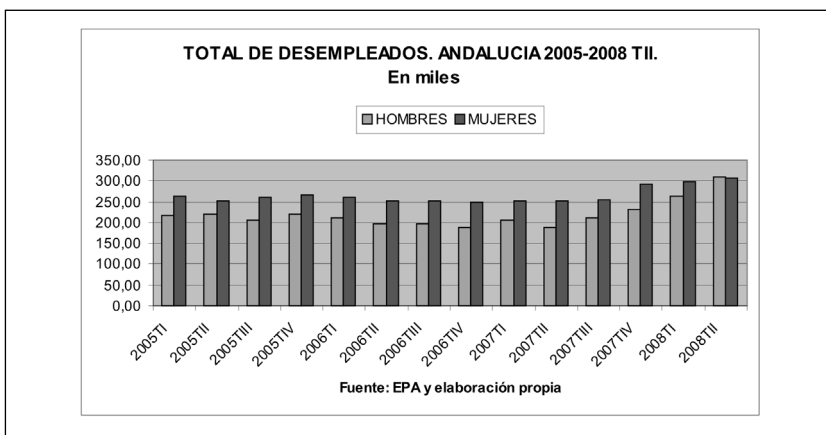
Se puede construir un índice conjuntando las tasas de temporalidad con las tasas de paro, y aún siendo conscientes de que cada una de estas tasas se calculan en colectivos diferentes, se puede comprobar que en Andalucía, a lo largo de los últimos trimestres, la suma de ambas se sitúan en torno a un índice de un valor estable medio de 58,3 de tal forma que de forma muy gráfica se puede observar una relación inversa entre la tasa de paro y la de temporalidad.



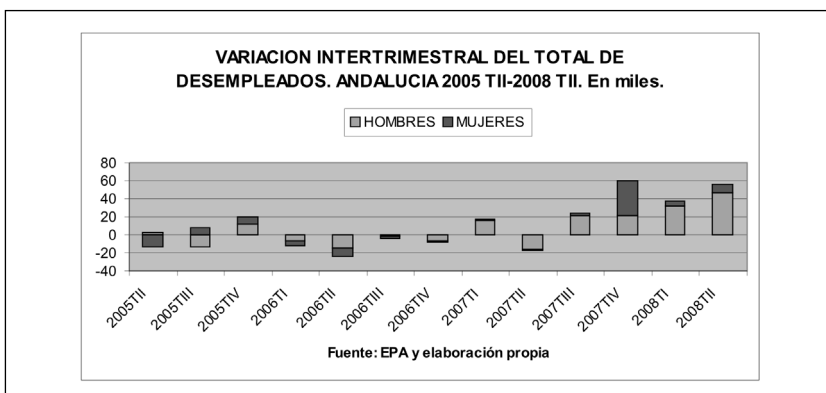
## DESEMPLEO

Como consecuencia de la evolución de la oferta y demanda de trabajo que hemos reseñado hasta ahora, los resultados del desempleo no sorprenden por su tendencia pero sí por los niveles que se están alcanzando y la rapidez con que lo hacen. El desempleo crece en Andalucía en el segundo trimestre de 2008 en 56.400 personas. El número total de parados en Andalucía se sitúa en 618.000,

con un aumento de 178.500 en los últimos doce meses. La tasa de variación interanual alcanza el 40,61% (35,32% para el conjunto nacional) una cifra muy elevada que hay que explicar considerando que la cifra del segundo trimestre de 2007 fue la más baja de los últimos años.



En este trimestre, el aumento del número de desempleados se ha centrado fundamentalmente en los hombres (46.700), frente a un aumento de sólo 9.700 mujeres desempleadas. En comparación interanual, el aumento del número de parados ha sido de 121.700 hombres y 56.800 mujeres. Por ello el número total de desempleados varones en Andalucía alcanza la cifra de 310.400 superando al número de mujeres desempleadas cifra se sitúa en 307.600.



En el segundo trimestre de 2008 el paro en Andalucía aumenta entre los nacionales 49.800 y entre los extranjeros 6.600. En los últimos doce meses el

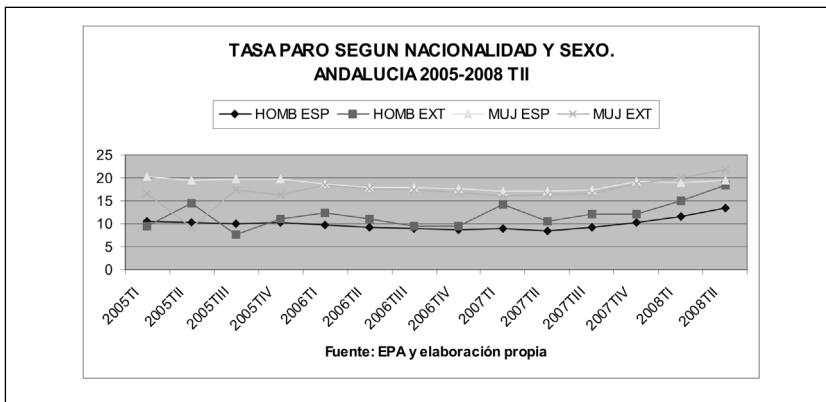
aumento del desempleo entre la población española ha sido de 148.000 personas (una tasa interanual del 37,89%) mientras que entre la población de nacionalidad extranjera el aumento ha sido de 30.500 personas (un aumento del 62,42%).

La incidencia de la crisis económica se puede ver de forma simplificada en la clasificación de los parados según el tiempo de búsqueda de empleo. Si nos atenemos a los datos del segundo trimestre de los últimos años observamos la caída en los últimos dos años del porcentaje de los que ya lo han encontrado y el aumento de los parados que lo llevan buscando menos de 6 meses que puede ser usado como indicativo de la llegada al desempleo de nuevos colectivos que han perdido recientemente su trabajo.

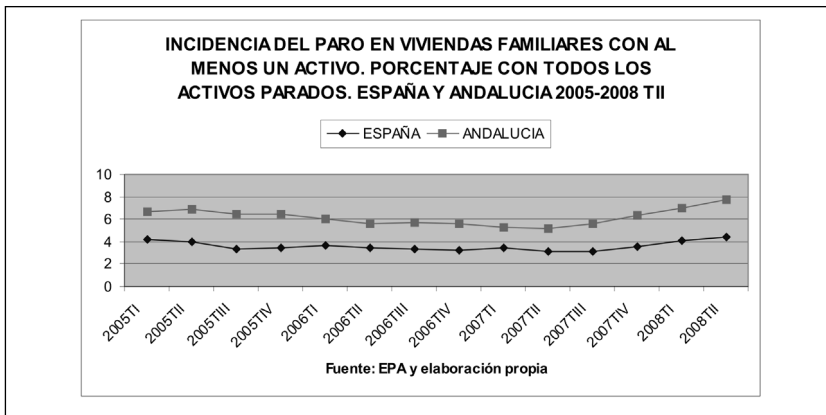
PARADOS POR TIEMPO DE BÚSQUEDA DE EMPLEO. ANDALUCÍA PORCENTAJE RESEPECTO AL TOTAL				
	2005TII	2006TII	2007TII	2008TII
Total	100	100	100	100
Ya ha encontrado empleo	12,4	12,5	10,5	9,8
Menos de 1 mes	10,3	11	11,3	9,7
De 1 mes a menos de 3 meses	17,2	18,1	21,5	22,3
De 3 meses a menos de 6 meses	15,8	15,2	15,1	18,7
De 6 meses a menos de 1 año	12,9	12,3	13,3	15,1
De 1 año a menos de 2 años	13,4	14,1	12,6	11,7
2 años o más	18	16,8	15,6	12,8
Fuente: EPA y elaboración propia				

Como consecuencia de todo ello, la tasa de desempleo en Andalucía en este segundo trimestre ha crecido en 1,44 puntos situándose en el 16,27%. La tasa de desempleo masculina alcanzó el 13,87% y la femenina el 19,70% como consecuencia de un aumento de 2,65 puntos y de 0,56 puntos respectivamente. En los últimos doce meses, el aumento del desempleo medio en Andalucía ha sido de 4,31 puntos, aumentando la tasa de paro para los hombres en 5,27 puntos y en 2,76 para las mujeres. En este segundo trimestre, la tasa de paro creció entre los nacionales en 1,31 puntos y en 2,65 puntos entre la población extranjera, alcanzando una tasa del 15,83% y del 20,01% respectivamente.

El deterioro de la tasa de desempleo andaluza ha sido rápido. En el segundo trimestre de 2007 se alcanzó la tasa de paro global de Andalucía mínima en décadas del 11,96% a través de un proceso de reducción de la tasa de paro había sido lento y gradual. Un año después, la tasa de paro andaluza ha crecido en más de cuatro puntos y volviendo a tasas de años atrás.



La incidencia del paro está afectando de forma creciente a los hogares en España y en Andalucía en los últimos trimestres. Desde el segundo trimestre de 2007 el porcentaje de viviendas, en las que al menos hay un activo, en las que todos los activos están desocupados está subiendo de forma significativa, pasando de un 5,2% a un 7,76% en un año. Todos estos indicadores dan idea de la agudeza con que la crisis económica está afectando a las variables laborales andaluzas y españolas en general.

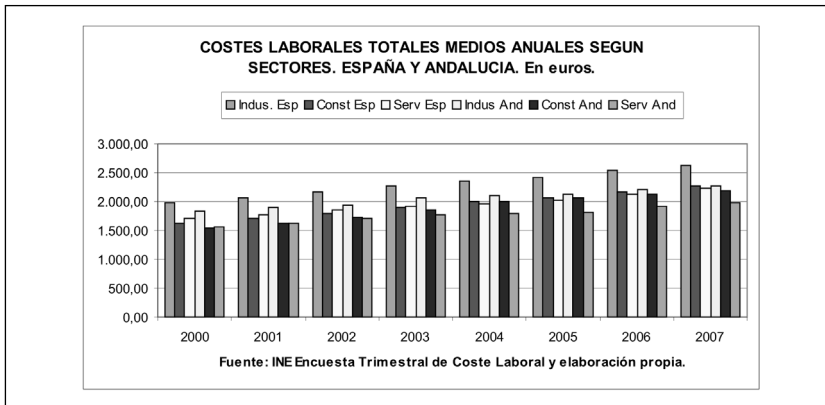


## CONDICIONES DE TRABAJO

Teniendo en cuenta la evolución de las variables laborales en especial en los últimos trimestres en los que, como hemos visto, la coyuntura laboral ha

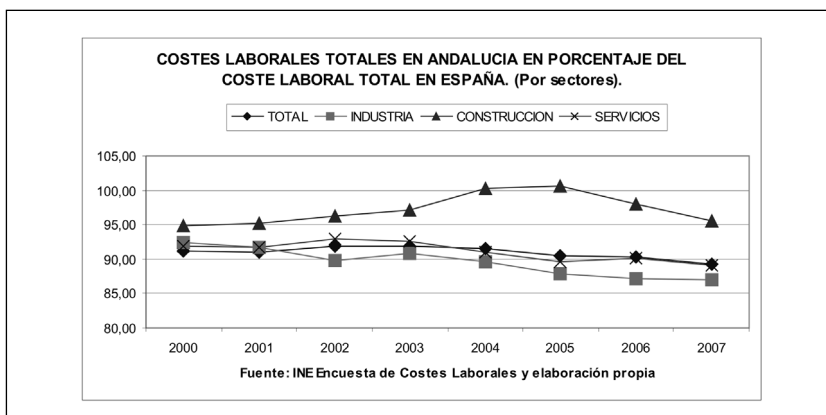
cambiado significativamente, la evolución de los costes laborales deben tenerse en cuenta. En el primer trimestre de 2008, el coste laboral total en Andalucía por trabajador y mes se situó en 2.098,53 euros (el 90,8% del coste laboral en el conjunto de España), incrementándose en un 6,23% respecto al mismo periodo del año 2007, aunque el valor es menor al del último trimestre de 2007 en el que se alcanzaron los 2154,17 euros. En este primer trimestre de 2008, el coste laboral más alto en Andalucía se encuentra en el sector industrial (2.383,68 euros) y el más bajo en el sector de los servicios (2.024,32 euros) mientras que en el sector de la construcción los costes laborales se sitúa en una cantidad intermedia (2.183,83 euros).

Los costes laborales medios anuales han estado creciendo en los últimos años de manera sostenida tanto en Andalucía como en el conjunto nacional, sin embargo hay una serie de pautas que asemejan y diferencian lo que ocurre en ambas zonas geográficas. Existen importantes diferencias entre los costes laborales en España y Andalucía aunque el sector de la industria es el que tiene unos costes laborales más altos y los más bajos en el sector servicios mientras que el de la construcción ha experimentado un aumento significativo que los ha acercado a la media nacional. Los costes laborales son más bajos en Andalucía en una media de entorno al 10%.



Las tasas de variación interanuales de los costes laborales presentan una evolución cíclica, con un periodo de crecimiento sostenido a partir de 2006. La tasa de crecimiento en Andalucía oscila en torno a la media nacional y presenta mayor volatilidad. Las tensiones de demanda de trabajo pueden ser factores explicativos de la evolución de las tasas de crecimiento aunque presenta un cierto retardo por lo que la evolución de los costes laborales en los próximos trimestres pueden mostrar una reducción semejante a lo ocurrido entre 2003 y 2005.

Como ya hemos señalado, los costes laborales en Andalucía presentan un diferencial en torno al 90% del total nacional. Esta diferencia se mantiene entre los diferentes sectores productivos salvo en el sector de la construcción en el que en los años 2004 y 2005, en pleno auge del sector, los costes salariales en Andalucía se igualaron a la mediana nacional. El proceso de desaceleración económica y freno en la demanda ha provocado que a partir de 2006 se vuelva a abrir una brecha entre ambas zonas. Las diferencias sectoriales son mayores en el sector industrial.



Las horas efectivas de trabajo por trabajador y mes en Andalucía en el primer trimestre de 2008 alcanzaron un total de 136,1. Las jornadas más altas se encuentran en el sector de la construcción tanto en jornada completa (152,7) como en jornada parcial (83,4) siendo mayores en el sector de la construcción (150,3) y menores en el de los servicios (130,9). El sector de los servicios es el que presenta menor número de horas tanto a tiempo completo (146,7) como en jornada parcial (75,8).

**INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Segundo Trimestre de 2008**

	Unidad	Periodo	Dato	ESPAÑA		ANDALUCÍA		
				VA(*)	VB(*)	Dato	VA(*)	VB(*)
<b>I. MERCADO DE TRABAJO</b>								
Población activa	Miles	2º Trim. 08	22.806,70	1,0	3,0	3.798,40	0,3	3,2
Tasa de actividad	Porcentaje	2º Trim. 08	59,76	0,7	1,5	57,12	0,0	1,8
Hombres	..	..	69,64	0,6	0,4	68,38	0,4	0,4
Mujeres	..	..	50,25	1,8	2,9	46,22	1,1	3,8
16-19 años	..	..	29,37	4,3	-3,2	31,56	-5,1	-2,2
20-24 años	..	..	67,49	2,1	1,1	67,08	-0,9	2,9
25-54 años	..	..	83,80	0,3	1,2	78,75	0,2	1,5
Más de 55 años	..	..	20,81	1,8	4,5	17,58	0,7	3,6
Ocupados	Miles	2º Trim. 08	20.425,10	0,1	0,3	3.180,40	-1,4	-1,7
Agricultura	..	..	820,80	-12,4	-12,2	224,50	-21,2	-8,7
Industria	..	..	3.244,30	-2,9	0,0	325,40	-2,1	2,2
Construcción	..	..	2.549,50	-2,8	-6,4	448,70	-5,7	-12,0
Servicios	..	..	13.810,60	2,1	2,3	2.181,80	1,7	0,5
Asalariados del sector público	..	2º Trim. 08	2.941,80	2,3	2,3	498,20	-1,7	-0,4
Asalariados temporales	..	2º Trim. 08	4.952,50	-2,4	-7,9	1.081,80	-5,7	-11,6
Parados encuestados	..	2º Trim. 08	2.381,50	8,7	26,1	618,00	9,1	28,9
<b>Hombres</b>	..	..	1.198,60	15,0	34,9	310,40	15,2	39,2
Mujeres	..	..	1.182,90	2,3	17,2	307,60	3,2	18,5
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	2º Trim. 08	10,44	7,8	23,9	16,27	8,9	26,5
Hombres	..	..	9,07	13,2	32,7	13,87	14,7	38,0
Mujeres	..	..	12,28	2,4	14,6	19,70	2,8	14,0
16-19 años	..	..	41,13	20,0	29,2	43,13	11,9	26,1
20-24 años	..	..	18,88	4,7	20,9	23,90	4,1	18,5
25-54 años	..	..	9,2	7,0	25,3	14,71	10,9	29,1
Más de 55 años	..	..	6,45	2,3	16,3	12,02	-1,7	22,5
Parados de larga duración	Porcentaje	2º Trim. 08	15,68	-42,3	-57,1	27,87	-15,4	-1,2
<b>Parados registrados</b>	Miles	2º Trim. 08	2.360,80	2,9	15,8	555,80	3,3	13,8
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	1º Trim. 08	96,86	-0,8	3,9	..	..	..
<b>II. CONDICIONES DE TRABAJO</b>								
Salario mínimo	€/mes	2º Trim. 08	600	0,0	4,9	600	0	4,9
Coste laboral por trabajador	€/mes	1º Trim. 08	2.309,87	-4,0	1,2	2.098,53	-2,6	1,4
Industria	..	..	2.631,22	-4,8	2,1	2.383,68	-2,1	6,1
Construcción	..	..	2.234,53	-6,8	-2,5	2.183,83	-3,2	-1,3
Servicios	..	..	2.239,25	-3,2	1,6	2.024,32	-2,6	1,3
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	1º Trim. 08	149,40	3,5	-0,3	148,2	-4,1	-2,1
Accidentes mortales de trabajo	Total	1er Trim. 08	227,00	-1,7	-13,7	..	..	..
<b>III. REGULACIÓN DE EMPLEO</b>								
Expedientes	Total	1º Trim. 08	219	-77,2	-77,7	97	-2,0	-20,5
Trabajadores	Extinción de empleo	..	7.962	7,2	30,6	498	31,1	255,7
	Suspensión de empleo	..	1.134	-84,5	-79,2	419	84,6	86,2
	Reducción de jornada	..	51	-29,2	920,0	12	500,0	-
<b>IV. CONFLICTOS LABORALES</b>								
Huelgas	Total	1º Trim. 08	397,00	22,2	45,5	..	..	..
Participantes	Miles	..	104,40	4,7	-63,8	..	..	..
Jornadas no trabajadas	..	..	975,70	173,6	173,7	..	..	..
<b>V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS</b>								
Crecimiento económico	Porcentaje	1º Trim. 08	2,7	-0,8	-1,4	..	..	..
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	4º Trim. 07	-27,5	-1,4	7,9	..	..	..
Inflación	Porcentaje	2º Trim. 08	4,6	0,2	2,2	..	..	..
Saldo público (operaciones no financieras)	Millardos €	2º Trim. 08	-0,42	0,3	0,5	..	..	..
Tipo de interés (Euribor 12) meses)	Porcentaje	2º Trim. 08	4,7	0,6	14,3	..	..	..

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

---

# Informes y Documentos





## **25 AÑOS DEL CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES. 25 AÑOS CON EL PROGRESO DE LA REALIDAD LABORAL**

El pasado 27 de junio, el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales cumplió sus bodas de plata. 25 años de esfuerzo y compromiso con el desarrollo del Sistema y el modelo andaluz de relaciones laborales, que fueron conmemorados con una serie de eventos celebrados en Sevilla, en las Reales Atarazanas en la semana del 23 al 29.

A lo largo de estos 25 años de historia moderna, la sociedad andaluza ha cambiado de manera muy significativa y también, porqué no, de forma muy positiva, en todos los aspectos que definen a una comunidad: desde el perfil económico, cultural, sociológico, demográfico, político y por supuesto, laboral. En este sentido, el Consejo ha querido hacer un alto en el camino para realizar un balance de estos años, de la actualidad en la que nos encontramos inmersos y de los retos que nos esperan y la forma de afrontarlos.

Para ello organizó diversos encuentros en los que han participado responsables de la política, la economía, los sindicatos y los empresarios dentro y fuera de nuestra Comunidad, con el objetivo de compartir experiencias y perspectivas acerca, fundamentalmente, de la realidad sociolaboral y económica en el marco del diálogo social y la concertación.

Así, la primera jornada sirvió para la inauguración oficial, a cargo del consejero de Empleo, Antonio Fernández, acompañado por Santiago Herrero, líder de la patronal andaluza, Manuel Pastrana, máximo representante de UGT Andalucía, Francisco Carbonero, su homólogo en Comisiones Obreras de Andalucía y la presidenta del CARL, Mercedes Rodríguez-Piñero.

En su intervención, el Consejero de Empleo destacó el modelo de concertación andaluz “como rasgo distintivo del crecimiento económico y la modernización de Andalucía” al tiempo que puso de manifiesto la importante transformación que ha experimentado la sociedad andaluza en los últimos 25 años, convirtiéndose en “una región moderna, integrada en una Europa con la que compartimos modelo social y convergemos a un ritmo ciertamente acelerado, que ha sabido detectar las necesidades de cambio y que responde con un tejido productivo más diversificado y centrado en las nuevas tecnologías, en la investigación y en la innovación, además de apostar por una cualificación permanente de sus trabajadores”.

Fernández alabó igualmente el trabajo del CARL, afirmando que “la receta del éxito de nuestra comunidad ha sido la opción estratégica de vosotros por una concertación social, respetando la diversidad y con una apuesta sinérgica, coordinada y eficiente por nuestro desarrollo”. Finalmente, el consejero se refirió a los desajustes económicos actuales como “turbulencias ante las que reclamo vuestra colaboración y apoyo, no ya sólo en el proceso de negociación del próximo Acuerdo de Concertación Social, sino también en vuestra necesaria actividad diaria”. Y añadió que todo cambio ha de ser analizado “como una oportunidad, y Andalucía tiene ahora instrumentos y herramientas que deben llevarnos a ser optimistas”.

Por su parte, la Presidenta del Consejo, manifestó que el I CARL puede entenderse como “uno de los testigos de la mayoría de edad de la Comunidad Autónoma y de su sociedad”, con la que ha sufrido una “evolución conjunta y simbiótica, desde la preocupación por el mejor desarrollo de las relaciones laborales y el crecimiento del tejido productivo andaluz” y que ha sido un referente en las líneas de actuación en la política sociolaboral de la Junta. Rodríguez-Piñero.

La presidenta aludió en su intervención a los dos ejes esenciales de la actuación del Consejo: la negociación colectiva y el apoyo al Sistema Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía. Sobre el primero resaltó la importancia del papel que le otorga la propia Constitución, “en la medida en la que contempla una economía de mercado, pero en un contexto social, incidiendo en las mejoras de las condiciones de trabajo y en el buen funcionamiento del sistema económico-productivo”. En este sentido, también se refirió a la ampliación de los cometidos y competencias de la autonomía colectiva, que exige reglas de trabajos más flexibles ante circunstancias cambiantes y mayor espacio de autonomía de la negociación colectiva y del diálogo social.”

Sobre el SERCLA Rodríguez-Piñero manifestó que es “el exponente más expresivo” de la determinación de los agentes económicos y sociales de crear instrumentos “ágiles, eficaces y de plena garantía” para la búsqueda de acuerdos en los momentos de discrepancia; y que no es sólo un sistema alternativo de solución de conflictos sino que es el “fruto de una autonomía colectiva responsable, un elemento básico de las relaciones laborales y del diálogo social en Andalucía”, que ha evitado más de 25 millones de horas de huelga en Andalucía desde el comienzo de su andadura allá por 1999.

Para finalizar, Rodríguez-Piñero hizo referencia a la importancia otorgada por el Consejo a la formación y a la investigación y agradeció el apoyo de todas las organizaciones y miembros del Pleno del Consejo así como de las Instituciones universitarias, el orden jurisdiccional social nacional y autonómico y los colegios profesionales.

La jornada del martes comenzó con la conferencia ofrecida por D. Xavier Prats, Director de Políticas de Empleo de la Comisión Europea, y miembro de la Comisión de Evaluación de Impacto de la Estrategia de Lisboa. En su discurso, destacó un factor clave como la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, que se revela como “uno de los puntos divergentes entre países”, por las distancias de tasa de empleo femenino, por ejemplo, entre Finlandia (70%) y Holanda (15%); también subrayó algunas diferencias como las políticas que definen el gasto social, el gasto en tecnologías o la participación de trabajadores en organizaciones sindicales. En cuanto a las tendencias comunes a nivel de la Unión, Prats apuntó al cambio demográfico y el envejecimiento de la población, el avance de la tecnología y la globalización y sus efectos. Finalmente se refirió a los que consideraba elementos necesarios para superar estos obstáculos al crecimiento como la conjugación entre flexibilidad con seguridad, la inversión en formación y capital humano y la obligada modernización del diálogo social.

A continuación, se celebró una mesa redonda internacional en la que intervinieron representantes de organizaciones empresariales y sindicales europeas, que pusieron de manifiesto las experiencias en diálogo social llevadas a cabo en sus respectivos territorios nacionales. Claude Emmanuel Triomphe Director de Desarrollo Europeo e Internacional de la Asociación de Trabajo, Empleo (ASTREES) fue el responsable de moderar las intervenciones de Christiane Puthod –Vicepresidenta y Delegada de Empleo de la región Rhones Alpes–, France Joubert –Presidente del Centro Europeo de Recursos para Grupos de los Empleadores y vicepresidente del Centro de Recursos de agrupaciones de empleadores– y John Ball –representante de la Confederación del Consejo de Sindicatos del Sudeste de Inglaterra (Sertuc)–.

La tarde del martes ocupó la celebración del Segundo Encuentro de Consejos de Relaciones Laborales autonómicos y Directores Generales de Trabajo. Los representantes de las distintas instituciones se reunieron con objeto de profundizar en el mayor conocimiento, cooperación e impulso del marco de la negociación en los respectivos territorios, mediante el desarrollo de una serie de talleres monográficos y el establecimiento de importantes líneas de colaboración a desarrollar en los próximos años. Especialmente las referidas a la elaboración de fichas estadísticas sobre convenios y elaboración de un protocolo de comunicación e intercambio de información entre las distintas instituciones.

La jornada del miércoles se completó con una primera mesa redonda en la que intervinieron representantes a nivel nacional de las organizaciones empresariales y sindicales, Antonio Ferrer Sais Secretario de Acción Sindical de la Unión General de Trabajadores, Luis Fabián Márquez Sánchez, asesor de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales e Ignacio Fernández

Toxo Secretario de Acción Sindical y Políticas Sectoriales de Comisiones Obreras. La mesa estuvo moderada por Mercedes Rodríguez-Piñero, Presidenta del Consejo.

Como clausura a los actos conmemorativos, se celebró una destacada mesa con la participación de hasta cinco ex ministros de Trabajo en el período democrático en nuestro país. En concreto, y bajo la moderación del Consejero Permanente de Estado, Miguel Rodríguez-Piñero, intervinieron Rafael Calvo Ortega (ministro en 1978), Salvador Sánchez-Terán (1980), José Antonio Griñán (1992), Manuel Pimentel (1999) y Juan Carlos Aparicio (2000).

El primero en intervenir fue el actual Consejero de Economía de la Junta de Andalucía, José Antonio Griñán, quien comparó la precaria situación del Ministerio en cuanto efectivos y capacidades hace 25 años con la actual realidad que permite ofrecer una respuesta ante situaciones de crisis en las que “tenemos unos recursos que nos hacen pensar que los efectos serán menos drásticos que en otras ocasiones”, ahora hay “capacidad de maniobra y superávit y una extrema fortaleza del euro”.

Calvo Ortega por su parte, citó las cuestiones que fueron prioritarias y necesarias durante su época, en plena transición: “el tratamiento y la ubicación de los sindicatos y organizaciones empresariales; la recepción de derechos colectivos como libertad de sindicación, negociación colectiva o huelga; el reconocimiento a la libertad de empresa; y el planteamiento y redacción del Estatuto de Trabajadores”.

Salvador Sánchez-Terán, que heredó la cartera de Calvo, expuso los objetivos marcados al ser designado ministro de Trabajo: “lucha contra el paro, la reforma de laboral a través de la Ley Básica del Empleo, alcanzar el diálogo abierto con los interlocutores y llegar a un sistema de relaciones dignas de un país democrático, una mayor presencia en el mundo de la emigración o el apoyo decidido al movimiento cooperativo”.

A continuación, Manuel Pimentel, manifestó la importancia “de no olvidarnos nunca que, antes que todo, está la libertad de empresa y el derecho de los trabajadores; después puede venir todos lo demás, pero esos son los motores y ejes fundamentales del empleo”. Asimismo, se mostró intranquilo por las circunstancias actuales en torno al diálogo social y apostó por una diálogo no basado en “medidas urgentes o coyunturales, sino que ha de ser obligatoriamente mesurado”.

Cerró el turno de intervenciones Juan Carlos Aparicio quien analizó las relaciones laborales en la actualidad, destacando la gravedad de la pérdida de cotizantes y el aumento de los parados. El ex ministro señaló que los márgenes de maniobra de los estados ante la crisis “se han reducido, porque, por ejemplo, ya no se puede devaluar la moneda y sólo se puede recurrir a jugar con los impuestos directos y a la regulación del mercado de trabajo y al sistema de

protección”, advirtiendo de que el uso de estas dos herramientas ha de conllevar “mucho cuidado pues su empleo abusivo las pone en riesgo”.

Los actos se desarrollaron en el marco de las Reales Atarazanas de Sevilla donde se ubicó por un lado una amplia zona de stands, a través de los cuales el Consejo dio a conocer los servicios que ofrece y la labor que desarrolla a lo largo del año y por otro, una Exposición en la que se realiza un recorrido por los distintos perfiles del sistema de relaciones laborales andaluz en estos 25 años. Toda la información e imágenes de los actos están disponibles en [www.forocarl.es](http://www.forocarl.es)



---

# Comentarios de Jurisprudencia





### COMITÉ DE EMPRESA CONJUNTO

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social),  
de 20 de febrero de 2008*

MARÍA DEL JUNCO CACHERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Un sindicato más representativo presentó preaviso de convocatoria de elecciones a representantes de los trabajadores. Dichas elecciones tendrían el carácter de “total” y para un conjunto o agrupación de veinte centros de trabajo de la empresa P.W., S.L., de los que trece se encuentran en la ciudad de Barcelona, cuatro en Hospitalet de Llobregat, uno en Mataró, uno en Badalona y uno en Terrassa. El número de trabajadores de los centros convocados era de ochenta y cinco. Este preaviso se rectificaría por el sindicato promotor, ampliando el ámbito de celebración a otros cuatro centros de trabajo, dos en Barcelona y otros dos en Hospitalet de Llobregat, afectando a un total de noventa y un trabajadores. Ninguno de los centros que constan en el preaviso, supera el número de diez trabajadores.

Consta que la empresa tiene cuarenta centros de trabajo en la provincia de Barcelona, y que ocupan a ciento cincuenta y siete trabajadores. En todo el territorio español, sin especificar el número de centros de trabajo, dicha empresa tiene una plantilla que pasaría de los mil trabajadores.

La empresa P.W., S.L. presenta demanda de conflicto colectivo frente al sindicato ante la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, solicitando que se declare la nulidad del preaviso de elecciones sindicales realizado por el demandado, agrupando determinados centros de trabajo en la provincia de Barcelona, y para la elección de un Comité de empresa. Se estimó el conflicto colectivo, sobre la siguiente base: a) la empresa tiene en total una plantilla que supera los mil trabajadores; b) en la provincia de Barcelona están situados cuarenta centros de trabajo, en los que prestan servicios ciento cincuenta y siete trabajadores; c) el preaviso va referido a la agrupación de

---

\*T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

veinte centros, ampliado a cuatro más posteriormente; d) ninguno de los referidos centros de trabajo supera los diez trabajadores. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima la demanda y anula el preaviso de elecciones.

Posteriormente el sindicato interpone recurso de casación ante la sala de lo social del Tribunal Supremo<sup>1</sup>, basándose en interpretación errónea del art. 63.2 del ET<sup>2</sup>.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo desestima el recurso, fallando que es nulo el preaviso de elecciones en la empresa P.W., S.L., promovido por el sindicato, referido a la elección de un Comité de empresa Conjunto, para la mitad de los centros de trabajo existentes en la provincia de Barcelona y en los que cada uno de ellos ocupa entre seis y diez trabajadores, haciendo extensión, para llegar a tal conclusión, de la doctrina ya establecida para la elección de Delegado de Personal en sentencias dictadas por esta misma sala de, 31 de enero de 2001 y de 19 de marzo de 2001, y no para el caso de Comité de empresa Conjunto.

## ÍNDICE

1. ELECCIONES TOTALES Y ELECCIONES PARCIALES
2. CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL: EMPRESA O CENTRO DE TRABAJO
3. COMITÉ DE EMPRESA CONJUNTO

### 1. ELECCIONES TOTALES Y ELECCIONES PARCIALES

El art. 67.1 del ET establece la obligación de los promotores de identificar en la comunicación de promoción de elecciones, con precisión y claridad la empresa y el centro de trabajo de ésta en la que se vaya a celebrar el proceso electoral. El incumplimiento de este requisito en la promoción, determinará la falta de validez de dichas elecciones<sup>3</sup>. No parece que éste haya sido el caso en la sentencia que comentamos, pues de la misma se desprende que han sido identificables todos y cada uno de los centros en los que se promueven las elecciones. Estos son: trece, a los que después se suman dos, en la ciudad de Barcelona; cuatro, a los que después también se suman dos, en Hospitalet de Llobregat; uno en Mataró; uno en Badalona, y uno en Terrassa<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sentencia de 20 de febrero de 2008, que aquí comentamos.

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET

<sup>3</sup> FITA ORTEGA, F. (coord.): *Laudos arbitrales de elecciones sindicales en la provincia de Valencia*. Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Pág. 117.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, de 20 de febrero de 2008.

El problema se nos plantea con la calificación de “total” que la propia sentencia establece para estas elecciones: “Dichas elecciones tendrían el carácter de “total” y para un conjunto o agrupación de veinte (posteriormente se subsanó y fueron veinticuatro) centros de trabajo de la empresa.....La empresa cuenta con un total de cuarenta centros de trabajo en la provincia de Barcelona, que darían ocupación a un total de ciento cincuenta y siete trabajadores.....”. No casa bien el que sea total con el hecho de que se lleve a cabo en una parte del conjunto de centros de trabajo y no porque no puedan conjugarse ambos términos, pues puede ser total, para toda la plantilla que componga esos centros en los que se promueve, sino porque justamente la sala apunta, como se acaba de señalar, que hay más centros de trabajo en la provincia de Barcelona, concretamente cuarenta.

Quizás, el término empleado debió ser “global”, es decir para la celebración de elecciones en todos los centros de trabajo de la empresa de una misma provincia, pues de lo contrario no tendría que aparecer tal argumentación de falta del resto de los centros no promovidos.

Además entendemos que una cosa es la promoción de elecciones, que legalmente se establece que puede ser de carácter total o parcial y, otra cosa es el acto formal del preaviso de la promoción de elecciones, que puede ser uno para cada centro o circunscripción electoral donde se promuevan las elecciones, o bien uno de carácter global <sup>5</sup>para todos los centros o circunscripciones donde se quieran llevar a cabo las elecciones. Luego la elección podrá ser total o parcial y el preaviso podrá ser individual o global.

La promoción a representantes de los trabajadores puede ser total o parcial. Entre las causas de promoción total de elecciones se encuentran la finalización del mandato representativo, la declaración de nulidad del proceso electoral por el árbitro o por la jurisdicción social, la revocación de la totalidad de los representantes de los trabajadores y el inicio de actividad para una empresa de nueva constitución<sup>6</sup>. A priori se nos antoja que la promoción en la sentencia que comentamos es total, pues no hay ni en instancias anteriores, ni en esta propia que analizamos, referente alguno a elecciones que se hayan celebrado.

Una cuestión básica es conocer la posibilidad, tal y como se señala en la sentencia<sup>7</sup> de proceder el sindicato promotor a la agrupación de algunos centros

<sup>5</sup> El E. T. no prevé los supuestos de promoción total de elecciones a representantes de los trabajadores. Para salvar esta laguna legal el art. 1.1 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la empresa, dispone los supuestos en que es posible la promoción de elecciones referida en los arts. 67.1 ET y 6.3.e) y 7.1 y 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M<sup>a</sup>. J. y PÉREZ BORREGO, G.: *Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios*. Aranzadi, Pamplona 1995. Pág. 101.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, de 20 de febrero de 2008.

de trabajo, no de todos los existentes en la provincia de Barcelona y en los que el número de trabajadores oscila entre seis y diez.

Parece que tal y como establece el art. 63.2 del ET, cuando la intención sea la creación de un Comité de empresa Conjunto, tendrán que agruparse “todos” los centros que no lleguen a cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto sí lo alcanzan.

Señala algún sector doctrinal<sup>8</sup> “que el número de trabajadores es un elemento delimitador del ámbito objetivo de las elecciones, pues, en todo caso, estarán excluidos aquellos centros de trabajo que tengan menos de seis trabajadores. La unidad electoral utilizada por la legislación no es, pues, la empresa, aunque el Título II del ET se refiera a los derechos de representación colectiva en la empresa, sino el centro de trabajo”. Pensamos que estas afirmaciones debieran ponerse, al menos en reserva, cuando de lo que se está tratando no es de una regla general y común frente a todas las representaciones unitarias, sino de una excepcionalidad a la misma.

Luego parece que la elección debió ser total y con carácter global, es decir: cuando de lo que se trata es de la elección de un Comité de empresa Conjunto, el preaviso debe ser para todos los centros de trabajo de la misma provincia, señalando el número de éstos y el número completo de trabajadores a los que afecta dicho preaviso, pues de lo contrario, por ejemplo, encontraríamos casos de centros de trabajo donde ni siquiera se llegue al mínimo de trabajadores para obtener representantes, surgiendo la duda de sí deben o no los mismos participar en las elecciones.

Es más, parece en el supuesto que se analiza que aunque se señala que los centros promovidos tienen una plantilla que alcanza entre seis y diez trabajadores, ello no podría ser así, pues el censo de trabajadores que aparece reflejado es de noventa y uno y por más que queramos dividir entre los veinticuatro centros de trabajo –que son los que se preavisan–, no pueden reunir cada uno al menos seis trabajadores, pues mínimo serían ciento cuarenta y cuatro trabajadores. Por ello, se deduce que la elección por los promotores de los distintos centros de trabajo, no parece obedecer a que sean los centros que cuentan con el mínimo de trabajadores para poder elegir a sus representantes.

La constitución de un Comité de empresa Conjunto constituye una excepción respecto a la regla general que considera circunscripción electoral al centro de trabajo.

<sup>8</sup> BLASCO PELLICER, C: *El nuevo procedimiento de “elecciones sindicales”: aspectos críticos*. Tirant lo Blanch. Valencia 1995. Pág. 25.

## 2. CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL: EMPRESA O CENTRO DE TRABAJO

La circunscripción electoral identifica el ámbito en que va a desarrollarse el proceso electoral, siendo éste la empresa o el centro de trabajo, art. 62.1 y 63.1 ET, prevaleciendo el centro de trabajo frente a la empresa<sup>9</sup>, con objeto de favorecer la intermediación entre representantes y representación.

En materia electoral la identificación de lo que constituye la unidad electoral básica se ha venido haciendo a partir de una interpretación estricta de la definición contenida en el art. 1.5 ET, donde se señala que por centro de trabajo se entiende “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”<sup>10</sup>. De todos los elementos que aparecen en la definición, el relativo al alta ante la autoridad laboral no es determinante. El requisito que realmente define al centro de trabajo es la “unidad productiva”, es decir, el desarrollo de una actividad empresarial con todos los elementos propios, autónomos e individuales para iniciar y finalizar el proceso productivo y una organización específica propia que la individualiza dentro de la empresa, que convierte el centro de trabajo en una técnica de producción, nota que permite diferenciar el centro de trabajo de un simple lugar de trabajo<sup>11</sup>.

Pero el proceso electoral<sup>12</sup> puede llevarse a cabo tanto a nivel de empresa como a nivel de centro de trabajo, de forma que en empresas con varios centros de trabajo cabe celebrar elecciones en cada uno de ellos, siempre que cuenten con el número mínimo de trabajadores exigibles. Pero en estos casos de empresas con pluralidad de centros hay que tener en cuenta la regla excepcional que establece el art. 63.2 del ET<sup>13</sup>, que permite la agregación electoral de centros, para cuando existan en la misma provincia varios centros de trabajo que no lleguen a cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto alcancen esta cifra, en cuyo caso éstos centros podrán unirse a efectos de elegir un c

<sup>9</sup> FITA ORTEGA, F. (coord.): *Laudos arbitrales de elecciones...* op. cit. Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Pág. 135.

<sup>10</sup> Este concepto se reitera en el art. 5.1 del Real Decreto 1844/1994, op. cit.

<sup>11</sup> FITA ORTEGA, F. (coord.): *Laudos arbitrales de elecciones...* op. cit. Tirant lo Blanca. Valencia 2008. Pág. 142.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F.: *La Regulación Legal de los Representantes de los Trabajadores en la empresa*. Fundación Confemetal. Madrid 2000. Pág. 15.

<sup>13</sup> Art. 63.2 del ET: “En la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Cuando unos centros tengan cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro”.

Comité de empresa Conjunto.

Puede que en esta última idea se haya fundamentado la intención de promover por el sindicato Comisiones Obreras Nacional de Cataluña, las elecciones en veinticuatro de los cuarenta centros de trabajo que la empresa P.W., S.L., tiene en la provincia de Barcelona. Pues por un lado, es una empresa de carácter pluricelular y ninguno de sus centros tiene más de cincuenta trabajadores y por otro, los centros promovidos cuentan con la plantilla mínima para elegir representantes –eso establece la sentencia–. Teniendo en cuenta ambas circunstancias, no parece “descabellada” la idea de un Comité de empresa Conjunto.

Pero para la sentencia que aquí traemos, esta idea no parece estar presente, pues en la misma en su fundamento de derecho número cuatro, establece con respecto al Comité de empresa, que la circunscripción electoral es el centro de trabajo –art. 63.1 ET–, por tanto es la regla general de unidad electoral, con la única excepción del supuesto previsto en el art. 63.2 ET, que justamente es el supuesto que promovió el sindicato: el Comité de empresa Conjunto.

Teniendo presentes las dos sentencias<sup>14</sup> que sirven de referente a esta sala para abordar el tema que se les plantea, enumeran cada uno de los preceptos que a lo largo y ancho, tanto del ET, como del Reglamento de Elecciones, tienen presentes al centro de trabajo como el referente y no a la empresa.

De la misma forma, argumenta el Tribunal que “no cabe desconocer, no obstante, que tanto el art. 62.1 del Estatuto, como otros muchos preceptos de dicha Ley y de la normativa de desarrollo, aluden disyuntivamente a “la empresa o centro de trabajo”. Pero, una interpretación lógica y sistemática de la expresión, lleva a la conclusión de que la norma utiliza la conjunción disyuntiva en función del significado de equivalencia y no de alternativa. Lo que el precepto pretende en definitiva al citar a ambos términos, es distinguir entre las empresas de estructura u organización funcional simple, entendiendo por tales aquellas en que la empresa asienta físicamente su actividad sobre un único centro de trabajo, y las de estructura mas compleja o múltiple, que la desarrollan en varios centros. Para las primeras, la expresión “empresa o centro de

<sup>14</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 y de 19 de marzo de 2001: La unidad electoral es el centro de trabajo y “todo ello se desprende: A) Del Estatuto de los Trabajadores. Y no solo de su art. 62... sino también de los arts. 63, donde, pese a que el órgano de representación se denomina “comité de empresa”, es obligada su constitución “en cada centro de trabajo”; art. 67, que solo autoriza a promover elecciones a los “trabajadores del centro de trabajo” y obliga a precisar en la comunicación de la promoción de elecciones “el centro de trabajo” en el que se van a celebrar; art. 68... ; art. 74...; art. 76.5... Y B) Del Reglamento de Elecciones: art. 1 prevé la promoción de elecciones, a partir de la iniciación de actividades “en el centro de trabajo”, salvo para el supuesto excepcional ya aludido del art. 63.2 ET; art. 5.1...; art. 7... ; art. 13...

trabajo”, denota equivalencia. Para las de organización compleja o múltiple, donde tal equivalencia no es posible, no opera ya la disyuntiva y el precepto establece el centro de trabajo como única unidad electoral, sin otorgar ninguna facultad de opción a los promotores<sup>15</sup>. Llama la atención la interpretación gramatical de la conjunción “o”, porque su significado según la sentencia es de equivalencia, y nunca admite la verdadera significación de la partícula “o”, que es disyuntiva.

Aunque se tratan en esta sentencia<sup>16</sup>, tanto los temas referidos a la concepción de un centro de trabajo como la unidad electoral general, y aunque se establece la excepcionalidad del art. 63.2 del ET, “choca” la analogía que tiene presente a lo largo de la misma, con las dos sentencias de referencia – la de 31 de enero de 2001 y la de 19 de marzo de 2001 –, pues en ellas se negaba la agrupación de centros de trabajo, unos con menos de seis trabajadores y otros, entre seis y diez, para elegir Delegado de Personal y en la sentencia presente, la intención es elegir no una representación unitaria mancomunada, sino una representación unitaria colegiada.

Quizás la solución esté justamente casi al final de la sentencia que comentamos, cuando establece: “en todo caso, nunca sería admisible que la acotación de los electores pueda quedar sometida a la discrecional voluntad del Sindicato promotor, que en el caso concreto de autos preavisa del proceso electoral agrupando tan sólo la mitad de los centros de trabajo existentes en la provincia de Barcelona, sin que conste razón alguna –más que la oportunidad, es de suponer– para excluir del conjunto a los restantes centros, pues no hay que olvidar que la posibilidad de acumular centros para obtener el censo electoral mínimo, tal como regula la excepción –de obligatoria aplicación– el art. 63.2 E.T, imperativamente comporta la agrupación de «todos» los centros de menos de 50 trabajadores; el texto de la norma es inequívoco”.

Tres son las razones que destacan: 1) los promotores no pueden acotar la circunscripción electoral; 2) se han excluido centros, por no tener el mínimo de trabajadores para poder elegir representante; 3) “todos”: ciertamente se promueve la mitad, más o menos, de los centros de la empresa P.W., S.L, y tal como indica el Tribunal el art. 63.2 ET establece “... y con todos los segundos se constituirá otro”.

La cuestión está, como apuntaba la prof<sup>a</sup>. Blasco Pellicer<sup>17</sup> en saber qué se aplica “cuando una empresa está organizada en varios centros de trabajo que de

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, de 20 de febrero de 2008, citando textualmente a las sentencias del mismo Tribunal de 31 de enero de 2001 y de 19 de marzo de 2001.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, de 20 de febrero de 2008.

<sup>17</sup> BLASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento...* op. cit. Tirant lo Blanch. Valencia 1995. Pág. 31.



manera aislada no alcanzan el número de cincuenta trabajadores, pero si en conjunto. En sede judicial se han planteado varios conflictos sobre si debían unirse<sup>18</sup> todos los centros para elegir un Comité Conjunto o, al contrario, si podían celebrar elecciones en cada centro a Delegados de Personal. Los tribunales entendieron que no procede dejar en manos de los convocantes esa posibilidad dado que el art. 63.2 del ET impone obligatoriamente un Comité Conjunto”.

Por regla general es el centro de trabajo el referente a lo que la circunscripción electoral se refiere, salvo lo establecido en el art. 63.2 del ET, para cuya circunscripción electoral el referente es la agrupación de todos los centros de trabajo que no alcancen el número de cincuenta trabajadores y que juntos lleguen a esa cantidad.

Analizaremos a continuación, en el último apartado, dicho órgano excepcional, el Comité de empresa Conjunto.

### 3. COMITÉ DE EMPRESA CONJUNTO

Dispone el art. 63.2 ET: “En la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Cuando unos centros tengan cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y en todos los segundos se constituirá otro”.

Surge el problema cuando el sindicato Comisiones Obreras Nacional de Cataluña, argumenta que “es inequívoca la posibilidad legal de agrupar centros de trabajo «que no alcancen los cincuenta trabajadores, pero en su conjunto lo sumen» [art. 63.2 ET], y de eso es de lo que se trata en autos, de manera que en el caso objeto de debate no se pretende aplicar analógicamente las previsiones del art. 63.2 [elecciones para Comité de empresa] a un supuesto del art. 62 [elecciones para Delegado de Personal], sino que el supuesto de autos es el contemplado en el art. 63.2, que no el del 62.1”<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> La propia autora cita textualmente: “SJS nº 9 de Valencia, nº 515/1990, de 12 de noviembre : «Se ha vulnerado al realizar elecciones en la Facultad de Farmacia lo dispuesto en el artículo 63.2 del ET, siendo la norma de derecho necesario indisponible para las partes». También la SMT nº 1 de Madrid 723/1986, de 11 de noviembre: «Nos hallamos en la presencia del supuesto contemplado en el art. 63.2 del ET, con arreglo al cual deberá constituirse un comité conjunto para aquellos centros de trabajo con menos de 50 trabajadores cada uno, siendo imperativo el término empleado y por tanto nulo todo acto que se le oponga»”.

<sup>19</sup> Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, de 20 de febrero de 2008.

Y en este aspecto apuntado parece que lleve razón el sindicato promotor, pues ciertamente vuelve el Tribunal a traer a colación las citadas sentencias de referencia<sup>20</sup> señalando “que aunque referidas a las agrupaciones de centros de trabajo para viabilizar la elección de Delegado de Personal, de todas formas resulta adecuadamente extrapolable a la agrupación pretendida por Comisiones Obreras en el caso de estas actuaciones, para elegir Comité de empresa”.

La argumentación en la sentencia<sup>21</sup> comienza recordando el sistema de representación que el legislador ha establecido, que es de carácter dual, en función del número de trabajadores existentes en la unidad electoral. Así, dedica el art. 62 a las unidades de tamaño reducido, empresas o centros de trabajo de hasta cuarenta y nueve trabajadores, para los que crea órganos de representación individuales, y el art. 63 a las de un número superior a las que dota ya de órganos colegiados. Pero una vez más, parece confundir la intención de los promotores, afirmando “que es insostenible la aplicación analógica de la previsión del art. 63.2 ET al art. 62, razonándose al efecto que el hecho de que el propio Estatuto utilice también en el art. 63 la misma expresión “empresa o centro de trabajo” demuestra que el legislador ha tenido en cuenta todas las posibilidades del sistema en su conjunto, que ha regulado armónicamente a través de dos preceptos consecutivos, de modo que no cabe imputar a olvido la inexistencia de una regla específica en el art. 62 similar a la del art. 63. Si se hubiera querido introducir en el primero, una excepción a la regla general análoga a la que ha establecido para el comité de empresa conjunto en el segundo, lo hubiera hecho así”.

No es que se pretenda aplicar analógicamente lo establecido en el art. 63.2 al art. 62, es que simple y llanamente lo que se quiere aplicar es el art. 63.2, es decir, promover la elección de un Comité de empresa Conjunto.

Es más, esta razonada argumentación del Tribunal, “favorece” a la parte demandada, pues realmente estamos en presencia de una empresa que no tiene un reducido número de trabajadores y por tanto que le correspondería elegir Delegado de Personal, sino que estamos ante una empresa multicelular, cuya plantilla es superior al límite de los cuarenta y nueve trabajadores y que le correspondería la elección de un Comité de empresa, pero con la salvedad que ninguno de los centros llega al número de cincuenta trabajadores, de ahí, la excepcionalidad propuesta de un Comité de empresa Conjunto.

Pero en la sentencia<sup>22</sup> no se refleja tan claramente ese carácter excepcional que tiene el Comité de empresa Conjunto, sino que aparece la posibilidad de su existencia siempre y cuando exista además, en otro centro de la empresa un

<sup>20</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 y de 19 de marzo de 2001.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, de 20 de febrero de 2008.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, de 20 de febrero de 2008.

Comité de empresa: “el art. 63.2 ET, prescribe en su segundo inciso la obligada coexistencia del Comité de empresa producto de la agrupación de centros de trabajo que no alcancen el mínimo exigido por la ley [se formula como excepción] con los Comités «propios» de los centros de trabajo que tengan 50 trabajadores [se presenta como regla general, de necesaria observancia]”.

No creemos que sea un requisito “sine qua non” que para la existencia de un Comité de empresa Conjunto tenga que existir un otro Comité de empresa, pues en el propio art. 63 del ET, se diferencian ambos con un punto, y la coexistencia de los dos – el Comité de empresa Conjunto y el Comité de empresa–, es una posibilidad añadida en dicho precepto, como una posibilidad más a contemplar que pudiera darse en la organización de la empresa.

Así, la regla prevista en el art. 63.2 del ET no constituye una mera posibilidad<sup>23</sup>, sino una regla de obligado cumplimiento en la medida en que se trata de una norma imperativa de derecho necesario absoluto, indisponible, por consiguiente, tanto por la negociación colectiva como para los posibles acuerdos que pudieran producirse entre la empresa y los trabajadores, y ello pese a que pudiera entenderse más operativo que cada centro de trabajo resuelva a través de sus propios delegados la representación ante la empresa.

Creemos pues, que el fallo principal del sindicato promotor ha sido no cumplir tajantemente lo indicado en la norma, es decir, el Comité de empresa Conjunto debe representar a “todos” los centros de trabajo de una misma provincia que no alcancen el número de cincuenta trabajadores, pero que juntos lleguen, y no representar sólo al 50 % de los centros provinciales de la empresa.

Por último, llama la atención el apartado 3.d) del fundamento de derecho sexto de la sentencia que comentamos: “...si es inconstante doctrina científica que el agrupamiento previsto en el art. 63.2 ET no es una «mera posibilidad» en manos de los convocantes sino que se les impone de forma obligatoria, la tesis recurrente [la de que el precepto no establece un mínimo de trabajadores por centro de trabajo, para proceder a agruparlos] conduciría igualmente a otro contrasentido, cual es que a los trabajadores de los centros [varios en la provincia o en municipios limítrofes] de menos de seis trabajadores no se les autorice agruparse y poder celebrar elecciones a Delegado de Personal, pero contrariamente se les imponga [recordemos que el precepto es imperativo] un Comité de empresa, si el censo total de tales centros alcanza los cincuenta trabajadores”. La pregunta que se nos plantea es saber qué será mejor: si tener un Comité de empresa Conjunto que represente a una plantilla, dispersa, pero no demasiado distante, en la provincia, o no tener ningún tipo de representación

<sup>23</sup> FITA ORTEGA, F. (coord.): *Laudos arbitrales de elecciones...* op. cit. Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Pág. 164.

por pertenecer a plantillas de muy pocos trabajadores en el centro de trabajo. Nos decantamos por la primera, y de todas formas quienes tienen la última palabra deben ser los propios trabajadores en las urnas, dándoles la posibilidad de estar representados y que elijan si quieren o no esa representación.

Ya que el Comité de empresa Conjunto es una excepcionalidad, bien podría utilizarse para que el mismo se pudiera implantar en aquellos centros de trabajo de empresas de carácter pluricelular, en los que cada uno de ellos o en su mayoría, no lleguen a tener una plantilla mínima para poder elegir representaciones unitarias, pero que sumando el conjunto de todos los centros, al menos dispongan de una representación, excepcional, para todos los trabajadores, pues su propia configuración empresarial es en cierto modo diferente.



DE NUEVO SOBRE LA SUCESIÓN DE CONTRATOS  
TEMPORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA  
DOCTRINA INTERPRETATIVA DEL TJCE

*Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 15 de abril de 2008 (Caso Impact contra Minister for Agriculture and Food de Irlanda y otros)*

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El sindicato litigante actúa en nombre de 91 trabajadores contratados en distintos Ministerios irlandeses con sucesivos contratos de naturaleza laboral de duración determinada: “algunos demandantes... habían trabajado en los respectivos ministerios durante menos de tres años continuados como trabajadores con contrato de duración determinada y solicitaban el reconocimiento de iguales condiciones de trabajo que los trabajadores fijos comparables, mientras que los demás habían trabajado durante más de tres años continuados y solicitaban no sólo el reconocimiento de iguales condiciones de trabajo sino también contratos de duración indefinida”. La contratación temporal por parte de la Administración se justificaba en necesidades temporales de trabajo o bien en la necesidad de “atender a situaciones en las que no se podía garantizar la financiación permanente de los puestos afectados”; “la práctica habitual de los ministerios afectados consistía en renovar estos contratos por períodos de entre uno y dos años”.

La cuestión principal se centra, por una parte, en la discusión sobre la aplicación o no a los trabajadores temporales de las condiciones retributivas y de pensiones previstas para los trabajadores indefinidos y, en particular, para los funcionarios públicos -considerados a estos efectos por parte de los demandantes como trabajadores fijos comparables-; y, por otra, en los requisitos de renovación de los contratos temporales sucesivos de que eran objeto los trabajadores afectados.

\* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Las cuestiones prejudiciales derivan de la interpretación de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, incorporado a la Directiva 1999/70/CE. Se plantea al Tribunal comunitario, además de cuestiones procesales, si las citadas cláusulas de la Directiva son incondicionales y suficientemente precisas para tener efecto directo o si, al menos, han de condicionar la interpretación de la norma nacional y su propia exigencia con carácter retroactivo. Se plantea, asimismo, la legalidad o ilegalidad de decisiones sobre la sucesión de contratos temporales aun antes de la entrada en vigor de la norma nacional. Finalmente, se viene a plantear si la diferencia de condiciones retributivas y de derechos de pensión percibida por los demandantes respecto a las condiciones de igual naturaleza de que disfrutaban los funcionarios públicos conculca el genérico derecho de igualdad de trato contenido en la norma comunitaria.

**RESUMEN:** En relación con el carácter incondicional y preciso de las previsiones de la Directiva que haría posible su aplicación –y exigencia- inmediata, el Tribunal distingue entre el contenido de la cláusula 4 (principio de no discriminación) y el de la cláusula 5 (medidas para evitar la utilización sucesiva de contratos de duración determinada).

Respecto a la primera de las previsiones citadas, el TJCE afirma que “el Acuerdo marco es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional”. Ello no sucede, en opinión del Tribunal, respecto de la segunda de las cláusulas alegadas, lo cual deriva del hecho de que, a juicio del Tribunal, no se ha establecido o instaurado “una jerarquía entre las distintas medidas contempladas en la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco”.

No obstante lo anterior, el Tribunal argumenta, siquiera *obiter dicta*, que “el principio de interpretación conforme exige sin embargo que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta”.

En todo caso, el TJCE afirma que “en la medida en que el Derecho nacional aplicable contenga una norma que excluya la aplicación retroactiva de una Ley a falta de indicación clara e inequívoca en sentido contrario, un tribunal nacional ante el que se ha interpuesto una demanda basada en la violación de una disposición de la Ley nacional por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva 1999/70 sólo está obligado, en virtud de Derecho comunitario, a

conferir a dicha disposición un efecto retroactivo a la fecha de expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva si existe, en ese Derecho interno, una indicación de esta naturaleza que permita conferir a esta disposición tal efecto retroactivo”.

En relación con el carácter público del empleador, el TJCE afirma que “una autoridad de un Estado miembro que actúe como empleador público no está autorizada a adoptar medidas contrarias al objetivo perseguido por dicha Directiva y el Acuerdo marco respecto a la prevención de la utilización abusiva de contratos de duración determinada”.

Finalmente, en relación con el carácter inmediatamente aplicable y alegable ante un Tribunal nacional de la cláusula de igualdad de trato contenida en la Directiva y, en particular, en cuanto se refiere a la inclusión dentro de dicho principio de las condiciones retributivas y de pensiones, el TJCE afirma el carácter incondicional y preciso de la previsión de la Directiva e incluye sin dudas “las condiciones relativas a la retribución y a las pensiones que dependen de la relación de trabajo, con exclusión de las condiciones relativas a las pensiones que se derivan de un régimen legal de seguridad social”.

## ÍNDICE

1. UNA INTERESANTE SENTENCIA MÁS SOBRE UN SUPUESTO DE HECHO RECURRENTE
2. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL SUCESIVA POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 99/70
3. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

### 1. UNA INTERESANTE SENTENCIA MÁS SOBRE UN SUPUESTO DE HECHO RECURRENTE

La sucesión de contratos temporales es un problema recurrente en el ámbito de las administraciones públicas. A nivel interno nacional, y como especificidad destacable de nuestro ordenamiento jurídico, la disposición adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores intentó cohonestar el respeto a los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública con los límites a la sucesión en la contratación temporal establecidos con carácter general en el art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, la propia (in)definición del que podría denominarse estatuto del trabajador indefinido en la administración (por oposición al fijo de plantilla que accede a través de los procedimientos regulares de acceso), derivada de la sucesión de sentencias en que se fundamenta y que configura dicha distinción<sup>1</sup>, incide en este problema, aportando, las



más de las veces, elementos de incertidumbre más que de aclaración sobre un estatus que deriva de la propia imposibilidad de compaginar el principio de legalidad laboral a que debería estar sometida la administración con los requisitos de mérito y capacidad (e igualdad) en el acceso a la función pública<sup>2</sup>.

En este sentido, la sentencia que comentamos aporta sin duda una serie de cuestiones interesantes al poder extrapolar, en gran parte, muchos de los temas de que trata a la problemática que se plantea en los supuestos de sucesión de contratos de duración determinada en nuestro país.

Quizá la más destacable se deriva del carácter público del empleador en cuestión por cuanto puede incorporar elementos nuevos a un debate, no concluso en nuestra opinión, sobre la utilización abusiva o, si se prefiere –evitando connotaciones subjetivas-, excesiva de la contratación temporal por parte de las administraciones públicas. Es éste, como decimos, un tema recurrente en nuestro país, que la doctrina de esta sentencia pone de manifiesto pero que trata –y aquí quizá esté la diferencia esencial- con una aparente igualdad respecto al tratamiento que cabría dar en relación con empleadores de naturaleza privada.

El hecho de que la sentencia trate de un empleador o de empleadores de carácter público aporta de por sí un elemento interesante. La referida equiparación en el tratamiento del asunto como si fuera un empleador de carácter privado, implícito en la sentencia, y el mandato de cumplimiento de los objetivos de la Directiva –aunque bien sea cierto que partiendo del reconocimiento de que el contenido de la cláusula 5 del Acuerdo marco no es incondicional e impide su aplicación directa e inmediata- podría implicar una perspectiva distinta al tratamiento que se da en nuestro país respecto a la contratación irregular o sucesiva en el ámbito de las administraciones públicas.

<sup>1</sup> Sobre el tema, confr., por ejemplo y sin ánimo exhaustivo, Nicolás Bernad; “La contratación temporal irregular en la Administración Pública: evolución jurisprudencial”. *Aranzadi Social* n° 2/2000; Molero Marañón; “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido”; *Relaciones Laborales I/2004*; págs. 157 y ss.; Lahera Fortaleza; “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública (comentario a la STS 27 de mayo de 2002)”; *Relaciones Laborales II/2002*, págs. 679 y ss.; Valdés Alonso; “Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública (comentario a la STS 4ª de 30 de mayo de 2007)”; *Relaciones Laborales* n° 2 2007; págs. 825 y ss. También Pérez Rey; “El contrato indefinido temporal: un paso más en la disciplina jurisprudencial de la contratación temporal en el seno de la Administración Pública (comentario a la STS 4ª 27-5-2002)”; *Revista de Derecho Social* n° 19; págs. 147 y ss.

<sup>2</sup> Sobre dichas dudas baste destacar la citada evolución jurisprudencial, desde la inicial STS 7 de octubre de 1996 (n° R. 3307/1995) hasta la más recientes, por ejemplo, de 18 de julio o de 26 de abril de 2007 (n° R. 3685/2005 y 229/2006), teniendo en consideración sentencias importantes como la STS 27 de mayo de 2002 (n° R 2591/2001).

Es cierto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en las dos sentencias de 7 de septiembre de 2006 (asunto Cristiano Marrosu y Gianluca Sardino y asunto Andrea Vasallo), afirmaba que "...la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público"; y lo es que, por tanto, parece posible establecer distinciones en el ámbito del derecho interno entre los empleados sometidos a una sucesión de contratos temporales según el tipo de empleador que tuvieran. Pero, al mismo tiempo no pueden olvidarse las aclaraciones inevitables que contenían dichas sentencias. Por una parte cuando afirmaba que, de cualquier forma, "el ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y sancionar, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada"; y, por otra, que dichas medidas "no sólo deben resultar proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco"<sup>3</sup>.

La sentencia que ahora comentamos no establece tal distinción en función de la condición pública o privada del empleador; seguramente porque no se establece dicha diferenciación en la norma de derecho interno de referencia. Sin embargo, se podría haber considerado esta circunstancia dentro de la generalidad de las "razones objetivas" (*objective grounds*) a que se refiere ampliamente el apartado 4 del art. 9 de la citada ley irlandesa nº 29 de 2003 (antes transcrito).

Todo ello conlleva que se pueda aportar esta sentencia a un debate sobre la extensión de las limitaciones a la contratación temporal sucesiva en el caso de las administraciones públicas. También, por supuesto, en relación con la exigencia del principio de igualdad en la determinación de las condiciones de trabajo entre trabajadores temporales y trabajadores fijos (aquí en el caso, a instancia de los demandantes, pretendiendo la comparación con los funcionarios públicos), cuestión ésta última con antecedentes inmediatos en la doctrina del TJCE en relación con nuestro propio derecho interno<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> En este sentido, vid. lo dicho en la STJCE de 4 de julio de 2006 (caso Adelener) ya citada. Vid. nota infra.

<sup>4</sup> STJCE de 13 de septiembre de 2007 (caso del Cerro Alonso contra el Servicio Vasco de Salud). Un comentario a la misma, Palomino Saurina; "¿Es discriminatorio para el trabajador no reconocerle los trienios correspondientes al tiempo que ha trabajado como personal estatutario temporal? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre de 2007". *Aranzadi Social* 55/2007 (BIB 2007/2155).

La cuestión que podríamos plantear no es tanto si existe o no una medida diferente a aplicar cuando se trata de un empleador público, sino si se dan los requisitos (o si se respetan los principios) de equivalencia y efectividad que parecen ineludibles respecto a la Directiva 99/70<sup>5</sup>. Y es a este punto donde podría trasladarse un debate interno sobre la figura y definición del estatuto del trabajador indefinido en la administración pública.

En este sentido, además de las cuestiones generales derivadas de la peculiaridad del empleador público y del tratamiento específico que tiene el mismo en nuestro derecho interno, a la luz de la doctrina contenida en esta sentencia –y, sobre todo, derivado de las cuestiones que suscita la misma–, se ha de plantear una comparación inevitable entre el contenido del pronunciamiento del TJCE con la normativa que ha servido en última instancia como transposición definitiva del contenido de dicha Directiva a la norma interna; en particular, en lo que se refiere a la utilización excesiva y sucesiva de contratos temporales por parte de las administraciones públicas y la solución legal a que se llega en nuestro país<sup>6</sup> (que, en todo caso, no puede quedarse en una mera prohibición de declaración como fijo del trabajador contratado de manera sucesiva o abusiva<sup>7</sup>).

De cualquier forma, con ser éste un tema más que interesante y que, en nuestra opinión, justifica una reflexión sobre el tema (uno más sobre un asunto que, insistimos, es más que recurrente) no es el único que nos sugiere la sentencia del TJCE que presentamos.

<sup>5</sup> Vid. en este sentido, el apartado 95 de la STJCE de 4 de julio de 2006 (caso Adelenner). Según establece el Tribunal, “aunque las modalidades de aplicación de tales normas deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía de procedimientos de éstos, tales modalidades no deben ser, sin embargo, menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)”.

<sup>6</sup> Cuestión esta no obstante que no contempla Cavas Martínez para quien “el ordenamiento español no excluye la consideración de estos contratos como indefinidos, sino como fijos, y en todo caso, el nuevo artículo 15.5 ET que ha puesto límites al encadenamiento de contratos temporales resulta igualmente de aplicación en las Administraciones Públicas...” (Cavas Martínez; “Contratación temporal sucesiva: problemas interpretativos”. *Aranzadi Social* n° 6/2008 (BIB 2008/1113).

<sup>7</sup> Si atendemos a la doctrina de la STJCE de 4 de julio de 2006 (caso Adelenner) cuyo fallo, respecto de esta cuestión, concluye: “en circunstancias tales como las del asunto principal, el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata no contiene, en el sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, dicho Acuerdo impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a ‘necesidades permanentes y duraderas’ del empleador y deben considerarse abusivos”.

De esta forma, en un plano de importancia similar (y excluyendo las cuestiones procesales sobre el reparto de competencias de derecho interno en Irlanda en materia de aplicación de la Directiva y su norma de transposición, y las cuestiones sobre el pretendido carácter retroactivo de la norma nacional al momento de entrada en vigor de la Directiva que no pueden extrapolarse, en nuestra opinión, a la regulación del régimen transitorio del RDL 15/2006 –y posteriormente de la Ley 43/2006-), hay que destacar el pronunciamiento de la sentencia sobre el principio de igualdad entre trabajadores temporales y fijos. No sólo por el contenido en sí mismo de dicho pronunciamiento, que, en gran medida, reitera el ya contemplado en la sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2007, sino por cómo se plantea dicha equiparación en la determinación de las condiciones de trabajo. En este sentido, el hecho de que los demandantes exijan la aplicación inmediata del referido principio de igualdad en relación con los funcionarios públicos –que éstos entienden como trabajadores fijos comparables a estos efectos-, pese a ser un dato incidental –no cuestionado, por otra parte, por el propio Tribunal-, incorpora también elementos de debate que pueden ser interesantes.

En definitiva, los argumentos de la sentencia del TJCE que comentamos afectan con carácter general a la contratación por parte de las administraciones públicas no sólo en el país de referencia en el caso –Irlanda- sino que pueden ser claramente extrapolables a nuestro país; sobre todo, desde la concreción nacional de las previsiones de la Directiva, también en el ámbito de la contratación laboral por parte de las administraciones públicas.

## **2. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL SUCESIVA POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 99/70**

Como indicábamos al principio, la *Labour Court* irlandesa plantea al TJCE como cuestión prejudicial si es “la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco [...] incondicional y suficientemente precisa en sus términos, de modo que puede ser invocada por los particulares ante sus tribunales nacionales”<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Además, plantea más concretamente si “¿impide la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco [...] a un Estado miembro, que actúa en calidad de empleador, renovar un contrato de trabajo de duración determinada por un período de hasta 8 años con posterioridad al momento en el que el Derecho interno debería haberse adaptado a dicha Directiva y con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación por la que se produce tal adaptación, si:

- en todas las ocasiones anteriores el contrato se renovó por períodos más cortos y el empleador necesita los servicios del empleado durante un período de tiempo que excede de la duración habitual de renovación,

Desde la perspectiva del derecho nacional español, los presupuestos de esta sentencia no se dan con una identidad plena; sobre todo si tenemos en cuenta que la previsión original de la Directiva se podría entender cumplida con la previsión original del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores –fundamentalmente en lo que se refiere a la exigencia de una justificación objetiva en que fundamentar la contratación temporal y, al menos, desde la Ley 12/2001-. Sin embargo, pese a ello, como decimos, sí hay elementos de coincidencia con la problemática derivada de la contratación temporal sucesiva por parte de las administraciones públicas. En primer lugar, por esto mismo, porque nos encontramos con supuestos de contratación sucesiva por parte de una administración pública; en segundo lugar, porque, además, los requerimientos de mano de obra temporal por parte de las administraciones públicas en cuestión podrían superar los límites de duración establecidos legalmente con carácter general; y, finalmente, en tercer lugar, porque se puede poner de manifiesto una cuestión general sobre la renovación de contratos de duración determinada con ausencia de justificación objetiva (incluso, de contratación temporal para atender necesidades permanentes de mano de obra).

Por todo ello, nos parecía interesante, en el sentido antes indicado, traer este nuevo pronunciamiento del TJCE en relación con esta cuestión y establecer un mecanismo de comparación entre las cuestiones prejudiciales planteadas en el caso y los supuestos de hecho básicos que se plantean en el mismo en relación con los supuestos de contratación sucesiva por parte de las administraciones públicas en nuestro país.

La primera conclusión clara a que llega el TJCE es que la referida cláusula 5 del Acuerdo marco no tiene el carácter incondicional y preciso que sería exigible conforme a la reiterada doctrina del propio Tribunal de las Comunidades Europeas para admitir la aplicación inmediata de su contenido aun cuando no haya habido transposición al derecho interno.

El TJCE se pronuncia con una claridad meridiana. Tal como transcribíamos en el resumen que hacíamos de la sentencia, el Tribunal concluye reiteradamente que “esta disposición no es, desde el punto de vista de su contenido,

---

-la renovación por este período más largo impide que un particular quede plenamente amparado por las garantías establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo marco después de la adaptación del Derecho nacional,y

- no existen razones objetivas, ajenas a la condición del empleado como trabajador con un contrato de duración determinada, que justifiquen tal renovación?”

Evidentemente estas últimas cuestiones se refieren a un momento procesal determinado, situado entre la entrada en vigor de la norma nacional que transpone la Directiva y en momento en el que el Derecho interno debería haber procedido a adaptarse al mandato contenido en la referida Directiva, cuestión ésta recurrente (sobre los efectos retroactivos de la Directiva 99/70) que se habían planteado ya, por ejemplo, en el caso Adelener (STJCE de 4 de julio de 2006).

incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional” (apartado 80, entre otros); ello implica, por tanto, que “en el presente asunto no es posible determinar suficientemente la protección mínima que debería aplicarse” (apartado 79º).

Esta conclusión guarda una clara relación con el propio contenido del Acuerdo marco y, sobre todo, con la inexistencia de una graduación o jerarquía entre las distintas medidas contenidas en el mismo para evitar la sucesión excesiva de contratos de duración determinada.

Según relata la propia sentencia, la Comisión mantenía la tesis de que, en todo caso, la cláusula 5 del Acuerdo marco sí establecía una protección material mínima y concreta a los trabajadores. Según ésta (apartado 75º de la sentencia), la citada cláusula “determina tal protección materia mínima al exigir, a falta de cualquier otra medida destinada a combatir los abusos o, al menos, de una medida suficientemente eficaz, objetiva y transparente a tal fin, que existan razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos o de relaciones laborales de duración determinada sucesiva”.

Sin embargo, para el TJCE no existe una jerarquía entre las medidas contempladas en la referida cláusula 5º. Como sigue afirmando la sentencia (en el mismo apartado 76º), “...los propios términos de esta disposición indican inequívocamente que las diferentes medidas contempladas se consideran equivalentes”<sup>10</sup>. Y ello pese a que, como no obstante reconoce el Tribunal, «las partes signatarias del Acuerdo marco estimaron que ‘una utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada basadas en razones objetivas constituye una forma de evitar abusos’».

Todo lo anterior conlleva que el TJCE concluya que no hay una precisión suficiente en las medidas previstas en la tantas veces citada cláusula 5 del Acuerdo marco y, por tanto, que no es posible que un particular la alegue ante un tribunal nacional.

No obstante, podríamos hacer algunas consideraciones.

La primera de ellas se refiere a la necesidad de atender a los objetivos de la Directiva.

<sup>9</sup> Y ello pese a lo argumentado por el propio Tribunal en la sentencia Francovich en la que pese a las distintas opciones que planteaba la Directiva en cuestión en ese momento para alcanzar el objetivo propuesto por la misma se pudo identificar “un contenido de protección mínima a favor de los particulares” (relativo al pago de créditos salariales).

<sup>10</sup> Lo contrario supondría, conforme indica el TJCE, privar de sentido la elección de los medios que permite la referida cláusula 5 “puesto que permitiría a un particular alegar la falta de razones objetivas para impugnar la renovación de su contrato de duración determinada incluso aunque esta renovación no infringiera las normas relativas a la duración máxima total o al número de renovaciones que el Estado miembro interesado hubiera adoptado conforme a las opciones ofrecidas por dicha cláusula 5, apartado 1, letras b) y c)” (apartado 77º).

Efectivamente, el que no sea directamente aplicable la previsión de la cláusula 5 del Acuerdo marco, dadas las distintas posibilidades que la misma otorga a los estados miembros, no supone que pueda obviarse el cumplimiento de los objetivos consagrados en ella y, principalmente, la interdicción de la sucesión excesiva o abusiva de la contratación temporal.

De esta forma, el propio TJCE afirma que “una autoridad de un Estado miembro que actúe como empleador público no está autorizada a adoptar medidas contrarias al objetivo perseguido por dicha Directiva y el Acuerdo marco respecto a la prevención de la utilización abusiva de contratos de duración determinada” (apartado 92 de la sentencia); un objetivo que, por tanto, no se evita ni se matiza por el hecho de que el empleador tenga carácter de administración pública. Antes al contrario, la mención expresa a esta consideración en el citado apartado 92 despeja cualquier tipo de dudas al respecto incluso, si se nos permite, añadiendo un elemento de mayor claridad a los matices que originalmente podrían encontrarse en sentencias como las del caso *Adelener* o las del caso *Vasallo*.

Es en este sentido donde quizá podríamos detectar una mayor importancia a la doctrina contenida en la sentencia que comentamos, dado que ésta no distingue ni valora como razones objetivas precisas para evitar el cumplimiento del objetivo consagrado en la Directiva (y, en su caso, en la norma nacional de referencia en el supuesto enjuiciado) ni la condición pública del empleador, ni las aducidas necesidades objetivas ni las limitaciones presupuestarias a que podría estar sometida la contratación de los trabajadores por parte de la administración.

De esta forma, aun yendo un poco más allá del supuesto de hecho y del estricto presupuesto de la sentencia, podría plantearse si la solución a que llega la disposición adicional 15<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores es adecuada o no en relación con el objetivo de la Directiva; sobre todo en aquellos supuestos de sucesión excesiva de contratos de duración determinada (aun cuando, como en el caso, éstos estuvieran justificados en razones objetivas o presupuestarias –razón encubierta las más de las veces en determinadas administraciones públicas-).

En todo caso, podríamos matizar. No se trata de negar virtualidad por ejemplo a la afirmación, siempre bien fundamentada, del prof. Cavas, a la que antes aludíamos<sup>11</sup>, según la cual el ordenamiento jurídico español cumpliría con la doctrina contenida en las antecedentes sentencias del TJCE de 7 de septiembre de 2006 (caso *Marrosu* y *Sardino* y caso *Vasallo*) en la medida en que establece un mecanismo o medida de aseguramiento de la efectividad en el

<sup>11</sup> Vid. nota supra.

cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva sino plantear a modo de debate general dos consideraciones al menos. Por una parte, si es suficiente la declaración como indefinido –por oposición a fijo de plantilla- planteada por la jurisprudencia y tenida en consideración en la norma legal; sobre todo si tenemos en consideración que podría no estar bien definido el estatuto de trabajador indefinido y los auténticos efectos de tal definición dado que ello podría concluir, según algunos pronunciamientos, en la identificación de un trabajador indefinido en la Administración con un verdadero trabajador temporal aun de duración indefinida. Por otra parte, y como continuación de lo anterior, si, en todo caso, sentencias como ésta no deben condicionar la interpretación de la actual norma estatutaria y la doctrina jurisprudencial en que parece sustentarse en el sentido de que se maticen los rasgos de “temporalidad” de este estatuto y busque la efectividad requerida por la propia Directiva 99/70.

De esta forma, podríamos afirmar que la cuestión no es sólo de tratamiento diferenciado en nuestro ordenamiento jurídico (que en realidad lo es, en la medida en que los efectos de la calificación del contrato son claramente diferentes), sino de la exigencia de efectividad (también de equivalencia) de los objetivos de la Directiva aun cuando estemos ante un empleador de carácter público o, incluso, como en el caso enjuiciado, más restrictivamente, de una administración pública. Esta exigencia de efectividad puede comprenderse como un límite o un condicionante exegético ineludible en cualquier interpretación de una norma, como es la disposición adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores, que atempera cuando menos la norma general sobre limitaciones en la contratación temporal sucesiva contenida en el art. 15.5 de la ley estatutaria.

En este sentido, la doctrina del TJCE, tanto la contenida en esta sentencia con carácter más general, como más específicamente la contenida en sentencias anteriores, puede plantear, al modo de reflexión general de futuro y ante un problema que en nuestra opinión no ha tenido una solución satisfactoria –y que ha contado con evidentes vaivenes judiciales por no hablar de elementos de incertidumbre e indefinición en su configuración o conformación jurídicas de naturaleza claramente jurisprudencial-, un condicionamiento interpretativo sobre los objetivos y las medidas a adoptar para alcanzar los objetivos de la Directiva; máxime cuando tales objetivos, tal como se plantea en sentencias como ésta, son exigibles a cualquier tipo de empleador, no permitiendo, en cuanto a los mismos, una distinción entre empleador público y empleador privado. Por tanto, si la solución legal no fuera satisfactoria (aunque fuera distinta), requeriría, cuando menos, de una reinterpretación positiva en el sentido de establecer claramente límites efectivos a la sucesión de contratos de duración determinada por parte de las administraciones públicas.

Es cierto, incidiendo en este aspecto, que de la Directiva no se deduce cuál puede ser la sanción a los incumplimientos de dichos objetivos o, si se quiere,



cuál puede ser la consecuencia jurídica que podrían exigir las partes afectadas. Así lo pone de manifiesto la propia sentencia, en gran medida al establecer que no hay una precisión suficiente en la norma comunitaria que permita su aplicación inmediata y directa. Pero ello no impide que en gran medida el debate se plantee. Seguramente corresponda a los tribunales nacionales la aplicación e, incluso, a la corrección de la doctrina precedente sobre los efectos reales de la contratación excesiva y abusiva por parte de las administraciones públicas y quizá a las propias administraciones públicas corregir los propios sistemas de cobertura de necesidad temporales de mano de obra.

La STJCE no aporta un mandato en este sentido, no configura –como sí lo ha hecho en otras materias y como sí lo hace respecto a la efectividad y a la extensión del derecho de igualdad de trato– como inmediatamente aplicable el contenido de las distintas posibilidades de la cláusula 5 del Acuerdo marco que se incorpora a la Directiva, pero sí determina con relativa claridad cuál es el objetivo de dicha norma comunitaria sin establecer distinción entre empleador público y privado. Es en este sentido en el que puede aportar aspectos nuevos a una doctrina que se consolida en este sentido y que puede (¿debe?) condicionar el debate sobre un tema recurrente y aún no resuelto de manera definitiva y, sobre todo, satisfactorio tanto para el empleador público como para el empleado sucesivamente contratado por parte de aquél.

En todo caso, parece claro que, conforme la doctrina mantenida por la sentencia que comentamos, no es admisible una sucesión excesiva de contratos de duración determinada más allá de los límites razonables tal como se plantea en los antecedentes del litigio principal, cualquiera que sea el supuesto y la naturaleza el empleador.

### **3. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO**

De forma más evidente, el Tribunal declara, reiterando la doctrina antecedente más reciente<sup>12</sup>, que la cláusula prevista en el apartado 4 del Acuerdo marco es “incondicional y lo suficientemente precisa” para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional (fallo).

Como afirma la sentencia, “esta disposición prohíbe de manera general y en términos inequívocos cualquier diferencia de trato no justificada objetivamente respecto a los trabajadores con contratos de duración determinada por lo que se refiere a condiciones de trabajo” (apartado 60). Y el hecho de que no se

<sup>12</sup> Por ejemplo, la contenida en la citada sentencia de 13 de septiembre de 2007.

contenga una definición de condiciones de trabajo a estos efectos en la Directiva o el Acuerdo marco “no impide que dicha disposición pueda ser aplicada por un juez a los hechos del litigio del que deba conocer y, por consiguiente, no priva al contenido de esta disposición de su carácter suficientemente preciso” (apartado 61).

Pero, además, esta sentencia aporta una serie de cuestiones interesantes.

En primer lugar, en relación con la delimitación de qué puedan entenderse por “justificaciones basadas en razones objetivas” (apartado 63) que podrían matizar la extensión de la prohibición de trato desigual de los trabajadores con contratos de duración determinada. En relación con esta cuestión, la sentencia confirma una solución adjetiva, remitiendo, en consonancia con el carácter incondicional y preciso de la disposición comunitaria, al control jurisdiccional de las posibles concreciones legales internas sobre la cuestión. Tal como dice, “la aplicación de esta reserva es susceptible de control jurisdiccional (...) de modo que la posibilidad de invocarla no impide considerar que la disposición examinada confiere a los particulares derechos que pueden invocar ante los tribunales nacionales y que éstos deben salvaguardar” (apartado 64).

Y este es un aspecto interesante porque evita la “disponibilidad” legal o convencional de la prohibición de discriminación contenida en el apartado 4 del Acuerdo marco y porque somete directamente a dicho control jurisdiccional la eficacia de cuantas medidas legales o convencionales pudieran establecerse. Ello es así, de tal forma, que ni siquiera las previsiones contenidas en los apartados 2 y 3 de la cláusula 4 del Acuerdo marco pueden desvirtuar, tal como declara el propio Tribunal, el carácter inmediatamente aplicable de la disposición general. De esta forma, ni el principio de *pro rata temporis* contemplado en el citado apartado 2, ni la posibilidad de establecimiento por parte de los Estados o los interlocutores sociales de disposiciones para la aplicación de la cláusula en cuestión puede condicionar la aplicación del principio general contenido en la misma. Es más, tal como declara el propio Tribunal respecto de este último aspecto, “tales disposiciones de aplicación no pueden, en modo alguno, referirse a la definición del contenido mismo de este principio”; o, como sigue afirmando, “no puede condicionar su existencia o restringir su alcance” (apartado 67).

Esto es obviamente congruente con lo afirmado por el TJCE en la sentencia antecedente de 13 de septiembre de 2007 (caso del Cerro Alonso contra el Servicio Vasco de Salud) donde se decía con claridad que el concepto de razones objetivas que permitiría una excepción a la regla general de no discriminación contenida en la norma comunitaria “no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una Ley o un convenio colectivo” (apartado

57 de la sentencia citada). “Bien al contrario (seguía afirmando el TJCE entonces), el referido concepto requiere que la desigualdad de trato controvertida esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto”.

Asentada pues la doctrina, quizá el elemento más novedoso que incorpora la STJCE de 15 de abril de 2008 sea que la parte demandante (sindicato Impact) considere como trabajadores fijos comparables a estos efectos a los funcionarios públicos. En este sentido, es conveniente aclarar que los demandantes individuales son todos “empleados públicos no funcionarios y, en virtud de la normativa irlandesa relativa al empleo en la función pública, están sometidos a un régimen distinto del aplicable a los funcionarios” (así lo especifica la propia sentencia al presentar los antecedentes de hecho –apartado 18-). De esta forma, la demanda de un trato equivalente respecto a determinadas condiciones de trabajo –salariales y de seguridad social complementaria- se hace en relación con estos funcionarios públicos cuyo régimen jurídico diferenciado nunca aparece como criterio o razón objetiva en que fundamentar la desigualdad de trato.

Dicho de otra forma, el dato más novedoso de la sentencia en este punto probablemente se sitúe en comparar las condiciones de trabajo entre personal laboral temporal al servicio de las administraciones públicas y funcionarios públicos; aun cuando tengan distintos regímenes jurídicos.

No se plantea siquiera la justificación del trato desigual en la distinción de regímenes jurídicos aplicables (aunque ello no haya pasado desapercibido por la propia sentencia a la hora de relatar los antecedentes alegados por las partes) y sin embargo, aun cuando tampoco se haga mención expresa a esta situación, se llega a las conclusiones que antes hemos relatado.

En este sentido, es conveniente recordar que el litigio se plantea respecto a la determinación de determinadas condiciones salariales y de pensiones.

Con respecto a esto, el TJCE afirma que pese a la indefinición relativa en el propio Acuerdo marco sobre qué ha de entenderse por condiciones de trabajo a los efectos de lo dispuesto en su cláusula 4 éstas deben incluir “las condiciones relativas a la retribución y a las pensiones que dependen de la relación de trabajo, con exclusión de las condiciones relativas a las pensiones que se derivan de un régimen legal de seguridad social”. Siendo así, se afirmaríase la necesidad de mantener un trato igual (como consecuencia del principio de no discriminación) entre los trabajadores temporales de las administraciones públicas y los trabajadores considerados en este caso, por parte del demandante general, como trabajadores fijos comparables, esto es, a los funcionarios públicos.

Si esto es así, se estaría, nuevamente y quizá con mayor claridad, estableciendo un nuevo condicionante –en este caso no sólo interpretativo sino aplicativo- en la configuración de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, independientemente de cuál fuera el régimen jurídico bajo el que se encuentran.

En definitiva, el TJCE en esta sentencia, como continuación de la doctrina precedente, insiste en la aplicación directa e inmediata del principio de no discriminación de los trabajadores temporales, remitiendo (y permitiendo) el control jurisdiccional directo de cuantas medidas legales o convencionales puedan establecerse en relación con el mismo o puedan condicionar su propia efectividad. La novedad más importante que, en nuestra opinión, incorpora esta sentencia se encuentra en sus antecedentes y en el hecho de que los mismos no hayan desvirtuado la contundencia, si se nos permite la expresión, con que se pronuncia el Tribunal en relación con este tema. Nos referimos, pues, a que los trabajadores fijos comparables tenidos en consideración por parte de los demandantes son los propios funcionarios públicos que prestan sus servicios en las respectivas administraciones empleadoras demandadas. No ha pesado ni la distinción de regímenes jurídicos aplicables a funcionarios y a personal laboral, ni el carácter temporal de los servicios de estos últimos –ni la justificación formal de su propia contratación- como criterios objetivos en que fundamentar la diferencia en la determinación de las condiciones de trabajo; tampoco la propia indefinición de qué se entiende por condición de trabajo en el Acuerdo marco a estos efectos. El Tribunal ha afirmado la aplicación directa de lo dispuesto en el primer apartado de la cláusula 4 de aquél y lo ha hecho respecto a condiciones de trabajo como las salariales y las relativas a la determinación de la pensión de jubilación que derivan de la relación de trabajo (excepción hecha de la determinación de la pensión que deviene de la propia regulación del Sistema correspondiente de Seguridad Social). Quizá con mayor claridad que respecto al establecimiento de mecanismos para evitar la contratación temporal sucesiva, pero con igual intención, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas parece ser una referente interpretativa inevitable en lo que es, al menos, el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 99/70 y del Acuerdo marco de que deriva aquélla. Y ello, independientemente de cuál sea la naturaleza, pública o privada, del empleador o, si se quiere con mayor precisión, independientemente de que el empleador sea una administración pública.



**SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER A LA  
PROTECCIÓN POR DESEMPLEO POR LOS  
TRABAJADORES INMIGRANES EN  
SITUACIÓN IRREGULAR**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,  
de 18 de marzo de 2008*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El actor, nacional extracomunitario sin permiso de trabajo, vino prestando servicios para la empresa codemandada, entre el 4 de enero de 2003 y el 7 de septiembre de 2004, fecha en la cual fue despedido. El trabajador, por un lado demandó judicialmente a la empresa frente al despido, mientras que por otra parte solicitó su inscripción como demandante de empleo ante el Servicio Regional de Empleo, al propio tiempo que solicitó a la entidad gestora la concesión del derecho de prestaciones por desempleo. Para sendas solicitudes no consta resolución administrativa expresa, interponiendo el interesado las correspondientes reclamaciones en vía judicial.

**RESUMEN:** La cuestión que se plantea consiste en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo y percibir las prestaciones de desempleo de Seguridad Social que correspondan por el tiempo trabajado, un trabajador extranjero sin contar con la autorización para residir y sin permiso de trabajo, que ha prestado servicios para una empresa sin ser dado de alta en Seguridad Social y cuyo despido fue declarado improcedente por sentencia firme.

\* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Licenciado en Ciencias del Trabajo y doctorando del Programa Investigación y Marketing de la Universidad de Málaga, respectivamente.

El Tribunal Supremo declaró que los extranjeros que, como el actor, se encuentran en situación irregular no tienen derecho a inscribirse como demandantes de empleo ni a percibir prestaciones por desempleo, ya que un requisito inexcusable para ello, según la Ley General de Seguridad Social, es que se acredite la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar la colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad a que se refiere la propia norma. A juicio del Tribunal Supremo, el recurrente, dada su situación de irregularidad, no podía suscribir dicho compromiso, pues no podía realizar ninguna actividad laboral. Además, el Tribunal Supremo argumentó que de reconocerlo supondría la plena equiparación entre los extranjeros con permiso de residencia y de trabajo, de un lado, y la emigración irregular, de otra parte, con la lógica desincentivación que podría suponer para el extranjero que tiene que acudir a los complejos trámites necesarios para conseguir permiso de residencia y trabajo, el saber que puede disfrutar de los mismos derechos mediante la entrada clandestina en el país.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. BREVE REPASO AL CONCEPTO DE TRABAJADOR EXTRANJERO
3. RECORDATORIO DEL MARCO LEGAL ACTUAL DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA
4. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS
5. EN ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el marco normativo sobre extranjeros en España ha estado continuamente en el discurso político, lo cual ha sido motivado de manera especial por el gran número de inmigrantes que han llegado hasta nuestras fronteras. España ha pasado en apenas cinco o diez años a ser uno de los principales países del mundo receptores de inmigración. Ello ha requerido, y aún hoy requiere en gran medida, acomodar tanto las estructuras del Estado como el marco legislativo de referencia a las nuevas exigencias. Ahora bien, de todos es conocido, que tanto una como otra se ha realizado con evidentes limitaciones y sin un debate social serio, y exento de oportunismo político, sobre el fenómeno de la inmigración<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Para más detalle ver MARTÍNEZ FONS, D.; *Los efectos del despido de los trabajadores extranjeros que carecen de autorización administrativa para trabajar en España. Sentencia TSJ Castilla y León de 17 de noviembre de 2005*. IUS Labor 2/2006.

De tal modo que, en este panorama, se han sucedido diversas formulaciones legales del derecho de extranjería. Conviene recordar que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, supuso un cambio fundamental en la gestión del fenómeno de la inmigración. Así, esta Ley introdujo importantes novedades en materia de derechos, como el de reagrupación familiar, la regulación de la tutela judicial efectiva y la aplicación de derechos fundamentales ligados a la ciudadanía como los de reunión y manifestación, libertad de asociación y de participación pública.

Sin embargo, pocos meses tras su aprobación tienen lugar nuevas elecciones generales y el partido en el Gobierno, que se había opuesto inicialmente a esta Ley, obtuvo mayoría absoluta, por lo que promulgó la reforma de la misma, operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Ello dio origen a un nueva configuración del derecho de extranjería, puesto que supuso la alteración de la orientación general de la normativa frente al fenómeno de inmigración, volviendo a consolidarse un sistema legal basado más en el control de flujos migratorios que en la integración social de los inmigrantes<sup>2</sup>. Con esta reforma, se introdujeron cambios significativos que debilitaron a todas luces la equiparación entre los ciudadanos españoles y los extranjeros, al tiempo que limitaba el derecho de reagrupación familiar y endurecía el régimen sancionador<sup>3</sup>.

Tres años después, se aprobó la Ley Orgánica 14/2003, pero esta Ley, así como otras reformas menores, no han sido capaces de encontrar un modelo de extranjería eficaz y coherente. En este sentido, la última intervención reguladora, articulada a través del nuevo Reglamento de aplicación de la legislación de extranjería, ha puesto de manifiesto las lagunas que presenta el modelo de extranjería propuesto, en la medida en que viene a confirmar que los procesos de regularización ordinarios contemplados son, además de insuficientes e ineficaces<sup>4</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo que tiene como objeto este trabajo, pone de manifiesto las dificultades técnicas e incoherencias lógicas que presenta el régimen jurídico de la autorización previa para trabajar en España, en particular en lo relativo a los efectos que derivan del despido del trabajador

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Novedades introducidas por la Ley Orgánica 14/2003 de reforma, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000”, *Aranzadi Social*, nº 22, 2004.

<sup>3</sup> Como señala GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., en *Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 2006, pág. 30), y apuntando además en nota al pie de página que dicha reforma propiciada por la mayoría absoluta, “llevó a la renuncia del Ministro promotor de la Ley 4/2000, Manuel Pimentel Siles; y de la retirada de la vida política tras casi 20 años de diputado del ponente de la misma, Diego Jordano Salinas.”

<sup>4</sup> MARÍN MARÍN, J.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*. Bomarzo, Albacete, 2005, p. 29.



en situación irregular, y que dejan el acceso a determinados derechos, como el derecho a prestaciones por desempleo, en manos de la interpretación de los tribunales. Y es que ha de recordarse que, de conformidad con el artículo 36 LO 14/2003, el contrato de trabajo celebrado entre un trabajador en situación irregular y un empresario en España es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre ambos.

La doctrina judicial<sup>5</sup> ha venido manteniendo hasta este momento que con las distintas modificaciones legales se han querido garantizar plenamente los derechos laborales de los inmigrantes, reconociendo que no es suficiente para ello únicamente la exigencia al empresario o empleador de responsabilidades administrativas o incluso penales, con las que se le sanciona. Por ello, las distintas resoluciones judiciales han operado en el sentido de aplicar la norma de forma que se extendieran también los beneficios o ventajas sociales para los trabajadores inmigrantes en situación irregular.

Sin embargo, con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008, se rompe en parte con esta línea doctrinal seguida, por cuanto que el Alto Tribunal Supremo considera que no es posible aplicar el derecho a desempleo a los trabajadores irregulares que, además, no son residentes; y, además, señala que, de conceder este derecho sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la Ley Orgánica de Extranjería que “*es incentivar la entrada y la estancia regular de los extranjeros en España*”. Argumento que apunta directamente a las tesis subversivas actuales de criminalización de la inmigración irregular. Tesis reaccionarias que a nuestro parecer debieran ser impropias de un Estado social y democrático de Derecho moderno, que en su propia definición de Estado promulga “*como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”<sup>6</sup>, y que con pronunciamientos como el que nos ocupa trata de forma sumamente parcial valores como la igualdad o la justicia, al no reconocer a un trabajador sus derechos, que debieran serles inherentes por su condición de trabajador, o reconocerlos solo de forma parcial y dependiente de voluntades políticas y administrativas que en muchos casos son inestables y coyunturales. Postura, por otro lado, que es consonante con los nuevos proyectos reguladores de la inmigración en el marco de la Unión Europea y es que, como se conoce por experiencias vividas con anterioridad, en épocas de crisis económicas como la que se vive soplan vientos fríos sobre el fenómeno migratorio, por tratarse de competidores en la ocupación de empleos con los nacionales del país.

<sup>5</sup> Entre otras, SSTSJ Canarias, de 30 de marzo de 2005; Madrid 20 de mayo de 2003; o la propia sentencia contrapuesta en el recurso que nos ocupa, STSJ Castilla y León, de 21 de noviembre de 2005.

<sup>6</sup> Ex artículo 1.1 de la Constitución Española.

## 2. BREVE REPASO AL CONCEPTO DE TRABAJADOR EXTRANJERO

Parece lógico y necesario delimitar convenientemente lo que entiende la norma sobre el concepto de extranjero antes de profundizar más en la materia.

A modo de recordatorio, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, define dicho concepto de forma indubitada: *“se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.”* Y abundando en la cuestión hace una precisión respecto a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>7</sup>.

Con carácter internacional, y de forma específica al mundo del trabajo, los Convenios 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>8</sup> han definido al trabajador extranjero como *“toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta”*, descartando así toda forma de autoempleo, la cual afecta a importantes colectivos de inmigrantes en nuestro país, porque debemos recordar hablamos de trabajadores asalariados, y no de trabajadores por cuenta propia.

Por otro lado, nos encontramos también a aquellos extranjeros que carecen de nacionalidad alguna. Respecto a ellos, cabe señalar que el art. 9.10 del Código Civil, establece *“que los apátridas que residan legalmente en España gozan de igualdad de trato o equiparación absoluta respecto de los trabajadores nacionales”*<sup>9</sup>.

Por lo tanto, podemos decir que un trabajador extranjero es aquel que trabajador por cuenta ajena que realiza su actividad profesional en nuestro país, dentro del ordenamiento jurídico español, y que bien ostenta una nacionalidad distinta a la española, o bien carece de nacionalidad alguna.

<sup>7</sup> Por ello indica que: *“los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.”*

<sup>8</sup> El Convenio núm. 97 sobre trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949, ratificado por España el 21 de marzo 1967; y el Convenio núm. 143, de 24 de junio de 1975 relativo a las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. Pueden verse ambos en [www.ilo.org/ilolex/spanish](http://www.ilo.org/ilolex/spanish).

<sup>9</sup> En ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “La protección social del extranjero”, AAVV, Coordinadoras Serrano García y Mendoza Navas, *Estudios sobre extranjería*, Bomarzo, Albacete, 2005, págs. 131 y sigs.

### 3. RECORDATORIO DEL MARCO LEGAL ACTUAL DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

El artículo 13 de la Constitución establece en su primer apartado que “*los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley*”, haciendo alusión al Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, tal como ha reconocido la Jurisprudencia<sup>10</sup>. Lo cual implica que se trata de derechos de configuración legal, puesto que, aun reconociendo estos derechos a los extranjeros, es la ley la que tiene que establecer sus contenidos y limitaciones<sup>11</sup>. Sin duda España se encuentra entre los países que más lejos han llegado en la garantía constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros, lo cual no es de extrañar ya que nuestro ordenamiento se ha caracterizado tradicionalmente por el reconocimiento de los derechos de los extranjeros en nuestro país.<sup>12</sup>

Como se conoce, la ley encargada de regular los derechos de los extranjeros residentes en España es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Ley que no ha tenido una vida pacífica debido a sus constantes modificaciones. Modificaciones de carácter restrictivo por normas discutidas en los Tribunales. Tanto la Ley 8/2000 como el RD 864/2001, de 20 de julio, han sufrido serios reveses: la primera recientemente por el Tribunal Constitucional en lo relativo a la restricción de los derechos fundamentales sindicales o colectivos de los trabajadores inmigrantes en la STC 236/2007. La segunda por el Tribunal Supremo que anuló 13 preceptos, con lo que se denota claramente una sangrante vulneración de la legalidad<sup>13</sup> en el desarrollo reglamentario.

<sup>10</sup> Véase, STS, Sala Tercera, de 12 de noviembre de 1992.

<sup>11</sup> Para ampliar la información puede consultarse, MARTÍNEZ PARDO, V. J.; “Las libertades públicas y los derechos fundamentales de los extranjeros”, Revista Internauta de Práctica Jurídica, nº 19, enero–junio 2007, pág. 1.

<sup>12</sup> En este sentido, ALZAGA VILLAMIL, O. (*Derecho Político Español según la Constitución de 1978, segunda edición, Madrid, 1998, pág. 53*), señala que nuestro Texto Fundamental ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros, llegando a afirmar que en ningún país del mundo un extranjero dispone de un elenco de derechos y libertades garantizado más amplio que en España.

<sup>13</sup> STS, Sala de lo Contencioso–Administrativo de 20–03–2003, ponente Sieira Míguez, dictada en el recurso núm. 488/2001, por la Sección Sexta, que ha anulado los siguientes apartados del Reglamento de Extranjería RD 864/2001 por vulneración de los principios de reserva material de ley y de jerarquía normativa: art. 38 sobre la libre circulación de extranjeros, en el art. 56.8 relativo a la expedición de la cédula de inscripción para los indocumentados, el art. 127.2.c.) sobre la medida de internamiento en caso de devolución, el art. 130.2 y 6 por ello que se refiere a la situación de los extranjeros en los centros de internamiento, el art. 138.1.b) sobre supuestos

Después de las sucesivas reformas de nuestro derecho en materia de extranjería<sup>14</sup>, hay quienes opinan que estamos asistiendo a un proceso de laboralización de la inmigración<sup>15</sup>, puesto que “*los derechos son reconocidos y adquiridos en la medida en que se es titular de un permiso o autorización para trabajar*”<sup>16</sup>.

Por último, a finales del año 2004, se aprobó el nuevo Reglamento de Extranjería, mediante el RD 2393/2004 de 30 de diciembre, tras pasar positivamente los informes preceptivos<sup>17</sup>, siendo un texto bastante innovador respecto a los anteriores, desarrolla la Ley Orgánica 4/2000 con el objetivo principal de priorizar la inmigración legal en nuestro país. Cabe mencionar también que en 2006 se aprobó el R D1019/2006, de 8 septiembre, por el que se modifica el artículo 13 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre<sup>18</sup>.

#### 4. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS<sup>19</sup>

En primer lugar, viene bien recordar que en desarrollo del art. 13.1 de la Constitución, y, parece que también en necesaria aplicación del Convenio n° 97 de la OIT sobre migrantes, la Ley Orgánica 4/2000, reconoce que los extran-

---

en los que cabe la devolución por vulnerar el principio de jerarquía normativa. Y de otro lado, por vulnerar la reserva de ley, los arts. 41.5 sobre reagrupación, el art. 49.2.d) relativo a la exención del visado del cónyuge de español o extranjero residente en España, y el art. 57 sobre los requisitos para la expedición del título de viaje y el art. 84. 2 y 6 sobre los requisitos para admitir a trámite una solicitud de permiso de trabajo y el art. 117.2 relativo al órgano competente para decidir sobre la adopción de las medidas cautelares en el procedimiento de expulsión.

<sup>14</sup> Las operadas por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre y la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, con una profunda revisión normativa, o la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, de 31 de diciembre de 2003, la cual menguó en parte el alcance del importante artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000.

<sup>15</sup> RUIZ CASTILLO, M. M.: “Marco legal de la Inmigración en España. Aspectos Laborales”, en Rev. Derecho Social núm. 22, junio-2002, Bomarzo, pág. 18.

<sup>16</sup> Ver, nuevamente, GARCÍA-CALABRÉS COBO, F. *Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios*, op. cit., pág. 31.

<sup>17</sup> Emitidos el 1 de diciembre de 2004 por el Consejo General del Poder Judicial, el 24 de noviembre de 2004 por el Consejo Económico y Social y el 16 de diciembre de 2004 por el Consejo de Estado.

<sup>18</sup> Se trata de un Real Decreto con un artículo único que modifica el mencionado artículo del reglamento de extranjería. Concretamente añade un segundo apartado al artículo 13 del mismo.

<sup>19</sup> Para ampliar, nuevamente, puede verse: ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “La protección social del extranjero”, op. cit., págs. 131 y sigs.

jeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en la Ley Orgánica de Extranjería y en las leyes que regulen el ejercicio de cada uno de ellos<sup>20</sup>. Esa misma norma, tras reconocer el derecho al acceso al sistema de Seguridad Social de los extranjeros<sup>21</sup>, indica que los extranjeros residentes, aunque no sean trabajadores, tendrán derecho a los servicios y prestaciones de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles, tanto a los generales y básicos como a los específicos. Además, se garantiza a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, los servicios y prestaciones básicas de la Seguridad Social<sup>22</sup>.

No podemos olvidar, tampoco, que los Tratados internacionales reconocen el derecho a la Seguridad Social como derecho de toda persona, vinculado a la dignidad de la misma<sup>23</sup>. De tal modo es también reseñable que en virtud del Convenio 19 de la Organización Internacional del Trabajo, en el caso del Derecho a la protección social derivada de riesgos profesionales, no establece diferencias entre extranjeros en situación regular o irregular, cuando se trata de los riesgos derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Ahondando un poco más en el análisis, encontramos que el art. 14 de la Ley Orgánica de Extranjería cuando establece la igualdad de trato en materia de Seguridad Social lo hace no respecto de los trabajadores sino respecto de “extranjeros residentes”<sup>24</sup>. Ello viene a implicar la aplicación no solo de las

<sup>20</sup> Artículo 3.1 Ley Orgánica 4/2000, de extranjería: “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

<sup>21</sup> Artículo 10.1 Ley Orgánica 4/2000, de extranjería: “extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.”

<sup>22</sup> Artículo 14 Ley Orgánica 4/2004, de extranjería:

“1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.

2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.

3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.”

<sup>23</sup> Así lo contemplan la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo 22, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, en su artículo 9, o la Carta Social Europea, en sus artículos 12 y 13.

<sup>24</sup> El artículo 30 bis de la Ley Orgánica de Extranjería establece a estos efectos que son residentes los extranjeros que se encuentren en España y que sean titulares de una autorización para

prestaciones contributivas, sino también de las no contributivas dirigida a ciudadanos residentes que se encuentren en situación de necesidad<sup>25</sup>. Supone, al mismo tiempo, la necesidad de reinterpretar el art. 7.5 de la LGSS en la medida en que beneficiarios de tales prestaciones lo serán todos los extranjeros que residan legalmente en España y no únicamente los mencionados en dicho apartado.

Ahora bien, y además, con la Ley Orgánica de Extranjería se establece la posibilidad de ofrecer la protección del sistema de Seguridad Social a los migrantes en situación irregular, ya no sólo respecto de la protección de asistencia sanitaria, sino también respecto de otras prestaciones contributivas.<sup>26</sup>

Si atendemos a la LGSS, el art. 7 de la misma (también el art. 10 de la Ley Orgánica de Extranjería) establece la inclusión en nuestro sistema de Seguridad Social de los trabajadores, con independencia de su nacionalidad, que se encuentren trabajando y residiendo legalmente en España. Del dictado de esa norma se desprende la igualdad absoluta y a todos los efectos ya que una vez incluidos los trabajadores extranjeros en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social sus obligaciones y derechos deben de ser los comúnmente establecidos para todos los sujetos protegidos y por supuesto con la misma intensidad que los nacionales (en sentido parecido al art. 14.1 de la Ley Orgánica de Extranjería).

De este modo, el art. 7.1 de la LGSS establece la inclusión en el nivel contributivo de la Seguridad Social a los españoles y extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España cuando ejerzan su actividad en territorio nacional. Se trata de un precepto incluido por la Ley de acompañamiento de 1996, con el que se pretendía evitar la desprotección de los trabajadores por cuenta propia y al que se dió una “mejora técnica de redacción” con la Ley 66/97.

Respecto a las prestaciones no contributivas, hemos de insistir en una idea que con anterioridad se ha planteado: cuando el artículo 14 Ley Orgánica de Extranjería establece la igualdad de trato en materia de Seguridad Social lo hace no respecto de los trabajadores, sino respecto de “extranjeros residentes”;

---

residir, pudiendo ser tal residencia temporal (entre 90 días y 5 años) o permanente (residencia indefinida y que permite trabajar, tras, normalmente, haber pasado el período de residencia temporal).

<sup>25</sup> Aunque teóricamente los residentes temporales no podrían tener derecho a prestaciones no contributivas, primero porque en algunas de ellas se exige una residencia previa de entre 5 y 10 años y segundo porque, de conformidad con el art. 31.2 LOE, el extranjero habrá de acreditar “disponer de medios de vida suficientes para atender a sus gastos de manutención y estancia, incluidos los de su familia, sin necesidad de realizar actividad lucrativa”.

<sup>26</sup> Recordamos que sobre este tema entra a tratar la Sentencia del Tribunal Supremo que nos ocupa.

lo cual viene a implicar la aplicación no solo de las prestaciones contributivas sino también de las no contributivas dirigidas a ciudadanos residentes que se encuentren en situación de necesidad. Supone, al mismo tiempo, la necesidad de reinterpretar el art. 7.5 de la LGSS en la medida en que beneficiarios de tales prestaciones lo serán todos los extranjeros que residan legalmente en España y no únicamente los mencionados en dicho apartado<sup>27</sup>.

## 5. EN ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

Como se ha dejado ver en los apartados predecesores, el marco legal sobre los derechos de los extranjeros ha cambiado mucho en los últimos años, aunque estas reformas no han supuesto una solución contundente a los problemas que plantea el día a día a este importante colectivo. Lo cual ha posibilitado un sinnúmero de diversas interpretaciones distintas por parte de los tribunales. Como se ha visto, las distintas modificaciones legislativas se han ido y venido sucediendo en un relativamente corto espacio temporal, lo que viene a demostrar un pelagroso titubeo en la política de inmigración que hace pensar que el legislador no tiene claro el modelo regulador a seguir.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, pone de manifiesto las dificultades técnicas e incoherencias lógicas que presenta el régimen jurídico de la autorización previa para trabajar en España, de forma especial en lo concerniente a los efectos que derivan del despido del trabajador en situación irregular, y concretamente en lo relativo al derecho a la prestación por desempleo.<sup>28</sup>

---

Sobre el tema puede verse, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., en “La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social”, en *Actualidad Laboral* n° 39, 1998, pág. 727 y sigs.

Como indica PANIZO ROBLES, J.A., en “Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de medidas fiscales, administrativas y de orden social de 1998”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* n° 180, marzo de 1998, CEF, Madrid, pág. 16.

<sup>27</sup> Y es que, como indica, ALONSO GARCÍA, B., el art. 14. 1 de la Ley Orgánica de Extranjería, modifica al artículo 7.5 LGSS, en “El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero”, en REDT n° 120, 2002, pág. 197. FERNÁNDEZ ORRICO entiende que “urge la reforma del artículo 7.5 de la LGSS”, en “La protección social de los extranjeros en España”, *Aranzadi Social*, t. V., 2001, pág. 1287. O de “derogación tácita” habla MORENO PUEYO, M., en “Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española”, en *Revista Trabajo y Seguridad Social del CEF*, n° 257-258, 2004, pág. 135.

<sup>28</sup> A este respecto, cita textual de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008: “La cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina que examinamos, consiste en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de

En primer lugar, el Tribunal Supremo se ocupa de descartar una serie de normas y Tratados Internacionales, así como algunas sentencias anteriores que se pronunciaban sobre dichas normas, ya que a pesar de ser citadas en el recurso del recurrente, todas ellas se refieren al derecho otorgado al trabajador en virtud de su condición de asalariado, y con independencia de su estatus jurídico en el país, pero en lo relativo, únicamente, a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por lo que, en este caso, y vistos los hechos, carecen de aplicación<sup>29</sup>, según el propio Tribunal Constitucional.

Por tal motivo, el recurso pasa a centrarse principalmente en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Extranjería. Como se ha visto de conformidad con este artículo, el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiere dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo. Concretamente, en su apartado tercero dice: *“para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo”*, haciendo referencia a la autorización administrativa previa necesaria para que un extranjero pueda trabajar en España; y continúa, *“la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.”*

La aparición de esta normativa ha tenido gran incidencia en la consideración de los derechos que asisten al ciudadano extranjero que presta servicios laborales en situación irregular en España. Hemos de recordar que con anterioridad a la Ley Orgánica 4/2000, el contrato de trabajo se entendía como nulo cuando, aun existiendo y demostrándose la relación laboral, el trabajador extranjero careciera de las autorizaciones administrativas necesarias para realizar su actividad profesional en España. Coincidían en esta opinión la jurisprudencia<sup>30</sup> y la mayoría de la doctrina, que consideraban que la falta de

---

*empleo y percibir las prestaciones de desempleo de Seguridad Social que correspondan por el tiempo trabajado, un extranjero que sin contar con la autorización para residir que prevé el art. 30 bis de la LO 4/2000 (en adelante, extranjero no residente o en situación irregular) y tampoco con la autorización previa para trabajar, ha prestado servicios para una empresa (en el caso, desde el 4 de enero de 2003 hasta el 7 de septiembre de 2004) sin ser dado de alta en Seguridad Social, y cuyo despido fue declarado improcedente por sentencia firme.”*

<sup>29</sup> Ver Fundamentos de Derecho, segundo, de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008.

<sup>30</sup> Véase la jurisprudencia al respecto en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 1983; STS de 30 de octubre de 1985; STS de 8 de marzo de 1986; o STS de 1 de Julio de 1987.



permiso suponía la nulidad del contrato como requisito “sine qua non” para su validez, ya que se trataba de una norma de derecho necesario, extendiéndose la consecuencia de tal construcción a toda la normativa laboral y de seguridad social, entendiéndose que el inmigrante en situación irregular únicamente tenía derecho a reclamar salarios por el tiempo trabajado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Por tanto, y como ya hemos dicho, la aparición de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 diciembre, supone que la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, lo que conlleva que al trabajador en situación irregular no sólo se le reconoce el derecho al percibo de salarios por el tiempo trabajado, sino también el derecho a que, en el supuesto de que su despido sea declarado improcedente, se le reconozca, en todo caso, el derecho a la pertinente indemnización o, en el supuesto de que el despido se produzca con vulneración de derechos fundamentales, se declare la nulidad del mismo y se imponga la readmisión forzosa.<sup>31</sup>

Si bien la sentencia que venimos analizando dice, de forma literal, que *“dicha normativa no permite concluir que el actor de este proceso tenga derecho a la prestación de desempleo que reclama”*. Pasa la sentencia a argumentar en razón al artículo 14 de la Ley Orgánica de Extranjería, el cual establece en su apartado 1 que *“los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”*<sup>32</sup> Ahora bien, en el caso de trabajadores bajo situación administrativa irregular, hemos de estar a tenor de lo expuesto por el apartado tercero de este mismo artículo: *“los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”*. Si bien de forma no específica, parece clara la diferenciación que hace el legislador respecto a la cobertura de los extranjeros con permiso de residencia y de aquellos que carecen del mismo. A este respecto dice el Tribunal que *“si partimos de que según el art. 30. bis LO, “son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir”, parece evidente que los extranjeros en situación irregular que están necesariamente, “a sensu contrario”, incluidos en el párrafo tercero, carecen del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social que el párrafo primero solo reconoce a los extranjeros residentes.”*

<sup>31</sup> Como establece la propia Sala IV, mediante Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2003.

<sup>32</sup> Ver, también, artículo 7 LGSS que dispone que: *“estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualesquiera que sea su sexto, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España”*.

En coherencia con ello, y bajo esta lógica, parece claro que al recurrente no le correspondería derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, sino únicamente derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. El Supremo entiende como prestaciones sociales básicas aquellas recogidas en el artículo 53 de la Ley General de Seguridad Social y aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia sanitaria de urgencia, así como las prestaciones estipuladas en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 2004, calificó como “asistencia social externa a la Seguridad Social y que son competencia de las Comunidades Autónomas<sup>33</sup>. En este punto es contraria la opinión que expresó el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en la sentencia que se contrapone para el recurso de casación para la unificación de doctrina, puesto que este Tribunal considera que tanto las prestaciones derivadas de contingencias profesionales como las derivadas de contingencias comunes vienen recogidas en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Extranjería, y aplicables tanto a trabajadores con permiso de trabajo como a trabajadores irregulares a los que se les haya reconocido la relación laboral y con ella los derechos inherentes a todo trabajador, entre los que se encuentran la protección ante la falta de trabajo.<sup>34</sup>

En el apartado séptimo de los Fundamentos de Derecho, el Tribunal se muestra contundente al afirmar, sin dejar lugar a dudas, que no es posible aplicar el derecho a desempleo a los trabajadores irregulares que, además, no son residentes. Añade a ello que, además, que conceder este derecho sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la Ley Orgánica de Extranjería que “*es incentivar la entrada y la estancia regular de los extranjeros en España.*”<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Ver STC 239/2002.

<sup>34</sup> Texto literal a este respecto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 de noviembre de 2005: “*Las razones que avalan tal conclusión son las siguientes: Primero. Si el precepto únicamente hubiera querido contemplar las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, como derecho que se reconoce al trabajador extranjero en situación irregular, lo hubiera hecho constar expresamente, por lo que, donde la ley no distingue, no cabe distinguir. Segundo: En ningún caso cabe la interpretación restrictiva de un precepto que reconoce derechos inherentes a todo trabajador, cual es la protección ante la falta de trabajo, sustituyendo el salario que se deja de ingresar –que es el medio de vida del trabajador y su familia– por la prestación de desempleo. Tercero: Si el precepto contemplara únicamente las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, sería superflua la modificación introducida por la Ley Orgánica 14/03 pues dichas prestaciones ya venían reconociéndose a los trabajadores extranjeros en situación irregular, tal como resulta entre otras, de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003 C.U.D. 2153/02 STS Sala 4ª de 7 octubre 2003.*”

<sup>35</sup> Cita textual extraída de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008: “*El reconocimiento de todas las prestaciones de S. Social a los irregulares, que es a la postre a lo que conduce la concesión del desempleo, supondría la plena equiparación entre los extranjeros residentes y la emigración irregular o clandestina; con la lógica desincentivación que supone*

El Supremo razona, de acuerdo con la sentencia recurrida por el actor, que la Ley General de la Seguridad Social, que es la que regula la prestación de desempleo, ha establecido para su reconocimiento una serie de requisitos que en ningún caso pueden cumplir los extranjeros en situación irregular. De este modo, el artículo 203.1 de la Ley General de Seguridad Social, únicamente otorga el derecho al desempleo a quienes “pudiendo y queriendo trabajar” pierden el empleo; por lo que los extranjeros no residentes aunque quisiera no podrían trabajar legalmente puesto que no pueden obtener la pertinente autorización administrativa<sup>36</sup>. Pero, además, el artículo 209.1 de la Ley General de Seguridad Social establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, “las personas que cumplan los requisitos establecidos en el art. 207”<sup>37</sup>. A lo que se añade también, que la solicitud de desempleo requerirá de la inscripción previa como demandante de empleo<sup>38</sup>.

---

*para el extranjero que tiene que acudir a los complejos trámites necesarios para conseguir una autorización de residencia, o una autorización de residencia y trabajo, el saber que puede disfrutar de los mismos derechos mediante la entrada clandestina en el país.*

*Ello implicaría, además, la creación judicial de una especie de regularización, encubierta y en espiral, del emigrante irregular quien, pese a que en ningún caso podría obtener la autorización de residencia (art. 50.g) del RD 2393/2004), no podría sin embargo ser expulsado del país mientras estuviera percibiendo la prestación de desempleo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57.5. d) de la LOEx (en buena lógica hay que entender que este supuesto de suspensión de la expulsión, no está previsto para este caso, sino para los de irregularidad sobrevenida, distinto del que examinamos; es decir el del extranjero residente que está percibiendo una prestación de desempleo consecutiva al desempeño de un trabajo por cuenta ajena amparado en un contrato de trabajo regularizado, y al que con posterioridad a la finalización del trabajo le ha caducado la autorización de residencia).”*

<sup>36</sup> Recordamos que la Ley Orgánica de Extranjería estipula que la obtención del permiso de trabajo se podrá conceder solo para a extranjeros ya residentes en España, o bien a quienes llegan ya provistos del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.

<sup>37</sup> Contenido del artículo 207 de la Ley General de la Seguridad Social: “Para tener derecho a las prestaciones por desempleo las personas comprendidas en el artículo 205 deberán reunir los requisitos siguientes: a) Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que reglamentariamente se determinen. b) Tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 210 de la presente Ley, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. c) Encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad, al que se refiere el artículo 231 de esta Ley. d) No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello, o se trate de supuestos de suspensión de relaciones laborales o reducción de jornada autorizados por resolución administrativa.”

<sup>38</sup> Nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008, que “la Resolución de 11 de julio de 1996, de la Dirección General Instituto Nacional de Empleo (BOE de 9 agosto) establece que solo podrán inscribirse en las oficinas de empleo los extranjeros no perte-

Llegados a este punto, nos parece que tiene especial relevancia citar un fundamento harto peligroso que, creemos que a la ligera, se ha utilizado por el Tribunal en la Sentencia de 18 de marzo de 2007: *“debe señalarse, por último, que la ausencia de tales requisitos no puede ser imputable al empresario, salvo que éste forme parte de las “redes organizadas para la inmigración ilegal o el tráfico ilícito de mano de obra” de las que habla el art. 59 LO 4/2000, puesto que la situación de irregularidad por ausencia de autorización de residencia, es previa a la contratación y solo responsabilidad del propio extranjero “no residente”, que decidió entrar y permanecer ilegalmente en España; lo que impediría, incluso, el nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria a la que hemos aludido en el fundamento quinto “in fine” y que en este caso no se ha solicitado.”*

Esta argumentación que viene a contradecir los principios de fijados en la doctrina social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 de noviembre de 2005 y que sirve como de contraste<sup>39</sup>.

La lógica interpretativa difiere en cada Tribunal: el Superior de Justicia argumenta el texto en la defensa del trabajador y de sus derechos como principio fundamental del Derecho del Trabajo, puesto que es el trabajador la parte más débil de la relación laboral. El Supremo, frente a estos sólidos fundamentos de fondo, exime en parte la culpa del empleador que contrata sabiendo de la ilegalidad que comete y que además recibe pingües beneficios económicos de este fraude. Evade también, a nuestro juicio, parte de la responsabilidad del Estado, en tanto que se reconoce la existencia de relación laboral, se reconoce con ello la validez del contrato de trabajo y las consecuencias que se derivan de tal reconocimiento y, sin embargo, y contrariamente a la lógica que cabría esperar, sobre todo si tenemos en consideración que la Ley Orgánica de Extranjería no dice explícitamente nada al respecto, el Tribunal Supremo se pronuncia coartando los derechos que deberían ser inherentes al trabajador por su condición como tal. Y lo hace basándose en la imposibilidad del trabajador para cumplir ciertos requisitos administrativos a la hora de solicitar la prestación por

---

*necientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que, “en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo”.*

<sup>39</sup> Esto es, que indica que: *“finalmente hay que señalar que si es al empresario al que incumbe solicitar la autorización administrativa previa para trabajar que requiere el trabajador extranjero (artículo 36.1 LO 4/2000 de 11 enero 2000, tras la reforma operada por L.O. 14/03), no cabe hacer recaer sobre el trabajador las perjudiciales consecuencias que puedan seguirse del hecho de que el empresario no solicite dicha autorización, o le sea denegada por causas inherentes a la persona del empresario, como puede ser el que haya sido sancionado con anterioridad por ocupar trabajadores extranjeros sin el pertinente permiso de trabajo.”*

desempleo; requisitos que no puede cumplir no por voluntad propia o personal sino por voluntad administrativa.

Habría podido parecer incluso lógico que el Tribunal Supremo hubiera pretendido la inactividad del mecanismo de automaticidad de las prestaciones por el Servicio Público de Empleo Estatal, haciendo, ex art. 126 de la LGSS, responsable únicamente al empresario por la falta de alta y de cotización. Pero lo cierto es que esta resolución deja vacío de contenido las responsabilidades contraídas por el empresario en materia de Seguridad Social derivadas del contrato de trabajo, que son precisamente las que el art. 36 de la propia Ley 4/2000 pretende cubrir.

Pero más aún, en un mercado donde la libre competencia es la base fundamental del sistema económico, evitar las responsabilidades empresariales por el uso de la mano de obra irregular y más barata por la no aplicación de la legislación laboral (reguladora no sólo de los salarios sino también de otros derechos que pueden cuantificarse económicamente como costes del trabajo) ni de la regulación fiscal (incluyendo en este concepto tanto los impuestos como las cotizaciones sociales), lleva consigo, sin duda alguna, un detrimento o dañar de los beneficios comerciales o mercantiles del empresariado que cumple con la legalidad y que, por ello, le resulta más difícil competir en precios en el mercado con otros empresarios que se aprovechan de situaciones fraudulentas para obtener posiciones ventajosas.

Este tipo de resoluciones puede, además, llevar consigo un resultado “boomerang”, pues si al empresario se le exonera en todas sus responsabilidades sociales, seguirá buscando para ocupar mano de obra “más barata” de la “bolsa de trabajo” de extranjeros en situación administrativa irregular, lo que seguirá atrayendo a inmigrantes en el conocimiento de que, aún estando en situación irregular, pueden obtener un trabajo y unos ingresos mejores que en los de su país de origen.

Finalmente, se argumenta en esta sentencia que no se pueden reconocer todos los derechos que debieran derivarse del contrato de trabajo, puesto que de hacerse se estaría equiparando a los inmigrantes legales con los inmigrantes ilegales, contradiciendo de tal forma el espíritu de la norma. Cabe plantearse ante estos argumentos, de corte eminentemente burocrático y formalistas, a quién se beneficia realmente con este tipo de decisiones. ¿Realmente se consigue luchar, como explica el Supremo de alguna forma, contra la inmigración irregular?, o más bien, ¿se deja sin toda la protección que debe el Estado otorgar a la persona en cuanto que a su condición de ser humano?

**A VUELTAS CON LA COMPATIBILIDAD DE  
INDEMNIZACIONES POR DAÑOS A DERECHOS  
FUNDAMENTALES JUNTO A LA CORRESPONDIENTE  
POR EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL**

*Comentario a la Sentencia del TSJ de Galicia (La Coruña),  
de 3 de marzo de 2008*

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La trabajadora, como consecuencia de los actos de hostigamiento por parte de su jefe, solicitó por propia voluntad la resolución de la relación laboral, en base a incumplimientos empresariales graves, injustificados y no basados en fuerza mayor. Además de los perjuicios derivados de la pérdida del empleo, como consecuencia de los incumplimientos de la empresa y de las maniobras de hostigamiento se produjeron daños morales por la lesión de derechos fundamentales.

Las conductas de hostigamiento dieron lugar a la baja de la trabajadora por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes por trastorno de ansiedad por mobbing y con posterioridad distintos episodios por síndrome depresivo ansioso reactivo a conflicto laboral por los que tuvo que ser atendida de urgencias.

**RESUMEN:** La sentencia admite la compatibilidad de indemnizaciones por resolución contractual con la correspondiente por daños a derechos fundamentales del trabajador. La Sentencia admite la compatibilidad con independencia de la invocación del derecho fundamental, alegado o no. La sentencia confirma la viabilidad del derecho a reconocer la indemnización al margen de la utilización del procedimiento específico del artículo 180 de la LPL, y ello fundamentalmente atendiendo a la excepción prevista en el artículo 182 de la

\* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

LPL, al referirse a que las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente. Si en el proceso laboral el artículo 180 no ofrece el único mecanismo de protección de derechos fundamentales, sino que puede ser alegado en el proceso por extinción del contrato de trabajo, el pronunciamiento judicial de la instancia en dicho particular no solo es correcto, sino que se convierte en el mecanismo adecuado para hacerlo.

Entra la sentencia objeto de comentario en la siempre polémica determinación de la cuantía de la indemnización por daños morales, valorando la desproporción entre la indemnización fijada por el Juzgado de lo Social (15.000 euros) y las indemnizaciones que el TSJ de Galicia viene manteniendo en casos muy similares. Considera relevante el Tribunal sopesar la antigüedad en la empresa, la intensidad del acoso sufrido y perjuicios ocasionados, que concluyen en la fijación de la indemnización en la cuantía de 9.000 euros.

La sentencia descarta como motivos del recurso, la nulidad ante la ausencia de explicación en los que se ha basado la fijación de los hechos probados, argumentando que no han de fijarse los mismos con referencia a las concretas pruebas que ha llevado al juzgador a la convicción acerca de la probanza de tales hechos, siendo en los fundamentos de derecho donde se han de fijar los mismos.

Con la misma suerte, el Tribunal tampoco admite la modificación de los hechos probados sobre la visión fraccionada del resultado de la prueba, toda vez que la suplicación a diferencia de la apelación, no revisa el resultado de toda la prueba sino que establece como límites el resultado de la prueba documental y la pericial siempre que resulte evidente el fallo interpretativo de la misma sin suposiciones, sin argumentaciones forzadas que pretendan dar al resultado de la prueba un personal e interesado juicio valorativo.

Tampoco prospera la excepción de falta de legitimación pasiva del administrador de la empresa en el jefe directo de la trabajadora o encargado de la tienda, carente de la condición de dueño de la misma, sobre la base de que no es el empleador de la actora. Carece la misma de viabilidad como motivo de recurso sobre la base de la infracción de normas, dada la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la ley, a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

También en materia sustantiva de derecho considera el Tribunal que los incumplimientos empresariales no sólo deben ceñirse a la obligaciones

pactadas en el contrato, sino que deben extenderse a otras cualquiera que sea su origen, hayan sido asumidas por el empresario frente y en provecho del trabajador en virtud del a suscripción del contrato, bastando por tanto la constatación del incumplimiento contractual grave y del carácter voluntario del mismo vinculado a dolo o culpa. En el caso que nos ocupa, el hostigamiento a la trabajadora y los daños acreditados son suficiente motivo de incumpliendo hasta el punto de justificar la extinción de la relación laboral.

## ÍNDICE

1. OPORTUNIDAD DE LA SENTENCIA
2. LA SUPERACIÓN DEL CAMBIO DOCTRINAL O LA REORIENTACIÓN DE SU CONTENIDO
3. VALORACIÓN FINAL

### 1. OPORTUNIDAD DE LA SENTENCIA

Ya en el número 75/2004 de Temas Laborales<sup>1</sup>, tuvimos la oportunidad de ofrecer nuestras primeras reflexiones entorno a esta materia con motivo de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 2004, en la que el alto Tribunal, continuaba excluyendo la posibilidad de la obtención acumulada de una indemnización por despido junto a otra por el daño moral ocasionado en virtud de incumplimiento empresarial. Eran razones de seguridad jurídica las que llevan a la mayoría de la Sala a dar por buena la doctrina que incompatibiliza cualquier tipo de acumulación de indemnizaciones, toda vez que las previsiones del artículo 50 del ET cubren cualquier aspiración indemnizatoria.

La sentencia que confirmaba la doctrina de otras anteriores como la de 3 de abril de 1997, no tenía su relevancia en la inamovilidad doctrinal sino en las previsiones o vaticinios del voto particular emitido por el Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhirieron D. Benigno Varela Autrán, D. Jesús Gullón Rodríguez y D. Bartolomé Ríos Salmerón. Tales augurios vieron su confirmación en la sentencia de fecha 17 de mayo de 2006, que la Sala 4ª del TS, introdujo para evidenciar un cambio jurisprudencial, cuyo espíritu fue impulsado mediante el voto particular de Desdentado Bonete, y trasladado por el magistrado ponente D. Benigno Varela Autrán, quien ya tuvo la oportunidad de compartir los criterios de su compañero de Sala.

<sup>1</sup> “Algunas consideraciones procesales a la necesidad de hacer posible la compatibilidad de indemnizaciones por daños a derechos fundamentales del trabajador como persona, cuando se ha resuelto el contrato de trabajo”, Temas Laborales, nº 75/2004, Pág. 283 a 290.



Desdentado Bonete<sup>2</sup>, quien nuevamente encuentra en la sentencia de su compañero de voto particular, motivos para disentir, no en cuanto al fallo sino a la fundamentación de la sentencia, no entiende cómo definitivamente queda superada la doctrina de la sentencia de fecha 11 de marzo de 2004. Mantiene el magistrado que además del daño que produce el incumplimiento empresarial, en cuanto a la extinción del contrato de trabajo con la consiguiente pérdida de empleo, existe otro daño susceptible de ser indemnizado en el sufrimiento moral y en sus constatables secuelas físicas. *Al trabajador se le indemniza porque ha sufrido un daño y porque la conducta que lo ha producido es ilícita. Pero a efectos de la reparación es indiferente que la conducta ilícita lo sea por violación de una norma constitucional o por violación de una obligación contractual. Para excluir la indemnización, sólo sería relevante que la conducta empresarial fuera lícita.* La falta de invocación de precepto constitu-

<sup>2</sup> Precisamente en este sentido se pronuncia en su voto particular a la sentencia de 17.05.2006, con la que comparte el fallo, pero no la fundamentación, al no corregir la de 11 de marzo de 2004, del mismo Tribunal que descartó la compatibilidad de indemnizaciones ante la ausencia de invocación del derecho fundamental vulnerado. Mantiene Desdentado Bonete, y comparte su criterio Gullón Rodríguez, que: *“en nuestra opinión el que en un caso se invocara expresamente la lesión de un derecho fundamental y en el otro no hubiese tal invocación, no es una diferencia relevante. En primer lugar, porque en los dos casos se vulneró el derecho fundamental a la integridad moral con un tratamiento degradante que ha producido lesiones psíquicas y el hecho de que no se alegara la norma constitucional -en el marco además de un proceso en el que no es necesario fundar jurídicamente la demanda- no justifica el rechazo de la pretensión. En segundo lugar, porque la lesión del derecho fundamental no crea el daño indemnizable; es simplemente una calificación adicional del ilícito que lo ha producido, que no será sólo un incumplimiento contractual, sino también incumplimiento de una norma constitucional. Es lo que la doctrina constitucional denomina la “pluriofensividad” de determinadas conductas. La lesión de la norma constitucional que se une a la vulneración de un deber contractual (art. 4.2 e) del ET) puede justificar tratamientos privilegiados en el orden procesal (proceso de tutela y recurso de amparo), pero no produce un daño específico e independiente.*

*El daño lo produce una determinada conducta, con independencia de cómo califiquemos jurídicamente ésta, pues no estamos ahora ante el problema del alcance de la obligación de reparación en términos de la ponderación de los criterios subjetivos de imputación (art. 1107 CC). En este sentido el daño es algo que pertenece a la realidad física o psíquica. Lo que se debate es si, aparte del daño que produce la conducta empresarial vejatoria, al obligar al trabajador a extinguir su contrato de trabajo (la pérdida del empleo), hay otro daño que deba también ser indemnizado (el sufrimiento moral y sus secuelas psíquicas) y esos daños indemnizables son, como tales, independientes de la calificación jurídica del incumplimiento (constitucional o meramente contractual). Al trabajador se le indemniza porque ha sufrido un daño y porque la conducta que lo ha producido es ilícita. Pero a efectos de la reparación es indiferente que la conducta ilícita lo sea por violación de una norma constitucional o por violación de una obligación contractual. Para excluir la indemnización, sólo sería relevante que la conducta empresarial fuera lícita. No es posible privar al trabajador de la indemnización que le corresponde, porque no haya invocado un precepto constitucional. Lo que está tasado en el ordenamiento laboral es la indemnización por extinción del contrato de trabajo; no las indemnizaciones por daños producidos al margen de esa extinción y que pueden concurrir con ella”.*

cional alguno en la demanda, no puede privar al trabajador de la indemnización que le corresponde por una conducta empresarial ilícita.

Por tanto la sentencia del TSJ de Galicia que nos ocupa reconoce deben valorarse tanto los daños derivados de la extinción del contrato como aquellos inherentes a la lesión del derecho fundamental que se concretan en los daños físicos padecidos por el comportamiento empresarial. Por tanto el reconocimiento de la actitud ilícita es la base de la indemnización al margen de que esta tenga una lectura en las obligaciones contractuales y además en la norma constitucional. El Tribunal comparte así los criterios del Supremo, que le obligan a que el demandante alegue, en su demanda, las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate y las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión y ello pese a reconocer que declarada la violación del derecho fundamental, se presume la existencia del daño moral y nace el derecho a la indemnización del mismo, cuya cuantía debe cifrarse ponderando las circunstancias concurrentes en el caso, naturaleza de la lesión y período de tiempo que duró el comportamiento<sup>3</sup>.

Cuando los magistrados disidentes de la Sentencia de fecha 11 de marzo de 2004 y por lo tanto de la de 3 de abril de 1997 abogaban por la revisión de criterios para abrir las puertas a la compatibilidad de indemnizaciones sobre la base de la diferente naturaleza jurídica de los bienes indemnizados (pérdida de empleo y daños psíquicos y morales) no pretendían otra cosa que dar reparación independiente a daños distintos.

Nos ha parecido interesante a la vista de la TSJ de Galicia, retomar nuestras reflexiones, cuatro años después del comentario a la sentencia de fecha 11 de marzo de 2004, tratando de compilar el nuevo posicionamiento doctrinal sino valorando la oportunidad de nuestra adhesión a los postulados del voto particular, que se ha visto refrendado por el cambio de doctrina operada por el Tribunal Supremo.

## **2. LA SUPERACIÓN DEL CAMBIO DOCTRINAL O LA REORIENTACIÓN DE SU CONTENIDO**

Si bien la doctrina de la Sala 4ª del TS, aplicada con rigor, impedía a los tribunales ordinarios, que, en aquellas ocasiones en las que se constataba la existencia de daños de diversa naturaleza, éstos quedaban sin compensación, salvo que se acudiera a la reclamación en la jurisdicción civil, con fundamento

<sup>3</sup> SSTS 9-6-1993 y 8-5-1995 puntualizadas por la de 22-7-1996.

en la responsabilidad extracontractual y siempre que el daño ocasionado por el empresario fuera constatable, ello no ha impedido la superación de esta diferente apreciación de criterios con la sentencia de 17 de mayo de 2006 y ello pese a que como critica Desdentado Bonete, se exija junto al ejercicio de la acción extintiva de la relación laboral, una invocación clara y palmaria de la lesión de un derecho fundamental. Del cualquier modo es el mismo Tribunal Supremo quien valora de modo determinante para afrontar este nuevo rumbo interpretativo, la reforma practicada sobre el art. 181 LPL por el art. 40.Dos de la Ley 62/2003, de 30 diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social al incluir una alusión al tratamiento discriminatorio y del acoso, lo que, a criterio del Tribunal, no puede ser interpretado sino a favor de la voluntad del legislador de reforzar la independencia de los dos caminos indemnizatorios y su confluencia en el proceso laboral, pese a ser ejercida, junto a la acción de extinción de contrato de trabajo, en los términos del artículo 182 de la LPL.

Si la reforma introducida a la luz de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, fue determinante para que el TS iniciara su cambio de rumbo, no es menos cierto que las reformas introducidas el 24 de marzo de 2007, por la LO 3/2007 de 22 de marzo de 2007, tanto en el artículo 180, como en el 181, vienen a despejar y confirmar el camino comenzado, así como también a superar en cierta forma las limitaciones de la sentencia de fecha 17 de mayo de 2006, en cuanto que demasiado preocupada por justificar sus posiciones anteriores.

No en vano el reformado artículo 180 nos indica ahora en su párrafo 1º, que junto a las indemnizaciones que correspondan por las extinción o modificación de las condiciones de trabajo, también procederá desde la compatibilidad, *la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera.*

El artículo 181 de la LPL también se ha visto reforzado por este espíritu de la compatibilidad indemnizatoria de modo muy concluyente, mas allá de las consecuencias derivadas por la reforma introducida por el art. 40.Dos de la Ley 62/2003, de 30 diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social al incluir una alusión al tratamiento discriminatorio y del acoso, sino que la Ley LO 3/2007 de 22 de marzo de 2007, viene a referirse al mandato judicial a fin de el Juez se pronuncie sobre *la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.*

No puede por tanto ser ignorada la voluntad del legislador que ha pretendido dejar zanjada la compatibilidad, con las reformas introducidas, motivo por

el que el cambio doctrinal ha sido superado, impidiendo que argumentos como los del recurrente en la Sentencia del TSJ de Galicia, puedan volver a prosperar alegaciones de contradicción doctrinal en las sentencias del Tribunal Supremo, que decididamente, en virtud de su cambio doctrinal y de las reformas legislativas es deudor de la compatibilidad e indemnizaciones, como lo es también del correcto cauce procesal que permite junto a la acción de extinción del contrato de trabajo.

No ha de haber ya, por tanto, ningún género de dudas en admitir el derecho (o el principio) al pleno e íntegro resarcimiento de cuantas lesiones se produzcan a un derecho fundamental, desde la necesaria tutela reparadora que han de cumplir nuestros tribunales, con independencia de los efectos indemnizatorios que se desprendan de la resolución judicial del contrato de trabajo.

Cuestiones como la exclusividad o concurrencia de la jurisdicción social, junto a la civil; la manifiesta compatibilidad de acciones; la correcta identificación de la causa que determina los daños a indemnizar; o la diversidad de fundamentos y bienes jurídicos protegidos, han dejado de ser obstáculo a la necesaria y justa indemnización de los efectos lesivos de los incumplimientos empresariales cuando además son agentes vulneradores de algún o algunos derechos fundamentales del trabajador como persona. En el ámbito de la viabilidad procesal, han empezado a romperse las rígidas y desfasadas construcciones judiciales y doctrinales que afirman justamente lo contrario, como ocurría en la sentencia de fecha 11 de marzo de 2004.

### 3. VALORACIÓN FINAL

Volver a revisar esta materia con una perspectiva de cuatro años nos permite reconocer algunos movimientos que nos sitúan ante unas perspectivas mucho más halagüeñas. Tan válida nos parece en la sentencia la confirmación de la doctrina de la STS de fecha 17 de mayo de 2006, y su posicionamiento a la luz de las reformas introducidas en la LPL por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, como el hecho de que la confirmación de la compatibilidad de las indemnizaciones se consagre en el proceso de extinción del contrato de trabajo, reconociendo que el proceso de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales, no es en el orden social la única modalidad para conocer de asuntos que versen sobre presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales y libertades públicas, sino que puede serlo, por aplicación del artículo 182 LPL, cualquiera de las mencionadas en dicha norma. Este posicionamiento nos permite pensar en nuestro ordenamiento se han empezado a superar los obstáculos que no garantizan la efectividad de la tutela en toda su dimensión, tal es el caso de los movimientos legislativos de nuestro ordenamiento, como las

superadas interpretaciones judiciales, que obligaban a la víctima a iniciar distintos procedimientos para obtener compensación económica a sus derechos vulnerados, en lugar de encontrarnos con un solo proceso en el marco del cual y de forma ágil se obtuviesen todas las coberturas indemnizatorias a los derechos vulnerados.

Si ya encontrábamos en la sentencia de 11 de marzo de 2004, razones de oportunidad jurídica que dimensionaban sus repercusiones sociales a la vista de la presencia que tenía en nuestras relaciones laborales y en la conflictividad procesal, el acoso moral en el trabajo y su correspondiente tratamiento procesal, es evidente que la doctrina que se consolida en la sentencia objeto de comentario, *por mor* de la STS de 17 de mayo de 2008, ha dejado de ser contraria a defender una lectura impulsadora de la represión en todos los niveles de cuantos hábitos empresariales impulsan esta forma de violencia y de persecución psicológica. Ya hemos dejado, tal y como denunciábamos hace cuatro años, de premiar la actitud del empleador como autor de lesiones a los derechos fundamentales al honor y a la integridad moral y a la no-discriminación que se desprenden de los artículos 15, 18.1 y 14 de la CE, limitando la reparación de los daños a una indemnización patrimonial tasada de 45 días por año trabajado, lo que solo con un poco de perspectiva nos confirmará si dicha compatibilidad de indemnizaciones, alcanzará el efecto disuasorio a que está llamada, dejando de generar conductas vulneratorias de tales derechos.

Quizás para que el efecto sea completo, sea necesario que la jurisdicción social supere cierta tendencia a la limitación en materia de cuantías indemnizatorias por daño moral, dado el discutible alcance disuasorio que resultan de sus pronunciamientos en materia de reconocimiento del daño moral y en la cuantificación de las indemnizaciones. No invocamos la arbitrariedad frente a la necesaria ponderación de unos mínimos elementos claves para determinar la indemnización, pero si la revisión de los mismos y sus resultados en el orden social, dado que el contraste estadístico de las indemnizaciones ofrecidas en el orden social y en el civil, queda claramente deficitario en el primero, cuestión esta que bien podría ser materia de un estudio jurisprudencial mas detallado.

---

# Reseña de Legislación



## **Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (abril-junio 2008)**

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

*Prof. Cont. Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Pablo de Olavide

**ORDEN de 23 de mayo de 2008, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía.** (BOJA 116, de 12 de junio)

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, fue aprobada con el objeto de mejorar las condiciones de trabajo del sector, aunque puede afirmarse que su objetivo prioritario es mejorar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores. Entre otras medidas, la norma prevé la creación de un Registro de Empresas Acreditadas, en el que deberán inscribirse las empresas que pretendan intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, como contratistas o subcontratistas. Cada Comunidad Autónoma debe poner en marcha un registro dependiente de la autoridad laboral competente. El domicilio de la empresa determinará la administración autonómica donde debe realizarse la inscripción, que será única y válida para todo el territorio nacional.

La plena efectividad de la obligación de inscripción quedaba pendiente de la aprobación por el Gobierno del Estado de la disposición reglamentaria de desarrollo de la Ley, objetivo que cumple el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 28 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. En su capítulo segundo, regula el régimen de funcionamiento de los Registros de Empresas Acreditadas, dependientes de las autoridades laborales autonómicas. La puesta en funcionamiento de los registros no supone el nacimiento automático de la obligación de inscripción, pues la disposición transitoria primera establece que la obligación de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas, prevista en el artículo 3 de este Real Decreto sólo podrá exigirse después de que hayan transcurrido doce meses desde su entrada en vigor.

La norma comentada poner en marcha el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas, del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, completando la normativa del Estado en



determinados aspectos relativos a la organización y al funcionamiento de este Registro, en el marco de lo establecido en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y en el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto. Adicionalmente, el gobierno andaluz apuesta por la incorporación de las nuevas tecnologías de la información al ámbito de la Administración Pública, y con la finalidad de garantizar la utilización de los medios electrónicos en las relaciones que establece con los ciudadanos, habilita la tramitación electrónica de los distintos procedimientos administrativos previstos en esta Orden, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, y el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet).

El Registro de Empresas tiene naturaleza administrativa y carácter público. Se adscribe a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, y su llevanza corresponde a las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo. Cada empresa inscrita dispondrá de una hoja registral electrónica con toda la información aportada en sus solicitudes de inscripción, variación de datos, renovación y cancelación de la inscripción.

Con carácter previo al inicio de su actividad como contratistas o subcontratistas, las empresas deben solicitar su inscripción en el Registro de Empresas, con arreglo al modelo establecido en el Anexo II de la Orden, conteniendo los datos enumerados en el artículo 4.1 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, y los restantes previstos en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La solicitud debe acompañarse de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos a dichas empresas, tales como los siguientes: acreditación de la representación, con la que actúa el representante; declaración relativa al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 4.1 y 2.a) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre; documentación acreditativa de que la empresa dispone de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; documentación acreditativa de la formación en prevención de riesgos laborales del personal de la empresa. Sin perjuicio de lo anterior, la empresa no está obligada a presentar aquellos documentos que ya obren en poder de la Administración de la Junta de Andalucía, aunque deberá indicar el día y procedimiento en que los presentó.

La administración andaluza en un plazo máximo de quince días practicará la inscripción o resolverá su denegación, notificando en uno u otro caso a la empresa en los diez días siguientes. Transcurrido este plazo sin que haya recaído resolución denegatoria, la persona interesada podrá entender estimada por silencio administrativo su solicitud y podrá solicitar certificación relativa a la inscripción de la empresa en el Registro. La resolución denegatoria de la inscripción, que no pone fin a la vía administrativa, podrá ser recurrida en alzada ante el Consejero de Empleo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La inscripción, única y válida en todo el territorio nacional, tendrá un período de validez de tres años, renovables por períodos iguales. Transcurrido dicho plazo sin que se solicite su renovación la inscripción será automáticamente cancelada. Con el objetivo de mantener actualizado el registro las empresas deberán notificar cualquier modificación

que afecte a los datos consignados en la solicitud, en el plazo de un mes. La renovación de la inscripción podrá realizarse dentro de los seis meses anteriores a su expiración.

Los datos del Registro son de acceso público con la salvedad de los referentes a la intimidad de las personas. Las solicitudes de certificación sobre las inscripciones registrales instadas por las empresas contratistas y subcontratistas o por cualquier otra persona física o jurídica, se ajustarán al modelo de solicitud de certificación establecido en el Anexo VI de la Orden. Sin perjuicio de lo anterior, la Consejería de Empleo, propiciará la consulta de los datos relativos a la inscripción en este Registro a través del portal de esta Dirección General, con la salvedad relativa a los referentes a la intimidad de las personas.

La Consejería de Empleo podrá suscribir convenios de colaboración con las organizaciones más representativas de empresarios del sector de la Construcción, con el objetivo de agilizar la recepción de la documentación, la confección de las solicitudes y su entrega en las Delegaciones Provinciales competentes.

#### **ORDEN de 23 de mayo de 2008, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía.**

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, tiene por objeto mejorar las condiciones de trabajo del sector en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular. A este fin, prevé, entre otras garantías y cautelas, la creación de un Registro de Empresas Acreditadas, en el que deberán inscribirse las empresas que pretendan intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, como contratistas o subcontratistas, que dependerá de la autoridad laboral competente, entendiéndose por tal la correspondiente al territorio de la Comunidad Autónoma donde radique el domicilio de la empresa contratista o subcontratista, y establece que la inscripción en este Registro tendrá validez para todo el territorio nacional, siendo sus datos de acceso público con la salvedad de los referentes a la intimidad de las personas.

La plena efectividad de esta obligación exigía, no obstante, la aproba-

ción por el Gobierno del Estado de la disposición reglamentaria de desarrollo de la Ley, de conformidad con lo previsto en esta norma legal. Esta necesidad es puesta de manifiesto por la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), aprobada por el Consejo de Ministros, el 29 de junio de 2007. El Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 28 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, responde a esta necesidad. En su capítulo segundo, regula el régimen de funcionamiento de los Registros de Empresas Acreditadas, dependientes de las autoridades laborales autonómicas.

El Registro de Empresas Acreditadas se configura como un instrumento esencial que permite acreditar que las empresas que participan en los procesos de subcontratación en el sector de la construcción, como contratistas o subcontratistas, cuentan con los requisitos de calidad y solvencia exigibles, de acuerdo con

el artículo 4.1 y 2.a), de la Ley 32/2006, de 18 de octubre.

La disposición transitoria primera de este Real Decreto establece que la obligación de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas, prevista en el artículo 3 de este Real Decreto sólo podrá exigirse después de que hayan transcurrido doce meses desde su entrada en vigor. No obstante indica, 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 otra parte, el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía, aprobado por Decreto 313/2003, de 11 de noviembre, ha prestado especial atención al sector de la construcción, contemplando diversas actuaciones dirigidas a reducir la siniestralidad laboral y a la implantación de la cultura preventiva en este sector. Esta preocupación y la alta sensibilidad de los agentes sociales y económicos en torno a la mejora de las condiciones de trabajo en el sector de la construcción hacen posible, asimismo, que en el VI Acuerdo de Concertación Social, suscrito el 25 de enero de 2005, se apueste de forma decidida por la adopción de medidas que hagan más eficaz el tratamiento de la prevención en esta actividad.

Las circunstancias anteriores aconsejan y hacen necesaria la aprobación de la presente Orden que se dicta en ejercicio de las competencias atribuidas por los artículos 63.1.4.<sup>º</sup> y 47.1.1.<sup>ª</sup> del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Su objeto es la creación del Registro de Empresas Acreditadas Como Contratistas o Subcontratistas, del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía y completar la normativa del Estado en determinados aspectos relativos a la

organización y al funcionamiento de este Registro, en el marco de lo establecido en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y en el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

Por otra parte, la Consejería de Empleo apostando por la incorporación de las nuevas tecnologías de la información al ámbito de la Administración Pública, y con la finalidad de garantizar la utilización de los medios electrónicos en las relaciones que establece con los ciudadanos, habilita la tramitación electrónica de los distintos procedimientos administrativos previstos en esta Orden, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, y el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet).

En su virtud, y en uso de las competencias que me están conferidas por los artículos 21 y 44.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como por el Decreto 118/2008, de 29 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, a propuesta de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, previo informe de la Dirección General de Administración Electrónica y Calidad de los Servicios.

## D I S P O N G O

### CAPÍTULO I

#### Disposiciones generales

##### **Artículo 1.** *Objeto.*

La presente Orden tiene por objeto la creación del Registro de Empresas Acreditadas como Contra-

tistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, y el artículo 9 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

**Artículo 2. Obligación de inscripción.**

Están obligadas a inscribirse en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos en una obra de construcción, incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, cuyo domicilio radique en el territorio de Andalucía.

Igualmente, están obligadas a inscribirse en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, que desplacen trabajadores a España, en virtud de lo previsto en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, cuya primera prestación de servicios en España, se vaya a llevar a cabo en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en los términos establecidos en la disposición adicional primera del citado Real Decreto.

3. Estas empresas deberán asimismo comunicar a la Delegación

Provincial de Empleo competente, para gestionar este Registro cualquier variación que afecte a los datos identificativos de la empresa, incluidos en la solicitud de inscripción.

**Artículo 3. Naturaleza y adscripción.**

El Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, tiene naturaleza administrativa y carácter público y está adscrito a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, estando constituido por el conjunto de inscripciones y variaciones de datos que realicen las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo.

**Artículo 4. Finalidad y Funciones.**

1. De conformidad con el artículo 10 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, garantizará el acceso a los datos de los distintos Registros de Empresas Acreditadas que se creen conforme al artículo 6 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre.

2. Las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo, como órganos administrativos encargados de su llevanza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de esta Orden, tendrán las siguientes funciones:

a) Tramitar los procedimientos relativos a las solicitudes de inscripción y renovación, las comunicaciones de variación de datos y solicitudes de cancelación, cumpliendo las formalidades y requisitos establecidos en el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto y en la presente Orden.

b) Expedir las certificaciones sobre las inscripciones registrales existentes en cualquier Registro relativas a las empresas contratistas y subcontratistas, a solicitud de éstas o de cualquier otra persona física o jurídica, entidad u organismo, público o privado.

c) Dar acceso público a los datos obrantes en cualquiera de los Registros de Empresas Acreditadas del Sector de la Construcción, con la salvedad de los referentes a la intimidad de las personas.

d) La custodia y conservación de la documentación aportada por la empresa.

e) Cualesquiera otras que se le atribuyan.

Asimismo podrán suministrar, en su caso, previa autorización de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, datos generales para hacer investigaciones y estudios referidos a estas actividades y operaciones, con las salvedades señaladas en el artículo 10.3 del Real Decreto Decreto 1109/2007, de 24 de agosto y en el artículo 20.2. de la presente Orden.

**Artículo 5. Estructura registral y atribución de competencias.**

1. El Registro se estructura en unidades registrales provinciales, dependientes de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo, en las que se inscribirán las empresas a que se refiere el artículo 2.1 de la presente Orden.

2. Corresponde a la persona titular de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo practicar o denegar las inscripciones, renovaciones, las variaciones de datos y las cancelaciones de las inscripciones en este Registro, de las empresas que tengan su domicilio en el territorio de la provincia respectiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo

13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la correspondiente normativa reguladora de la Administración de la Junta de Andalucía.

Los órganos competentes para la instrucción de estos procedimientos serán los Servicios de Administración Laboral, de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo.

3. La Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, será la encargada de coordinar el Registro, garantizar la adecuada intercomunicación con los restantes Registros de Empresas Acreditadas y, en su caso, de autorizar el suministro de datos generales a que se refiere el artículo 4.2.

4. El Registro contará con un libro de inscripción, que se instalará en soporte informático, y contendrá los siguientes datos:

a) Clave de identificación registral, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.

b) Nombre o razón social de la empresa.

c) Domicilio.

d) Número de Identificación Fiscal.

e) Código de Cuenta de cotización principal de la Seguridad Social.

f) Actividad de la empresa, identificada según la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE).

g) Nombre y NIF o NIE del representante.

h) Identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones.

i) Fecha de la inscripción y lugar.

j) Fecha de la renovación de la inscripción.

k) Comunicación de variación de datos.

l) Comunicación de variación de datos por cambio de domicilio.

m) Cancelación de la inscripción.

**Artículo 6.** *Clave individualizada de identificación registral.*

1. De acuerdo con el artículo 5.2, del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, cada empresa inscrita tendrá una clave individualizada de identificación registral que será única para todo el territorio nacional.

2. La clave individualizada de identificación registral del Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, estará formada por once dígitos:

a) Los dos primeros dígitos: «01», identificativos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, conforme a la tabla de asignación que figura en el Anexo II del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

b) Los dos siguientes, identificativos de la provincia en cuyo territorio tenga su domicilio la empresa, o de la condición de empresa que desplaza trabajadores a España, en virtud de lo previsto en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, conforme a la tabla de asignación que figura en el Anexo I de la presente Orden.

c) Y los siete últimos recogerán el número de orden de inscripción asignado a cada empresa.

3. A cada empresa inscrita le corresponderá una hoja registral electrónica con toda la información aportada en sus solicitudes de inscripción, variación de datos, renovación y cancelación de la inscripción.

CAPÍTULO II  
**Tramitación electrónica de los procedimientos**

**Artículo 7.** *Garantías de los procedimientos electrónicos.*

1. Los procedimientos previstos en esta Orden, podrán tramitarse por

medios electrónicos, de conformidad con la normativa que regula el tratamiento electrónico de la información y, en especial, con respeto a las normas sobre intimidad y confidencialidad de las relaciones en los términos establecidos por la normativa de protección de datos y derechos de autoría, así como la relativa a los servicios de la sociedad de la información.

2. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos transmitidos a través del Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía, serán válidos a todos los efectos legales siempre que quede acreditada su autenticidad, integridad, conservación, identidad del autor y, en su caso, la recepción por la persona interesada.

3. Los procedimientos de tramitación electrónica regulados en la presente Orden, se configuran como alternativos a los procedimientos ordinarios por vía presencial, pudiendo las empresas interesadas optar entre uno u otro, incluso una vez iniciado el procedimiento.

4. La utilización de la presentación telemática de solicitudes regulada en la presente Orden, no supondrá ningún trato discriminatorio en la tramitación o resolución de los correspondientes procedimientos.

**Artículo 8.** *Acceso y autenticación.*

1. Para acceder a los procedimientos telemáticos previstos en esta Orden, las personas interesadas o las representantes de las empresas interesadas deberán disponer de los sistemas de firma electrónica incorporados al Documento Nacional de Identidad, o de certificado reconocido de usuario que les habilite para utilizar una firma electrónica avanzada, producida por un dispositivo

seguro de creación de firma, de acuerdo con el artículo 13.1 del Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet), y con el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

La relación de entidades acreditadas para la prestación de servicios de certificación electrónica estará disponible en la dirección de Internet señalada en el apartado 2 de este artículo.

2. El acceso a los servicios contemplados en la presente Orden se realizará a través del portal del ciudadano «andaluciajunta.es» dentro del apartado «administración electrónica», así como en la página web de la Consejería de Empleo, en la dirección [www.juntadeandalucia.es/empleo](http://www.juntadeandalucia.es/empleo), la cual permitirá acceder a la Oficina virtual de la Consejería de Empleo.

3. La presentación telemática de solicitudes, escritos y comunicaciones, podrá realizarse todos los días del año durante las veinticuatro horas del día.

**Artículo 9. Presentación de las solicitudes y tramitación por medios electrónicos.**

1. Las solicitudes presentadas por medios electrónicos producirán, respecto a los datos y documentos consignados de forma electrónica, los mismos efectos jurídicos que las formuladas de acuerdo con el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. El Registro telemático único emitirá automática-mente 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 solicitud presentada de forma telemática deberá ir acompañada de la documentación establecida en el artículo 11.2, y podrá presentarse por medios electrónicos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.1.a).

La documentación que no pueda ser aportada por medios electrónicos con la solicitud telemática se deberá presentar en la forma prevista en el artículo 12.1.b), y se hará mención al justificante de confirmación de la recepción telemática de la solicitud indicando el asiento de entrada de la solicitud en el Registro Telemático Único.

4. Cualquier otro trámite evacuado por la empresa interesada, así como las resoluciones que dicte la Administración en un procedimiento tramitado electrónica-mente, requerirán igualmente de los mismos requisitos de firma electrónica avanzada y de su emisión o recepción a través del Registro Telemático Único.

5. 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 previstos del mismo se ha efectuado en forma electrónica o telemática.

6. 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, y siempre mediante el uso de los sistemas de firma electrónica avanzada o de los sistemas de firma electrónica incorporados al Documento Nacional de Identidad.

**Artículo 10.** *Notificaciones mediante medios electrónicos o informáticos.*

1. De acuerdo con el artículo 113.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, 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 o 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.

Dicha manifestación podrá producirse tanto en el momento de iniciación del procedimiento como en cualquier otra fase de tramitación del mismo. Asimismo la persona interesada podrá, en cualquier momento, revocar su consentimiento para que las notificaciones se efectúen por vía electrónica, en cuyo caso deberá comunicarlo así al órgano competente, e indicar una nueva dirección donde practicar las notificaciones.

2. La notificación telemática se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica de modo que pueda comprobarse fehacientemente por el remitente tal acceso. Cuando existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica señalada, trans-

currieran diez días naturales sin que el sujeto destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en la normativa básica estatal, salvo que de oficio o a instancias del sujeto destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.

3. Siempre que se practique una notificación telemática, se realizará el correspondiente asiento de salida en el Registro telemático, en la forma que se determina en el artículo 9.4 del Decreto 183/2003, de 24 de junio.

CAPÍTULO III

**Inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía**

**Artículo 11.** *Solicitud de Inscripción.*

1. Las empresas a las que se refiere el artículo 2.1 de esta Orden, con carácter previo al inicio de su intervención en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción como contratistas o subcontratistas, deberán solicitar su inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con arreglo al modelo establecido en el Anexo II de la presente Orden, dirigida a la persona titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, correspondiente al territorio donde radique el domicilio de la empresa contratista o subcontratista.

2. La solicitud deberá contener los datos enumerados en el artículo 4.1 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, y los restantes previstos en el artículo 70.1 de la Ley



30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y se acompañará de la siguiente documentación, original o copia debidamente autenticada:

a) Escritura de poder notarial u otro medio legal de acreditación de la representación, con la que actúa el representante, en el supuesto de que se actúe por representación.

b) Declaración suscrita por el empresario o su representante legal relativa al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 4.1 y 2.a) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, en los términos que se incluyen en el modelo de solicitud de inscripción recogido en el Anexo II de la presente Orden.

c) Documentación acreditativa de que la empresa dispone de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que podrá adoptar alguna de las formas siguientes, según proceda:

1.<sup>ª</sup> Acta o actas de designación de las trabajadoras o de los trabajadores designados.

2.<sup>ª</sup> Acta de constitución del servicio de prevención propio.

3.<sup>ª</sup> Acta de constitución del servicio de prevención mancomunado.

4.<sup>ª</sup> Acta de adhesión de la empresa al servicio de prevención mancomunado.

5.<sup>ª</sup> Concierto o conciertos formalizados con entidades acreditadas como servicios de prevención ajenos.

d) Documentación acreditativa de la formación en prevención de riesgos laborales necesaria y adecuada al puesto de trabajo o función del personal de la empresa, en su nivel directivo y productivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 12, en relación con el artículo 4.2 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

3. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, la empresa interesada tiene derecho a no presentar aquellos documentos que ya obren en poder de la Administración de la Junta de Andalucía, siempre que indique el día y procedimiento en que los presentó.

**Artículo 12.** *Forma y lugar de presentación de las solicitudes.*

1. Las empresas interesadas podrán presentar las solicitudes inscripción de las siguientes formas:

a) De forma telemática, mediante firma electrónica, ante el Registro Telemático único de la Administración de la Junta de Andalucía, a través del portal del ciudadano «andaluciajunta.es» dentro del apartado «administración electrónica», así como en la página web de la Consejería de Empleo, en la dirección [www.juntadeandalucia.es/empleo](http://www.juntadeandalucia.es/empleo), de acuerdo con lo previsto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio y en el artículo 9 de esta Orden.

b) Alternativamente, en soporte papel en los Registros de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo, en cuyo territorio radique el domicilio de la empresa contratista o subcontratista, en el Registro General de esta Consejería, o en los lugares y por los medios indicados en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Los modelos de solicitud se podrán asimismo obtener y confeccionar en la página web de la Consejería de Empleo, en las direcciones señaladas en el apartado a) de este artículo, y con la firma manuscrita podrán presentarse en los lugares indicados en el presente apartado.

**Artículo 13.** *Procedimiento de inscripción.*

1. Si la solicitud de inscripción no reuniera los requisitos, datos y docu-

mentos exigidos en el artículo 11, el órgano instructor requerirá a la empresa interesada para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistida de su petición, previa resolución que deberá ser dictada por la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo competente, en los términos previstos en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

De conformidad con el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el transcurso del plazo previsto en el apartado 4 de este artículo, se suspenderá, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por la empresa destinataria, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, circunstancia de la que deberá informarse a la interesada en el requerimiento de subsanación.

2. Si la solicitud reuniera los requisitos previstos en el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto y en la presente Orden, la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo procederá a efectuar la inscripción de la empresa contratista o subcontratista en el Registro, asignándole la correspondiente clave individualizada de identificación registral.

3. De conformidad con lo previsto en el artículo 5.4 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo sólo podrá denegar la inscripción en este Registro si la solicitud o la declaración aneja no reunieran los datos o no acompañaran los documentos establecidos en el citado Real Decreto, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 1 del presente artículo.

4. El plazo máximo para practicar la inscripción o resolver su denegación es de quince días, contados a partir de la entrada de la solicitud en

el registro del órgano competente para su tramitación, notificándose en los diez días siguientes. Transcurrido este plazo sin que haya recaído resolución denegatoria, la persona interesada podrá entender estimada por silencio administrativo su solicitud y podrá solicitar certificación relativa a la inscripción de la empresa en el Registro.

5. Las notificaciones se practicarán por el medio que hubiera consignado la persona interesada en la solicitud.

6. La resolución denegatoria de la inscripción, que no pone fin a la vía administrativa, podrá ser recurrida en alzada ante el Consejero de Empleo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el competente para resolverlo, en el plazo establecido en el artículo 115 de la citada Ley.

#### **Artículo 14. Efectos y validez de la inscripción.**

1. La inscripción en el Registro será única, tendrá validez en todo el territorio nacional y permitirá a las empresas incluidas en el mismo intervenir en la subcontratación en el Sector de la Construcción como contratistas o subcontratistas.

2. La inscripción no exime a la empresa inscrita de la obligación de justificar en cualquier momento, cuando sea requerida para ello por la autoridad laboral, el mantenimiento de los requisitos previstos en el artículo 4.1 y 2.a) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre.

3. De conformidad con lo previsto en el artículo 6.1 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, la inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas, tendrá un período de validez de tres años, reno-

vables por períodos iguales. Transcurrido el período de validez de la inscripción sin que se hubiese solicitado en plazo su renovación, conforme al artículo 12 de esta Orden, se entenderá automáticamente cancelada la misma en el Registro.

**Artículo 15. Variación de datos.**

1. Las empresas deberán comunicar a la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo competente, cualquier modificación que afecte a los datos identificativos de la empresa incluidos en la solicitud, con la finalidad de proceder a modificar el correspondiente asiento.

2. Esta comunicación deberá realizarse en el plazo del mes siguiente al hecho que la motiva, con arreglo al modelo establecido en el Anexo III de la presente Orden y se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto y en los artículos 11, 12, y 13 de la presente Orden en lo que les sea aplicable.

**Artículo 16. Renovación de la inscripción.**

1. Las empresas deberán solicitar la renovación de su inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, dentro de los seis meses anteriores a la expiración de su validez, con arreglo al modelo de solicitud establecido en el Anexo II de la presente Orden, dirigida a la persona titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, correspondiente al territorio donde radique el domicilio de la empresa contratista o subcontratista.

2. Estas solicitudes podrán presentarse en la forma y en los lugares que se establecen en el artículo 12 de la presente Orden.

3. El procedimiento de renovación se tramitará conforme al artículo 8.1 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto y los artículos 11, 12, y 13 de la presente Orden en lo que les sea aplicable.

CAPÍTULO IV

**Cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas de la Comunidad Autónoma de Andalucía**

**Artículo 17. Cancelación de la inscripción.**

La cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, procederá de oficio conforme al artículo 7.2 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto o a solicitud de la empresa interesada, cuando cese en la actividad que determinó la inscripción en el mismo o cuando deje de cumplir los requisitos exigidos legalmente para la inscripción.

**Artículo 18. Cancelación de oficio.**

1. El procedimiento de cancelación de oficio se iniciará por acuerdo de la persona titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, correspondiente al territorio donde radique el domicilio de la empresa contratista o subcontratista, que se notificará a la empresa afectada y contendrá sucinta relación de los datos que obran en poder del órgano territorial provincial, de los que puedan resultar que la empresa se halla en cualquiera de los supuestos de cancelación a los que hace referencia el artículo 17.

Este procedimiento se ajustará a los trámites y al plazo máximo de

resolución y de notificación previstos en el artículo 8.2 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

2. En todo caso, será necesario solicitar informe de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, que deberá emitirse en el plazo máximo de diez días.

**Artículo 19.** *Cancelación a solicitud de empresa interesada.*

1. Las solicitudes de cancelación de la inscripción en el Registro habrán de formularse dentro del mes siguiente al hecho que las motiva y se ajustarán al modelo previsto en el Anexo IV de la presente Orden, dirigidas a la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo, en cuyo territorio radique el domicilio de la empresa contratista o subcontratista.

El procedimiento de cancelación se tramitará conforme al artículo 7.1 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto y los artículos 11, 12, y 13 de la presente Orden en lo que les sea aplicable.

2. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses contados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

Transcurrido dicho plazo sin que se hubiese dictado y notificado resolución expresa las interesadas podrán entender estimadas sus solicitudes por silencio administrativo.

CAPÍTULO V

**Publicidad, acceso a los datos, certificaciones y tratamiento de datos**

**Artículo 20.** *Publicidad del Registro.*

1. Los datos del Registro son de acceso público con la salvedad de los referentes a la intimidad de las personas.

2. El derecho de acceso al Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se ejercerá de acuerdo con lo dispuesto en la normativa estatal de aplicación directa, y en el artículo 10.1.b) y .3 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

3. Sin perjuicio de la posibilidad de realizar consultas y obtener información personalizada por vía telemática de los datos contenidos en el Registro, la publicidad podrá hacerse efectiva mediante certificación del contenido de los asientos, en los términos establecidos en el artículo 10.1.b) y 3 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

4. La expedición de las certificaciones previstas en el artículo 6.3 del Real Decreto 109/2007, de 24 de agosto, se ajustará a lo previsto en el apartado 4 de dicho precepto reglamentario.

5. Las solicitudes de certificación sobre las inscripciones registrales existentes en cualquier registro que se dirijan al Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por las empresas contratistas y subcontratistas o por cualquier otra persona física o jurídica, se ajustarán al modelo de solicitud de certificación establecido en el Anexo VI de esta Orden.

6. De conformidad con el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el transcurso del plazo previsto en el artículo 6.4 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, se suspenderá, en los supuestos en que se requiera a la persona interesada para la subsanación de su solicitud de certificación.

**Artículo 21.** *Tratamiento y archivo de los datos.*

1. El tratamiento y archivo de los datos contenidos en el Registro se

llevará a cabo mediante los medios y procedimientos informáticos que sean precisos para lograr los fines a aquél encomendados, respetando los principios de simplificación y agilización de trámites, gratuidad, libre acceso, confidencialidad así como de seguridad y autenticidad, en orden a la identificación de los sujetos y el objeto de la comunicación.

2. La Consejería de Empleo, a través de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, propiciará la consulta de los datos relativos a la inscripción en este Registro a través del portal de esta Dirección General, con la salvedad relativa a los referentes a la intimidad de las personas.

3. El tratamiento automatizado de los datos personales archivados o almacenados en virtud de lo previsto en el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, y en la presente Orden, sólo podrá realizarse en los términos contemplados en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de esta Ley.

De acuerdo con el artículo 10.3 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, los datos de carácter personal no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que tales datos hubieran sido recogidos.

#### **Disposición adicional primera.**

*Inscripción de empresas que desplacen trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.*

1. De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación

de aquel Real Decreto que desplacen trabajadores a España en virtud de lo previsto en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, deberán cumplir lo previsto en el mismo con las peculiaridades establecidas en la disposición adicional citada.

2. La inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas en el Sector de la Construcción, de la Comunidad Autónoma de Andalucía de las empresas a que se refiere el artículo 2.2 de la presente Orden, corresponde a la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía en cuyo territorio se vaya a llevar a cabo su primera prestación de servicios en España.

3. A tal efecto, la primera comunicación de desplazamiento que realicen conforme al artículo 5 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, tendrá el carácter de solicitud de inscripción, a esta comunicación se adjuntará una declaración conforme al modelo establecido en el Anexo II de la presente Orden.

Asimismo, las solicitudes de inscripción y de renovación en el Registro de estas empresas podrán ajustarse al modelo de solicitud de inscripción y renovación establecido en el Anexo V.

4. Lo dispuesto en esta disposición se entiende sin perjuicio del cumplimiento por la empresa de cualesquiera otras obligaciones en materia de comunicación, información o declaración de actividades que deba efectuar en virtud de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, o de otras disposiciones, y del cumplimiento por la autoridad laboral de las obligaciones establecidas en el artículo 5.5 de la citada Ley.

**Disposición adicional segunda.**

*Colaboración de las organizaciones profesionales de empresarios más representativas del sector de la construcción.*

1. La Consejería de Empleo podrá suscribir un convenio de colaboración con las organizaciones más representativas de empresarios del sector de la Construcción, previa petición de las mismas, para facilitar a las empresas la tramitación de las solicitudes de inscripción, variación de datos, renovación y cancelación de las inscripciones en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y la cumplimentación de los trámites, previstos en este Real Decreto.

2. El objeto principal del convenio será la recepción de la documentación y confección de las solicitudes así como su entrega en las Delegaciones Provinciales competentes, de conformidad con los procedimientos que establezca el convenio en los plazos que regula la presente Orden.

3. La lista de las entidades firmantes del convenio será publicada por la Consejería de Empleo en la página web de la misma.

4. Las organizaciones profesionales, que suscriban el convenio a que se refiere esta disposición, deberán remitir las solicitudes de las empresas interesadas, en los plazos y condiciones que se definan en el mencionado Convenio.

5. En todo caso, el plazo máximo de resolución y notificación de los procedimientos se computarán desde que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano

administrativo competente para su tramitación.

**Disposición adicional tercera.**

*Desarrollo y ejecución*

Se autoriza a la Directora General de Seguridad y Salud Laboral, para realizar cuantas actuaciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de la presente Orden.

**Disposición transitoria única.**

*Exigencia de la inscripción en el Registro*

1. La obligación de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas

del Sector de la Construcción, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sólo podrá exigirse después de que hayan transcurrido doce meses desde la entrada en vigor del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla de la Ley 32/2006, de 18 de octubre.

2. A estos efectos, las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos en una obra de construcción, incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, cuyo domicilio radique en el territorio de Andalucía, únicamente podrán solicitar su inscripción en este Registro, a partir de la entrada en vigor de la presente Orden.

**Disposición final única.** *Entrada en vigor*

La presente Orden entrará en vigor el día 23 de junio de 2008.

Sevilla, 23 de mayo de 2008

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Consejero de Empleo

## ANEXO I

TABLA DE ASIGNACIÓN DE DÍGITOS DE LAS DELEGACIONES  
PROVINCIALES COMPETENTES EN LA COMUNIDAD DE ANDALUCÍA  
PARA LA CLAVE INDIVIDUALIZADA DE IDENTIFICACIÓN REGISTRAL

Autoridad laboral	Dígitos
Almería	04
Cádiz	11
Córdoba	14
Granada	18
Huelva	21
Jaén	23
Málaga	29
Sevilla	41
Empresas que desplazan trabajadores en virtud de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre	99